

720  
2ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES Y  
RESOLUCIONES FISCALES

**T E S I S**  
PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
GABRIELA RIOS GRANADOS



MEXICO, D. F.



AGOSTO DE 1994

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



## **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 está 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.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA

DR. MAXIMO CARVAJAL CONTRERAS  
DIRECTOR DE LA FACULTAD DE  
DERECHO DE LA U.N.A.M.  
P R E S E N T E.

Lic. Ma. Elodia Robles Sotomayor Auxiliar  
del Director del Seminario de Filosofía del Derecho, --  
respetuosamente expongo:

Que la alumna GABRIELA RIOS GRANADOS se -  
inscribió en el Seminario y bajo mi dirección llevó a --  
cabo la investigación previa y la formulación de su tesis  
profesional sobre el tema: "LA RETROACTIVIDAD DE LAS LE -  
YES Y RESOLUCIONES FISCALES". Y revisada por mi parte, --  
después que el autor tomó en cuenta las orientaciones que  
se le hicieron, como considero que satisface este trabajo  
los requisitos exigidos por la legislación universitaria,  
autorizo la mencionada tesis a fin de que sea sometida al  
Jurado que se designe para calificarla en cuanto al fondo  
y efectuar el examen profesional de la sustentante.

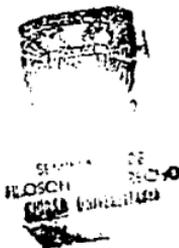
A t e n t a m e n t e.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

Cd. Universitaria, a 15 de agosto de 1994.

*Mw Es*

LIC. MA. ELODIA ROBLES SOTOMAYOR  
AUXILIAR DEL DIRECTOR DEL SEMINARIO  
DE FILOSOFIA DEL DERECHO.



Dedico la presente tesis a los seres que me dieron la oportunidad de admirar el verde de los campos, azul del cielo, la luz del sol, la profundidad del mar y la oscuridad de la soledad.

A los seres que me han permitido descubrir lo intangible: el amor, la sabiduría y la amistad.

Y a los seres que vienen a este mundo a demostrar su fragilidad.

## INDICE

### PROLOGO

### CAPITULO I

I. DERECHO VIGENTE.....	1
II. DERECHO LEGISLADO.....	2
PODER LEGISLATIVO	
PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO	
III. FASES DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO.....	11
A) INICIATIVA	
B) DISCUSION	
C) APROBACION	
D) SANCION	
E) SANCION, PROMULGACION Y PUBLICACION	
F) PROMULGACION	
G) REFRENDO	
H) PUBLICACION	

### CAPITULO II

I. AMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL.....	37
II. SISTEMAS DE INICIACION DE LA VIGENCIA NORMATIVA	41
III. FORMAS DE CESE DE LA VIGENCIA NORMATIVA.....	46
IV. ¿CUAL ES EL EFECTO DE LA INICIACION DE LA VIGENCIA NORMATIVA? .....	53
V. ¿QUE ES LA RETROACTIVIDAD? .....	56
A) DOCTRINA MONISTA	
B) DOCTRINA PLURALISTA	
VI. ¿A QUIEN VINCULA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD? .....	61
VIII. FUNDAMENTO DE LA IRRETROACTIVIDAD .....	62
A) TESIS DE LA SEGURIDAD CONTRACTUAL DE PLANIOL Y RIPERT	

- B) TESIS DE H.L.A. HART
- C) PRINCIPIO DE CERTIDUMBRE
- D) PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA
- E) TESIS DE LOPEZ MENUDO

### CAPITULO III

#### I. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE LA NO RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

EN LA DOCTRINA FRANCESA ..... 74

#### II. TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS ..... 76

A) GABBA

B) LASALLE

C) FIORE

D) MERLIN

E) BAUDRY LACANTINERIE

F) DUGUIT

#### III. TEORIA DE JULIEN BONNECASE, "SITUACIONES JURIDICAS

ABSTRACTAS Y SITUACIONES JURIDICAS CONCRETAS" 90

A. NOCION DE SITUACION JURIDICA ABSTRACTA

B. NOCION DE SITUACION JURIDICA CONCRETA

C. TRANSFORMACION DE LA SITUACION JURIDICA ABSTRACTA EN

SITUACION JURIDICA CONCRETA

D. EL CRITERIO DE LA NO RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES: EL

RESPECTO DE LAS SITUACIONES JURIDICAS CONCRETAS, POR

LA LEY NUEVA.

E. NO SERA RETROACTIVA LA LEY QUE RESPETE LAS SITUACIONES JURIDICAS CONCRETAS.

IV. MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT "TEORIA DE LOS DERECHOS

CONSUMADOS O CUMPLIDOS" ..... 99

1.EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA

LEY

2.LEYES DECLARADAS RETROACTIVAS

3.LEYES INTERPRETATIVAS

4.LEYES QUE MODERAN LAS PENAS

A. FRANCESCO FERRARA

V. TEORIA DE PAUL ROUBIER ..... 109

TEORIA DE NICOLAS COVIELLO

A.EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD

VI. TEORIA DE LAS NORMAS DE DERECHO PUBLICO ..... 131

A. FRIEDICH CARL VON SAVGINY

VII. PLANTEAMIENTO DE KELSEN ..... 139

CAPITULO IV

ISOLUCION PRACTICA AL PLANTEAMIENTO DE LA RETROACTIVIDAD..... 144

II. LEY FUNDAMENTAL: ..... 145

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

III. LEYES SECUNDARIAS: ..... 167

A. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA

TODA LA REPUBLICA EN MATERIA  
FEDERAL.

B. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y  
TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA  
COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN  
MATERIA DE FUERO FEDERAL

C. CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION.

IV. CRITERIO JURISPRUDENCIAL ..... 198

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## PROLOGO

## PROLOGO

Presento esta tesis profesional, en cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México y con el ánimo de obtener el grado de Licenciado en Derecho.

El problema de la retroactividad en el Derecho ha sido estudiado ampliamente desde la antigüedad. En la presente tesis no se pretende establecer una nueva fórmula o receta, lo que se intenta es realizar un trabajo intelectual que nos auxilie a reubicar dicho planeamiento en la realidad jurídica de nuestra tradición judicial.

Es así que en un primer capítulo se propone dejar asentado el concepto de derecho vigente y dentro de este adjetivo (vigente), la formación del derecho legislado.

En primer lugar partimos del concepto de derecho vigente como concepto fundamental donde se origina el problema de la retroactividad del derecho. Dado nuestro sistema jurídico nos enfocamos en el derecho legislado como expresión del derecho vigente. Siendo la ley y su aplicación el medio por el cual se expresa el problema de la retroactividad, es menester analizar el órgano que la produce y el procedimiento de formación.

¿Porqué profundizar en el procedimiento legislativo? Si bien es cierto, el procedimiento legislativo puede ser estudiado desde diferentes perspectivas, verbigracia, desde una visión del Derecho Constitucional; en nuestro caso, se ha querido auxiliar de su estudio porque nos sirve de instrumento para explicar el momento en que una ley adquiere vigencia, ya que esta última depende de que se hayan cumplido congruentemente los requisitos que establece el mandato constitucional.

En un capítulo segundo analizamos diversas concepciones del ámbito de validez temporal de la ley, como preámbulo al primer punto, en el cual se estudia los sistemas de iniciación de la ley. El segundo punto se refiere a las formas de cese de la vigencia normativa. En un tercer punto se trata de analizar cuál es el efecto de la iniciación de la vigencia de la ley, lo cual nos llevará a estudiar los fenómenos que se presentan en cuanto a la aplicación de ésta, y este marco nos servirá de referencia para comprender la aplicación retroactiva de una ley.

Dentro de este mismo capítulo donde se acepta la aplicación *fáctica* de la retroactividad de la ley, se ha guardado un apartado especial al final de éste, en donde se incluyen juicios de valor que sustentan la irretroactividad de la misma.

En el tercer capítulo se cita las diferentes teorías formuladas en la época moderna respecto de la retroactividad. El estudio del presente capítulo parte de la concepción liberal de los derechos adquiridos, que fue la doctrina imperante en Francia cuando se formuló el Código de Napoleón y que tuvo influencia en nuestra tradición jurídica.

Se parte de esta teoría no por motivos bibliográficos, sino que es una de las primeras que se formula en la época moderna y que atañe directamente al problema de la retroactividad.

En segundo término citamos a autores que su pensamiento surgió en esta misma época, sin embargo critican esta doctrina, así tenemos a Planiol y Ripert, Julien Bonnetcase, Francesco Ferrara, Coviello, y la más destacada a nuestro parecer la teoría de Paul Roubier.

En un tercer lugar hemos querido localizar la doctrina que se postula a favor del Derecho Público, que surge como una reacción a las teorías del Derecho Privado. Esta doctrina es sustentada por varios autores entre ellos Sagviny.

En último lugar alejado a estos juicios de valor realizados por dogmáticos del derecho, se ha querido ubicar el planteamiento de Kelsen con una perspectiva diferente.

En el último capítulo hacemos un análisis de la solución que ofrece el derecho vigente al planteamiento de la retroactividad.

Por tal motivo dicho capítulo comienza con la exposición histórica del artículo catorce constitucional.

En este orden de ideas y de acuerdo con la jerarquía normativa nos remitiremos a las leyes secundarias. Esto se hace con el ánimo de

mostrar la concordancia que existe entre la ley Suprema y las normas de carácter secundario.

En este apartado trataremos de manera profunda la retroactividad de las leyes fiscales.

Seguidamente se expondrá el criterio *jurisprudencial*, donde se hace un seguimiento de la doctrina postulada por el más alto tribunal de México, así como del máximo tribunal en materia fiscal.

En la parte final de este trabajo se advertirá la influencia que ha tenido la doctrina en el criterio de los jueces al establecer resoluciones y formar jurisprudencia.

Está última parte es el punto medular de la presente tesis, porque busca ser la aportación de la presente investigación.

No se ha querido construir una nueva tesis sobre la retroactividad, se considera que este trabajo puede realizarse a través de la experiencia doctrinal y práctica que es asequible al paso del tiempo, ya que sería pretencioso por nuestra parte querer formular una doctrina o una teoría sencillamente porque no se tiene los elementos necesarios para alcanzar dicho objetivo.

## CAPITULO I

### I. DERECHO VIGENTE

El problema de la retroactividad de la ley tiene sus orígenes en el concepto de "Derecho vigente", éste ha sido tratado en forma amplia por los críticos y filósofos de la ciencia jurídica; al respecto García Maynez dice: "llamamos orden jurídico vigente al conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias. El derecho vigente está integrado tanto por las reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce, como los preceptos que formula. En lo que toca al derecho legislado, su vigencia se encuentra condicionada por la reunión de ciertos requisitos que la ley enumera. De acuerdo con nuestra constitución, por ejemplo, son preceptos jurídicos, y por ende, se consideran obligatorios, los aprobados por ambas Cámaras, sancionados por el Ejecutivo y publicados en el Diario Oficial, desde la fecha que el acto de la publicación o en otra norma se indique."<sup>1</sup>

Sobre el mismo tema Tamayo y Salmorán<sup>2</sup> señala que la expresión derecho vigente, depende fundamentalmente, de vigencia. Derecho en esta expresión alude a disposiciones legislativas o costumbres, aunque, generalmente a leyes y reglamentos; vigente del latín vigens-tis,

1 "La vigencia es un atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él", GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1989, p.38

2 Desde Roma la expresión se relaciona con formas legislativas o costumbres y adopta un sentido técnico: "quod principi placuit, legis habet vigorem..." ("... lo que ordena el emperador tiene fuerza de ley..."). TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Teoría General del Derecho*, México, Themis, 1992, p.138

participio presente de vigere tener fuerza, vigor significa: actual que tiene fuerza, que domina o prepondera. Señalando que el derecho vigente es el derecho actualmente válido, que vale como derecho, que tiene fuerza obligatoria en el tiempo presente. Vigente aludiendo a su carácter de presente, se opone a derecho histórico, por lo tanto, es el derecho positivo actual de una determinada comunidad, es decir que una norma, una disposición o un tratado está vigente significa que no ha sido derogado, que aún es derecho, e indica que de esta forma, tenemos que el derecho vigente es el derecho positivo actual, presente.

## II. DERECHO LEGISLADO, PODER LEGISLATIVO Y PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Partiendo del sistema jurídico romano-germánico y a la importancia que en él tiene la ley como producto del poder legislativo, el derecho vigente en su expresión de derecho legislado es el que nos interesa para el presente trabajo, pues es en él donde surge el problema de la eficacia de las leyes en el tiempo, o también conocido como conflicto de leyes en el tiempo.

Se establece así que el objetivo de nuestro estudio en el presente capítulo es analizar al derecho legislado vigente, para tal efecto este primer punto partirá de la explicación del Poder Legislativo y sus funciones de una manera somera, ya que este tema pertenece al estudio de otra materia.

Kelsen señala, que la función esencial de la Constitución, en el sentido material de la palabra, consiste en determinar la creación de normas jurídicas generales, esto es, en determinar a los órganos y el procedimiento de legislación, así como - hasta cierto grado - el contenido de las leyes futuras.<sup>3</sup>

La idea de poder legislativo se vincula con la idea de la división de poderes; teoría que surge en lucha contra el Estado absolutista<sup>4</sup>. Dicha teoría surge en el pensamiento de Locke y se perfecciona tal como hoy la conocemos con Montesquieu.

Tradicionalmente se ha considerado la principal función que realiza dicho poder el hacer las leyes, aunque en la actualidad algunos autores estiman que las funciones fundamentales del Congreso se traducen en ser escenarios del debate político y que la parte más vulnerable de dicho poder es la función legislativa.<sup>5</sup>

Bien ubicado en la actualidad la actuación que representa la elaboración de las leyes por el Poder Legislativo, podemos profundizar sobre el análisis del procedimiento legislativo.

---

3 KEISEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Textos Universitarios, UNAM, 1968, p.316

4 Hay que mencionar sin embargo que algunos autores señalan que inclusive en el mismo Estado absolutista existía una distinción entre las funciones judiciales y de policía, siendo esta última la administración real con el fin del bienestar general del pueblo. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, vol. I, Madrid, Estudios de Derecho y Administración, 1982, p.38.

5 Diego Valadés señala que actualmente ya no se plantea como problema la relación existente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo sino la función política misma del Poder Legislativo, ahora el Poder Legislativo aparece como un órgano de control del Poder Legislativo. VALADES Diego, *Las relaciones de control entre el Legislativo y el Ejecutivo en México*, *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, No. 1, primera época, Vol. I, enero-abril de 1991, México, Instituto de Investigaciones Legislativas, pp. 202, 203.

El procedimiento legislativo se clasifica como una fuente formal del orden jurídico, fuente en tanto que es uno de los procesos de creación de las normas jurídicas, y formal por ser producto de la actividad estatal.

Se observa que nuestra doctrina y jurisprudencia usa dos expresiones para designar al mismo objeto de estudio, que se refieren a procedimiento y proceso<sup>6</sup>. El procedimiento implica los términos de medio, método, sucesión de operaciones para hacer una cosa, lo que ya nos da una primera aproximación al sentido instrumental y funcional del procedimiento.

El procedimiento es una actividad múltiple; es decir una pluralidad de actos procesales encadenados que se caracterizan por tener que realizarse en una secuencia temporal determinada y que no obstante su relativa autonomía se articulan en la correlación a un fin.

Al respecto García Maynez señala que la idea de proceso implica la sucesión de momentos, nombrando a la creación legislativa como "proceso por el cual uno o varios, órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se les da el nombre específico de leyes".<sup>7</sup>

---

6 En efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no hace distinción alguna entre dichos términos, por un lado menciona la palabra proceso y por otro la de procedimiento para los mismos órganos constitucionales y para las mismas funciones en la creación de las leyes. Así dice que "Ni el congreso de la unión ni el presidente de la República, en el ejercicio de la función que a cada uno de ellos compete en el proceso de formación de las leyes...". Amparo en revisión 3546/52 José Mena Essel, 5 de diciembre de 1974, Unanimidad de 18 votos, Séptima época, vol. 4, primera parte, p. 58. Por otro lado menciona que "Si bien es cierto que en el procedimiento de formación de la ley intervienen diversos órganos constitucionales, como son el Legislativo que la expide y el Ejecutivo que la promulga y ordena su publicación...", Amparo en revisión 6731/68 Lechera Guadalajara, S.A., 6 de mayo de 195, Unanimidad de 19 votos, séptima época, vol. 38, primera parte, p. 27.

7 GARCIA-MAYNEZ, EDUARDO, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit. p.52

En general un conjunto de actos que preceden, preparan y conducen a un resultado, es lo que constituye un procedimiento, ya sea legislativo, administrativo o judicial, la diferencia estriba entre estos tres tipos de procedimientos, en que, en el procedimiento legislativo por el carácter abstracto, general e impersonal del resultado (la ley), no se exige la intervención de los particulares de una manera directa, aunque por su naturaleza intrínseca una de las funciones del poder legislativo es la representación popular, como se mencionó anteriormente. En cambio los procedimientos judicial y administrativo si requieren de una intervención y colaboración de los particulares, cuyos derechos pueden resultar afectados por una sentencia judicial o un acto administrativo. Aunque en materia administrativa se puede dar el caso en que no sea necesaria la intervención de éstos por ser procedimientos de carácter técnico.

De las consideraciones anteriores se puede concluir que el proceso de creación de leyes es un conjunto de fases de trabajo desarrolladas por el Poder Legislativo de carácter formal cuyo fundamento se encuentra en la Constitución. Este carácter constitucional del procedimiento determina que de no cumplirse los requisitos necesarios para la creación de leyes nos encontramos frente a una ley inconstitucional, ya que ha nacido en contra de lo que dispone el mandato constitucional, por tal motivo si esa ley llegara a aplicarse por la autoridad, dicha aplicación violará garantías individuales, por lo que tal ley puede ser impugnada.

El derecho legislado siempre debe cumplir con el principio de legalidad o legitimidad a que hace referencia Kelsen, es decir, "el principio por

virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas, según un procedimiento conforme a la Constitución<sup>8</sup>.

En otras palabras, la determinación de un procedimiento en los textos legales al que tienen que ajustar su actuación los entes públicos y sus órganos en el cumplimiento de su función específica supone un principio de sujeción de la actividad estatal a ley propia del Estado de Derecho<sup>9</sup>. Este principio no es otro más que el de legalidad<sup>10</sup> o de limitación jurídica de la acción gubernamental que se puede formular así: i) Todo acto jurídico supone una norma que confiere facultades correlativas de obligaciones, todo poder o facultad requiere necesariamente de fundamentación jurídica. ii) La legalidad debe controlar los actos de los funcionarios.

El principio de legalidad se puede entender desde un punto de vista material, es decir, que la norma en la que se funde una decisión del gobernante debe ser norma de carácter abstracto e impersonal; y puede entenderse desde un punto de vista formal, es decir que la norma aparte de ser ley en su sentido material, sea expedida por el órgano facultado para expedir leyes.

---

8 "Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera constitución, cuyo carácter normativo está fundado siempre en la norma fundamental". KFULSEN, Hans *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1991, p. 143.

9 GARCIA MARTINEZ, Asunción, *El procedimiento legislativo, Congreso de los Diputados*, Madrid, Civitas, 1982, p.10 y sigs.

10 Este principio es fundamental y engloba a otros tantos, como el de imperio del derecho, es decir el mismo Estado de derecho; el principio de constitucionalidad; el principio de legalidad del procedimiento (due Process of Law), enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América.

En nuestro sistema jurídico el principio de legalidad sólo tiene una aparente excepción: la facultad discrecional, es aparente porque de todas formas está bajo el principio de legalidad<sup>11</sup>.

Sino existiese el principio de legalidad, es decir, si la actividad del Estado, resolviendo casos individuales, no estuviese sujeta a normas generales, estaríamos en la definición del despotismo, o bien en un Estado de privilegios.

El principio de legalidad es tan importante que se ha dicho que "lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente al mundo del autoritarismo es la fuerza vinculante bilateral de la norma, esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, en contraposición a toda forma de Estado de privilegios. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico. El gran lema de la lucha por el Estado constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrio) government by men debe disolverse en un (jurídico) government by laws"<sup>12</sup>.

¿Porqué el gobernante tiene que obedecer a la ley? la dogmática constitucional sostiene que la "razón" que sustenta a esa norma como para tener fuerza suficiente para vincular a gobernantes y gobernados (es decir para que una vez establecida esa norma todos la obedezcan) es que dicha norma es "fundamental".

11 FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1991, pp.98-104.

12 DE VEGA GARCIA, Pedro, *De la constitución y su defensa: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español*, La Constitución y su Defensa, México, UNAM, III, 1984, p. 214.

Aunque desde hace mucho tiempo el discurso de las normas fundamentales ha estado presente en el mundo, había un *enmañaramiento* teórico en el orden conceptual. Por doquier se hablaba de leyes fundamentales, pero que no sabían ni qué eran, ni en qué consistían. A veces la ley fundamental se le hacía coincidir con la ley divina, otras con la tradición medieval de law of the land. De ahí que Hobbes dijera en el Leviatan "... pero nunca pude comprender, en ningún autor, qué se entiende por ley fundamental..."<sup>13</sup>. Es hasta la aparición de las constituciones modernas cuando el concepto de ley fundamental comienza a adquirir cierta "objetividad" al identificarse con la noción de Constitución.

Las constituciones modernas postularon principios que fueron considerados inamovibles, por ello no fue difícil atribuirles la característica de fundamentales. Dicha tesis, (la del "derecho fundamental") es el principio de la dogmática constitucional que asegura al sistema jurídico su inviolabilidad. Este principio incluido en el esquema del estado constitucional (estado de derecho) hace surgir otros tres:

- El primero, que al derecho fundamental se le identifica con la Constitución.

- El segundo principio que surge de la idea de derecho fundamental es que tal derecho es fundamento (fuente), en cuanto que de él dimana todo el restante derecho.

<sup>13</sup> HOBBS, Thomas, *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México, FCE, 1990, p. 236.

- El tercero es el principio de supremacía Constitucional<sup>14</sup>, es decir, el derecho fundamental prevalece o priva sobre el resto del derecho. Esta tesis representa, como lo hizo ver Hans Kelsen, la unidad del sistema normativo<sup>15</sup> (en este sentido es un supuesto que da consistencia al modelo) y constituye para los hombres el puntal de la seguridad jurídica, ya que éstos saben que ninguna ley o acto restringirán sus derechos previstos en la Constitución y si tal cosa sucede habrá forma de reparar el acto cometido por la arbitrariedad.

Al analizar este principio la teoría no se contentó con enunciar que el derecho fundamental priva sobre el no fundamental, sino que se preguntó: ¿porqué priva uno sobre otro? ¿porqué un derecho es mejor al otro?. Así se distinguió entre supremacía material y supremacía formal<sup>16</sup>.

Es material en cuanto que la norma fundamental, la Constitución, es el estatuto primordial (por su contenido) que determina toda la actividad jurídica. El principio de supremacía material da nacimiento al principio de legalidad, ya que el derecho constitucional al ser regla de competencia sugiere que es superior a los individuos investidos por dichas competencias<sup>17</sup>.

---

14 BURGOA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1979, p. 327-336.

15 KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit. pp. 201-284.

16 En la práctica cuando se distingue una norma constitucional no se atiende tanto a lo que contiene (supremacía material) sino a la forma en como se elaboró; esto es, si se satisficieron los requisitos del procedimiento legislativo. NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Hogar, Temis, 1991, pp. 322-335.

17 BURDEAU, Georges, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1959, pp. 65-67.

La supremacía formal (principio de rigidez constitucional) deriva de la idea de Constituciones rígidas, del hecho de que para modificar una norma constitucional se necesita la intervención de órganos y procedimientos especiales (de ahí también la distinción entre poder constituyente y poder constituido)<sup>18</sup>.

Por lo que se ha dicho del procedimiento legislativo se puede concluir, de conformidad con Gabino Fraga, que el cumplimiento con las distintas fases establecidas en la constitución para la creación de leyes, es decir las formalidades a que está sujeto el acto legislativo, le otorga la autoridad formal a la ley, al ser este principio el único que puede dar el criterio necesario para resolver algunos conflictos que lleguen a suscitarse con motivo de la vigencia de una legislación determinada. El procedimiento es el que le otorga la autoridad formal a las leyes, por lo tanto puede afirmarse que el principio de la autoridad formal de la ley sólo se refiere a los actos que el Poder Legislativo realiza dentro de la esfera de su competencia. Por lo tanto podemos considerarlo como una garantía de seguridad jurídica, es decir que se tiene que adecuar la actividad del órgano ya sea legislativo o ejecutivo con los requisitos o fases que establece el procedimiento, para que se pueda otorgar la validez a la ley como producto de este proceso.

Por razón del principio indicado, la ley, respecto de la cual se han satisfecho todos los requisitos indispensables para su formación,

<sup>18</sup> Hay que distinguir las constituciones escritas de las rígidas, pues aunque en su mayoría coinciden no son lo mismo, ya que una constitución escrita puede ser flexible simplemente con que el legislador ordinario tenga facultades para reformarla. cfr. BRYCE, James, *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952.

adquiere desde el momento de su promulgación y publicación por el Ejecutivo el carácter de un acto legislativo formal que no puede ser derogado ni modificado sino por otro acto que tenga el mismo carácter, y esto a pesar de que la primera ley señale o tenga, por aplicación de principios generales (artículo 3 del Código Civil), una fecha posterior de vigencia.<sup>19</sup> La ley adquiere también desde el mismo momento de la promulgación el carácter de autenticidad y *ejecutoriedad*.

### III. FASES DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

En el fundamento constitucional del procedimiento legislativo mexicano se distinguen tres niveles: el primero establece un procedimiento especial para reformar nuestra Carta Magna, previsto en el artículo 135; aquí puede pensarse que aunque existe un poder que hace tal cambio, éste no es el poder legislativo común, ya que el órgano encargado de tal función se constituye por el Congreso de la Unión y por las legislaturas de los estados, lo que Tena Ramírez llama el "constituyente permanente"<sup>20</sup>.

El segundo nivel lo encontramos en la elaboración de leyes con carácter Federal que emana del Poder Legislativo Federal, depositado en un Congreso General compuesto de dos Cámaras, una de Diputados y la otra de Senadores su fundamento lo encontramos en los artículos 71 y 72 constitucionales; sin embargo, en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece la posibilidad de

<sup>19</sup> FRAGA Gabino, *Derecho Administrativo*, op. cit. pp.41-52.

<sup>20</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1989, pp. 45-64.

que el titular del Poder Ejecutivo sea investido de la facultad de dictar leyes, en los supuestos de excepción que autoriza el artículo 29 y en lo relativo a impuesto al comercio exterior, en los términos del artículo 131 del mismo ordenamiento.

Y el tercer nivel lo encontramos en los artículos 116, 117, 118 artículos, que prevén creación de leyes a nivel estatal.

El establecimiento de leyes fiscales puede darse en nuestro país por dos vías: mediante el procedimiento señalado para la formación de las leyes en el Poder Legislativo, y por la determinación del titular del Poder Ejecutivo en uso de la facultad de legislar delegada por el Congreso de la Unión, en los casos previsto en los artículos 29 y 131 constitucionales.<sup>21</sup>

De acuerdo con la base constitucional del Estado mexicano el procedimiento legislativo ordinario está integrado por las siguientes fases:

1. Iniciativa;
2. Discusión;
3. Aprobación;
4. Sanción;
5. Promulgación;
6. Refrendo;
7. Publicación, y
8. Comienzo de la vigencia.

<sup>21</sup> CARDENAS ELIZONDO, Francisco, *Introducción al Estudio del Derecho Fiscal*, México, Porrúa, 1992, p.75.

## A. INICIATIVA

Es la fase con la que se inicia el procedimiento de elaboración de las leyes, puede definirse como el acto por virtud del cual algunos órganos Estatales proponen al legislativo un texto normativo para que sea considerado y aceptado éste como ley. El efecto de esta fase es poner en marcha el proceso de producción estatal de las leyes.

Algunos autores consideran a esta etapa como presupuesto de hecho de la ley en el acto legislativo.

El Derecho positivo establece que la facultad para iniciar leyes la ejerce el Presidente de la República, los Diputados y Senadores al congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados<sup>22</sup>. En algún tiempo se le otorgó la facultad de iniciativa al poder judicial, situación muy criticable pues al ser el poder judicial el encargado de aplicar las leyes al dirimir controversias, su deber es aplicar la ley sin cuestionarla, darle la facultad de iniciar leyes podría convertirlo en un poder despótico al tornarse juez y parte al mismo tiempo.

Una sección de la doctrina señala que el poder judicial sería el más idóneo técnicamente para formular los proyectos de ley, porque conoce los inconvenientes prácticos de las leyes y los remedios que necesitan<sup>23</sup>;

---

<sup>22</sup> Artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>23</sup> MONTIEL Y DUARTE Isidro, *Tratado de las Leyes y su Aplicación*, México, José María Sandoval impresor. 1877, p. 88.

pero que no tiene dicha facultad por considerar que debe cumplirse la separación entre la función del juez, que es intérprete de la ley y la del legislador, en la cual tiene cierta influencia el punto de vista del autor de la iniciativa<sup>24</sup>.

García Martínez distingue entre iniciativa legislativa externa e iniciativa legislativa interna, esta distinción se hace en razón del órgano estatal que propuso la iniciativa, delimitando consecuentemente la materia sobre la que debería centrarse la actividad *procedimental*. La iniciativa legislativa interna es la que proviene del mismo legislativo; la iniciativa legislativa externa, es la iniciativa gubernamental, que es comunmente reconocida por todas las constituciones, tiene su fundamento en la función de que el Gobierno desempeña en cuanto que a él corresponde la dirección política del país, por lo que está en mejores condiciones que los otros órganos de Estado para apreciar las necesidades políticas del país y las medidas legislativas prioritarias.

La doctrina justifica la facultad que tiene el Presidente de la República para iniciar las leyes, fundándose en que el Ejecutivo Federal tiene un amplio conocimiento de las necesidades públicas. Sin embargo por nuestra parte se considera que esta facultad se extralimita en la práctica, ya que son los únicos proyectos de ley que prosperan y son tomados en cuenta; siendo esta una característica de nuestro presidencialismo.

---

<sup>24</sup> DEL TORO CALERO, LUIS, *Derecho Legislativo Mexicano*, Cámara de Diputados, XXVII. Legislatura del Congreso de la Unión, Primer edición, México, 1973, p.185.

García Martínez señala que la iniciativa proveniente del mismo órgano legislativo puede recaer sobre cualquier materia, aunque prácticamente se le reserva la materia tributaria a este órgano en casi todas las legislaciones. En el sistema legislativo mexicano esta reserva se considera en distinta forma, ya que la iniciativa de ley en el caso de las leyes de ingresos y Presupuesto de egresos deben provenir del Ejecutivo, 25; en tanto que la discusión y aprobación deberá realizarse primero ante la Cámara de Diputados<sup>26</sup>.

Vallarta estimó que el vocablo iniciar, no era exclusivo para la Cámara de Diputados, sino que significaba que toda ley impositiva no podría sino iniciarse en su discusión en la Cámara de Diputados, pero que la facultad de proposición la tenía también el Presidente de la República, Rabasa sostenía por su lado que únicamente la Cámara de Diputados puede iniciar leyes impositivas<sup>27</sup>.

Algunos autores distinguen entre la fase de la iniciativa y la discusión otra etapa del proceso, la cual la llaman "dictamen". Este es el acto por virtud del cual una proposición o iniciativa de ley se turna a la comisión o comisiones correspondientes para emitan un juicio correspondiente al respecto; es requisito indispensable que se dictamine la iniciativa para que se pueda turnar a su discusión, por lo que lo que realmente se

---

25 (reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de diciembre de 1977)

26 Artículo 72 constitucional inciso II: "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 en la Cámara de Diputados". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1990, p.76"

27 citados por DEL TORO CALERO, *Derecho Legislativo Mexicano*, op. cit., p.185.

discute y vota por cada una de las Cámaras no es propiamente la iniciativa sino el dictamen que la iniciativa motiva.<sup>28</sup>

## B. DISCUSION

Arturo González Cosío al describir esta etapa dice: "Es el uso de la palabra de cada uno de los oradores participantes en el debate, siendo de media hora cada intervención, sin distinción de miembros mayoritarios o de las minorías, una vez expresado el tema a debatir se abre la discusión, formulación de preguntas, repreguntas, interpelaciones a los miembros del gabinete o secretarios del despacho para lograr mayor información técnica".<sup>29</sup>

Así el artículo 72 de nuestra Constitución establece: "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.

D) las iniciativas de leyes o decretos se discutirán preferentemente en la Cámara en que se presente, a menos que transcurra un mes desde que se pasen a la Comisión *dictaminadora* sin que ésta rinda dictamen, pues

---

<sup>28</sup> Moisés Ochoa Campos indica que "por medio del procedimiento del dictamen, toda iniciativa se convierte en una proposición del legislativo, es decir de esta forma el legislador asume siempre la función principal de la formación de la ley, independientemente de que provenga la iniciativa de su seno o fuera de él, por ello, el dictamen significa que en todo caso el legislador legisla. El dictamen es el acto de incorporación de la iniciativa a la formación de la ley, en el seno de las Cámaras Legislativas o dicho en otras palabras, es el acto por el cual una iniciativa se convierte en una auténtica proposición legislativa. Es por ello, parte esencial de la etapa configurante del proceso legislativo" OCHOA CAMPOS, Moisés, Caracterización del Derecho Legislativo, Derecho Legislativo Mexicano, México, Cámara de Diputados, XLVIII, 1973, p.162.

<sup>29</sup> GONZÁLEZ COSÍO, ARTURO, Discusión, Derecho Legislativo Mexicano, op. cit. p.20.

en tal caso el mismo proyecto de ley o decreto puede presentarse y discutirse en la otra cámara".<sup>30</sup>

Dado que tenemos un legislativo bicameral, la discusión se tiene que efectuar en ambas Cámaras, esto no significa que sea de forma concurrente, primero se discute en alguna de ellas, situación por la cual se le denomina Cámara de origen, luego que se apruebe el proyecto en la misma, se turna a la Cámara *revisora* y esta a su vez discute dicho proyecto.

La existencia de dos cámaras da oportunidad para que una de ellas analice lo que aprueba la otra, de tal manera que la abundancia de la discusión contribuya al esclarecimiento de criterios y madurez de juicio sobre todo si cada una de las Cámaras obedece a diferentes conceptos. La revisión es un procedimiento establecido para enriquecer un proyecto de ley con el nuevo estudio del mismo, aplicando los criterios privativos de cada una de las Cámaras, que pueden devenir en aceptación, rechazo parcial o total en modificación o adición de los revisado.<sup>31</sup>

La discusión no siempre finaliza con la aprobación del proyecto, puede darse el caso de que sea rechazado, desechado o adicionado todo o en parte. La forma de cómo ha de seguirse la discusión se establece en los incisos A, D, E y G del artículo 72 constitucional.

---

<sup>30</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1990.

<sup>31</sup> SALAS ARMENDARIZ, L. Revisión, *Derecho Legislativo Mexicano*, op. cit. p.40

## C. APROBACION

Es el acto por el cual las Cámaras aceptan total o parcialmente un proyecto de ley adoptado por el dictamen de las Comisiones. Una vez concluida esta etapa pasa al Ejecutivo copia del expediente para que manifieste su opinión o exprese que no usa de esa facultad; si la opinión del Ejecutivo es de conformidad, se puede desde luego publicar.

La aprobación puede ser total o parcial, con las adiciones y reformas que se hubiesen aceptado, pues para que exista aprobación del proyecto de ley es necesario que ambas Cámaras expresen su aceptación en relación a un solo e idéntico texto legislativo, por ello, cuando la cámara revisora (Senadores) formula modificaciones o adiciones al proyecto de ley aprobado por la cámara de Diputados, el texto de las modificaciones o adiciones deberá ser remitido a la Cámara de origen para que las discutan, y en su caso, las aprueben.<sup>32</sup>

García Martínez<sup>33</sup> apoyándose en la tesis de Galeotti entre otros<sup>34</sup>, señala que el Parlamento representa la comunidad política, en quién reside la soberanía, en este sentido la función legislativa está

32 CARDENAS, ELIZONDO, Francisco, *Introducción al Estudio del Derecho Fiscal*, op. cit. p.77.

33 GARCIA MARTINEZ, Asunción, *El procedimiento Legislativo*, op. cit. pp.186 y sigs.

34 "Contra esta tesis hay una serie de autores que consideran que la sanción, promulgación y publicación de la ley, o alguna de ellas, se integran en la fase constitutiva o de perfección de la ley estimando que, en definitiva, la ley no existe hasta que se produce alguno o todos estos actos, considerados en algunos casos como asunción por parte del Estado de la obra del Parlamento, en cuanto órgano suyo, o bien como resultante del acto complejo (mejor diríamos bilateral) que es la ley en el que intervendrían, necesariamente, junto al órgano legislativo otro poder del Estado, en este caso normalmente el Jefe del mismo... En el fondo de muchas de estas tesis subyace la concepción positivista keliana de considerar al Estado como única fuente normativa de la ley con lo que ésta no vendría a ser perfecta más que en el momento en que el Estado, no el órgano legislativo específicamente, hubiese completado todos los requisitos para que la norma legal se imponga imperativamente como creación suya." Estos criterios se expresan en los trabajos de Galeotti, Biscaretti di Ruffa, Ballardore Pallieri y en Mortati, citados por GARCIA MARTINEZ, Asunción, *El procedimiento Legislativo*, *Ibidem* p.186 y s.

monopolizada por éste; esto quiere decir que el acto legislativo del Parlamento es el único capaz de perfeccionar la ley, lo que supone que la aprobación por parte del Parlamento de un texto normativo le da la existencia como ley desde ese momento, es decir, tiene relevancia jurídica, existe para todo el mundo del Derecho. Llega a la conclusión que esta etapa determina el final del procedimiento legislativo al haber cumplido su objetivo y que todos actos que, respecto a esa ley que ya existe, puedan producirse a continuación no pertenecen ya al procedimiento legislativo que, de hecho, ha caducado.

Señalando que las figuras de la sanción, promulgación y publicación son condición para la eficacia de la ley, no para su existencia.

#### D. SANCION, PROMULGACION Y PUBLICACION

Respecto a las etapas de sanción, promulgación y publicación la doctrina se ha dividido, señalando por una parte que son actos que en la formación de la ley se confunden y no hay porque distinguirlas. Verbigracia Trinidad Garcías sostiene su argumento de la siguiente manera: "La publicación es, en términos comunes, la publicación formal de la ley. De esta definición se infiere que no hay lugar a distinguir gramaticalmente entre la promulgación y la publicación. Las dos palabras tienen el mismo significado cuando a la ley se refieren, y así lo demuestra el empleo que se les ha dado y se les da en el lenguaje corriente y en el jurídico; la Constitución y los Códigos de 70 y 84

emplean indistintamente los dos términos para expresar la misma idea (arts. 70, 72 a y 89 fracc. I de aquélla y 2 a 4 de éstos).

Distinguiendo de esta forma que la promulgación de la ley encierra dos actos distintos: por el primero, el Ejecutivo interpone su autoridad para que la ley aprobada debidamente se tenga por disposición obligatoria; por el segundo, la da a conocer a quienes deben cumplirla. El primer acto implica naturalmente que la ley ha sido aprobada por el Ejecutivo o que, objetada por él, ha sido ratificada por las Cámaras." Sin embargo el mismo autor hace a su vez una diferenciación entre la sanción, la promulgación y la publicación, fundamentando ésta en los fines que persigue cada una de esas etapas y en la intervención del Ejecutivo para llevarlas a cabo, señalándose: "a) sanción, para la aprobación de la ley por el Ejecutivo: b) promulgación, para el reconocimiento formal por éste de que la ley ha sido aprobada conforme a derecho y debe ser obedecida; c) publicación, para el efecto de hacer posible el conocimiento de la ley, por los medios establecidos para ello."

En un estudio constitucional que realizara Isidro Montiel se advirtió la diferencia entre nuestras anteriores Constituciones y el sistema actual, señala: "encontramos la Constitución de 1812, que estableció que al Poder Ejecutivo compete la facultad de sancionar y promulgar las leyes; y esto hace necesario recordar desde luego, que hay diferencia muy sustancial entre la sanción, la promulgación y la publicación de las leyes, pues la primera consiste en la conformidad del Poder Ejecutivo con la ley enviada a él por el legislativo; la segunda, en el acto legal que practica el Poder ejecutivo revistiendo la ley de todas las formalidades

constitucionales para que declarada auténtica, pueda procederse a su publicación; y por último esta consiste en el hecho de dar conocimiento á (sic) los ciudadanos de la ley sancionada y promulgada por el Poder Ejecutivo. De manera que una ley queda sancionada desde el momento en que el Poder Ejecutivo firma y manda publicar la ley con la debida y formal autorización del secretario de Estado á (sic) cuyo departamento corresponda la materia de que se trata la misma ley; mientras que la publicación se reitera sucesivamente en diferentes lugares Constitución de 1812 (art. 154, 156 y 171)".

La Constitución de 1824 hablando de la formación de las leyes, dice: "que los proyectos de ley o decreto que en la segunda revisión fueron aprobados por los dos tercios de la Cámara de su origen, y no desechados por las 2/3 partes de los miembros de la *revisora*, pasarán al presidente para que los firme y circule art. 59".

En la Constitución de 57 se establece que al Presidente corresponde promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa á su exacta observancia art. 70 y 85.

En el sistema adoptado por nuestra Constitución, la sanción de una ley viene a confundirse con su promulgación; y no puede decirse sancionada una ley, por el hecho de manifestar el Ejecutivo una opinión conforme a la primera votación del legislativo, pues hecha esta no hay ley todavía; el artículo 70, lo mismo que el 85 de la constitución, vienen

probando que para ser obligatoria una ley, se necesita que haya sido publicada."<sup>36</sup>

García Martínez<sup>37</sup> al plantear que los actos de sanción, promulgación y publicación no forman parte del procedimiento legislativo, porque el acto de aprobación es el que le da la validez a la ley, situación en la que se está en desacuerdo, a su vez indica lo que implica cada una de estas facetas:

"La *sanción* es realmente un residuo histórico y formal de la atribución del poder legislativo que en momentos pasados tuvo el Rey como soberano absoluto del Estado. En el período transitorio del principio monárquico al democrático, el Monarca sigue manteniendo una cierta facultad colegisladora en la medida en que los actos legislativos del Parlamento necesitaban esta sanción real, es decir, el consentimiento del Rey a aquellos actos. En el Estado de Derecho se ha convertido definitivamente a la sanción, como acto de voluntad del Monarca en cuanto máxima autoridad del Estado, es el conocimiento por parte del rey de la obra del Parlamento, formalidad que es indispensable para que la ley produzca sus efectos propios, pero que no tiene más que un valor teórico desde el momento en que el Rey está obligado a sancionar sin posibilidades de negarse a hacerlo".

"La *promulgación* se ha entendido como el mandato que afirma el valor imperativo de la ley. En las monarquías, la promulgación se concibe

<sup>36</sup> MONTEL Y DUARTE, *Ibidro*, *Tratado de las leyes y su aplicación*, *op.cit.* p. 88.

<sup>37</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, Asunción, *El procedimiento legislativo*, *op.cit.* pp. 188-189.

como exteriorización de la sanción, y, como requisito simplemente formal que el Rey está constreñido a cumplir, viéndose en la misma situación de promulgación forzosa los presidentes de las Repúblicas parlamentarias a quienes se atribuye esta función".

"Al conferir la sanción y promulgación de las leyes a la más alta autoridad del Estado, sea Monarca, en cuyo caso suele reservarse el término de sanción, sea Presidente de la República, supuesto en que se habla preferentemente de promulgación. Aunque históricamente tiene las dos figuras contenidos diversos, no siempre diferenciados, lo cierto es que hoy responden a una misma actividad *cuasifidataria* del Jefe del Estado respecto de la ley aprobada por el Parlamento".

Atendiendo los criterios anteriormente mencionados se concluye que la sanción, la promulgación y la publicación gozan de naturalezas distintas y complejas.

La sanción es el acto por virtud del cual el ejecutivo aprueba un proyecto de ley que ya ha sido aprobado con anterioridad por ambas cámaras, es decir que otorga su conformidad a dicho proyecto en cuanto al fondo del mismo.

La promulgación es la certificación que hace el ejecutivo de que la ley como producto del proceso legislativo, ha sido creada conforme a las bases del mismo, es decir que esta certificación se refiere a los requisitos formales para la creación de la ley.

Una vez que el ejecutivo a verificado que se haya cumplido en su totalidad el proceso legislativo, ordena que se publique está. De lo anterior se desprende que la promulgación también implica un mandato que afirma el valor imperativo de la ley.

La publicación es el medio material de difusión de una ley.

## E. SANCION

Se le llama sanción al acto de aprobación expresa o tácita del Poder Ejecutivo en relación con el proyecto de ley autorizado por el Congreso.

García Maynez expresa, "Se le da este nombre a la aceptación de una iniciativa por el Poder Ejecutivo. La sanción debe ser posterior a la aprobación del proyecto por las Cámaras. El Presidente de la República puede negar su sanción a un proyecto ya admitido por el Congreso (derecho de veto). Esta facultad no es absoluta."<sup>38</sup>

El inciso B del artículo 72 de la Constitución Política establece: "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".

---

<sup>38</sup> GARCIA MAYNEZ, *Introducción al Estudio del derecho*, op. cit., p.35.

También se da el supuesto que no sea sancionado un proyecto de ley o decreto por el Ejecutivo, en su caso si es desechado en todo o en parte, será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido de nueva 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.<sup>39</sup>

El veto es facultad del ejecutivo, quien en su caso, puede no promulgar la iniciativa de ley propuesta por el Poder Legislativo o por el Congreso de la Unión.

Una limitación al ejercicio del veto de un proyecto de ley por el Ejecutivo se da cuando es superado por el voto calificado de las dos cámaras; en dicho caso la ley debe ser promulgada y publicada a pesar de haber sido desechado el proyecto en todo o en parte por el Ejecutivo.

La jurisprudencia española, indica que a la sanción de la ley sigue la promulgación, o si se quiere la orden para su publicación que es el acto por el cual el Poder Ejecutivo imprime a la ley su fuerza ejecutiva, intimando a las autoridades administrativas y judiciales la orden de observarlas y hacerlas cumplir.

---

39 Inciso C del Artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1990, p.78

Los jurisconsultos franceses mencionan que la sanción de una ley consiste en la aprobación que de ella hace el Poder Ejecutivo, y su promulgación se hace por medio de su inserción en el Boletín Oficial.

Planiol y Ripert confunden la publicación con la promulgación al indicar, "que el momento preciso en que comienza la aplicación de una ley es la expiración del plazo que sigue a su promulgación".<sup>40</sup>

Isidro Montiel agrega, "que como una ley puede ser aprobada en una piza oficial que no sea la misma ley, en este caso hay sanción, sin que haya todavía promulgación; pero si la aprobación se pone de una manera auténtica en la misma ley, entonces la sanción se confunde con la promulgación, que es la aprobación oficial puesta al calce de la misma ley que se manda publicar".

Este autor señala que la sanción para que no sea asimilada con la promulgación se requiere como condición, se sea insertada en otro documento oficial expedido por el ejecutivo.

No se está de acuerdo con este criterio, argumentado en primer término la naturaleza jurídica de estas dos figuras, la sanción es la aprobación por parte del Poder Ejecutivo a un proyecto de ley y la promulgación es la certificación de que dicha disposición jurídica ha sido producida de acuerdo a los lineamientos establecidos por el proceso legislativo, es decir es la verificación que le da este poder de la legalidad y legitimidad de una ley.

<sup>40</sup> PLANIOL, Marcel, RIPPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, trad. CAJICA Jr. Puebla, 1981, p.126

## F. PROMULGACION

Es el acto por el cual el Poder Ejecutivo hace el reconocimiento formal de que la ley ha sido aprobada conforme a derecho y debe ser obedecida. El fundamento constitucional esta fase se encuentra en el artículo 89 fracción I<sup>41</sup>. Es la certificación por parte del Poder Ejecutivo que se ha seguido fielmente el procedimiento legislativo, es decir que a través de ésta el Presidente de la República cumple con su obligación de comprobar la legitimidad de la ley, es decir que se haya formado conforme a derecho.

El acto de la promulgación se exterioriza a través de un decreto, nombrado éste como decreto *promulgatorio*, es decir, es el decreto del Presidente de la República en el cual se ordena la publicación de la ley, pero no es la publicación misma del texto legislativo.

Cesar Sepúlveda dice "que la naturaleza jurídica de la promulgación, para unos es un acto legislativo, una fase nada más del proceso legislativo, el Presidente actúa como un factor de declaración externa de la ley, sólo necesario por la validez, más no para la eficacia. Por lo tanto participa al mismo tiempo de acto legislativo, la verificación de la regularidad, la voluntad de promulgar y de acto ejecutivo la orden de publicación y la cláusula ejecutiva".<sup>42</sup>

---

41 "Artículo 89, fracción I: Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en su esfera administrativa a su exacta observancia." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"

42 SEPULVEDA, Cesar, La Promulgación, *Derecho Legislativo Mexicano*, op. cit. p.50

## G. REFRENDO

El refrendo secretarial se encuentra previsto en el artículo 92 de la Constitución mexicana vigente, que a la letra señala: "Todo los Reglamentos, Decretos, Acuerdos y Ordenes del Presidente deberán ir firmados por el Secretario de Estado o Jefe de Departamento Administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos".

El refrendo es desde sus orígenes más que una constatación de validez, un recorte de atribuciones plenas en la máxima figura representativa de la nación. el refrendo ministerial es algo más que una certificación, implica la integración y *corresponsabilidad* del equipo gubernamental en las tareas de gobierno.<sup>43</sup>

Se puede afirmar que sólo dentro del régimen parlamentario el refrendo constituye un acto esencial de la función ministerial y que sólo en dicho régimen tal institución tiene la plenitud de sus efectos. Dada la adopción de un régimen presidencial, el refrendo de los actos del presidente por sus Secretarios no puede tener otro efecto que el de constituir un medio para dar autenticidad a los actos que de aquél emanan, sin que substancialmente se distinga de otras formalidades certificantes que existen en la actuación administrativa, o aun en la vida civil, en la intervención notarial viene a tener esos efectos.<sup>44</sup>

43 ARNAIZ AMIGO, Aurora, El Refrendo Ministerial, *Revista Mexicana de Justicia* 89, enero-marzo número 1, vol. VII, México, p. 19.

44 GABINO FRAGA, *Derecho administrativo*, op. cit. p. 52

Con el refrendo se convierte al secretario en coautor del acto, lo que implica una delegación de responsabilidades, ya que si un acto del ejecutivo, en este caso la promulgación de una ley, no es refrendado, este acto puede ser impugnado ante la autoridad correspondiente, para que no se aplique dicha ley. Pero dicha impugnación no procede se hace valer el refrendo como un acto autónomo del procedimiento de creación de leyes, ya que es una fase integrante del procedimiento legislativo, y este considerado en su totalidad es el que le otorga la vigencia a la ley.<sup>45</sup>

En un estudio interesante Arnaiz Amigó encontró la novedad que establecía el artículo 74 de la Constitución de Chihuahua, al prever el caso de que el gobernador no firme en el plazo de 8 días siguientes al vencimiento del término para hacer observaciones al proyecto de ley del Congreso, éste o la diputación permanente podrán ordenar su publicación, Arnaiz señala que esto implica una transformación al propio poder legislativo y lo turna control jurisdiccional, dicha disposición se opone a los artículos 41 en su primer punto y 133 de la Constitución de la Unión.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Así lo establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación al señalar en su jurisprudencia RUBRO: Leyes, Refrendo y promulgación de las. Inconstitucionalidad. Texto: Si los actos de promulgación y de refrendo no se combaten como actos autónomos, sino como requisitos formales del procedimiento legislativo correspondiente, de manera que su constitucionalidad deriva del precepto jurídico combatido, y si el mismo fue declarado contrario a la constitución por sentencia firme, también resultan inconstitucionales, los citados actos de promulgación y refrendo. Precedentes Amparo en revisión 3838/63, Humberto Clemente Toledo y coags, 6 de abril de 1972. Unanimidad de 17 votos. Ponente Abel Guitrón, Sexta Época. Volumen XLVI. Primera Parte. p.289. (2 asuntos); y en su jurisprudencia Amparo contra leyes. Agravios inoperantes. "Los agravios resultan inoperantes, si se toma en consideración que los actos consistentes en la promulgación y refrendo de las disposiciones impugnadas en este juicio, no se reclamaron aisladamente, sino como integrantes del procedimiento legislativo correspondiente, y por lo tanto su constitucionalidad depende de las propias disposiciones y no puede analizarse en forma aislada". Amparo en Revisión 7138/56. Precedentes: "La ciudad de México", F. Manuel Sucesores, S.A., 16 de agosto de 1960. Mayoría de 14 votos. Ponente: Octavio Mendoza González, sostiene la misma tesis.

<sup>46</sup> ARNAIZ, AMIGÓ, Aurora, El Refrendo Ministerial, *Revista Mexicana de Justicia* 89, op. cit., p.19.

El refrendo se traduce así en la firma del Secretario de Estado que acompaña a los actos del presidente, por lo tanto como el decreto promulgatorio es un acto que proviene del ejecutivo, este acto tiene que estar refrendado, en virtud de que es el mandato que afirma el valor imperativo de la ley. La obligación que tiene el Secretario de Estado o en su defecto el Jefe del Departamento Administrativo de refrendar el decreto promulgatorio está fundamentada la carta constitucional (artículos 92, y 89 fracción 1), así como en el criterio que ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ha resuelto:

"REFRENDO DE LEYES.- El artículo de la Constitución, ordena que todos los reglamentos, decretos y órdenes deberán estar firmados por el Secretario del Despacho. Encargado del ramo a que el asunto corresponda y que sin este requisito no serán obedecidos, y dicho artículo no hace discriminación o diferenciación especial alguna, por lo que sin el requisito del refrendo no es *obedecible* una ley o decreto." Juicio compilado en la p. 902 del Tomo XCV del Semanario Judicial de la Federación. Actor: Estela Mejía Avendaño y Coags."

"REFRENDO DE LOS DECRETOS PROMULGATORIOS DE LAS LEYES. EL ARTÍCULO 13 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL NO VIOLA EL ARTÍCULO 92 CONSTITUCIONAL. El artículo 13 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal no es contrario al 92 de nuestra Carta Magna cuando señala que los decretos *promulgatorios* de las leyes expedidas por el Congreso de la Unión sólo requieren refrendo del Secretario de Gobernación para su validez, pues la materia de dichos decretos está constituida únicamente por la orden del Presidente de la República para que se publique o se dé a conocer la ley o el decreto del órgano legislativo Federal para su debida observancia, mas no por la materia misma de la ley o decreto oportunamente aprobado por el Congreso de la Unión; luego es de concluirse que el decreto respectivo única y exclusivamente requiere para su

validez constitucional, mediante el cumplimiento del imperativo formal establecido en nuestra Ley Suprema, de la firma del Secretario de Gobernación cuyo ramo administrativo resulta afectado por dicha orden de publicación, toda vez que es el acto que emana de la voluntad del titular del Ejecutivo Federal y, por ende, el que debe ser refrendado. Así pues, el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal no es incongruente con 92 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1) Amparo en revisión No. 5087/86. Luis Garza Garza.- 16 de febrero de 1988, unanimidad de 21 votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante. Secretario Antonio García Guillén.- Amparo en revisión No. 7465/87.- Humberto Garza Garza.- 23 de febrero de 1988, unanimidad de 19 votos.- Ponente: Ulises Schmill Ordoñez.- Secretario: Víctor Ernesto Maldonado Lara.- Amparo en revisión No. 4758/86. Jorge I. Garza Herrera.- 22 de marzo de 1899, unanimidad de 19 votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez.- Secretario: Roberto Caletti Treviño.- Amparo en revisión No. 8018/86. Federico Reyes García.- 24 de marzo de 1988, unanimidad de 18 votos.- Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.- Secretario : José Luis Rodríguez Santillán.(Texto aprobado en sección de 10 de mayo de 1988)<sup>47</sup>

Respecto a este punto Margain Manautou no está conforme con este criterio, al señalar, "el artículo 92 de nuestra Carta Magna sólo impone obligación de que los Secretarios de Estado o los Jefes de Departamento Administrativo refrenden los actos del Presidente en aquellos asuntos de su ramo y que derivan del ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 89 Constitucional; no así de aquellos actos que son el resultado de los dispuesto por el artículo 72 de la misma Constitución. El artículo 92 no señala que las leyes, que son disposiciones emitidas por el Poder Ejecutivo podría anular fácilmente una ley que pretendiese imponerle el Poder Legislativo; bastaría oponer primero su veto y olvidar después su refrendo por el Secretario del

47 Informe rendido a la Suprema corte de Justicia de la Nación por su Presidente, al finalizar el año 1988. Primera Parte, Pleno, Vol. II Jurisprudencia 21, p.p. 802-39 a la 802-40.

Despacho correspondiente. El Poder Legislativo legislaría solamente sobre lo que quisiera el Poder Ejecutivo".<sup>48</sup>

## H. PUBLICACION

En nuestro sistema se puede considerar a esta última fase del procedimiento, como el cenit del mismo, ya que se establece éste como una condición sine qua non para que el ordenamiento normativo como producto final del proceso legislativo tenga vigencia, por lo que es el único medio para que los habitantes de una nación puedan conocer las nuevas disposiciones dictadas por el poder público.

Podemos definirlo como el instrumento que utiliza el Estado para que los habitantes de éste, tengan conocimiento de una ley que entra en vigor, por lo que no se puede considerar que la publicación en sí misma es el acto que le da validez a la ley, sino que como ya se explicó anteriormente es el procedimiento legislativo considerado en su conjunto e integrado totalmente el que le otorga la autoridad formal<sup>49</sup>, este criterio se respalda por el adoptado por la Suprema Corte de Justicia al establecer en jurisprudencia obligatoria:

"RUBRO: LEYES, AMPARO CONTRA LA EXPEDICION, PROMULGACION Y PUBLICACION DE LAS. TEXTO: En el amparo contra la promulgación publicación y refrendo de la norma legal impugnada, no procede el sobreseimiento, porque si bien es cierto que en el procedimiento de formación de las ley intervienen diversos órganos constitucionales, como lo son el

48 MARGAIN MANAUTOU, Emilio, *Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano*, México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1985, p.54

49 *infra* pp.13 y sigs.

legislativo que las expide y el ejecutivo que las promulga y ordena su publicación, dichos actos no pueden considerarse consumados irreparablemente para los efectos del amparo, toda vez que en su conjunto son los que otorgan la vigencia a la ley reclamada, y, por tanto hacen que el ordenamiento respectivo pueda ser aplicado a los casos concretos comprendidos en las hipótesis normativas, y son todos ellos los que pueden ser reparados a través del juicio de garantías, la expedición, promulgación y publicación de una ley no pueden quedar subsistentes o insubsistentes, aisladamente puesto que tales actos concurren para que tenga vigencia la ley y pueda ser aplicada, y en cambio necesariamente dejan de producir efectos conjuntamente al pronunciarse una ejecutoria que declara inconstitucional a la ley, en el caso concreto a que se refiere el fallo, consecuentemente, a pesar de que se produzcan por órganos diferentes, no pueden considerarse consumados irreparablemente ni improcedente su declaración en el juicio de amparo que se interpone contra una ley. PRECEDENTES: Sexta Época, Primera Parte: Vol. XLI, Pág. 218 amparo en revisión 5386/56 Anáhuac inmuebles, S.A. 2 de Noviembre de 1960.- Mayoría de 14 votos. Ponente. Carlos Franco Sodi.- Disidente: Octavio Mendoza González. Vol. XLI, pág. 218 Amparo en revisión 7316/56 Bienes Raíces Carmela, S:A: y coags. 15 de Noviembre de 1960.- Mayorías de 15 votos. Ponente: Angel González de la Vega Vol. XLI, Pág. 218 Amparo en revisión 6826/56 Inmobiliaria Panamericana, S:A: 15 de Noviembre de 1960.- Mayoría de 15 votos. Ponente: Carlos Franco Sodi.- Vol. XLI, pág. 219 Amparo en revisión 7002/56 Condominio Nueva Clavería, S.A. 15 de Noviembre de 1960 Mayoría de 15 votos, ponente: Felipe Tena Ramírez.- Disidente; Octavio Mendoza González. Vol. LV pág. 81 Amparo en revisión 675/53 Esteban Herrera de Anda. 30m de Enero de 1962.- Unanimidad de 16 votos. Ponente. Mariano Azuela".<sup>50</sup>

**"RUBRO: LEYES, AMPARO CONTRA LAS.**  
**TEXTO: Si bien es cierto que en el procedimiento de formación de la ley intervienen diversos órganos constitucionales, como son el Legislativo que la expide y el Ejecutivo que la promulga y ordena su publicación, dichos actos no pueden separarse en forma absoluta para los efectos del amparo, toda vez que en su conjunto son los que otorgan vigencia a la Ley reclamada, y por tanto hacen que el**

ordenamiento respectivo pueda ser aplicado a los casos concretos comprendidos en la hipótesis normativas, y son todos ellos los que pueden ser reparados a través del juicio de garantías. La expedición, promulgación y publicación de una ley no pueden quedar subsistentes ni insubsistentes, aisladamente, puesto que tales actos concurren para que tenga vigencia la ley y pueda ser aplicada y en cambio necesariamente dejan de producir efectos conjuntamente al pronunciarse una ejecutoria que declare inconstitucional a la ley, en el caso concreto a que se refiere el fallo; consecuentemente, a pesar de que produzca órganos diferentes no pueden considerarse consumados irreparablemente, ni improcedente su reclamación en el juicio de amparo que se interpone contra una ley. PRECEDENTES: Vol. XLX, pág. 192. amparo en revisión 6805/56.- "Inmobiliaria Cervantes Saavedra", S.A.- 18 de noviembre de 1959.- Unanimidad de 16 votos<sup>51</sup>

"RUBRO: PROMULGACION Y PUBLICACION DE LEYES Y DECRETOS. TEXTO: Si se recurre como agravio la promulgación, publicación de leyes y decretos, estimándose que deben considerarse como actos consumados de manera irreparable, y por lo mismo que no procede el amparo sino el sobrestamiento, tiene aplicación la tesis sostenida por el Tribunal Pleno, que establece: "Si bien es cierto que el procedimiento de formación de la ley intervienen diversos órganos constitucionales, como son el Legislativo que las expide y el Ejecutivo que las promulga y ordena su publicación dichos actos no pueden separarse en forma absoluta para los efectos del amparo, toda vez que en su conjunto son los que otorgan vigencia a la ley reclamada, y por tanto hacen que el ordenamiento respectivo debe ser aplicado a los casos concretos comprendidos en las hipótesis normativas, y son todos ellos los que pueden ser reparados a través del juicio de garantías. La expedición, promulgación y publicación de una ley no pueden quedar subsistentes ni insubsistentes, aisladamente, puesto que tales actos concurren para que tenga vigencia la ley y pueda ser aplicada, y en cambio necesariamente dejan de producir efectos conjuntamente al pronunciarse una ejecutoria que declare inconstitucional a la ley, en el caso concreto a que se refiere el fallo; consecuentemente, a pesar de que se produzca por órganos diferentes, no pueden considerarse consumados irreparablemente, ni improcedente su reclamación en el juicio de amparo

51 PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION 2º CD-ROM JUNIO 1992, Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Época: 6A; Volumen: XLIX; Página: 192.

que se interponga contra una ley. "PRECEDENTES: VOL. XLV, pág. 185. Amparo en revisión 4998/51.- Lance Hermanos, S.A. y Coags.- 7 de marzo de 1961.- Unanimidad de 15 votos.- Ponente: José Rivera Pérez Campos".<sup>52</sup>

En un Estado Federal como el nuestro dicha publicación se hace a nivel Federal en el Diario oficial de la Federación, a nivel Estatal en las Gacetas Gubernativas y en el Municipal en las Gacetas Municipales cuando el presupuesto lo permite.

En virtud de que el Diario Oficial de la Federación es un instrumento para dar a conocer a los gobernados el contenido y la entrada en vigor de las leyes, tratados internacionales, decretos, reformas, acuerdos, circulares y avisos de carácter constitucional; es un periódico de publicación diaria excepto los días inhábiles.

No existe un mandato constitucional expreso que ordene la publicación de las leyes en el Diario Oficial, sino que viene implícito en el artículo 72 Constitucional inciso a) al señalar:

"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 sino tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente."<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION 2º CD-ROM JUNIO 1992, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación Época: 6A; Volumen XIV; página: 185.

<sup>53</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1990.

El Código Civil para el Distrito Federal, esto es una ley secundaria, también señala que se lleve a cabo la publicación de las leyes para que estas surtan sus efectos.

La jurisprudencia inglesa que admite la ley común, lex non scripta, no sólo ley general, sino aun también como ley particular, que presume publicada en su origen, profesa el principio de que la ley para ser obligatoria, no necesita de una formal publicación, pues que a los ojos de la ley, cada uno de los ingleses tiene parte en los actos del parlamento, supuesto que asiste a él por medio de sus representantes. Este estatuto así registrado en los archivos del reino no necesita de una formal promulgación; pero sin embargo, se imprime y circula para que sea generalmente conocido.<sup>54</sup>

Debido al tema de la presente tesis, la iniciación de la vigencia será tratada en el capítulo siguiente.

---

54 MONTIEL Y DUARTE, *Ídido, Tratado de las leyes y su aplicación, op.cit. p.88.*

## CAPITULO II

### I. AMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL

Pues para analizar la retroactividad de las leyes, es menester esbozar, como primer punto, el ámbito de validez temporal normativo, es decir el aspecto temporal de las leyes. Dicho ámbito comprende tres aspectos: A) la determinación del momento en que la ley comienza a ser obligatoria; B) la determinación del momento en que deja de serlo; C) la determinación de las relaciones jurídicas reguladas por una ley durante su vigencia.

La norma tiene como contenido la conducta humana, según Kelsen la norma de la conducta humana comprende cuatro esferas de validez, pues "como las normas regulan la conducta humana, y ésta tiene lugar en el tiempo y en el espacio, las normas son válidas para cierto tiempo y para un espacio determinado. La validez de una norma puede principiar en un momento y terminar en otro. La validez de una norma tiene también relación con el espacio. Para ser válida, tiene que serlo no sólo en cierto tiempo, sino también en cierto territorio. Las del derecho francés son válidas únicamente en Francia, las del mexicano únicamente en México. Podemos por tanto, hablar de la esfera temporal y de la esfera territorial de validez de una norma. Para determinar cómo deben los hombres conducirse, es necesario determinar cuándo y dónde

habrán de comportarse en la forma prescrita. Cómo habrán de conducirse y qué actos deberán realizar u omitir, es lo que constituye la esfera material de validez de la norma. Las que regulan la vida religiosa de los hombres se refieren a una esfera material de validez distinta de las de aquellas que regulan su vida económica. Con referencia a una cierta norma es posible, sin embargo, plantear no solamente el problema sobre lo que se debe hacer u omitir sino también la cuestión concerniente a quién debe observar u omitir determinada conducta. El último interrogante se refiere a la esfera personal de validez de la norma. Así como hay normas válidas únicamente para un determinado territorio, para cierto período de tiempo, y con respecto a ciertas materias, también hay normas válidas sólo para determinados individuos... La conducta humana que forma el contenido de las normas y que ocurre en el tiempo y en el espacio está constituida por un elemento personal y otro material."<sup>56</sup>

Ferreiro Lapatza sugiere si uno se refiere a la vigencia de la ley lo debe hacer en un sentido amplio, es decir que *víncule* jurídicamente el momento de la realización del hecho, así como el lugar en que el hecho se realiza y la persona que la realiza. Para saber si una norma está vigente es preciso, pues, determinar los límites de la eficacia de la norma en el tiempo y en el espacio.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., p. 49 y sigs.

<sup>57</sup> FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de Derecho Español*, Madrid, Marcial Pons Libreros, 1989, p.78.

Carretero Pérez apunta que para evitar las colisiones de las normas internas o externas que se aplican en el Estado, debe precisarse la vigencia temporal y espacial de toda norma.<sup>58</sup>

De esta apreciación se tomará en cuenta el ámbito de validez temporal de la norma, porque este último nos da la pauta para analizar el problema de la vigencia.

La validez de la norma es "la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o lo que es lo mismo- a reconocer que tiene **fuerza obligatoria** frente a aquellos cuya conducta regula. Las del derecho son normas en cuanto tienen validez".<sup>59</sup> El concepto de validez incorpora al concepto de vigencia normativa (validez temporal), así la expresión de validez es más amplia que la de vigencia, pues cuando se habla de ámbito o esfera temporal de validez, se asimila el concepto con el de vigencia de la ley.

"Un determinado ordenamiento jurídico, o las normas que lo constituyen, no rigen en todo lugar, ni en todo tiempo, ni para todas las personas de por sí sometidas al Derecho, ni para todas las posibles relaciones de la vida. Por el contrario la vigencia de un determinado Derecho tiene límites espaciales, temporales, personales y objetivos. Ninguna norma de Derecho tiene en principio vigencia perpetua. Esto suscita las cuestiones del comienzo y el fin de la vigencia".<sup>60</sup>

---

58 CARRETERO, PEREZ, *Derecho Financiero*, Dudas y Certezas del Derecho, España, Santillana, p.89

59 KEI SEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit. p.35

60 NAWIASKI, HANS, *Teoría General del Derecho*, Estudio General de Navarra, Madrid, Ediciones Rialp, 1962, p.131.

La vigencia normativa comprende dos términos, los cuales son la vigencia formal de la ley y la vigencia material de la ley.

La vigencia formal de la ley es el tracto temporal comprendido entre la *publicación* y la *derogación* de la misma.

La vigencia material de la ley se produce cuando ésta proyecta sus efectos a una fecha anterior o posterior a su publicación.

La extensión temporal, puramente formal, puede no coincidir con la dimensión temporal resultante de la eficacia material de la ley.

Domenico Barbero advierte que la evolución incesante de las condiciones sociales comporta una paralela evolución de la intervención normativa: normas terminan; normas comienzan. Principio y fin de la eficacia de la norma coinciden, normalmente, con el momento de su entrada en vigor y cesación. Pero puede ocurrir que una norma entrada hoy en vigor extienda su eficacia al pretérito, subvirtiendo relaciones ya establecidas bajo el imperio de una ley precedente. En tal hipótesis, la norma es retroactiva.<sup>61</sup>

López Menudo en su tesis doctoral nombrada "El Principio de Irretroactividad en las normas jurídico-administrativas" dice al respecto:

---

61 BARBERO, DOMENICO, *Sistema del Derecho Privado*, I, parte preliminar-parte general, Buenos Aires, E.J.F.A., 1967, p.131.

"Las leyes positivas son perecederas y están sujetas tanto en su nacimiento como en su extinción a límites temporales".<sup>62</sup>

De esta manera se ha querido precisar que todo ordenamiento jurídico tiene un alcance temporal, que algunos autores prefieren llamarle eficacia y que otros le consideran como validez temporal. Lo que es trascendente considerar, independientemente de estos criterios, es que es la retroactividad un problema de orden normativo con fondo filosófico y social, pues al establecer un límite temporal a la ley se le da una certeza y una seguridad jurídica al gobernado.

## II. SISTEMAS DE INICIACION DE LA VIGENCIA NORMATIVA

Una ley debidamente aprobada, sancionada, promulgada, refrendada y publicada, es decir que se haya elaborado conforme a todas las etapas del procedimiento legislativo, adquiere la autoridad formal como ordenamiento jurídico, pues reúne todos los requisitos esenciales para su vigencia y su obligatoriedad. Por virtud de la última etapa del procedimiento legislativo, se determina cuando la ley entra en vigor, es decir la fecha en que empieza a surtir efectos una disposición legal.

Para determinar el momento en que se inicia la vigencia de una norma legal se han elaborado varios sistemas, Francisco De la Garza los explica de la siguiente manera:

---

62 LOPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídicas administrativas*, Sevilla, Ediciones del Instituto García Ojeda, 1982, p.27

A) El sistema simultáneo ó sincrónico consiste en que la ley entra en vigor en el momento mismo de su publicación, es decir, que en el momento en que se publica una ley en ese mismo instante la ley comienza a tener efectos.<sup>63</sup>

Bajo el sistema simultáneo, una disposición legal entra en vigor en todo el territorio de la República Mexicana el mismo día de su publicación.

B) El sistema sucesivo, la ley entra en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, en el lugar que este se publica y en los lugares donde no se haga dicha publicación, el día que resulte según la distancia en kilómetros que le siga de aquella, a razón de 40 kilómetros por día.<sup>64</sup>

En el análisis de este sistema se advierten dos momentos, el primero lo constituye el tiempo de publicación; aquí se marca la diferencia entre este sistema y el sincrónico, porque en el sistema sincrónico la vigencia comienza en el instante mismo en que se publica la disposición legal en todo el territorio nacional; mientras que en el sucesivo se maneja un término más amplio, el cual comienza el día de la publicación de la ley en el Diario Oficial, en el lugar donde se publique éste. El segundo momento va a ser aquel cuando entra en vigor en virtud de la lejanía.

---

63 "Es indiscutible que su aplicación en muchos casos trae consecuencias injustas para muchos habitantes de la República que no viven en el Distrito Federal y a quienes puede tardar varios días en llegar la edición del *Diario Oficial* en que aparece publicada una ley o disposición financiera". DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, México, Porrúa, 1973, p.48.

64 DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, op. cit., p.48.

C) El sistema de la *vacatio legis*, consiste en que se señale un plazo o fecha para que entre en vigor la nueva ley. Rossy apunta que tiene la ventaja, sobre los anteriores sistemas, que permite estudiar la ley antes de su entrada en vigor, y el inconveniente de que da tiempo a crear situaciones que la defrauden, por lo que el legislador ha de elegir el sistema que crea más conveniente, según los propósitos de la ley.<sup>65</sup>

Como señala Virgilio Domínguez, en su trabajo intitulado "La *vacatio legis* en el Derecho Mexicano" esta institución es un elemento esencial de los sistemas de la iniciación de la vigencia y publicación de las leyes. La *vacatio legis* es la dispensa del cumplimiento de la ley que se hace a los particulares, para que ésta no los obligue en la fecha de su publicación, sino hasta después de que haya transcurrido cierto tiempo, con el objetivo de no sólo hacer conocer la ley, sino también prepararse para cumplirla; por lo que el Estado tiene el deber de conceder la *vacatio legis*, para que los particulares tengan la oportunidad de cumplir con dicha obligación.

En cuanto a su duración existen tres clases de *vacatio legis*: la normal, la prolongada y la abreviada.

La *vacatio legis* existe, en dos de los sistemas de iniciación de la vigencia de las leyes; el sucesivo y el simultáneo. Conforme al primero, la ley entra en vigor en el lugar de su publicación el día en que se hace dicha publicación o en una fecha próxima; y en los lugares distintos a éste la ley entra en vigor en forma escalonada según el lugar de que se trate,

pues se concede un plazo adicional por razón de la distancia. Conforme al segundo sistema de iniciación, la ley entra en vigor el mismo día en todo el territorio nacional. El sistema sucesivo estuvo vigente en la segunda mitad del siglo XIX. En nuestros días casi se ha abandonado, salvo el caso de Francia, México y otros países, por los problemas que crea por las diversas fechas de la iniciación de la vigencia de la ley. En la actualidad, el sistema simultáneo ha sido adoptado en casi todos los países por su sencillez, la cual evita toda clase de dificultades en su aplicación.<sup>66</sup>

De lo anterior podemos concluir que sólo hay dos sistemas, el sucesivo y el simultáneo, cuya diferencia la da la duración y forma de la *vacatio legis*.

El derecho mexicano vigente consagra a estos sistemas de iniciación de la vigencia:

En el texto del párrafo I del artículo 3 del Código Civil se establece la *vacatio legis* de 3 días, que a la letra dice: "Art. 3.- 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".<sup>67</sup>

El sistema sucesivo está comprendido en el segundo párrafo del mismo artículo<sup>68</sup>. Este sistema presenta varios inconvenientes. El

66 DOMINGUEZ, Virgilio, *La vacatio Legis en el Derecho Mexicano*, México, 1972, p.15 y sigs.

67 Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, p.5

68 "Art. 3 par. II.- En los lugares distintos del en que se publique el Periódico Oficial, para que las leyes, reglamentos, etcétera, se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más

primero de ellos es su carácter anacrónico, pues concede un día adicional por cada cuarenta kilómetros de distancia del lugar de la publicación, por suponerse que ese tiempo se requiere para hacer llegar el Diario Oficial a su destino. El segundo inconveniente es que viola el principio de la igualdad ante la ley. El tercer inconveniente es que permite la aplicación retroactiva de la ley, al presentarse distintas fechas para la iniciación de la vigencia de la misma.

El sistema simultáneo está localizado en el artículo cuarto del *multicitado* código<sup>69</sup>, este sistema se instrumenta a través de los artículos transitorios de la ley en cuestión, que por lo regular señalan: "Esta ley entra en vigor en toda la República en el día de su publicación".

El comienzo de la vigencia de las leyes fiscales, se sustenta en los principios técnicos que regulan el fenómeno de la imposición, a fin de que la legislación positiva resulte justa y no obstaculice el desenvolvimiento económico del país y mucho menos provoque reacciones sociales que pongan en peligro la estabilidad que debe poseer necesariamente toda nación para el cumplimiento de sus fines políticos. Estas máximas se conocen con el nombre de principios de justicia, de certidumbre, de comodidad, economía, e igualdad.

En razón a estas máximas se adoptó en el Código Fiscal de la Federación, vigente, el sistema simultáneo con una *vacatio legis* de un

por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda la mitad." Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, p. 5

69 "Art. 4.- 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." Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, p. 5.

día, a diferencia de los plazos normales de publicación para las demás leyes. Anteriormente se aplicaba una *vacatio legis* de 15 días.

### III. FORMAS DE CESE DE LA VIGENCIA NORMATIVA

Berliri (para el caso de Italia) indica que el cese de ley puede producirse de 7 modos:

"A) Por derogación expresa realizada por el legislador.

B) Por la promulgación de una nueva disposición legal incompatible con la primera.

C) Por la promulgación de una nueva ley que regule toda la materia ya regulada por otras leyes.

D) El vencimiento del término contenido en la propia ley. La diferencia entre esta última causa de cese y las tres primeras se manifiesta en que en aquéllas el cese depende de un hecho, o mejor, de una voluntad extraña a la ley; en ésta en cambio, depende de una voluntad intrínseca de la propia ley, la cual, por ello, nace con carácter temporal. Los casos de leyes cuya eficacia debe cesar en un determinado día establecido por la propia ley, son más bien frecuentes en el campo tributario.

E) Por decisión del Tribunal Constitucional, es decir: Cuando el Tribunal (constitucional) declara la inconstitucionalidad de una norma

legal o de un acto con fuerza de ley, la norma deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión. La singularidad de tal forma de derogación - se trata de una verdadera y propia derogación, dado que para el período que transcurre entre la publicación de la ley y la decisión del Tribunal aquélla ha tenido plena vigencia- está constituida por el hecho de que el cese de un acto legislativo depende de un acto jurisdiccional.

F) El referéndum, es decir que se convoca a referéndum popular para decidir sobre la derogación total o parcial, de una ley o de un acto con valor de ley, cuando lo pidan 500.000 electores o cinco Consejeros regionales. No se admite referéndum para las leyes tributarias.

G) La caducidad de la ley cuando se trata de decreto-ley que no se convierta en ley en los sesenta días siguientes a su publicación. En este caso, efectivamente, el decreto-ley pierde eficacia desde su publicación, lo que equivale a no haber existido nunca".<sup>70</sup>

De la Garza señala que la terminación de la vigencia de las leyes puede producirse por caducidad o por derogación:

"A) Caducidad. El concepto de caducidad lo recoge del pensamiento de Rossy, al indicar que las leyes caducan cuando llevan en sí mismas la indicación del límite de su vigencia. La caducidad puede ser de dos clases: por razón de tiempo y por razón de la finalidad. Por razón del tiempo caducan las leyes por extinguirse el plazo para el que fueron

<sup>70</sup> BERLIRI, Antonio, *Principios de Derecho Tributario* op.cit. p.115.

expedidas. Así sucede con las leyes de ingresos y de presupuestos de egresos, las cuales por disposición constitucional tienen duración de un año, y porque además ellas mismas establecen el año fiscal durante el cual van a estar en vigor (Art. 74 fracción IV constitucional). Por razón de la finalidad, significa el total cumplimiento de los fines de una ley. Es el caso de las disposiciones transitorias".

"B) Derogación. Está puede ser expresa o tácita. La derogación expresa puede ser total y entonces se le llama también abrogación. Tiene la ventaja de que evita la consulta de disposiciones anteriores, y con ello, las discusiones sobre su vigencia. La derogación expresa puede ser parcial cuando deroga únicamente las disposiciones anteriores que se oponen a la ley derogante. La derogación mixta tiene lugar cuando se deroga expresa y totalmente una ley y parcialmente las que se opongan a la ley derogante".

"La derogación tácita opera por aplicación del principio general de Derecho de que la ley posterior deroga la anterior, cuando es incompatible con la nueva ley. En el caso de derogación tácita es necesario tener especial cuidado con la jerarquía de las leyes".<sup>71</sup>

Esta clase de derogación, es quizás la forma más cómoda y usual de proceder a la derogación de normas anteriores, suele operar a través de las conocidas **cláusulas finales derogatorias** y, en general siempre que lo dispuesto en una norma resulta incompatible con lo dispuesto en otra de igual o inferior rango. Pero, precisamente, esta mayor comodidad para

<sup>71</sup> DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho financiero Mexicano*, op.cit. p.50 y 51

el legislador, es fuente de innumerables problemas para la Administración, para el contribuyente y para los Tribunales de justicia, pues no es tarea fácil averiguar en muchas ocasiones en que medida tal o cual disposición contradice lo dispuesto en tal otra.<sup>72</sup>

El sistema jurídico mexicano establece el principio de la vigencia indefinida de las leyes al señalar que "La ley sólo queda abrogada o derogada o por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la anterior."<sup>73</sup>

Dentro de la teoría jurídica se ha presentado la cuestión de si una costumbre puede abrogar una ley, la discusión ha sido muy amplia en la teoría francesa, y curiosamente uno de los mas grandes representantes de dicha escuela, Bonnacase, sostiene que en efecto una costumbre puede abrogar a una ley.<sup>74</sup>

Para el ordenamiento jurídico mexicano la discusión no tiene mucho sentido pues en nuestro sistema de jerarquía de normas la ley prevalece sobre la costumbre y las practicas.<sup>75</sup>

En México el control jurisdiccional sobre las leyes inconstitucionales no es una derogación o abrogación a la ley, porque quebrantaría el

72 PEREZ DE AYALA, José L, GONZALEZ Eusebio, *Curso de Derecho Tributario*, (I) MADRID, EDESA, 1975, p 65 y sigs.

73 Artículo 9o. del Código Civil para el Distrito Federal vigente.

74 BONNACASE, Julien, *Introducción al Estudio del Derecho*, Vol I, Puebla, México, Cajica, 1944, p. 197 y sigs.

75 "art.- 10 Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.", Código Civil del Distrito Federal.

principio de división de poderes, al arrogarse funciones el Poder Judicial Federal que no le corresponden, ya que el acto de la derogación es propio del órgano legislativo.

"Una de las virtudes de el Juicio de Amparo consiste en que el procedimiento en el que se desarrolla es sigiloso, de tal manera que no hiere la *suceptibilidad* de los poderes o autoridades cuyos actos ataca."<sup>76</sup>

El hecho de que la jurisdicción declare, *en un caso particular*, con exclusión de otros, que una ley, en sí misma, viola las garantías individuales o produce una alteración al régimen federal, no significa la derogación de dicha ley. Son, pues, dos conceptos totalmente distintos la *inaplicabilidad* de la ley al caso particular de que se trate, y su derogación o abrogación que sólo compete al órgano al cual la constitución inviste con la facultad legislativa. Si en materia de amparo, y principalmente cuanto éste se promueve contra leyes, la sentencia respectiva fuese *erga omnes*, si tuviera efectos de invalidación jurídica general de una disposición legal, contrariamente a lo preceptuado por el artículo 107, la jurisdicción invadiría evidentemente la esfera de competencia constitucional de la legislación, produciéndose el desequilibrio de los poderes constitucionales.<sup>77</sup>

La actuación del órgano judicial se ejerce sin herir la *suceptibilidad* del Congreso o de las legislaturas locales, declarando que una ley por contravenir los mandatos constitucionales, propiamente se le reputa

76 BURGOA. ORIHUELA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1994, p.219.

77 BURGOA. ORIHUELA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, op.cit. p.220

inaplicable e ineficaz para el caso concreto que se somete a su conocimiento, no se obliga por ende, al órgano legislativo a abrogar o derogar la ley tildada de inconstitucional; no se menoscaba el prestigio de la autoridad legisladora, invalidando el acto en sí independientemente de su aplicación práctica, sino que simplemente se constata que, en el negocio concreto que se somete al conocimiento de la corte, la ley no tiene validez y, por lo tanto, no debe observarse en virtud de ser inconstitucional, constatación que no implica que en casos futuros las autoridades no insistieran en su aplicación, debido a que las declaraciones judiciales en el sentido de reputar a una ley como contraria a la Constitución, sólo tiene efectos en el caso particular que las provoca, sin poder hacerse extensivas a otras situaciones no planteadas ante el órgano jurisdiccional de control.

En materia fiscal encontramos la vigencia determinada de la ley cuando se trata de la Ley de Ingresos, la respectiva Ley de Egresos del Presupuesto de la Federación, así como las moratorias fiscales. Respecto a las leyes con carácter indefinido, la derogación o abrogación debe deber ser en forma fehaciente, es decir que la derogación sea expresa.

Es de observarse que dentro de esta misma materia sucede otro fenómeno, que se le conoce como la suspensión de las normas fiscales, es decir, las leyes que temporalmente dejan en suspenso la aplicación de otras; está suspensión se originó en razón de unificar el sistema fiscal mexicano. La suspensión puede presentarse de manera expresa o tácita.

La suspensión expresa es un requisito para adherirse al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, por el cual los Estados convienen en derogar o dejar en suspenso algunos gravámenes.

La suspensión tácita opera cuando después que una ley establece una contribución, una Ley de Ingresos de la Federación ya no contempla dicha contribución, por lo tanto automáticamente ocurre la suspensión; suele confundirse con la derogación tácita de la contribución, pero no debe concebirse como tal, porque, en cualquier otro momento la Ley de Ingresos puede volver a contemplar dicha contribución, entonces quedará sin efectos la suspensión tácita o pérdida de "vigencia material" (positividad) de dichas leyes.<sup>78</sup>

Eusebio Gonzalez y Pérez de Ayala<sup>79</sup> señalan, que parece admitirse la aplicabilidad automática de la legislación declarada en suspenso por la disposición temporal de que se trate, una vez cumplido el plazo de vigencia que la misma norma marcó.

---

78 CARDENAS ELIZONDO, Francisco *Introducción al Estudio del Derecho Fiscal*, op. cit. p.163 y sigs.

79 PEREZ DE AYALA, José L., GONZALES, Eusebio, *Curso de Derecho Tributario*, op. cit., p.65.

#### IV. ¿CUAL ES EL EFECTO DE LA INICIACION DE LA VIGENCIA NORMATIVA?

Ahora bien, después de haber tratado el momento en el cual una ley se torna vigente y el momento en que pierde tal vigencia. Se debe aclarar los efectos que dicha ley produce durante el citado período.

La ley, por su misma naturaleza, es un acto de autoridad esencialmente continuo; es decir, que mientras no se derogue o se abroge, rige todos los casos concretos que se presenten durante el período de su vigencia, proyectándose permanente e ininterrumpidamente en forma obligatoria sobre ellos.

Ahora bien, atendiendo a la forma en cómo surte efectos una ley en las esferas en que va operar, es decir, *la causación práctica de los efectos de una ley*, se puede decir que éstos se producen mediata o inmediatamente, a partir de la vigencia constitucional de la disposición legal.

En efecto, se dice que las consecuencias de una ley se producen mediatamente, cuando por su sola expedición no se engendra afectación alguna en las situaciones prácticas en que opere, sino que se requiere la comisión de un acto de autoridad posterior que imponga o haga observar los mandatos legales. En esta hipótesis, la observancia, el acatamiento de una ley, se hacen efectivos mediante un hecho posterior, por lo que su sola promulgación, su mera existencia como tal, es inocua para producir efecto alguno en la situación que va a afectar, puesto que

es indispensable la realización de un acto de autoridad posterior, concreto, que aplique la norma jurídica.

Por el contrario, existen leyes que no necesitan de una aplicación posterior para producir sus efectos en las situaciones para las que están destinadas a operar, sino que su sola promulgación ya implica una evidente obligatoriedad efectiva y actual para las personas o categorías de personas por ellas previstas, a las cuales afecta, por tal motivo, inmediatamente. Estas disposiciones legales, que no requieren para la causación de sus efectos jurídicos ningún acto *aplicativo*, concreto y posterior, se denominan *auto-aplicativas*, por tener en sí mismas su aplicación práctica, por engendrar, por el solo hecho de su expedición constitucional, la consiguiente afectación de las esferas, hipótesis y casos en ellas comprendidos.<sup>80</sup>

80 "Dice al respecto tal Jurisprudencia, sentada en varias ejecutorias: Tanto el artículo 103 constitucional, como el primero de su ley reglamentaria, establecen la procedencia del juicio de amparo contra las leyes, como contra cualquier acto de autoridad. En términos abstractos, el juicio no puede iniciarse sino a petición de la parte legítima, esto es, de parte de a quién la ley o el acto agravia, fundándolo en algún derecho garantizado por la Constitución. Ahora bien, *cuándo puede estimarse cometida por la ley la violación constitucional que dé origen al juicio de garantías?* La doctrina y la jurisprudencia han distinguido tres estados de la ley, según la diversidad de efectos que produce: en el primero, la ley tiene un carácter de mandamiento inofensivo, que no daña ni afecta a persona alguna, por su sola promulgación, puesto que da preceptos generales sin designar personas; la Suprema Corte ha establecido que es improcedente contra la sola expedición de una ley, que contenga únicamente disposiciones de carácter general, ya que mientras no se ejecute o aplique, debe considerarse como letra muerta, y a nadie ofende ni causa perjuicio; por tanto, la demanda que se enderece contra una ley de esta naturaleza, no puede prosperar, aunque se pida exclusivamente contra la declaración de que el quejoso queda comprendido dentro de sus disposiciones; no es bastante para considerar procedente el amparo contra una ley, la circunstancia única de que las autoridades administrativas se nieguen a declarar que aquella no es aplicable al quejoso, porque no se encuentra comprendido entre las personas a quienes afecta el cumplimiento de la ley; el amparo no es apto para obtener la dispensa de una ley de carácter general, y entre tanto permanezca en ese Estado, no puede ser impugnada en la vía constitucional; el *segundo estado* es el de las leyes de acción automática, es decir, cuando sus preceptos tienen un carácter de inmediatamente obligatorios, por la sola promulgación; éste es el caso de las leyes que en preceptos revisten la forma general, designan personas o comprenden individuos inopinados, pero bien definidos por las condiciones, circunstancias y posición en que se encuentran, y entonces, quienes demuestren que están comprendidos en la designación de la ley, tienen el carácter de agraviados por ella y personalidad para promover el juicio de amparo contra la misma; las leyes en algunas ocasiones comprenden a personas determinadas por circunstancias concretas que las determinan de manera clara, como cuando se refieren a los acreedores hipotecarios, sin designación de personas; en este mismo caso, estas mismas personas están obligadas hacer o dejar de hacer y si intentan ejercitar sus derechos, haciendo punto omiso de la ley, y por lo mismo su expedición ya afecta a los designados, les causa un perjuicio y no es necesario que existe un principio de ejecución para que puedan solicitar el amparo contra la ley, independientemente que puedan hacerlo contra acto concreto de aplicación (amparo contra leyes); el *tercer y último estado* se refiere a las leyes de carácter general puestas en acto de

En relación al comienzo y fin de la vigencia, De la Garza resalta tres problemas: la restauración, la supervivencia o *ultraactividad* de la ley derogada y la retroactividad.

Respecto a la restauración señala que una ley derogada recobra su vigencia y esto sólo puede suceder cuando así lo dispone expresamente una nueva voluntad del legislador, cita por ejemplo, "la Ley de Ingresos de la Federación (XII-30-61), dispone (art. 5 transitorio) que "el impuesto sobre el consumo de algodón, establecido en el Art. 1o. , fracción IV, Inciso II, de dicha Ley, se recaudará de conformidad con la Ley del Impuesto sobre Consumo de Algodón de 20 de junio de 1944 cuya vigencia se restablece en su totalidad a partir del 1o. de enero de 1962 en toda la República."

La supervivencia o *ultraactividad* de la ley derogada es el fenómeno opuesto al de la retroactividad, pues significa que la ley derogada continuará en vigor parcialmente a pesar de la expedición de la nueva ley.

---

ejecución, es decir, cuando por medio de un acto de autoridad distinto del legislativo, se ejecute materialmente el precepto que se considera contrario a la Constitución, en otros términos, cuando la ley se aplica a determinadas personas, mediante actos concretos, ejecutados en su contra por alguna autoridad. La actividad posterior de un órgano del poder público, hace que la ley abstracta, concretándose en un caso particular, constituya un ultraje al derecho de alguno; es entonces cuando la ley adquiere una existencia real, y cuando una persona ofendida tiene el derecho de pedir amparo contra su aplicación, y en este último caso, el término para pedir amparo, transcurre, a partir del conocimiento del acto de aplicación." BURGOA, ORIHUELA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, op. cit. pp.224 y 225.

81 cfr. DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, op.cit. p.51 y sigs.

En términos generales la ley nueva produce un efecto inmediato, en el sentido de que a partir de su entrada en vigor, rige todos los actos y hechos jurídicos que se produzcan durante su vigencia. Así en principio, la ley sólo se aplica a los hechos realizados *durante el tiempo en que está en vigor*. Sin embargo, a veces la ley reglamenta *hechos anteriores a su promulgación o posteriores a su abrogación*.<sup>82</sup>

Lo anterior significa, en otras palabras, que las leyes disponen para lo futuro, "no hay posibilidades de gravar retroactivamente hechos anteriores que han quedado concluidos bajo el imperio de otras leyes"<sup>83</sup>

Son dos las excepciones a esta regla, la ultraactividad y la retroactividad de la ley.

Se entiende por ultraactividad de la ley, cuando está ya ha sido formalmente derogada, pero extiende sus efectos hacía al futuro.

## V. ¿QUE ES LA RETROACTIVIDAD?

El efecto retroactivo de la ley significa que en vez de que esta tenga un efecto inmediato a su entrada en vigor, se le da fuerza para que obre

---

<sup>82</sup> Se observa que la doctrina francesa revive la idea de promulgación del Derecho Romano, porque en éste se concebía a la promulgación como publicación. PLANIOL Marcel, RIPERT Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, trad. CAJICA Jr. José M., México, 1981, p.125.

<sup>83</sup> AHUMADA, Guillermo. *Tratado de Finanzas Públicas*, Vol.1 Argentina, ASSANDRI, 1948, p.293.

sobre el pasado (*leyes ex post facto*)<sup>84</sup>, es decir, que estudia la legalidad de los actos o hechos jurídicos que se originaron antes de su publicación, es decir bajo la vigencia de la ley ya derogada.<sup>85</sup>

A contrario *sensu*, la irretroactividad de la ley, "es el principio según el cual las disposiciones contenidas en las normas jurídicas no deben ser aplicadas a los hechos que se realizaron antes de la entrada en vigor de dichas normas".<sup>86</sup>

Sánchez-Covisa<sup>87</sup> antes de referirse al concepto de retroactividad, habla del término colisión, afirmando "*que existe colisión entre dos proposiciones legales cuando afectan a un mismo supuesto de hecho consecuencias jurídicas incompatibles*".

La retroactividad puede presentarse en dos formas: a) ya sea que la ley nueva estudie las situaciones jurídicas nacidas en el ámbito de la ley vieja, o b) cuando con anterioridad no hubiere ley que previese la situación jurídica regulada en la nueva norma. Por lo tanto no necesariamente la retroactividad se presenta como un conflicto de leyes en el tiempo, es decir entre dos leyes que regulan el mismo acto, hecho o situación jurídica, en virtud de que también puede darse cuando la ley regula una situación hasta entonces imprevista legalmente.

84 La voz retroactividad es aceptada por la Academia en 1832 y viene del latín *acta*, que quiere decir "cosas hechas", neutro plural de *actus, acta, actum* participio de *agere*, que quiere decir obrar. COROMINA, Juan, PASCUAL, José A. *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, tomo A-CA, Madrid, España, Gredos, 1980.

85 En su acepción más simple, retroactividad significa *calidad de retroactivo*. la expresión retroactivo proviene del latín *retroactum*, supino de *retroagere*, hacer retroceder. El adjetivo es que obra o tiene fuerza sobre el pasado. *Diccionario de la Lengua Española*, tomo V, España, Real Academia Española, 1970, p.1152.

86 *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo I-O, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 1992, p.1824

87 SANCHEZ COVISA HERNANDO, Joaquín, *La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Vol. XI, Caracas, Venezuela, Facultad de derecho, 1956, p.114.

La doctrina ha estudiado el concepto de retroactividad desde un punto de vista abstracto, dividiéndose en este sentido en dos posiciones, por una parte vemos el sector monista, que inicia su análisis desde un concepto unívoco de la retroactividad; y por otro lado, el sector con una visión pluralista del concepto de retroactividad, es decir, que admite ciertos grados de retroactividad.

### A) DOCTRINA MONISTA

Esta doctrina se inicia con el postulado que ofrece Paul Roubier, al señalar que el efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley, son la base fundamental de los conflictos de las leyes. Se entiende por efecto retroactivo la aplicación de la ley en el pasado y por efecto inmediato la aplicación de la misma en el presente. Si la ley pretende regular hechos cumplidos (*facta praeeterita*) es retroactiva; si pretende regular situaciones en curso (*facta pendentia*) habrá que establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio normativo, que no podrán ser alcanzadas sin retroactividad, y las partes posteriores, para las cuales la ley nueva no tendrá más que el efecto inmediato; respecto a los hechos futuros (*facta futura*) es claro que la ley no es nunca retroactiva.

Los anotadores de Enneccerus parten de un concepto unívoco de retroactividad, la idea de retroactividad no puede interpretarse más que como "acción hacia atrás".

De esto se puede resumir que la forma pura o el único grado de retroactividad que va admitir es aquel, en el cual, la ley se aplique a hechos o situaciones jurídicas nacidas a instancia de la ley derogada, con la característica, que éstos hayan quedado totalmente consumados.

## B) DOCTRINA PLURALISTA

Esta corriente doctrinal admite o impone de acuerdo a los casos aplicables, grados o formas templadas de retroactividad. Así, cierto sector doctrinal distingue dos grados de retroactividad (primero o de grado débil; segundo o de grado fuerte); y otro, más numeroso, admite hasta tres variantes en dicho concepto.

La aplicación de la ley a hechos anteriores de su publicación, puede ser absoluta o limitada. La forma de la retroactividad puede variar de intensidad:

A) Eficacia retroactiva de carácter pleno, absoluto o total. La ley es retroactiva en todos los derechos o situaciones existentes a su entrada en vigor, es decir es la aplicación de la ley nueva a todos los efectos anteriores a su vigencia.

B) Grado medio. La ley actúa desde que otra anterior rija. Es el caso de las reformas de las leyes.

C) Mínima. La ley sólo actúa en ciertos aspectos de la relación jurídica.<sup>89</sup>

El criterio del Tribunal Constitucional Español entiende, grado medio de retroactividad, como aquél que incide sobre efectos jurídicos ya producidos y todavía no agotados o consumidos de las situaciones anteriores que perviven tras el cambio legislativo; respecto al grado mínimo de retroactividad señala que no constituye una vulneración a los preceptos constitucionales españoles (art. 9.3 constitucional).<sup>90</sup>

López Menudo analiza la siguiente tesis referente a los grados de retroactividad:

La retroactividad de grado máximo, "supone que la nueva ley se aplica tanto a la relación jurídica básica, constituida bajo la normativa anterior, como a los efectos jurídicos producidos y ejecutados bajo aquélla legislación. Es la retroactividad en sentido estricto por cuanto implica una neta acción hacia atrás de la norma nueva. En suma, la retroactividad de grado máximo supone la auténtica revisión de los hechos y efectos jurídicos consolidados.

La retroactividad de grado medio consiste en la aplicación de la nueva ley a los efectos jurídicos de la legislación básica, que habiendo nacido bajo la legislación anterior hubieran de ejercitarse bajo la nueva (intereses devengados bajo la legislación anterior pero aún no pagados).

<sup>89</sup> CARRETERO PEREZ, Adolfo, *Derecho Financiero*, op. cit. p.74.

<sup>90</sup> QUERAT, Juan Martín, *Jurisprudencia Financiera y Tributaria del Tribunal Constitucional*, Tomo I, España, Civitas, 1983, p. 262 y sigs.

La retroactividad de grado mínimo supone que la ley se aplica a los efectos de una relación jurídica regulada según la legislación anterior, pero sólo a los que nazcan después de la vigencia de la nueva ley (una ley nueva modifique lo establecido en un contrato de obra pública nacido bajo el régimen de la legislación anterior).

#### VI. ¿A QUIEN VINCULA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD?

*El principio de irretroactividad de las normas no vincula al legislador, sino que se impone al juez. Este postulado se consideraba un imperativo categórico con carácter general, ya que había sido de explorado derecho el reconocimiento a la ley de poder extender su acción al tiempo pasado y la correlativa prohibición al juzgador de hacer lo propio. Sin embargo se observó en el error en que se estaba incurriendo, por lo tanto dicho principio se extiende tanto al legislador como al órgano encargado para aplicar la ley.*

La posibilidad de la retroactividad de la ley está limitada por los derechos amparados por garantías constitucionales.

## VII.FUNDAMENTO DE LA IRRETROACTIVIDAD

### A) TESIS DE LA SEGURIDAD CONTRACTUAL DE PLANIOL Y RIPERT

En principio se considera a la irretroactividad de las leyes una de las bases de la libertad civil (libertad en cuanto contratación), y se acoge como un principio que vela la seguridad contractual.

Planiol y Ripert señalan que "las razones que obligaron a establecer este principio son muy sencillas; este principio es la salvaguarda necesaria de los intereses individuales. Ninguna seguridad existiría para los particulares, si sus derechos, fortuna, condición personal, y los efectos de sus actos y contratos, pudiesen a cada instante ser modificados, suprimidos por un cambio de voluntad del legislador. El interés general, que en esta materia es la resultante de los intereses individuales, exige, pues, que lo realizado regularmente bajo el imperio de una ley se considere válido, y por consiguiente, estable, aun después del cambio de legislación."<sup>91</sup>

### B) TESIS DE H.L.A. HART

Hart<sup>92</sup> al estudiar el vínculo que existe entre la validez jurídica y el valor moral, señala que en la aplicación de la norma jurídica siempre existe cierta moralidad, que la conexión entre el derecho y la moral es

<sup>91</sup> PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, op. cit., p.127.

<sup>92</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, México, Editorial Nacional, 1960, p. 247 y sigs.

inseparable y al tratar de demostrar estas pretensiones, menciona seis formas, entre las cuales ubica los principios de legalidad y justicia.

El citado autor sostiene una cierta idea "objetiva" de justicia, justicia como aplicación del derecho, justicia como legalidad, que consiste simplemente en tomar en serio la noción de que lo que ha de aplicarse a una multiplicidad de personas diferentes es la misma regla general, sin prejuicios, intereses o caprichos. Esta imparcialidad es lo que están dirigidos a asegurar los principios procesales conocidos por los juristas ingleses y norteamericanos como principios de "Justicia Natural". De aquí que, aunque las normas más abominables pueden ser justamente aplicadas, en la mera noción de aplicar una regla *general* de derecho tenemos por lo menos el germen, o algún germen, de la justicia, así pues señala que necesariamente se realiza un mínimo de justicia dondequiera la conducta humana es controlada mediante reglas generales que se hacen conocer públicamente y son judicialmente aplicadas.

Aparecen otros aspectos adicionales de esta forma mínima de justicia, que podríamos llamar "natural", si analizamos lo que de hecho va implicado en cualquier método de control social - tanto en las reglas de juegos como en el derecho- que consista primariamente en pautas o criterios generales de conducta comunicados a clases de personas, de quienes se espera que los entiendan y se ajusten a las reglas sin nuevas directivas oficiales. Para que funcione un control social de este tipo, las reglas tienen que satisfacer ciertos requisitos; han de ser inteligibles y poder ser obedecidas por la mayoría y, en principio, no deben ser retroactivas, aunque excepcionalmente pueden serlo. Esto significa que,

en la mayoría de los casos, los que eventualmente sean castigados por la transgresión de las reglas habrán tenido la posibilidad y la oportunidad de acatarlas. Obviamente estas características del control mediante reglas están estrechamente relacionadas con las exigencias de justicia que los juristas llaman principios de legalidad.

Hart, al hablar de las características del control social, hace hincapié, en que dicho control debe estar establecido con anterioridad a la realización de la conducta humana, es decir, en cualquier sistema jurídico, por más inicuo que sea, debe existir un halo de justicia, que se pueda traducir en el establecimiento de normas jurídicas anteriores al acto humano.

También se justifica la no retroactividad al señalar, que después de una revolución o de conmociones sociales graves, los tribunales de un sistema tienen que considerar su actitud frente a las iniquidades morales cometidas, guardando, las formas jurídicas, por los ciudadanos o los funcionarios bajo el imperio de un régimen anterior. El castigo de esas iniquidades puede ser vivido como algo socialmente deseable; sin embargo, procurarlo mediante una legislación francamente retroactiva, que declare delito lo que de acuerdo con el derecho del régimen anterior era permitido o incluso obligatorio, puede ser difícil, moralmente abominable, o quizás imposible.

Un caso de castigo retroactivo no debe ser presentado como si se tratara de un caso ordinario de castigo, por un acto que era ilegal en el momento de su realización. Por lo menos puede argüirse en favor de la

simple doctrina positivista que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ella no oculta elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar.

En esta línea de pensamiento, Hart sostiene, que en ninguna circunstancia por más injusta que sea, es justificable la retroactividad, como fenómeno general, de la norma jurídica.

### C) PRINCIPIO DE CERTIDUMBRE

El fundamento de la irretroactividad esta relacionado con las bases que sustentan el sistema impositivo y con especial referencia al **principio de certidumbre**, "El impuesto que cada individuo está obligado a pagar debe ser cierto y no arbitrario. El tiempo de su cobro, la forma de su pago, la cantidad adeudada, todo debe ser claro y preciso, lo mismo para el contribuyente que cualquier otra persona. Donde ocurra lo contrario resulta que cualquier persona sujeta a la obligación de contribuir estará más o menos sujeta a la voluntad del recaudador, quien puede muy bien agravar la situación contributiva en caso de malquerencia, o bien lograr cierta dádivas, mediante amenazas. La incertidumbre de la contribución da *pábulo* al abuso y favorece la corrupción de ciertas gentes que son impopulares por la naturaleza misma de sus cargos, aun cuando no incurran en corrupción y abuso. La certeza de lo que cada individuo tiene obligación de pagar es cuestión de tanta importancia, a nuestro modo de ver, que aun una desigualdad considerable en el modo de contribuir, no acarrea un mal tan grande -

según la experiencia de muchas naciones- como la más leve incertidumbre en lo que se ha de pagar".<sup>93</sup>

El principio de certeza se cumple cuando todas las personas naturales o jurídicas de una nación saben de antemano si son o no sujeto de un impuesto dado, cuánta es la cantidad que deben pagar de acuerdo con las normas señaladas por las leyes y cuándo debe realizarse el pago, pues al conocer el estatuto orgánico de la tributación, sus reglas precisas para determinar la masa imponible, etc., no temen tanto a la arbitrariedad de los funcionarios recaudadores, a pesar de que posean una marcada tendencia *fiscalista*.

En la vulnerabilidad de este principio se presenta la seguridad política del propio Estado, pues es bien sabido que, en la inmensa mayoría de los casos, las grandes revoluciones que ha conmovido los cimientos de la historia han tenido por causa el abuso excesivo de los recaudadores y la presión tributaria que agobia al pueblo trabajador.

El Estado moderno trata, por todos los medios a su alcance, de hacer conocer las normas que regulan los impuestos y les hacer propaganda a fin de que los contribuyentes no caigan en falta por ignorancia y se les haga más gravosa su situación fiscal.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> SMITH, Adam. *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, Libro V, México, FCE, 1958, p.727.

<sup>94</sup> LOPEZ FREYLE, Isaac, *Principios de Derecho Tributario*, España. Ediciones Lerner, 1960, p. 35 y sigs.

La ley, en suma, debe ser instrumento suministrador de certeza y no vehículo generador de vacilación y confusiónismo.<sup>95</sup>

#### D) PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA

Se ha querido encontrar un nuevo punto de apoyo a la irretroactividad de las leyes tributarias en el principio de la capacidad contributiva.

Esta tesis, ingeniosa en su formulación y atrayente por su desarrollo, no parece, sin embargo, que pueda mantenerse tras la severa crítica de que ha sido objeto (Allorio, Amatucci, Schiavello, Bertora, Gaffuri). En efecto, no puede hablarse de desconocimiento de la efectiva capacidad contributiva de un sujeto por el hecho de que el legislador conecte el nacimiento de una deuda tributaria actual a situaciones de hecho pasadas (siempre que esas situaciones fueran reveladoras de capacidades contributivas efectivas). Habría que demostrar, más bien la ruptura de la proporcionalidad prevista por la norma, en el lapso de tiempo que habitualmente media entre la contemplación por la norma de una capacidad contributiva relevante y la efectiva incidencia del tributo sobre el titular de dicha capacidad había supuesto. Circunstancia que, de una parte, no tiene que producirse necesariamente; y, de otra, tampoco es privativa de las normas retroactivas.<sup>96</sup>

El principio de legalidad coadyuva al propio principio de capacidad contributiva y el de certeza del tributo, pues el contribuyente ha de

<sup>95</sup> POINT MESTRE'S, Magin, *Estudios sobre temas Tributarios Actuales*, Vol. Tercero, España, Universitat de Barcelona, Publicaciones, 1970, p.39.

<sup>96</sup> PEREZ DE AYALA J.J., GONZALEZ, Eusebio, *Curso de Derecho Tributario*, op. cit. p.68

conocer el régimen tributario a que están sometidas sus operaciones, actividades, de carácter económico antes de realizarlas.

Las contribuciones deben cumplir con el principio de legalidad, ¿qué significa esto? "el principio de legalidad, que se expresa en el aforismo *nullum tributum sine lege* (no hay tributo sin ley), constituye una garantía esencial en el derecho constitucional tributario en cuya virtud se requiere que todo tributo sea sancionado por una ley material y formal, entendida ésta última como la disposición que emana del órgano constitucional que tiene la potestad legislativa, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución para la sanción de las leyes y que contiene una norma jurídica. El principio de legalidad del tributo encuentra su fundamento en la necesidad de proteger a los contribuyentes en su derecho de propiedad, por cuanto los tributos importan restricciones a ese derecho, ya que en su virtud se sustrae a favor del Estado parte del patrimonio de los particulares y en el estado de derecho, ello no es legítimo si no se obtiene por decisión de los órganos que las formas republicanas de gobierno representan la soberanía popular.

La legalidad - fuente exclusiva del derecho tributario sustantivo y del derecho tributario penal (*nullum tributum sine lege* y *nullum crimen et poena sine lege*)- abarca la obligación jurídica tributaria en sus aspectos sustanciales; esto es, debe provenir de la ley formal y material la creación y configuración del hecho imponible o presupuesto que hace nacer la obligación de tributar".<sup>97</sup>

<sup>97</sup> GARCIA BELSUNCE, Horacio, *Temas de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, p.79 y sigs.

A lo expuesto se ha de agregar que cualquiera que sea la época en que se determine las bases imponibles y las deudas tributarias, estas operaciones se atenderán a la legalidad vigente del día en que la obligación tributaria nació.

#### E) TESIS DE LOPEZ MENUDO

López Menudo señala que las afirmaciones realizadas por la doctrina para fundamentar el principio de Irretroactividad son insuficientes, argumentando que obedece a que el problema está condicionado por dos cuestiones esenciales:

- "En primer término, sería preciso que cada uno de esos pronunciamientos condenatorios de la retroactividad llevase aneja la aclaración de qué se entiende por tal concepto, máxime cuando la doctrina más hostil hacia la posibilidad de la retroacción legal es la que comúnmente precia un concepto de retroactividad más amplio. En este sentido resulta comprensible una abierta actitud condenatoria por la doctrina que, como Roubier, sustenta un concepto de retroactividad en sentido estricto, negando sean en ningún caso retroactivas las leyes que regulan todas las relaciones y situaciones jurídicas del día de su publicación; pero si el concepto de retroactividad se interpreta en un sentido material, o sea, no necesariamente relacionado con la acción **hacia tras** es claro que estos pronunciamientos condenatorios, típicos en la doctrina sustentadora de un concepto de retroactividad en sentido material, hay que *relativizarlos* necesariamente, pues extender esos

argumentos a toda manifestación de la retroactividad se llegaría prácticamente a la conclusión de que todo el ordenamiento atenta a la justicia como a la moral, a la seguridad jurídica, etc".

"Vemos, pues, cómo la idea de retroactividad juega como algo sobreentendido, pero no precisado; esto es un fenómeno siempre presente en los diversos tratamientos del derecho *intertemporal*. A esto, podría objetarse que esos pronunciamientos condenatorios hay que entenderlos referidos a un concepto de retroactividad de **grado máximo**, es decir, la retroacción en sentido genuino o en el simple y unívoco sentido que tiene para Roubier; pero en este caso también esos fundamentos carecen de valor explicativo pues no toda retroacción *hacia atrás* atenta a la justicia, al orden, etc., ni se puede decir que la ley que acciona para el futuro - *retroaccionando* materialmente- no atenta en ningún caso a esos valores".

"- En segundo término, e insistiendo ahora en esta última idea, o sea, la ambivalencia o reversibilidad de los valores cuando se conectan con el fenómeno de la retroactividad (la justicia, la moral, el orden público, sirven tanto para fundamentar el principio de irretroactividad como para justificar sus excepciones) es preciso colocar el fundamento del principio en un terreno que está enmarcado en lo político por dos tendencias contrapuestas: de un lado, la irretroactividad como garantía para la conservación de los derechos; de otro, la retroactividad como instrumento de transformación social. Tradicionalmente se ha venido asociando, de forma simple a nuestro juicio, la primera de las tendencias con actitudes reaccionarias y la segunda con posiciones progresistas. En

lo jurídico, la traducción de esa controversia estaría compuesta por otro par de elementos en supuesta contradicción; un lado, la seguridad jurídica como idea ajena a la irretroactividad; enfrente, el interés público como título legitimador de la retroactividad; esta oposición generará algunos otros pares de ideas contrapuestas y así se dirá, por ejemplo, que respecto a las leyes civiles rige el principio de seguridad (irretroactividad) mientras que en leyes administrativas tienden al principio de igualdad de trato (retroactividad)".

"Puede comprenderse la dificultad de hallar un fundamento cierto u unívoco a un principio enmarcado entre tantas relatividades. Todos y cada uno de los argumentos y tendencias favorables o contrarias a la retroactividad pueden ser puestos en cuestión:

La contraposición **conservación de derechos-transformación social**, o, lo que es lo mismo, la identificación del principio de irretroactividad con posturas conservadoras y viceversa, quizás traiga su fuerza de su carácter esquemático y simplificante, como generalmente ocurre en el campo de las ideas, pero teóricamente tiene una base falsa; en primer término porque la garantía de la irretroactividad no es suficiente para la defensa de los derechos, ni la retroactividad es necesaria para operar el cambio social ; en segundo lugar porque el instrumento de la retroactividad no está avocado a fustigar a una clase determinada sino que es utilizable por quienes en cada momento detentan el poder político".

"Tampoco la seguridad jurídica ni el interés público explican suficientemente la irretroactividad o retroactividad, respectivamente; la seguridad absoluta implica el inmovilismo del Derecho invocándose a menudo en defensa de intereses egoístas; el interés público no siempre exige se dicten leyes retroactivas, amén de que acaso sea más fructífera para los intereses públicos una conducta constante del legislador (que no regresiva) generadora de confianza. También es sumamente relativa la división y la diferencia de regímenes que se predicán entre el Derecho público y el privado."<sup>98</sup>

Este autor ofrece una posible solución para dar fundamento al principio de irretroactividad, indicando que lo más admisible, es buscar un fundamento común, unívoco irreversible, que se basaría en el fenómeno de la retroactividad en su más pura abstracción.

El citado autor tiene razón en cuanto a sus críticas, pues sostiene que el concepto de retroactividad tiene anexo dos problemas: conservación de derechos y transformación social, señalando que la mayoría de las doctrinas se inclinan por la irretroactividad por ser garante de seguridad jurídica; pero obviando el problema de la transformación social.

López Menudo, sostiene que dicho sesgo se debe a que se da por entendido el concepto de retroactividad pero que nunca se ha especificado claramente, quedando solo en términos relativos pues se basan dichas definiciones en valores.

---

<sup>98</sup> LOPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas*, op. cit. p.38

"Ya hemos dejado constancia más atrás de algún intento doctrinal encaminado a definir la retroactividad abstractamente, es decir, como concepto *a priori*, válido a efectos legales, independiente de toda consideración de orden material. El anhelo de la doctrina en este sentido esta mas que justificado, pues el hallazgo de un concepto unívoco, formal, de la retroactividad vendría a eliminar para siempre todas las restantes teorías (la de los *iura quaesita* y sus derivadas)."<sup>99</sup>

Esta propuesta es criticable pues se observa que cae dentro de la corriente kantiana que busca definir al derecho como razón, libre de cualquier impureza empírica; sin embargo el mismo Kant se percató de que el mundo totalmente racional del derecho necesita de lo empírico para poder existir. En este caso no se puede definir a priori un concepto de irretroactividad o retroactividad, es necesario considerar los casos en concreto y las circunstancias de cada ordenamiento jurídico así como la situación histórica para poder hablar de retroactividad o irretroactividad.

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 44

### CAPITULO III

#### 1. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE LA NO RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES EN LA DOCTRINA FRANCESA

La Revolución Francesa fue una revolución masónica cuyos postulados se signaban en la igualdad, libertad y fraternidad surge en un ambiente impregnado de liberalismo, el cual tiene sus fundamentos dentro de la tradición del individualismo. El credo liberal nació como un principio organizador de una sociedad dedicada a crear un sistema mercantil. El liberalismo sólo surge hasta ya entrado el capitalismo.

La frase del "laissez faire" se uso por primera vez en Francia en la época mercantilista con Colbert, en el siglo XVIII.

Una clara expresión del liberalismo es el "Código Civil de Napoleón" de 1805.

Es dentro de la teoría individualista donde aparece el postulado de los derechos adquiridos, como principio protector de la propiedad privada y de la autonomía de la voluntad, lo que se puede resumir en tres palabras "dar seguridad individual".

La doctrina civil francesa de la irretroactividad surgió con motivo del mencionado Código, al introducirse como novedad en el artículo segundo: "La loi n'a pas d'effet rétroactif, elle ne statue que pour

l'avenir". El principio de la no retroactividad se estableció como tutela del patrimonio de las personas civiles.<sup>100</sup>

Sin embargo se advirtió el choque del antiguo régimen con la tendencia radical de la aplicación de la nueva legislación, cuyo objetivo era obtener rápidamente una unificación, mediante la confección de un código y el exterminio inmediato de las múltiples e inciertas costumbres locales. Todo esto fue el resultado de la reacción contra la amenaza extranjera.

Esta legislación estuvo impregnada de un espíritu de reforma, espíritu que con el paso del tiempo fue reemplazando el añejo conservadurismo romano, esto se logró a través de las disposiciones transitorias.<sup>101</sup>

Así se observa que la nueva legislación trae aparejada nuevas doctrinas impregnadas de un espíritu renovador con la misión de aplastar los antiguos regímenes absolutos.

El sistema jurídico mexicano de principios de siglo adoptó tanto en su legislación, jurisprudencia como doctrina esta ideología, ya que se encuentra sumergida en la misma tradición liberal e individualista.

---

100 ROUBIER, Paul, *Les Conflicts de Lois Dans le Temps*, Tome Premier, Paris, Recueil Sirey, 1929, p.204.

101 Para más información sobre los orígenes del artículo segundo del Código Napoleónico, confrontese ROUBIER, Paul, *Les Conflicts de Lois Dans le Temps*, op. cit., p.206 y sigs.

Las leyes secundarias en vigor en materia común datan de esas épocas liberales<sup>102</sup>; por lo tanto en la actualidad se sigue conservando esta misma tradición.

A continuación trataremos esas teorías que han servido de sustento en nuestro sistema.

## II. TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

La expresión *ius quaesitum* (derechos adquiridos) es una de las pocas herencias que fue legada por los glosadores y *postglosadores* italianos (siglos XIII y XIV).

Hacia el siglo XVII, la doctrina del Derecho natural volverá a precisar este concepto, matizándolo frente a los derechos innatos.

Recibe su formulación moderna en las obras de Gabba, Lasalle, Merlin de Douai, Fiore por nombrar solo algunos.<sup>103</sup>

Dentro de esta corriente han surgido muy diversas y variadas posturas, pero siempre éstas giran en torno a la concepción de "derechos adquiridos", con el objeto de precisar el límite de validez temporal de una ley en relación con los actos o hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia.

---

<sup>102</sup> El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal data del año 1928, el Código de Comercio data 1889.

<sup>103</sup> Chabot de l'Alhier, Aubry et Rau, Demolombe, Laurent, Bianchi, Zacharic, Gierke, etcétera, LOPEZ MENDOZA, *El principio de Irretroactividad en las normas jurídico administrativas*, op. cit., p.91.

Todas estas teorías parten del siguiente postulado "La ley nueva debe respetar los derechos adquiridos de conformidad con la ley anterior": la inviolabilidad del derecho adquirido es el fundamento de la máxima, y al mismo tiempo el límite de la aplicabilidad inmediata de la ley.

Este principio trae aparejadas varias cuestiones importantes y que se deben precisar: ¿cuáles son los derechos adquiridos?, ¿Cuándo ha de entenderse que estos derechos han entrado en el patrimonio de una persona?, ¿hasta cuándo o hasta qué punto estos derechos ya incorporados a ese patrimonio permanecen intangibles para una futura ley? y ¿la intangibilidad del derecho adquirido significa respeto de su existencia únicamente, o también de las consecuencias que constituyen sus varias manifestaciones?.

Se puede advertir de las anteriores interrogantes, que hay incertidumbre y desacuerdo sobre el concepto mismo del "derecho adquirido".<sup>104</sup>

Demolombe<sup>105</sup> señala el derecho adquirido es el que debidamente ha llegado a ser nuestro, del que estamos investidos, que nos hemos apropiado, y que un tercero no puede arrebatarlos, y también es la consecuencia de un hecho realizado bajo la antigua ley, el cual es

---

<sup>104</sup> Coviello señala que la locución de derecho adquirido es defectuosa: "Un derecho que no sea adquirido, en el sentido de que no quede ligado a una persona en virtud de un hecho cualquiera idóneo para producir aquel determinado poder que forma su contenido, no es un derecho". Por lo tanto es una expresión tautológica, de ahí la gran diferencia de opiniones en torno al concepto sobre el cual todos deberían estar de acuerdo. COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, Trad. Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1938, p. 112.

<sup>105</sup> DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, I, n. 40

principio generador, causa eficiente y directa de aquélla. Es el efecto con que los particulares han debido contar.

## G A B B A

En primer término se encuentra la Teoría que es defendida por Gabba, que define a los derechos adquiridos como "Todo derecho que entró a formar parte del patrimonio de alguno a consecuencia de un acto idóneo y susceptible de producirlo, en virtud de la ley del tiempo en que el hecho hubiere tenido lugar, aunque la ocasión de hacerlo valer no se presentase antes de la publicación de la ley nueva, relativa al mismo, y por los términos de la ley bajo cuyo imperio se llevará a cabo".

En otras palabras, se dice, que los derechos son las consecuencias de un hecho idóneo para producirlas bajo el imperio de la ley durante la cual el hecho se ha realizado, y que si bien no se hicieron valer bajo ella, entraron sin embargo durante aquel tiempo a formar parte del patrimonio del individuo.

Así es que para tener el derecho adquirido sería necesario el concurso de varios elementos. Desde luego la existencia de una ley, pero como la ley no contempla casos abstractos, es indispensable la verificación de un hecho que traduzca en acto la facultad otorgada por la ley. Este hecho debe verificarse bajo la antigua ley, y no sólo esto, sino que ha de realizarse de acuerdo a las condiciones intrínsecas y de forma exigidas por la misma, para que pueda reputarse idóneo para producir consecuencias jurídicas. Estas deben presentar una utilidad, y no una

utilidad cualquiera, sino una utilidad privada; y aunque no realizadas bajo el imperio de la antigua ley, deben haber entrado en ese tiempo a formar parte del patrimonio de un individuo; lo cual ocurre cuando la persona de que depende el derecho no tiene ya poder de revocarlo. Por consiguiente, los derechos adquiridos son tan sólo los derechos privados, que han entrado ya a integrar el patrimonio de un individuo, sea cual fuera la causa adquisitiva de que deriven: la actividad humana o la ley. Aunque de ésta deriven, se distinguen de las facultades de ley que son las facultades anteriores a los derechos y un medio para adquirirlos, no ya las consecuencias o los efectos de los derechos adquiridos, aun cuando puedan considerarse como un desarrollo del concepto del derecho mismo o como su transformación. Por eso no son de tenerse como consecuencias que entran en el concepto de derecho adquirido, los medios de prueba permitidos al tiempo de la conclusión del negocio jurídico, y los efectos provenientes de una relación jurídica posterior a dicho negocio, unida por la identidad del sujeto, como la renuncia, la novación, la compensación.<sup>106</sup>

Pero esta fórmula es incompleta ya que no advierte en qué momento están integrados los derechos adquiridos en el patrimonio de una persona ni tampoco menciona que cuál es la naturaleza de la que gozan los derechos adquiridos.

---

<sup>106</sup> GADDA, *La retroattività delle leggi*, Italia, vol. II, 1891, p.34

## LASALLE

Lasalle afirma que, "el concepto de retroactividad no es otra cosa que el de una invasión sobre la libertad y la responsabilidad del hombre". Recordando las circunstancias históricas, intelectuales y sociales donde surge esta doctrina, se puede aseverar que Lasalle alude a la esfera del Derecho donde rige la autonomía de la voluntad, ya que en dicha esfera la libertad y la responsabilidad del hombre actúan como fuerzas creadoras de relaciones jurídicas futuras. Y si se mira a las normas imperativas, la libertad y la responsabilidad del hombre sólo son libertad y responsabilidad para el cumplimiento de esas normas.

La teoría de Lasalle es más precisa al señalar, "Que los derechos adquiridos son los realizados mediante actos de la voluntad humana, en cuya circunstancia resida la razón por virtud de la cual es jurídicamente imposible la retroactividad de la ley; pero aquellos derechos que la ley atribuye al individuo sin el concurso de su voluntad, son atributos o facultades generales que únicamente subsisten merced a la ley que los concede y, por tanto, con ella desaparecen."

Como se puede advertir la esencia de la doctrina de Lasalle, se basa en los principios fundamentales siguientes:

1º Las leyes que sólo alcanzan al individuo a través de sus actos voluntarios no pueden retrotraer, es decir, obrar hacia el pasado, afectar a relaciones ya formadas, sin incurrir en injusta retroactividad; y

2º Por el contrario, las leyes que alcanzan al individuo fuera de los actos de voluntad, o sea, las leyes que le afectan en las cualidades que no se ha dado a sí mismo, que le son comunes con la humanidad entera y que proceden de la sociedad, o aquellas que le afectan únicamente en la medida en que modifican la sociedad misma en sus instituciones orgánicas pueden retrotraerse, es decir, pueden entrar inmediatamente en aplicación y afectar a las relaciones existentes, sin que ello implique injusta retroactividad.

Por consiguiente, en el sistema de Lasalle, la noción de derecho adquirido entronca directamente con la noción de acto voluntario, o sea, el acto que pone en juego la libertad y la responsabilidad del hombre; en tanto que frente a las leyes que se refieren al fondo de las instituciones y al contenido de los derechos, no cabe hablar de derechos adquiridos, ya que debe imaginarse que todas ellas existen con una condición resolutoria tácita, que es la que lo permita la conciencia jurídica colectiva.

Esta teoría nos permite observar claramente la distinción entre las normas de derecho privado y las normas del derecho público. Esta distinción se analizará más adelante.

## FIORE

Fiore, entiende por derecho adquirido, aquel "derecho perfecto", esto es, aquél que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo según la ley en vigor para atribuir ese derecho. La

definición precedente se apoya en la distinción elaborada por los glosadores y postglosadores, entre el *ius quaesitum* y la mera *facultas*.

La nueva ley no podría ser retroactiva sobre los derechos firmemente adquiridos (*ius quaesitum firmum*) pero sí respecto a sus expectativas (*ius existens in spe*) porque éstas constituyen meras esperanzas, simples intereses que el legislador puede modificar a voluntad.

## MERLIN

Merlin, jurista francés, cuyo pensamiento ha sido recogido por la doctrina imperante del siglo XIX, distingue entre derechos adquiridos y simples expectativas, mencionando por una parte que "los derechos adquiridos son aquellos que ha ingresado definitivamente en nuestro dominio (patrimonio) y de los cuales nadie puede ser privado, ni aun de la persona de quien los obtuvo, es decir, la nueva ley no podría ser retroactiva sobre los derechos definitivamente adquiridos, pero sí respecto a las simples "expectativas"; señalando por éstas, como simples esperanzas o meras posibilidades de adquirir un derecho cuando se realice el acontecimiento que ha de darles efectividad, y en estos casos, la simple expectativa de derecho puede ser desconocida por una nueva ley.

## BAUDRY LACANTINERIE

Baudry Lacantinerie partiendo de la precisión que realiza Merlin, indica la diferencia que existe entre "facultad legal" y "ejercicio", considerando a la primera como una simple expectativa que no se convierte en derecho adquirido cuando no es ejercida, y en sentido contrario, el ejercicio de tal facultad se traduce en la constitución de un derecho; ello es de considerarse, cuando la nueva norma destruye o restringe una facultad no ejercida durante la vigencia de la norma anterior, la aplicación de la primera no es considerada como retroactiva, ya que nunca se llegó a constituir el derecho al no haberse ejercitado la facultad. La noción de derecho adquirido se presenta bajo la forma de un derecho positivo, de una "facultad legal regularmente ejercida".

## DUGUIT

La teoría de la Escuela de Burdeos, cimentada por Duguit, se resume en el enunciado siguiente: "Una ley nueva no puede modificar una situación jurídica *subjetiva*; si lo hace tendría efecto retroactivo y sería contraria al **derecho superior**. Una ley nueva modificará una situación jurídica *objetiva* en el momento de su promulgación y no por ello tendrá efecto retroactivo".<sup>107</sup>

La teoría de Duguit contempla, el régimen de los actos jurídicos y los regímenes de las situaciones jurídicas, sean éstas subjetivas u objetivas.

<sup>107</sup> DUGUIT, *Traité I*, p.238

Respecto de los actos jurídicos la solución es muy simple; un acto quedará siempre regido por la ley que estaba en vigor cuando aquél se produjo, cualesquiera que sean las modificaciones que aquélla sufra posteriormente (*tempus regit actum*). Así los actos válidos conforme a la ley del momento en que se produjeron siguen siendo válidos aunque la ley posterior venga a modificar las condiciones de forma o fondo de tales actos y lo mismo debe decirse de los actos inválidos: toda ley que incidiera sobre los actos hechos anteriormente sería retroactiva y ello por la razón de que el individuo que actuó conforme a la ley entonces vigente quedaría defraudado si una ley dispusiera otra cosa. Esto es predicable de todos los actos jurídicos hechos por particulares, unilaterales o contractuales.<sup>108</sup>

Como puede observarse Duguit distingue entre *situaciones jurídicas objetivas* y *situaciones jurídicas subjetivas*. Las situaciones objetivas, legales o reglamentarias, son generales y configuran status jurídicos de todas las personas a las que se refieren y no son efecto de un acto eventualmente existente, acto que no es más que una condición de la aplicación de la ley misma, esto se puede resumir que son las derivadas directamente de la ley, y consecuentemente forman status legales, impersonales y permanentes. Situaciones jurídicas objetivas son, por ejemplo, las relativas al estado y capacidad de las personas, a la nacionalidad, al estado familiar, al régimen de la propiedad, a la situación de los funcionarios, etc. Si una Ley modifica estas situaciones no por ello puede decirse que tenga efectos retroactivos, ni que

<sup>108</sup> DUGUIT, *TRAITE II*, op. cit., p.231-235

perjudique derechos preexistentes, o sea, que ataque el acto del que emanó la situación objetiva porque ese acto no constituye la causa eficiente de la situación jurídica sino la condición para la aplicación de la ley a tal o cual persona<sup>109</sup>. Verbigracia, el nombramiento de un funcionario por el presidente de la República constituye el acto-condición que coloca a esa persona en el status de funcionario.

La ley que modifica situaciones objetivas no tiene efectos retroactivos, porque la modificación es para el futuro (por ejemplo, a partir de la publicación de la nueva Ley - no antes de ella -, la mayoría legal de edad será a los dieciocho años). No perjudica derechos preexistentes, porque, nacida de la Ley y no del acto, ha de seguir todas las vicisitudes de la Ley, frente a la que no cabe esgrimir derecho alguno (por ejemplo, un funcionario no puede exigir que se mantenga invariable a lo largo de su carrera administrativa el horario de trabajo existente en el momento en que ingresó al servicio).

Las situaciones jurídicas subjetivas son, por el contrario, las determinadas por un acto independiente de la ley que se configuran en situaciones individuales, especiales y temporales.

Su extensión y su alcance son determinadas por un acto o un negocio jurídico, no directamente por la Ley, que se limita a hacer posible la conclusión de ese acto o negocio (un contrato, por ejemplo). Este negocio singular e individual no puede ser afectado por la norma posterior.

<sup>109</sup> DUGUIT, *La non rétroactivité des lois*, p.766; TRAFÉ, *op. cit.* p. 239;240

Son situaciones subjetivas, y por tanto intangibles por la nueva ley tanto en lo pasado como hacia lo futuro, las obligaciones derivadas de la autonomía de la voluntad, en este sentido Duguit prefiere hablar de situaciones jurídicas subjetivas en lugar de contractuales, ya que - dice - muchas de esas situaciones no derivan de un contrato sino de actos unilaterales o *plurilaterales* que no son contratos (los cuasicontratos del derecho privado; en derecho público, "los actos que contienen requerimientos dirigidos a un particular de los que nace la obligación de cumplir una cierta prestación")<sup>110</sup>

Estas situaciones subjetivas no pueden ser modificadas por una ley nueva porque ello implicaría la modificación del acto del que dicha situación es inmediata consecuencia.

Para que pueda hablarse de derechos adquiridos propiamente tales es necesario, por tanto, que se trate de situaciones subjetivas. Las situaciones simplemente objetivas, generales, no dan lugar al nacimiento de verdaderos derechos no modificables, sino que son esencialmente sustituibles a través de regulaciones nuevas<sup>111</sup>

Así el pensamiento de Duguit se puede resumir en los siguientes postulados:

---

<sup>110</sup> DUGUIT, *Traité...* *l op. cit.* p.314

<sup>111</sup> GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo I, Madrid, Civitas, 1982, p.77.

1. Una ley no puede volver sobre los actos jurídicos realizados con anterioridad.
2. En cuanto a los efectos de esos actos, la ley nueva debe respetar los producidos antes de su promulgación, pero puede modificar esas situaciones a partir de aquélla.
3. La ley nueva no puede modificar las situaciones subjetivas creadas con anterioridad, no ya respecto al pasado sino incluso después de su promulgación.
4. Se distingue tres casos de retroactividad a saber: a) Cuando resultan afectados los actos jurídicos realizados con anterioridad a la nueva ley; b) Cuando la nueva ley afecta a las situaciones objetivas existentes en la época anterior a su promulgación, en lo que se refiere a esa época; y c) Cuando la nueva ley modifica una situación subjetiva, aunque sólo sea para el futuro.<sup>112</sup>

Se puede observar que la ventaja que ofrece esta teoría, es que abre la posibilidad de ser aplicada tanto en

Derecho Público como en Privado, superando así uno de los más graves defectos de que suelen adolecer las doctrinas de los derechos

112 "El siguiente supuesto comprende todas las conclusiones anteriores; supuesta que una nueva ley que regulase la nacionalidad; a) podrá decidir que los extranjeros nacionalizados anteriormente queden desnaturalizados o que no pueden votar a partir de su promulgación (modificación de *status* objetivos); b) no podrá decir que esos extranjeros nunca estuvieron nacionalizados (pues modificará retroactivamente un *status* objetivo); c) no podrá invalidar el voto que en su día emitieran ni los efectos que produjo antes de su promulgación (modificarla retroactivamente un acto jurídico); d) no podrá alterar los negocios jurídicos que, como nacionales, concertaran antes de la promulgación de la nueva ley aunque tales negocios continúen vivos después que han sido desnaturalizados (supondrá la alteración de una situación subjetiva, inalterable tanto hacia el pasado como el futuro)". LOPEZ MENDUO, *El principio de retroactividad en las normas jurídico administrativas*, op. cit. p.102.

adquiridos. Por consiguiente puede tener la capacidad suficiente para resolver los problemas que se suscitan entre la Administración pública y los particulares.

Frente a la doctrina de los derechos adquiridos han surgido severas críticas que pueden concluir de la siguiente manera:

1. Se objeta la expresión de Derecho adquirido, puntualizándose que derecho es adquirido, Domenico Barbero señala que la distinción no se basa en derechos adquiridos y no adquiridos, sino derechos adquiridos antes o después de la entrada en vigor de una nueva ley.

2. La definición de derechos adquiridos es taxativa, ya que sólo se refiere a los derechos patrimoniales, excluyendo los derechos *extrapatrimoniales* como son los derechos familiares y los derechos de carácter público.

3. Esta doctrina es débil en la definición de derechos adquiridos, al no señalar el alcance del respeto a estos, es decir a las consecuencias de estos derechos o simplemente a la existencia de los derechos adquiridos.

4. Se hace una crítica con especial referencia a la postura de Lacantinerie, en cuanto que este autor concibe al derecho adquirido como una facultad legal ejercida, en este sentido, el derecho no se condiciona a ser ejercitado ni a cumplir una obligación, es decir que el derecho existe sin ningún tipo de condición, García Máynez indica que

es posible tener derechos y no ejercitarlos, como también lo es tener obligaciones y no cumplirlas.

5. Igualmente se objeta la diferencia entre los derechos adquiridos y las simples expectativas, sobre todo cuando existen algunas expectativas merecedoras de protección (testamento ya realizado antes de que se abra la sucesión) y derechos plenamente adquiridos que resultan insostenibles (derecho feudales o la esclavitud).

6. De Castro afirma que a los derechos adquiridos "se les había convertido en una nueva etiqueta para rotular las situaciones a las que se descaba inmunizar de los efectos de la nueva ley".<sup>113</sup>

7. Quizás el mayor inconveniente de esta teoría radique en su dificultad para explicar la pretendida intangibilidad de los derechos adquiridos, teniendo en cuenta que muchos de ellos tienen una duración indefinida (típicamente, al propiedad) por lo que de respetar cada ley nueva los regímenes antiguos bajo los cuales nacieron esos derechos y su haz de consecuencias, se llegaría a una superposición de regímenes vigentes.<sup>114</sup>

8. El concepto de derecho adquirido se ha limitado arbitrariamente a los derechos privados; de ahí que no baste para construir la teoría general de la irretroactividad. También los derechos políticos y públicos pueden entrar por su naturaleza en el concepto de derechos adquiridos: sin que valga observar en contrario que, a diferencia de los privados, en la

---

113 DE CASTRO, *Derecho Civil de España* Parte General, I, España, 3a. Ed. p.717

114 LOPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas*, op. cu. 94.

naturaleza humana, los que, por lo demás, también se derivaron, aunque en tiempos remotos, de concesiones del Estado: no hay pues, una razón plausible para considerar los derechos públicos fuera del radio jurídico de la persona.<sup>115</sup>

### III. TEORIA DE JULIEN BONNECASE, "SITUACIONES JURIDICAS ABSTRACTAS Y SITUACIONES JURIDICAS CONCRETAS"

Bonnescase al estudiar las características de la ley "*strictu sensu*" analiza dos problemas, el primero, es el problema del alcance de la aplicación de las leyes en el tiempo; el segundo, es la cuestión de la retroactividad o de la no retroactividad de las leyes.

El citado autor indica, que el principio de la no retroactividad de las leyes desde Merlín<sup>116</sup> se ha manifestado como postulado con la fuerza de una verdad axiomática, aportando a la omnipotencia de la ley un límite derivado de la naturaleza misma de las cosas y en el supuesto que fuera lícito a la ley cambiar todo un pasado jurídico regularmente establecido, no sería sino un instrumento de opresión y anarquía. Siendo expresión de esta ideología, el artículo segundo del Código Civil Francés: "La ley sólo dispone para el porvenir; no tiene efectos retroactivos". Y como es característica de las fórmulas lapidarias siempre se ha de observar que

115 COVIELLO, NICOLAS. *Doctrina General del Derecho Civil*, op.cit. p.115

116 "Según Merlín, no existe problema más complejo en la ciencia del Derecho que el de la no retroactividad de las leyes. Todos los juristas del siglo XIX, en particular los civilistas, han repetido como un leitmotiv, la fórmula de Merlín". BONNECASE, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho*, op.cit. p.201.

alrededor de éstas surge polémica. Aunque unánimemente se reconoce que el principio de la no retroactividad no se impone a legislador.

Bonnetcase, para analizar el problema de la no retroactividad de la ley, se basa en la doctrina clásica sobre la no retroactividad de las leyes, a la cuál opondrá una solución que a su criterio es más justa.

"La doctrina tradicional o clásica de la no retroactividad de las leyes consiste en distinguir, por una parte, los derechos adquiridos, y por la otra, las expectativas. Es retroactiva la ley nueva que afecta a los derechos adquiridos; pero no lo es la que se contenta con destruir o modificar las simples expectativas.

Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, declaran el principio que debe guiar al juez. Toda ley nueva constituye a los ojos del poder del cual emana, un progreso sobre la legislación anterior. Para sus autores, reglamente ciertas relaciones jurídicas mejor que la precedente. El interés social exige, pues, para que la legislación más reciente produzca todos sus efectos bienhechores, que se aplique en el mayor número de casos posibles y, en consecuencia, también a las relaciones nacidas antes de su publicación. Pero el progreso se compra a este precio y, por otra parte, nadie puede sentirse realmente lesionado por esta extensión de la ley, si no se le despoja de ningún derecho adquirido. Contra el derecho adquirido, al contrario, la ley nueva no puede nada; su fuerza expira allí donde encuentra un derecho verdadero, consagrado por la antigua ley bajo cuyo imperio ha nacido. Al afectar este derecho, ley nueva no sería ya una causa de progreso social, sino de desorden, pues se exterminaría

toda la seguridad de las transacciones y la ley sería obligatoria aun antes de existir, lo cual sería injusto y contrario tanto al buen sentido, como a la idea misma de la publicación. **La ley sólo dispone para el porvenir, no tiene efecto retroactivo.** Nótese bien que no produce efectos retroactivos por el solo hecho de que se aplique a situaciones antiguas y a relaciones anteriores, porque son entonces las consecuencias nuevas las que rige y no se puede decir que vuelve sobre el pasado. **Sólo es retroactiva cuando ataca los derechos adquiridos, destruyendo los que se habían adquirido anteriormente,** lo que implica una pérdida para sus titulares. En virtud de este análisis se ve que si la ley, en principio no es retroactiva, no es absolutamente exacto decir, como lo hace el artículo 2, que sólo dispone para el porvenir ya que en cierta medida rige el pasado mismo, el pasado que no es, si estas expresiones son permitidas, constitutivo de un orden adquirido. O como se ha dicho en otros términos, la ley nueva no extiende únicamente a los hechos futuros que se producen sin ninguna relación con un hecho anterior, sino que también puede regir los hechos futuros que deriven de los pasados. De esta manera la dificultad no es tan grave, pues reside, en definitiva, en una distinción de lo que se llama comúnmente derechos adquiridos o expectativas.

La cuestión es saber lo que debemos entender por expectativa y por derecho adquirido. La doctrina clásica representada por Baudry-Lacantinerie y Houcques. Fuorcade enlaza, de manera absoluta, la noción de derecho adquirido a la facultad legal y ve la realización del derecho adquirido en la facultad legal regularmente ejercida. Por lo menos, parece que tal es su concepto. Citaremos en nuestro apoyo los

párrafos siguientes: "Bajo el nombre de derechos, dicen, la ley nos reconoce determinadas aptitudes, nos concede determinadas facultades, dejándonos por lo general en libertad de usar o de no usar. En tanto que no hemos utilizado una de estas aptitudes, tenemos un derecho, si se quiere, solamente en el sentido de que somos aptos para adquirirlo según formas determinadas. Pero sólo adquirimos este derecho cuando hemos recurrido a esas formas, y cuando nuestra aptitud se ha manifestado de hecho, por medio del acto necesario para su utilización. El ejercicio de la facultad legal que en cierta forma se ha materializado en este acto, traducido exteriormente por él, es constitutivo de derecho adquirido. Y este derecho nos pertenece en lo sucesivo en el sentido de que no puede privarnos de él por una ley nueva, sin que sea retroactiva. Lo anterior se comprende bien, ya que al destruir la obra que ha permitido en el pasado la ley se destruiría a sí misma, con gran perjuicio de su autoridad personal y de los intereses que rige, puesto que nada sería ya estable en la sociedad. En consecuencia, por superior que sea a la ley antigua, la nueva debe imponerse en principio y no aplicarse sino a las situaciones que aun no han nacido. Nada mejor que suprima, restrinja o modifique las facultades concedidas con anterioridad y de que aun no se haya hecho uso, pues no lesiona a nadie al mejorarse a sí misma; cierra, reduce o rectifica una vía que hasta entonces estaba abierta, pero en la cual, por hipótesis, los interesados, o al menos algunos de ellos, no habían entrado."

Bonnetcase critica profundamente esta doctrina, afirmando, que no obstante el ser la mejor de las propuestas para interpretar el artículo segundo del Código Civil y la ventaja de no presentar el pasado y el

presente, considerados desde el punto de vista jurídico, como colocados bajo la amenaza constante de un porvenir susceptible de destruirlos sin que el medio de extinción, la ley, sea por esto tachada de retroactiva, es insuficiente para sustentar una teoría de no retroactividad de las leyes porque la noción de derecho adquirido es muy estrecha. Este concepto no basta en todos los casos para proteger a una persona que se ha beneficiado con una ley, porque este beneficio no se traduce siempre en la obtención de una facultad positiva, de un poder positivo.

"En efecto, el objeto de una ley de Derecho privado no es exclusivamente crear o reconocer, de una manera directa y principal, determinadas facultades en provecho de los particulares. Su objeto es, por el contrario, crear situaciones jurídicas, es decir, definir en condiciones determinadas la posición de cierto número de individuos con relación a los demás".<sup>117</sup>

Dentró de la noción de derecho adquirido, tal como se ha presentado tradicionalmente, no todas las situaciones jurídicas dan origen a una facultad positiva en provecho de una persona; de un derecho activo, podríamos decir, que bajo la forma de expectativa escape a la regla de la no retroactividad de las leyes. No se puede fundar la solución en el artículo segundo, con base a esto se debe condenar la noción clásica de derecho adquirido y substituirse por la de situación jurídica concreta, ya

---

117 Para explicar el objeto de la ley, señala un ejemplo: "De esta manera, cuando el antiguo artículo 340 del Código Civil prohibió la investigación de la paternidad natural, fijó el estado de familia del hijo natural. En otros términos, precisó su situación con respecto a su familia natural. Lejos de reconocer, según la fórmula clásica, facultades legales susceptibles de ser ejercidas, el artículo 340 privada al hijo natural de una facultad; la de investigar quién es su padre, y protegía al mismo tiempo a este último al decidir que no podía ser inquietado. El artículo 340 se traducía, pues, en una fórmula doblemente negativa; y daba nacimiento a una situación jurídica: la situación del hijo natural frente a su padre". *Ibidem*, p.206.

que la de la expectativa cede por sí misma su lugar a la de situación jurídica abstracta.

Así surge la teoría de Bonnacase con fundamento en las situaciones jurídicas abstractas y concretas, pues el problema de la no retroactividad de las leyes pone en juego, a título de principio esencial, la noción de situación jurídica, es decir, la manera de ser de cada uno frente a una regla de derecho o a una institución jurídica determinada.

#### A. NOCIÓN DE SITUACION JURIDICA ABSTRACTA

*"Por la noción de situación jurídicas abstractas entendemos la manera de ser eventual o teórica de cada uno, respecto de una ley determinada. Desde que se dicta una regla de Derecho, engendra, de pleno derecho, una o varias situaciones jurídicas abstractas. Podría decirse que tomadas en sí mismas, consideradas objetivamente, no son sino las categorías o tipos sociales creados por la ley, y en los cuales sólo entran o son susceptibles de entrar los que reúnen ciertas condiciones; por el contrario, consideradas desde el punto de vista subjetivo, es decir, desde el punto de vista de las personas a las cuales se dirigen, las situaciones jurídicas abstractas se reducen a la manera de ser en lo sucesivo se impondrá a estas personas, en virtud de la ley nueva y frente a la misma, en tanto que no sobrevenga el acontecimiento generador de la situación jurídica concreta. Por lo mismo, lo que caracteriza a la situación jurídica abstracta, es estar desprovista de consecuencias prácticas para sus beneficiarios: además, éstos no están individualizados, sino determinados simplemente in genere, en tanto que forman parte de los*

grupos sociales que la ley considere teórica o eventualmente; sólo los acontecimientos generadores de la situación jurídica concreta provocan, al mismo tiempo, la individualización de los beneficiarios sucesivos y verdaderos de la ley nueva".<sup>118</sup>

## B. NOCION DE SITUACION JURIDICA CONCRETA

*En oposición a la situación jurídica abstracta, la situación jurídica concreta es la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto o de un hecho jurídico que ha hecho actuar, en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica, y el cual la mismo tiempo le ha conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución.* En otras palabras en tanto que la situación jurídica abstracta es una simple manera de ser teórica, una esperanza de beneficiarse eventualmente con una ley, la *situación jurídica concreta* es una realidad positiva. Es la ley funcionando verdaderamente en provecho de una persona determinada. Como lo revela la definición de situación jurídica concreta, ésta se basa en un acto o en un hecho jurídico que ha puesto en movimiento a la ley de que se trata. En esto no hay nada de particular, pues como es sabido, el funcionamiento de las leyes respecto de los interesados, es efectúa por medio de un acto o de un hecho jurídico.

118 Julien Bonnetase, señala como ejemplos: " Supongamos que una ley reorganiza el derecho de sucesiones y crea diversas categorías de sucesores que no existían antes. Todos los que reúnan las condiciones fijadas por la ley, adquieren la cualidad, la situación jurídica de herederos, pero hasta la apertura de la sucesión de que se trate su *situación jurídica es abstracta*, desprovista de efectos positivos. Supongamos también que una ley disminuye la edad de la mayoría, de 21 años a 18 años se beneficiarán inmediatamente con la situación jurídica nueva; pero, se trata también de una *situación jurídica abstracta*, sin ventajas efectivas inmediatas y que se reduce a la esperanza de ser mayor, con todas las consecuencias inherentes a esta cualidad, el día en que cumplan los 18 años. Únicamente, a partir de este momento, es cuando la situación jurídica abstracta del menor se transformará en situación jurídica concreta. Lo mismo acontecerá con la situación jurídica del heredero, cuando el autor muera y cuando aquél reciba positivamente la sucesión...". *Ibidem*, p. 208

## C.TRANSFORMACION DE LA SITUACION JURIDICA ABSTRACTA EN SITUACION JURIDICA CONCRETA

La circunstancia antes indicada hace que la transformación de la situación jurídica abstracta en situación jurídica concreta, no esté siempre al alcance y poder de los interesados. Si es posible a un célibe convertir la situación jurídica abstracta en que se encuentra, con relación a la institución del matrimonio, en una situación jurídica concreta de esposo, por medio del matrimonio, no es lo mismo para el heredero; la realización de su esperanza, es decir, la transformación de la situación abstracta de heredero en situación jurídica concreta de heredero efectivo, depende de un hecho jurídico concreto, cuya realización no está bajo su potestad: la muerte del autor. Pero ya se trate de una ley, cuyo beneficio dependa de un hecho jurídico independiente de nuestra voluntad, o de una ley cuyas ventajas pueden ser conferidas inmediatamente, si recurrimos a un acto jurídico, la situación jurídica abstracta que se deriva de dichas leyes es rigurosamente idéntica; se reduce a una manera de ser teórica, aun esperar, como dice Blondeau en su célebre teoría de la retroactividad de las leyes. *La situación jurídica abstracta no es una realidad positiva; no es sino el marco dentro de cuyos límites es susceptible de producirse la realidad positiva que constituirá la situación jurídica concreta.*

#### D. EL CRITERIO DE LA NO RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES: EL RESPETO DE LAS SITUACIONES JURIDICAS CONCRETAS, POR LA LEY NUEVA.

Habiéndose asentado que por situación jurídica se entiende la manera de ser de cada uno respecto de una regla de Derecho o de una institución jurídica determinada, o en otros términos, que toda ley se significa por la creación de situaciones jurídicas, la regla de la no retroactividad de las leyes choca fatalmente con la noción de situación jurídica. *En esta materia, toda la cuestión consiste en buscar, ante el silencio del legislador, cuáles son las situaciones jurídicas que debemos considerar como respetadas por la ley nueva y cuáles están regidas por ella.*

#### E. NO SERA RETROACTIVA LA LEY QUE RESPETE LAS SITUACIONES JURIDICAS CONCRETAS.

Por otra parte, debiendo presumirse la no retroactividad de las leyes ante el silencio del legislador, el juez deberá considerar como regidas por la ley antigua, las situaciones jurídicas concretas nacidas bajo su imperio y en virtud de ella. *El fundamento de esta teoría aparece por sí mismo.* Hemos dicho que la noción de situación jurídica corresponde a la manera de ser de cada un frente a una regla de Derecho o de una institución jurídica determinada. Solamente que, mientras por la noción de situación jurídica abstracta entendemos la manera de ser eventual o teórica de cada un respecto de una ley determinada, sucede de distinta manera con la situación jurídica concreta. Esta es, en oposición a la

situación jurídica abstracta, la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto o de un hecho jurídico, que ha hecho actuar en un provecho en su contra las reglas de una institución jurídica, confiriéndole al mismo tiempo y efectivamente, las ventajas o las obligaciones inherentes al funcionamiento de esta institución.<sup>119</sup>

#### IV. MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT "TEORIA DE LOS DERECHOS CONSUMADOS O CUMPLIDOS"

Planiol y Ripert no fueron la excepción al tratar el problema de la retroactividad con base en el artículo segundo. Estos autores critican como también lo hace Bonnecase, la doctrina de los derechos adquiridos por insuficiente e inexacta.

Señalan, que la definición usual de retroactividad, que ha adoptado la doctrina se basa en la distinción entre los *derechos adquiridos* y *simples expectativas*. Sin embargo esto no indica que sea verdadera desde el punto de vista científico, por lo tanto nadie ha podido dar una definición suficiente del "derecho adquirido". Por lo general, los autores parecen atenerse a la idea de que el derecho adquirido es un derecho definitivo del que no se puede privar a su poseedor, en tanto que la expectativa es un derecho que aun no ha nacido, una esperanza que puede desvanecerse.

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 207 y sigs.

Esta distinción no proporciona ningún criterio. se dice que "hay derecho adquirido", cuando la antigua ley se aplica con exclusión de la nueva, y "simple expectativa" cuando los interesados sufren los efectos del cambio de legislación. Estas expresiones traducen los resultados de la distinción, y en realidad no brindan ningún medio para hacerla; lo que ha de explicarse es justamente por qué la nueva ley no se aplica a ciertas situaciones adquiridas bajo el imperio de la antigua.

Afirman que una de las desventajas prácticas de la aplicación de derechos adquiridos y simples expectativas, se fundamenta en la distinción usual que se hace de éstas, porque se contradice, es decir, por la necesidad de clasificar en uno de ambos grupos, las facultades o ventajas que corresponden a la definición del otro, siendo que ninguna de ambas categorías presenta un solo carácter que le sea propio. La mayoría de los autores advierten esto y modifican las fórmulas primitivas, con correcciones que lejos de suprimir su insuficiencia, no hacen sino más difícil la comprensión de su pensamiento.

Esta dificultad proviene porque se ha querido definir con ayuda de las mismas fórmulas, dos cosas diferentes:

"1o. La retroactividad de la nueva ley, remontándose en el pasado a hechos que la ley antigua debería ser la única en regir.

2o. La supervivencia de la ley antigua, que continúa rigiendo hechos que se sitúan bajo el imperio de la nueva ley".<sup>120</sup>

<sup>120</sup> PLANIOL, Marcel, RIPPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, op. cit., p.129.

Planiol y Ripert haciendo esta distinción formulan su propia tesis.

Sostienen que la ley es retroactiva cuando vuelve sobre el pasado, ya sea para apreciar las *condiciones de legalidad de un acto*, o para modificar y suprimir los *efectos ya realizados de un derecho*. Fuera de esto no hay retroactividad, y la ley puede modificar los *efectos futuros* de los hechos o actos, aun anteriores a ella, sin ser retroactiva.

Utilizan la fórmula de Roubier para distinguir los efectos inmediatos y retroactivos de la ley. "En principio las leyes nuevas tienen un efecto inmediato, no sólo porque se presume que son mejores que las anteriores, sino sobre todo, porque la unidad de legislación en un país puede asegurarse si no existe una aplicación concurrente de dos leyes a situaciones semejantes. Pero no deben tener efectos retroactivos, porque los hechos y actos se rigen por la ley bajo cuyo imperio se han realizado, y porque las soluciones, no pueden cambiar por la circunstancia de que cuando el juez falle, no sea la misma ley que reglamenta tal acto. Por ello si la intervención del juez es necesaria para constituir una nueva situación jurídica, (ejemplo: divorcio, separación de bienes) no habrá retroactividad, siendo aplicable la ley que esté vigente cuando el juez falle".<sup>121</sup>

Los actos jurídicos (contratos) así como los hechos jurídicos (delitos) pueden ser instantáneos (para su realización pueden agotarse en un

---

<sup>121</sup> *Ibidem*, p.129.

mismo instante) o de tracto sucesivo (que requieran de un plazo prolongado para cumplirse).

Dichos autores, afirman, que por lo general estos actos o hechos jurídicos requieren de un lapso corto para su realización colocándose totalmente bajo el reinado de una sola ley, es decir, que deben regirse exclusivamente por la ley vigente al realizarse; por lo tanto si una ley posterior se les aplicase habría retroactividad.

En base a este criterio Planiol y Ripert formulan su propia regla: "*Tempus regit actum*", por analogía con la regla simétrica, relativa a la autoridad territorial de las leyes: "*Locus regit actum*".

Demuestran este principio mediante dos ejemplos:-

"ACTOS JURIDICOS: Todo lo que se refiere ya sea a las *condiciones de validez, formas, o medios de prueba* de un acto jurídico debe apreciarse únicamente según la ley en vigor el día en que se haya celebrado y no según las leyes posteriores.<sup>122</sup>

---

122 "La transcripción establecida como una *formalidad necesaria* para la adquisición de inmuebles por la Ley del 23 de marzo de 1855. Pero sólo es una *condición de validez* respecto a las ventas posteriores al primero de enero de 1856, día en que comenzó a estar en vigor dicha ley; las compras anteriores a esta disposición están dispensadas de ella; son válidas aunque no estén transcritas; la ley no ha sido retroactiva.

La Ley del 28 de marzo de 1885; relativa a las operaciones de bolsa llamadas *reportos*, suprimió de estas operaciones la *excepción de juego* establecida por el artículo 1965 del Código Civil. Esta excepción permitía al jugador que había perdido por el alza o baja, negarse a pagar la diferencia. La supresión de esta excepción sólo surtió efectos para el futuro, conforme al artículo 2 del Código civil, los contratos celebrados bajo el imperio del artículo 1965 C.Civ. perdieron su fuerza; cada uno de los jugadores conservó su derecho de servirse de la excepción, pues la ley nueva hubiese tenido efectos retroactivos de haber convalidado las obligaciones anteriores a su promulgación. En este sentido se pronunció la Corte de Casación. (Cas., 18 abr. 1887, D.87 I. 153, S. 87. I. 157; Cas., 12 jul. 1888, D. 88, I. 10)\*. *Ibidem.*, p.130.

Los *medios de prueba* de un contrato se determinan por la ley vigente al celebrarse éste. Aunque sean utilizados mucho tiempo después, y quizás en un momento en que la ley ha cambiado, están *preconstituídos*, es decir, preparados y creados por las partes al celebrarse la convención. Tratase de hechos anteriores a la nueva ley y no deben estar reglamentados.

**DELITOS:** Si una ley sanciona *penalmente* un hecho que hasta entonces no se castigaba, o si aumenta la pena de una infracción, esta pena agravada o nuevamente establecida, sólo puede aplicarse a los actos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley. Si se aplicara la ley a hechos anteriores, habría retroactividad. La regla anterior se halla formulada por el Art. 4 del Código Penal, en los siguientes términos: **ninguna contravención, delito o crimen puede castigarse con penas que no estén establecidas por la ley antes de ser cometidos.**

**TESTAMENTOS:** La aplicación de la regla de irretroactividad es más complicada respecto a los testamentos, pues es necesario distinguir la confección del testamento y la realización de sus efectos. La confección del testamento y la regularidad de su forma se aprecia únicamente de acuerdo con la ley vigente al hacerse éste; por tanto, si en el intervalo entre la fecha del testamento y la muerte del testador se promulga una ley que cambia la forma de testar, el testamento hecho en la forma antigua es válido. En cambio, la atribución de los bienes por virtud del testamento sólo se realiza al morir el testador; si una ley sobreviene en el intervalo, que reduzca la parte de los bienes de que se puede disponer

por testamento, será aplicable esta ley y reducirá el beneficio que los legatarios hubieran podido obtener según el testamento. En estas condiciones, cada ley rige los hechos que se realizan durante el tiempo de su vigencia"<sup>123</sup>.

Respecto a los actos o hechos jurídicos de trato sucesivo, indican<sup>124</sup>, que puede acontecer durante el tiempo que éstos perduren, sobrevenga un cambio de legislación; y de esta clase son los actos procesales (adopción y divorcio) y la prescripción positiva.

Los actos de procedimiento ya cumplidos permanecerán siendo válidos, pero sus consecuencias deberán regirse por la nueva ley, que llega a ser inmediatamente aplicable.

Cuando una ley modifica la duración de la prescripción positiva, sea para prolongarla o abreviarla, no resultan afectadas las prescripciones que se haya cumplido; pero las que estén corriendo sufren el efecto del cambio.

Por lo tanto su conclusión es la siguiente: "El pasado debe regirse por las leyes antiguas" y la ley nueva regirá, por regla general, los efectos futuros de los derechos y de las situaciones adquiridas bajo la ley anterior. Esto último significa, que una ley nueva puede modificar un estado de derecho que resulte de hechos anteriores, si sólo los rige para

---

<sup>123</sup> *Ibidem*, p.131.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p.131.

el porvenir, y a contar de su promulgación, por ello no hay en su aplicación ningún efecto retroactivo.

En efecto, el legislador no garantiza de ninguna manera el ejercicio indefinido, en el futuro, de nuestros derechos actuales; estos derechos sólo existen y duran mientras está en vigor la Ley que los rige y que los permite.

## 1.EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

Los citados autores<sup>125</sup> señalan tres supuestos en los cuales las leyes tienen efectos retroactivos:

- 1º Cuando el legislador lo ha declarado expresamente;
- 2º Cuando la ley es interpretativa;
- 3º Cuando se trata de una ley penal que disminuye o suprime una pena.

## 2.LEYES DECLARADAS RETROACTIVAS

El principio de la no retroactividad de las leyes no es un principio de *orden constitucional*, capaz de imponerse al mismo legislador; se halla consagrado en una ley ordinaria; el artículo 2º del C. Civil; por consiguiente, puede ser desconocido por otra ley de la misma categoría. Pero la regla legal es obligatoria para el juez. En consecuencia, el

<sup>125</sup> *Ibidem* p.132-133.

principio sólo rige la interpretación de las leyes, siendo libre el legislador, cuando desee, para atribuir efectos retroactivos a las disposiciones que dicte.

En épocas pasadas la Convención elevó el principio de la no retroactividad de las leyes civiles, a la categoría de regla constitucional (Const. 5 fructidor año III. Declaración de los derechos art.14). Ninguna otra constitución reprodujo este artículo, por ello la irretroactividad de las misma, sólo fue una regla obligatoria para el legislador bajo el gobierno del directorio, creado por la Constitución del año. III.

Actualmente el principio de la irretroactividad sólo tiene el valor de una regla de interpretación para el juez, ya no obliga al legislador. El art. 2º significa que los tribunales no pueden aplicar retroactivamente las leyes, salvo una voluntad contraria manifestada por el Poder Legislativo.

### 3.LEYES INTERPRETATIVAS

Las leyes interpretativas no establecen reglas especiales: se limitan a determinar el sentido de las leyes existentes. Por consiguiente pueden aplicarse aún a los hechos anteriores a su promulgación; su retroactividad sólo es aparente, puesto que no se aplica la ley interpretativa, sino la interpretada. El legislador puede abusar de su derecho de interpretación, calificando como leyes interpretativas las que contengan nuevas disposiciones.

#### 4.LEYES QUE MODERAN LAS PENAS

Esta excepción resulta del artículo 4 del Código Penal. Se funda en razones de equidad y humanidad: cuando se reconoce como inútil y excesiva una pena, no procede continuar aplicándola.

#### A. FRANCESCO FERRARA

Francesco Ferrara<sup>126</sup>, profesor de la Universidad de Pisa, indica que el problema del derecho *intertemporal* radica aquí: "Existe una duplicidad de leyes que regulan en el tiempo el mismo objeto en modo diverso".

El principio de la irretroactividad de la ley, es un postulado general en el sistema, en cuanto domina en el derecho privado y el público, que se extiende a todas las normas jurídicas, aunque nazca del reglamento o de la costumbre.

El citado autor afirma que dicha máxima constituye un principio jurídico, mas no un límite legislativo. El principio que la ley no tiene efecto retroactivo limita la eficacia de la ley promulgada, más no se dirige al mismo legislador, prohibiendo la aplicación de la norma con efectos retroactivos. El principio de la irretroactividad es un principio *entro* del orden jurídico, no *al di fuori* o *al di sopra* de éste. El legislador no está vinculado con este principio, está habilitado para dictar normas

---

<sup>126</sup> FERRARA, Francesco *Tratado de Derecho Civil Italiano, Doctrina Generali*, Vol. I, Parte I., Roma, Athenaeum, MCMXXI, p.257-266.

que regulen relaciones anteriores, a la entrada en vigor de éstas. Pero esto, no significa que destruya el pasado, considerando como no hecho lo que se realizó, o dando realidad a algo inexistente, porque en tal sentido la retroactividad sería una imposibilidad jurídica; sin embargo es ordinario que se aplique la ley nueva a hechos pasados, siempre que sea una medida de la política legislativa. En el caso, en que el nuevo ordenamiento señalará exclusivamente que su eficacia volviera sobre la eficacia del ordenamiento precedente, sometiendo las relaciones anteriores a su imperio, se habla de retroactividad de la ley. Está palabra es equivocada e imprecisa, porque supone que la ley nueva se aplica a un tiempo anterior a su entrada en vigor, influyendo o modificando efectos que se produjeron en el pasado, en cambio, significa simplemente aplicación actual *ex nunc* de la ley nueva a las relaciones anteriores, con exclusión del ordenamiento precedente. La verdadera retroactividad proviene sólo en el caso de que la ley nueva atacare, modificando o destruyendo los efectos realizados y concluidos del hecho anterior.

La regla de la irretroactividad se encuentra formulada en los Códigos, en modo objetivo y en modo subjetivo. La fórmula objetiva es la del Código Francés: La legge non dispone che per l'avvenire, essa non ha effetto retroattivo.

Ferrara se apoya en la Teoría de Planiol y Ripert, afirmando, que así como la doctrina de los derechos adquiridos parte del postulado que "la ley nueva debe respetar los derechos adquiridos de conformidad con la ley anterior", está postura parte del siguiente enunciado básico: "Cada

hecho jurídico debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente en el momento en que dicho se produce".

Sostiene, que la ley antigua bajo cuyo imperio se realizó determinado hecho continúa regulando ese hecho aunque una ley nueva la hubiese derogado, y ello por razón de que tanto el orden jurídico antiguo como el nuevo forman un único ordenamiento jurídico que perpetúa ininterrumpidamente, porque el Estado no puede contradecirse a sí mismo privando de eficacia las relaciones y los derecho creados bajo la protección de un orden anterior; sólo por imperiosos motivos de interés público podría exigir ese sacrificio. Salvo esta última excepción, la fórmula *tempus regit-actum* no admite, ni restricciones ni complementos; se trata de una regla única y precisa: todo hecho jurídico, sea un evento causal o un acto jurídico debe ser regulado en su forma, en su substancia y en todos su efectos (pasados, presentes y futuros) por la ley del tiempo en que fueron realizados, seguirán siendo ineficaces bajo el imperio de una ley nueva.

En está misma línea de pensamiento García Trevijano, afirma: únicamente respecto a los efectos ya consumados se aplica la irretroactividad pero no para los efectos futuros.

## V. TEORIA DE PAUL ROUBIER

El postulado de esta doctrina consiste en la distinción entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley, pues considera que "la ley

nueva debe respetar todos los efectos jurídicos producidos en el pasado, pero debe regular los futuros a partir del día de su entrada en vigor"<sup>127</sup>. La ley tiene efecto retroactivo cuando afecta a hechos pasados y efectos pasados de hechos pasados, es decir, si la ley pretende aplicarse a hechos consumados (*facta praeterita*), es retroactiva.

La ley tiene efecto inmediato, pero no retroactivo, cuando afecta a efectos futuros de hechos pasados, esto es, si la ley pretende aplicarse a situaciones en curso (*facta pendentia*).

Escribe Roubier, "El efecto retroactivo de la ley está estrictamente prohibido por el artículo 2º del Código Civil; el intérprete deberá definir la retroactividad y proscribir toda aplicación retroactiva de la ley. Por el contrario, el efecto inmediato de la ley constituye el derecho común."<sup>129</sup>

Por eso es necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación, que no puede ser afectadas sin retroactividad, y las partes posteriores, para las que la ley nueva, si debe aplicarse, no tiene sino un efecto inmediato; en fin frente a hechos futuros (*facta futura*) es claro que la ley nunca puede ser retroactiva.

---

<sup>127</sup> ROUBIER, Paul, *Les Conflicts de Lois Dans le Temps*, op. cit. p.579 y sigs.

<sup>128</sup>u

Roubier se refiere al Código Francés.

<sup>129</sup> ROUBIER, PAUL, *Les Conflicts de Lois Dans le Temps*, op. cit. p.374.

Agrega que esta diferencia es fundamental y esta constituye una absoluta oposición entre dos modelos de aplicación de las leyes en el tiempo.<sup>130</sup>

"El principio de no retroactividad de la ley se opone a que la ley nueva se aplique a los *facta praeterita* y a toda esa parte de los *facta pendentia* que es anterior a su entrada en vigor, pero no nos enseña nada en lo que respecta al tratamiento de las situaciones en curso a partir del día del cambio de la ley."<sup>131</sup>

"Si suponemos una situación jurídica que produzca sus efectos durante un cierto plazo de duración, la nueva ley determinará los efectos que se producirán después de su entrada en vigor, sin que haya otra cosa que efecto inmediato, pero no podrá afectar a los efectos jurídicos anteriores, ya se trate de modificarlos, aumentarlos o disminuirlos, sin que haya retroactividad"<sup>132</sup>

En su tesis Roubier también señala otro elemento importante, este es, el principio de la supervivencia de la ley antigua, que es una exclusión al efecto inmediato de la ley. Este principio se aplica fundamentalmente a aquellos actos jurídicos que responden al criterio de autonomía de la voluntad y que sirven para la diversificación de la vida jurídica, es decir, en especial a los contratos. En consecuencia, Roubier niega en general el efecto inmediato de la nueva ley sobre los contratos en curso y se basa para ello en el principio de supervivencia de la ley antigua. Es

<sup>130</sup> *Ibidem*, p.375.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p.547.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p.380-381.

preciso, sin embargo, destacar, que el principio de supervivencia de la ley antigua es perfectamente independiente del principio de irretroactividad de la ley. Según manifiesta literalmente Roubier "la supervivencia de la ley antigua y el efecto inmediato de la ley nueva son las dos maneras posibles de la actuación de la ley no retroactiva".<sup>133</sup>

Por lo tanto se puede decir que la nueva ley no se debe aplicar, en general, a los contratos en curso, no es porque ello implique retroactividad, sino en virtud del principio de supervivencia de la ley antigua, que es un principio de Derecho temporal no consagrado en ningún texto legal y que constituye, por ende, una simple orientación del intérprete, que deberá aplicarlo siempre que no sea excluido por algún texto legal expreso.

Roubier<sup>134</sup> señala, en efecto, que la aplicación del artículo 2º del Código Civil francés conduce a negar el efecto retroactivo y que, por lo tanto, sólo el legislador, mas no el intérprete, puede dar aplicación retroactiva a una ley; pero señala asimismo que la aplicación del citado artículo 2º no niega el efecto inmediato y que, por lo tanto, la aplicación inmediata o no inmediata es un problema que debe resolver el intérprete. Robier afirma que el derecho francés el problema del efecto inmediato puede ser resuelto en un caso concreto por un simple Reglamento, ya que no existe limitación legal alguna, como lo existe en el problema del efecto retroactivo, donde es preciso una decisión del legislador.

---

<sup>133</sup> *Ibidem*, p.430.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p.376-377.

"En materia de Contratos, el efecto inmediato se encuentra excluido de igual modo que el efecto retroactivo; pero no habrá necesariamente retroactividad por parte de una ley que decidiera que los efectos futuros de un contrato en curso serían regulados por ella; sin duda esta ley podría ser criticada, porque el mantenimiento de la ley para regular los contratos en curso descansa sobre bases serias; pero ella no podría ser criticada como tachada forzosamente del principio de retroactividad y como derogatoria del artículo 2º del Código civil".<sup>135</sup>

En la anterior cita, ¿Cuál fue la idea que trato de plasmar Roubier al señalar "que una ley que decida regular los efectos futuros de un contrato en curso no será *necesariamente* retroactiva? A primera vista se podría decir que Roubier cree que hay un caso en que tal ley será retroactiva: cuando al modificar los efectos cambie cláusulas expresamente convenidas por los contratantes. Cree, por el contrario, que no será retroactiva si modifica disposiciones supletorias establecidas por la ley o si modifica el estatuto legal del contrato. Se funda para ello en que, si la ley modifica cláusulas expresas, afecta a la validez misma del acto contractual, y afecta, por consiguiente, a un hecho anterior a la vigencia de la ley.<sup>136</sup>

Roubier relaciona estos casos con las diferentes clases de retroactividad:

- a) Rétroactivité restitutive (Retroactividad *restitutiva*)
- b) Rétroactivité ordinaire (Retroactividad *ordinaria*)

---

<sup>135</sup> *Ibidem*, p.399

<sup>136</sup> *Ibidem*, p.582-583.

c) Rétroactivité tempéree (Retroactividad moderada)

La retroactividad *restitutiva* son las leyes retroactivas que afectan a los hechos definitivamente consumados y extinguidos. Esta clase de retroactividad es de carácter excepcional, afecta incluso a las *causae finitae*.

La retroactividad ordinaria son las leyes retroactivas que no afectan a los hechos definitivamente consumados y extinguidos. Este tipo de retroactividad es el común de la retroactividad y afecta sólo a las *causae pendentes*.

La retroactividad moderada está muy próxima del efecto inmediato<sup>137</sup>.

En la tesis expuesta por Roubier también hace un análisis profundo sobre la distinción de las leyes sobre régimen de contratos y las leyes de orden público.

En tal sentido, Roubier critica expresamente la doctrina que él llama del orden público y afirma como criterio diferencial propio la distinción entre leyes sobre régimen de los contratos y leyes que establecen o modifican un estatuto legal. Las últimas reciben aplicación inmediata y las primeras, por el contrario, no afectan a los contratos en curso. Tal distinción reposa sobre las dos nociones fundamentales de contrato y de institución. Así, las leyes contractuales carecerán del efecto inmediato, que es propio, en cambio, de las leyes institucionales.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 536-545.

La tesis de Roubier abarca ampliamente todos los matices de irretroactividad de la ley, y sería prolijo enunciar cada uno de ellos en la presente tesis, por lo tanto se ha hecho una selección de los aspectos más importantes de esta teoría.

Primero se quiso apuntar la distinción que hace Roubier entre efecto inmediato y efecto retroactivo de ley, y en que clase de leyes se dan estos efectos. Ahora profundizando en su teoría se tratará el ciclo de la situación jurídica.

Roubier<sup>138</sup> señala que el ciclo de una situación jurídica comprende tres momentos: el de su constitución, el de sus efectos y el de su extinción. El primero representa la dinámica; el segundo, la estática de esta situación.

- En cuanto a la fase dinámica (constitución y extinción de la relación jurídica) hay que distinguir si se realiza en un sólo momento (daño causado por un accidente, renuncia de un derecho, cumplimiento de la mayoría de edad), o requiere de cierto período de tiempo; bien necesitando de un mero estado de hecho continuando en el tiempo (usucapión, prescripción *extintiva*), bien requiriendo la concurrencia de elementos sucesivos que acacen en momentos diferentes (sucesión testamentaria - testamento y muerte del causante -, cancelación de hipoteca, etcétera.).

---

138 *Ibidem*, 381 y 382.

Los problemas de transición se plantean en relación con estas constituciones o extinciones de derechos no instantáneas. Roubier los resuelve del siguiente modo:

a) Si la constitución (o extinción) del derecho se ha verificado completamente bajo el imperio de la ley antigua, sería retroactiva la ley nueva que afectara a esa fase dinámica constituida o extinguida.

b) Si la ley nueva incide sobre situaciones en curso de constitución (o de extinción), la regla es que la ley nueva puede modificar con las condiciones de esa constitución o extinción sin que por ello tenga efecto retroactivo. Sin embargo, la ley será retroactiva si modifica aquellos elementos ya existentes que tuvieran un valor jurídico propio (así, la ley que entrase en vigor entre el momento en que se hubiere realizado el testamento y el de la muerte del causante podría modificar el *ius disponendi*, las cuotas legitimarias, etcétera., mas no las condiciones de validez del testamento, asimismo podría modificar las condiciones de la prescripción en curso de constitución o extinción, mas no podría desconocer, por ejemplo, una interrupción de la prescripción y sus correlativos efectos fijados por la ley anterior).

c) Los hechos que no conformaron la constitución o extinción de una situación jurídica conforme a la ley en vigor al tiempo en que se produjeron, no pueden constituir o extinguir tal situación en virtud de la ley nueva; (así, los actos verificados por incapaces según la ley antigua, no devienen válidos porque los sujetos resulten capacitados con arreglo a la ley nueva).

d) *Mutatis mutandis*, la solución es al misma a la anterior si la situación jurídica está en curso de constitución o de extinción. al ley nueva sería retroactiva si diese valor a algunos elementos que no lo tenían según la ley antigua (si un hecho no es considerado en el momento en que se produjo como interrupción de la prescripción, seguirá siendo *irrelevante* aunque la ley nueva, aun surgida antes de que la prescripción se cumpla, establezca dicho modo de prescripción.

- En cuanto a la fase estática (efectos de la situación jurídica), la regla es que éstos son regulados por la ley en vigor al tiempo en que se producen. Por tanto, de esto surgen dos conclusiones:

a) La ley que regula los efectos de una situación jurídica no puede alcanzar los ya producidos bajo la ley anterior.

b) La ley que regula los efectos futuros de una situación jurídica en curso no es retroactiva; tiene eficacia inmediata.

Según López Menudo<sup>139</sup>, en primer término señala, que la tesis de Roubier, llamada "moderna" por contraposición a la doctrina "clásica" de los derechos adquiridos, ha alcanzado numerosos adeptos, especialmente en la doctrina del derecho privado. Sus notas más celebradas son las siguientes:

---

<sup>139</sup> LOPEZ, MENUDDO, *El principio de Irretroactividad en las normas jurídico administrativas*, op. cit. p.115.

1. Haber deslindado el concepto de retroactividad, superando el tradicional cufemismo entre "retroactividad" y "efecto inmediato" de la ley.
2. Situarse en una clave dialéctica distinta, al abandonar la "irretroactividad de las leyes" como principio que se deduce del artículo 2 del Código Civil Francés, y sentar como regla general la "eficacia inmediata" de las mismas.
3. Establecer una exacta delimitación de los ámbitos temporales de la ley antigua y nueva, evitando la yuxtaposición de distintos derechos vigentes en un mismo momento para situaciones jurídicas de la misma naturaleza.
4. Ofrecer un cuadro de reglas de aplicación automática, prescindiendo de la índole material de las situaciones jurídicas afectadas por el cambio normativo.

En segundo término el citado autor hace una severa crítica a la teoría de Roubier: "A pesar de la innegable precisión jurídica de esta doctrina, considerada con justicia como la más moderna, completa e importante entre las dedicadas al estudio del Derecho *intertemporal*, no deja de ofrecer aspectos criticables que resumimos seguidamente:

Al sustituir el concepto de "hecho jurídico" (gozne sobre el que giran las teorías de los *facta praeterita*) por el de "situación jurídica" en fase

dinámica o estática, se acerca considerablemente a la tesis de Duguit con su correlativo distinción entre situación subjetiva y objetiva.

Y es al hilo de esta comparación donde surge la quiebra fundamental de la tesis de Roubier. Duguit distingue entre *actos* y *situaciones*, distinguiendo Roubier entre fase *dinámica* y *estática* de una relación o situación jurídica; pues bien, las soluciones que ambos ofrecen respecto a los actos (Duguit) y fase dinámica (Roubier) son equivalentes, entroncando a su vez con las teorías de los *facta praeterita: tempus regit actum*.

Roubier llega así a coincidir con la solución clásica, aunque por distinto razonamiento y eludiendo su terminología; se ha dicho con fundamento que al sustituir esta teoría la contraposición de retroactividad e irretroactividad por la de efecto inmediato y retroactividad no hace más que trasladar la dificultad a la fijación de ese efecto inmediato.

Roubier no pretende extender su teoría al campo del derecho público, dado que esta rama del derecho obedece a reglas muy distintas de las del derecho privado"<sup>140</sup>

La crítica que recibe esta doctrina de Roubier, es por parte de García Máynez, al afirmar que el concepto de retroactividad, como es concebido por Roubier es erróneo, pues si un derecho o una obligación han nacido bajo el imperio de una ley, y el ejercicio de aquél o el cumplimiento de ésta pueden prolongarse durante cierto tiempo, o se

140 *Ibidem*, p.117 y sigs.

hallan diferidos de algún modo, en su concepto, la modificación o supresión de tales consecuencias por una ley posterior debe ser considerada necesariamente retroactiva, en virtud de que de esa manera se modifica o destruye lo que ya existía antes el comienzo de la vigencia de la nueva ley, si bien ya existían, no se habían realizado; pero entonces habría que responder que la realización de una consecuencia jurídica es un mero hecho, y que lo único que una ley puede modificar o suprimir son los derechos u obligaciones derivados de la realización de un supuesto jurídico, mas no el hecho del ejercicio o del cumplimiento de estas facultades y deberes.

La crítica de García Máynez, en nuestra opinión, no es válida tratándose de leyes fiscales, las cuales son de interés público y, por ello, deben ser aplicadas de inmediato para los hechos y consecuencia que se produzcan o realicen a partir de la iniciación de la vigencia de la nueva ley, a menos que el legislador disponga lo contrario.

#### TEORIA DE NICOLAS COVIELLO

La obra que nos presenta Coviello<sup>141</sup> expone de un punto de vista personal, el planteamiento de la irretroactividad de la ley.

Señala que "Si en el momento mismo en que entra en vigor una nueva ley cesa la anterior, derogada por aquélla, no cesan igualmente en la vida las relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la ley precedente, no sólo en cuanto son hechos realizados, y que han producido ya sus

<sup>141</sup> COVIELLO, NICOLAS, *Doctrina General del Derecho Civil*, op. cit. p. 107.

efectos, sino también en cuanto tienen la capacidad de producir otros, que por la necesidad misma de las cosas vienen a verificarse cuando ya impera la nueva ley. Surge de aquí la cuestión de saber cuál es la ley que debe aplicarse"<sup>142</sup>.

Este autor al analizar el problema que presenta el conflicto de leyes en el tiempo, recurre a la máxima heredada por los romanos, "la ley no tiene fuerza retroactiva". Sin embargo, al apelar a este principio lo hace con un sentido crítico: "A primera vista parece un axioma de sentido común y de evidencia intuitiva, tanto los profanos en derecho la repiten frecuentemente, es, sin embargo, una de las más oscuras; hasta el punto de que habido quien haya preferido desterrarla de la ciencia jurídica..."<sup>143</sup>

Llega a la conclusión que esto deriva de la interpretación inexacta que se hace de la locución "retroactividad", exponiendo su criterio de la siguiente forma: "Si la máxima quisiera decir que la ley no es retroactiva, en el sentido de que no puede destruir lo pasado, y hacer que exista un estado de cosas que no ha existido, sería una máxima de buen sentido, y muy ingenuo hubiera sido el legislador que la hubiese proclamado. Pero lo cierto es que si es materialmente imposible que el hecho realizado se convierta en no realizado, es muy posible que el legislador ordene al magistrado que aplique la nueva ley a los hechos pasados, no sólo cuando las controversias relativas a ellos surjan después por vez primera, sino también cuando se hayan decidido y agotado mediante

---

<sup>142</sup> *Ibidem*, p.108.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p.108.

sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada o mediante una transacción; y con mayor razón puede querer la aplicación inmediata de la nueva ley a hechos que, aunque ligados con el pasado, se realizan después de que ésta ha entrado en vigor. Por lo cual, excluyendo de la palabra **retroactividad** en el sentido natural de **obrar hacia atrás**, o sea de destruir lo ya hecho y dar vida en el pasado a lo que nunca ha existido, quedan tres posibles significados jurídicos, tomados en consideración por los juristas. A saber: 1º Retroactividad de la ley puede significar aplicación de la ley nueva a hechos no sólo realizados, sino agotados bajo el imperio de la antigua ley, esto es, que ha producido ya todos sus efectos, y las controversias relativas han terminado por transacción o por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. La ley nueva importaría una **resolutio ex tunc** de todas las relaciones jurídicas realizadas según la ley precedente. 2º Retroactividad de la ley puede significar un campo de acción más restringido que el que acaba de indicarse, esto es, la aplicación de la ley nueva a todas las controversias que surgen o que están pendientes todavía en el momento en que aquélla entra en vigor, aunque tengan por objeto hechos verificados bajo el imperio de la ley abolida. De este modo, quedarían respetadas las transacciones y las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada con anterioridad a la nueva ley. 3º Retroactividad de la ley, en fin, puede denotar no la aplicabilidad de la ley a hechos ya decididos desde antes, o a cuestiones pendientes relativas a hechos pasados, sino la aplicabilidad a hechos nuevos, que por primera vez se realizan bajo su imperio, pero que se encuentra en cierta relación con hechos anteriores.

Así es que la máxima la ley no es retroactiva podría significar:

1º la nueva ley no toca las controversias definitivamente resueltas con anterioridad;

2º la nueva ley no es aplicable a las controversias relativas a hechos anteriormente realizados, aun cuando estén pendientes en el momento en que la ley entra en vigor o surjan después;

3º la nueva ley no regula los hechos nuevos que tienen lugar bajo su imperio, si están en relación con hechos verificados antes".

Por lo tanto Coviello<sup>144</sup> afirma en que el sentido que debemos entender esta máxima, es que las transacciones y las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada deban respetarse por la nueva ley, cosa que se explica por sí misma, desde el momento en que las respeta la misma ley bajo cuyo imperio se realizaron. Más ésta recibe un valor propio y un significado práctico importante, cuando se entiende en el sentido de que la nueva ley no puede aplicarse ni siquiera a las controversias que se deben decidir durante su imperio, si se refieren a hechos pasados. Creemos por esto que no es justo atribuir a la máxima el tercer significado exclusivamente o darle a éste tal predominancia que quede olvidado el otro, porque, así, no sólo se da las palabras de la ley un significado poco apropiado, sino que llega a barrenar el concepto legislativo. En efecto, si el art. 2º de las disp. prelim. se interpreta en el sentido de que la ley no tiene aplicación inmediata a los hechos que se han realizado bajo su imperio, porque tienen relación con hechos que se

144 *Ibidem*, p.110.

han realizado antes, se llamará retroactividad a la que no es sino la natural actividad de la ley, es decir, a su eficacia sobre hechos que siguen a su entrada en vigor; y se llegará a la consecuencia paradójica, pero lógica, de que la irretroactividad de la ley no es el principio, y la retroactividad la excepción, sino que, viceversa, toda ley es por sí retroactiva, y sólo en cierto casos esa eficacia general suya encuentra un límite, esto es, se vuelve *irretroactiva*. Pero no creemos que este tercer significado deba excluirse.

Por esto convendrá decir desde ahora que es preciso dar a la expresión "la ley no es retroactiva" un significado comprensivo: la ley no se aplica nunca a las controversias concernientes a relaciones jurídicas realizadas antes de su entrada en vigor, y, en ciertos límites, ni a los hechos que se verifican posteriormente cuando son consecuencia de hechos anteriores.

La teoría a la que se acoge este autor, para resolver el problema de la retroactividad, es la desarrollada por Vareilles-Sommieres, - indicando él mismo - que se apoya en ésta, salvo alguna modificación de orden secundario.

Así comienza explicando: "La norma de ley no puede obligar antes de existir; por eso es racional y justo que no extienda su eficacia a los hechos efectuados antes de su aparición. Tal es el fundamento y contenido de la máxima de la no retroactividad. Pero hay eficacia retroactiva no sólo cuando la nueva ley desconoce las consecuencias ya realizadas del hecho cumplido, es decir, cuando destruye las ventajas ya nacidas, sino también cuando impide una consecuencia futura de un

hecho ya consumado, por una razón relativa a este hecho solamente; de modo que la privación de la futura ventaja se muestre como un efecto de la realización de aquel hecho determinado. Si en el primer caso hay retroactividad, porque la ley obra directamente sobre el hecho pasado, también la hay en el segundo, en que la ley, si bien mediatamente, obra asimismo sobre el hecho pasado destruyendo sus consecuencias, sólo porque el hecho que las produce no fue conforme a sus preceptos. Cuando por el contrario la nueva ley regula también las consecuencias de un hecho pasado, que se realizarán bajo su imperio consideradas en sí mismas, y no por una razón relativa a aquel hecho, que queda así *intocado*, no hay retroactividad, sino aplicación inmediata de la ley. Así es que no siempre las consecuencias de un hecho pasado deben ser reguladas por la ley vigente al verificarse el hecho que las determina, ya que esto no se deriva del principio de la irretroactividad, ni sólo aquéllas que constituyen un derecho adquirido; sino las que no pueden ser reglamentadas por la ley nueva, sin que ésta venga así a regular el mismo hecho que las causa. Así, pues, el criterio que sirve para discernirlas es la relación de causa e efecto entre el hecho pasado y la aplicación de la nueva ley: la razón por la cual la consecuencia de un hecho pasado viene a ser desconocida.

En otros términos: la ley nueva no es aplicable a consecuencias de hechos pasados, aun efectuados bajo su imperio, cuando su aplicación tenga como presupuesto necesario el hecho pasado, ya sea porque no fue conforme a la nueva ley, o por constituir el elemento de hecho de que surgen consecuencias jurídicas que no habrían nacido para la antigua ley: en cambio, la nueva es aplicable en la hipótesis contraria.

Algunos ejemplos ilustrarán la teoría. Así, una ley que exige para la existencia de la venta de inmuebles la formalidad de la escritura, mientras que la ley anterior permitía la forma verbal, no sólo será aplicable para negar la eficacia a los actos de disposición realizados por el comprador al tiempo de la ley abolida, sino que no lo será tampoco para negar dicha eficacia a los actos que el comprador llega a realizar después. De no ser así, habría retroactividad no sólo en el primer caso (desconocimiento del hecho pasado), sino también en el segundo, porque se vendría a negar al comprador la validez del acto de disposición realizado por él bajo el régimen de la ley nueva (hecho nuevo), no por la razón de que este acto es nulo por sí mismo, porque lo suponemos realizado conforme las prescripciones de la nueva ley, sino porque su título de propiedad no tiene los requisitos que ahora son necesarios (razón relativa al hecho pasado). Al contrario, una ley nueva que, por ejemplo, prohíba las servidumbres prediales perpetuas, ordene la redención de todas las rentas perpetuas, sería aplicable aun a las servidumbres y a las rentas anteriormente constituidas. Porque en la aplicación de tal ley no se toma en consideración el hecho pasado o el comportamiento de las personas en el tiempo anterior; se tiene en cuenta el estado actual de cosas, aunque tenga su raíz en el pasado.

Podemos formular la teoría en los siguientes términos. La máxima "la ley no tiene fuerza retroactiva" significa que el juez no puede aplicarla a hechos pasados, o desconociendo las consecuencias ya realizadas, o quitando eficacia, o atribuyendo una diversa, a las consecuencias nuevas sobre la única base de la apreciación del hecho pasado.

Desde luego, esta teoría, tiene el mérito de proporcionar un criterio de fácil aplicación práctica para discernir cuándo se puedan o no regular con la ley nueva relaciones jurídicas que son consecuencia de un hecho pasado. No obliga a examinar si hay un derecho adquirido, facultad o expectativa, bastando ver en qué relación esté la aplicación de la ley con el hecho pasado. Tampoco obliga a indagar cuándo un hecho pueda decirse jurídicamente consumado o perfecto, es decir, idóneo para producir todas las posibles consecuencias jurídicas de que es capaz.

En segundo lugar, se logra dar a la máxima la ley no es retroactiva su propio significado y natural alcance. La no retroactividad es la regla, y la retroactividad es la excepción; ya que leyes retroactivas no son las de aplicación inmediata a los hechos que se realizan bajo su imperio, tengan o no conexión con hechos precedentes; sino sólo las que regulan los hechos pasados de manera directa o indirecta, esto es, o destruyendo sus consecuencias jurídicas ya realizadas, o regulando las nuevas, teniendo como base únicamente la diversa apreciación del hecho pasado. Y de esta suerte, no se recurre a ningún principio nuevo que importe limitación al de la eficacia natural de la ley. La cual comienza el día en que entra en vigor, y cesa cuando otra ley la reemplaza."<sup>145</sup>

Coviello asevera que esta teoría se construye para ser aplicada a todas las leyes, mientras que las doctrinas de los derechos adquiridos y de los hechos consumados se enfocan solamente a un radio del Derecho.

---

<sup>145</sup> *Ibidem*, p.118-121.

**LEYES DE PROCEDIMIENTO.** Son de aplicación inmediata a todas las contiendas que se inician o que están pendientes al tiempo en que entran en vigor. Pero esto no importa retroactividad, porque la aplicación de las leyes procesales mira a un hecho existente en la actualidad, esto es, a la *litis*, no a un hecho pasado, cual es el negocio jurídico, y menos a la acción que se ejercita. En cambio, si el juicio ha comenzado ya, los actos procesales realizados en conformidad con la antigua ley conservan sus efectos y continúan produciendo todos los nuevos, cuya negación importaría la aplicación de la nueva ley al hecho cumplido anteriormente. Y he aquí cómo el principio de la irretroactividad funciona aun en este campo, prescindiendo del concepto de derecho adquirido.

**LEYES POLITICO-ADMINISTRATIVAS.** También éstas se consideran por lo común retroactivas; pero lo cierto es que no operan de modo distinto al de todas las demás leyes. Así, si modifican la capacidad de elegir o de ser elegido, son aplicables aun a aquéllos que eran antes capaces o incapaces: lo cual ocurre no por la naturaleza especial de la ley, sino por el principio general de que toda ley se aplica aun a las consecuencias nuevas de un hecho pasado, cuando éste no se tome en consideración. Pero si la ley declara incapaz de ser electo o elector al que comete ciertos hechos, no podrá aplicarse a aquéllas personas que los han verificado en un tiempo en que no producían semejante consecuencia.

## A. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD

Coviello<sup>146</sup> sostiene que el principio de la no retroactividad es una regla que mira a la aplicación de la ley, y que, por lo tanto, concierne al juez, no al legislador. A éste siempre le es lícito querer lo contrario.

Por lo tanto indica la posibilidad de dos excepciones:

- 1) La retroactividad que importa eficacia de la nueva ley sobre los hechos pasados; y
- 2) La supervivencia del derecho abolido, por la cual algunas relaciones jurídicas que no caen bajo el dominio de la regla de la irretroactividad, se disciplinan, sin embargo, por la legislación anterior.

"Cualquiera ley puede ser retroactiva por voluntad del legislador; pero ninguna es retroactiva por su propia índole, ya que, según lo hemos visto, ni las leyes políticas y procesales son retroactivas, esto es, no regulan hechos ya realizados, ni directa ni indirectamente. Retroactivas por voluntad del legislador son las llamadas leyes interpretativas y retroactivas por la propia razón son también las leyes penales más benignas. Pero la voluntad de legislador puede ser no sólo expresa, sino también tácita. No existe un criterio general para inferir la voluntad tácita; y es erróneo el sacado de la naturaleza de la norma, la que, según algunos, en caso de duda debería presumirse retroactiva, si es de orden público; no retroactiva, si es de interés privado. Aquí, como en cualquiera otra cuestión de interpretación, hay que investigar por todos los medios posibles y concluyentes cuál fue la efectiva intención del

<sup>146</sup> *Ibidem*, p.126-128.

legislador, y, cuando ésta no resulte, es de creerse que la excepción no existe; por lo que vale el principio general de la no retroactividad, que comprende debajo de sí todas las leyes de orden público o privado.

La eficacia de una ley que por la voluntad expresa o tácita del legislador resulte retroactiva afecta sólo a las controversias pendientes o no surgidas aún. Pero el legislador bien puede manifestar una voluntad contraria, haciendo retroactiva la ley aun con respecto a los fallos y transacciones; sólo en caso de duda dicha voluntad no puede presumirse, por ser contraria a las exigencias de la justicia y a los principios generales del derecho.

La otra excepción es la supervivencia del derecho abolido. Ciertamente aquellas relaciones que no pueden ser gobernadas por la nueva ley sobre la base del principio de la no retroactividad, son disciplinadas por la ley anterior. Mas esto no importa una prolongación de la eficacia de la ley abolida; sino sólo un reconocimiento de la eficacia ya por ella desplegada al infundir vida jurídica a una relación de hecho realizada mientras la ley regía, y una deducción de las consecuencias que necesariamente derivan de la misma. Por el contrario, cuando nos hallamos en presencia de relaciones jurídicas que en el principio de la irretroactividad no encuentran ningún obstáculo para ser disciplinadas por la nueva ley, la que más bien debería comprenderlas en su dominio, a pesar de encontrarse sometidas a la ley anterior que regía cuando surgió el hecho que fue su causa primera, entonces el derecho abolido sobrevive, por decirlo así, a sí mismo, desplegando una eficacia nueva aun después de la abolición. De este modo, mientras la retroactividad

ensancha los confines naturales de la esfera de eficacia de la ley, la supervivencia del derecho anterior los restringe; la no retroactividad, en cambio no es más que uno de estos límites naturales".

## VI. TEORIA DE LAS NORMAS DE DERECHO PUBLICO FRIEDICH CARL VON SAVGINY

La clásica distinción que hace Savigny entre las leyes que se refieren a la existencia de los derechos y las leyes que aluden a la adquisición de los derechos, que, respectivamente, son y no son de aplicación inmediata.

Josserand, afirma, que, ante las exigencias del orden público, los intereses particulares deben ceder y que "no puede pretenderse tener derechos adquiridos frente al orden público". Las leyes de orden público se aplican inmediatamente, más tal aplicación inmediata no es una aplicación retroactiva.

En contraste a la doctrina de los derechos adquiridos, que emana como principio protector de la autonomía de la voluntad, imperante en el Derecho privado, surge como reacción natural, para contrarrestar la fuerza con que se venía gestando las doctrinas a favor del interés particular, "la doctrina del Derecho público"<sup>147</sup>; se dice que emana en contra de esta corriente doctrinal, porque se entiende que las leyes de

---

147 López Menudo al referirse a la teoría del interés público, asienta, que más que de una teoría cabe hablar en este caso de una corriente doctrinal encabezada por Ruggero, Simoncelli, Pacchioni, De Buen, De Castro". LOPEZ MENUDO, *El principio de Irretroactividad en las normas jurídico administrativas*, op. cit. p.118

orden público no pueden derogarse por la voluntad de los particulares y entonces todas las leyes serán retroactivas por regla general.

Esta nueva doctrina puede ser entendida como interés público u orden público<sup>148</sup>, ya que en este punto lo importante es destacar, el derecho que atañe a las cuestiones públicas.

148 Por INTERES PÚBLICO se entiende, el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad, cuya satisfacción origina beneficios para todos los integrantes de ésta. Estas pretensiones son protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado, es decir, son garantizadas a través de la actividad constante de los órganos del Estado.

La expresión "utilidad pública" es usada frecuentemente en la legislación mexicana, para significar lo mismo que se denota con el concepto de "interés público". *DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO*, TOMO I-O, México, UNAM, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, 1992, p. 1780.

En un sentido amplio el ORDEN PÚBLICO, se identifica con la paz pública. En un sentido restringido el ORDEN PÚBLICO se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la "autonomía de la voluntad") ni por la aplicación del derecho extranjero. Estos principios e instituciones no son sólo normas legisladas. El orden público comprende además, tradiciones, y prácticas del foro, así como tradiciones y prácticas de las profesiones jurídicas. Podría decirse que el orden público se refiere, a la "cultura" jurídica de una comunidad determinada, incluyendo sus tradiciones, ideales e, incluso, dogmas y mitos sobre su derecho y su historia institucional.

De lo anterior se sigue que las leyes de "orden público", no se refieren necesariamente, al derecho público, como opuesto al derecho privado. Existen leyes de "orden público" que regulan instituciones de derecho privado las cuales son instituciones sociales fundamentales (derecho familiar).

El orden público funciona como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos jurídicos o se impide que ciertos actos jurídicos válidos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico.

La doctrina contemporánea, siguiendo la tradición romanista, señala que el orden público es el dominio de las leyes imperativas, por oposición a las leyes dispositivas o supletorias. Igualmente la doctrina contemporánea insiste en que el concepto de orden público no puede confundirse con la noción de derecho público, son, normalmente, disposiciones de orden público. Sin embargo, está lejos de comprender todo el orden público.

El orden público es un mecanismo a través del cual el Estado (el legislador o, en caso el juez) impide que ciertos actos particulares afecten los intereses fundamentales de la sociedad.

El orden público es un límite omnipresente para cualquier actividad que se desarrolle en el campo del derecho, corresponderá a las instituciones aplicadoras del derecho señalar qué actos afectan el interés público.

En ocasiones las propias disposiciones legislativas se declaran, expresamente, de orden público; en otras, corresponde justamente a los tribunales determinar si en determinadas circunstancias, un acto es contrario al orden público nacional *DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO*, op. cit. p. 2279.

Así se observa el Código civil mexicano, señala:

El Derecho público puede expresarse en dos formas: - La intervención del Estado a través de su poder público (autoridad o *imperium*) para regular las relaciones de los particulares, esto significa, que la clase de relación que se da entre el Estado y los particulares, es de *supraordenación* o subordinación; o bien,

- Las normas que regulan el ejercicio de la autoridad estatal, determinando y creando al órgano competente para ejercitarla, el contenido posible de sus actos de autoridad estatal y el procedimiento mediante el cual dichos actos deberán realizarse<sup>149</sup>, en otras palabras, son las normas que reglamentan la organización y actividad del Estado y demás organismos dotados de poder público.

La doctrina de los derecho adquiridos y la doctrina de las normas de derecho público, son dos principios antagónicos y concurrentes, a primera vista esto se observa por el conflicto de intereses en juego.

Así se predicen dos principios paralelos: uno en favor de la irretroactividad en aquellas materias donde predomina la autonomía de la voluntad privada; otro en favor de la retroactividad respecto a las materias de interés público.<sup>150</sup>

\*Art. 6º La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Art. 8º Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.\*

149 *DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO*, TOMO D-H, México, UNAM, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, 1992, p. 1032.

150 RUGGERO, *Istituzioni di Diritto Privato*, Messina, 1937, p.49.

Al establecer una norma de carácter público, el Estado determina el "deber ser" forzoso e imperativo que exige en ese momento la conciencia jurídica colectiva. es por eso que tales normas no pueden ser renunciadas ni relajadas por convenios entre particulares. En tal sentido el deber de dar la pensión alimenticia, la indemnización de los accidentes profesionales o el pago de los impuestos no pueden ser relajados por la voluntad de los particulares. Son normas de orden público y, en cuando tales, representan la idea del bien común en la comunidad jurídica de nuestros días.

Por el contrario las normas de derecho dispositivo o derecho supletorio regulan aquellas materias sobre las cuales rige la voluntad autónoma de los particulares, (contratos civiles y mercantiles) poniendo el poder coactivo del Estado al servicio de lo convenido por ellos.

La entrada en vigor de una norma de carácter público regula inmediatamente todas las relaciones jurídicas existentes, en razón del interés colectivo, porque éste debe regir de manera absoluta. De esta manera se observa la aplicación de las normas de carácter público a los contratos en curso<sup>151</sup>. El fundamento de esta aplicación es el interés

151 Para una mejor comprensión de la anterior exposición citaremos el siguiente ejemplo: "Imaginemos, en primer término, que Ticio compra una casa en un momento en que no hay posibilidad legal de expropiar - la expropiación no pertenece todavía al Derecho positivo - y en que no existe impuesto alguno que grave la propiedad urbana. Supongamos igualmente que, al año de su compra, se promulga una ley de expropiación por utilidad pública, una ley fiscal que grava fuertemente los predios urbanos o una ley que, desde un punto de vista *solidarios*, establece ciertas obligaciones a cargo de los propietarios de casas.

Ante la pretensión de Ticio de que tales leyes no se aplican a su casa porque él la adquirió con anterioridad a su entrada en vigor y porque ello implicaría dar a la ley efecto retroactivo, cualquier jurista medianamente avezado respondería que tales leyes afectan a la casa de Ticio, ya que son leyes de orden público que se aplican *inmediatamente* a todas las relaciones existentes en el momento de su vigencia". SANCHEZ-COVISA HERNANDO, JOAQUIN, *La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, op. cit. p.191.

público, porque la protección otorgada al interés público tiene mayor alcance jurídico que la tutela concedida a los intereses privados. En efecto, el Interés Público es protegido no sólo mediante disposiciones legislativas, sino también a través de un gran número de medidas de carácter administrativo que integran una actividad permanente de los poderes públicos, dirigida a satisfacer necesidades colectivas.

En la evolución jurídica de nuestro tiempo el orden público va invadiendo progresivamente el terreno que antes estaba reservado a la autonomía de la voluntad, por lo que esta doctrina afirma la supremacía del Estado ante el individuo que aparece subordinado, y parcialmente desplazado el derecho privado por el público.

La mayor parte de las teorías sobre los derechos adquiridos y la retroactividad de la ley tienen su punto de partida en la ciencia jurídica del siglo XIX. Los efectos de los contratos se regulaban por la voluntad autónoma de las partes y las leyes de orden público eran, generalmente, leyes de excepción con una esfera de acción muy limitada. Mas, en la misma medida en que esa doctrina era lógica entonces, no lo es hoy, cuando el orden público ha invadido, al menos parcialmente, el campo de la contratación.<sup>152</sup>

Esta doctrina como quiera que se le llame, de derecho público, orden público o interés público se ha criticado en nombre del respeto a las situaciones jurídicas individuales.

---

<sup>152</sup> *Ibidem*, p.194 y sigs.

La postura de esta doctrina parte del principio en favor de la irretroactividad, en aquellas materias donde predomina la autonomía de la voluntad, así como el reconocimiento de que legislador puede expedir leyes retroactivas, respecto a las materias de interés público.

Planiol y Ripert también tratan este punto, señalan "que el principio que declara aplicables las leyes nuevas a todos los hechos posteriores a su promulgación rige, sin ninguna excepción ni reserva, todas clase de leyes de Derecho público o que tengan carácter político; ya se trate de la organización o del funcionamiento de los poderes públicos, de las atribuciones de los representantes de la autoridad y de los derechos políticos que los ciudadanos ejercen individualmente, es imposible admitir que las instituciones abolidas continúen funcionando bajo el imperio de una nueva ley; la forma política del estado y su mecanismo permanecen siempre a disposición del poder constituyente o legislativo, y los cambios que sobrevienen se imponen inmediatamente a los funcionarios y particulares. Tales leyes tienen por objeto constituir un régimen cuya condición necesaria es la *unidad y la indivisibilidad*".

"Por ello las leyes que determinan el procedimiento y la competencia se aplican a todos los juicios, a partir de su promulgación y aun a los que recaigan sobre hechos o actos de fecha anterior".<sup>153</sup>

Es lo que sostienen algunos autores, es decir, que frente a una ley de orden público no hay derechos definitivamente adquiridos, y que si una ley, por ejemplo, desgrava los cupones de los títulos de los empréstitos

153 PLANIOL Y RIPERT, *op. cit.* p.136

públicos de todo impuesto presente y futuro, otra ley puede gravarlos derogando la ley anterior. Admitido el principio general, como correlativo del interés mencionado, se permite al particular repetir del Estado lo que éste le cobra de más por la nueva ley.<sup>151</sup>

Esto significa que el Estado puede aplicar retroactivamente la ley haciendo valer el interés público.

Analizando esta cuestión, desde el punto de vista de la jurisprudencia Argentina emitida por la Corte Suprema Nacional, se ha reconocido que la prohibición de retroactividad sólo tiene lugar en lo que respecta a situaciones de derecho privado, pero no tiene lugar en relación a cuestiones de derecho público, como son las tributarias.

Sin embargo, al tiempo de admitir que las leyes tributarias pueden tener efecto retroactivo, trató de atemperar los efectos perjudiciales que esta posición podía tener en relación a los derechos adquiridos de los particulares. Dijo entonces la Corte que en materia tributaria existe un *derecho patrimonial garantizado por la Constitución*, cuando media un contrato o una convención especial en virtud de la cual ese derecho está incorporado al patrimonio del deudor, como en el caso de que el Estado mediante la intervención de sus funcionarios hubiere aceptado el pago de una obligación fiscal otorgando el correspondiente recibo.

Es decir, la posición que sostuvo el tribunal en numerosos casos, el pago de un tributo surte pleno efecto *extintivo* que no permite revivir la

<sup>154</sup> ARIUMADA, Guillermo, *Tratado de Finanzas Públicas*, op. cit. p. 293.

obligación, salvo que mediare ocultación o dolo por parte del contribuyente, en razón de originar una relación de naturaleza contractual entre fisco y contribuyente que determina el surgimiento de un derecho patrimonial garantizado por la Constitución Argentina.

Lo que significa, de acuerdo con la jurisprudencia, que la ley tributaria no puede ser aplicable retroactivamente cuando media un pago de por medio. El pago libera al contribuyente y le otorga un derecho adquirido imposible de ser modificado por una ley posterior.<sup>155</sup>

Esta doctrina, llamada "armónica" o "eclectica", no ofrece técnica alguna ni se dirige a acuñar el concepto de retroactividad; partiendo del reconocimiento de que el legislador puede hacer leyes retroactivas, existe en su base una actitud escéptica hacia esos problemas; en cada caso, se dice, el legislador deberá dejarse llevar por diversas consideraciones de oportunidad, de conveniencia o de justicia. La mayor o menor eficacia de la ley sobre el hecho anterior deberá depender de la finalidad que persigua, de la fuerza social que le empuje; los motores que determinan la fuerza retroactiva de una regla jurídica, señala De Castro, están en el contenido social y político de las disposiciones antigua y nueva, en la voluntad reformadora y restauradora que determine la finalidad de esta última.

La leyes del Derecho Administrativo tienden a regular las situaciones desde el momento de su publicación; quiere esto decir que el legislador podrá apartarse de ésta tónica cuando quiera, respetando cuantos

155 VILLEGAS B. Héctor, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1979, p.173.

derechos e intereses dignos de protección surgidos de la antigua ley que estime conveniente, pues ello, lejos de atentar al interés público, puede servir del modo más eficaz a ese interés dese el punto en que tal respeto lleva en sí mismo un beneficio al orden público. jurídico.

## VII. PLANTEAMIENTO DE KELSEN

Recordemos que Kelsen al escribir la "Teoría General del Derecho y del Estado", lo hizo en la Universidad de Berkeley, en los Estados Unidos, es por ello que dicha obra fue elaborada para los juristas del sistema jurídico anglosajón, mientras que su obra "Teoría Pura del Derecho" se dirige a los abogados en el derecho alemán.

Así en la Teoría General el problema de la retroactividad de las leyes Kelsen trata dentro del sistema jurídico anglosajón, este sistema prohíbe las leyes *ex post facto*, y "este término es interpretado como ley penal con fuerza retroactiva"<sup>156</sup>. Es decir que en el sistema del Common Law, el problema de la retroactividad de las leyes surge en el Derecho Penal, ya que lo importante es dar seguridad al sentenciado, es una seguridad penal, para evitar un Estado represivo y despótico. Un ejemplo de leyes *ex post facto* son los famosos juicios de Nuremberg<sup>157</sup>.

<sup>156</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y el Estado*, op. cit. p.51.

<sup>157</sup> En la responsabilidad penal dentro del Derecho Internacional Público, se analiza la responsabilidad internacional de una persona, esta responsabilidad es excepcional, pues como se sabe los sujetos de Derecho Internacional son los Estados. Pero el primer intento por hacer responsable a un individuo frente al Derecho Internacional, fue después de la Primera Guerra Mundial, cuando se trató de enjuiciar a Guillermo II de Alemania, el motivo de que no se le enjuiciara fue que Guillermo II pidió asilo a Holanda y este país negó la extradición solicitada.

En donde si va a haber un enjuiciamiento real es en los procesos de Nuremberg. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se firma la Convención de Londres en el año de 1945, signada por Estados Unidos, Francia e Inglaterra. Esta convención establece el Tribunal Militar Internacional para el castigo de los grandes criminales de guerra, sobre todo aquellos que fueran encontrados responsables bajo tres categorías. Delitos contra la paz, Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad.

"Las leyes retroactivas se consideran criticables e indeseables, porque hieren nuestro sentimiento de justicia al imponer una sanción, especialmente un castigo, a consecuencia de una acción u omisión relativamente a las cuales el individuo sancionado ignoraba que tendrían como consecuencia dicha sanción"<sup>158</sup>.

Kelsen acepta la posibilidad *fáctica* de que se den leyes retroactivas, y esto, sostiene, no está en discusión; señala, que lo que ciertamente discuten los doctrinarios o dogmáticos es el valor moral y político de dichas leyes. Es decir lo que se discute son juicios de valor.

Se afirma que las normas no pueden tener validez para el pasado, sino únicamente para el futuro<sup>159</sup>. Ello no es así, y para aseverar este criterio

Los procesos de Nuremberg de 1947 a 1949 funcionaron paralelamente a otro tribunal bajo las mismas condiciones, el Tribunal de Tokio.

Los crímenes por los cuales fueron enjuiciados los Alemanes van en contra del principio de Derecho Penal, que no se puede ser juzgado por normas a posteriori, *ex post facto*. No es únicamente este el problema que se advierte en estos juicios, desde un punto estrictamente jurídico tendríamos que decir que fue un procedimiento unilateral por parte del vencedor, por lo tanto parcial, pero este asunto lo tratamos de una manera tangencial porque pertenece a otra rama del Derecho.

Lo importante es destacar el porqué eran leyes a posteriori, si bien es cierto que en otras convenciones estos tipos de delitos ya estaban previstos, pero el problema es que eran los Estados, los que habían suscrito dichas convenciones, no eran individuos en su carácter de personas particulares y este es precisamente el punto más vulnerable de los procedimientos de Nuremberg, de acuerdo al aforismo "*Nullum poena sine lege, nullum crimen sine poena*". Por lo tanto en estos procesos se hace caso omiso a dicho principio, alegando la gravedad de los crímenes cometidos. Desde el punto de vista jurídico dichos tribunales adolecen de estos vicios, pero moralmente es otro el problema. El derecho es una técnica de organización social, la justicia es un valor moral subjetivo.

Existen otros ejemplos como el Tribunal Rosep, que tiene como precedente a los juicios de Nuremberg, pero en este no se enjuicia a una persona, sino al gobierno norteamericano por su Guerra en Vietnam, calificada como *Genocida*, era un tribunal sin status jurídico, pero con un status moral. GÓMEZ-ROBLEDO, VERDUZCO, Alfonso, *Apartes. Curso de Derecho Internacional Público*, enero, 1993.

158 KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op.cit. p.51

159 "Decir que una norma es válida para cierto tiempo equivale a afirmar que se refiere a la conducta humana que se realice durante ese tiempo", *Ibidem*, p.50.

muestra la distinción entre la validez y la eficacia de la representación de la norma.

"La representación de una norma, como hecho psíquico, puede llegar a ser eficaz sólo en el futuro"; es decir, es la interpretación de la norma, en el sentido de que el individuo le da lectura a la norma, asimila a ésta como algo que creó el hombre que debe cumplir; por lo tanto la eficacia de la representación de la norma, es pensar que se debe cumplir, por eso se dice que puede llegar a ser eficaz en el futuro. Tal representación debe preceder temporalmente a la conducta conforme a la norma, pues la causa tiene que ser temporalmente anterior al efecto.

"La norma puede referirse también a un comportamiento pasado. Pasado y futuro son relativos a ciertos momentos del tiempo. El momento de tiempo que tiene presente aquellos que afirman que una norma es válida para el futuro, es evidentemente el de su creación. Lo que quieren decir es que las normas no pueden referirse a acontecimientos ocurridos antes de ese momento. Pero este aserto no se justifica si consideramos que la validez de una norma es algo diverso de la eficacia de su representación. Lo que alguien quiso en el pasado podemos juzgarlo *estimativamente* de acuerdo con una norma que adquirió validez con posterioridad a ese hecho".<sup>160</sup>

Aplicamos normas morales válidas en nuestro tiempo a esos hechos, aun cuando las que prohíben los sacrificios humanos y la esclavitud haya

<sup>160</sup> "En un pasado remoto el sacrificio de seres humanos a la divinidad era un deber religioso, y la esclavitud se consideraba como institución jurídica. En la actualidad declaramos que esos sacrificios humanos eran crímenes y que la esclavitud, como institución jurídica era inmoral". *Ibidem*, p.51.

empezado a existir mucho tiempo después de los hechos que, de acuerdo con tales normas, juzgamos ahora como crímenes e inmorales. Una norma jurídica, una ley, por ejemplo, puede enlazar una sanción a hechos realizados antes de la creación de la misma.

Del párrafo anterior se desprende que Kelsen acepta que una norma sea válida para el pasado en relación al particular obligado.

Con relación a este planeamiento, afirma que se reconoce el principio *ignorantia juris neminem excusat*, la ignorancia del derecho a nadie sirve de excusa. Este principio puede ser interpretado en forma amplia y restringida. En sentido amplio significa, que la circunstancia de que un individuo ignore que el derecho atribuye una sanción a sus actos u omisiones, no es razón para que la sanción no le sea impuesta. En sentido restringido sería: la ignorancia del derecho no sirve de excusa si el individuo a quien era posible conocer la ley no la conocía.

Por lo tanto este principio es compatible con la repudiación de las leyes retroactivas. Pues en el caso de una ley retroactiva es realmente imposible conocer ésta en el momento en que se realiza el acto al cual la ley enlaza la sanción.

Generalmente se presupone que la ley vigente puede ser conocida por los individuos cuya conducta regula, es una *praesumptio juris et de jure*, es decir una presunción que no admite prueba en contrario. Las normas de un orden jurídico positivo pueden ser conocidas por los individuos sometidos a ese orden. Esto puede no ser la verdad; y esta presunción

resulta ficticia.

De lo anterior concluye que la posibilidad o imposibilidad del conocimiento de la ley, no hay diferencia entre una ley retroactiva y otra que no lo es, pero por circunstancias ajenas al individuo no las conoce.

## CAPITULO IV

## ISOLUCION PRACTICA AL PLANTEAMIENTO DE LA RETROACTIVIDAD

El Estado de derecho se ha preocupado en ofrecer soluciones para atemperar la retroactividad, por lo tanto, los sistemas jurídicos actuales han plasmado de alguna manera, distintas formas de resolver dicho problema.

Esta preocupación de proteger y de dar seguridad jurídica al gobernado no se ha producido de súbito, sino al contrario, ha sido un legado de la historia contemporánea, su origen lo encontramos - como ya se expuso anteriormente - en un movimiento extraordinario que marcó la historia del pensamiento del mundo, al darle un nuevo giro a las antiguas y obsoletas instituciones que reinaban en aquel tiempo, y que lo conocemos como "el Liberalismo". Esta corriente constituyó la principal tendencia del pensamiento político a lo largo de los siglos XVII y XVIII.

Desde nuestro punto de vista es difícil decir dónde nace primero el credo liberal, si en la economía, en la filosofía o en la política; sin embargo, no es menester de la presente tesis estudiar este tema prolijo. Lo importante, es resaltar la influencia que este movimiento ha tenido en el Derecho y más concretamente en la doctrina del derecho *intertemporal*.

En este marco histórico emana como postulado la siguiente frase: "la ley no tiene eficacia retroactiva". Al paso del tiempo se consagra como una máxima meramente doctrinal y no puede concebirse como una verdadera norma jurídica - esto se podrá apreciar más adelante-.

Es así, que se ha analizado - a nuestra consideración - las corrientes doctrinarias sobre la retroactividad de las leyes, que han influido de alguna u otra forma en los sistemas jurídicos contemporáneos.

Por lo tanto, corresponde en el presente capítulo analizar las doctrinas que ha recogido el sistema jurídico mexicano vigente, en su manifestación de ley escrita o criterio *jurisprudencial*.

## II. LEY FUNDAMENTAL

### CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Todo orden jurídico para que sea válido debe estar congruente con la norma fundamental, como lo señala Kelsen<sup>161</sup>.

Partiendo de la concepción que la Constitución es base donde descansa el orden jurídico, nuestro primer intento de consolidar la doctrina con la práctica, - se realizará de acuerdo con la exposición anterior - con la Constitución.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 129-131.

"El conjunto de preceptos que constituyen los primeros veintinueve artículos constitucionales, reciben el calificativo de derechos fundamentales, porque tienden a envolver al sujeto en ese cerco defensivo que, al mismo tiempo, significa la delimitación de los atributos de la autoridad".

"Estos derechos o garantías, tienen ya un sentido práctico, porque toman en cuenta situaciones *a posteriori*, esto es, derivadas de la experiencia. Cuando el artículo 14 constitucional expresa que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, realmente prevé un acontecimiento, supone que acontezca el hecho de emisión de la ley y, por ello, prohíbe la retroactividad".<sup>162</sup>

Es así que el constituyente de principios de siglo, estableció en su catálogo de garantías constitucionales, la garantía de irretroactividad de la ley, cuando está cause un perjuicio a persona alguna, así se prescribe en el artículo catorce, párrafo primero: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna."<sup>163</sup>

Se analizará esta garantía en la Constitución Política vigente y en la que le precedió. La redacción del artículo 14 de la Constitución de 1857 es muy diferente a la que apreciamos hoy en día en la Constitución de 1917.

---

<sup>162</sup> BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal Fiscal, El Régimen Federal Mexicano*, México, Antigua Librería Robredo, 1964, p.50-51

<sup>163</sup> "CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", Comentada, México, 1917.

Emilio Rabasa<sup>164</sup> en su estudio constitucional del artículo catorce, nos expone el antecedente de dicho artículo, siendo este el proyecto de Constitución presentado al Congreso de 1856, en este proyecto se redacta el artículo cuarto, que a la letra dice: "No se podrá expedir ninguna ley retroactiva, *ex post facto*, ó que altere la naturaleza de los contratos". Rabasa señala que el génesis de este artículo debe buscarse, en la Constitución americana, citando por este motivo el artículo 1, secc.9 y secc.10 correlativamente de la mencionada constitución: "No....*ex post facto* shall be passed..."; "No state shall....pass any....law impairing the obligations of contracts...".

Al analizar el artículo americano y el realizado por nuestros constituyentes, se observa, que los legisladores mexicanos incurrieron en la inútil repetición de un término - ley retroactiva, *ex post facto* -. En el segundo, cambiando la palabra obligación por naturaleza. Por este motivo que al exponerlo al debate, se modificó dicho artículo, ya que no hubo razón para ser reiterativo y no hace falta expresión de que ningún estado expedirá ley que altere la obligación de los contratos, puesto que toda ley que altere las obligaciones nacidas de los contratos, es necesariamente de efectos retroactivos y cae bajo la prescripción prohibitiva de la parte que subsiste del artículo del proyecto.

Rabasa en su examen del artículo 14 de la constitución de 1857 concluye resaltando dos aspectos: el primero de ellos se refiere a la discusión de este artículo en el Congreso Constituyente y el segundo es la apreciación práctica del *multitud* artículo.

164 RABASA, Emilio, *El artículo 14, Estudio Constitucional*, México, Tipografía de el Progreso Latino, 1906, p.1

De esta manera exponemos el primer aspecto: "Los constituyentes empeñaron debate contra el artículo 4º porque era redundante al prohibir la expedición de leyes retroactivas y *ex post facto*, y después de una discusión en que los autores del proyecto no tuvieron más que contradictores, dividido el artículo para someterse á votación, fue aprobado la parte primera: **No se podrá expedir ninguna ley retroactiva** y desechada la segunda *ex post facto*, porque no era más que una repetición en latín, de lo que ya estaba dicho en castellano. Y no obstante esto, ningún reparo hicieron al nuevo artículo 26, cuando se presentó diciendo: **Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho.**

Estableciendose de manera definitiva la redacción del artículo 14 de la siguiente forma: "No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él por el tribunal que previamente haya establecido la ley".

Esta prohibición, que sin duda reza con el Poder legislativo, no puede tener efecto práctico, ni ser en verdad una garantía, sino porque obliga á los tribunales á no aplicar la ley retroactiva que el Congreso dicte, ó porque su aplicación se remedia por el juicio de amparo.

Esta prohibición aunque dirigida al Legislativo, no liga menos al Poder judicial, y sería absurdo suponer que el juez que está obligado á no aplicar la ley retroactiva, pudiera considerarse autorizado para aplicar

retroactivamente las leyes que ni siquiera traen el pretexto de ser expedidas para obrar sobre actos anteriores á su expedición.

El artículo 14 al decir que no debe juzgarse sino por leyes dadas con anterioridad al hecho, dice, sin duda, una verdad; pero es una verdad ociosa; tan ociosa como la que habría consagrado si hubiese añadido que las tales leyes habían de estar debidamente promulgadas".<sup>165</sup>

El segundo aspecto que analiza se refiere a la aplicación práctica del artículo 14, afirma, que en los primeros tiempos del juicio de amparo, primeros también de la aplicación á casos prácticos de las garantías individuales, ni el foro ni los tribunales parecen tener idea del precepto que más tarde había de dar por sí solo tanto quehacer como todas las demás garantías. Los casos en que se apela al artículo 14 para la defensa individual, se refieren todos á retroactividad de las leyes,... Los litigantes, los acusados, que entonces como hoy habrían acudido al precepto contra sentencias adversas, no tuvieron siquiera la sospecha de que él autorizaba á los tribunales federales para intervenir en los negocios comunes, corrigiendo la aplicación de las leyes en los procesos.

Quando se inicia la aplicación del artículo en casos de este género, la interpretación se presenta en los más diversos sentidos, se entablan discusiones sobre opiniones enteramente contrarias, y cada cual forja la suya autorizado por las palabras de la ley, que no debe de ser obra consciente, cuando es tan ocasionada á inteligencias distintas. Los mismos legisladores andan en desconcierto, los que votaron el artículo

<sup>165</sup> RABASA, Emilio, *El artículo 14. Estudio Constitucional*, op. cit. 21-25.

sin más que oír su lectura, como quien juzga de la proposición más obvia.

De 1857 á 1861 no hay aplicaciones de las garantías individuales por el medio práctico del amparo, porque falta la ley orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución. La primera que se expidió, la de 30 de Noviembre de 61 no dio muchos frutos, principalmente por los tiempos azarosos que se siguieron hasta el triunfo de las armas de la República en 57, y nada podemos juzgar de la aplicación de aquella ley, embrión del juicio de amparo (aunque bien puede colegirse que fue muy escasa) porque de la primera época del Semanario Judicial de la Federación no se publicaron sino unas cuantas páginas correspondientes al año 68. Nada contienen estas que se refieren al precepto del artículo 14 relativo á exacta aplicación de las leyes.

La idea de que la buena aplicación de las leyes es garantía constitucional no viene todavía. La primera alusión a la manera de aplicar las leyes, se encuentra en la sentencia pronunciada en 6 de julio de 1872 por el Juez de Distrito de Jalisco, que en sus considerandos declara que una sala del Tribunal superior invadió la esfera de la autoridad federal haciendo á la vez una inexacta aplicación de las leyes. La Corte no hizo completamente punto preciso sobre aquel fundamento, aunque revocó el fallo. Pero la primera vez en que el precepto constitucional se presenta y discute franca y directamente, es en un caso de Tabasco, en que el quejoso se atiene sin rodeos á la necesidad de que la ley se aplique con exactitud. El Juez de Distrito deniega el amparo. La Corte al revisar el fallo concede el amparo. La

Corte entendió que no era posible, sobre las palabras del artículo 14 negarse á reconocer la necesidad de la aplicación exacta de la ley, y como consecuencia ineludible, fue fatalmente á los distinguos con que el mismo buen sentido ha querido remediar ó reducir los malos efectos de vicios que están en la médula del precepto constitucional.

En la sentencia que la Corte confirmó por sus propios fundamentos en ejecutoria de 5 de junio de 1874, decía que el artículo 14 no se infiere que cuando un juez haga mala aplicación de una ley por ignorancia ó mala interpretación que tenga por violada la garantía que aquél consagra, sino que sólo prescribe que la ley ha de ser dictada con anterioridad al hecho, y aplicada por el tribunal previamente establecido. De suerte que según el Juez de Distrito y la Corte que confirmó su resolución.

El año de 1876 se llenó con la revolución de Tuxtepec. Todo el orden constitucional, los tribunales de orden federal debieron de estar escasos de materia, y los espíritus faltos de serenidad para consagrar al estudio de los casos judiciales el tiempo que ocupaban los cuidados y preocupaciones de tan turbados días. Al terminar la revolución, el Lic. Don José María Lozano publicó su "Tratado de los Derechos del Hombre", en ella apareció por primera vez una interpretación al artículo 14 que había de correr mucha *ventura* y que se presentaba con fundamentos al parecer de gran resistencia: la que suponía al artículo sin más alcance que la materia penal. El Lic. Don Ignacio L. Vallarta, que ocupó después la presidencia de la Corte Suprema, adoptó la nueva interpretación de Lozano. Pero la mayoría de la Corte no llegó nunca á

la unanimidad; la nueva teoría tuvo al lado de Vallarta impugnadores irreducibles, y si los jueces de Distrito, en su mayor parte, la adoptaron sin reserva, alguno hubo que la desconocieron con habilidad.

No bien Vallarta abandonó la presidencia de la Corte, la prestigiosa interpretación, que había alcanzado su mayor desenvolvimiento y vigor, comenzó a ser desatendida; la amplia interpretación que se impone por la general expresión del precepto volvió á ganar terreno, y de tal suerte avanzó, que la nueva ley de amparo expedida en 1882 la aceptó expresamente, fijando en el artículo 57 el término en que debiera interponerse el recurso en los negocios judiciales civiles. Posteriormente el mandamiento de la ley orgánica prevaleció al fin, la interpretación de Lozano fue desterrada de los tribunales por completo, y el Código de Procedimientos Civiles de la Federación vino á darle el golpe de gracia, estableciendo las reglas á que se somete el amparo en asuntos del orden civil.

En 1882 la ley admite que el amparo procede en materia civil, y en 1896 se presenta la iniciativa de reformas de los artículos 14 y 20 de la Constitución, cuyo fin es limitar aquel sólo á la materia criminal; por último, el Código de Procedimientos federales acepta y reglamenta el recurso en los asuntos civiles con toda la amplitud necesaria como en punto que ni admite duda ni está amenazado de reformas.<sup>166</sup>

Este precepto se caracterizó desde su redacción e interpretación como el más rebelde á la armonía general. Rabasa, afirma que, "en el caso del

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 39-53.

artículo 14, las palabras son ajenas al legislador, ó más propiamente, cuando la expresión es híbrida, el camino trazado para la interpretación es no sólo inseguro, sino absolutamente incierto y ocasionado á extravíos."<sup>167</sup>

José María Lozano<sup>168</sup> advierte que el artículo 14 constitucional de 1857, consagra 4 garantías individuales: 1º la prohibición de toda ley retroactiva; 2º, que nadie pueda ser juzgado ni sentenciado sino por leyes anteriores al hecho; 3º, que esas leyes sean exactamente aplicadas; 4º, que la aplicación que se haga por el tribunal que previamente haya establecido la ley.

Únicamente se enfocará al análisis que realiza Lozano respecto a la primer garantía que consagra el artículo 14.

"Frecuentemente la ley se inspira en el pasado; pero establece su dominio para el porvenir. Los casos ocurridos antes de la ley pueden servir para fundar sus prescripciones; pero la ley se dicta no para decidirlos, sino para resolver los que en lo de adelante se presenten de la misma naturaleza que los que le han servido de motivo. De esta manera, la experiencia del pasado sirve para alumbrar el porvenir, y aprovechándola los pueblos, marcan en su legislación los pasos que han dado en el sendero progresivo de su perfeccionamiento. Los casos ocurridos a de ella no son de su competencia, sino e la del poder judicial; si esos casos pertenecen al orden civil, se han decidido ó debido

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>168</sup> LOZANO, José María, *Estudio del Derecho Constitucional Patrio, en lo relativo a los Derechos del Hombre*, Méxco, Porrúa, tercera edición facsímil, 1980, p.239

decidir, en falta de ley expresa, aplicando alguna por analogía conforme á los dictados de la razón natural; si los casos ocurridos antes de la ley pertenecen al orden ó materia criminal, también han debido decidirse, pero en una sola forma, *absolviendo al acusado*, porque cuando la ley no ha calificado y penado un hecho como delito, no es posible la imposición de pena alguna, mas que el hecho de que se trate aparezca con los caracteres con que la razón común de los hombres señala los delitos y los crímenes."<sup>169</sup>

Señala que la legislación tiene como principios fundamentales, el hecho de que las leyes solo son obligatorias y surten sus efectos, desde que son conocidas por medio de la promulgación, y por virtud de este se determina la no retroactividad de la ley.

Observamos que Lozano acoge la doctrina francesa e italiana, al indicar, que los derechos adquiridos y los hechos consumados antes de la promulgación de la ley, le son extraños y están fuera de su alcance y de su poder.

"Este principio de la no retroactividad de la ley, se ha considerado en todas épocas como la salvaguardia más poderosa de la vida, del honor y de la propiedad de los hombres. La retroactividad de la ley tiene estas dos condiciones: 1<sup>a</sup>, que la ley vuelva sobre el pasado y lo mude; 2<sup>a</sup>, que vuelva y lo mude en perjuicio de las personas que son objeto de sus disposiciones. Si, pues, la ley, aunque digiriendo una mirada

---

169 LOZANO, José María, *Estudio del Derecho Constitucional Patrio, en lo relativo a los Derechos del Hombre*, op. cit. p.243-244.

retrospectiva sobre lo pasado, lo muda en beneficio de las personas á quienes alcanzan sus preceptos, sin lastimar ú ofender los derechos de otras, aunque retroactiva de hecho, no lo es en el sentido en que estas instituciones sociales y la razón común de los hombres condenan las leyes retroactivas; en materia penal cuando una nueva ley quita á un hecho ú omisión el carácter de delito que otra ley anterior les daba, se pondrá en absoluta libertad á los acusados á quienes se éste juzgando, y aun á los condenados que se hallen cumpliendo ó vayan á cumplir sus condenas, y cesará de derecho todos los efectos que esta y los procesos debieran producir en adelante.<sup>170</sup>

La principal diferencia que se advierte entre el artículo 14 redactado en la Constitución Política de 1857 y el redactado por la de 1917, se basa, en que en aquél artículo la garantía de irretroactividad se establecía en contra del legislador. Así lo menciona Lozano: "La prescripción de nuestro artículo es general: ni en el orden civil ni en el criminal pueden expedirse leyes retroactivas. Esta prohibición de los derechos del hombre, se impone al legislador, que, como dice Mr. Portalis, representa en la sociedad la omnipotencia humana. El poder legislativo es, pues, en la sociedad el que mejor caracteriza la soberanía de un pueblo, su esfera de acción es extensa y le pertenece el porvenir, pero por la misma naturaleza de las cosas, lo pasado no corresponde á su imperio. El hombre que conforme á la ley existente ha adquirido un derecho, no puede perderlo en virtud de una ley posterior; el que en uso de su libertad natural ha hecho lo que la ley no le prohíbe, debe tener la

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 242-243.

seguridad de que otra posterior no vendrá a turbar su reposo, pidiéndole cuenta de su conducta".<sup>171</sup>

Esta garantía consiste en que no pueda expedirse una ley retroactiva; no en que no pueda aplicarse retroactivamente una ley que no tenga aquél carácter. Una ley que no esté en los casos de excepción es anticonstitucional y no podrá ejecutarse ó aplicarse por autoridad alguna. Además, por lo que respecta á los funcionarios del orden judicial, especialmente encargados de la aplicación de las leyes á los casos que ocurran, el art. 126 les impone el deber de no aplicar las que sean anticonstitucionales, porque en todo caso deben hacer prevalecer la constitución, las leyes que de ella emanen y los tratados que la República celebre con las naciones extranjeras, sobre las leyes del congreso general ó de los Estados que pugnen con ellas.

Si la ley no es retroactiva, tampoco podrá aplicarse retroactivamente, porque es un principio que no puede ponerse á discusión, que las leyes solo son obligatorias y producen sus efectos desde que se publican. Si, pues, la ley no retroactiva se aplica retroactivamente por la autoridad judicial, hay contra este acto atentatorio los recursos legales que las leyes suministran para corregir los errores, demasías y arbitrariedades de los jueces. La apelación, la súplica, el recurso de casación y la responsabilidad, son los medios de que puede valerse el litigante ofendido; pero el recurso de amparo es improcedente, porque la garantía individual que consagra nuestro art. 14 en su primera parte consiste en que no puedan expedirse leyes retroactivas, no en que no

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 243.

puedan aplicarse las leyes retroactivamente. La prohibición tratándose a la autoridad judicial no es necesaria esta precaución, porque contra su arbitrariedad á este respecto las leyes suministran abundantes y eficaces remedios.

Así como se observa la diferencia que existe entre la Constitución precedente con la vigente, se puntualiza que también hay semejanzas en el tratamiento de este principio, en el sentido que la Constitución de 1857 - al igual que la vigente - no impone la irretroactividad de la ley en forma absoluta, sino que tiene limitaciones.

Estas limitaciones al decir de Lozano, - son justas como naturales -. Este autor consigna bajo una fórmula general los casos de excepción, indicando que la garantía individual tiene como todas, por base y objeto los derechos del hombre: en consecuencia, siempre que la "ley retroactiva no ataque esos derechos, no está comprendida en la prohibición constitucional".

Nos da ejemplos de ello:

A) Cuando la nueva ley no hace más que restituir su vigor á otra que existía, ó restablece derecho que no han podido desconocerse sino con desprecio de una ley existente, debe creerse que aunque de hecho comprenda en sus prescripciones lo pasado, no es retroactiva en el sentido que da á esta palabra el artículo 14. Así las leyes 8 u 9 C. de *incestis nuptiis*, declararon nulos los matrimonios antes contraídos, con menosprecio de las leyes, entre cuñados y cuñadas.

B) El que no artificio y fraude burla y elude las palabras y el espíritu de la ley, merece bien que otra ley nueva reprima su malicia; de suerte que en los casos de fraude y dolosa evasión, es muy justo que las leyes den una mirada hacia atrás y se presten auxilio unas á otras para que el que armando aschanzas, trata de destruir las leyes presente, se contenga á lo menos con el temor de las futuras.

De lo anteriormente señalado, podemos decir, que el antecedente inmediato, al artículo 14 constitucional gozaba de una naturaleza jurídica diversa al que se postula hoy en día.

A primera vista se observa que el artículo consignado en la Constitución de 1857 dirigía totalmente sus efectos al legislador en materia penal.

La redacción del artículo 14 de la Constitución de 1917, nos da un panorama más amplio.

¿Cuál es el alcance de dicho precepto? La doctrina se ha dividido en dos corrientes, la primera señala que el mandato constitucional abarca tanto al legislador como al órgano de aplicación (judicial y administrativo); la segunda indica que dicha prohibición no va dirigida al legislador, sino que va con membrete especial a la autoridad judicial.

Flores Zavala<sup>172</sup> indica, "que la jurisprudencia se ha inclinado por el criterio de que la prohibición constitucional no se refiere al legislador,

sino al juez; es decir, el artículo 14 prohíbe que el encargado de aplicar la ley le dé efectos retroactivos, pero no que el legislador expida leyes retroactivas. Así la Suprema Corte refiriéndose a este precepto ha dicho:

"No impone, como el de la Constitución de 1857, una limitación al legislador, prohibiéndole expedir leyes retroactivas, sino que deja en libertad para expedir leyes de esta naturaleza cuando lo estime conveniente" (Tomo I págs. 857-873,88 *Prontuario* Tomo XII pág. 224)

"La recta interpretación del artículo 14 de la Constitución prohíbe dar a las leyes efecto retroactivo, en perjuicio de persona alguna, cuando las leyes por su naturaleza misma son retroactivas, los jueces no violan el principio constitucional citado al aplicarlas, pues carecen de facultades para juzgar de su constitucionalidad y cumplen con su obligación sentenciando conforme a ellas"(Tomo XXII, pág. 984, *Prontuario* Tomo XII pág.225)

Como puede observarse, la interpretación que comentamos ha dado lugar, como era lógico que sucediera, a que se admita que si la ley es en sí misma retroactiva, el juez debe cumplirla porque no existe en este caso una aplicación retroactiva de la ley, sino sólo una aplicación de ella. ¿Cómo entonces evitar la retroactividad si el legislador puede establecerla y juez limitarse a cumplir con la ley?

Creemos que este criterio es erróneo, una ley puede tener efectos retroactivos, o bien porque el legislador se los da al expedirla, o porque no siendo la ley retroactiva por sí misma, se los da el que la aplica. Si la Constitución prohíbe que a una ley se le dé efectos retroactivos, la prohibición se refiere tanto al que hace la ley como al que la aplica,

porque la regla es general y no hace distingo alguno. Las únicas leyes que pueden ser retroactivas son las constitucionales, cuando así expresamente lo establezca el constituyente porque quien pueda dar la regla puede dar también las excepciones de esa regla. Así lo ha reconocido la Suprema Corte cuando dijo:

"La jurisprudencia adoptada por la Corte, poco después promulgada la Constitución sobre que el artículo 14 de ésta, no reza con el legislador, sino que se dirige a los jueces y a las autoridades encargadas de aplicar las leyes o de su ejecución ha sido sustituida por la que la verdadera interpretación de ese artículo, es la que procede el amparo no sólo contra los actos de las autoridades que violen las garantías individuales, sino también contra las leyes que son *violatorias* de las mismas garantías, cuando tienen el carácter de aplicación inmediata y lesionan derechos adquiridos; pues las palabras del constituyente no pueden dar lugar a distingos que no están en el texto del artículo 14 citado, que previene, de una manera absoluta, que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo, sin atender a si dicho efecto nace de la aplicación de la ley por las autoridades, o a si la ley, por sí misma, produce dicho efecto, desde el momento de su promulgación, pues resultaría ilógico admitir que el amparo procede contra las leyes y negarlo cuando se demuestra que los preceptos de ésta, automáticamente vuelven sobre el pasado, lesionando derechos adquiridos" (Tomo XXVI, página 543. *Prontuario*, tomo, XII, pág. 226).

"El principio de la no retroactividad, significa que el legislador y el juez no pueden despojar a los individuos de los derechos que se llaman adquiridos; el primero por la expedición; y el segundo por la aplicación de una ley" (Tomo XXXII, página 443. *Prontuario*, pág. 237, tomo XII).

"El legislador constituyente, en uso de sus facultades amplísimas, pudo establecer casos de excepción al principio de no retroactividad y cuando así haya procedido, tales preceptos deberán aplicarse retroactivamente" (Tomo IX,

pág. 432 y demás ya citadas. Jurisprudencia.  
*Prontuario*, tomo XII, pág. 225)"

Lo principal es resaltar que el principio de la retroactividad se maneja como una garantía individual. Pero esta garantía individual no parte exclusivamente de la doctrina francesa de los "derechos adquiridos" o de la doctrina del interés público, es decir, no arranca desde el punto de vista del derecho privado o del derecho público, sino que es una mezcla de estas teorías, que se presenta en nuestra realidad jurídica como un amalgama, cuyo único interés es otorgarle una garantía individual al gobernado, lo que actualmente se conoce por la doctrina imperante como "derechos fundamentales".

Ahora bien, este derecho fundamental se traduce en el principio de seguridad jurídica.

El Diccionario Jurídico Mexicano define la seguridad jurídica como "la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente.

Esta seguridad jurídica puede entenderse desde dos puntos de vista, uno objetivo y otro subjetivo. Desde el punto de vista subjetivo, la seguridad equivale a la certeza moral que tiene el individuo de que sus bienes serán respetados; pero esta convicción no se produce si de hecho no existen en la vida social las condiciones requeridas para tal efecto: la organización judicial, el cuerpo de policía, leyes apropiadas, etcétera. Desde el punto de vista objetivo, la seguridad equivale a la existencia de

un orden social justo y eficaz cuyo cumplimiento está asegurado por la coacción pública".<sup>173</sup>

Gustav Radbruch señala que los principios axiológicos del Derecho, terminan por ser relativos, por este motivo y por la imposibilidad de *definir* el Derecho justo, se concluye en la necesidad de establecerlo por medio de un poder coactivo. Y esta va hacer la justificación del Derecho positivo, ya que para que el reclamo de la seguridad jurídica sólo puede ser satisfecho por la positividad del Derecho.

Es pues que Radbruch considera a la seguridad jurídica como un elemento del Derecho, entiende por seguridad jurídica, "no la *seguridad por medio del Derecho*, la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etcétera. - pues ésta implícita en el concepto de la adecuación a un fin -, sino la *seguridad del Derecho* mismo. La cual requiere a su vez, cuatro condiciones a saber:

1) que el Derecho sea positivo, que se halle *estatuído* en leyes;

2) que este Derecho estatuído sea, por su parte, un Derecho seguro, es decir, un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de la buena fe o el de las buenas costumbres.

---

<sup>173</sup> Diccionario Jurídico Mexicano Tomo P-Z, op. cit. p.2885.

3) que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean **practicables**; para ello no hay más remedio que aceptar, a veces, conscientemente, su tosquedad, como cuando, por ejemplo, se suplen los hechos verdaderamente buscarlos por ciertos síntomas exteriores, que es lo que se hace, v. gr., al supeditar la capacidad de obrar, no al grado de madurez interior del individuo, sino a un determinado límite de edad, que la ley fija por igual para todos;

4) finalmente, el Derecho positivo - si se quiere garantizar la seguridad jurídica - no debe hallarse expuesto a cambios demasiados frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que dé todo género de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley: los cheks and balances - frenos y contrapesos - de la teoría de la morosidad del aparato parlamentario son, desde este punto de vista, una garantía de la seguridad jurídica.

III. La seguridad jurídica reclama, pues, la vigencia del Derecho positivo. Pero la necesidad a que responde la seguridad jurídica pueden hacer también que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos y por muy paradójico que ello parezca, el desafuero cree Derecho.<sup>174</sup>

Por último Radbruch se refiere a la jurisprudencia inglesa citando a Benthám, señala que para este gran jurista, "entona un verdadero panegírico al postulado de la seguridad jurídica. Gracias a ella podemos, nos dice, prever el futuro y, por tanto, tomar nuestras disposiciones para

174 RADBRUCH Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho* Méjico, Breviarios, FCE, 1978, p.40-42.

con él; es la base sobre que descansan todos los planes, todo trabajo y todo ahorro; hace que la vida no sea simplemente una sucesión de instantes, sino una continuidad, y que la vida del individuo entre como un eslabón en la cadena de las generaciones; es la característica distintiva de la civilización, lo que distingue al hombre culto del salvaje, la paz de la guerra, al hombre de la bestia.<sup>175</sup>

Ignacio Burgoa apunta que la garantía de seguridad, es aquella certeza que tiene el gobernado que no se le afecte su esfera jurídica, sino mediante un acto de autoridad que cumpla con los principios o requisitos constitucionales, es decir, para que dicho acto de autoridad sea válido jurídicamente debe cumplir con la legalidad establecida por la Ley Superior o por las leyes secundarias que estén en concordancia con la anterior.

"La seguridad jurídica *in genere*, al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas por la Ley Fundamental, se manifiesta como la substancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos u observarlos. Esta *obligación estatal y autoritaria* es de *índole activa* en la generalidad de los casos tratándose de las diferentes garantías de seguridad jurídica, o sea, que el Estado y sus autoridades deben desempeñar, para cumplir dicha obligación, actos positivos, consistentes en realizar todos aquellos hechos que impliquen el cumplimiento de todos los requisitos,

condiciones, elementos o circunstancias exigidas para que la afectación que generen sea jurídicamente válida.<sup>176</sup>

Burgoa al referirse a la seguridad jurídica confunde este principio con el principio de legalidad de los actos del Estado.

Kelsen al tratar el tema de la justicia, llega a la conclusión que ésta es subjetiva, es decir, que la idea de justicia es un juicio subjetivo de valor y entiende que sólo en el sentido de legalidad puede el concepto de la justicia entrar en el ámbito de la ciencia jurídica, es decir, que "Justicia" significa legalidad; "justo" es que una regla general sea efectivamente aplicada en aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse. "Injusto" sería que la regla fuese aplicada en un caso y dejase de aplicarse en otro similar. Justicia, en el sentido de legalidad, es una cualidad que no se refiere al contenido del orden positivo, sino a su aplicación.

Ahora bien, cómo ha de interpretarse el principio constitucional de la irretroactividad de la ley.

Estamps de acuerdo con la opinión del maestro Flores Zavala, al indicar que la limitación constitucional va dirigida tanto al legislador como a las autoridades encargadas de aplicar la ley o a las que la ejecutan, pudiendo ser estas las autoridades administrativas o las judiciales.

---

<sup>176</sup> BURGOA, Ignacio *Las Garantías Individuales*, México, Porrúa, 1991, p. 498-499.

¿Cuál es el fundamento en que se basa para aseverar este criterio?

Como se expuso anteriormente el principio de irretroactividad, es relativo tal como lo consagra nuestra Constitución, porque este principio es un derecho fundamental que descansa en la seguridad jurídica, que comprende básicamente la legalidad de los actos emanados por el Estado en su investidura de autoridad.

Siempre se va mirar al gobernado con su ropaje que lo ciñe como derecho fundamental, y con base a éste se va aplicar la ley retroactivamente, es decir, si le causa un beneficio al *status* jurídico del gobernado, la ley debe tener efecto retroactivo, ya en sí misma u otorgada por la autoridad que la aplica.

Si bien es cierto, este principio gira alrededor de la materia penal, no es exclusiva de ésta, sino por el contrario, se hace extensiva para todas las áreas del Derecho.

Este derecho fundamental siempre va versar alrededor del gobernado. Balzac distingue los derechos humanos, en tres generaciones. Los derechos de la primera generación se consagran en el Bill of rights de la Constitución de Virginia de 1776. Los derechos de la segunda generación nacen con la Constitución de 1917 y la de Weimar, éstos se conocen como derechos sociales, cuyo objetivo es proteger a las clases oprimidas o *desprotegidas*, así surge la institucionalización de los

derechos de los trabajadores y los derechos agrarios. Los derechos de la tercera generación son los derechos colectivos que buscan conciliar el desarrollo tecnológico con la ecología, tratando de rescatar valores del ser humano.

¿Qué sucede cuando surge conflicto de interés entre el gobernado e intereses colectivo? Se ha de aseverar que el principio de irretroactividad gira alrededor del gobernado, - como se ha señalado anteriormente -, pero cuando existen intereses en juego, es decir, que la irretroactividad de la ley como protección del gobernado éste en pugna con el interés colectivo. Ante dicho problema el Estado debe optar por la retroactividad de la ley en favor a ese interés común.<sup>177</sup>

Es así que bajo éstas premisas se consagra el principio constitucional de la irretroactividad. En nuestro análisis *jurisprudencial* se observará, de qué manera a influido la doctrina en el derecho positivo.

### III. LEYES SECUNDARIAS

En este apartado se tratará únicamente las leyes que expide el Congreso de la Unión, sin sujetarse a las legislaturas Estatales; el motivo es meramente territorial. Los cuerpos legislativos a los que se ha de remitirse son el Código Civil, el Código Penal, y el Código Fiscal de la Federación. Respecto al Código Civil y al Penal se hará una simple

---

<sup>177</sup> Algunos autores señalan que el interés común está representado por el interés público u orden público. Véase la Doctrina de la normas de Derecho Público, *infra*.

referencia, exclusivamente, con el ánimo de mostrar la concordancia que existe entre la Ley Suprema y estas normas de carácter secundario.

#### A. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL

Se observa, el artículo 5º de nuestro Código Civil: "A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna". El artículo 5º del Código Civil reproduce el espíritu del párrafo primero del artículo 14 Constitucional. Siendo el Código Civil parte del sistema normativo vigente, su interpretación con otros ordenamientos es obvia principalmente con el texto constitucional; el propósito de este trabajo es el señalamiento de las concordancias que el Código tiene entre sí, por lo que deliberadamente se omitieron las referidas a otros cuerpos legales. Diversos artículos hacen expresa referencia a la retroactividad de efectos jurídicos. No se han concordado con el Artículo 5º por razones obvias. A título de ejemplo citamos los siguientes: 22, 797, 1360, 1940, 1841, 2171, 2205, 2206, 2235.<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, p.12

## B. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL

*Recuérdase* que en materia penal se permite la retroactividad de las leyes, siempre y cuando éstas ofrezcan un beneficio al sentenciado o al procesado.

El artículo 56 consagra la aplicación de la ley posterior favorable: "Cuando entra la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma".<sup>179</sup>

Como es de apreciarse este precepto se refiere al caso de atenuación de la sanción, quedando subsistente el delito. En nuestro derecho cabe la retroactividad de la ley cuando la nueva favorece al delincuente en relación a la derogada. La comparación de la ley nueva y la derogada se hace tomando en cuenta las penas principales y su naturaleza propia, no

---

<sup>179</sup> Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal Anotado. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Porrúa, 1990, p.203

las penas accesorias. Si el reo no solicitare la aplicación de la ley nueva, podría acusar una violación constitucional alegando que era en su perjuicio, por no acordar la nueva sanción una autoridad judicial y porque se pondría distinta sanción sin mediar juicio.<sup>180</sup>

En el artículo 57 se indica: "Cuando una ley quite a un hecho u omisión carácter de delito que otra ley anterior le daba, se pondrá en absoluta libertad a los acusados a quienes se esté juzgando, y a los condenados que se hallen cumpliendo o vayan a cumplir sus condenas, y cesarán de derecho a todos los efectos que éstas, y los procesos debieran producir en lo futuro."<sup>181</sup>

Este es el caso de abrogación de un delito mediante ley posterior. El Código Federal de Procedimientos Penales (art. 556) dispone en el caso del artículo comentado "cese cualquier efecto que la sentencia produzca", cuando el interesado se encuentre disfrutando de la condena condicional; y fija el procedimiento a seguir, en el caso.

Si se está en la situación de haber solicitado el Ministerio Público orden de aprehensión, procede desistir de la acción penal, previa autorización del Procurador. Lo mismo si la orden de aprehensión ha sido acordada o girada por el juez, pues, no habiendo ya delito que perseguir, procede la cesación del procedimiento. Igual solución tratándose de un procesado. Y cuando el caso fuere el de un sentenciado sólo cabe el indulto necesario.<sup>182</sup>

180 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *op. cit.* p. 203-204.

181 *Ibidem*, p.204.

182 *Ibidem*, p.205.

## C. CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION

Es importante resaltar en este cuerpo legislativo, el momento de *causación* de las contribuciones y el momento de la entrada en vigencia de las disposiciones fiscales.

El artículo 6º indica: "Las contribuciones se causan conforme se realizan las situaciones jurídicas o de hecho, previstas en las leyes fiscales vigentes durante el lapso en que ocurran".

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

Corresponde a los contribuyentes la determinación de las contribuciones a su cargo, salvo disposición expresa en contrario. Si las autoridades deben hacer la determinación, los contribuyentes les proporcionarán la información necesaria dentro de los quince días a la fecha de su causación.

Las contribuciones se pagan en la fecha o dentro del plazo señalado en las disposiciones respectivas. A falta de disposición expresa el pago deberá hacerse mediante declaración que se presentará ante las oficinas autorizadas, dentro del plazo que a continuación se indica:

I. Si la contribución se calcula por períodos establecidos en Ley y en los casos de retención o de recaudación de contribuciones, los contribuyentes, retenedores o las personas a quienes las leyes impongan la obligación de recaudarlas, las enterarán a más tardar el día 17 del mes del calendario inmediato posterior al de terminación del período de la retención o de la recaudación, respectivamente.

II. En cualquier otro caso, dentro de los cinco días siguientes al momento de la causación.<sup>183</sup>

El artículo 7º<sup>184</sup> señala el inicio de la vigencia de las disposiciones fiscales: "Las leyes fiscales, sus reglamentos y las disposiciones administrativas de carácter general, entrarán en vigor en toda la República el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, salvo que en ellas se establezca una fecha posterior".

En relación a estas disposiciones existen las normas de derecho transitorio, por estas últimas se entienden, las normas que regulan la eficacia de la nueva ley en el tiempo con respecto a las situaciones realizadas durante la vigencia de la ley derogada.<sup>185</sup>

Las normas de derecho transitorio también conocidas como normas de derecho *intertemporal*,<sup>186</sup> forman parte integrante del ordenamiento

<sup>183</sup> Código Fiscal de la Federación Prontuario Fiscal Correlacionado, ECASA, 1994, p. 1974-1976.

<sup>184</sup> Código Fiscal de la Federación Prontuario Fiscal Correlacionado, ECASA, 1994, p. 1077

<sup>185</sup> CARRETERO PÉREZ, Adolfo, *Derecho Financiero*, *op. cit.*, p.73

<sup>186</sup> El nombre de derecho *intertemporal* fue aportación de Fr. Alfóller, quien lo empezó a aplicar a fines de siglo pasado.

jurídico nacional. Estas normas gozan de la misma naturaleza de las normas materiales cuya aplicación vienen a señalar.

En este derecho intertemporal o derecho transitorio se ubica el aforismo *tempus regit actum*<sup>187</sup>, común para todos los ordenamientos jurídicos.

El legislador provee frecuentemente las llamadas disposiciones transitorias, que tienen por objeto establecer con respecto a las distintas relaciones los límites de aplicación de la nueva ley y de la antigua. Pero muchas veces no bastan aquéllas para proveer a todos los casos posibles, y, por otra parte, no pueden reducirse bajo un principio general y común que sirva de criterio para resolver los casos no previstos, porque son normas dictadas las más de las veces por razones de oportunidad, de equidad, o de prudente transacción entre la existencia del nuevo y del antiguo ordenamiento jurídico.<sup>188</sup>

Se ha de señalar, que los artículos transitorios que contiene el Código Fiscal de la Federación son de diferentes años; en nuestro caso solamente se transcribirán los artículos de mayor relevancia:

#### TRANSITORIOS 1983<sup>189</sup>

ART. PRIMERO. Este Código entrará en vigor en toda la República el día 1º de enero de 1983, excepción hecha del Título VI, del

<sup>187</sup> Significa que todos los hechos o actos jurídicos se regulan por la ley vigente en el momento en que se llevan a cabo.

<sup>188</sup> COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General de Derecho Civil*, op. cit., p.108.

<sup>189</sup> Del Código publicado en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1981.

Procedimiento Contencioso Administrativo, que iniciará su vigencia el 1º de abril de 1983.

ART. SEGUNDO. A partir de la entrada en vigor de este Código, se deroga el Código Fiscal de la Federación de fecha 30 de diciembre de 1966.

ART. TERCERO. Quedan sin efectos las disposiciones administrativas, resoluciones, consultas, interpretaciones, autorizaciones o permisos de carácter general o que se hubieran otorgado a título particular, que contravengan o se opongan a lo preceptuado en este Código.

#### TRANSITORIOS 1985<sup>190</sup>

ART. SEGUNDO Las disposiciones de los artículos 30 y 67 del Código Fiscal de la Federación, relativas al plazo de diez años para la conservación de documentación y la contabilidad, así como para la extinción de las facultades de las autoridades fiscales, no serán aplicables a los ejercicios que se iniciaron del 1o. de enero de 1985.

#### TRANSITORIOS 1988<sup>191</sup>

SEGUNDA Los procedimientos, trámites y recursos administrativos, así como los incidentes, recursos de reclamación y trámites en el juicio

---

190 De la Ley que Establece, Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1984.

191 Del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Disposiciones del Código Fiscal de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 5 de enero de 1988.

contencioso administrativo, que su hubieren iniciado antes de la vigencia de este Decreto, continuarán su sustanciación y se resolverán conforme a las disposiciones legales vigentes a la fecha en que se iniciaron.

Cuando antes de la vigencia de este Decreto haya comenzado a correr el plazo para la interposición de algún medio de defensa, éste se interpondrá, sustanciará y resolverá conforme a las disposiciones vigentes en la fecha en que dichos plazos se iniciaron.

TERCERA. En los juicios de trámite a la fecha de la vigencia de este Decreto, podrá interponer el recurso de revisión la unidad administrativa encargada de la defensa jurídica de la autoridad, que tenga reconocida la representación en el juicio correspondiente o que haya venido actuando en el mismo con dicha representación.

CUARTA. La Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación continuará el trámite y resolverá los recursos de revisión que las autoridades hubieren interpuesto con anterioridad a la vigencia de este Decreto.

Contra las resoluciones definitivas que dicte la Sala Superior en los recursos de revisión a que se refiere el párrafo anterior, procederá el recurso de revisión fiscal conforme a lo ordenado por el Código Fiscal de la Federación en las disposiciones que por virtud de este Decreto se reforman el que será resuelto por los Tribunales Colegiados de Circuito conforme al procedimiento previsto para la revisión en amparo directo.

QUINTA. La Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación continuará el trámite hasta la resolución definitiva de los recursos de queja interpuestos con anterioridad a la vigencia de este Decreto, concretándose al resolver, a decidir si son o no fundados los agravios, pero sin que la resolución forme jurisprudencia.

SEXTA. La representación de las autoridades, en todas las instancias del juicio se tendrá por acreditada, si habiéndose iniciado éste antes de la vigencia de este Decreto, al presentarse la contestación de la demanda, se satisfacen los requisitos que con anterioridad fueron exigidos para acreditarla.

En estos casos, si de conformidad con las disposiciones legales, surgiere otro representante con posterioridad, la sustitución se acreditará en el juicio por la autoridad.

OCTAVA. La jurisprudencia que haya establecido la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación antes de la fecha en que rija este Decreto, conservará su vigencia, pero podrá ser modificada en los casos y términos que señalan las leyes.

## TRANSITORIOS 1989<sup>192</sup>

ART. SEGUNDO. Para los efectos de los preceptos que se adicionan al Código Fiscal de la Federación, conforme a lo dispuesto por el artículo anterior, se estará a las siguientes disposiciones transitorias :

II. Quedan sin efecto las resoluciones administrativas a que se refiere el artículo 36 Bis del Código Fiscal de la Federación, dictadas con anterioridad a la vigencia de esta Ley, sin perjuicio de que los interesados sometan las circunstancias del caso a la autoridad fiscal competente para que dicte la resolución que proceda.

## TRANSITORIOS DE 1990<sup>193</sup>

ART. TERCERO. Durante el año de 1990, se aplicarán respecto del Código Fiscal de la Federación, las siguientes disposiciones:

II. A partir del 1o. de enero de 1990 quedan sin efecto las resoluciones administrativas de carácter individual o dirigidas a agrupaciones, que sean aplicables a ejercicios fiscales que inicien el primero de enero de 1990 o con fecha posterior, por lo que respecta a los efectos en los mencionados ejercicios.

---

192 De la Ley que Establece, Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1988.

193 De la Ley que Establece, Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 De diciembre de 1989.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable en materia de aportación de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos, así como tratándose de las autorizaciones relativas a prórrogas para el pago en parcialidades, aceptación de garantías del interés fiscal, las que obliga la Ley para la deducción en inversiones en acto fijo, y la de inicio de consolidación en el Impuesto sobre la Renta.

ART. CUARTO. Se dejan sin efectos todas las disposiciones dictadas por el Ejecutivo Federal en materia de estímulos fiscales, con excepción de las siguientes:

I. El Decreto por el que se establecen medidas que permitan impulsar la industria en la franja fronteriza norte y zonas libres del país así como en el municipio fronterizo de Cananea, Sonora, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de octubre de 1989.

II. El Decreto por el que se promueve el abasto eficiente de productos nacionales e importados en la franja fronteriza norte y zonas libres del país, así como el municipio fronterizo de Cananea, Sonora, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de octubre de 1989.

III. El Decreto que establece la devolución de impuestos de importación a los exportadores, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de abril de 1985.

Las solicitudes de estímulos pendientes de resolver, formuladas con base en las disposiciones que se dejan sin efectos, y que hubieran sido

presentadas antes del 1o. de enero de 1990, se tramitarán y resolverán conforme a los procedimientos previstos en dichas disposiciones.

Los contribuyentes a que se refiere el párrafo anterior, continuarán cumpliendo con las obligaciones que les establecieron las disposiciones que se dejan sin efectos, durante los plazos que las mismas señalan.

#### TRANSITORIOS 1992m

ART. SEGUNDO. Para efectos de lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación, se aplicarán las siguientes disposiciones transitorias:

VI. Para los efectos del tercer párrafo del artículo 30 y segundo párrafo del artículo 67 del Código Fiscal de la Federación, la obligación de mantener la contabilidad por 10 años y el plazo por el cual se extinguirán las facultades de determinación en relación al término por el cual se encuentran obligados a mantener su contabilidad, respectivamente, será en ambos casos de seis años en 1992; de siete años en 1993; de ocho años en 1994 y de nueve años en 1995.

#### TRANSITORIOS 1994-A<sup>194</sup>

SEGUNDO: La reforma al inciso (b) de la fracción I del Artículo 52 del Código Fiscal de la Federación, entrará en vigor el 1o. de enero de 1994.

---

<sup>194</sup> Del Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 22 de diciembre de 1993 y en vigor a partir del 1o. de enero de 1994.

## TRANSITORIOS 1994-B<sup>195</sup>

ART. PRIMERO-BIS. Lo dispuesto en el Artículo 14-A podrá aplicarse desde el 1o de enero de 1993, siempre que la fusión o la escisión de que se trate se haya realizado durante 1993 y se haya presentado el aviso respectivo.

A primera vista se advierte de la lectura de los artículos citados anteriormente, el legislador estableció en forma expresa (art. 6º parr.II) la retroactividad de las leyes de procedimiento, es decir, las leyes en materia adjetiva. También se observa en las disposiciones transitorias, una aplicación inmediata del Código Fiscal de la Federación, lo que significa, que surte sus efectos de manera instantánea dejando sin efectos a las resoluciones, disposiciones administrativas, consultas, interpretaciones, autorizaciones y permisos de carácter general que se hubieran otorgado a título particular que contravengan lo dispuesto por éste.

Los artículos transitorios decretados en 1988 se remiten a la materia de procedimiento, en éstos se establece que en los procedimientos, trámites, incidentes en el juicio contencioso administrativo, que se hayan iniciado antes de la entrada en vigor del Decreto, se seguirán substanciando conforme a las disposiciones vigentes a la fecha en que se iniciaron, es decir, a las anteriores a la publicación de este Decreto. De

195 Del Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales relacionadas con el comercio y las transacciones internacionales, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 1993 y en vigor a partir del 1o. de enero de 1994.

la misma forma trata los plazos para la interposición de algún medio de defensa.

Respecto a los juicios de revisión y los recursos de queja ante la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación que estén en trámite a la entrada en vigor de éste Decreto, se *susbsanciárán* y resolverán conforme a éste, esto significa, que en estos casos se aplica de forma inmediata dicho decreto.

De la Garza<sup>196</sup> afirma que el fundamento de la prohibición de la retroactividad de las leyes fiscales, se encuentra en el Artículo 14 Constitucional, dicha prohibición está dirigida no sólo al Poder Legislativo, para que no expida leyes retroactivas, sino también al Poder Ejecutivo para que no las aplique y queda excluido de esa prohibición únicamente el Poder Constituyente.

El maestro Flores Zavala señala que "el principio establecido en el primer párrafo del artículo 14 constitucional, se refiere a toda clase de normas, lo que sucede es que la tesis del derecho adquirido no es aplicable en materia tributaria, porque tanto ésta como las demás, salvo la de Roubier, se han formulado con vista principalmente a las relaciones de Derecho Privado; y están influidas por el principio de la autonomía de la voluntad y de su supremacía sobre la ley, que sirve de base en esta rama del derecho a los preceptos relativos a los efectos de los contratos.

---

196 DE I.A.GARZA, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, México, Porrúa, 1990, p.303.

En cambio, nuestra opinión es que la tesis de Roubier es aplicable a todo Derecho Administrativo, pero fundamentalmente al Derecho Tributario y podríamos reducirla al principio de que la ley nueva no debe afectar los hechos realizados antes de su vigencia. Está fórmula que es universalmente admitida, corresponde a aquella que había elaborado el Derecho Romano y el Canónico en los siguientes términos: *Leges et Constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta proeteria revocari.*

El desarrollo de este principio en materia tributaria, se puede hacer de la siguiente manera:

A. Las leyes impositivas sólo son aplicables a las situaciones que la misma ley señala, como hecho generador del crédito fiscal, que se realicen con posterioridad a su vigencia. Si una ley pretende aplicar el impuesto a una situación realizada con anterioridad, será una ley retroactiva.

B. La ley tributaria puede gravar los efectos no producidos de un acto o contrato, aun cuando éste se haya realizado o celebrado antes de su expedición, si el hecho generador del crédito fiscal consiste en esos efectos. Es decir, si el hecho generador es la realización de determinados efectos a ya producidos, de acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior, pero sí podrá aplicarse a los que se realicen con posterioridad.

C. Las modificaciones que se introduzcan a los elementos esenciales de un impuesto, cuota, base, deducciones, etc., sólo son aplicables a los hechos generadores realizados con posterioridad a la reforma, pero no a los anteriores. Cuando se realiza una situación que la ley señala como hecho generador del crédito fiscal, nace automáticamente el impuesto; es posible que falte su determinación en cantidad líquida, pero ya se ha causado; en consecuencia, si ya se causó el impuesto de acuerdo con las disposiciones vigentes en ese momento, cualquiera modificación que se pretenda hacer sobre los elementos esenciales, será retroactiva, porque afectará a un hecho ya realizado.

D. Aun en los casos en que las nuevas cuotas del impuesto sean más bajas que las anteriores, sólo serán aplicables a partir de su vigencia. No debe incurrirse en el error de considerar que aplicar la ley retroactivamente en estos casos, sería en beneficio del causante. En materia impositiva no deben buscarse beneficios aislados; aplicar la cuota más benigna retroactivamente, causa perjuicio a los que pagaron de acuerdo, con la ley anterior, porque quedaría en situación desventajosa, y sería, además una verdadera exención parcial de impuestos, rompiéndose los principios de generalidad y de uniformidad, es decir, de justicia en la imposición.

E. Las normas procesales para la determinación del crédito fiscal, para el ejercicio de la facultad económica-coactiva o para la fase contenciosa, de deben aplicar, desde luego, a los procedimientos en trámite, pero respetando las actuaciones ya realizadas.

F. Las leyes que modifican, aumentando o disminuyendo, los términos establecidos por una ley anterior para el ejercicio de un derecho, deben aplicarse desde luego. La oportunidad o *extemporaneidad* del ejercicio del derecho dependerá de lo que disponga la ley vigente cuando el derecho se ejercite. Así, por ejemplo, una ley concede un término de 15 días para la interposición de un recurso, y otra de 10. Si el recurso se interpuso el día 13º, pero dentro de la vigencia de la ley que señalaba 15 días, el recurso estará presentado en tiempo, pero si se presenta el día 13º dentro de la vigencia de la nueva ley, será extemporáneo. Sin embargo, creemos que la ley debe conceder un plazo de gracia para aquellos casos en los que al entrar en vigor la ley y en virtud de la reducción de los términos, ya se haya vencido el que esta ley otorga para el ejercicio de un derecho.

G. Existen casos en los que aparentemente se puede hablar de un derecho adquirido a una exención de impuestos, como cuando por concesión o por disposición legal se ha declarado exenta de un gravamen a determinada categoría de individuos. Pero el derecho adquirido es sólo aparente por las siguientes razones: en primer lugar, la exención es indebida porque es injusta y rompe el principio de generalidad de los impuestos, de manera que tiene un vicio de origen. En segundo lugar, admitir que al otorgar el ejecutivo o el legislador una exención, existe un derecho adquirido a no pagar impuestos, significaría reconocer que el Estado puede comprometer el ejercicio de su soberanía, lo que no puede hacer. En tercer lugar, sería tanto como reconocer que el acto de un órgano del Estado, ejecutivo, legislativo, puede vedar o coartar el ejercicio de las funciones constitucionales que

competen al legislativo, al impedir establecer nuevos impuestos sobre determinada fuente. Cuarto, daría lugar a que en determinado momento el Estado no pudiera cobrar impuesto alguno, si las legislaturas o ejecutivos anteriores habían concedido toda clase de exenciones. Por estas razones en materia tributaria no puede hablarse de derechos adquiridos frente a la actividad impositiva del Estado, sólo puede hablarse de derechos realizados. Este debe ser el límite de la actividad impositiva del Estado, porque gravar situaciones ya realizadas originaría una incertidumbre y desorganización económica."<sup>197</sup>

A este aspecto Giuliani Fonrouge en su obra intitulada "Derecho Financiero" señala, que "Las leyes financieras en general y las tributarias en especial, por su naturaleza y por la materia oscilante que afectan, no pueden ser estáticas. Como señala uno de los más sagaces y originales tratadistas norteamericanos, **la ley fiscal no es un contrato, inmutable como las leyes de los medos y persas**; más aún, puede afirmarse que su dinamismo, su frecuente variabilidad, constituye la regla, y es esto, posiblemente, lo que desconcierta y en ocasiones irrita a los cultores del derecho privado, habituados a la estabilidad de sus conceptos secularmente elaborados, con una fijeza si no absoluta, por lo menos muy superior a la que caracteriza todo lo vinculado con la actividad financiera.

Evidentemente las leyes de este tipo pueden ser retroactivas. No decimos que *deban* serlo, porque el efecto normal de éstas, como de las demás leyes, es que rijan para lo futuro; queremos significar que no

<sup>197</sup> FLORES ZAVALA, Ernesto, *Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas*, op. cit. p.169.

existe impedimento para que surtan sus efectos en el pasado. En ocasiones la retroactividad es necesaria para desbaratar maniobras de evasión fiscal, durante el período transcurrido entre el proyecto de modificación y la fecha de sanción, pero de esto no se sigue que sea un procedimiento recomendable en todos los casos: es cuestión de oportunidad y de discreción.

Creemos que, en general, la retroactividad es inconveniente y atenta contra las exigencias de seguridad y certeza del derecho, y bastarían consideraciones económicas y políticas para condenarla.<sup>198</sup>

Fourunge se adhiere a la doctrina de los "hechos cumplidos" y de la situación jurídica" de Roubier, porque señala que coinciden en lo sustancial y hacen posible que el legislador conserve su libertad de acción, sin menoscabo de situaciones individuales dignas de protección.

"Lo esencial para fijar el alcance de la nueva norma sancionada, es el estado consiguiente a la circunstancia de hecho (situación jurídica) considerada por la ley como determinante de la obligación financiera. Si tal situación ya está *constituída* o de ha *extinguido*, la nueva ley no puede alterarla, como tampoco en el supuesto de que sus efectos estén *consumados*. No se trata aquí de respetar un derecho adquirido sino, como dice Roubier, el hecho adquisitivo de un derecho.

---

<sup>198</sup> FONROUGE GIULIANI, Carlos M., *Derecho Financiero*, Vol. I, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1986, p.106-108.

No interesa fundamentalmente que exista determinación o pago de la obligación financiera, porque aquélla tiene mero efecto declarativo y no constitutivo y el pago es una formalidad que no prejuzga sobre su extinción. Desde luego que ambas circunstancias tienen relevancia, pero no son decisivas: la obligación se *constituye* por mandato de la ley y no por la declaración jurada o por la determinación (ya la formule el particular o la practique la administración); y se *extingue* por las causales que también la ley señale (que pueden ser el pago, el transcurso del tiempo u otra circunstancia). Una declaración presentada por quien no es contribuyente o una liquidación formulada prematuramente, no dan nacimiento a la obligación; el pago de lo no debido o menos de lo debido, tampoco la extingue.

No hay impedimento en que la nueva disposición se aplique a las situaciones realizadas con posterioridad al hecho generador de la obligación financiera. En otras palabras: la ley nueva puede aplicarse a las obligaciones en curso de formación que no estén definitivamente constituidas.

En cuanto a las exenciones. Claro está que el legislador puede suprimir mañana lo que otorgó hoy, pero a condición de tratarse de situaciones por venir; así, por ejemplo, una futura ley de impuesto a la renta puede suprimir la exención de que gozan las cooperativas o los beneficios de la propiedad intelectual, como la ley de sellos puede eliminar la exención para los contratos de prenda agraria: será una cuestión de política financiera que no afecta situaciones consumadas. Pero si el Estado emite un empréstito atribuyendo inmunidad tributaria a los intereses o si

consagra un beneficio por X número de años a los que construyan edificios, o a quien implante una nueva industria, no puede luego proceder de manera diferente, porque la situación jurídica quedó verificada o constituida definitivamente, y sus efectos *consumados* con la adquisición del título, erección del edificio e instalación de la planta industrial, respectivamente. En los supuestos examinados y sin necesidad de acudir a la teoría del derecho adquirido, puede coordinarse el interés colectivo con el individual"<sup>199</sup>

Giannini<sup>200</sup> señala que las leyes tributarias no se aplican sino hasta que estén bien entradas en vigor o perfectamente establecidas, pero también pueden aplicarse ya en su desenvolvimiento si una de las partes tenía un derecho subjetivo definitivamente adquirido.

La entrada en vigor de una nueva disposición que suprime o modifica un impuesto existente, no determina la cesación o la modificación de la deuda del impuesto sobre el imperio de la ley anterior, aunque todavía no haya sido determinada.

En el caso del derecho tributario penal se establece el principio de la retroactividad de la ley en favor del reo.

Al respecto Pérez Royo, asevera que el principio que rige en materia tributaria es el de la irretroactividad relativa y no absoluta, este criterio lo sostiene haciendo una precisiones: "En primer lugar, debemos

<sup>199</sup> FONROUGE GIULIANI, Carlos M., *Derecho Financiero*, op. cit. p.109.

<sup>200</sup> GIANNINI, A.D. *Istituzioni di Diritto Tributario*, Milano, Manuali Giuffrè, 1956, p.23-25.

recordar que la retroactividad supone siempre un menoscabo de la garantía de la seguridad jurídica y que, en consecuencia, incluso en aquellos casos en que el legislador decide pasar por encima de dicha garantía, ordenando la retroactividad de una determinada norma, ha de hacerlo, no de manera arbitraria, sino por imperativo de otros valores de justicia que en el caso concreto pasan por encima de la seguridad jurídica.

Segundo, una interesante línea de razonamiento en cuanto a los límites de la retroactividad en la regulación de los tributos es la que conecta estos límites con las exigencias del principio de capacidad económica. Según este razonamiento, desarrollado por el Tribunal Constitucional italiano y acogido por la doctrina también en nuestro país, la norma tributaria puede ser retroactiva, pero sin que esta retroactividad alcance un punto tal que conduzca al gravamen de una capacidad contributiva no actual, que ha dejado de operar. Como puede verse, nos encontramos ante una interesante forma de argumentación, que tiene el mérito de conectar la cuestión con un principio constitucional específico del ordenamiento tributario".<sup>201</sup>

#### IV. CRITERIO JURISPRUDENCIAL

Hasta este momento se ha centrado en el análisis doctrinario y en el análisis positivo del derecho legislado, sin embargo lo que nos interesa es el derecho diario que se consagra en las resoluciones administrativas o fiscales.

<sup>201</sup> PÉREZ ROYO, Fernando. *Derecho Financiero y Tributario*, op. cit., p.77-79.

Como todo ejercicio intelectual, que requiere partir del examen de los conceptos fundamentales, para cimentar cualquier construcción teórica o ideológica, en su caso. En este apartado por ser punto medular de la presente tesis, es menester para nosotros manejar como concepto fundamental el "precedente", porque va representar el instrumento de trabajo de nuestro análisis.

Comenzaremos por decir que el término jurídico "precedente" es más amplio que el de la sentencia, porque no cualquier juez que dicte sentencia o fallo, va sentar precedente.

La sentencia es el acto jurisdiccional por medio del cual el juez resuelve las cuestiones principales o incidentales, materia del juicio que hayan surgido durante el proceso.<sup>202</sup> Escriche explica que la palabra sentencia proviene del verbo latino *sentire*, concretamente de la palabra *sentiendo*, porque el juez declara lo que siente según lo que resulta del proceso, referida evidentemente a lo que siente y valora respecto a la demanda, las excepciones y las probanzas aportadas al juicio.<sup>203</sup>

La noción de precedente, por su parte, implica la idea de un antecedente sobre cierta materia, se trata de una resolución o un caso semejante, en si mismo es una sentencia. Si bien el precedente no constituye en sí obligatoriedad, tiene una autoridad muy respetable, la cual es aceptada por los tribunales, el juzgador al resolver analiza el

---

202 PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, 1970, p.721.

203 ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, p.1452

precedente, que por el hecho de no ser jurisprudencia no le *demérita* en su valor, pues es una opinión que debe ser aceptada por los órganos jurisdiccionales inferiores.<sup>204</sup>

Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, se hace patente, que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa. Al interpretar las leyes o los precedentes, lo jueces con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos. La decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara. En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica porqué algunos se resisten a calificar de "legislativa" a tal actividad judicial.<sup>205</sup>

---

204 "PRECEDENTE JURISPRUDENCIA. La circunstancia de que unas ejecutorias no constituyen jurisprudencia conforme a la ley, lo que obligaría a obedecer sus tesis no priva a las mismas de autoridad para que se les tenga como una opinión muy respetable que debe ser aceptada por los tribunales, tanto más se ajustan a la doctrina de los jurisconsultos" R. 8515-94:1-1º. Carlos B. Avila 5 de marzo de 1942, Unanimidad de cuatro votos, informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1942, Tercera Sala."

205 HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, *op. cit.*, p.252-253.

A los abogados formados en la tradición jurídica romano canónica, les es difícil (cada vez menos) aceptar el hecho de que los jueces *crean* derecho (no sólo lo aplican). Si embargo, los jueces al *interpretar* guían el significado de la ley en el caso particular que les ocupa, lo que les lleva a hacer el papel del legislador.<sup>206</sup>

Es interesante recordar que la palabra *interpretación* viene del latín *interpretatio*, en cuyo término la raíz *pret*, que volvemos a encontrar en *priest* o *prêtre*, recuerda la antigua y fuerte influencia de la voluntad sacerdotal en nuestra disciplina.<sup>207</sup>

En la actualidad se entiende por jurisprudencia el criterio uniforme manifestado reiteradamente en la aplicación del derecho por un tribunal superior o supremo y contenido en sus sentencias, vale decir que los juzgados de primer instancia no forman jurisprudencia, la jurisprudencia persigue obtener una interpretación uniforme del derecho.

En México sientan jurisprudencia cinco ejecutorias no ininterrumpidas en el mismo sentido aprobadas por lo menos por catorce ministros si es de Pleno y cuatro si es de Sala; también constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados. Así mismo sientan jurisprudencia los Tribunales

---

206 BLONDEL, Jean, *Introducción al Estudio Comparativo de los Gobiernos*, Madrid, Revista de Occidente, 1972, p.506.  
 TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Algunas Consideraciones sobre la Interpretación Jurídica (con especial a la interpretación constitucional)*, *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Julio de 1973, Año XV, Nº 31, Buenos Aires Argentina, p. 25-65; KURLAND, Philip H., *Curtis Regis: Some Comments on the Divine Right of Kings and Courts 'to say what the law is'*, *Arizona Law Review*, Vol. 23, Nº 2, 1981; GRANT, J. A. C., *La Legislación Judicial y la Jurisdicción de los Tribunales Federales: Un estudio comparado de los Estados Unidos, Argentina y México*, *Los Cambios Constitucionales*, México, UNAM, 1977, p. 19-21.

207 MARGADANT S., Guillermo F., *El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, México, Ed. Estíngue, 1983, p.55.

Colegiados de Circuito con cinco resoluciones no interrumpidas y con unanimidad del Tribunal, lo anterior desde el 15 de enero de 1988, fecha en que entra en vigor una importante reforma publicada el 10 de agosto de 1987. Estas son obligatorias para los respectivos tribunales inferiores.

En materia fiscal las tesis contenidas en las sentencias que dicten las salas regionales del Tribunal Fiscal de la Federación, constituyen precedente para la Sala que las haya sustentado, así como para las otras cuando hayan sido publicadas en la revista del tribunal. La tesis que sustente la Sala Superior en juicios con características especiales constituye precedente para el tribunal.

Constituye jurisprudencia la tesis sostenida por la Sala al resolver juicios con características especiales siempre que se sustente en tres resoluciones no interrumpidas por otra en contrario. También se sienta jurisprudencia la sentencia que resuelva una denuncia de contradicción entre precedente entre salas; la jurisprudencia sólo será válida si se apega a la del Poder Judicial Federal.

A continuación se cita los precedentes más importantes, que se han producido con motivo de la interpretación de la irretroactividad de la ley; en ellos se analiza la doctrina que ha influido en el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de la Constitución de 1917. Así mismo se estudia el criterio emitido en años próximos por el Tribunal Fiscal de la Federación.

QUINTA EPOCA 1917-1957

AÑO	TESIS SUSTENTADA	DOCTRINA REFERIDA EXPLÍCITA	RESUELTA POR	RESOLUCIÓN EN
1917	DICE QUE LA NO RETROACTIVIDAD ESTA DIRIGIDA AL JUEZ, Y AL LEGISLADOR ART. 14 CONSTITUCIONAL.	F. LAURENT		
1918	DERECHOS ADQUIRIDOS Y CREADOS, PERMITE RETROACTIVIDAD DE LEYES ADJETIVAS	PASQUAL FIORE	PLENO MAYORÍA NUEVE VOTOS	REVISIÓN CIVIL
1921	PRINCIPIO GENERAL DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO	PASQUAL FIORE	PLENO MAYORÍA OCHO VOTOS	REVISIÓN CIVIL
1931	LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO NO PRODUCEN EFECTOS RETROACTIVOS		SALA 1ª MAYORÍA CUATRO VOTOS	DIRECTO PENAL
1933	LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO NO PRODUCEN EFECTOS RETROACTIVOS		SEGUNDA SALA MAYORÍA TRES VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1934	EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO NO EXISTE RETROACTIVIDAD. LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS CONTRATOS DEBEN TOMAR EN CONSIDERACIÓN LAS LEYES DE FONDO	INTERÉS PARTICULAR, LIBERALISMO	TERCERA SALA MAYORÍA CUATRO VOTOS	REVISIÓN CIVIL
1921	PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA IRRETROACTIVIDAD RELATIVA. DEFINICIÓN DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY CON BASE A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.		PLENO MAYORÍA OCHO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1922	DEFINICIÓN DE LA RETROACTIVIDAD CON BASE A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, PERFECTOS E IMPERFECTOS. EN EL DERECHO PUBLICO NO HAY VICIO DE RETROACTIVIDAD POR EL INTERÉS GENERAL. EN DERECHO CONSTITUCIONAL NO ES APLICABLE EL PRINCIPIO DE NO RETROACTIVIDAD	FIORE, LAURENT	PLENO MAYORÍA SIETE VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1928	LA LEY ES RETROACTIVA CUANDO VUELVE AL PASADO, PARA CAMBIAR, MODIFICAR O SUPRIMIR DERECHOS ADQUIRIDOS QUE DERIVAN DE UN CONTRATO		PLENO MAYORÍA DE 10 VOTOS	DIRECTO CIVIL
1900	EN MATERIA DE LA NO RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES LA REALIDAD JURÍDICA NO CORRESPONDE CON LA REALIDAD MATERIAL. AL CELEBRARSE UN CONTRATO NACE UNA SITUACIÓN JURÍDICA CONCRETA	JULIEN BONNECASE	TERCERA SALA UNANIMIDAD DE CINCO VOTOS	DIRECTO CIVIL
1934	NINGUNA LEY PUEDE TENER APLICACIÓN RETROACTIVA, ESTA REGLA NO PUEDE TENER APLICACIÓN ALGUNA CUANDO EL PROPIO CONSTITUYENTE DETERMINA LO CONTRARIO		SEGUNDA SALA UNANIMIDAD DE CUATRO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA

1934	LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO, AUNQUE DE ORDEN PUBLICO, NO DEBEN APLICARSE RETROACTIVAMENTE, CUANDO LESIONAN DERECHOS ADQUIRIDOS.		TERCERA SALA UNANIMIDAD DE CUATRO VOTOS	REVISIÓN CIVIL
1936	NO HAY UNA TESIS GENERAL PARA SEÑALAR CUANDO HAY RETROACTIVIDAD, POR LO TANTO, SE DEBE VALORAR EL CASO CONCRETO		SEGUNDA SALA	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1937	LA APLICACIÓN RETROACTIVA NO VULNERA LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES CUANDO NO ARREBATA DERECHOS AL INTERESADO		SEGUNDA SALA UNANIMIDAD DE CUATRO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1941	PERMITE LA RETROACTIVIDAD CUANDO MODIFIQUE FAVORABLEMENTE LA CONDICIÓN CIVIL O LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS EN GENERAL, DEBE ACEPTARSE QUE LA LEY RIGE LOS CASOS POSTERIORES A SU PROMULGACIÓN; EN AQUELLOS CASOS EN QUE LA LEY NUEVA MODIFICA UNA SITUACIÓN EXISTENTE, SUS EFECTOS NO CONSISTEN EN DESTRUIR UNA SITUACIÓN ANTERIOR, SINO REGIR CON UNA NUEVA MODALIDAD		SEGUNDA SALA UNANIMIDAD DE CUATRO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1941	PUEDEN DARSE EFECTOS RETROACTIVOS A LA LEY, SI ESTA NO CAUSA PERJUICIO COMO SUCEDE FRECUENTEMENTE DE LEYES PROCESALES O DE CARÁCTER PENAL. EN MATERIA FISCAL Y ADVA. NO HAY UNA DOCTRINA ESPECIAL. LAS LEYES FISCALES SON DE INTERÉS PUBLICO PUEDEN RETROTRAERSE POR LA FACULTAD DEL ESTADO CAMBIAR LAS BASES DE LA CONTRIBUCIÓN Y LOS CONTRIBUYENTES NO PUEDEN ALEGAR QUE HAN ADQUIRIDO EL DERECHO DE PAGAR PARA SIEMPRE		SEGUNDA SALA CUATRO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1942	LOS CAUSANTES NO PUEDEN ALEGAR QUE HAN ADQUIRIDO EL DERECHO DE PAGAR PARA SIEMPRE LOS MISMOS IMPUESTOS, PERO SI RECLAMAR LA RETROACTIVIDAD CON BASE A SU CAPACIDAD CONTRIBUTIVA	MERLIN, JULIEN BONNECASE INTERÉS PUBLICO	SEGUNDA SALA UNANIMIDAD CINCO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1942	LA RETROACTIVIDAD ES CUANDO VUELVE SOBRE EL PASADO LA LEY PARA APPRECIAR LAS CONDICIONES DE LEGALIDAD DE UN ACTO O PARA MODIFICAR O SUPRIMIR LOS EFECTOS DE UN DERECHO YA REALIZADO	INTERÉS PUBLICO	SEGUNDA SALA UNANIMIDAD CINCO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1942	LA RETROACTIVIDAD ES CUANDO VUELVE SOBRE EL PASADO LA LEY PARA APPRECIAR LAS CONDICIONES DE LEGALIDAD DE UN ACTO O PARA MODIFICAR O SUPRIMIR LOS EFECTOS DE UN DERECHO YA REALIZADO	DERECHOS CONSUMADOS	TERCERA SALA UNANIMIDAD CUATRO VOTOS	DIRECTO CIVIL
1945	SOSTIENE LA TESIS DE LA SEGUNDA SALA, AÑO 1942		SEGUNDA SALA UNANIMIDAD CINCO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVO

1946	EL ART. 14 CONST. DEBE ENTENDERSE QUE LA PROHIBICIÓN SE REPIERE TANTO AL LEGISLADOR COMO A LA AUTORIDAD QUE LA APLICA		SEGUNDA SALA UNANIMIDAD CINCO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVO
1952	LA CORTE HACE SUYAS LAS TEORÍAS DE IRRETROACTIVIDAD	DERECHOS ADQUIRIDOS. SITUACIONES GENERALES DE DERECHO Y SITUACIONES CONCRETAS O ABSTRACTAS	SEGUNDA SALA CUATRO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVO
1953	EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RETROACTIVIDAD NO ES UN PRINCIPIO ABSOLUTO		SEGUNDA SALA UNANIMIDAD CUATRO VOTOS JURISPRUDENCIA 922	REVISIÓN ADMINISTRATIVO
TOMO CXVIII	LOS PARTICULARES NO PUEDEN ADQUIRIR DERECHOS QUE ESTÉN EN FUGA CON EL INTERÉS PÚBLICO, POR ENDE NO HAY RETROACTIVIDAD			
1956	LA APLICACIÓN RETROACTIVA SE DEBE APLICAR CUANDO ES EN BENEFICIO DEL PARTICULAR		SEGUNDA SALA UNANIMIDAD CINCO VOTOS	DIRECTO
1955	LA LEY SE APLICA RETROACTIVAMENTE EN BENEFICIO DEL PARTICULAR EN MATERIA PENAL Y ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE A LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS		SEGUNDA SALA UNANIMIDAD CUATRO VOTOS	REVISIÓN FISCAL
TOMO XCVI	EL DERECHO ADQUIRIDO SE PUEDE OBTENER DE UNA SITUACIÓN CREADA POR SENTENCIA DEFINITIVA	GINANNINI	SEGUNDA SALA	

SEXTA ÉPOCA 1957-1968

AÑO	TESIS SUSTENTADA	DOCTRINA REFERIDA EXPLÍCITA	RESUELTA POR	RESOLUCIÓN EN
1960	SE PERMITE LA RETROACTIVIDAD EN INFRACCIONES Y SANCIONES FISCALES, PERO NO EN MATERIA DE IMPUESTOS		SALA SEGUNDA UNANIMIDAD CINCO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1961	SE DA RETROACTIVIDAD SI UNA LEY RIGE DE MANERA ORIGINARIA UN DERECHO PREVIAMENTE ADQUIRIDO	DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS, BONNECASE	SALA SEGUNDA UNANIMIDAD CINCO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1961	CABE LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO CUANDO SE TRATE DE LA FORMA EN QUE SE EJERCE UN DERECHO ADQUIRIDO		SEGUNDA SALA	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1961	LOS PARTICULARES NO PUEDEN ADQUIRIR DERECHOS QUE ESTÉN EN PUGNA CON EL INTERÉS PÚBLICO		SALA SEGUNDA UNANIMIDAD CUATRO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1962	LAS AUTORIDADES NO SON SUJETOS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE NO RETROACTIVIDAD		SALA SEGUNDA UNANIMIDAD CUATRO VOTOS	REVISIÓN FISCAL
1962	HAY RETROACTIVIDAD SI SE CALIFICA UN ACTO CON ARREGLO A UN CRITERIO DIVERSO DEL QUE ESTABLECE LA NORMA QUE REGIA CUANDO SE REALIZO EL ACTO		SALA SEGUNDA UNANIMIDAD CINCO VOTOS	REVISIÓN FISCAL
1962	AL RETROTRAER LOS EFECTOS DE LA JURISPRUDENCIA NO SE VIOLA EL PRINCIPIO DE NO RETROACTIVIDAD, PUES LA JURISPRUDENCIA NO CONSTITUYE LEGISLACIÓN NUEVA, SINO SOLO ES LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DE LA LEY.		JURISPRUDENCIA 143	
1966	PARA QUE EXISTA RETROACTIVIDAD SE REQUIERE QUE EXISTA CONFLICTO ENTRE LA LEY APLICABLE Y LA APLICADA		SALA TERCERA UNANIMIDAD CINCO VOTOS	DIRECTO CIVIL
1967	LOS TRIBUNALES NO TIENEN LA OBLIGACIÓN DE APLICAR JURISPRUDENCIA EN DESUSO, ULTRATIVAMENTE		SALA SEGUNDA UNANIMIDAD CUATRO VOTOS	DIRECTO
1968	LA NORMA POSTERIOR NO PUEDE EJERCER EFECTOS RETROACTIVOS SOBRE SITUACIONES JURÍDICAS ESTABLECIDAS ANTES DE ESA VIGENCIA		SALA SEGUNDA UNANIMIDAD CINCO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1968	LA RETROACTIVIDAD EXISTE CUANDO UNA LEY PRETENDE REGIR SITUACIONES OCURRIDAS ANTES DE SU VIGENCIA		PLENO	REVISIÓN ADMINISTRATIVA

1968	LA CORTE HACE SUYAS LAS TEORÍAS DE RETROACTIVIDAD	DERECHOS ADQUIRIDOS, EXPECTATI VAS DE DERECHO, SITUACIONES GENERALES DE DERECHO Y SITUACIONES CONCRETAS O SITUACIONES ABSTRACTAS Y CONCRETAS	PLENO	REVISIÓN
1970	LAS LEYES FISCALES PUEDEN RETROTRAERSE POR SER DE INTERÉS PÚBLICO		PLENO UNANIMIDAD 17 VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRA TIVA
1975	EL PLENO CONOCE DE ----- RETROACTIVIDAD CUANDO ESTE VICIO DERIVA DE LA PROPIA LEY Y NO DE SU APLICACIÓN		PLENO MAYORÍA 14 VOTOS	REVISIÓN
TOMO LXXX	ES UN ERROR PENSAR QUE LA CIRCUNSTANCIA DE QUE UNA LEY OBTRE SOBRE EL PASADO NO ES CONTRARIO AL ART 14 CCNST SI NO EXISTE UNA LEY ANTERIOR A AQUELLA, AL AMPARO DE LA CUAL HAYAN SURCIDO DERECHOS		SALA SEGUNDA UNANIMIDAD CINCO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRA TIVA

SÉPTIMA ÉPOCA 1969-1987

AÑO	TESIS SUSTENTADA	DOCTRINA REFERIDA EXPLÍCITA PÚBLICO	RESUELTA POR	RESOLUCIÓN EN
1970	LAS LEYES FISCALES SON DE INTERÉS PÚBLICO, POR LO TANTO SE PERMITE LA RETROACTIVIDAD		PLENO UNANIMIDAD DE 17 VOTOS	REVISIÓN
1971	LA APLICACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN EN FORMA RETROACTIVA SE HACE EXCLUSIVAMENTE EN LOS CASOS QUE LA LEY MISMA LO ESTABLECE		SEGUNDA SALA UNANIMIDAD	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1972	LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS DE DERECHO, HA SIDO ACOGIDA EN TÉRMINOS GENERALES POR LA JURISPRUDENCIA MEXICANA PERO SE CONSIDERA LA TEORÍA DE BONNECASE COMO LA MEJOR. POR EXCEPCIÓN DEBE APLICARSE LA LEY AUN DESPUÉS DE HABER SIDO ABROGADA A FIN DE PRESERVAR LOS DERECHOS O SITUACIONES JURÍDICAS FAVORABLES A LOS INTERESADOS	BONNECASE, ROUBIER	SEGUNDA SALA CINCO VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1971	POR LA SOLICITUD DE CONCESIÓN NO SE ADQUIERE DERECHO ALGUNO PARA EXPLOTARLO, ESTO ES UNA SIMPLE EXPECTATIVA DE DERECHO	MERLIN	PLENO UNANIMIDAD 17 VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1971	EL CRITERIO DE ESTA SALA GENERALMENTE HA ATENDIDO A LA TEORÍA QUE CONTEMPLA A LOS INTERESES DE LAS PERSONAS COMO DERECHOS CREADOS Y COMO MERAS EXPECTATIVAS. CUANDO UNA LEY ACTÚA EN DETRIMENTO DE UN DERECHO SUBSTANCIAL O PROCESAL PLENAMENTE CONSTITUIDO.	SONNECASE	SALA TERCERA CINCO VOTOS	DIRECTO CIVIL
1975	EL PLENO DE LA SCJN ES COMPETENTE PARA CONOCER DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY, SI APARECE COMO CONCEPTO DE VIOLACIÓN, QUE ESTE VICIO DERIVA DE LA PROPIA LEY		PLENO MAYORÍA DE 14 VOTOS	REVISIÓN
1977	EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DEBE SER ENTENDIDO COMO UNA IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE APLICAR LA LEY NUEVA QUE PERJUDIQUE LOS INTERESES LEGÍTIMOS DE UNA PERSONA		MAYORÍA TRES VOTOS	DIRECTO PENAL
1977	EL TRASPASO DE UN SISTEMA JURÍDICO A OTRO NUEVO NO ES ILEGAL NI RETROACTIVO, SI CON EL MISMO NO SE HAN PERTURBADO DERECHOS O INTERESES DE PERSONAS		PLENO 13 VOTOS	REVISIÓN
1978	APLICACIÓN INMEDIATA DE LA LEY	ROUBIER	SEGUNDA SALA CINCO VOTOS	DIRECTO ADMINISTRATIVA

1980	PARA QUE PUEDA DECIRSE QUE SE DA EFECTO RETROACTIVO A UNA LEY, SE NECESITA QUE SE LESIONEN DERECHOS ADQUIRIDOS, QUE DEBEN PROBARSE SU EXISTENCIA	PLENO UNANIMIDAD DE 18 VOTOS	REVISIÓN
1981	SI EL DERECHO ADQUIRIDO SE PUEDE DEFINIR COMO EL ACTO REALIZADO QUE INTRODUCE UN BIEN; ESE DERECHO NO PUEDE AFECTARSE NI POR VOLUNTAD NI POR DISPOSICIÓN LEGAL,, POR EL CONTRARIO; LA EXPECTATIVA DE DERECHO ES UNA PRETENSÓN QUE SE REALICE UNA SITUACIÓN JURÍDICA CONCRETA.	PLENO 21 VOTOS	REVISIÓN
1981	LOS PROCEDIMIENTOS ESTÁN FORMADOS POR CATORCE SUCCESIVOS QUE DEBEN REGISTRARSE POR LAS DISPOSICIONES VIGENTES EN LA QUE TIENEN VERIFICATIVO, SIN QUE ELLO REPRESENTE RETROACTIVIDAD	SALA CINCO VOTOS	REVISIÓN
1985	ART. 14 CONST.. PARA QUE LA LEY SEA RETROACTIVA SE REQUIERE QUE OBRÉ SOBRE EL PASADO Y LESIONE DERECHOS ADQUIRIDOS BAJO EL IMPERIO DE UNA LEY ANTERIOR	PLENO MAYORÍA DE 13 VOTOS	REVISIÓN
1985	EL PLENO HACE SUYA LA TESIS DE LA SEGUNDA SALA, EN EL SENTIDO DE QUE SI BIEN LAS LEYES FISCALES, POR SER DE INTERÉS PÚBLICO PUEDEN RETROTRAERSE (TESIS SOSTENIDA EN QUINTA ÉPOCA	PLENO MAYORÍA DE 13 VOTOS	REVISIÓN

## OCTAVA ÉPOCA

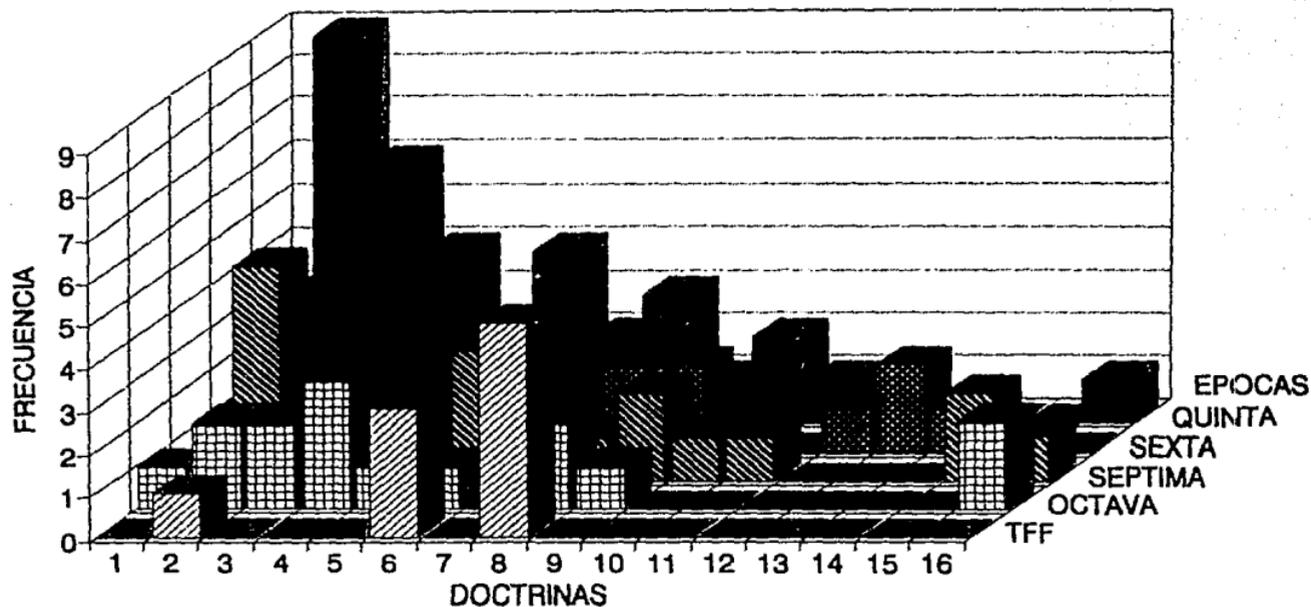
AÑO	TESIS SUSTENTADA	DOCTRINA REFERIDA EXPLÍCITA	RESUELTA POR	RESOLUCIÓN EN
1988	LOS RECARGOS FISCALES TIENEN EL CARÁCTER INDEMNIZATORIA PARA EL ERARIO POR LA FALTA OPORTUNA DEL PAGO DE LOS ACELIDOS Y SE ENCUENTRAN EN RELACIÓN DIRECTA CON EL INCUMPLIMIENTO DEL CAUSANTE POR LO TANTO LA LEY QUE SE APLICA CON ANTERIORIDAD A ESTE HECHO NO VIOLA LAS GARANTÍAS DE IRRETROACTIVIDAD, PORQUE SIN RETROTRAER SUS EFECTOS A LA FECHA DEL FINCAMIENTO DEL C.F. LOS REGULA A PARTIR DE SU VIGENCIA		PLENO	ADMINISTRATIVA
1989	SE PERMITE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY CUANDO BENEFICIA AL REO		PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO UNANIMIDAD DE VOTOS	DIRECTO PENAL
1990	LAS LEYES PROCESALES PUEDEN APLICARSE HACIA EL PASADO SIN QUE ELLO RESULTE VIOLATORIO DE LA GARANTÍA ESTABLECIDA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL, SALVO QUE SE AFECTEN DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL PROCEDIMIENTO.		SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO UNANIMIDAD DE VOTOS	REVISIÓN
1991	NADIE ADQUIERE EL DERECHO DEN TRIBUTAR EN DETERMINADAS CONDICIONES GENERALES PARA SIEMPRE, SINO QUE CADA EJERCICIO FISCAL SE RIGE POR LAS DISPOSICIONES VIGENTES EN EL AÑO QUE CORRESPONDA		PLENO	
1991	LA LEY DEL IMPUESTO AL ACTIVO DE LAS EMPRESAS NO OBRA HACIA EL PASADO AFECTANDO DERECHOS		PLENO	
1991	NADIE ADQUIERE EL DERECHO DE TRIBUTAR EN DETERMINADAS CONDICIONES GENERALES DE TRIBUTACIÓN PARA EL FUTURO. SE DEBE TRIBUTAR CON BASE NUEVA COMPLETAMENTE, LO QUE NO AFECTA SITUACIONES JURÍDICAS NACIDAS BAJO LA VIGENCIA DE UNA LEY ANTERIOR		PLENO UNANIMIDAD DE 17 VOTOS	REVISIÓN ADMINISTRATIVA
1991	LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO NO PUEDEN PRODUCIR EFECTOS RETROACTIVOS, DADO QUE LOS ACTOS DE ESA NATURALEZA SE RIGEN POR LAS DISPOSICIONES VIGENTES EN LA ÉPOCA QUE TUVIERON VERIFICATIVO		PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO, UNANIMIDAD DE VOTOS	DIRECTO

1990	<p>POR REGLA GENERAL ES NORMA LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PROCESALES Y POR LO MISMO INAPLICABLE A SITUACIONES CREADAS CON ANTERIORIDAD A SU VIGENCIA</p>	<p>SEGUNDO DIRECTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO UNANIMIDAD DE VOTOS SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DE QUINTO CIRCUITO</p>
1992	<p>TRATÁNDOSE SE PROCEDIMIENTOS POR ESTAR ESTOR BIEN CONSTITUIDOS POR ACTOS SUCESIVOS SE RIGEN POR DISPOSICIONES VIGENTES EN LA EPOCA QUE TIENEN VERIFICATIVO, POR LO TANTO NO PRODUCEN EFECTOS RETROACTIVOS LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO</p>	<p>SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DE QUINTO CIRCUITO</p>
1992	<p>CONFORME AL ART. 14 CONST. LOS BENEFICIOS QUE SE ESTABLECEN EN UNA LEY DEBEN APLICARSE AUN EN FORMA RETROACTIVA SIN EMBARGO TRATÁNDOSE EN DISPOSICIONES PROCESALES NO PUEDE EXISTIR RETROACTIVIDAD</p>	<p>SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO</p>

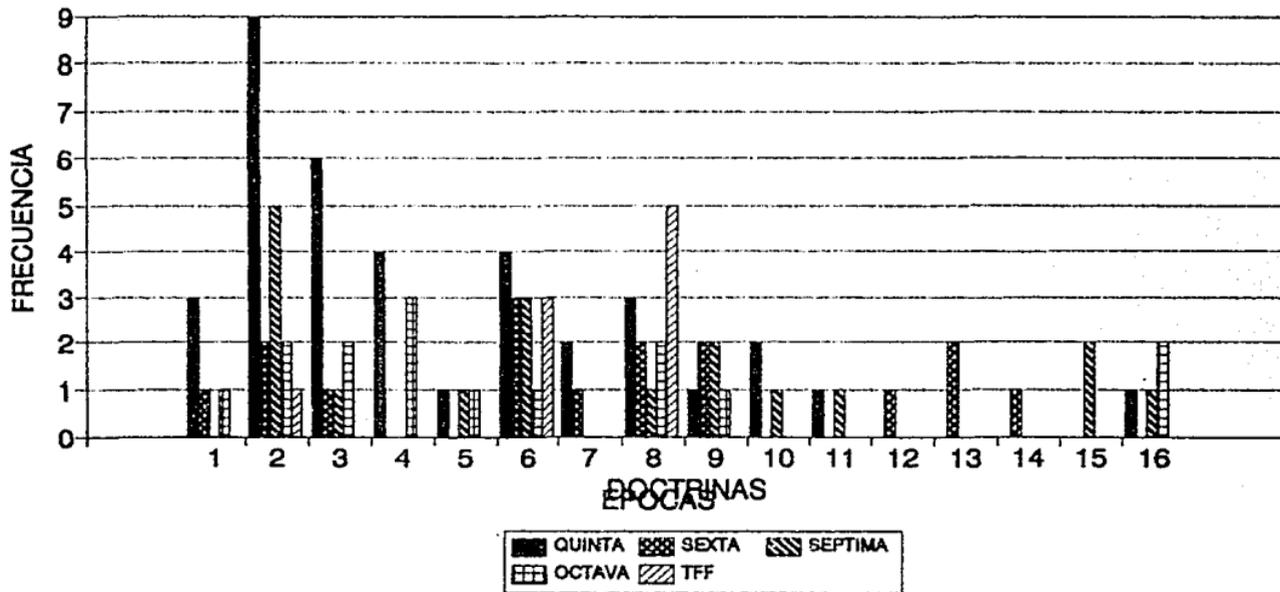
CRITERIO SUSTENTADO POR EL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN

AÑO	TESIS SUSTENTADA	DOCTRINA REFERIDA EXPLÍCITA	RESUELTA POR	RESOLUCIÓN EN
1959	SIENDO PRINCIPIO DE DERECHO EL QUE LAS LEYES SE CREAN PARA REGIR SITUACIONES FUTURAS, LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE UNA DISPOSICIÓN SE HACE EXCLUSIVAMENTE EN LOS CASOS QUE LA LEY LO ESTABLECE. SI LA LEY NO AUTORIZA A APLICAR RETROACTIVAMENTE LE LEY EN BENEFICIO DE UNA PERSONA, NO LO PUEDE HACER EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD		SALA SUPERIOR	JUICIO ATRAYENTE
1984	SE AUTORIZA LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE DEDUCCIONES		SALA SUPERIOR	REVISIÓN
1984	LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES NO ES UN PRINCIPIO ABSOLUTO		SALA SUPERIOR	REVISIÓN
1987	NO SE ADMITE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DEL C.F.F. CON MOTIVO DE LAS VISITAS DOMICILIARIAS		SALA SUPERIOR UNANIMIDAD DE 8 VOTOS	REVISIÓN
1990	EXISTE RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES FISCALES SI SE APLICA LA LEY A ESTÍMULOS FISCALES O BENEFICIOS		SALA SUPERIOR UNANIMIDAD DE OCHO VOTOS	JUICIO ATRAYENTE

# INFLUENCIA DOCTRINAL EN LOS PRECEDENTES DE LA S.C.J.N. Y DEL T.F.F.



## INFLUENCIA DOCTRINAL EN LOS PRECEDENTES DE LA S.C.J.N. Y DEL T.F.F.



## SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

TRIBUNAL FISCAL DE  
LA FEDERACION

## EPOCAS

	QUINTA	SEXTA	SEPTIMA	OCTAVA	
1 ALCANCE DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD	3	1	0	1	0
2 DERECHOS ADQUIRIDOS	8	2	3	2	1
3 NO RETROACTIVIDAD EN LEYES ADJETIVAS	6	1	1	2	0
4 SI RETROACTIVIDAD EN LEYES ADJETIVAS	4	0	0	3	0
5 INTERPRETACION ART. 14 CONST. DE ACUERDO A LA DOCTRINA DE DERECHOS ADQUIRIDOS	1	0	1	1	0
6 INTERPRETACION ART. 14 CONST. COMO GARANTIA INDIVIDUAL	4	3	3	1	3
7 NECESIDAD DE UNA TEORIA GENERAL DE RETROACTIVIDAD	2	1	0	0	0
8 INTERES PUBLICO	3	2	1	2	5
9 BONIFICACION	1	2	2	1	0
10 IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY CON FUNDAMENTO EN LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA	2	0	1	0	0
11 DERECHOS CONSUMADOS	1	0	1	0	0
12 SI A LA JURISPRUDENCIA RETROACTIVA	0	1	0	0	0
13 NO A LA JURISPRUDENCIA RETROACTIVA	0	2	0	0	0
14 DEFINICION DE RETROACTIVIDAD	0	1	0	0	0
15 RETROACTIVIDAD EN LA LEY MISMA	0	0	2	0	0
16 ROUBIER	1	0	1	2	0

A lo largo de todas las épocas las teorías a las que se han apegado la Corte y el Tribunal Fiscal han sido las de los derechos adquiridos, en la doctrina que postula que no existe retroactividad en las leyes adjetivas, interpretación del artículo 14 constitucional como garantía de seguridad jurídica, la teoría de Julien Bonnecase y la Teoría del Interés público.

Las teorías que más han sido citadas se contraponen, por un lado la de los Derechos Adquiridos que ha estado presente en todas las épocas de la Corte y con especial énfasis en la quinta época; por otro lado la teoría del interés público que ha sido sostenida principalmente por el Tribunal Fiscal. De lo anterior se puede concluir que el Tribunal Fiscal ha ejercido una función fiscalista mientras que la Corte ha sentenciado a favor del contribuyente.

Se puede observar también que los problemas que menos han preocupado a la Corte y al Tribunal Fiscal son si la jurisprudencia puede aplicarse retroactivamente, la definición de la retroactividad y la competencia para conocer de la retroactividad cuando se trata de la ley misma y no de su aplicación.

En la primera época que oscila entre los años de 1917 a 1757, se advierte una notoria influencia de la doctrina de los Derechos Adquiridos. En los años cuarentas abundan los Amparos interpuestos por compañías petroleras las cuales les afectaba la expropiación petrolera, está es la primera oportunidad que se tiene para aplicar en materia administrativa la doctrina *privatista* de los derechos adquiridos.

También se ve una notoria influencia de la manifestación de que las leyes adjetivas no producen efectos retroactivos, ya que su principal objetivo es la forma y no el fondo. Al lado de esta postura surgen las tesis *jurisprudenciales* que no aceptan la retroactividad de las leyes de procedimiento cuando vulneran derechos adquiridos.

Se expresa por primera vez en esta época la interpretación del artículo 14 constitucional como garantía individual en su primera parte.

Así mismo se tiene un incipiente efecto de las teorías de Paul Roubier, de Julien Bonnecase, de la irretroactividad de la ley como protección a la capacidad contributiva, de la inexistencia de una teoría general para resolver el problema de la retroactividad, de la interpretación del 14 constitucional con fundamento en los derechos adquiridos.

Esta época es muy importante para el desenvolvimiento de los criterios que van a ser sustentados en épocas venideras, porque va a representar el cimiento de éstos, es decir, para los ministros de la sexta, séptima y octava épocas su labor consistirá en revisar los primeros criterios sustentados en esta época; por lo que los primeros ministros realmente les toca realizar la tarea de investigar las doctrinas imperantes sobre la retroactividad, para luego ser aplicadas en la práctica jurídica por éstos.

En donde se va a observar un cambio de posición doctrinal va a ser en el Tribunal Fiscal de la Federación, porque éste se va a acoger a la Doctrina del Derecho Público.

## CONCLUSIONES

Del desarrollo de este trabajo se puede concluir:

Los estudiosos de este tópico se han de preguntar, el porqué iniciar un trabajo intelectual sobre la retroactividad de las leyes, con el estudio del procedimiento legislativo consagrado en el derecho constitucional mexicano vigente.

A lo largo de la investigación en nuestra lectura se ha percatado, que los trabajos realizados por críticos y estudiosos del derecho, no es común encontrar una explicación de la formación de las leyes, sino que se obvia este punto y se entra de lleno al estudio de la vigencia de la ley.

Por el contrario nuestro trabajo inicia manejando los conceptos de derecho vigente en su expresión de derecho legislado. Y se ha querido estudiar de una manera consciente y no accidental ni incidental, las etapas del procedimiento legislativo y la función que cada una de ellas tiene, ya que por virtud de éstas la ley adquiere su autoridad formal. Principio que nos sirve como criterio para resolver y no confundir el comienzo y fin de la vigencia de una ley.

Del capítulo primero es importante resaltar el procedimiento legislativo, por virtud del cual se le da la autoridad formal a la ley, es decir, que la autoridad formal de la ley se concreta al acto legislativo realizado por el

Poder Legislativo dentro de su competencia, dicho acto debe de cumplir con las formalidades establecidas para su formulación, para que la ley pueda adquirir validez.

Al estudiar dicho procedimiento se observo que generalmente se confunden los tres últimos actos; sanción, promulgación y publicación. Por nuestra parte si se mira al objetivo de cada acto no existe duda o lugar a confusión. La sanción es el acto por el cual el Presidente de la República autoriza el proyecto de ley por su contenido mismo. La promulgación es la certificación que hace el mismo presidente pero respecto a los requisitos de forma constitucionales en la creación de la ley. Este acto se materializa a través de un decreto promulgador. La publicación es el acto por el cual se le da inicio a la vigencia de una ley.

Del capítulo segundo lo importante a destacar son diversas cuestiones:

En primer lugar los momentos de iniciación y de cese de la vigencia de la ley. El sistema que se ha optado en aplicar en la práctica es el simultáneo, ya que cumple mejor con la garantía de igualdad jurídica y certidumbre. El cese formal de la ley no ofrece mayor problema, pues por su misma naturaleza queda bien establecido el fin de la ley; es en el cese material, sin embargo donde surge el problema de la retroactividad.

Después de situar los momentos de iniciación y terminación de la vigencia de la ley, se observa en segundo lugar el efecto que produce la iniciación de la vigencia normativa. De esto se concluye que los efectos de una ley son inmediatos y mediatos, es decir, una ley tiene efectos

inmediatos cuando su aplicación no depende de otro acto de autoridad, sino que estos se materializan con el simple hecho de la publicación de la ley en el Diario Oficial y que en esa misma fecha se indique el momento de la vigencia de la ley. Por el contrario para que una ley pueda producir sus efectos se requiere que se *materializen* mediante un acto posterior a la entrada en vigor de la misma.

Estos efectos serían los efectos normales de la aplicación de la ley, sin embargo se puede dar el caso de una aplicación retroactiva o *ultraactiva* de la misma; así tenemos en tercer lugar el estudio de la aplicación *fáctica* de la retroactividad de las leyes, que es revivir el pasado con una fuerza normativa actual.

En un cuarto lugar se estudia el concepto de la retroactividad desde un punto de vista abstracto.

En un quinto lugar después de haber estudiado la posibilidad *fáctica* de la retroactividad, se ha tomado de la dogmática jurídica los juicios de valor que sustentan al principio de la irretroactividad. A la conclusión que se puede llegar en este punto, es que el fundamento de la irretroactividad no puede sostenerse en una sola tesis, sino que debe encontrarse la misma ciencia jurídica, es decir, para nosotros es más aceptable hablar de una seguridad jurídica del gobernado, como un principio de legalidad del sistema jurídico. Lo que Kelsen o Hart llamarían justicia como legalidad.

Del tercer capítulo se desprende que el pensamiento liberal fue el que dio origen al postulado de los derechos adquiridos como protector de la libertad contractual.

Se ha advertido que no existe un concepto uniforme del derecho adquirido y esto mismo da lugar a confusiones.

De una primera definición se puede expresar que son los derechos privados que integran el patrimonio de un individuo. Una segunda definición nos indica que los derechos adquiridos son los realizados mediante actos de la voluntad humana. Una tercera definición entiende al derecho adquirido como el derecho perfecto, lo que significa que el acto idóneo haya quedado completamente integrado de acuerdo con la ley vigente. Una cuarta noción nos da la idea que el derecho adquirido se presenta bajo la forma de un derecho positivo, es decir de una facultad legal plenamente ejercida. En una quinta noción se asimila las situaciones jurídicas subjetivas con los derechos adquiridos.

Como se puede observar no hay un criterio que nos de la pauta para poder señalar o indicar qué es un derecho adquirido. Lo que si se puede inferir, es que esta doctrina es obsoleta porque se limitó al campo de los derechos privados, por lo que no se puede construir una teoría general de la irretroactividad de la ley.

Dicho postulado se encuentra rebasado por la realidad jurídica de los sistemas contemporáneos y para lo único que nos podría auxiliar sería señalarlo como marco histórico o de referencia.

La teoría de Bonnacase tomó como marco de referencia la doctrina clásica de la irretroactividad de la ley, es decir distinguir por una parte los derechos adquiridos y por otra las simples expectativas; esto con el fin de desarrollar su propio criterio, es así que llega a sustituir la expresión de derecho adquirido por la de situación jurídica concreta y la de simple expectativa por situación jurídica abstracta.

Señala que la situación jurídica abstracta es el supuesto o hipótesis jurídica contenida en la norma y la situación jurídica concreta es una realidad positiva.

Este criterio lo único que nos aporta es un cambio en las definiciones, por lo que no nos satisface.

La Teoría de los Derechos consumados o cumplidos sustentada por Marcel y Planiol se formula en torno a la siguiente regla, *Tempus regit actum*, esto significa que los actos o hechos jurídicos deben exclusivamente regirse por la ley en la cual se originaron, o en otras palabras, "el pasado debe regirse por las leyes antiguas".

Esta teoría establece excepciones al principio de irretroactividad, cuando se trata de leyes interpretativas, de leyes penales que favorecen al inculpaado y cuando el legislador lo establece.

Para nosotros esta fórmula desarrolla por Planiol y Ripert nos ofrece un panorama más amplio, porque no se concreta al derecho privado, lo que nos permite avanzar.

Por su parte Francesco Ferrara asevera que el principio de la irretroactividad de la ley es un postulado general en la ciencia jurídica, en cuanto domina en el derecho privado y público, sin embargo éste no es un límite legislativo, ya que el legislador no está vinculado con este principio, y esto tan poco significa que cuando dicte leyes retroactivas destruyan el pasado, considerando como no hecho lo que se realizó. Acepta la retroactividad de las leyes mientras que esta sea una medida de la política legislativa.

El citado autor se apoya de la fórmula de Planiol y Ripert, por lo que nuestro comentario al respecto es el mismo.

A nuestra consideración la doctrina más aceptable por objetiva, es la desarrollada por Roubier. Esta no parte de un concepto de derecho adquirido, inicia en cambio de un criterio objetivo que analiza los efectos de la propia ley.

Esta doctrina establece claramente la distinción entre el efecto inmediato y el efecto retroactivo de la ley. Así mismo distingue los *facta praeterita* y *facta pendentia*.

También señala otro elemento importante que se conoce como la *ultraactividad* de la ley, es decir, el principio de supervivencia de la ley

antigua y se aplica principalmente a los actos jurídicos. En materia de contratos se excluye el efecto inmediato y retroactivo de la ley.

A la conclusión que nos permite llegar esta teoría, es que la retroactividad de la ley esta directamente vinculada con los hechos consumados y el efecto inmediato está relacionado con los hechos pendientes.

También abre la posibilidad de procurar o preservar los actos emanados de la voluntad humana, otorgándole una vigencia material a la ley, es decir, que no se le de efecto retroactivo ni inmediato a la ley cuando se trate de contratos.

Hecha la distinción entre los efectos inmediatos y retroactivos de la ley, nos señala en que clase de leyes se permiten estos. Esto nos sirve para señalar la distinción entre leyes de carácter privado y de carácter público.

Esta teoría nos da una visión mucho más amplia, porque toca diversos puntos, que en las doctrinas citadas anteriormente contemplan únicamente un punto. Es por esto que se considera que dicha propuesta es la más aceptable.

La propuesta de Nicolás Coviello señala que la ley nueva no debe ser aplicable a los hechos pasados ni a las consecuencias de los hechos pasados.

Esta propuesta tiene la ventaja de ser fácilmente aplicable en la realidad judicial, ya que el juez siguiendo este postulado se ve obligado a no aplicar la ley a hechos pasados y a sus consecuencias.

Frente a estas teorías encontramos la doctrina del Derecho Público, o también llamada de interés público u de orden público.

Lo importante destacar de esta postura es que sus autores consideran a las normas de orden público en un nivel superior a las de orden privado, es decir, que se sitúan sobre las normas de orden privado, por lo tanto, debe prevalecer el principio de aplicación inmediata y retroactiva de la ley.

De las propuestas anteriormente citadas se infiere que una sola teoría no ha podido resolver satisfactoriamente el problema de la aplicación retroactiva de la ley, ya que siempre lleva implícito un problema de intereses el cual no se pueden poner de acuerdo, pues dichas teorías no tienen una visión global que unifique criterios entre los interés del gobernado y del gobierno.

Alejado de estas consideraciones basadas en juicios de valor hemos citado a Kelsen.

Lo importante de destacar de Kelsen es que acepta la posibilidad *fáctica* de que se aplique la ley retroactivamente y que siempre se ha discutido los juicios de valor realizados por los dogmáticos.

En el planteamiento de Kelsen se observa la distinción que hace entre la validez y la eficacia de la representación de la norma. Esta última significa la interpretación que hace un individuo de la norma establecida y que la asimila positivamente, es decir, que su conducta la realiza conforme a lo preceptuado en la norma.

Lo que se puede concluir de este planteamiento es que antes de realizar una conducta, el individuo debe llevar a cabo un ejercicio intelectual, en el cual asimile lo que la ley prescribe. Por lo tanto esta representación de la eficacia de la norma siempre va mirar hacia el futuro.

De la presentación del capítulo cuarto se infiere que el artículo catorce constitucional vigente, se consagra como un derecho fundamental protector de los gobernados, que se sustenta en la seguridad jurídica que puede ofrecer un sistema de derecho.

Es por lo tanto que no se impone el principio de la retroactividad de la ley en forma absoluta, sino que se representa en manera relativa. Es decir, el principio de retroactividad se traduce en una garantía individual, expresada en la seguridad jurídica.

Esta seguridad jurídica comprende la legalidad de los actos emanados por el Estado en su investidura de autoridad.

El alcance de este principio constitucional es amplio ya que se dirige tanto al legislador como a las autoridades que aplican la ley.

También se puede concluir que este principio en sus orígenes se postuló dentro de la corriente del Derecho Penal, actualmente recobra otro sentido, es decir, que se hace extensivo a todas las ramas del derecho.

El Código Fiscal de la Federación admite la retroactividad de las leyes de procedimientos, así como también se advierte que dicho código tiene una aplicación inmediata.

Se sostiene que la tesis de los derechos adquiridos no es aplicable en materia tributaria. Aunque pudiera confundirse los derechos adquiridos con las exenciones tributarias.

La tesis puede sustentarse en materia tributaria es la de Paul Robier, porque establece el principio que la ley nueva no debe afectar los hechos realizados antes de su vigencia.

El principio de la irretroactividad en materia tributaria se encuentra basado en la capacidad contributiva y en la seguridad jurídica del contribuyente.

En el último apartado de este capítulo que se refiere al criterio *jurisprudencial*.

Se observa que a lo largo de las distintas épocas las teorías a las que se han apegado la Corte y el Tribunal Fiscal han sido las de los derechos adquiridos, la doctrina que postula que no existe retroactividad en las leyes adjetivas, la interpretación del artículo 14 constitucional como

garantía de seguridad jurídica, la teoría de Julien Bonnecase y la teoría del Interés público.

Las teorías que más han sido citadas se contraponen, debido a que la teoría de los Derechos Adquiridos ha estado presente en todas las épocas de la Corte y con especial énfasis en la quinta época y por otro lado la teoría del interés público que ha sido sostenida principalmente por el Tribunal Fiscal.

De lo anterior se puede concluir que el Tribunal Fiscal ha ejercido una función *fiscalista* mientras que la Corte ha sentenciado a favor del contribuyente.

De lo expuesto se observa que las doctrinas que siguen influyendo en la interpretación de las leyes son las del siglo pasado, imbuidas en el individualismo, y que no ha habido una doctrina que las sustituya o mejore.

En materia fiscal se debe reforzar la doctrina que postula la capacidad contributiva, auxiliándose del principio de seguridad jurídica.

Las últimas consideraciones de la presente tesis se dedican a invitar a los administradores de la justicia hacer una reflexión más profunda y que ofrezca un aporte a la ciencia jurídica.

Porque en nuestro estudio de la doctrina, se observó que la doctrina más carente de un juicio objetivo, fue la teoría de los derechos

adquiridos y sin embargo, del rastreo judicial elaborado en la presente tesis, se advierte que ha sido la doctrina que mayormente ha tenido influencia en el criterio *jurisprudencial*.

Nosotros no negamos la posibilidad de que se aplique una ley retroactiva y hemos preferido apegarnos a la teoría de la irretroactividad relativa, basada en los derechos fundamentales.

## BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

AHUMADA, Guillermo, *Tratado de Finanzas Públicas*, Vol.I Argentina, ASSANDRI, 1948.

BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, I parte preliminar-parte general, Buenos Aires, E.J.E.A., 1967.

BERLIRI, Antonio, *Principios de Derecho Tributario*, Vol.I, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1964.

BONNECASE, Julien, *Introducción al Estudio del Derecho*, Vol I, Puebla, Cajica, 1944.

BLONDEL, Jean, *Introducción al Estudio Comparativo de los Gobiernos*, Madrid, Revista de Occidente, 1972

BRISEÑO, Humberto, *Derecho Procesal Fiscal, El Régimen Federal Mexicano*, México, Antigua Librería Robredo, 1964.

BRYCE, James, *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952.

BURDEAU, Georges, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1959.

BURGOA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1979.

----- *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1994.

----- *Las Garantías Individuales*, México, Porrúa, 1991.

CARDENAS, Francisco, *Introducción al Estudio del Derecho Fiscal*, México, Porrúa, 1992.

CARRETERO, PEREZ, *Derecho Financiero, Dudas y Certezas del Derecho*, España, Santillana, 1978.

COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, Trad. Felipe de J. Tena, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1938.

DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, I*, París, 1911.

DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, México, Porrúa, 1973.

----- *Derecho Financiero Mexicano*, Porrúa, México, 1990

DEL TORO, Luis, *Derecho Legislativo Mexicano*, México, Cámara de Diputados, XXVII, Legislatura del Congreso de la Unión, Primer edición, 1973.

DE VEGA, Pedro, *De la constitución y su defensa: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español en La Constitución y su Defensa*, México, UNAM, IJJ, 1984.

DOMINGUEZ, Virgilio, *La vacatio Legis en el Derecho Mexicano*, México, 1972.

DUGUIT, *La non rétroactivité des lois*, París, 1880.

----- *Traite, I et II*, París, 1890

FERRARA, Francesco *Trattato di Diritto Civile Italiano, Doctrina Generali*, Vol.I, Parte I., Roma, Athenaeum, 1921.

FERREIRO, José Juan, *Curso de Derecho Español*, Madrid, Marcial Pons Libreros Editor, 1989

FLORES ZAVALA, *Finanzas Públicas Mexicanas*, México, Porrúa, 1991.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1991.

GABBA, *La retroattività delle leggi*, vol. II, Italia, 1891.

GARCIA BELSUNCE, Horacio, *Temas de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.

GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo I, Madrid, Civitas, 1982.

GARCIA MARTINEZ, Asunción *El procedimiento legislativo*", Congreso de los Diputados, Madrid, Monografías 10.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1989.

GARCIA TRINIDAD, *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1986.

GARRIDO, FALLA *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, Vol. I, Madrid, Estudios de Derecho y Administración, 1982.

GIANNINI, A.D. *Istituzioni di Diritto Tributario*, Milano, Manuali Giuffré, 1956

GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, Vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Depalma.

HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, México, Editorial Nacional, 1980.

HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México, FCE, 1990.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Textos Universitarios, UNAM, 1988.

----- *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1991.

LOPEZ FREYLE, Isaac, *Principios de Derecho Tributario*, España, Ediciones Lerner, 1960.

LOPEZ MENUDO, Francisco, *El principio de Irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, Ediciones del Instituto García Oviedo, 1982.

LOZANO, Jose María, *Estudio del Derecho Constitucional Patrio, en lo relativo a los Derechos del Hombre*, México, Porrúa, 1980.

MARGADANT S., Guillermo F, *El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, México, Ed. Esfinge, 1983

MARGAIN, Emilio, *Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano*, México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1985.

MONTIEL Y DUARTE Isidro, *Tratado de las Leyes y su Aplicación*, México, José María Sandoval impresor, 1877.

NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Bogotá, Temis, 1991.

NAWIASKI, HANS, *Teoría General del Derecho*", Estudio General de Navarra, Madrid, Ediciones Rialp, 1962.

OCHOA CAMPOS, MOISES, *Caracterización del Derecho Legislativo*, "Derecho Legislativo Mexicano", México, Cámara de Diputados, XLVIII, 1973.

PEREZ DE AYALA, José L., GONZALES, Eusebio, *Curso de Derecho Tributario I* Madrid, EDERSA, 1975.

PEREZ ROYO, Fernando, *Derecho Financiero y Tributario Parte General*, Madrid, Editorial Civitas, 1991.

PLANIOL Marcel, RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, trad. CAJICA Jr. Puebla, CAJICA, 1981.

POINT MESTRES, Magin, *Estudios sobre temas Tributarios Actuales*, Vol.Tercero, España, Universitat de Barcelona, Publicacions, 1970.

QUERAT, Juan Martín, *Jurisprudencia Financiera y Tributaria del Tribunal Constitucional*, Tomo I, España, Civitas, 1983.

RABASA, Emilio, *El artículo 14, Estudio Constitucional*, México, Tipografía de el Progreso Latino, 1906.

RADBRUCH Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Breviarios, FCE, 1978.

ROUBIER, Paul, *Les Conflicts de Lois Dans le Temps* Tome Premier, Paris, Recueil Sirey, 1929.

RUGGERO, *Instituzioni di Diritto Privato*, Italia, Messina, 1937,

SÁNCHEZ COVISA HERNANDO, Joaquín, *La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*", Vol. XI, Caracas, Facultad de derecho, 1956.

SMITH, Adam, *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, Libro V, México, FCE, 1958.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Teoría General del Derecho*, México, Themis, 1992.

TENA RAMIREZ, Felipe, *Derecho constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1989.

VILLEGAS B. Héctor, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1979.

ZERTUCHE, Héctor, *La Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 1990.

## REVISTAS

ARNAIZ AMIGO, Aurora, El Refrendo Ministerial, *Revista Mexicana de Justicia* 89, México, enero-marzo número 1, vol. VII.

BARQUIN ALVAREZ, El control parlamentario sobre el ejecutivo desde una perspectiva comparativa, *Revista Mexicana de estudios parlamentarios*.

GONZALEZ COSIO, Arturo, Discusión, *Derecho Legislativo Mexicano*, México, Cámara de Diputados, XLVIII, 1973.

GRANT, J. A. C, La Legislación Judicial y la Jurisdicción de los Tribunales Federales: Un estudio comparado de los Estados Unidos, Argentina y México, *Los Cambios Constitucionales*, México, UNAM, 1977.

KURLAND, Philip B., Curia Regis: Some Comments on the Divine Right of Kings and Courts 'to say what the law is', *Arizona Law Review*, Vol. 23, N° 2, 1981.

SALAS ARMENDARIZ, La Revisión, *Derecho Legislativo Mexicano*, México, Cámara de Diputados, XLVIII, 1973.

SEPULVEDA César, La Promulgación, *Derecho Legislativo Mexicano*, México, Cámara de Diputados, XLVIII, 1973

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, Algunas Consideraciones sobre la Interpretación Jurídica (con especial a la interpretación constitucional), *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Buenos Aires Argentina, Jul-dic 1973, Año XV, N° 31.

VALADES Diego, Las relaciones de control entre el Legislativo y el Ejecutivo en México, *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas No. 1, primera época, Vol. I, enero-abril de 1991.

## DICCIONARIOS

COROMINA, Joan, PASCUAL, José A. *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico*, tomo A-CA Madrid, Gredos, 1980.

ESTRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* p. 1452.

*Diccionario de la Lengua Española*, tomo V, España, Real Academia Española, 1970.

*Diccionario Jurídico Mexicano*, TOMO I-O, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 1992.

-----, TOMO D-H.

-----, TOMO P-Z.

PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1970.

## LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Comentada, UNAM III, 1990.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, Concordado por Obregón Heredia, Jorge, México, Porrúa, 1988.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal Anotado por Carranca y Y Trujillo, Raúl, Carranca y Rivas, Raúl, México, Porrúa, 1990.

Código Fiscal de la Federación, México, Prontuario Fiscal Correlacionado, ECASA, 1994.

Código publicado en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1981.

Ley que Establece, Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1984.

Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Disposiciones del Código Fiscal de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 5 de enero de 1988.

Ley que Establece, Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1988.

Ley que Establece, Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 De diciembre de 1989.

Ley que Establece, Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 1991.

Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 22 de diciembre de 1993 y en vigor a partir del 1o. de enero de 1994.

Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales relacionadas con el comercio y las transacciones internacionales, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 1993 y en vigor a partir del 1o. de enero de 1994.

Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de diciembre de 1977

## JURISPRUDENCIA

Amparo en revisión 3546/52 José Mena Essef, 5 de diciembre de 1974, Unanimidad de 18 votos, Séptima época, vol. 4, primera parte, p.58.

Amparo en revisión 6731/68 Lechera Guadalajara, S.A., 6 de mayo de 195, Unanimidad de 19 votos, séptima época, vol, 38, primera parte, p. 27.

Precedentes Amparo en revisión 3838/63, Humberto Clemente Toledo y coags, 6 de abril de 1972. Unanimidad de 17 votos. Ponente Abel Guifrón, Sexta época: Volumen XLVI. Primera Parte. p.289. (2 asuntos)

Amparo en Revisión 7138/56. Precedentes: "La ciudad de México", F. Manuel Sucesores, S.A., 16 de agosto de 1960. Mayoría de 14 votos. Ponente: Octavio Mendoza González, sostienen la misma tesis.

Informe rendido a la Suprema corte de Justicia de la Nación por su Presidente, al finalizar el año 1988, Primera Parte, Pleno, Vol. II Jurisprudencia 21, p.p. 802-39 a la 802-40.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION 2º CD-ROM JUNIO 1992, Instancia: Pleno; Fuente: Apéndice 1985; Parte: I; Sección: Amp Leyes Fed; Tesis: 73; Página: 152

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION 2º CD-ROM JUNIO 1992, Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Época: 6A; Volumen: XXIX; Página: 192.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION 2º CD-ROM JUNIO 1992, Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación Época: 6A; Volumen XIV; página: 185.

Amparo en Revisión 8515-94-1-1ª. Carlos B. Avila 5 de marzo de 1942, Unanimidad de cuatro votos, informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1942, Tercera Sala.