

359
29-



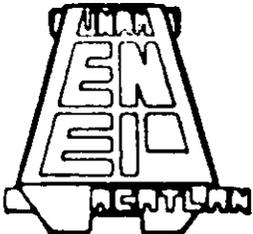
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

LA GARANTIA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY
EN MATERIA FISCAL FEDERAL EN MEXICO

TRABAJO RECEPCIONAL
QUE BAJO LA OPCION DE TITULACION DE
SEMINARIO - TALLER EXTRACURRICULAR,
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIGUEL ANGEL VIDAL FRANCO

ASESOR: LIC. ROBERTO ROSALES BARRIENTOS.



ACATLAN, EDO. DE MEXICO.

1998.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

258248



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

Dedico este trabajo...

...a mis padres, el Sr. Catarino Vidal y la Sra. Consuelo Franco, porque es tiempo de responder el honroso compromiso que nació de sus sacrificios y devoción por dar a un hijo la bravura y la nobleza que forjaron un hombre que ofrecerá sólo gloria a su linaje.

...a Liliana, a quien debo tanta inspiración, y tanta fuerza en mi interior y de quien aprendí que la virtud del amor no únicamente es el fastuoso encanto del presente, sino la mixtura entre éste y el venturoso fruto perenne de lo que con él se construye.

Agradezco...

...a Dios, por dejarme existir de esta forma y permitirme vivir con entusiasmo esta angustia.

...a la Universidad Nacional Autónoma de México, y a la Escuela Nacional de Estudios Profesionales "Acatlán", porque al concederme un espacio en sus recintos han formado a alguien que ha aprehendido a honrarlos y luchar por sus mismos principios.

...al Lic. Roberto Rosales Barrientos, quien cedió su experiencia, sus criterios y su valioso tiempo para dirigir este trabajo, salvándolo de manos inexpertas.

...a los Lics. Ma. Eugenia Peredo García Villalobos, Emir Sánchez Zurita, Eduardo Becerril Vega y al Dr. Gabino E. Castrejón García, con mi mayor respeto, quienes permitieron traslucir su invaluable experiencia y su riqueza de juicio al aportarla a este trabajo.

...a mis hermanas, Diana y Norma, quienes me regalaron preciadas lecciones que han sido parte de lo que me ha llevado a ser lo que ahora soy.

...a mis amigos, Artemio, Alejandro, Ofelia y Carmen, que estuvieron ahí siempre, compartieron los esfuerzos y no cuestionaron.

*Estoy ante mi más alta cima
y mi más larga caminata;
por eso primero tengo que bajar
más de lo que nunca he bajado:
más adentro del dolor de lo que nunca he bajado,
¡Hasta sus más negras negruras!
¡Así me lo ordena mi destino!
¡Muy bien! Estoy preparado.*

*En un tiempo pregunté:
¿De dónde vienen las más altas cimas?
Entonces, aprendí que vienen del fondo del mar.*

*En su roca y en los peñascos de sus picos
está escrito este testimonio:
Desde las profundidades más hondas,
debe lo más alto ascender a su altura.*

(Zaratustra)
NIETZSCHE

LA GARANTIA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY EN MATERIA FISCAL FEDERAL EN MEXICO

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	I
PRIMERA PARTE	
NOCIONES GENERALES DE ESTADO, DERECHO FISCAL Y GARANTIA INDIVIDUAL	
1. El Estado. Concepto	1
2. Los Fines del Estado	14
3. Las Funciones del Estado	17
4. La Actividad Financiera del Estado y el Derecho Financiero	42
5. El Derecho Fiscal. Concepto	45
6. Las Facultades de la Autoridad Fiscal	47
7. La Garantía Individual. Concepto	49
8. Naturaleza de la Garantía Individual	53
9. Clasificación de las Garantías Individuales	57
10. La Idea sobre la Seguridad Jurídica	58

SEGUNDA PARTE

TEORIAS EN MATERIA DE IRRETROACTIVIDAD

DE LAS LEYES

1.	Elementos Teóricos Fundamentales	62
2.	Teoría Clásica	65
3.	Teoría de Paul Roubier	72
4.	Teoría de Savigny	80
5.	Teoría de Aubry y Rau	80
6.	Teoría de Bonnacase	82
7.	Teoría de Capitant	86
8.	Teoría de Laurent	87
9.	Teoría de Coviello	88
10.	Teoría de Duguit	89
11.	Opinión de Ignacio Burgóa	89
12.	Teoría de la Capacidad Contributiva	92
13.	Los Criterios Fundamentales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	93

TERCERA PARTE

MARCO CONCEPTUAL DE LA GARANTIA DE

IRRETROACTIVIDAD APLICADO A LA

MATERIA FISCAL FEDERAL

1.	La Retroactividad	101
2.	La Irretroactividad	105
3.	Antecedentes Nacionales de la Garantía de Irretroactividad de la Ley	106

4.	Examen del Principio a partir de su Redacción	107
5.	Inicio de vigencia de las Leyes Fiscales	109
6.	Momento de Causación y Determinación de Contribuciones	112
7.	La Retroactividad Justa	114
8.	La Retroactividad Injusta	118

CUARTA PARTE

ESTUDIO DE LA APLICACION DE LA GARANTIA

DE IRRETROACTIVIDAD EN MATERIA FISCAL FEDERAL

1.	La Competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Fiscal de la Federación para resolver en Materia de Retroactividad	120
2.	La Aplicación Retroactiva de las Leyes y su justificación	124
3.	La Inexistencia de Retroactividad	130
4.	La Retroactividad de las Leyes Fiscales. Su Justificación	140
5.	Los Derechos Adquiridos y las Expectativas ante la Retroactividad	146
	CONCLUSIONES	149

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACION

JURISPRUDENCIA

INTRODUCCION

Inmersos, todos los hombres, dentro de un régimen jurídico, es decir, de un sistema en que impera el derecho, siempre existen relaciones entre todos y cada uno de éstos, en su calidad de gobernados, y los gobernantes, como representantes del Estado. Por lo que se advierte que acontecen infinidad de actos, imputables a los segundos, que tienden a afectar la esfera jurídica de los primeros.

Lo anterior quiere decir, dicho de otra manera, que el Estado, en ejercicio del poder de imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema con sustantividad propia, desarrolla este poder sobre y frente a los gobernados, a través de sus autoridades.

Es claro que el Estado, al desplegar su actividad de imperio, o sea, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, indistintamente si es en su calidad de persona física o de entidad moral.

Ahora bien, es posible considerar que esa afectación puede ser de diferente naturaleza y de múltiples y variadas consecuencias, y que siempre opera en el status de cada gobernado, pero además, que es razonable que, asimismo, esa afectación, debe obedecer a determinados principios previos, es decir, cubrir ciertos requisitos, o bien, estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observancia no será válida desde el punto de vista del derecho.

Si tomamos en cuenta que, en principio, el derecho ha sido desarrollado y aplicado con el objeto de lograr que, dentro de la vida del hombre en sociedad se mantengan los principios de equidad y justicia, encontraremos que existirá el derecho

subjetivo de una seguridad jurídica, es decir, de una seguridad que mantenga esos principios de los particulares frente al Estado y sus representantes.

Una de las particularidades de los regímenes jurídicos es que, a pesar del espíritu de respeto que se tenga y se quiera dar, por parte del legislador, de los principios generales del derecho a la regulación de las relaciones mencionadas, existen los problemas derivados de los conflictos de leyes en tiempo, que implican la incógnita de determinar cuales normas deban aplicarse a un caso determinado en un momento dado, cuando existen dos que lo regulan de distintas maneras y cuya vigencia es distinta.

Es posible reflexionar que, en principio, las normas jurídicas rigen todos los hechos que, durante el lapso de su vigencia, ocurren en concordancia con sus supuestos; esto es, que si un supuesto se realiza mientras una ley está en vigor, las consecuencias jurídicas que la disposición señala deben imputarse al hecho condicionante; y realizado éste, *ipso facto* se actualizan sus consecuencias normativas, es decir que, generalmente, la Ley debe aplicarse a los casos que se presenten desde que entra en vigor hasta que deja de tenerlo. Sin embargo, esto, que en primera instancia es sencillo, se complica, porque, en ocasiones, la Ley se aplica a hechos anteriores o posteriores a su vigencia; de lo que deriva la cuestión de la aplicación de la Ley en cuanto al tiempo, y que consiste en determinar desde qué momento debe principiar a aplicarse la Ley y hasta que momento debe cesar su aplicación.

Ante estas situaciones, no se está únicamente frente a un conflicto técnico-doctrinal, sino además, significa la posibilidad real de que al no establecerse esos límites de manera clara y precisa, en gran cantidad de casos, se esté ante una situación que conlleva la causación de perjuicios a los gobernados de distinta naturaleza y gravedad.

Uno de los aspectos que refleja mayores complicaciones, derivados de los anteriores conflictos descritos, se entiende que es el relacionado a la materia fiscal federal. Esta materia, que implica una importante intromisión del Estado en toda la vida

económica de los gobernados, aunque justificada siempre por su naturaleza suprema, pues, por su poder de imperio, impone a los particulares la obligación de contribuir a las cargas públicas. En particular, nuestra Constitución, integra en su contenido este poder en la fracción IV del artículo 31 al decir que “Son obligaciones de los mexicanos: ...contribuir para los gastos públicos... de la manera proporcional y equitativa que disponen la leyes.”; y facultando al Poder Legislativo en la fracción VII del artículo 73, para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto; así como al Ejecutivo para ejecutar las leyes que expida, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia; y en este sentido facultando a su órgano especializado la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para la realización de la actividad fiscal (artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal).

Las situaciones antes descritas, donde se presenta la inobservancia del principio normativo fundamental que nos ocupa, existen en diversos supuestos dentro de la legislación fiscal federal en México, situación que se pretende exponer y analizar en el desarrollo de este trabajo, pretendiendo, asimismo, que se logre una comprensión clara de las implicaciones que tiene el principio de irretroactividad de la ley en esta materia; así como intentar integrar los criterios doctrinales, y jurisprudenciales fundamentales, que para resolver esta cuestión se han emitido.

Como se indicó, existen varios aspectos que surgen de inmediato cuando se aborda el estudio sobre la aplicación de los ordenamientos jurídicos a hechos acaecidos con anterioridad a la iniciación de su vigencia, o bien, dicho de otra manera, la irretroactividad de la Ley fiscal.

Se trata, como se advierte, de la vigencia de las leyes temporalmente consideradas.

Algunas de las cuestiones que orientan la formulación y estructura del presente estudio, son las siguientes:

- a) ¿Es válido, técnicamente, referirse al principio de irretroactividad?
- b) ¿Si se considera que al existir diversidad de supuestos que justifican la aplicación retroactiva de la ley, será posible, entonces inferir que la retroactividad de la Ley es igualmente un principio jurídico?
- c) ¿Cuándo inicia la vigencia de las leyes fiscales?
- d) ¿En su caso, cuáles son los límites para que una Ley sea retroactiva?
- e) ¿Qué aportaciones al tema ha hecho la doctrina?
- f) ¿Qué sustenta la jurisprudencia sobre la posible retroactividad de la Ley fiscal?

Es posible considerar que estas cuestiones, son suficientes para motivar un desarrollo suficiente, cuyo fin será obtener elementos que permitan reafirmar los razonamientos que se han venido aplicando, o modificar aquellos planteamientos que no sean suficientemente sólidos y que, se encuentran tanto en la Ley como en los criterios jurisdiccionales, éstos generalmente derivados de la teoría general al respecto.

En atención a la problemática planteada será conveniente definir la estructura de la presente exposición. El contenido se ha organizado de manera que permita la inferencia de los temas y conducir ordenadamente a la cuestión medular.

Durante la Primera Parte se contendrán los conceptos generales que darán la base doctrinal sobre la figura del Estado, que se puede considerar como punto de origen a cualquier estudio sobre la vida jurídica que por su existencia se hace posible y se manifiesta durante todos los actos de los gobernados sujetos a su imperio. También se incluyen los conceptos de los derechos financiero y fiscal, para presentar un panorama general de las relaciones económicas y tributarias que, entre el propio Estado y sus gobernados, se mantienen, pues, consistirá un aspecto de análisis que proporcionará parte de los recursos materia de este trabajo y por último, los conceptos de garantía individual y seguridad jurídica, como marco de origen o cimiento de la denominada garantía de irretroactividad de la ley, que constituirá el complemento de los elementos a tratar.

En la Segunda Parte, se incluirán, ya específicamente, los elementos teóricos fundamentales del Principio de Irretroactividad de la Ley, así como las teorías y criterios, de sus principales teóricos, así como de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Fiscal de la Federación; que para intentar resolver el problema, que derivado de su aplicación, se originan.

Para la Tercera Parte, se realiza un estudio de la garantía de referencia, desde diversas perspectivas, considerando sus antecedentes en el Derecho Positivo Mexicano; asimismo, se hacen algunas reflexiones sobre sus causas y consecuencias, su justificación o injustificación; y además, los lineamientos que en materia fiscal se han observado sobre la delimitación de la vigencia de los ordenamientos fiscales y la fijación de los momentos de causación y determinación de contribuciones.

Ya para la Cuarta Parte se ha reservado el estudio sobre aspectos de la manera en que esta característica de retroactividad se ha manifestado en diversos conceptos fiscales, destacando, para su mejor apreciación, las tesis jurisprudenciales y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Fiscal de la Federación, pues estas fuentes son fértiles en aportaciones sobre la forma de interpretar este principio; el medio para identificar preceptos que adolecen de este vicio; las justificaciones de inexistencia en algunos casos; y permitir, en otros, la determinación de la legalidad o ilegalidad de la aplicación de las leyes fiscales.

Se pudiera considerar, que después de analizados estos casos, y considerados en la práctica, sería posible suponer que se daría eficacia a la forma de estructuración y aplicación de la normatividad fiscal Federal de nuestro país y mayor respeto de las garantías constitucionales.

PRIMERA PARTE

NOCIONES GENERALES DE ESTADO, DERECHO FISCAL Y GARANTIA INDIVIDUAL

1. EL ESTADO.

Orígenes del Estado.

El Estado ha sido concebido desde muy variados puntos de vista, de acuerdo a la época y circunstancias bajo las que se ha estudiado, asimismo, su evolución como realidad social, a través de la historia. El Estado actual no es una creación reciente ni estática, ni sus características y formas de manifestarse han sido las mismas en el transcurso del tiempo y en los distintos lugares del mundo.

En este primer apartado, se pretende estudiar este concepto desde un punto de vista lógico-formal, pues es claro que el análisis de dicho concepto es imprescindible para el tratamiento de los temas que se relacionan íntimamente con el Derecho Constitucional y debe anteceder, por imperativos metodológicos, al estudio de los diversos temas que integran el presente trabajo.

Sería superfluo decir que, el Estado en sí no existe en la realidad histórico-política, es decir, no hay en ella sino "Estados específicos o concretos", que participan, sin embargo, de la idea genérica respectiva o que la traducen o actualizan. En otras palabras, el Estado en general es un concepto formal y abstracto, siendo de la misma índole sus elementos constitutivos. "Estos elementos sólo pueden explicarse -según el **Dr. Ignacio Borgóa-** como ideas continentes dentro de una teoría pura del Estado, las cuales, al llenarse con variados y variables "contenidos" políticos, económicos y

sociales, es decir, al concretarse en la realidad histórica, configuran los distintos “Estados específicos”¹.

Por ello, la denotación del concepto genérico de Estado debe prescindir de toda consideración que se funde en apreciaciones sobre un determinado “Estado” real o ideal; pues no es en función de un determinado contenido como se debe explorar dicho concepto, sino atendiendo a su mera dimensión formal. Según el mismo autor: “...el Estado en general, es decir, el Estado *a-espacial* y *a-temporal*... (significa)...una mera forma jurídica susceptible de colmarse con múltiples contenidos de variada índole condicionados por diferentes ideologías cambiantes o por hechos históricos de diversa naturaleza sujetos a los imperativos del tiempo y del espacio”².

El Estado se presenta, en primer plano, en la fenomenología de la vida social a través de múltiples hechos cuya percepción no escapa a ninguna conciencia. Su existencia, primariamente, se advierte mediante los sentidos como dato que nos ofrece una variada gama de relaciones que se dan en la comunidad humana. Sentimos al Estado en una diversidad de actos del poder público y esta sensación origina que se le identifique con el gobierno o inclusive con algunos órganos de autoridad o funcionarios en especial. Sobre esta percepción primitiva del Estado, **Luis Recaséns Siches** afirma: “A primera vista parece como si la realidad del Estado fuese algo notorio, y sin embargo, cuando tratamos de determinarla de un modo riguroso, se nos antoja confusa y con perfiles huidizos. Encontramos al Estado formando parte de nuestra vida y nos encontramos nosotros formando parte del Estado. Prácticamente nos referimos a él; lo sentimos gravitar sobre nosotros imponiéndonos exigencias; nos enrolamos a veces a su servicio con entusiasmo; otras, lo sentimos como obstáculo para nuestros deseos; sabemos que sin él la vida nos sería imposible o por lo menos muy difícil, pero también en ocasiones llega hasta exigirnos el sacrificio de la vida; en la medida en que hacemos

¹ Burgóa, Ignacio. *El Estado*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1970. Página 10.

² *Ibidem*. Página 11.

política, nos afanamos para conseguir que sea de un determinado modo; nos hallamos como ingredientes de él; lo consideramos como una magnitud transindividual; no lo hemos percibido en su auténtico y total ser, pero lo vemos actuando en manifestaciones varias; como actividad legislativa, como administración, como ejército, como policía, etc... Y sin embargo, a pesar de ser el Estado cosa tan próxima a nosotros, con el que estamos en trato tan constante, cuando tratamos de apresar su esencia, de determinar su ser, de encerrarlo en un concepto unitario, se nos escapa, vacilan todas las representaciones que del mismo nos habíamos formado”.³

Es notorio, entonces, que la realización positiva de múltiples actos de autoridad o del poder público nos lleva al conocimiento de que el Estado es una realidad que el pensamiento jurídico y político de todos los tiempos se ha empeñado en captar y en describir científicamente mediante un conjunto de construcciones lógicas o deontológicas que integran diversas teorías.

Para este estudio, se describe una visión que vincula la naturaleza social del hombre con los efectos de ésta, exteriorizados en la creación de formas políticas tan desarrolladas como las que en la actualidad tenemos.

Es necesario partir de una premisa general, y ésta es que existe un hecho indiscutible y es la naturaleza sociable del ser humano. El individuo hace veinte mil años que como hoy, es dominado por la vida social. El grupo le impone una mentalidad y caracteres que corresponden a sus diferentes grados de evolución. Costumbres, religiones, hábitos, lenguaje y otros productos sociales envuelven y modelan espiritualmente al individuo. Conciencia de la especie, responsabilidad, normatividad, estilos de vida colectiva, suponen una amplia evolución de acción y reacción social en la que hay poderosas contribuciones colectivas e individuales.

³ Receséns Siches, Luis. *Filosofía del Derecho*. 10ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1991. Páginas 248 y 249.

Históricamente consideradas las formas políticas preestatales y el Estado, son el resultado de una milenaria evolución de la coexistencia humana, el fenómeno político ha existido siempre, desde los inicios de la vida social.

Desde la más remota antigüedad se ha reconocido al hombre agrupado actuando frente a la naturaleza, por medio de los grupos más primitivos, en los cuales, necesariamente, hubo cierta organización y ciertos principios de orden. La historia recoge las primeras formaciones sociales permanentes en Egipto cerca del año 6 000 antes de Cristo; y es a partir de entonces, cuando se conoce como *Polis*, ciudad-imperio, república, etc. a la agrupación humana asentada en un territorio con cierto orden y una determinada actividad y fines.

Antes de que surgiera la civilización de Occidente las formas políticas de Estado y de gobierno de Oriente tuvieron peculiares acepciones. Fueron imperios, como Babilonia, Mesopotamia y Egipto, con sus degradantes estructuras clasistas. En China e Israel, en determinados períodos de su historia, aparecieron teorías filosóficas y religiones que proclamaron la igualdad social entre los hombres.

La filosofía política de la civilización griega surgió hace más de cuatro mil años. Desde entonces ilumina la sociedad del hombre. En la antigua Grecia el nombre de Estado equivalía conceptualmente a *Polis*, es decir, a la ciudad-estado para extenderse después a la comunidad misma. “El hecho político griego -afirma **Francisco Porrúa Pérez-**, tenía una extensión que comprendía, en términos generales, los límites territoriales de la ciudad”, agregando que: “...en una época más evolucionada, cuando se rebasaban ya los límites de la ciudad, aparece un fenómeno político más amplio: el concepto de comunidad, que expresan con las voces griegas *tokoinon*, que también literalmente quiere decir comunidad”.⁴

⁴ Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría General del Estado*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993. Pagina 95.

Atenas, en su siglo de Oro (quinta centuria a. de c.), fue una democracia directa, regida por la *Ekklesia* o Asamblea de los ciudadanos reunidos en el ágora para decidir los problemas del común. De aquí proviene la acepción política “como teoría, arte y práctica del gobierno”.⁵ Como se dijo, a su organización política se le denominó Estado-Ciudad. Desde entonces la palabra política se refiere a la ciudad, es decir, a la vida del hombre-ciudadano, del hombre y su ciudad.

Se ha dado la idea del concepto de la *Polis*, y en lo fundamental, éste y el de *Civitas* en la historia de la Roma antigua no difieren, en el sentido de que también se identifica con la comunidad, pues a su vez los romanos se sentían y se sabían miembros de una comunidad de hombres libres que vivían dentro de un orden asegurado por un gobierno, aunque sus características se fueron modificando con el tiempo.

El Estado Moderno.

Más adelante, la evolución de la figura de Estado fue muy acelerada y los resultados fueron un cambio radical en su concepción; pues se dio desde el Estado Absolutista en la edad media en el que, en palabras de Luis Humberto Delgadillo: “...la ausencia de derechos personales impedía cualquier relación jurídica con un poder absoluto que sólo se manifestaba como facultad ilimitada para preservar su existencia...”⁶ y cuyo gobierno se caracterizaba por una soberanía del monarca, que lo colocaba sobre todas las personas e instituciones; una irresponsabilidad de su actuación, ya que debido a su soberanía no podía ser considerado responsable por los daños materiales que causara; y una indemandabilidad, ya que por estar sobre todos y no tener responsabilidad legal, no existía institución o persona que pudiera juzgarlo. Estas características de los Estados absolutistas se manifestaron en la Europa continental y

⁵ Arnaiz Amigo, Aurora. *Estructura del Estado*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1979. Página 13.

⁶ Delgadillo Gutiérrez, Luis H. *Elementos de Derecho Administrativo*. Editorial Limusa. México. 1991. Página 22.

únicamente en algunas monarquías se dio alguna moderación en su manifestación, como en el caso de Inglaterra, en donde sus movimientos revolucionarios lograron limitar el poder del Rey.

Posteriormente el Estado Liberal, que en su etapa inicial se manifestó como Estado 'Protector' o 'Gendarme', en donde existió la tendencia a suprimir toda manifestación de la autoridad cuyo objeto sea limitar las libertades individuales, interviniendo únicamente como excepción cuando se trate de mantener el orden público; circunscribiendo su actuación únicamente a la defensa exterior, la paz interior y la justicia; caracterizando este período por la filosofía del *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar). Más adelante estas condiciones se modificaron hasta llegar a la etapa más evolucionada de la forma del Estado Liberal, que sería el Estado 'Intervencionista' o Estado 'Providencia', definidos así por su forma de actuar o por los fines que persigue respectivamente, y en los que se justifica el incremento de tareas asignadas al Estado, así como una mayor participación con el propósito de alcanzar los objetivos del bien común, en donde debe actuar en representación de sus miembros y alcanzar más rápidamente y en plena forma el bien común, mediante la realización de un conjunto de actividades en favor de los particulares en forma colectiva, ignorando los intereses individuales, pues ya se trata de un interés social o colectivo que el Estado deberá atender. Bajo este criterio se puede concluir que se ha llegado al establecimiento de un Estado de Derecho, en el que se ha logrado la implantación de la democracia, por la que fue sometida la actuación del Estado a la ley, reconociéndose los derechos de los particulares frente a éste, originándose las relaciones jurídicas entre la administración y los administrados.

El Nombre de “Estado”.

Es importante previamente precisar que la palabra Estado es multívoca. Etimológicamente tiene varias acepciones y aún dentro de la terminología jurídica se aplica indistintamente para significar diversos conceptos. Proviene del vocablo latino *status*, que deriva a su vez de *stare* proveniente de la raíz aria *sthá* y que denota “situación”, “posición”, “postura” o “condición” en que se encuentra una persona o una cosa. Su connotación amplia se emplea indiferentemente en todas las ciencias culturales y científicas e inclusive en la producción literaria y en el lenguaje usual.

En particular, los autores de teoría política coinciden en que la palabra Estado deriva de *stato*, *stare*, *status*, que significa situación de permanencia, orden permanente o que no cambia.

Sin embargo, el nombre del Estado en el derecho político y en la teoría política tiene una acepción conceptual diferente o, al menos muy particular. No equivale, en pureza, a una situación, posición, postura o condición, sino a la designación de un ente que estructura a una comunidad humana. Revela a un ser político, jurídico y social que se da en el mundo de la realidad cultural y que tiene una determinada implicación, en cuyo descubrimiento se ha empeñado el pensamiento del hombre, traducido en multitud de teorías y concepciones. Bajo este aspecto, el nombre de Estado no tiene orígenes perfecta y nítidamente precisos, como se podrá advertir de las concepciones de los autores que se estudiarán más adelante.

El concepto de Estado como idea, como ya se describió, había sido usado ya desde la antigüedad por los filósofos griegos; aunque, comenzó a usarse, ya el término “Estado” en la doctrina y literatura políticas italianas para denotar a la entidad misma y no simplemente a alguno de sus elementos o cualidades. Las antiguas ciudades, principados o repúblicas en que durante la Edad Media estaba subdividido o fraccionado

el territorio de la península itálica, asumieron el nombre de *stati* y el empleo de esta palabra en su acepción actual y a partir de los siglos XVI y XVII se destaca en *El Príncipe*, aparecido a principios de la decimosexta centuria, cuyo autor, **Maquiavelo**, encabeza la serie de reglas del arte político que a guisa de consejos formula en dicha obra, con las siguientes expresiones: “Los Estados y soberanos que han tenido y tienen autoridad sobre los hombres fueron, y son, repúblicas o principados. Los principados son, o hereditarios con larga dinastía, o nuevos...”⁷

Debemos observar, además, que también en la literatura jurídica y política española se utilizó el término “Estado” con la misma significación desde la segunda mitad del siglo XVIII. Así, **don Juan Francisco de Castro** en su obra “Discursos Críticos sobre las Leyes”, afirma: “La medida de un grande Estado no es la extensión de sus dominios, sino el número de sus súbditos. Porque, ¿qué harán el acrecentamiento de su poder y soberanía vastas regiones: pero al mismo tiempo desiertas o tan vacías de habitantes que ni haya manos que las cultiven en sosiego, ni que las defiendan en la opresión? ¿Cómo gozará de su abundancia, si no hay quien practique los medios de conseguirla? ¿Cómo se hará respetable su grandeza, y en mar y tierra formidable, si no hay población suficiente que vindique las afrentas con que se intente injuriarla?. Es, pues, la población tan necesaria para constituir la felicidad del Estado, como lo son al cuerpo natural los pies y manos: separemos del cuerpo estos miembros no hallaremos en él sino un tronco lleno de miserias. Sí, pues, separemos la población de un Estado, no podremos ver en él sino indigencias, que crecerán según la población minore, faltándole, según este respecto, pies y manos con que se maneje. Y cuando el Estado fuere de mayor extensión, tanto más la población le es necesaria; pues tanto más actividad necesitan los pies y manos de un cuerpo, cuando éste fuere mayor, y de mayor peso”.⁸

⁷ Maquiavelo, Nicolás. *El Príncipe*. Traducción Miguel Angel Granada. Alianza Editorial, S.A. México. 1991. Página 33.

⁸ *Cit.* Por Burgóa, Ignacio. *El Estado*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1970. Página 19 y 20.

Según lo aseveran Jellinek⁹ y Porrúa Pérez,¹⁰ en la Edad Media se identificó al Estado con el “territorio” sobre el que vivían los pueblos y comunidades. Para ello se utilizó el vocablo germánico *land* como sufijo añadido al nombre que éstos llevaban y que en latín significa *terra* y en castellano *tierra*. Dentro de la idea medieval de Estado se dio preponderancia al elemento territorial de una comunidad política, llagándose a mezclar con la “posesión o dominio reales”, por lo que también solía hablarse de *regnum* (reino). Es posible apuntar que, conforme al régimen feudal imperante en casi la totalidad de los países del medioevo existían otras tierras, posesiones o dominios que configuraban “estados” dentro del “reino” y que recibían distintas denominaciones, tales como las de “ducados”, “marquesados” y “condados” principalmente.

El empleo del nombre de Estado deja de ser esporádico en la política y en el derecho público de los tiempos modernos y desde luego, de la época contemporánea. En las monarquías absolutistas la palabra mencionada se usaba ya con bastante frecuencia para significar con ella al reino o a la nación mismos, sin embargo, se debe recordar al respecto la célebre frase de Luis XIV: *L'Etat es moi* con que el “rey sol” expresa su poder omnímodo; y es en la literatura jurídica, política y filosófica del siglo XVIII y en el constitucionalismo de los siglos XIX y XX donde el uso del consabido vocablo es común y reiterado para denotar un concepto cuya implicación se está estudiando.

Concepción teórico-política de algunos autores.

A los antecedentes mencionados será necesario integrar el concepto que algunos autores han otorgado a esta forma de organización político-social que en la actualidad recibe la denominación de Estado.

⁹ Jellinek, George. *Teoría General del Estado*. 2ª edición. Editorial Maipu. Buenos Aires. 1981. Páginas 106 y 107.

¹⁰ Porrúa Pérez, Francisco. *Op cit.* Página 62.

Para **Aristóteles** (años 384-322 a. de c.), que ejerció gran influencia sobre el desarrollo de las más diversas ramas del conocimiento y fue partidario de la democracia esclavista durante la crisis y el comienzo de la decadencia de la *Polis* griega, parte del principio de que el hombre es un *zoon politikon*, es decir que por su propia naturaleza, siempre ha vivido y vive en relación permanente con sus semejantes; y considera que el Estado "...es una comunidad de hombres iguales entre sí para la mejor existencia posible".¹¹ Sostiene también que, en el Estado, el ciudadano recibe todo lo que necesita para una vida perfecta: todos los bienes exteriores para satisfacer las necesidades del hombre, todos los recursos necesarios de educación, entre otros.

Considera el filósofo que el Estado es una unión de hombres libres; y respecto a los esclavos, que aún cuando son necesarios para éste, están al margen de la comunidad estatal; y que tampoco son miembros de ésta los artesanos.

A su juicio, el Estado es una forma necesaria y eterna de la vida en común, en la que el hombre forzosamente nace, se desenvuelve y muere, llagando a aseverar que fuera del Estado sólo pueden concebirse los seres irracionales o los dioses.

El pensamiento aristotélico anticipa ya la soberanía del Estado al hablar de la autarquía de la *Polis*, o sea, el poder y la capacidad que ésta tiene para darse la organización que más le convenga sin la intervención, interferencia o hegemonía de potencias ajenas o extrañas. En cuanto a las formas de gobierno que puede adoptar el Estado o la *Polis*, este autor distingue la monarquía, la aristocracia y la democracia como regímenes puros, los cuales mediante procesos degenerativos, se convierten respectivamente en tiranía, oligarquía y demagogia.

¹¹ Serra Rojas, Andrés. *Historia de las Ideas e Instituciones Políticas*. U.N.A.M. México. 1991. Página 58-61.

Las ideas emitidas y desarrolladas por los pensadores de la antigua Grecia han sido ampliamente utilizadas, tanto en la sociedad feudal como en la capitalista. Esto se refiere, no solamente a la filosofía de los griegos antiguos, sino también a sus teorías políticas.

Los ideólogos de la clase feudal y, más tarde, los de la burguesía, aceptaron de las teorías políticas de la antigua Grecia lo que, principalmente, estaba encaminado a fundamentar la explotación, la desigualdad, la represión de los trabajadores, etc., todo lo que podía utilizarse también bajo otras formas de explotación, en otras condiciones económicas y sociales.

Posteriormente, en el siglo XIX, cuando las condiciones de las organizaciones político-sociales habían evolucionado a su mayor grado, las concepciones a ese respecto también cambiaron y permitieron fijar mejor su contenido aunque con opiniones diversas. Los autores de teoría política que han tratado de hacer un estudio objetivo, aun así conciben al Estado desde diversos puntos de vista. Así, para **Jellinek**, "El Estado es la unidad de asociación dotada originalmente de poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio".¹²

Para **Heller**, el Estado es "...una conexión social de quehaceres".¹³ Según el tratadista español **Adolfo Posada**, en sentido político Estado es una manera de ser o de estar políticamente; ordinariamente, la hablar de Estado, se alude a la manera de ser o de estar constituida políticamente una sociedad humana, y nos indica que atendiendo a las condiciones que concurren en una sociedad, para que en una concepción política se le considere al Estado, se observarán las siguientes condiciones:

¹² Jellinek, George. *Teoría General del Estado*. 2ª edición. Editorial Maipu. Buenos Aires. 1981. Página 145.

¹³ Heller, Herman. *Teoría del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1968. Página 259.

1. “Agrupación de seres racionales;
2. Un territorio determinado, variable o fijo, dentro del cual la agrupación se contiene;
3. Cooperación universal en cuanto a los fines que motivan la reunión de las personas en el territorio;
4. Independencia de la agrupación frente a entes o frente a la naturaleza misma;
5. Organización adecuada a la agrupación y a sus circunstancias, y
6. Autonomía para dirigir su vida interior y exterior”.¹⁴

Actualmente autores han dictado nuevos conceptos, que conservando los principios de las teorías clásicas, han dado mejor forma a sus definiciones.

Acosta Romero ofrece un concepto de Estado, diciendo que “...es la organización política soberana de una sociedad humana establecida en un territorio determinado, bajo un régimen jurídico, con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y de administración que persigue determinados fines mediante actividades concretas”.¹⁵ A partir de estas nuevas concepciones podemos considerar que siendo una realidad social, el Estado tiene necesariamente una realidad jurídica que se expresa en su capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, que van desde los derechos fundamentales de los Estados, consistentes en ser soberanos, defender su territorio, su estructura como Estado y sus órganos de gobierno, establecer su sistema monetario, su sistema tributario, sus estructuras de defensa interna y externa, su orden jurídico y las bases para su desarrollo, así como establecer relaciones con otros miembros de la comunidad internacional.

¹⁴ Posada, Adolfo. *Tratado de Derecho Político*. Tomo I. Librería de Victoriano Suárez. Madrid, España. 1983, Página 89.

¹⁵ Acosta Romero, Miguel. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993. Páginas 78-79.

En opinión del **Dr. Burgóa**, “El Estado es la persona moral suprema que estructura jurídicamente a la nación y cuya finalidad estriba en realizar el orden de derecho básico o fundamental”;¹⁶ considera que el Estado es una persona moral suprema, con personalidad jurídica propia, ya que como centro de imputación jurídica, es sujeto de derecho que se encuentra sobre todos los entes individuales y colectivos que existen y actúan dentro de su territorio.

A partir de lo antes expuesto es dable ofrecer una definición general propia para este concepto; siendo entonces el Estado un sistema orgánico, jurídico, político y unitario dotado de poder de decisión, representado en general como la organización político-social establecida en un territorio determinado, bajo un régimen jurídico, con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y de administración que persigue hacer posible la convivencia pacífica y la totalidad de los fines humanos.

El Estado Mexicano.

El Estado mexicano, como consecuencia del ejercicio de su soberanía, es un Estado independiente frente a otros, puede determinar libremente su actividad interna, autodeterminarse en cuanto a su forma de Estado y de Gobierno, a su propio orden jurídico; y al sentido de su política interna e internacional.

Según el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estado Mexicano se constituye en una república representativa, democrática, Federal, compuesta de Estados libres y soberanos (autónomos, según la teoría constitucional), en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación.

¹⁶ Burgóa, Ignacio. *El Estado*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1970. Página 309.

2. LOS FINES DEL ESTADO.

Estudiado lo anterior es necesario entonces referimos al contenido de los fines y funciones del Estado en forma más precisa. A este respecto, es posible afirmar que la existencia del Estado como organización jurídico-política, se manifiesta a través de gran número de actividades de diverso contenido, objeto y forma. En todo Estado de Derecho la actuación de sus órganos responde a planes y programas para el logro de sus fines, a través de distintos mecanismos que van desde la estructuración de las normas, hasta la ejecución de actos concretos.

La determinación de los fines del Estado repercute en forma directa sobre las acciones que realice, ya que para lograr aquellos deberán realizarse las actividades suficientes y necesarias, dicho de otra manera "...según sea la opinión que predomine en cada país ...acerca ...de los fines del Estado dependerá la mayor o menor extensión de actividades o tareas que el derecho asigne a las entidades estatales".¹⁷

En opinión de **Francisco Porrúa Pérez**, "El Estado, como ente cultural, tiene por objeto la obtención de un fin. Ya sabemos que todo producto de la cultura se caracteriza por llevar dentro de sí una finalidad, aquellos para la cual es creado por el hombre. Siendo el Estado una institución humana, tiene naturalmente un fin. El Estado encierra en su actividad una intención que es la determinante y el motor de toda su estructura... El fin será el que determine las atribuciones, la competencia material de los diferentes órganos del Estado, y en función de esa competencia se crearán órganos. En ese fin está la razón última del Estado y su diferencia específica con otras sociedades."¹⁸

¹⁷ Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Martín Bianchi Altuna. Montevideo. 1953. Página 48.

¹⁸ Porrúa Pérez, Francisco. *Op cit*. Página 276.

Se ha considerado que el Estado es una obra colectiva y artificial, creada para ordenar y servir a la sociedad. Su existencia se justifica por los fines que históricamente se le vienen asignando. El Estado existe para realizar esos fines y se mantendrá en tanto se le encomienden esas metas. **González Uribe** afirma: “Por lo tanto, todo estudio a fondo del Estado, que vaya más allá de su realidad puramente fenoménica –en la cual lo primero que aparece es el poder con su fuerza irresistible-, no puede prescindir de lo que es el alma de la organización política, su principio vital, su motor interno: *el fin*. Es la finalidad del Estado, en efecto, lo que da unidad a gobernantes y gobernados. Es la idea objetiva de un bien superior, que no pueden realizar las comunidades menores, la que aglutina las voluntades de los miembros de la sociedad para constituirse en Estado. Y es ella también, la que determina la competencia de sus órganos y la orientación decisiva de todas sus funciones”.¹⁹

El asunto referente a la fijación de los fines del Estado ha sido muy debatido desde sus orígenes, lo que explica la diversa concepción que del propio Estado se ha tenido, de acuerdo con la época y el lugar de que se trate, así como de la concepción filosófica-política que de él se tenga, puesto que diversas corrientes han negado la existencia de fines y otras se refieren a los fines objetivos o particulares de cada Estado o a los fines subjetivos del mismo.

La concepción más aceptada considera que el Estado tiene fines, que son la concreción de los fines humanos ya que por diferentes que pueden ser las acciones humanas y por múltiples formas que sean susceptibles de revestir los fines humanos, esta variedad de fines puede integrarse en algunos que valgan como superiores y *últimos*. Los medios para conseguir estos fines superiores son varios, del propio modo que los fines intermedios; pero la variedad de estos últimos tiende a convertirse no ya en un escaso número, sino en un solo fin.

¹⁹ González Uribe. *Teoría Política*. 8ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992. Páginas 299 y 300.

La teoría clásica considera como fin propio del Estado, el bien común. En cambio el pensamiento político contemporáneo se refiere al interés público y al interés general. El bien público, según esta concepción, es el que se dirige al conjunto total de individuos y grupos que forman la sociedad. Un sector liberal de la doctrina política, afirma que el bien particular corresponde a los individuos y grupos y no al Estado. Para ellos, el Estado sólo debe intervenir en forma supletoria de acuerdo con el principio de subsidiariedad, y no dedicarse a organizar y proteger a la población de tal manera que le quite su iniciativa y libertad.

Desde este punto de vista se puede afirmar que el fin *último*, conocido como *bien común* por considerar a toda la población, se denomina también *bien público*, al ser adoptado por el Estado y ser expresado en diferentes declaraciones políticas, "...afirmar la independencia de la patria respecto del exterior, mantener la tranquilidad y el orden en el interior, proteger la libertad y el derecho de los súbditos y proveer el bien común de los mismos",²⁰ o "...establecer la justicia, asegurar la tranquilidad doméstica, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y preservar nuestra seguridad y la de la posteridad".²¹

El contenido de estos fines también ha variado según el tiempo y lugar, pues algunos autores han considerado que se concretiza en el bienestar general, otros lo circunscriben a la moral, otros a la seguridad o a la libertad, pero siempre encontraremos que "...toda actividad del Estado tiene como fin último, cooperar a la evolución progresiva, en primer lugar de sus miembros, no solo actuales sino futuros, y, además, colaborar a la evolución de la especie...";²² fines que pueden ser exclusivos o concurrentes, ya sea que se trate de "... actividades que exclusivamente le correspondan, y actividades con las cuales ordena, ayuda y favorece o desvía las manifestaciones de la

²⁰ Delgadillo Gutiérrez, Luis H. citando un extracto de la Constitución Federal de Suiza de 1874. *Op cit.* Página 30.

²¹ Extracto de la Introducción a la Constitución de los Estados Unidos de América. *Cit.* por Delgadillo, Luis H. *Op cit.* Página 30.

²² Delgadillo Gutiérrez, Luis H. *Op cit.* Página 196.

vida individual o social”,²³ que se manifiestan en actividades relativas a la afirmación de su propia existencia, a la seguridad y desenvolvimiento de su poder, así como a establecer el derecho y ampararlo, y favorecer a la cultura.

Como consecuencia, es posible afirmar que la teoría de los fines domina totalmente la vida el Estado, porque el sistema jurídico que lo caracteriza tiene una finalidad que explica la razón de ser de la norma misma y que va más allá del simple hecho de ser positiva o vigente, los fines del Estado están contenidos en el conjunto del orden jurídico de un país, en principio de la estructura constitucional y en la legislación ordinaria y reglamentaria.

Es, entonces, propio considerar que el concepto de fin es un elemento necesario para determinar si el ideal contenido en la norma constitucional no se desvirtúa en el orden jurídico imperante, y realiza un propósito no implicado en la norma suprema.

Podemos ahora, en síntesis, afirmar que el bien común es el fin de toda sociedad; y el bien público el fin específico de la sociedad estatal, que entre sus modalidades estarían la libertad y seguridad de sus gobernados.

3. LAS FUNCIONES DEL ESTADO.

Como ya se dijo, los fines del Estado constituyen direcciones, metas, propósitos o tendencias de carácter general que se reconocen al Estado para su justificación y que consagra en su legislación. Ellos fijan el extenso campo de actividad pública en un proceso histórico que se caracteriza por su continua ampliación y extensión; y esta actividad pública al exteriorizarse es lo que se conoce como “función del Estado”. Vemos, así, que el Estado puede realizar funciones de regulador de actividades o de ejecutor de las mismas.

²³ *Ibidem.* Página 189.

Existen diversos criterios para definir el concepto de **función del Estado**, aunque aún no se ha llegado a estructurar alguno que en forma objetiva lo identifique. Así, tenemos que en nuestro país, **Fraga** dice que la palabra **función** "...tiene un significado preciso pues con ella se designa la forma de actividad del Estado, no el contenido de la misma",²⁴ **Serra Rojas** señala que "...son los medios o formas diversas que adopta el derecho para realizar los fines del Estado".²⁵

El concepto de función, constituye la base de este desarrollo. "La misma etimología de la palabra función determina su concepto: proviene de *fungere*, que significa hacer, cumplir, ejercitar, que a su vez deriva de *finere* por lo que dentro del campo de las relaciones jurídicas de cualquier clase que ellas sean, la función significara toda actuación por razón del fin jurídico en su doble esfera de privada y pública".²⁶

Estos medios jurídicos son procedimientos de técnica jurídica encaminada a desarrollar los principios generales; y según **Bonnard** "...las funciones del Estado son los medios que permiten al Estado cumplir sus atribuciones. Del mismo modo como las personas realizan ciertas operaciones para ejercer una profesión, el Estado ejecuta ciertas funciones a efecto de poder cumplir sus fines".²⁷

La función es, entonces, actividad dirigida a un fin concreto y determinado; y así, las funciones del Estado tienen un apoyo lógico y jurídico. Por medio de los fines se reconocen las etapas para alcanzar una meta, por las funciones se consagran procedimientos en la legislación que necesitan para su realización de las funciones esenciales del Estado.

²⁴ Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. 33ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1994. Página 4.

²⁵ Serra Rojas, Andrés. *Derecho Administrativo*. Primer Curso. 18ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1997. Página 39.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Cil*. Por Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1955. Página 151.

La doctrina clásica y la legislación positiva han reconocido tres actividades esenciales del Estado para realizar los fines, resultado del principio lógico-jurídico de la división del trabajo aplicado a la teoría constitucional:

La función legislativa, que es la función encaminada a establecer las normas jurídicas generales. El Estado moderno es el creador del orden jurídico nacional.

La función administrativa, que es la función encaminada a regular la actividad concreta y tutelar del Estado, bajo el orden jurídico. La Ley debe ser ejecutada particularizando su aplicación. En sentido moderno el Estado es el promotor del desarrollo económico y social de un país.

La función jurisdiccional, que es la actividad del Estado encaminada a resolver las controversias, estatuir o declarar el derecho. La superioridad del Poder Judicial en la sociedad moderna, lo coloca como el órgano orientador de la vida jurídica nacional.

A partir de los anteriores conceptos podemos precisar diciendo que **Funciones del Estado** es la forma de la actividad del Estado que se manifiesta como expresión creadora de normas, como aplicación concreta de la ley o como solucionadora de conflictos jurídicos entre las personas, significando entonces que "...la forma de manifestación del Estado, de acuerdo con los principios de Montesquieu, sólo puede ser Legislativa, Ejecutiva y Judicial".²⁸ A este respecto, es necesario apuntar que Montesquieu justifica el sistema de separación de Poderes afirmando: "Todo estaría perdido, si en el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo ejercitaran estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes o las diferencias de los particulares";²⁹ y según este principio de división de poderes serán independientes e iguales entre sí, que se equilibran

²⁸ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. *Op cit.* Página 31.

²⁹ Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*. 6ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1985. Página 295.

recíprocamente. El poder del Estado se expresa en esas tres formas, a través de los órganos que para tal efecto ha creado.

Algunos autores, entre ellos **Sayagués Laso**,³⁰ incluyen una cuarta función, a la que denomina **Constituyente**, que en el sistema jurídico mexicano es materia del Derecho Constitucional, conocida con el nombre de **Poder Constituyente**, siendo considerado poder supremo, independiente, perpetuo y absoluto del Estado, pues es la expresión de la soberanía del pueblo, y que se justifica en las ideas de **Jean Bodino**, quien reconoció todavía, “el *jus divinum et nature*, como obligatorio para la suprema *potestas*”,³¹ definiendo entonces, como soberana a una autoridad que no encuentra sobre sí a ninguna otra; asimismo, **Rousseau** que apoyado en sus dos ideas fundamentales: “Estado de Naturaleza y Contrato Social, había dejado ya asentado que el interés general y los intereses individuales se confunden; que el poder público no existe, así ni se justifica sino, en función de la voluntad general que viene a ser el poder soberano. Solamente pertenecía al pueblo, pues, la titularidad de la soberanía; de aquí desprendía, asimismo, el carácter unitario, indivisible, inalienable e imprescriptible de ella”.³²

El Estado para ejercer sus funciones considera prioritaria la creación de diferentes órganos, a los cuales le son atribuidas diversas potestades directamente por la Constitución. Así, tenemos un Congreso al que se le asigna la creación de normas generales, impersonales, abstractas y obligatorias, que regularán la actuación de los propios órganos y la de los sujetos que están sometidos al Estado. También se crea una Administración Pública que se encargará de la difusión y ejecución de esas normas, y de proveer en la esfera administrativa su exacta observancia; y una organización judicial, cuya principal función será la solución de las controversias que se generen con la aplicación del Derecho. De esta forma tenemos lo que conocemos como Poder

³⁰ Sayagués Laso, Enrique. *Op cit.* Páginas 34 y 36.

³¹ Heller, Herman. *Op cit.* Página 32.

³² Sayeg Helú, Jorge. *El Constitucionalismo Social Mexicano*. Tomo I. UNAM e INEHRM. México. 1987. Página 179.

Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, que a su vez deben cumplir con las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, es decir, que el Estado funcionará en esos aspectos a través de estos órganos; aunque es importante decir que los diversos poderes realmente no ejercen exclusivamente la función que se les atribuye, situación que ha dado origen a la distinción entre funciones formales y funciones materiales.

Se entiende que a cada poder debería corresponder una función específica, es decir, al Poder Legislativo le corresponde la función legislativa, al Poder Ejecutivo la función administrativa, y al Poder Judicial la función jurisdiccional. Sin embargo, los textos constitucionales por diversas razones de necesidad orgánica se han visto obligados a no seguir este criterio; de este modo nos encontramos con que el Poder Legislativo además de la función legislativa le corresponden, por excepción, otras funciones; por ejemplo, las Cámaras nombran a su personal, que es un acto administrativo; se erigen en Gran Jurado, lo cual es un acto jurisdiccional y otros semejantes.

Si pasamos al Poder Administrativo veremos que, además de la función administrativa, le corresponden otras actividades por ejemplo la facultad reglamentaria, que es un acto de naturaleza legislativa; las controversias en materia fiscal, agraria, obrera, que son actos materialmente jurisdiccionales.

El Poder Judicial además de ejercer la función jurisdiccional realiza otros actos no propiamente de esta naturaleza, por ejemplo el nombramiento de su personal que es acto administrativo.

A lo anterior podemos incluir la opinión de **García Máynez**, que dice que "...desde el punto de vista material, cada función presenta características propias que permiten definirla, sea cual fuere el órgano Estatal que la realice. La función legislativa consiste en la formulación de normas jurídicas generales; la jurisdicción establece, relativamente a casos concretos, el derecho incierto o controvertido; la administración

consiste, por último, en la ejecución, dentro de los límites fijados por la ley, de una serie de tareas concretas, tendientes a la realización de intereses generales. En el sentido formal, las funciones no son definidas de acuerdo con su naturaleza, sino atendiendo al órgano que las cumple. Desde este punto de vista, es formalmente legislativo todo acto del Congreso; formalmente jurisdiccional, todo acto de los jueces o tribunales; formalmente administrativo, todo acto del poder ejecutivo".³³

Dado lo anterior se puede determinar con claridad la naturaleza de las funciones. El criterio formal considera al acto jurídico tomando en cuenta el órgano que realiza legalmente la función, de este modo todas las funciones que corresponden al Poder Legislativo, artículos 73, 75, 76 y 77 constitucionales y demás relativos, son funciones formalmente legislativas. Así, el artículo 89 de la Constitución señala las funciones administrativas y el artículo 97 y siguientes indican, de acuerdo con el mismo criterio, que esas funciones son jurisdiccionales.

El criterio formal es insuficiente porque no es adecuado llamar actos legislativos el nombramiento de un empleado, o cuando el Poder Legislativo se erige en Gran Jurado, ya que el primero es un acto administrativo y el segundo un acto jurisdiccional.

El criterio material es objetivo y prescinde del órgano que realiza la función, y considera al acto jurídico en sus elementos naturales y propios. Por esta razón, la expedición de la Ley y el reglamento, aunque corresponden a los poderes Legislativo y Administrativo, son actos de naturaleza legislativa desde el punto de vista material.

Es, por lo tanto, útil aplicar este criterio de la formalidad y de la materialidad al estudio de las funciones que se descomponen en una serie de actos jurídicos de alcance diverso.

³³ García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 4ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1995. Página 107.

Las funciones que realiza el Estado corresponden a las funciones de una comunidad, si tomamos en cuenta que toda organización política se justifica por la forma como atiende a las grandes necesidades colectivas.

Por todo lo anterior podemos afirmar que cada uno de los poderes realiza principalmente una función, pero también realiza actos característicos de los otros poderes, sin que ello cambie la naturaleza del acto.

Las Funciones del Estado en la Realidad Mexicana.

En nuestro país, la distribución de funciones se establece en el artículo 49 de nuestra Constitución Política, en el cual se dice que el Supremo poder de la Federación se dividía para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; asimismo prohíbe la reunión de dos o más poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo en el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, según lo dispuesto en el artículo 29 de la misma.

Función legislativa.

Esta actividad se manifiesta en la actividad estatal que tiene como fin la creación del derecho objetivo del Estado, subordinada al orden público y consiste en expedir las normas que regulan la conducta de los individuos y la organización social y política, en otras palabras, la creación de normas de carácter general, imperativas y coercibles, su aplicación debe incluir a toda persona mientras se encuentre vigente, en donde la imperatividad es el sometimiento de las personas físicas o morales, gobernantes y gobernados, y la coercibilidad significa que se debe aplicar aun en contra de la voluntad de aquellos a quienes se destine.

Es importante mencionar que el derecho legislativo o derecho parlamentario es la disciplina que regula esta importante función del Estado; en la que se encuentra un método, una competencia y una técnica para legislar.

La función legislativa es la función que encomienda formalmente al Poder Legislativo Federal; aunque, y sólo por excepción expresa indicación constitucional, pueden los otros poderes realizar actos legislativos o situaciones quasi-legislativas. Las Legislaturas de los Estados legislan en las esferas de su competencia.

La tarea de hacer la Ley o función legislativa ordinaria, se ha encomendado a asambleas legislativas como el Congreso de la Unión, en nuestro sistema, o al Parlamento en Inglaterra. Ellas son asambleas políticas deliberantes y representativas.

En nuestro sistema constitucional debe distinguirse, en materia federal, la naturaleza jurídica del Poder Legislativo Constituyente y la del Poder Legislativo ordinario, por la significación y valor de las normas; aunque ambos tienen a su cargo la elaboración de las normas.

La función constituyente es la actividad fundamental del Estado, encaminada a la creación, adición o reforma de las normas constitucionales. Ella tiene por objeto la formulación de normas jurídicas generales, relativas a la organización y funcionamiento de los órganos supremos del poder público, sus modos de creación, sus relaciones y el régimen de garantías que protejan al ciudadano en contra de los abusos de las autoridades.

El artículo 39 de la Constitución dispone: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

La doctrina constitucional distingue entre:

- a) El poder constituyente originario o revolucionario; y
- b) El poder constituyente constituido, permanente o derivado.

Es propio destacar que este poder es limitado y no puede extenderse más allá del concepto de las “adiciones” y “reformas”; pues una revisión integral de la Constitución sería contraria a sus principios.

La función constituyente originaria es la facultad que tiene un pueblo para dictar las normas constitucionales cuando el orden social se ha transformado. Todo revolución presupone una alteración del orden jurídico vigente.

La función constituyente permanente es la que realiza el órgano formado por el Poder Legislativo y las Legislaturas de los Estados, que tienen facultad para de adicionar o reformar las normas constitucionales.(Artículo 135 constitucional)

La Función Legislativa Ordinaria.

Como todas las funciones del Estado, la función legislativa ordinaria puede ser estudiada formal o materialmente.

Como se ha descrito, la función legislativa es la que normalmente realiza el Poder Legislativo y es la actividad fundamental del Estado encaminada a la creación de la Ley, es decir, los actos que generan situaciones jurídicas generales.

Ya se dijo anteriormente que el criterio formal se refiere al órgano que tiene a su cargo la función. La función legislativa corresponde formalmente al Poder Legislativo Federal, que es el órgano que normalmente elabora la legislación, así como las Legislaturas de las entidades federativas, que expiden las leyes ordinarias o comunes de su competencia.

En nuestra Carta Magna este poder se encuentra descrito en el Capítulo Segundo del Título Tercero, denominado “el Poder Legislativo”; el cual señala que el Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General que se dividirá en dos cámaras, una de Diputados y otra de Senadores.

El Poder Legislativo Federal es uno de los órganos por medio de los cuales, el pueblo ejerce su soberanía. (Artículo 41 de la Constitución)

De acuerdo a la Ley del Congreso General, publicado en el Diario Oficial de la Federación, del 25 de mayo de 1979, el Poder Legislativo Federal se integra con los siguientes órganos:

1. El Congreso de la Unión;
2. La Cámara de Diputados;
3. La Cámara de Senadores;
4. La Comisión Permanente del Congreso de la Unión;
5. Las comisiones legislativas; y
6. La Contaduría Mayor de Hacienda.

El concepto de Ley se refiere a un acto jurídico creador de situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales.

Por otro lado, el concepto de decreto, de acuerdo con la interpretación del artículo 70 constitucional, se reduce a una resolución particular o concreta del Congreso, que algunos llaman “Decreto del Congreso” para diferenciarlos de los Decretos Administrativos.

En el Derecho Constitucional moderno el decreto alude a un término genérico con el cual se designan todas las decisiones escritas del Jefe del Estado. Concepto consignado en el artículo 92 de la Constitución cuando alude a “los reglamentos, decretos y órdenes del Presidente”.

Como complemento de lo anterior, al artículo 72, fracción *f* de la Constitución ordena: “En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su conformación”.

Según lo señalado anteriormente, el punto de vista formal es insuficiente para caracterizar a la función legislativa, entre otras razones, por las dos siguientes:

- a) No todos los actos del Poder Legislativo pueden válidamente llamarse “legislativos”, pues hay facultades diversas, que caen bajo el campo de la función administrativa, por ejemplo, el caso a que alude el artículo 73, fracción I de la Constitución: “El Congreso tiene facultad para admitir nuevos Estados o Territorios a la Unión Federal”; el nombramiento del personal de las Cámaras, usar condecoraciones y otros permisos. Otras facultades caen bajo el campo de la función jurisdiccional, por ejemplo, la materia de responsabilidad de los servidores públicos a que se refieren los artículos 108 al 114 del Título Cuarto de la Constitución.
- b) Los otros poderes realizan actos legislativos desde el punto de vista orgánico, por ejemplo, cuando el Presidente de la República expide los reglamentos

administrativos, de conformidad con la fracción I del artículo 89 de la Constitución. Estos actos son formalmente administrativos, pero materialmente son actos legislativos con las mismas características de la Ley.

Se entiende que el acto típico de la función legislativa es la Ley, que puede definirse como una manifestación de voluntad que tienen como fin producir una situación jurídica general; por su parte **García Oviedo** define a la Ley en los siguientes términos: "La Ley en su sentido general es toda norma jurídica o regla de derecho. En este sentido amplísimo se considera ley todo precepto jurídico sea cual fuere la autoridad de quien imane, la forma de que se revista y el contenido que la integre".³⁴

El acto legislativo materialmente considerado –la Ley- tiene estos caracteres:

- a) Es una norma de conducta, abstracta e impersonal, expedida para un número indeterminado de casos, que se aplica a todos los que se colocan en los supuestos de la Ley, además, regula la vida social y se apoya en los artículos 1, 2, 4, 12 y 13 de la Constitución, que reconoce el principio de igualdad.
- b) Es una norma general y permanente. Es un acto-regla creador de situaciones jurídicas generales. La función legislativa no realiza actos materiales, ni alude a situaciones jurídicas particulares.
- c) Es una norma obligatoria. El acto legislativo es obligatorio para todos los que se encuentran en la situación fijada por la Ley y no se refiere a un caso concreto o particular o privilegio porque sería una ley privativa violatoria del artículo 13 constitucional.

³⁴ García Oviedo, Carlos. *Derecho Administrativo*. 7ª edición. Editorial Eisa. Madrid. 1959. Página 125.

- d) El acto legislativo es imperativo, ya que el Estado impone la obligación de someterse a la Ley y está provista de una sanción que son medios adecuados para su debido cumplimiento. El carácter imperativo de una norma deriva de los términos de la Ley o de sus propósitos o fundamentos, como en el caso de las garantías individuales o de las leyes de organización. Por lo que se refiere a las leyes supletorias están sujetas a una condición para su aplicación.
- e) La sanción o coercibilidad, es de naturaleza diversa porque en unos casos es una coacción material y en otros una sanción jurídica o una garantía de la vida social, las garantías de orden público o la propia Administración.

A lo anterior será necesario agregar que la Ley suprema de toda la Unión se forma con los siguientes actos legislativos:

- a) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- b) Las leyes ordinarias.
- c) Todos los tratados que estén de acuerdo con la Constitución.
- d) Los decretos.
- e) Son también leyes, las leyes temporales como la Ley de Ingresos de la Federación y todas aquellas que reconocen este carácter.

Los actos administrativos que materialmente realiza el Poder Legislativo están expresamente señalados en la Constitución, como en los casos a que se refieren las siguientes fracciones del artículo 73; I, II, III, IV, V, XII, XXVI, XXVIII; y artículo 76, fracciones II, III, IV.

Materialmente el Poder Legislativo realiza funciones jurisdiccionales como en los casos siguientes: artículo 74, Fracciones I, V, VII; artículo 76, fracciones V,VI,VII.

Función Jurisdiccional.

La función jurisdiccional corresponde a otro grupo de actividades del Estado y se manifiesta en su acto fundamental que es la sentencia, al igual que la Ley corresponde a la función legislativa y la decisión a la administrativa.

La expresión jurisdicción viene del latín *jurisdictio*, que significa “decir el derecho”.

La función jurisdiccional es la función que normalmente se encarga al Poder Judicial y se define como la acción jurídica encaminada a la declaración del derecho, en ocasión de un caso determinado, contencioso o no y con fuerza de cosa juzgada.

La función jurisdiccional originalmente nace de la incertidumbre o el conflicto de intereses que el Estado tiene que resolver para procurar la seguridad de sus habitantes quienes no pueden hacerse justicia por su propia mano, según lo establece el artículo 17 constitucional. Esta función subsume un caso concreto bajo la norma abstracta y dice cuál es la fuerza que le corresponde en virtud de la autoridad del Estado y las consecuencias jurídicas que se han de seguir de él; o sea que la función jurisdiccional tiene como fin el respeto de la norma que ha sido producto de la función legislativa, al darle definitividad a la sentencia, que adquiere la calidad de cosa juzgada, por la cual no podrá ser modificada.

La función jurisdiccional, desde el punto de vista formal alude a la organización constitucional que asigna la tarea de ejercer dicha función al Poder Judicial de la Federación, fundamentalmente para preservar el Derecho; o sea, que es la actividad que normalmente corresponde al Poder Judicial. Todos estos actos deben considerarse

formalmente jurisdiccionales; su propósito es realizar la justicia en el marco que establecen las leyes.

El Poder Judicial se encuentra señalado en el Capítulo Cuarto del Título Tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De acuerdo al artículo 94, el Poder Judicial de la Federación se deposita en la Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, en Juzgados de Distrito, en un Consejo de la Judicatura Federal.

Por excepción el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo realizan materialmente actos jurisdiccionales. Esos casos son por lo que se refiere al Poder Legislativo, el artículo 74, fracciones V y VII de la Constitución, el artículo 76, fracciones V, VI y VII de la misma. Y por lo que se refiere al Poder Ejecutivo, cuando interviene en las numerosas controversias agrarias, obreras, fiscales y laborales de los servidores públicos.

No podemos llamar función jurisdiccional a la facultad a la facultad de que tiene el Congreso de la Judicatura Federal –de acuerdo con el artículo 97 constitucional- para nombrar a los magistrados de Circuito y a los jueces de Distrito, ni la expedición de reglamentos a que alude el artículo 12, fracción XX de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación: “Expedir los reglamentos interiores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tribunales de Circuito y de los juzgados de Distrito”.

Esta dispersión de funciones es lo que obliga a estudiar la función jurisdiccional, en un sentido material.

Entre el acto legislativo y el acto jurisdiccional, la diferencia, en principio, es desde luego evidente. El primero es creador de situaciones jurídicas generales, en tanto que el segundo, es creador de una situación jurídica particular.

La diferencia es más difícil de señalar entre el acto administrativo y el acto jurisdiccional, porque ambos son ejecutivos, creadores de situaciones jurídicas individuales, hasta llegar a considerarse, bajo esta perspectiva, no diferentes.

La función jurisdiccional es una actividad del Estado subordinada al orden jurídico y atributiva, constitutiva o productora de derechos, en los conflictos concretos o particulares que se le someten para comprobar la violación de una regla de derecho o de una situación de hecho y adoptar la solución adecuada. Esta actividad da solución a un conflicto de intereses.

La finalidad del acto jurisdiccional es declarar imparcialmente el derecho en los casos controvertidos o de conflictos que son de su competencia. Es una actividad de ejecución de la Ley hecha por el Poder Judicial, pero que responde a motivos, efectos y fines diversos de los fines administrativos.

La relevancia de las formas contenciosas del proceso es evidente. En todo acto jurisdiccional estamos en presencia de un conflicto de intereses, que amerita la intervención judicial para mantener o declarar el derecho o la naturaleza del derecho controvertido. Establecida la *litis*, ofrecidas las pruebas, la sentencia es la culminación de este proceso.

La naturaleza jurídica de la sentencia descubre la intensión de la ley y aplica al caso en debate como objeto exclusivo de la resolución. El juez actúa de acuerdo con la lógica jurídica en forma análoga a la silogística. La sentencia modifica el orden jurídico. Al crear nuevos efectos jurídicos que no se presentaban en el derecho original de las partes.

La autoridad de cosa juzgada, al establecer la verdad legal y los medios efectivos para realizarla, define el derecho, lo estabiliza y concreta, con eficacia definitiva. Uno

de sus caracteres es establecer el orden jurídico violado. Pero, además, proveerlo de toda eficacia que se requiere para su cumplimiento, para sancionar o resarcir los daños causados, con el pago de daños y perjuicios.

El acto jurisdiccional es imparcial, hace cierto y establece el derecho dudoso o incierto. Al aplicar el derecho da solución a un conflicto que se ha planteado al juez.

Por otra parte, tenemos a los actos de jurisdicción voluntaria, a los que es posible describir como aquellos actos, sin litigio o conflicto en que interviene el juez en un procedimiento especial, para tutelar el orden jurídico.

La jurisdicción voluntaria tiene de característico que en ella no se promueve cuestión alguna entre partes determinadas; que es un procedimiento sin partes. En ella las cuestiones que se decidan no tienen ni pueden tener un carácter contencioso; es decir, no se refieren a asuntos litigiosos.

Las resoluciones practicadas en jurisdicción voluntaria no constituyen, se entiende, cosa juzgada, ni verdad legal, en virtud de que pueden ser modificadas por el mismo juez que las proveyó.

Aplicando este criterio de análisis sobre los actos jurídicos, se puede decir que la jurisdicción voluntaria son actos formalmente jurisdiccionales, y materialmente administrativos.

Los actos de jurisdicción voluntaria, se entiende entonces, son actos administrativos materialmente realizados por el juez.

Se ha descrito que si el criterio formal resulta insuficiente para caracterizar a la función jurisdiccional, es necesario, entonces, considerar el criterio material, es decir, no

partir del órgano que realiza la función y entender los elementos propios, lógicos o naturales del actos jurisdiccional.

Función Ejecutiva o Administrativa

Apuntado que los fines del Estado señalan los propósitos generales o metas para alcanzar que sean incorporados a los textos constitucionales y desarrolla la legislación administrativa.

El poder del Estado, unitario y coactivo, desenvuelve su actividad mediante las funciones del mismo. La competencia, atribuciones o cometidos, constituyen la forma de ejercicio de las funciones; y estas funciones del Estado comprenden a la función legislativa que tiene como acto básico la Ley, a la función administrativa el acto administrativo y la función jurisdiccional a la sentencia.

Comprendiendo el criterio formal y el material, es posible afirmar, que la función administrativa es la actividad que normalmente corresponde al Poder Ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos o particulares y a los actos materiales, que tienen por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades que le corresponden en sus relaciones con otros entes públicos o con los particulares, reguladas por el interés general y bajo un régimen de policía o control.

La importante actividad que corresponde a la función administrativa es dirigida por el Derecho Administrativo, que forma el conjunto de normas que rigen a la Administración Pública, a los servicios públicos y demás actividades relacionadas con dicha función, que corresponde normalmente o formalmente a Poder Ejecutivo Federal.

La función administrativa puede ser estudiada desde ambos puntos de vista, el formal y el material. El punto de vista formal u orgánico, considera al poder que realiza el acto administrativo, sin tomar en cuenta cualquier otra estimación. El punto de vista material considera la naturaleza interna del acto, definiéndolo con sus caracteres propios o naturales.

Los aspectos siguientes señalan los elementos de esta función:

- a) Se trata de una función jurídica del Estado.
- b) Los actos concretos que la conforman, se realizan con la intención de crear y hacer funcionar un servicio público y al cumplimiento concreto de los fines que la legislación contiene.
- c) La creación de un orden jurídico administrativo, llamado Derecho Administrativo, que se aplica a la Administración Pública y a las personas que establecen relaciones con ella.

Desde el punto de vista formal, la función administrativa es la actividad que normalmente realiza el Poder Ejecutivo. Esta definición es, en gran medida, aceptable, si se atiende a los principios contenidos en nuestra Constitución que concentra en dicho poder la casi totalidad de las facultades administrativas.

Para determinar la naturaleza de la función administrativa, en este caso la Federal, se alude en forma exclusiva al órgano que realiza la función, o sea, el Poder Ejecutivo Federal. Todos los actos jurídicos y materiales que tiene a su cargo el Poder Ejecutivo Federal, se denominan actos formalmente administrativos. Los anteriores se contienen en los artículos 80 a 93 del Capítulo Tercero del Título Tercero de la Constitución.

De acuerdo con lo señalado por el artículo 80 constitucional en nuestro país el Poder Ejecutivo recae en una sola persona a la cual se le denomina Presidente de los Estados Unidos Mexicanos; de lo anterior se observa que se prohíbe se delegue en junta alguna o en un cuerpo colegiado.

En el artículo 89 de la Constitución se señalan en principio, las facultades del Poder Ejecutivo Federal. Otros preceptos de la Constitución amplían la esfera de competencia del mismo poder. Formalmente los actos de los órganos administrativos, centralizados y paraestatales, se incluyen en el concepto de la función administrativa.

En el artículo 89 constitucional se establecen las facultades y obligaciones del Presidente, entre las cuales están las de: Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión; nombrar y remover a los secretarios de despacho; remover a los agentes diplomáticos y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la constitución o en las leyes; nombrar los ministros, agentes diplomáticos y cónsules generales con aprobación del Senado; nombrar con aprobación del Senado los coroneles y oficiales superiores del ejército, armada y fuerza aérea nacionales y los empleados superiores de Hacienda; disponer de la totalidad de la fuerza armada permanente; disponer de la guardia nacional; declarar la guerra de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la Unión; designar al Procurador General de la República; dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales con la aprobación del Senado; convocar al Congreso a sesiones extraordinarias; habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas y designar su ubicación.

De acuerdo con lo que se establece en el artículo 90 de nuestra Carta Magna la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal y se organizará conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y

Departamentos Administrativos y que, además, definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

El criterio que se ha descrito, el formal de esta función, es aplicable porque normalmente el ejercicio de la función administrativa corresponde al Poder Ejecutivo. Sin embargo, es preciso hacer algunas consideraciones que revelan, en los textos constitucionales, dos situaciones importantes:

- a) Tanto el Poder Legislativo, como el Poder Judicial, realizan por excepción, en casos muy limitados y explícitos, actos que por su propia naturaleza son actos administrativos; por ejemplo: el nombramiento de empleados en ambos poderes; los problemas no contenciosos de límites entre las entidades federativas que conoce el Poder Legislativo; los actos de jurisdicción voluntaria, que se analizaron anteriormente, y de que tiene conocimiento el Poder Judicial.
- b) También resulta inconveniente llamar actos administrativos a los actos que tienen una naturaleza jurídica diversa. Aunque sean realizados por el propio Poder Ejecutivo; por ejemplo: el ejercicio de la facultad reglamentaria, así como los numerosos decretos creando órganos administrativos, que son actos materialmente legislativos; y la resolución de controversias en material agraria, obrera, fiscal, y de aplicación de la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado, que son actos que materialmente corresponden a la función jurisdiccional.

Es visto, pues, que la función administrativa es una de las funciones del Estado que se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos y a los actos materiales que con ella se relacionan, que tienen por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades que le corresponden, en sus relaciones con otros entes públicos o con los particulares, bajo un régimen de policía.

Ahora bien, de los razonamiento anteriores, se observa que la función administrativa contiene los siguientes elementos:

- a) Es una función del Estado que la doctrina y la legislación asignan, por regla general, al Poder Ejecutivo Federal. El artículo 89 de la Constitución determina la competencia de este órgano.

La función administrativa es la función que corresponde al Poder Ejecutivo, por su propia tradición y por los elementos que orientan la acción propia de este poder.

- b) Se realiza bajo un orden jurídico de derecho público. Las funciones tienen como carácter general, la de desenvolverse dentro del orden jurídico. Este orden tiene diferentes contenidos cuando se refiere a cada una de las funciones del Estado.

Es necesario precisar que en el Derecho Administrativo establece un régimen de derecho público, aunque en algunas situaciones la doctrina discute si debe o no aplicarse un régimen de derecho privado como excepción a la regla general.

La sumisión al orden jurídico determina el régimen aplicable, de derecho público o privado. Es una función del Estado subordinada a la Ley, por la cual se crea una situación de derecho subjetivo, que fija sus condiciones límites y puede incluso revocarse. Toda Ley administrativa realiza una determinada finalidad. El desvío de poder se refiere a dar a la Ley una finalidad que no le corresponde.

- c) La finalidad de la función se cumple con la actuación de la autoridad, que lo hace de oficio y con iniciativa para actuar; la función administrativa no supone un conflicto preexistente, ni resuelve controversias. Cuando el Estado actúa es sujeto de la relación sobre la que se incide, es parte interesada. Los actos de la

función administrativa tienen un fin: la prestación de un servicio o la realización de actividades reguladas por el interés público.

- d) La limitación de los efectos jurídicos de los actos administrativos. La función administrativa es una función práctica, concreta, particular, sus efectos son limitados y circunstanciales. Por ello, el reglamento no es un acto administrativo, sino un acto materialmente legislativo, por su propia proyección general, a diferencia del acto administrativo, que es un acto de aplicación limitada. Actualizar la ley a los casos particulares es realizar una acción administrativa.

Los límites de concretos de la función administrativa, individuales y particulares pone en relación la Ley y la voluntad del funcionario.

- e) Los medios como se realiza la función. La función administrativa tiene estas otras actividades: planear, coordinar, uniformar y hacer los presupuestos.

Estos actos son: actos materiales y actos jurídicos de efectos limitados. En la teoría realista del derecho corresponden a los actos jurídico administrativos, el acto-condición y el acto subjetivo.

- f) El régimen de policía o régimen de control de todas las actividades administrativas. El derecho administrativo hace intervenir una noción, que es fundamental: el régimen de los poderes de política. La función administrativa se realiza por los medio de policía del Estado, sin los cuales carecería de facticidad el orden jurídico administrativo.

- g) La función administrativa implica la realización de todos los actos materiales como antecedentes del acto jurídico o como medios necesarios que hacen posible el cumplimiento de la ejecución de la Ley.

A las consideraciones anteriores, será necesario agregar que la función administrativa es designada bajo la denominación de función ejecutiva, pero aclarando que el primer concepto es más extenso y el segundo es de contenido diferente. Se afirma que el Estado tiene dos tareas: hacer la Ley y ejecutarla, en este sentido el concepto de ejecución comprende las dos funciones esenciales: la administrativa y la jurisdiccional.

Por otro lado, algunos autores determinan la identidad entre lo administrativo y lo ejecutivo. La función administrativa concreta el acto, pone los medios para su cumplimiento. Es la fase última de una reacción jurídica que culmina con un acto subjetivo. El acto administrativo tiene un contenido mayor que el acto de ejecución. Hay actos administrativos que no es posible catalogarlos como actos de mera ejecución de la Ley. Además, será preciso diferenciar el acto administrativo del acto de gobierno. El gobierno tiene a su cargo la dirección u orientación de los órganos del Estado. Cuando el gobierno decide adherirse a un organismo internacional, suscribir los acuerdos internacionales sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y otros, estos actos corresponden a la función gubernamental y no a la administrativa.

Hay normas o principios de política general que son indispensables para señalar el rumbo de un gobierno, sus características, sus propósitos en la acción de conjunto del Estado.

El Estado también administra dando servicios en sus planteles escolares, en los hospitales, aplicando normas de policía y de tránsito, proporcionando agua potable y otros menesteres que tiene a su cargo. La orientación política administrativa, por que de

otro modo, se intensifica o disminuyen sus **actividades**, se les da un sentido u otro, se realizan en un determinado lugar o por el contrario se señalan otras zonas. La función administrativa, la Administración en sentido **objetivo**, es una actividad compleja que puede consistir tanto en la actuación de la función ejecutiva como de la legislativa o de la jurisdiccional.

En síntesis, y citando la opinión de **Sayagués Laso**, será posible definir la función administrativa "como la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición y operaciones materiales."³⁵

Las Atribuciones del Estado.

Como se ha estudiado, las funciones son las formas de actuar del Estado y que se reflejan en un conjunto de actividades que podremos llamar de atribuciones que comprenden el contenido de la actividad del Estado y siendo éstas medios para alcanzar determinados fines, se hacen tangibles a través del ejercicio de las facultades, prerrogativas y cometidos, que se asignan a los órganos del Estado para la consecución de sus fines y cuya actividad en función de su relación con los particulares, se clasifica en:

- a) Atribuciones del Estado para reglamentar la actividad privada.
- b) Atribuciones que tienden al fomento, limitación y vigilancia de la misma actividad; y

³⁵ Sayagués Laso, Enrique. *Op cit.* Página 46.

- c) Atribuciones para sustituirse total o parcialmente a la actividad de los particulares, o para combinarse con ella en la satisfacción de una necesidad colectiva.

Ahora podemos diferenciar en resumen los conceptos fines, funciones, atribuciones y actividad del Estado diciendo que los fines son el propósito que el Estado pretende alcanzar, concretizados en el **bien público**; las funciones son las diferentes formas en que se da a conocer la actividad estatal; las atribuciones son el contenido de esa actividad que se manifiesta en tareas o cometidos específicos para cada órgano; y la actividad estatal es la expresión material de la actuación de los órganos.

4. LA ACTIVIDAD FINANCIERA DEL ESTADO Y EL DERECHO FINANCIERO.

La organización y funcionamiento del Estado encaminado a la consecución de sus fines supone para éste la realización de gastos y la consecución de los recursos económicos indispensables para cubrirlos, lo cual origina la actividad financiera del Estado. **Rosy**, (citado por **Rodríguez Lobato** en su obra *Derecho Fiscal*), señala que “lo financiero es la actividad del Estado consistente en determinar el costo de las necesidades estatales y las generales de los habitantes de un país, la determinación de los medios dinerarios para atenderlas y su forma de obtención, la obtención misma de tales medios, su administración y la realización dineraria de aquellas necesidades”.³⁶

Según **Valadés Costa**, la actividad financiera del Estado “...es aquella relacionada con la obtención, administración o manejo y empleo de los recursos monetarios indispensables para satisfacer las necesidades publicas”.³⁷

³⁶ Rodríguez Lobato, Raúl. *Derecho Fiscal*. 2ª edición. Editorial Harla, S.A. México. 1994. Página 3.

³⁷ *Ibidem*. Página 3.

Por su contenido y efectos la actividad financiera del Estado constituye un fenómeno económico, político, jurídico y sociológico. Económico porque se trata de la obtención, administración o manejo y empleo de recursos monetarios. Político porque forma parte de la actividad del Estado, como entidad soberana, para el cumplimiento y el logro de sus fines. Jurídico porque en un Estado de Derecho se encuentra sometida al Derecho Positivo. Sociológico por la influencia que ejerce y los efectos que produce sobre los diversos grupos de la sociedad que operan dentro del Estado.

Corresponde, entonces al Derecho Financiero, el estudio general del aspecto jurídico de la actividad financiera del Estado en sus tres momentos, el de la obtención, el de la administración o manejo y el del empleo de los recursos monetarios.

Es evidente entonces que estamos ante la idea de necesidades y satisfactores: obtención de recursos, manejo de medios y, finalmente, el pago que representará la realización de esas actividades. Es aquí donde aparecen las Finanzas Publicas y que en términos generales nos dan la idea de dinero, pero que precisaremos a continuación.

La palabra finanzas se deriva de la voz latina *finer*, que significa "terminar, pagar". Así, el concepto de finanzas hace referencia a todo lo relativo a pagar, y relaciona no solo el acto de terminar con un adeudo, de pagar, sino también la forma de manejar aquello con que se paga y la forma en que se obtuvo a fin de estar en posibilidad de pagar. Es así que, por finanzas debemos entender la materia relativa a los recursos económicos.

La Hacienda, término que en francés deriva de la palabra *finances*, es sinónimo de finanzas. Para explicar la evolución del concepto de la Hacienda Publica, **Jacinto Faya Viesca**, citando a **Maurice Duverger**, dice "...en la concepción clásica, es la ciencia de los medios por los que es Estado procura y utiliza los recursos necesarios para la cobertura de los gastos públicos, mediante el reparto entre los individuos de las cargas

restantes; en la concepción moderna, es la ciencia que estudia la actividad del Estado cuando utiliza medidas especiales, llamadas medidas financieras: gastos, tasas, impuestos, empréstitos, medidas monetarias, presupuestos, etc.”.³⁸

Para Retchkiman, “...la economía pública (pues considera las finanzas indistintamente de la economía) trata de la manera en que se obtienen los objetivos gubernamentales, y también, del modo en que se llega a decisiones del sector público de la economía, y de cómo estas decisiones son ejecutadas y controladas”.³⁹

Según Ernesto Flores Zavala, la Ciencia de las Finanzas Públicas tendrá por objeto “...investigar las diversas maneras por cuyo medio el Estado o cualquier otro poder público se procura las riquezas materiales necesarias para su vida y funcionamiento y también la forma en que estas riquezas serán utilizadas. Conforme con esta definición, dicha ciencia comprende dos partes fundamentales: la que se refiere a las reglas que norman la percepción de los ingresos del Estado o de cualquier otro poder público (federación, entidades federativas, municipios), y la que se refiere a la aplicación correcta, por parte de los poderes públicos, de sus ingresos”.⁴⁰

Aplicando a nuestro campo este concepto, las Finanzas Públicas constituyen la materia que comprende todo el aspecto económico del ente público y que se traduce en la actividad tendiente a la obtención, manejo y aplicación de los recursos con que cuenta el Estado para la realización de sus actividades y que efectúa para la consecución de sus fines.

Dentro del marco de las normas jurídicas que regulan la actuación del Estado para obtención, manejo y aplicación de los recursos necesarios para la consecución de

³⁸ Faya Viesca, Jacinto. *Finanzas Públicas*. 2ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1986. Página 1.

³⁹ Retchkiman, K. Benjamín. *Teoría de Las Finanzas Públicas*. Tomo I. 2ª edición. UNAM. México. 1987. Página 22.

⁴⁰ Flores Zavala, Ernesto. *Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas*. 30ª edición. Editorial. Porrúa, S.A. México. 1993. Página 10.

sus fines, encontramos que en sentido estricto no existe una disciplina plenamente estructurada que en forma homogénea sistematice el conjunto de normas relativas a las Finanzas Públicas. Para ello sería necesario integrar en un todo orgánico normas constitucionales, sustantivas, procesales y penales, que regulen los variados aspectos que comprenden las Finanzas Públicas.

En diversas épocas ha habido manifestaciones en este sentido, es más, se ha pretendido estructurar disciplinas más específicas, como Derecho Presupuestario, Derecho Monetario, Derecho Patrimonial del Estado, Derecho Crediticio y Derecho Tributario, aunque sin alcanzar un éxito concreto.

La realidad es que desde el punto de vista científico no es posible hablar del Derecho Financiero como disciplina autónoma, asimismo tampoco es posible hacerlo en el caso de las demás disciplinas mencionadas. Sin embargo, para una mejor comprensión es tan posible como necesario, ya que se puede alcanzar la unificación homogénea de normas y principios que trata esta materia en particular. Caso concreto es el relativo al Derecho Tributario, que tiene principios e instituciones propios con características particulares y una legislación y procedimientos exclusivos que nos permiten hablar de uniformidad en su regulación.

5. EL DERECHO FISCAL. CONCEPTO.

Sabemos ya que el Estado obtiene sus recursos por muy diversos medios, principalmente por la explotación de sus propios bienes y por el manejo de sus empresas, así como por el ejercicio de su poder de imperio con base en el cual establece las contribuciones que los particulares deberán aportar para los gastos públicos. Finalmente, su presupuesto se complementará con otros mecanismos financieros, que en calidad de empréstitos vía crédito interno o externo, obtendrá de otros entes.

Dada la mencionada actividad financiera del Estado es claro que da origen a una necesaria relación de interdependencia entre este y sus gobernados; y que el trasfondo de esta relación es de carácter eminentemente económico, puesto que si el Estado necesita de elevados recursos económicos para implementar lo que el **Dr. Serra Rojas** llama “las funciones públicas”,⁴¹ lo justo y apropiado es que tales recursos deban generarse, en gran parte, de las aportaciones proporcionales derivadas de los ingresos, rendimientos o utilidades obtenidas por los ciudadanos que, gracias a la existencia de esos satisfactores públicos, cuentan con el tiempo y con las oportunidades adecuadas para llevar a cabo sus actividades productivas.

A partir de la anterior consideración podremos afirmar que esa relación recíproca en virtud de la cual los particulares se desprenden de parte de su ingreso para sufragar los gastos públicos debe ser esencialmente de carácter jurídico, es decir, debe encontrarse regida por leyes.

Ya situados dentro de la materia y delimitadas las áreas de referencia podremos definir al Derecho Fiscal y su campo de acción, haciendo la consideración inicial de que pertenece al Derecho Financiero. Así que, cuando enfocamos esta materia exclusivamente hacia la obtención de recursos estamos frente al llamado Derecho Fiscal, el cual comprende el conjunto de normas que regulan la actuación del Estado para la obtención de recursos y las relaciones que se generan con esa actividad.

El término **fiscal** proviene de la voz latina *fisco*, tesoro del Emperador, al que las provincias pagaban el *tributum* que les era impuesto. A su vez la palabra **fisco** se deriva de *fiscus*, nombre con el que inicialmente se conoció la cesta que servía de recipiente en la recolección de los higos y que también utilizaban los recaudadores para

⁴¹ Serra Rojas, Andrés. *Derecho Administrativo*. Primer Curso. 18 ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1997. Páginas 39 a la 42.

recolectar el *tributum*. De aquí que todo tipo de ingreso que se recibía en el fisco tenía el carácter de ingreso fiscal.

De esta manera llegamos a la consideración de que desde el punto de vista del Derecho Sustantivo encontramos que lo fiscal se extiende a todo tipo de ingresos de derecho público que percibe la Federación, que conforme al Código Fiscal de la Federación se integran por impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras, derechos, productos, aprovechamientos y sus accesorios, todos regulados en nuestro sistema jurídico por la Ley de Ingresos de la Federación que anualmente emite el Congreso de la Unión, por lo que podemos afirmar que el Derecho Fiscal regula todo lo relativo a los ingresos que el Estado obtiene en el ejercicio de sus funciones.

6. LAS FACULTADES DE LA AUTORIDAD FISCAL.

Está entendido que cuando el pueblo expresa su voluntad soberana para formar el Estado, plasma en su Constitución la organización y funcionamiento de sus órganos legislativos, los cuales quedan sometidos al orden jurídico en el ejercicio de sus atribuciones necesarias para su desempeño. De esta manera de la fuerza del Estado se transforma en poder público, sometido al derecho, que le sirve de medida en su manifestación, ya que toda su actuación deberá realizarse dentro del marco señalado por él.

Con base en lo anterior algunos autores dicen que es posible definir la potestad tributaria del Estado como el poder jurídico del Estado para establecer las contribuciones forzadas, recaudadas y destinarlas a expensar los gastos públicos; y que ese poder tributario es exclusivo del Estado y éste lo ejerce, en primer lugar, a través del Poder Legislativo, pues en observancia del principio de legalidad este Poder expide las leyes que establecen los tributos y que deben contener los elementos esenciales de los mismos;

en segundo lugar, a través del Poder Ejecutivo, pues éste debe aplicar la ley tributaria y proveer en la esfera administrativa para su cumplimiento y en ocasiones, cuando está facultado por la ley, debe dirimir las controversias entre la Administración y el gobernado que surgen con motivo de la aplicación de la ley impositiva; y, finalmente, a través del Poder Judicial, cuando éste dirime las controversias entre la Administración y el gobernado o entre el Poder Legislativo y el gobernado sobre la legalidad o la constitucionalidad de la actuación de dichos poderes, es decir, el Administrativo o Ejecutivo y el Legislativo.

Se observa, bajo esta perspectiva que la potestad tributaria del Estado comprende tres funciones: la normativa, la administrativa y la jurisdiccional, para cuyo ejercicio el Estado tiene facultades de legislación, de reglamentación, de aplicación, de jurisdicción y de ejecución que ejercen los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, según la competencia que les confieren las leyes.

Por otro lado existe la concepción de que no existe la potestad tributaria, sino el conjunto de facultades o cometidos del Estado en materia tributaria, es decir, que existen múltiples actividades o tareas que el derecho pone a cargo de las entidades públicas, y la actividad recaudadora así como su regulación, sería una de ellas. De este modo y siguiendo la teoría de los cometidos, cuyo principal exponente es **Enrique Sayagués Laso**, quien propone que "...los cometidos son las diversas actividades o tareas que tienen a su cargo las entidades estatales conforme al derecho vigente, en las que su externación es muy variable y dependen de las ideas predominantes acerca de los fines del Estado";⁴² y de acuerdo a esta concepción, es posible afirmar que esta actividad es un cometido estatal que se encuentra justificado y plasmado en el ámbito constitucional en el artículo 3, fracción IV de la Constitución al ordenar que son obligaciones de los mexicanos: "IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del estado o municipio en que residan, de la manera proporcional y

⁴² Sayagués Laso, Enrique. *Op cit.* Página 50.

equitativa que dispongan las leyes.”. Por otro lado, se establece el cometido al facultarse al Congreso de la Unión, “para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el presupuesto.”(Fracción VII, artículo 73 constitucional.); además, el cometido estatal relacionado a la recaudación, así como al establecimiento de las bases legales que se observarán se asientan en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 31, sobre las facultades de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, órgano integrante de la Administración Pública Federal; así como en las leyes fiscales.

7. LA GARANTIA INDIVIDUAL. CONCEPTO.

La misión de la Constitución de un Estado de Derecho no queda cumplida al incluir únicamente una parte orgánica, que constituye el conjunto de normas constitucionales que determinan los órganos del Estado, sus relaciones sus facultades y los procesos fundamentales por los que las ejercitan; es decir, a organizar al Estado y dotarlo de los órganos necesarios para el ejercicio de sus competencias; sino que, además, tiene que limitar en diversos sentidos las facultades otorgadas a las autoridades estatales. Estas limitaciones pueden ser de dos clases:

- a) Limitaciones formales o de procedimiento; y
- b) Limitaciones materiales o de contenido.

Las primeras son aquellas que determinan los causas necesarios por los que los órganos estatales deben ejercitar sus facultades para que las normas jurídicas que emitan puedan ser consideradas válidas, es decir, obligatorias. Ejemplo de este tipo de limitaciones lo encontramos en el proceso legislativo; no basta que el órgano legislativo federal esté capacitado para dictar leyes, sino que es necesario para la creación de la norma general obligatoria se siga un procedimiento determinado, que debe ser observado con exactitud. La inexistencia de estas limitaciones formales produce la arbitrariedad si,

además, se tiene en cuenta el principio, de que facultada dada a un órgano del Estado se entiende otorgada de modo ilimitado, a menos que expresamente se la limite.

El segundo tipo de limitaciones establecidas a los órganos estatales se encuentran consignadas en la parte dogmática de la Constitución, es decir, en las llamadas Garantías Individuales. Estas constituyen las expresas limitaciones que sufren los órganos del Estado en sus facultades por lo que respeta al contenido de éstas. Las garantías constituyen la antítesis del principio de la ilimitación de las competencias otorgadas a las autoridades estatales: por virtud de aquéllas, los órganos del Estado no pueden dar un contenido a las normas que creen en ejercicio de sus competencias. En otras palabras: la Constitución determina cuál debe ser el contenido que los órganos del Estado pueden dar a las normas que dicten en ejercicio de sus funciones. De acuerdo con el tratadista **Ulises Schmill Ordóñez**, esta determinación constitucional de los contenidos de las normas del Derecho puede ser hecha de tres formas posibles:

1. **“Determinación positiva:** se establece el contenido que de modo necesario toda norma jurídica debe tener.
2. **Determinación negativa:** se establece el contenido que nunca deben tener las normas jurídicas, es decir, se establecen ciertos contenidos que deben estar excluidos de las normas jurídicas.
3. **Determinación condicional o potestativa:** se establece el contenido que en ciertos casos los órganos del Estado, potestativamente, pueden dar a las normas jurídicas que emitan”.⁴³

Con base en lo anterior, este autor ofrece el siguiente concepto de las Garantías Individuales:

⁴³ Schmill Ordoñez, Ulises. *El Sistema De La Constitución Mexicana*. Página 362.

Las Garantías Individuales son "...el conjunto de normas constitucionales que determinan los contenidos necesarios, excluidos o potestativos de las normas que integran el orden jurídico".⁴⁴

En su aspecto etimológico la palabra **garantía** proviene del término anglosajón *warranty* o *warrantie*, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (*to Warranty*), por lo que tiene una connotación muy amplia. **Garantía** equivale, pues, en su sentido lato, a **aseguramiento** o **afianzamiento**, pudiendo denotar también **protección**, **respaldo**, **defensa**, **salvaguardia** o **apoyo**. Jurídicamente, el vocablo y el concepto **garantía** se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas.

El concepto **garantía** en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada, jurídicamente, en que la autoridad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación del orden constitucional.

Por su parte el maestro **Alfonso Noriega C.**, siguiendo la corriente **jus-naturalista**, identifica a las Garantías Individuales con los llamados **derechos del hombre**, sosteniendo que estas garantías "...son derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social".⁴⁵

⁴⁴ *Ibidem*. Página 363.

⁴⁵ Noriega C., Alfonso. *La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917*. UNAM. México. 1967. Página 111.

Las llamadas Garantías Individuales, son también mencionadas como Garantías Constitucionales, Garantías del Gobernado, Derechos del Hombre, Derechos Fundamentales, Derechos Públicos Subjetivos o Derechos del Gobernado.⁴⁶

Es una relación jurídica de supra o subordinación entre el gobernado y el Estado y sus autoridades, prevista y regulada por la Ley Fundamental, cuyo objeto es un derecho público subjetivo en favor del gobernado, implicando además, una obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar ese derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo.

En resumen, la función esencial de las Garantías Individuales es la de establecer las limitaciones materiales a las que se encuentran sujetos los órganos estatales en el ejercicio de sus facultades.

Estas garantías o derechos, en su primer origen, no son elaboraciones de juristas, politólogos, o sociólogos; ni nacen como producto de una reflexión de gabinete. Son auténticas vivencias de los pueblos o de grupos que constituyen a estos, quienes se las arrancan al soberano para lograr el pleno reconocimiento de libertades y atributos, que se supone corresponden a la persona humana por el simple hecho de tener esta calidad.

Así, **André, Hauriou**, dice que "...las diversas precisiones que hasta el presente hemos hecho acerca de los datos sociológicos de los movimientos constitucionales nos han permitido hacer notar que estos movimientos, iniciados en diversos casos, por la acción de las clases medias, no se desenvuelven sino cuando son queridos por el conjunto de la nación, o en todo caso, por la mayoría de ésta y se les cree capaces de aportar una liberación de la nación en cuanto cuerpo y de los ciudadanos en cuanto individuos. Pero hay que darse cuenta de que las evoluciones de este tipo no se realizan sin provocar, frecuentemente vivas resistencias, pues es raro que los detentadores del

⁴⁶ Burgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 161.

poder acepten de buen grado abandonar su posición o incluso compartirla. No resulta, pues, sorprendente que el movimiento constitucional esté jalonado por revoluciones".⁴⁷

Existe un consenso general de que es en Inglaterra donde aparece el primer ejemplo claro de la creación de garantías constitucionales, mediante la proclamación de la Carta Magna expedida el 15 de junio de 1215. El Propio **Hauriou** se refiere a este documento afirmando aunque la Gran Bretaña haya gozado de un movimiento constitucional a la vez amplio y armonioso, ha conocido también revoluciones como la de 1215, año en que los barones ingleses obligaron a Juan sin Tierra al otorgamiento de la Carta Magna, después de que éste fue derrotado en el Continente en Bouvines y en Roche-aux-Moines.⁴⁸

En el caso ocurrido con el movimiento conocido como la Revolución Francesa que culmina con una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y que se continúa en las revoluciones de independencia de los que después constituirían los países americanos, aunque en ellas lo que principalmente se perseguía era la plena autonomía política, y no simplemente el obtener ciertos reconocimientos de derechos pero bajo la soberanía de los países colonialistas. Y estas observaciones resultan trascendentales para concluir tomando posiciones respecto a esa grave polémica sobre si las constituciones otorgan las garantías referidas a derechos cimeros, o simplemente los reconocen.

8. NATURALEZA DE LA GARANTIA INDIVIDUAL

La autolimitación del propio Estado a su libre actuación, y por lo tanto las limitaciones o restricciones a la conducta de las autoridades, se establecen por todo

⁴⁷ *Cit.* por Burgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 89.

⁴⁸ *Ibidem*. Página 150.

orden jurídico del Estado, independientemente de la índole jerárquica de las distintas normas que lo integran. Ahora bien, directa y primariamente, frente a los gobernados, la autolimitación estatal y las limitaciones jurídicas a la actuación de las autoridades se revelan en las Garantías Individuales. Por tanto, éstas se traducen jurídicamente en una “relación de derecho” existente entre el gobernado como persona física o moral y el Estado como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades, cuya actividad en todo caso se desempeña en ejercicio del poder y en representación de la entidad estatal.

De lo anterior tenemos que la Garantía Individual se traduce en una relación jurídica de rango constitucional entre el gobernado, por una parte, y las autoridades del Estado, por la otra, e involucra el derecho público subjetivo en favor de aquel y la obligación correlativa a cargo de éstas, es decir que la relación jurídica que implica la Garantía Individual engendra para el gobernado un derecho oponible a las autoridades estatales y para el Estado mismo, genera una obligación correlativa, y esta obligación se revela en el respeto que éste debe observar frente a los derechos públicos subjetivos de los otros derivados de la Garantía Individual.

Es necesario observar que la obligación mencionada a cargo de todos los órganos estatales tiene su fundamento directo en el principio de juridicidad, que implica la ineludible subordinación de todos los actos del poder público a normas jurídicas preestablecidas. Además, si estas normas tienen carácter constitucional, como son las que establecen las garantías en favor de todo gobernado, esta obligación deriva puntualmente del deber general que tienen todas las autoridades del Estado, consistente en cumplir y hacer cumplir la Constitución. De aquí, es posible resolver que no sólo incumbe a las autoridades administrativas y judiciales, sino que también atañe al legislador ordinario, en cuanto que las leyes que expida no deben contrariar las invocadas garantías.

Es importante mencionar que nuestra Constitución actual abandona la corriente **jus-naturalista**, que otorga el sentido al derecho bajo la idea de la supremacía de los derechos fundamentales del hombre, y los confunde con las garantías individuales o del gobernado y refleja la corriente de la supremacía del Estado, pues su artículo primero, estos derechos fundamentales ya no se reputan preexistentes a la sociedad estatal,⁴⁹ sino son consideradas como creaciones del poder soberano del Estado plasmadas en el orden jurídico básico del mismo, y que, por este solo hecho, significan una autolimitación a la actividad estatal, y, por ende, a la conducta de las autoridades.

Es lógico preguntarse cuál es la esencia profunda, la motivación individual y social, que en su hondura permite la creación de normas jurídicas, en un documento fundamental del mismo orden, y para cuyo reconocimiento los pueblos luchan tanto, y los pensadores agudizan sus análisis para plasmar una normatividad que, como es visto, muchas constituciones sostienen y mantienen como base de las instituciones sociales y de los regímenes democráticos.

En primer lugar es evidente que quienes promueven esos derechos, que actualmente conocemos como garantías constitucionales, siempre mencionan como basamento la libertad. Y es verdad que al revisar estas disposiciones fundamentales a este respecto, es posible encontrar no únicamente el reconocimiento de esa libertad, sino también una serie de procedimientos que permiten que la misma se respete y aún se

⁴⁹ Todavía la Constitución de 1857 recogía la corriente jus-naturalista, y su artículo 1º rezaba "El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales..."; de la redacción de este artículo se observa que el constituyente otorgaba la supremacía a la naturaleza humana y solo queda al Estado el reconocimiento de ésta y su limitación impuesta. Ya en la Constitución de 1917, la redacción cambia en este sentido pues ya no establece la distinción entre "Derechos del Hombre" y "Garantías Individuales" y según lo declara en su artículo primero, otorga garantías al individuo, pero no como consecuencia de "derechos naturales" que este pudiera tener en su carácter de persona humana, sino en su calidad de "gobernado", es decir, como sujeto cuya esfera sea ámbito de operatividad de actos de las autoridades estatales desempeñados en ejercicio del poder de imperio. De lo anterior es propio afirmar que para la Constitución actual los derechos del gobernado no equivalen a los derechos del hombre, esto es, no son anteriores a ella ni necesaria o ineludiblemente reconocibles por ella, sino derivados de la relación jurídica en que se traduce la Garantía Individual

aliente, y un conjunto de normas que tienen en cuenta un orden público, que permita la convivencia dentro de un orden social. Pero el núcleo, es siempre la libertad, que por lo demás se da por establecido y demostrado que pertenece a la naturaleza humana.

Y respecto de esta última afirmación, es fácil entender el porque se le considera como axiomática, ya que si el derecho no partiera del supuesto de que el hombre es libre, no podría sancionar los actos humanos que contradicen las normas jurídicas, pues sin libertad no hay responsabilidad, y sin esta no se justifica la coacción pública que sanciona por el incumplimiento de la norma.

Ante todo, debemos examinar por qué y para qué es necesaria la libertad.

Aunque se ha clasificado la libertad humana por algunos autores en libertad de querer y libertad de actuar, lo que interesa profundamente al Derecho es la libertad de actuar, es decir, la exteriorización de un pensamiento o de un sentimiento proveniente de un individuo que se comporta en sociedad, y que puede lesionar los derechos de otros individuos, o sean propiedad o posesiones de los mismos.

El Doctor **José Rubén Sanabria**, en su obra *Ética*, afirma que: "...la libertad es necesaria para la autorealización personal. Pero no basta porque el hombre es esencialmente social: necesitamos de la convivencia y de la colaboración de los demás. De ahí la necesidad de la estructura llamada Estado que no es más que la sociedad política, es decir, la comunidad humana en orden a la realización del bien común total. Para que la sociedad esté bien ordenada debe tener los medios necesarios para ello. Así, la sociedad política está por encima de los individuos y tiene poder soberano o de gobierno y sus miembros deben obedecerla. El Estado, por tanto, tiene la facultad de limitar los derechos de los individuos en vistas del bien común. Pero como su fin es

procurar el bien común, jamás puede impedir totalmente la libertad, pero tampoco puede permitir que cada individuo haga lo que le venga en gana porque una libertad total se convierte en subversión y anarquía. Siendo el fin del Estado, como queda dicho, el bien humano total, es natural que el Estado propicie la libertad de cátedra en la exposición de los conocimientos en los centros de estudio. Igualmente el Estado respeta las libertades religiosa, política, artística, de prensa, etc., siempre y cuando no lesionen los derechos de los demás".⁵⁰

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que la naturaleza de la garantía individual consiste en una relación jurídica de supra o subordinación entre el gobernado y el Estado y sus autoridades, cuya esencia radica en el respeto la libertad del hombre regulada por la ley suprema reflejada en un derecho subjetivo otorgado a los gobernados y que será oponible al Estado implicando una obligación de éste consistente en respetar el mencionado derecho.

9. CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

Al estudiar el articulado constitucional que consagra las Garantías Individuales y que está compuesto por los veintinueve primeros artículos de la Ley Fundamental, se llegará a la conclusión de que el gobernado tiene varias esferas jurídicas oponibles y reclamables contra las autoridades del Estado. Estas órbitas o esferas jurídicas conciernen al respeto de su situación de igualdad con sus semejantes, al de su libertad en todas sus manifestaciones, y al de su propiedad y a la observancia de determinadas formalidades, requisitos, medios, condiciones, etc., por parte del poder público para que la actuación de éste sea constitucionalmente válida en la causación de determinada afectación al gobernado, circunstancias que implican una seguridad jurídica para éste.

⁵⁰ Cit. por Burgó, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 67.

A partir de lo expuesto y de acuerdo con el contenido de los mencionados derechos, las Garantías Individuales se clasifican en garantías de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica. Esta clasificación es la más comúnmente aceptada por los tratadistas sobre este tema; además de que ha sido adoptada por diferentes documentos jurídico-políticos. En la Declaración Francesa de 1789, se estableció que los derechos naturales e imprescriptibles del hombre son “la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (art. 2),⁵¹ y aunque no menciona expresamente dentro de estos tipos a la igualdad, su artículo primero hace alusión a ella como condición humana natural. Es importante mencionar que, aún cuando ni la Constitución de 1857 ni la de 1917 consignan expresamente los mencionados cuatro tipos de garantías, todas las que respectivamente se contienen en ambos documentos se pueden adscribir a cada uno de ellos, y en atención, según al contenido del derecho público subjetivo correspondiente.

10. LA IDEA SOBRE LA SEGURIDAD JURIDICA.

Ya como fue, mencionada la clasificación de las Garantías Constitucionales; nos adentraremos a la reflexión de uno de los grupos, el de las Garantías de Seguridad Jurídica.

Es evidente que al reflexionar sobre la existencia de nuestra realidad dentro de una sociedad estatal, observemos que siempre en las relaciones que se presentan entre gobernantes, como representantes del Estado, y gobernados, se suceden múltiples actos, imputables a los primeros, que tienden a afectar la esfera jurídica de los segundos; es decir, citando al **Dr. Ignacio Burgóa**, “...el Estado en ejercicio del poder de imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema con substancia propia, desempeña dicho poder sobre y frente a los gobernados por conducto de sus autoridades. El Estado, al desplegar su actividad de imperio, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y

⁵¹ Burgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 195.

coercitiva, necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, siendo, en su aspecto de persona física o de entidad moral. Así, entonces, todo acto de autoridad, producido por esencia del Estado y desempeñado por los diferentes órganos autoritarios estatales creados por el orden de derecho, tiene como finalidad propia e indispensable, imponerse a alguien de diversas maneras y por distintas causas; en otras palabras, todo acto de autoridad debe afectar a alguna persona moral o física en sus múltiples derechos: vida, propiedad, libertad, etc.”.⁵²

Es evidente, entonces que dentro de un régimen jurídico, o sea, dentro de un sistema en que impere el derecho, bien bajo un carácter normativo legal o bajo un aspecto consuetudinario, esa afectación de diferente índole y de múltiples y variadas consecuencias que opera en el *status* de cada gobernado, debe obedecer a determinados principios previos, atender ciertos requisitos, en resumen, “...debe estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observancia no sería válida desde el punto de vista del derecho”.⁵³

A partir de lo descrito, es posible definir a la seguridad jurídica como el conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquiera autoridad para producir válidamente, desde un punto de vista jurídico, la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc. e implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos. Por ende, un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previos, no será válido a la luz del Derecho.

⁵² *Idídem*. Página 504.

⁵³ *Ibídem*.

La seguridad jurídica *in genere*, al conceptuarse como el contenido de varias garantías individuales consagradas por la Ley Fundamental, se manifiesta como la esencia 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 esa 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".⁵⁴

A diferencia de la obligación estatal y autoritaria que se deriva de la relación jurídica que implican las demás garantías individuales, y que posee una naturaleza negativa en la generalidad de los casos, la que dimana de las garantías de seguridad jurídica es eminentemente positiva en términos generales, ya que se traduce, no en un mero respeto o en una abstención de vulnerar, sino en el cumplimiento efectivo de todos aquellos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias, etc., cuyo acatamiento sea jurídicamente necesaria para que un acto de autoridad produzca válidamente la afectación particular, en la esfera del gobernado, que esté destinado a realizar.

Mencionando los ejemplos sobre la seguridad jurídica en nuestra Constitución, es posible mencionar las garantías de irretroactividad, de audiencia, de la exacta aplicación de la ley y de legalidad, principalmente; que se encuentran plasmadas. En los artículos del 14 al 23 de la Carta Magna.

Conociendo ya los conceptos fundamentales anteriores, podemos ahora, tomar de este grupo, la garantía de la irretroactividad de las leyes. Este principio está concebido

⁵⁴ *Ibidem*. Página 505.

en el primer párrafo del artículo 14 de la Ley Suprema en los siguientes términos: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Por lógica jurídica, se ha entendido que frecuentemente la ley se inspira en el pasado; pero establece su dominio en el porvenir, es por eso que técnicamente, por regla general, las leyes solo son obligatorias y surten sus efectos a partir de que son conocidas por medio de la promulgación o entrada en vigor. Este principio reconocido como fundamental en la legislación, determina el de la no-retroactividad de la ley.

En estricto sentido, los derechos adquiridos y los hechos consumados antes de la promulgación de una ley, le son extraños y están fuera de su alcance y de su poder, aunque, como veremos más adelante, los conflictos para determinar con precisión cuando una ley es retroactiva o no, se han tratado de resolver de diversas maneras.

Ahora bien, es necesario aclarar que no es realmente lo mismo expedir una ley retroactiva que dar efecto retroactivo a una ley que no tenga ese carácter; esto último toca al Poder Ejecutivo y al Judicial, mientras que lo primero correspondería al Congreso Federal y a los locales. En apartado posterior se examinará ampliamente este tema y su relevancia para la aplicación de esta a la materia fiscal, objeto del presente estudio.

SEGUNDA PARTE
TEORIAS EN MATERIA DE IRRETROACTIVIDAD
DE LAS LEYES

1. ELEMENTOS TEORICOS FUNDAMENTALES.

El problema de la irretroactividad legal se conoce también como conflicto de leyes en el tiempo, o sea, que se traduce en la cuestión consistente en determinar, en presencia de dos leyes, una antigua, que se supone derogada o abrogada, y otra nueva o vigente, actual, cuál de las dos debe regir a un hecho, acto fenómeno, estado, situación, etc. En otras palabras, la retroactividad legal importa por necesidad lógica esta otra cuestión: la supervivencia de la ley derogada o abrogada para regular la materia sobre la que la ley nueva o vigente pretende operar. Por ende, la referencia hacia el pasado de una ley actual no en todo caso se ostenta como aplicación legal retroactiva, sino sólo cuando se elimina dicha supervivencia de la norma jurídica que debe seguir conservando su validez reguladora en determinadas hipótesis concretas, no obstante su derogación o abrogación; o en ausencia de una norma positiva anterior, cuando se altera un estado jurídico preexistente.

El concepto de irretroactividad para **Rafael de Pina**, corresponde al "...principio jurídico que impide la aplicación de una ley nueva a actos realizados de acuerdo con otra anterior que los autorizaba o a hechos producidos con anterioridad al comienzo de su vigencia".⁵⁵

⁵⁵ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*. 22ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1996. Página 333.

Para **Josserand**, “La razón de ser de la irretroactividad se deduce de la autoridad misma de la ley; para que la ley inspire confianza a quienes han de obedecerla, es indispensable que los actos verificados bajo su vigencia subsistan, sin variación, y ocurre esto porque si no fuera así las transacciones estarían amenazadas de destrucción y la vida jurídica carecería de seguridad, tanto que, en definitiva, quedaría arruinada la autoridad misma de la ley, no creería nadie en ella, siendo sustituido el orden legal por el régimen de la arbitrariedad”.⁵⁶

“El principio de la no retroactividad –ha escrito **Du Pasquier**– es una regla de moral legislativa”.⁵⁷

Como en algún momento, en el capítulo anterior, se mencionó, una cuestión fundamental consiste en determinar cuándo y en que casos una ley adolece del vicio de retroactividad, es decir, cuando y en que casos afecta la supervivencia temporal de una norma anterior o se afecta dicho estado jurídico, ha suscitado serios conflictos que aún no han sido resueltos satisfactoriamente. A esto diremos que toda disposición legal tiene una vigencia determinada en cuanto al tiempo. Desde que se crea, momento en que se determina de acuerdo con las prescripciones constitucionales relativas hasta que se deroga o abroga expresa o tácitamente por una norma nueva, está destinada a regular todos los hechos, actos, situaciones, estados, fenómenos, etc., que tienen lugar durante ese lapso limitado por esos dos instantes. Por tanto, toda ley, a partir de su promulgación, o mejor dicho, del momento en que entra en vigor, rige para el futuro, esto es, está dotada de validez de regulación respecto de todos aquellos hechos, actos, situaciones, etc., que se suceden con posterioridad al momento de su vigencia (*facta futura*). Por ende, una disposición legal no debe normar acontecimientos o estados producidos con anterioridad al instante en que adquiere fuerza de regulación, ya que éstos quedan sujetos al imperio de una ley antigua. Así, la retroactividad consiste, pues,

⁵⁶ *Cit.* Por De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. *Op Cit.* Página 333.

⁵⁷ *Ibidem.*

en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidos con antelación al momento en que entra en vigor, bien sea impidiendo la supervivencia reguladora de una ley, o bien alterando o afectando un estado jurídico preexistente, a falta de ésta. Por el contrario, el principio de la irretroactividad estriba en que una ley no debe normar actos, hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquiriera fuerza de regulación. En general, los autores coinciden en que toda ley rige para el futuro y no hacia el pasado.

Aunque, como es evidente, si el principio de la no-retroactividad de la ley es fácil de enunciar, su aplicación real resulta complicada, pues en vista de multitud de situaciones prácticas que en la vida jurídica pueden presentarse y de hecho acaecen, es una cuestión no poco ardua determinar en qué casos una norma legal es retroactiva.

Para constatar si una ley adolece del vicio de retroactividad o no, hay que considerar la naturaleza del objeto de regulación. Una norma jurídica es evidentemente retroactiva cuando se aplica a un hecho simple y ya consumado con anterioridad a su vigencia, esto es, a un acontecimiento que no genera consecuencias jurídicas que se produzcan dentro del período de normación de la ley y que se ha realizado plenamente con antelación a éste (*facta praeterita*). Sin embargo, un hecho jurídico, bajo las estas circunstancias, se presenta las menos de las veces. Por lo general, todo suceso aunque sea instantáneo en su realización plena, produce variados efectos jurídicos que pueden realizarse mediante la vigencia de una ley que aún no regía en el momento en que aquél tuvo lugar (*facta pendentia*).

Hay multitud de actos jurídicos que crean para los sujetos interesados en ellos una situación de derecho definida, que no es momentánea, sino que, por el contrario, se prolonga permanentemente durante un lapso determinado. puede acontecer que mientras subsista esa situación o estado jurídicos, entre en vigor una ley que los regule diferentemente a la normación instituida por la ley anterior; y cabría preguntarse si la

primera sería retroactiva si se aplicase. Por otro lado, puede suceder, que una norma legal no vigente al celebrarse un acto jurídico, modifique, en cambio, las consecuencias naturales de derecho que éste produzca o tienda a producir; y en este caso nos preguntaríamos si dicha norma adolece del vicio de retroactividad.

Estas, en síntesis, serían hipótesis en que respecto de un mismo acto en sus consecuencias o efectos jurídicos naturales o por lo que respecta a una situación de derecho permanente, no momentánea, pueden tener aplicación dos leyes: la antigua y la nueva y, por lo tanto, en que puede hablarse de retroactividad de esta última.

2. TEORIA CLASICA.

El elemento esencial es brindar un criterio con el fin de determinar cuando una ley es retroactiva en las hipótesis en que no se trate de hechos o actos simples y ya consumados, es decir sin consecuencias jurídicas de realización constante y reiterada.

Esta teoría fue elaborada a lo largo del siglo XIX por varios tratadistas del derecho civil, entre los cuales destacan los juristas franceses **Merlín**, y **Blondeau**, y es considerada clásica en esta materia. Según esta teoría, las leyes solamente son retroactivas cuando destruyen o restringen los derechos adquiridos bajo el imperio de una ley anterior; por lo tanto los defensores de esta teoría consideran que cuando las nuevas leyes afectan las simples expectativas de derecho creadas durante la vigencia de disposiciones anteriores, no se viola de ninguna manera el principio de irretroactividad.

Se desprenden de esta teoría dos conceptos que será necesario precisar, es el de los **derechos adquiridos** y el de las **expectativas de derecho**; en donde, según De Pina Rafael en su Diccionario Jurídico, a "...las facultades concretas protegidas por el derecho objetivo que alguien tiene en relación con determinada persona o cosa. Se ha dicho, a

este respecto, que si no se tiene más que una facultad genérica, no concretada todavía, sobre cosa o persona, no se tiene derecho en sentido subjetivo, sino una simple facultad o expectativa de derechos.

Se consideran como **derechos adquiridos** a los ganados bajo el imperio de la ley anterior y ya incorporados al patrimonio del adquirente, y **expectativas de derecho** a las posibilidades de adquisición correspondiente a un sujeto determinado.”⁵⁸

Para **Merlín**, los **derechos adquiridos** son “...aquellos que han entrado en nuestro patrimonio y, en consecuencia, forman parte de él, y no pueden ser arrebatados por aquel de quien los tenemos, **verbigracia**, serían **derechos adquiridos** los derivados de la celebración de un contrato y los que obtengan los herederos y legatarios a la muerte del autor de la sucesión. Por el contrario, en opinión del citado civilista francés, las **expectativas de derecho** son simplemente las esperanzas fundadas en el orden jurídico de adquirir en el futuro un derecho cuando se produzcan en determinados acontecimientos; por ejemplo, serían **expectativas de derecho** las que tienen los herederos instituidos en un testamento antes del fallecimiento del autor de la sucesión.”⁵⁹

Fue en 1809 cuando **Blondeau** publicó su famosa teoría sobre el efecto retroactivo, en la cual la crítica moderna ha visto el origen, el esbozo de las doctrinas preconizadas por los modernos tratadistas de derecho público sobre el mismo asunto.

Blondeau engloba en la noción fundamental de “esperanza” *attente*, tanto el concepto de “derecho adquirido” como el de “expectativa”. Para él mismo se llama “esperanza” “...la que tiene, por ejemplo, el propietario de seguir aprovechándose de las ventajas inherentes a su derecho de dominio, que la que tiene el sujeto que ha visto

⁵⁸ Valencia Arango, Jorge. *Derechos Adquiridos*. Ediciones Librería del Profesional. Colombia. 1983. Página 334.

⁵⁹ Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I-D. 3ª edición. Editorial Porrúa, S.A. y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. México. 1989. Página 1826.

realizarse un acontecimiento del cual, según las disposiciones de la ley vigente, debe resultar en su favor algún derecho, aún cuando para esto sea menester que todavía se realice un determinado segundo acontecimiento.”⁶⁰

Comienza observando que toda ley nueva encuentra al nacer “esperanzas” *attentes* formadas de acuerdo con la ley antigua; afirma que “...esas “esperanzas” merecen ciertas consideraciones y que no pueden ser burladas sin que se produzca algún mal”; reconoce sin embargo, que “...en algunos casos la misma utilidad social exige que se pase por encima de ellas”, pero advierte que “...hay esperanzas que no podrían vulnerarse sin inconvenientes tan graves que, en el orden natural de las cosas, sería casi imposible que esos inconvenientes no fueran mayores que aquellos que se pretenden evitar con la aplicación inmediata y absoluta de la ley nueva”, y llega así a reducir el problema, en conjunto, a “..la distinción entre las esperanzas que no deben ser desconocidas ni violadas y aquellas que sólo tienen una importancia pequeña en comparación con los motivos poderosos que imponen la inmediata reforma legislativa”.⁶¹ En este supuesto, siguiendo el criterio de **Blondeau**, se presenta el conflicto de distinguir las unas de las otras, así como el de identificar cuándo el mal de destruir esperanzas formadas bajo la ley antigua es menor que el de conservarle a esa ley, reconocida ya como mala, su perjudicial imperio.

Aquí es donde entra en juego, como elemento importantísimo de apreciación, la distinción entre “derecho efectivo” y “simple derecho de adquirir” o “simple aptitud”, sea “facultad propiamente dicha”, o sea, “expectativa”.

Ahora, con el objeto de describir como viene a ser elemento integrante del criterio sobre retroactividad, esta segunda distinción en la teoría de **Blondeau**, se presentan las siguientes observaciones que dan una clara idea de su teoría:

⁶⁰ *Cit.* Por Valencia Arango, Jorge. *Op cit.* Página 28.

⁶¹ *Ibidem.* Páginas 28 y 29.

- a) La esperanza de adquirir un derecho efectivo es tanto más débil cuanto más lejano y más incierto sea el acontecimiento del cual dependa la realización de ese derecho. Por consiguiente, el mal de destruir un “simple derecho de adquirir”, o en otros términos, una “simple aptitud”, ya sea “facultad” propiamente dicha o ya sea “expectativa” (mal siempre menor que el de arrebatar un “derecho efectivo”, o sea un derecho cuyo ejercicio produce beneficios reales) será tanto menor cuanto más difíciles, más raros y más inciertos sean los acontecimientos necesarios para que la aptitud o derecho de adquirir se transforme en derecho efectivo. Hay que agregar que si un derecho efectivo está subordinado a un término antes del cual no puede ejercerse, se asemeja por ésta a las simples aptitudes, puesto que es posible que el titular fallezca antes de que el término venza.
- b) Pero, en general, cuando un derecho de adquirir no sólo sea transmisible a los herederos sino que esté en el comercio, esta doble circunstancia le dá los caracteres de un derecho efectivo, puesto que puede considerársele como el equivalente de un derecho actual a la suma por la cual podría ser vendido. Si solamente es transmisible a los herederos, merecerá menos consideraciones que si estuviera en el comercio, pero sin embargo, será más digno de respeto que si fuera inseparable de la persona, atendido el sentimiento natural que prolonga nuestra sensibilidad más allá de nuestra existencia. En uno u otro caso, el alejamiento del término debe tenerse en cuenta: cuanto más alejado esté el término, y si el derecho es intransferible, la esperanza será más débil según que el término esté más lejano y según que el titular tenga menos años de vida probable.
- c) La esperanza de conservar un “derecho efectivo continuo”, que se había adquirido ya y que se había comenzado a ejercitar, es más importante que la de aprovechar un “simple derecho efímero”. Ella merece por lo demás, más o menos consideraciones según la naturaleza del derecho continuo de que se trate; en

efecto hay derechos cuyo valor depende casi exclusivamente de la certidumbre de su duración; los beneficios que ellos procuran actualmente son proporcionados a la esperanza que antes se tuvo de ejercerlos ahora, y a la esperanza que todavía se tiene de continuar ejerciéndolos; tal es esencialmente el derecho de propiedad, y en general todos los derechos continuos relativos a las cosas sometidas a la propiedad de los particulares. Los beneficios sucesivos que procuran otros derechos continuos, son, por lo contrario, más independientes los unos de los otros y la utilidad que esos derechos ofrecen no se aumenta con la esperanza que se tuvo antes de ejercerlos ahora ni con la esperanza que se tiene hoy de ejercerlos en el futuro.

- d) Un derecho cualquiera merece más consideraciones cuando resulta de una convención que cuando resulta de cualquier otro acontecimiento investitivo.
- e) Las restricciones impuestas por una ley nueva a ciertos derechos herirán menos si se trata de satisfacer las necesidades del Estado, que si se trata simplemente de favorecer otros particulares, y en general, una esperanza establecida cederá con tanta mayor facilidad cuanto más útil y más conforme con las ideas comúnmente admitidas sea la innovación que destruye tal esperanza.
- f) El mal de cambiar los efectos de un acontecimiento investitivo ya realizado será tanto más grave cuanto mayor sea el número de acontecimientos investitivos a los cuales haya servido aquél de base cuanto más importante y más complejo sea el derecho destruido o el estado modificado.
- g) La esperanza formada en virtud de una ley oscura es ordinariamente débil y se encuentra combatida por esperanzas contrarias.

- h) La esperanza fundada en el tenor literal de la ley, cuando dicho tenor no se conforma con la intención del legislador, debe sacrificarse a la esperanza contraria que se funda de dicha intención.
- i) La esperanza es menos débil cuando se funda en el silencio del legislador que cuando se funda en la ley expresa.

Como se ve, **Blondeau** hace la distinción entre el “derecho efectivo”, por una parte, y la “facultad” y la “expectativa” por la otra, y esta distinción le sirve como elemento importantísimo para distinguir a su vez las esperanzas inviolables de aquellas que no lo son.

Es cierto que tanto la noción de “derecho adquirido” como la de “expectativa” quedan en cierto modo englobadas en la noción de esperanza; es cierto también, que la distinción entre las “expectativas inviolables” y las que no lo son, no corresponden siempre a la distinción entre el “derecho efectivo” y la “facultad” o “expectativa”; es cierto, asimismo, que, al propio tiempo que se asevera que en muchos casos la simple expectativa no puede ser destruida, admite que en casos excepcionales la ley puede modificarle el ejercicio de un derecho efectivo; pero no es menos cierto que en todo caso la distinción entre “derecho efectivo” y “facultades” o “expectativas” se encuentra establecida en el ‘ensayo’ de **Blondeau** y que esa distinción juega un papel importante en su teoría sobre el efecto retroactivo.

Sin embargo, fue un contemporáneo de **Blondeau**, **Merlín**, quien dio sobre “derecho adquirido” la definición que habría de ser más constantemente repetida y comentada.

Como anteriormente se señaló, “los derechos adquiridos -para **Merlín**- son aquellos que han entrado en nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que no pueden sernos arrebatados por aquél de quien los hubimos”.⁶²

Hoy la mayor parte de los expositores modernos reconocen que esta definición es deficiente, inexacta e incompleta.

Es de advertirse que **Merlín** no contrapone a la noción de “derecho adquirido” la de “mera expectativa”.

La expectativa, que para él es la esperanza que se tiene, fundada en un hecho pasado o en un estado actual de cosas, de gozar de un derecho cuando éste se abra, puede, a juicio de **Merlín**, estar o no, según el caso, fuera del alcance de la ley nueva. Esta no puede pues en todos los casos desconocer, destruir o vulnerar expectativas. Depende de la naturaleza del hecho o de la naturaleza del estado de cosas que le dio origen.

Así, a la regla formulada por **Merlín** de que los derechos adquiridos no pueden en ningún caso ser vulnerados por leyes posteriores, no corresponde, en la teoría de este autor, la regla contraria de que las meras expectativas sí pueden ser desconocidas o destruidas por una legislación ulterior.

Pues es de advertir que **Merlín** incurre en una contradicción cuando, después de asegurar, en forma explícita y repetida, que la ley no es retroactiva, que no puede ser retroactiva sino cuando vulnera derechos adquiridos y que no hay retroactividad allí donde los derechos adquiridos se respetan, admite que hay expectativas (de las que, según él mismo, no pueden considerarse como derechos adquiridos) que están fuera del alcance de la ley nueva, como en el caso de una asignación condicional.

⁶² *Ibidem*. Página 32.

En general, según el criterio de esta teoría, “el hombre que goza de un derecho subjetivo reconocido por la ley, no puede ser privado de él por una ley nueva; si no, la confianza en la protección social se desvanecería, el orden público se vería amenazado. El legislador debe, entonces, respetar los derechos adquiridos a los particulares, y en caso de duda, cuando no lo diga expresamente, hay que admitir que lo ha querido. Por el contrario, las simples esperanzas (expectativas) no transformadas aún en derechos, no merecen la misma protección y deben incidir en el caso de modificación de la ley anterior”.⁶³

Es entonces que se puede afirmar que la teoría de los derechos adquiridos, más que resolver la cuestión de establecer cuándo una disposición legal es o no retroactiva, desplaza el problema con el propósito de determinar en cada hipótesis concreta cuándo es está en presencia de una mera expectativa o de un derecho adquirido, para inferir de ello si la ley que los afecta es o no retroactiva. Por lo tanto este método, eminentemente casuista, no es idóneo para brindar bases sobre las cuales fincar un criterio general y uniforme con el fin de resolver la cuestión de retroactividad de las leyes.

3. TEORIA DE PAUL ROUBIER.

En enero de 1929, el profesor de la facultad de Lyon, el tratadista **Paul Roubier**, publica en París, su obra “*Les conflicts des lois dans le temps*”, en dos tomos.

En esta teoría es fundamental el estudio del ciclo de desenvolvimiento de las **situaciones jurídicas**.

⁶³ Capitant. *Cit.* por Burgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 508.

Estas por lo general, no se realizan en un solo momento; tienen un desenvolvimiento en el tiempo que es menester contemplar para poder determinar acertadamente el campo de aplicación de la ley nueva.

El ciclo de desenvolvimiento de una situación jurídica comprende tres etapas:

1. La etapa de constitución.
2. La etapa de los efectos.
3. La etapa de la extinción.

La primera y la última presentan la *faz dinámica* y la segunda la *faz estática* de la situación jurídica.

Por lo que mira la faz dinámica es preciso distinguir varias clases de situaciones jurídicas:

- a) Situaciones jurídicas que se constituyen o se extinguen en un solo momento (único momento), y
- b) Situaciones jurídicas cuya constitución o extinción supone, por el contrario, cierto período de tiempo.

Estas últimas se dividen a su vez en dos grupos:

- a) Aquéllas cuya constitución o extinción requieren un cierto estado de hecho continuo en su duración, y
- b) Aquéllas cuya constitución o extinción requieren la presencia de elementos sucesivos que intervienen en momentos diferentes.

El autor ejemplifica los puntos anteriores de la siguiente manera: “La situación jurídica de heredero *ab intestato* es, por ejemplo, de las que se constituyen en un solo momento: el de la muerte del *de cuius*.”

La prescripción adquisitiva, en cambio, es una situación jurídica que requiere un cierto estado de hecho continuo en su duración.

La situación jurídica de heredero testamentario es, en fin, de aquellas cuya constitución requiere la presencia de elementos sucesivos que intervienen en momentos diferentes, puesto que supone, por una parte, un testamento válidamente otorgado, y por otra parte, la muerte del testador”.⁶⁴

A lo anterior, **Roubier**, hace suma las siguientes consideraciones: “La Ley nueva puede intervenir en un momento cualquiera del desenvolvimiento de la situación jurídica. Puede que entre en vigencia cuando aún no ha comenzado ese desenvolvimiento; o cuando la situación jurídica está en curso de constitución; o cuando, estando ya constituida, ha llegado a su *faz estática*: producción de efectos; o cuando la situación está en curso de extinción; o en fin, cuando ya se ha extinguido.

Si la Ley nueva pretende aplicarse a las partes del desenvolvimiento de la situación jurídica anteriores al cambio de legislación, tendrá aquélla un efecto retroactivo. Si sólo se pretende aplicar a las partes ulteriores, tendrá simplemente un efecto inmediato. El efecto retroactivo es la aplicación de la Ley en el pasado, y está prohibido. Muy distinto de éste es el efecto inmediato, que es la aplicación de la Ley en el presente y que es absolutamente lícito y permitido.”⁶⁵

⁶⁴ Valencia Arango, Jorge. *Op cit.* Página 47.

⁶⁵ *Ibidem.* Página 48.

De acuerdo con esos principios fundamentales y después de haber insistido en la necesidad de hacer la debida distinción entre el efecto inmediato y el efecto retroactivo de la Ley, formula **Roubier** las reglas concretas aplicables a los conflictos de las leyes en el tiempo. Estas reglas se dividen en cuatro grupos, según que se trate:

- a) De leyes relativas a la constitución o extinción de una situación jurídica.
- b) De las leyes relativas a los efectos de una situación jurídica.
- c) De leyes que crean o que suprimen situaciones jurídicas.
- d) De situaciones especiales.

Respecto de las leyes relativas a la constitución o extinción de una situación jurídica, indica las siguientes reglas:

1. Las leyes que gobiernan la constitución de una situación jurídica no pueden desconocer ni vulnerar las situaciones jurídicas ya constituidas, pues de lo contrario serían retroactivas.
2. Las leyes que gobiernan la extinción de una situación jurídica no pueden desconocer la extinción ya efectuada de una situación jurídica.
3. Si se trata de una situación jurídica en curso de constitución o de extinción, las leyes relativas a la constitución o a la extinción de una situación jurídica no pueden, sin retroactividad, desconocer o vulnerar los elementos ya existentes que hacen parte de (o impiden) esa constitución o esa extinción en cuanto ellos tengan valor jurídico propio y deben respetar ese valor jurídico, ya se trate de las

condiciones de validez de esos elementos o de los efectos jurídicos que hayan producido, siendo entendido que 'fuera de esa salvedad' la ley nueva es, en lo demás, aplicable a las situaciones jurídicas en curso.

4. Los hechos que no han determinado la constitución o la extinción de una situación jurídica según la ley vigente el día en que ellos se ejecutaron, no pueden en virtud de una ley nueva, ser considerados como si hubieran generado esa constitución o esa extinción, pero si se trata de hechos durables que existen todavía al tiempo en que la ley nueva entra en vigor, ésta puede tomarlos en ese momento, como hechos de presente, para determinar la constitución o la extinción de tal o cual situación jurídica.

Respecto de las leyes relativas a los efectos de una situación jurídica la regla es la siguiente: "Todos los efectos jurídicos producidos por la situación jurídica de que se trate antes de entrar en vigencia la ley nueva forman parte del dominio de la ley antigua, y la ley nueva no podría, sin ser retroactiva, modificar, desconocer, destruir o cambiar en alguna forma tales efectos. Si suponemos, pues, una situación jurídica que produce sus efectos durante un cierto período de tiempo, la ley nueva determinará los efectos jurídicos que se producirán después de entrar ésta en vigor, sin que haya otra cosa que un efecto inmediato; pero aquélla, no podría vulnerar los efectos jurídicos anteriores, ni modificarlos, acrecentarlos o disminuirlos, pues de lo contrario sería retroactiva".⁶⁶

Y en cuanto a las leyes que crean o que suprimen situaciones jurídicas, formula **Roubier** estas dos reglas:

- a) Las leyes que crean situaciones jurídicas se asimilan enteramente a las leyes relativas a la constitución o extinción de las situaciones jurídicas.

⁶⁶ *Ibidem*. Página 49.

- b) Las leyes que suprimen una situación jurídica pueden tener en vista una de dos cosas: el medio de llegar a esa situación o los efectos y el contenido jurídico de ella.

En el primer caso se asimilan a las leyes que gobiernan la constitución de una situación jurídica; en el segundo caso se asimilan a las leyes que gobiernan los efectos de una situación jurídica. Ejemplifica el autor de la siguiente manera: “Una ley deroga el título del Código Civil que trata de la adopción. Esta Ley se asimila a las leyes que gobiernan la constitución de una situación jurídica, por cuanto es una ley de dinámica y no de estática jurídica, como quiera que no es un efecto o un resultado lo que la ley quiere proscribir, sino un medio de llegar a ese efecto o resultado. En cambio, una ley que suprima la incapacidad del pródigo, se asimila a las leyes que gobiernan los efectos de una situación jurídica, por cuanto se trata de una ley de estática jurídica, como quiera que lo que la ley tuvo en cuenta no fue el medio de llegar a una situación jurídica, sino el efecto y el contenido mismo de esa situación”.⁶⁷

Considera el autor que hay tipos especiales de situaciones jurídicas que aunque obedecen a los mismos principios asentados, requieren ciertas explicaciones.

Esas situaciones jurídicas son:

- a) **Las permanentes** (el carácter de mueble o inmueble de un bien), o sean, las que no tienen una duración definida entre ciertos límites, las cuales pueden considerarse en estado permanente de constitución, y por lo tanto, modificadas, creadas o suprimidas por una ley nueva.

⁶⁷ *Ibidem*. Páginas 49 y 50.

- b) **Las concurrentes**, o sea, las que resultan de fuentes diversas y se encuentran en conflicto, con respecto de las cuales se aplica la regla de que cada una de ellas debe soportar la competencia de la Ley que le corresponde en el momento de su constitución, de su extinción o de sus efectos, según los casos.
- c) **Las dependientes**, o sea, aquéllas ligadas por una relación de causalidad, con respecto a las cuales se aplica la norma de que, en tanto que una situación jurídica no sea sino el efecto inmediato y directo de una situación principal, la ley nueva debe ser considerada como relativa a los efectos de ésta; y, por último.
- d) **Las retroactivas**, o sea, aquéllas cuya constitución en determinada fecha implica efectos en el pasado (las que resultan de una condición suspensiva o resolutoria; del reconocimiento de hijo natural; de la indagación de la paternidad), a las cuales, indica **Roubier**, se les aplica la siguiente regla: “Una Ley relativa a una situación jurídica retroactiva, no es retroactiva, aún cuando los efectos de esta situación deban remontarse más allá de la vigencia de la Ley, si ésta no debe aplicarse sino mediante el acaecimiento de hechos posteriores a esa vigencia y siempre y cuando que no se trate ni de hechos cuyo acaecimiento sea inevitable no de hechos cuyo cumplimiento dependa exclusivamente del beneficiario de esa retroactividad”.⁶⁸

Como se ve, **Roubier**, para determinar el criterio sobre irretroactividad de la Ley, toma como base, lo mismo que **Bonnecase**, la noción de situación jurídica. Pero aquél, por una parte, estudia el ciclo de desenvolvimiento de la situación jurídica, distingue en ésta la faz estática de la faz dinámica y hace una clasificación de las leyes acorde con las diversas etapas de la situación jurídica, todo lo cual indudablemente, constituye un aporte fundamental a la doctrina, y, por otra parte, vuela a la distinción entre los efectos

⁶⁸ *Ibidem*. Páginas 50 y 51.

pasados y los efectos futuros de la situación jurídica, y considera que solamente aquéllos quedan fuera del alcance de la Ley nueva.

En resumen, este jurista apunta como criterio general de solución a este problema el que consiste en la diferenciación entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley, afirmando que la base fundamental de la ciencia de los conflictos de leyes en el tiempo, es la distinción entre efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley. El efecto retroactivo es la aplicación al pasado, mientras que el efecto inmediato es la aplicación al presente. De aquí vemos, que si la nueva ley pretende aplicarse a hechos verificados (*facta praeterita*) es retroactiva; si pretende aplicarse a situaciones en curso (*facta pendencia*) será necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación, que no pueden ser afectadas sin retroactividad, y las posteriores, para las que la ley nueva, si debe aplicarse, no tiene sino un efecto inmediato; por último, con relación a los hechos futuros (*facta futura*) es claro que la ley no puede ser nunca retroactiva.

Significa lo anterior, que, aplicando en su rigor las ideas sostenidas por la teoría clásica, un “derecho condicional”, como lo hace **Roubier**, siempre sería afectado por una ley nueva, no vigente, en el momento en que el acto causal se hubiese celebrado, sin ser retroactiva. En efecto, los derechos condicionales no son adquiridos, obviamente, porque su existencia depende de un acontecimiento futuro e incierto (condición), no pudiendo entrar, por mayoría de razón, al patrimonio de una persona mientras tal condición no se realice, permaneciendo, por tanto en la esfera de las meras expectativas.

La aportación de esta teoría consiste en segregar los hechos anteriores a la fecha de iniciación de vigencia de una ley, de los posteriores, tratándose de aquellos que tienen el carácter de continuos, como es el caso en la materia fiscal de los recargos correspondientes a dos o más ejercicios fiscales, con diferente tasa y fórmula de cálculo.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

4. TEORIA DE SAVIGNY.

Este autor es partícipe en principio, de la teoría clásica, sostiene que las reglas aducidas por ésta para resolver el problema de la retroactividad legal deben aplicarse con distingo, debiéndose diferenciar, como él lo hace, entre reglas relativas a la adquisición o pérdida de derechos y reglas relativas a la existencia de derechos. Bajo el nombre de las primeras, Savigny entiende las reglas que conciernen al vínculo que refiere un derecho a un individuo, o la transformación de una institución de derechos abstracta en una relación de derecho concreto. Así entonces, estas reglas no deben ser retroactivas, como por ejemplo la ley que decide que la tradición es necesaria (o ya no es necesaria) para la transmisión de la propiedad; la ley decide que una donación entre vivos debe ser hecha bajo ciertas formas o puede ser hecha, en adelante, sin formalidad alguna.⁶⁹ Por “reglas relativas a la existencia de o modo de existencia de derecho”, Savigny entiende “las leyes que tienen por objeto el reconocimiento de una institución en general o su reconocimiento bajo tal o cual forma antes de que haya o surja la cuestión de su aplicación a un individuo, o sea, de la creación de una relación jurídica concreta”.⁷⁰ Este tipo de leyes no puede provocar la retroactividad, porque cuando se suprimen instituciones generales, no se suprimen sólo para el futuro.

5. TEORIA DE AUBRY Y RAU.

Son considerados como quienes mejor explicaron la doctrina de los “derechos adquiridos”, estos tratadistas plantean nuevas modalidades a la teoría clásica de los derechos adquiridos, para ellos, el no efecto retroactivo se traduce en que la nueva Ley no debe lesionar los derechos adquiridos por las personas, “relativamente a su estado o a

⁶⁹ Paul Roubier, *Les conflits des lois dans temps*. Página 303 y 304. Cit. por Burgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 512 y 513.

⁷⁰ *Ibidem*.

su patrimonio”, ya que para estos autores, los derechos que nacen por un hecho del hombre por su voluntad, no pueden ser afectados por una Ley nueva, sin que ésta adolezca del vicio de retroactividad, y por el contrario afirman, cuando se trata de derechos derivados inmediatamente de una Ley, éstos son susceptibles de ser modificados por una Ley nueva, en sus efectos posteriores.

Enuncian, asimismo, las siguientes clases de derechos adquiridos:

- a) Las calidades constitutivas del estado de las personas, desde que se ha realizado el respectivo hecho jurídico con todos los requisitos exigidos por la Ley vigente. En cambio, la realización parcial de una o varias de tales condiciones constituye apenas, una simple expectativa que puede ser desconocida por la Ley posterior.
- b) Las facultades o ventajas que nacen directamente de la Ley desde que se ha realizado el acontecimiento o el hecho al cual se subordina tal adquisición, en cambio, son simples expectativas antes de la realización completa de dicho acontecimiento o hecho.
- c) Los derechos que surgen de un hecho del hombre, constituyen derechos adquiridos desde el momento en que se ha realizado, en forma completa, el hecho jurídico reconocido como idóneo para darles vida.

De esta doctrina, que fue la que más influencia ejerció en la doctrina francesa, debe tenerse en cuenta su punto de vista, según el cual, el carácter retroactivo está referido a los hechos jurídicos, concluidos bajo la vigencia de la Ley anterior, pues los estados, los derechos contractuales y los demás derechos, se miran como adquiridos cuando se ha producido a realizado la fuente idónea que les da nacimiento.

Es dable apuntar que, en resumen, estos tratadistas plantean nuevas modalidades a la teoría clásica de los derechos adquiridos, pues como se ve, para ellos, los derechos que nacen por un hecho del hombre, por su voluntad, no pueden ser afectados por una ley nueva, sin que ésta adolezca del vicio de retroactividad. Por el contrario, afirman, cuando se trata de derechos derivados inmediatamente de una ley, éstos son susceptibles de ser modificados por una nueva ley en sus efectos posteriores. La crítica a esta teoría, la hace **Roubier**, al afirmar que existe una seria contradicción en su estructura, al aceptar, por un lado y en términos generales, la tesis de los derechos adquiridos, y al considerar, por otro, que los derechos legales pueden ser afectados por una ley nueva sin que ésta participe del vicio de retroactividad, no obstante ser derechos adquiridos conforme al criterio sustentado por la teoría clásica.⁷¹

6. TEORIA DE BONNECASE.

En la tercera década de este siglo se abandona la noción de derecho adquirido como fenómeno jurídico necesario para definir la retroactividad de la ley y se adopta el criterio de las “situaciones jurídicas concretas”, para los mismos efectos.

Corresponde al célebre tratadista **Julien Bonnecase**, profesor de la Facultad de Burdeos, la exposición de ésta nueva teoría.

Inicialmente se plantea el problema en esta forma: “La regla de la no retroactividad de las leyes consignadas en el artículo 2º del Código Civil Francés significa rigurosamente que una ley nueva no puede sin incurrir en retroactividad, vulnerar o atacar una situación jurídica concreta nacida bajo el imperio de la ley antigua,

⁷¹ *Cf.* Por Burgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Páginas 509 y 510.

y considerada tanto en sus efectos pasados y en su existencia como en sus efectos futuros, tal como lo determinaba la ley derogada.”⁷²

Para dar la solución del programa así problema así planteado explica **Bonnecase** qué se entiende por situación jurídica; cómo se divide ésta en **situación jurídica abstracta** y en **situación jurídica concreta**; discurre sobre lo que debe entenderse por “pasado”; estudia el artículo 2º del Código Francés a la luz de los trabajos preparativos de dicho Código; explica el origen del mencionado como una reacción contra las leyes retroactivas de la revolución; analiza y critica en seguida la doctrina de los comentadores y la jurisprudencia de los tribunales sobre ese punto y, por último, formula y sustenta como solución al problema la siguiente tesis: “El criterio sobre irretroactividad de la ley reside en el mantenimiento por la ley nueva de las situaciones jurídicas concretas”.⁷³

Bonnecase entiende por situación jurídica “...la manera de ser de cada uno con respecto a una regla de derecho o a una situación jurídica determinada”.⁷⁴

La situación jurídica puede ser abstracta o concreta. La primera es la manera de ser eventual o teórica de cada uno con respecto a un ley determinada, y la segunda una manera de ser derivada para una persona determinada de un acto jurídico o de un hecho jurídico que ha puesto en juego, en su favor o en contra suya, las reglas de una institución jurídica y le ha conferido efectivamente los beneficios y las obligaciones inherentes al funcionamiento de tal institución.

Así, en tanto que la situación jurídica abstracta es una simple manera de ser teórica, una vocación a beneficiarse eventualmente de una ley, la situación jurídica concreta es una realidad positiva. Es el funcionamiento mismo de la ley en provecho de

⁷² *Cit.* Por Valencia Arango, Jorge. *Op cit.* Página 43.

⁷³ *Ibidem.* Página 44.

⁷⁴ *Ibidem.*

una persona determinada. La situación jurídica concreta tiene por base un acto jurídico o un hecho jurídico que ha puesto en movimiento la ley a que se refiere aquélla.

“Supongamos -dice **Bonnecase**- que una ley fije la mayoría de edad en los 18 años, en lugar de los 21. Todos los menores de 18 años se beneficiarán inmediatamente de la situación jurídica nueva, pero se trata entonces de una situación jurídica abstracta, desprovista por el momento de beneficios efectivos y que consiste tan sólo en la vocación de ser mayor cuando los 18 años se cumplan”.⁷⁵

Expuesta así la noción de situación jurídica, hace hincapié **Bonnecase**, para fijar el criterio sobre retroactividad de la ley, en la diferencia entre el pasado en sentido material y el pasado en sentido jurídico. “Quien dice pasado, en el sentido material del término, dice todos los acontecimientos anteriores a un acontecimiento determinado como base y constitutivo de la noción de presente; quien dice futuro en sentido material, dice todos los acontecimientos susceptibles de producirse a contar desde el acontecimiento presente tomado como punto de partida”.⁷⁶

Entiende, además que para la cuestión no es tan simple cuando se trata de definir el pasado y el futuro desde el punto de vista jurídico. La realidad jurídica no corresponde rigurosamente a la realidad material en cuanto al orden sucesivo de los acontecimientos. Cuando una situación jurídica concreta ha nacido, lleva en sí virtualmente una porción del porvenir que ella somete racionalmente a la ley del pasado, en el sentido de que todas las consecuencias susceptibles de surgir de esta situación jurídica concreta pueden considerarse perfectamente como producidas por anticipado, porque están incorporadas en ella.

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ *Ibidem.* Páginas 44 y 45.

Esta distinción entre el pasado en sentido material y el pasado en sentido jurídico es fundamental en la teoría de **Bonnecase**.

Para **Bonnecase**, el artículo segundo del Código Civil Francés sería enteramente inútil, si para interpretarlo se enfoca la noción de pasado en sentido material.

Bonnecase, considera que quien habla de una Ley que invade el pasado, pero toma la noción de pasado, no en su sentido material, sino en su sentido jurídico, y de acuerdo con esto sostiene que la Ley nueva será retroactiva si transforma o modifica los efectos futuros de una situación jurídica concreta preexistente, puesto que al atacar los efectos, ella ataca la situación jurídica concreta en sí misma.

En síntesis, para **Bonnecase** una Ley nueva puede regir las situaciones jurídicas abstractas, pero no puede desconocer ni modificar, ni vulnerar en forma alguna, las situaciones jurídicas concretas preexistentes. Y para saber si una persona determinada se encontraba, con respecto a la Ley antigua, en una situación jurídica abstracta o en una situación jurídica concreta, bastará examinar si, a favor o en contra de esa persona se han realizado el acto jurídico o el hecho jurídico mediante los cuales la Ley era susceptible de aplicarse efectivamente a un individuo determinado.

Se observa, en resumen, que **Bonnecase** plantea un criterio para resolver la cuestión de la retroactividad de las leyes, partiendo de la distinción entre situaciones jurídicas abstractas y situaciones jurídicas concretas. Las primeras, como meros estados de derecho objetivo, pueden ser modificadas o suprimidas por una ley nueva sin que ésta sea retroactiva; por el contrario, las segundas, que se traducen en los estados particulares de los individuos que se hubieren colocado dentro de los extremos o hipótesis de las situaciones jurídicas abstractas, no pueden ser afectadas por una ley posterior sin que ésta sea retroactiva. También es posible describir este planteamiento, como que en oposición a la situación jurídica abstracta la institución jurídica concreta es la manera de

ser de una persona determinada, derivada de un acto o un hecho jurídico que ha hecho actuar, en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica, y el cual al 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 es una simple manera de ser teórica, una esperanza de beneficiarse manera de ser teórica, una esperanza de beneficiarse eventualmente con una ley, la situación jurídica concreta es una realidad positiva; por lo que no será retroactiva la ley que respete las situaciones jurídicas concretas.

Es posible observar que **Bonnecase** pretende resolver el problema por lo que respecta a los “derechos condicionales”, que para la teoría clásica no eran sino meras expectativas, afirmando que cuando una situación concreta está pendiente de formarse por el no-cumplimiento de una condición, antes de que ésta se realice, la ley nueva, modificativa o extintiva de la situación jurídica abstracta anterior, puede regir, o inclusive impedir la situación concreta por constituirse.

Es lógico que esta teoría en esencia equivalente a la de los derechos adquiridos o teoría clásica, puesto que las situaciones jurídicas abstractas coinciden con las expectativas de derecho y las situaciones jurídicas concretas se refieren a los derechos adquiridos, como se revisó anteriormente.

7. TEORÍA DE CAPITANT.

El postulado principal de esta teoría será que “...toda ley nueva se presume mejor aquella a la que reemplaza, porque, cuando el legislador hace una innovación, no lo hace sino con el propósito de un mejoramiento y para corregir los abusos existentes. Por tanto, es natural suponer que ha querido someter a su imperio no solamente los acontecimientos que podrían realizarse en el futuro, sino aún los hechos anteriores, en lo que ve a sus consecuencias que se producirán y se desarrollarán después de su

promulgación. Sería ilógico prolongar hacia el futuro los efectos de la ley abrogada y mantener en vigor, en detrimento de la regla nueva, las disposiciones que el legislador ha juzgado mejoradas. En consecuencia, se debe aplicar la ley reciente a todas las situaciones jurídicas, a todas las relaciones de derecho existentes en el momento de su promulgación y regular según sus disposiciones los efectos que produzcan para el futuro. Tal es el principio al cual, según creemos, se debe uno adherir. Conduce, según lo vemos, a rehusar toda supervivencia a la ley antigua".⁷⁷

Como es posible observar en esta transcripción, la posición que adopta **Capitant** frente al problema de la retroactividad legal es aún más frágil que la que tiene la teoría de los derechos adquiridos, ya que mientras que ésta pretende resolver tal cuestión argumentando un criterio que desemboca en el casuismo, dicho autor se contrae a desplazar el problema, aduciendo que en todo caso debe aplicarse la ley nueva en detrimento de la antigua por la presunción de mejoramiento que respecto de ésta contiene.

8. TEORIA DE LAURENT.

Por su parte, **Laurent** afirma que una ley que obre sobre el pasado no será retroactiva cuando vulnere simples intereses; por el contrario, tendrá el vicio de retroactividad cuando afecte derechos fundados en la norma jurídica precedente. En su crítica a estas ideas, El **Dr. Burgóa** considera que "la tesis de este tratadista, presenta el mismo defecto que se imputa a la teoría de los derechos adquiridos, en el sentido de que no sólo no resuelve la cuestión planteada, sino que la complica, al hacer surgir el problema de determinar cuándo está en presencia de un simple interés y cuando ante un derecho".⁷⁸

⁷⁷ Capitant. *Droit Civil*. Página 55. Cit. por Burgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 510.

⁷⁸ Burgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 510 y 511.

9. TEORIA DE COVIELLO.

Es importante mencionar que la teoría que desarrolla este autor otorga una concepción distinta al problema que nos ocupa, pues se basa en la determinación de la retroactividad o no-retroactividad de la ley con fundamento exclusivo en su aplicación, pues, para éste, la retroactividad de la ley "...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".⁷⁹

De la anterior afirmación de **Coviello** es posible derivar tres proposiciones o hipótesis fundamentales en que una ley es retroactiva: a) cuando se aplica a hechos realizados con anterioridad a su vigencia; b) cuando se aplica a las consecuencias nuevas, (es decir, a las que se realizan bajo el imperio de una ley nueva), de un hecho anterior a su vigencia, alterándolas, siempre y cuando en dicha aplicación se estimen dichas consecuencias en razón de éste y no en sí mismas consideradas, es decir, que, se aprecien en relación causal con el hecho pasado que las genera.

Es dable, para explicar esta teoría, afirmar que una ley será retroactiva cuando se aplique a un hecho realizado durante su vigencia para cuyo examen de justificación o injustificación tenga que recurrirse al acto que le dio origen, el cual se supone tuvo verificativo bajo el imperio de la ley anterior. Por el contrario, una ley no será retroactiva cuando se aplique a un hecho realizado durante su vigencia, para cuya justificación o no-justificación no se tenga que acudir al acto generador celebrado bajo el imperio de la norma abolida, sino que pueda ser analizado independientemente de su causa jurídica.

⁷⁹ Coviello, Nicolás. *Doctrina General de Derecho Civil*. Página 120. Cit. por Burgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 511 y 512.

10. TEORIA DE DUGUIT.

Este autor distingue entre situaciones jurídicas individuales y situaciones legales u objetivas. Considera que las primeras se constituyen mediante manifestaciones individuales de voluntad y no pueden ser tocadas por la ley nueva, mientras que las segundas derivan, directamente de la norma jurídica, y si bien nacen por un acto de voluntad, ésta no es la causa eficiente de su formación sino la condición de su establecimiento. Estas situaciones legales u objetivas siguen las transformaciones de la ley, por lo que pueden ser afectadas por ésta sin retroactividad.

11. OPINION DE IGNACIO BURGOA.

Este experto coincide con Roubier, respecto de que los hechos plenamente consumados antes de la vigencia de una norma jurídica no pueden ni deben ser regidos por ésta, sino por la ley que hubiere estado en vigor, en la época en que haya acaecido, según el principio de *tempus regit actum*. La hipótesis de los *facta praeterita*, así como la de los *facta futura* no pueden contener, dada su naturaleza, ningún problema de retroactividad, puesto que en ellas no se suscita ningún conflicto de leyes, porque sin lugar a dudas, o es la antigua o es la actual la que debe aplicarse, respectivamente.

Por ende, es la hipótesis de los *facta pendentia* la que provoca el problema de la retroactividad legal y la única en que debe localizarse, surgiendo consiguientemente, en el caso de que se trate de una situación o estado jurídicos, nacidos durante la vigencia de la ley nueva o actual.

Cuando no se trate de actos simples o instantáneos, que se consuman cabalmente en un momento preciso sin generar consecuencias jurídicas, sino de actos o hechos llamados continuos o continuados, que originan una situación o un estado que subsisten

durante un lapso determinado o indeterminado o que durante éste producen consecuencias, hay que tomar en cuenta dos elementos importantes, a saber: el elemento causal y el elemento consecuente para determinar la aplicabilidad de la norma que deba regirlos.

El elemento causal se traduce o puede estar constituido por el hecho, el acto o la circunstancia que genera la situación, estado o consecuencias que se realizan a través del tiempo, situación, estado o consecuencias que no son obviamente sino el elemento consecuente.

Argumenta además, que, el elemento causal, puede, por sí mismo, sin la concurrencia de otras circunstancias o concausas, generar al elemento consecuente o, por el contrario, éste, además de estar determinado por el primero, para que se actualice, para que viva positivamente, requiere de otros factores (hechos, actos o circunstancias) que se conviertan en concausas. Tal sucede, verbigracia, con los derechos condicionales, que están previstos en el acto causal (contrato), pero que para surgir, para existir jurídicamente, necesitan la producción de un acontecimiento futuro e incierto (condición), distinto de dicho acto. Esto es, que suele darse el caso, muy frecuentemente en la realidad, de que el efecto o la consecuencia de un acto causal se produzca bajo el imperio de una ley distinta de la que regía en el momento en que éste se realizó. Entonces, se cuestiona el autor, ¿Cuál de esas dos leyes, la del acto causal o la nueva, debe normar la consecuencia o el efecto ocasionados por éste?

Concluye, el **Dr. Burgóa**, que “el acto causal debe regirse por la norma coetánea a él en cuanto a su integración, realización o formación, sin que la ley nueva lo afecte en su validez jurídica misma. Por lo que respecta a la regulación de las consecuencias o efectos del acto causal, las cuales se supone se producen durante la vigencia de la norma nueva, hay que hacer una básica distinción, a saber:

1. Si el efecto o la consecuencia existen o se generan jurídicamente, sólo en función del acto causal, es decir, sin la concurrencia de otras causas (hechos, actos, circunstancias), de tal manera que deriven inmediata o directamente del mismo, la ley aplicable será la del propio acto causal. En esos términos, si a tales efectos o consecuencias se aplicase la ley vigente en el momento en que se produzcan, tal sería retroactiva.

2. En cambio, si el efecto o la consecuencia, para existir jurídicamente, requieren la realización de una concausa (hecho, acto o circunstancia), distinta del acto causal, se aplicará la ley nueva en caso de que dicha concausa se produzca bajo su vigencia, siendo la ley antigua (ley del acto causal) la que regule dicho efecto o consecuencia, si la concausa tiene lugar antes de que la norma nueva entre en vigor”.⁸⁰

Los distintos autores estudiados en este apartado, que no son exclusivos respecto de este complicado tema, parten de diversos puntos de vista para este efecto, tomando en cuenta variados elementos, cuya referencia a las situaciones que suelen presentarse en la vida jurídica es difícil de practicar con toda exactitud, puesto que las soluciones abstractas de dicha cuestión no se pueden acoplar sin defecto a los casos concretos que suministra la experiencia jurídica. Es posible de esta reflexión concluir que ninguna de tales soluciones es apta para decidir, en la práctica, todos los casos concretos de conflictos de leyes que se presentan. En opinión del **Dr. Burgóa**, “la actitud más razonable que se puede asumir, sin que por ello deje de ser acomodaticia, sería la de invocar, con vista a cada cuestión real que se presente, la tesis o teoría que más se aproxime a la decisión verdadera.”⁸¹ Pero considera que aún así la situación es complicada y que este problema solamente puede ser afrontado en la práctica, con un espíritu de equidad. Considera que el problema de la retroactividad de las leyes

⁸⁰ Burgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 515.

⁸¹ *Ibidem*. Página 514.

únicamente surge en el orden de la aplicación de las mismas; en otras palabras, la retroactividad no es un vicio o defecto que interese a la norma jurídica en sí misma considerada, sino que atañe a su referencia práctica a cada caso concreto que se presente, ante cuya presencia la autoridad administrativa o judicial que vaya a decidirlo tiene que optar por la aplicación de alguna de las dos leyes en conflicto: la antigua o la nueva, y como para ello no se dispone de un criterio uniforme, invariable o absoluto, hay necesidad de acudir a la equidad, para resolver las cuestiones conforme a ella, considerando, de manera imparcial, todos los factores que en ellas concurren, y sin dejar inadvertidas las ideas directrices suministradas por la doctrina, obviamente.

12. TEORIA DE LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA.

Existe también doctrina relacionada con el aspecto que en adelante será examinado, la materia fiscal; en una interpretación relacionada a esta materia existe el razonamiento desarrollado por el Tribunal Constitucional Italiano y acogido por la doctrina también en España, “la norma tributaria puede ser retroactiva, pero sin que alcance un punto tal que conduzca al gravamen de una capacidad contributiva no actual, que ha dejado de operar. El mérito consiste en vincular el principio constitucional de capacidad económica con la irretroactividad”.⁸²

Se le ha criticado⁸³ en el sentido de que 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 reveladores de capacidad contributiva), como sucedió con el impuesto sobre utilidades brutas extraordinarias, que se estableció en México

⁸² Pérez de Ayala, José Luis y González, Eusebio. *Curso de Derecho Tributario*. Tomo I. Editorial de Derecho Financiero y Editoriales de Derecho Reunidas. España. 1991. Página 67.

⁸³ Los amplios comentarios se contienen en: Pérez Rayo, Fernando. *Derecho Financiero y Tributario*, Parte General. Editorial Civitas. España. 1991. Página 77.

considerando los tres últimos ejercicios fiscales para obtener el promedio de la utilidad obtenida, esto es, para conocer la efectiva capacidad contributiva actual o actualizada con elementos indicativos anteriores, por ignorarse u omitir su gravamen en la fecha de su existencia.

El Efecto de la Teoría en el Tribunal Fiscal de la Federación.

El Tribunal Fiscal de la Federación se ha venido apoyando en teorías extranjeras sobre irretroactividad, siguiendo mayoritariamente las relativas a los derechos adquiridos, sin que la haya adoptado como tesis única prevaeciente, sino que al adoptar una diversidad de líneas doctrinales, este órgano jurisdiccional especializado ha incurrido en tesis contradictorias, sin que hasta ahora haya llegado a elaborar un criterio suficientemente sólido y uniforme para dirimir controversias sobre irretroactividad, lo cual es necesario, en un país con frecuentes modificaciones de todo tipo, tanto a la leyes fiscales como a sus disposiciones transitorias, al crear regímenes de transición, normas, reglas o resoluciones que modifican, reforman o adicionan disposiciones anteriores, en el mismo ejercicio fiscal y, aún en anteriores periodos.

13. LOS CRITERIOS FUNDAMENTALES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

La jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de retroactividad ha adoptado el criterio vago e impreciso de la doctrina clásica de los derechos adquiridos; según puede observarse de las siguientes tesis que a continuación se transcriben:

RETROACTIVIDAD, TEORIAS SOBRE LA. Sobre la materia de irretroactividad, existen diversidad de teorías, siendo las más frecuentes, la de los derechos adquiridos y de las expectativas de derecho y la de las situaciones generales de derecho y situaciones concretas o situaciones abstractas y situaciones concretas, siendo la primera, el mandamiento de la Ley, sin aplicación concreta de la misma. El derecho adquirido es definible, cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; y la expectativa de derecho es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso, se realiza el derecho y entra al patrimonio; en el segundo, el derecho está en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta, no formando parte integrante del patrimonio; estos conceptos han sido acogidos por La Suprema Corte, como puede verse en las páginas 226 y 227 del apéndice al tomo I del Semanario Judicial de la Federación, al establecer : que **“para que una ley sea retroactiva se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta ultima circunstancia es esencial”**. **“La ley es retroactiva cuando vuelve al pasado para cambiar, modificar o suprimir los derechos individualmente adquiridos ya, y según los tratadistas, los derechos que se deriven directamente de un contrato, son derechos adquiridos”**. **“Al celebrarse un contrato, se crea una situación jurídica concreta, que no puede destruirse por la nueva Ley, si no es incurriendo en el vicio de la retroactividad. Si una obligación ha nacido bajo el imperio de la Ley antigua, subsistirá con los caracteres y las consecuencias que la misma Ley le atribuye”**.(Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXI. Quinta Epoca. Segunda Sala. Página 3496. Tesis relacionada con jurisprudencia 247/85).

Las Suprema Corte de la Nación, ha realizado, estudios minuciosos sobre las diversas teorías y ha intentado desglosar el problema. Así se observa en jurisprudencia, donde ha asentado sus consideraciones:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. (TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS) (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DE YUCATAN). El Código Civil de Yucatán como los demás que rigen en los diversos Estados del país, calcados del Código del Distrito Federal de mil novecientos veintiocho, ha pretendido resolver el problema de la irretroactividad de la ley, mediante la siguiente fórmula: “Las disposiciones de éste Código regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores a su vigencia, en cuanto con su aplicación no se violen derechos adquiridos”, (art. 2º transitorio). El legislador acogió en este precepto, la teoría del llamado “derecho adquirido”, respecto de la cual Nicolás Coviello, en su obra “Doctrina General del Derecho Civil” dice que: no sólo es vaga e incierta en sí misma y sin sólida base científica, sino también de aplicación difícil y a menudo imposible para resolver los casos variadísimos que se presentan; que no hay acuerdo entre los varios autores de la teoría, sobre si la intangibilidad del derecho adquirido, significa respecto de su existencia únicamente, o también de las consecuencias que constituyen sus varias manifestaciones, y que hay también desacuerdo sobre el concepto mismo de “derecho adquirido”, locución ésta que es defectuosa, pues si no puede haber en concreto un derecho subjetivo, sin un hecho adquisitivo, del cual derive en favor de una persona determinada un poder para con otra, lo mismo vale “derecho” a secas, que “derecho adquirido”. También Roberto Ruggiero, al referirse a la noción del “derecho adquirido”, en sus “Instituciones de Derecho Civil”, expresa que sus definiciones son tantas, cuantos los escritores que las suscriben. Ante semejante desconcierto doctrinal, ha habido quien sostenga que dicha teoría debe desterrarse del campo de la ciencia jurídica, algunos códigos modernos no la han acogido, apartándose de la antigua tradición.(Código Civil Alemán). De cualquier modo, es necesario fijar la interpretación del artículo 2º transitorio del Código Civil de Yucatán, antes transcrito, y para ello debe notarse que ese precepto excluye la aplicación de la nueva Ley, respecto de los derechos que tuvieron lugar antes de su vigencia, ya que sólo habla de los efectos jurídicos de tales hechos, y excluye también los efectos realizados antes de la aparición de dicha Ley, por la primordial razón que domina esta materia y que consiste en que “la Ley no puede

obligar antes de existir”; pero si la Ley no puede gobernar las causas que produjeron aquellos efectos, ni los efectos mismos, porque unas y otros son anteriores a su aparición, no puede decirse lo propio con respecto a los efectos jurídicos realizados después de dicha aparición, por más que resulten generados por hechos ocurridos antes; en otros términos, no cabe aplicar la nueva Ley ni a los actos ni a los efectos de los mismos, que se hubieran realizado bajo el imperio de la Ley anterior, sino tan sólo a los efectos que se realizaren después. Esta interpretación encuentra apoyo en la concepción romana. La célebre Ley Siete, Título XIV, LIV, I del Código, se haya concebida en éstos términos: “Es cosa cierta que las leyes y Constituciones rigen y disciplinan negocios futuros, y no hechos pasados, salvo que expresamente hayan estatuido lo contrario, ya sea comprendiendo el tiempo pasado o bien los negocios que están todavía pendientes”. Esto quiere decir que si una explícita declaración en contrario, del legislador, los hechos jurídicos y todas sus consecuencias legales se rigen exclusivamente por la Ley que se hallaba en vigor al tiempo en que aquéllos se produjeran. La Ley Romana, si en el silencio del legislador, admite en toda su pureza el principio de la irretroactividad, según el cual, la Ley sólo dispone para lo futuro, no para lo pasado, y en éste se comprende, según el pensamiento de Pascual Fiore, no solo el hecho de que puede depender la adquisición de un derecho, sino también los efectos legales de ese hecho, ya nacido e individualmente adquirido, “...que se deben considerar como derechos accesorios de aquel derecho principal, y por tanto, sujetos a la autoridad de la misma Ley vigente en el momento en que nació el derecho principal de que emanan”.(De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes), Coviello, en su obra citada expone así su teoría: “La Ley nueva no es aplicable a consecuencias de hechos pasados, aun efectuadas bajo su imperio, cuando su aplicación tenga como presupuesto necesario el hecho pasado, ya porque no fue conforme a la nueva Ley, o bien 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...”. Más adelante, el propio autor resume así su teoría: “La máxima 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 base única de la apreciación del hecho pasado”. Hecha esta exposición doctrinal, entremos al estudio del artículo 2º transitorio, del Código Civil de Yucatán, y observemos que este precepto impone una cortapisa a la aplicación de la nueva Ley, en cuanto a los efectos jurídicos realizados después de la aparición de aquella, cortapisa que consiste en que con tal aplicación no se violen derechos adquiridos, esto es, derechos engendrados en virtud del acto que se consumó al amparo de la Ley reguladora del mismo. La Suprema Corte de Justicia, desecha toda idea, toda invocación a la doctrina inexistente del “derecho adquirido”, contrapuesta la noción de mera expectativa, y reteniendo sólo la primera noción, por tal entiende el derecho a secas, esto es, “...cualquier interés jurídicamente protegido”. Conviene, antes de terminar este estudio hacer referencia a la doctrina de Ferrara, “La teoría que nosotros proponemos (dice el tratadista), es la del respeto de los hechos realizados, pero rigurosamente formulada sin restricciones ni adiciones complementarias. Se trata de una regla única y precisa que puede formularse así: *“tempus regit factum”*. “Todo hecho jurídico, ya sea un acontecimiento casual o un acto jurídico, se regula tanto en lo que mira a sus condiciones de forma como de substancia, cuanto por lo que atañe a todos sus efectos –pasados, presentes o futuros-, por la ley del tiempo en que el hecho quedó jurídicamente realizado, salvo que la nueva Ley quiera excluir en mayor o en menor medida la eficacia del antiguo ordenamiento jurídico. Pera mientras esta cláusula de exclusión de la nueva Ley, no resulta establecida expresa o tácitamente, rige el ordenamiento jurídico anterior que acompaña a los hechos y relaciones que nacieron bajo su imperio, a través del nuevo régimen jurídico”.(Tratado de Derecho Civil Italiano). La Suprema Corte de Justicia, considera que la disposición transitoria del Código de Yucatán, no se ajusta exactamente, ni a las doctrinas y a la norma romana, antes invocadas, si bien éstas prestan seguro apoyo a la interpretación que se ha dado a ese precepto. En resumen, hay que distinguir dos categorías de efectos: Los que se produjeron con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley, y los posteriores a la misma; los primeros caen bajo el régimen de la Ley derogada; los segundos se gobiernan por la Ley derogatoria. Lo más jurídico sería que también

estos últimos se normaran por la de abolida; pero esta interpretación tan radical, no puede sostenerse frente a los términos de la disposición legal de que se trata.(Semanao Judicial de la Federación. Tomo LXXVIII. Quinta Epoca. Tercera Sala. Página 2435)

La misma Suprema Corte ha establecido una excepción importante en lo que toca a la retroactividad de las leyes, dentro del mismo criterio de los derechos adquiridos, al asentar que, cuando éstos se encuentren en pugna con el orden público o con el interés general, pueden ser afectados por la ley nueva, pues considera en jurisprudencia lo siguiente:

“... los particulares no pueden adquirir derechos que estén en pugna con el interés público; de suerte que cuando una ley lesiona un derecho de esta clase, no hay retroactividad, aun cuando la existencia del derecho sea anterior a la de la ley”.⁸⁴ (Semanao Judicial de la Federación. Tomo XIV. Editorial Quinta Epoca. Página 691; y Apéndice al tomo CXVIII, Página 226 y 227.)

Otro asunto importante es el de saber si el alcance del principio de no-retroactividad se refiere sólo a las leyes ordinarias o si, también, abarca a las normas constitucionales. Es evidente que cuando se cambia un conjunto de postulados básicos que implican sendas declaraciones fundamentales de una Constitución en beneficio del interés social, las nuevas disposiciones en que dicho cambio se instrumente, sí pueden aplicarse a situaciones creadas bajo el amparo de las normas constitucionales renovadas o substituidas, aunque con tal aplicación se afecten derechos adquiridos conforme a las prescripciones reemplazadas. En esta hipótesis la acción retroactiva de las normas substitutas no adolece de ningún vicio, pues por virtud del poder constituyente que corresponde al pueblo y que éste ejerce a través de sus representantes, se pueden transformar la substancia y el contenido de la Constitución, sin que pueda oponerse

⁸⁴ Cit. por Burgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 511.

ningún obstáculo jurídico al impulso transformativo. Sobre este punto la Segunda Sala de la Suprema Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“La República Mexicana, como Estado Soberano, tiene el ilimitado derecho de darse, en todo tiempo las bases constitutivas a la organización de su gobierno y determinar las condiciones y prerrogativas de los ciudadanos y garantías individuales. Siendo innegables estos derechos como inherentes a la soberanía, las reformas a la Constitución que vienen a establecer una nueva situación jurídica, aún cuando afecten situaciones o derechos creados al amparo de una ley anterior, no son violatorias de garantías individuales, ya que éstas, que no tienen otra vida jurídica que la que les da la propia Constitución, están sujetas a las restricciones que determine la propia Carta Magna, como se expresa en el artículo 1º, mismo que proclama la existencia de las garantías del individuo.”⁸⁵ (Informe de 1935. Segunda Sala. Página 96)

Ahora bien, cuando se trata de disposiciones que no proclamen los postulados fundamentales que caracterizan el espíritu económico, social, político y cultural de la Constitución, su respectiva forma solo debe regir hacia el futuro, sin que deban afectarse situaciones creadas y derechos adquiridos conforme a las prescripciones constitucionales modificadas.

Se ha encontrado, hasta este momento, que, frente al problema de la retroactividad o irretroactividad de la Ley, parece que no es aconsejable la adopción de un criterio exclusivo, pues así como la retroactividad sin limitaciones equivaldría a la desaparición de la seguridad y de la confianza jurídicas, la irretroactividad rigurosa y tajante supondría, en determinadas circunstancias, mantener situaciones inicuas. Así, por ejemplo, una Ley destinada a combatir la usura no podrá por menos de tener efecto

⁸⁵ *Cit.* por Burgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 512.

retroactivo, para destruir las situaciones creadas por una ley anterior al amparo de la cual se hubieran producido contratos de préstamo evidentemente inmorales y leoninos.

Hasta este punto, se han comentados las valiosas opiniones de algunos destacados exponentes de este tema, y es posible hasta este punto, y con el fundamento particular de los principales criterios adoptados por nuestro órgano supremo de interpretación jurídica, contar con una sólida base teórica, que integre los elementos suficientes y propios, que nos permitirá en adelante realizar un exhaustivo y eficaz estudio de la aplicación de este principio a la materia fiscal federal, que debido a su relevancia en el ámbito jurídico y económico nacional requiere, de una permanente optimización, que permita hacer posible una mejor aplicación de los ordenamientos tributarios y al mismo tiempo mayor respeto del mandato constitucional que constituye, además, una garantía individual del contribuyente.

TERCERA PARTE
MARCO CONCEPTUAL DE LA GARANTIA DE
IRRETROACTIVIDAD APLICADO A
LA MATERIA FISCAL FEDERAL

1. LA RETROACTIVIDAD.

Sabemos ya, que por ley retroactiva se entiende aquella cuyos preceptos han de aplicarse a casos anteriores a su promulgación. Ya el derecho romano había establecido el principio de que la ley se da para el futuro; es regla jurídica de conducta que sólo obliga desde que se publica, y pondría en peligro la seguridad y los derechos adquiridos si pudiese abarcar hechos pasados. Nuestra Constitución acepta este principio como derecho fundamental, como garantía que protege la libertad y seguridad del hombre. Aunque en su artículo 14 se ha consignado como contenido de un derecho público subjetivo derivado de la garantía correspondiente. Ese derecho tiene como obligación estatal y autoritaria correlativa, la consistente en que toda autoridad del Estado está impedida para aplicar una ley retroactivamente en perjuicio de persona alguna.

Sobre este aspecto la Suprema Corte, se ha pronunciado de la siguiente manera:

AUTORIDADES, NO SON SUJETOS DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.
ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL. El artículo 14 Constitucional, al establecer que “a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, consagra con ello, como garantía individual, la irretroactividad de las leyes; de manera precisa e inequívoca se está refiriendo a los particulares ante los actos de las autoridades

precisamente porque se trata de una garantía individual,... (Semanao Judicial de la Federación. Tomo LVII. Tercera Parte. Sexta Epoca. Segunda Sala. Página 11.)

Además, y respecto al mismo asunto, entiende la Suprema Corte el carácter de temporalidad de la vigencia de las leyes como lo muestra la siguiente tesis:

IRRETROACTIVIDAD. LAS NORMAS RIGEN EXCLUSIVAMENTE HECHOS ACONTECIDOS A PARTIR DE SU VIGENCIA. Aunque es verdad que es principio general de derecho que toda norma posterior viene a derogar a la anterior, aquellas no pueden ejercer efectos retroactivos sobre situaciones jurídicas establecidas antes de esa vigencia, sino que la norma posterior rige precisa y exclusivamente los hechos acontecidos a partir de su vigencia. (Semanao Judicial de la Federación. Tomo CXXXV. Tercera Parte. Sexta Epoca. Segunda Sala. Página 161.)

De la manera como está concebida la disposición constitucional que contiene la garantía de la no-retroactividad de las leyes, deducimos que se trata de una garantía contra su aplicación por las autoridades del Estado y no contra su expedición, tal como se consagró en el artículo 14 de la Constitución de 1857. Es posible entender que así adquiere un sentido de mayor efectividad, pues en la redacción anterior, la prohibición constitucional atañía al Poder Legislativo Federal o al local; por tanto, cuando no se tratare de leyes auto-aplicativas, cualquier autoridad administrativa o judicial podría aplicar una disposición legal retroactivamente, ya que la garantía respectiva no se estableció contra su aplicación. En cambio, bajo la actual Ley Suprema, si bien el Poder Legislativo Federal o local no está impedido para expedir leyes con carácter retroactivo, ninguna autoridad estatal tiene facultad para aplicar ley alguna retroactivamente en perjuicio personal. Por ende, bien puede haber una ley que adolezca de ese vicio y sea inocua si no se aplica a ningún sujeto por prohibirlo así el artículo 14 constitucional en su primer párrafo.

Es importante subrayar que para que la aplicación retroactiva de una ley implique la contravención a la garantía individual relativa, es requisito que los efectos de retroacción originen un perjuicio personal. Por lo tanto, interpretando a contrario sensu el primer párrafo del artículo 14 constitucional, la prohibición en él contenida no comprende los casos en que la aplicación retroactiva de una ley no produzca ningún agravio o perjuicio a ninguna persona. Así lo ha considerado la Suprema Corte en tesis que señala:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. La retroactividad existe cuando una disposición vuelve al pasado, cuando rige o pretende regir situaciones ocurridas antes de su vigencia retro-obrando en relación a las condiciones jurídicas que antes no fueron comprendidas en la nueva disposición y respecto de actos verificados bajo una disposición anterior. Ahora bien, la Constitución General de la República consagra el principio de la irretroactividad, que causa perjuicio a alguna persona, de donde es deducible la afirmación contraria, de que puede darse efectos retroactivos a la ley, si ésta no causa perjuicio, como sucede frecuentemente, tratándose de leyes procesales o de carácter penal, sea que establezcan procedimientos o recursos benéficos, o que hagan más favorable la condición de los indiciados o reos de algún delito, ya por elevados fines sociales o por propósitos de humanitarismo.” (Semana Judicial de la Federación, tomo LXXI, Página 3,496. Cía. del Puente de Nuevo Laredo, S.A., así como la tesis jurisprudencial 923 del Apéndice al tomo CXVIII (tesis 163 de la citada Compilación, y tesis 161 del Apéndice 1975, Materia General). (Idem. Tesis 248 del Apéndice 1985).

A partir de los criterios aducidos que precedieron, es viable esquematizar aplicando hipótesis generales, que mayormente han sido aceptadas por los distintos tratadistas, para definir cuando una disposición legal es retroactiva:

1. Cuando se alteren las condiciones, requisitos o elementos de existencia de un acto, hecho o situación jurídica. En este caso, la ley nueva afecta a un algo jurídico realizado con anterioridad a su vigencia, afectación que puede operar directamente o bien mediante la regulación de algunos de sus efectos;
2. Cuando se alteren las condiciones, requisitos o elementos de validez de un acto, un hecho o una situación jurídica (forma, capacidad, ausencia de vicios del consentimiento). En esta hipótesis, la retroactividad se establece por los mismos motivos que la anterior;
3. Cuando se afecten los derechos o las obligaciones producidas durante la vigencia de la ley nueva, derivados de actos, hechos o situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la misma, siempre y cuando la autoridad que aplique dicha norma, para declarar procedentes o improcedentes las causas legales de la afectación, debe recurrir a la apreciación de la causa del objeto o materia afectada (tesis de Coviello).
4. En los juicios ya iniciados y desarrollados hasta la fijación de la litis inclusive, cuando se alteren los requisitos y elementos esenciales de la acción ejercida o se restrinja la defensa genérica del gobernado, es decir, en el caso de que la ley nueva declare oponibles ciertas excepciones.
5. En los juicios en general cuando se altere la "forma con arreglo a la cual puede ser ejercitado un derecho precedentemente adquirido y siempre que tal derecho haya nacido del procedimiento mismo."⁸⁶

⁸⁶ Apéndice al tomo CXVIII, tesis 925 (tesis 164 de la Compilación 1917-1965, y 162 del apéndice 1975, Materia General); Tesis 249 del Apéndice 1985, Idem.). que asienta: "La retroactividad de las leyes de procedimiento cabe cuando se trata de la forma con arreglo a la cual puede ser ejercido un derecho precedentemente adquirido, pero no cuando ese derecho ha nacido del procedimiento mismo, derecho del que no puede privarse a nadie por una ley nueva y que hizo nacer excepciones que pueden ser opuestas por el colitigante; mas la tramitación del juicio debe, desde ese punto, sujetarse a la nueva ley".

2. LA IRRETROACTIVIDAD.

En análisis, desde otro punto de vista, diremos, entonces, que la irretroactividad es la imposibilidad material o establecida en el orden jurídico para que se aplique la ley, retrotrayéndola a hechos anteriormente ocurridos.

En el primer caso existe imposibilidad de que la ley actual revoque, por ejemplo, una deducción otorgada por ley anterior a una persona física o jurídica, que antes del inicio de la vigencia de la nueva ley dejó de existir de manera absoluta, por haberse extinguido, incluso, los efectos de sus actuaciones.

En el segundo supuesto tenemos lo ordenado por la Constitución Mexicana: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

La claridad del precepto constituye un mandato general, impidiendo toda posibilidad de que el juzgador aplique una ley retroactivamente en perjuicio a no ser de que lo haga vulnerando la garantía constitucional.

Como no se trata de un problema de interpretación solamente gramatical, la dificultad está relacionada con la aplicación justa del ordenamiento, en virtud de que ante tan extrema generalización no es excepcional que se resuelva con mayores perjuicios al cumplir sin evaluar el resultado final real de la norma, por eso se explica que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (S.C.J.N.) de México haya encontrado numerosas excepciones al mandato constitucional, justificadas plenamente si se tienen en consideración los razonamientos doctrinales que se ocupan extensamente del tema, vinculándolo a los diversos valores, no precisados ni expresados en el artículo 14

Como puede observarse, esta tesis jurisprudencial contiene la regla general de que las leyes procesales pueden aplicarse hacia el pasado sin que su aplicación resulte retroactiva, salvo las dos hipótesis que en ella se apuntan y a las que acabamos de aludir. *Cf.* por Borgóa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 1994. Página 510.

Constitucional, si se interpreta aisladamente. Lo que procede, por consiguiente, es realizar una interpretación sistemática de la propia Constitución, para observar de conjunto sus postulados y resolver, así, posibles contradicciones de intereses individuales frente a intereses colectivos, definiendo las hipótesis en que deban prevalecer o bien los personales o bien los comunitarios, en atención a los fines del Derecho, entendido en su más amplio significado.

3. ANTECEDENTES NACIONALES DE LA GARANTIA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.

En nuestro país, el principio de la irretroactividad de las leyes se consignó desde el Acta Constitutiva de la Federación de 31 de enero de 1824, en cuyo artículo 19 se prohibió “toda ley retroactiva”, prohibición que reiteró la Constitución Federal de 4 de octubre de ese año en su artículo 148. Por su parte, tampoco las Constituciones centralistas de 1836 y de 1843 dejaron de acoger dicho principio, según consta, respectivamente, de la tercera ley constitucional (art. 45) y de las Bases Orgánicas (artículos. 8° y 9°).⁸⁷

Como ya advertimos, en la Constitución Federal de 1857 la garantía de irretroactividad legal se estableció frente al legislador, vedándose la expedición de “leyes retroactivas” en su artículo 14. En su disposición conducente, este precepto ordenaba que: “No se podrá expedir ninguna ley retroactiva”, habiendo sido su antecedente directo e inmediato el artículo 4° del proyecto respectivo, que declaraba: “No se podrá expedir ninguna ley retroactiva, *ex post facto*, o que altere la naturaleza de los contratos.”⁸⁸

⁸⁷ Tena Ramírez, Felipe. *Op cit.* Página 158, 190, 219, 408, 409.

⁸⁸ *Ibidem.* Página 608.

Este precepto fue discutido en sesión del Congreso Constituyente el 15 de julio de 1856, habiéndose enfocado las principales impugnaciones al mismo, en torno a la redundancia que ofrecían las expresiones *ex post facto* y o que altere la naturaleza de los contratos con la primera de ellas, dentro de cuyo alcance se comprendían perfectamente las hipótesis que se pretendían indicar en las otras dos. Fue por ello por lo que se decidió conservar únicamente la dicción “ No se podrá expedir ninguna ley retroactiva”, que se incorporó al artículo 14 como disposición definitiva aprobada.

Según se ha advertido con antelación, el sentido y alcance mismos de la fórmula en que se consagró en la Constitución de 1857 la garantía individual de la irretroactividad legal, se modificaron fundamentalmente en la Constitución vigente. Como ya se dijo, en el primero de los ordenamientos constitucionales mencionados, dicha garantía se consigné contra la expedición de leyes y, por tanto, era valedera frente a las autoridades legislativas; por el contrario, en el segundo, fue la aplicación retroactiva de las disposiciones legales lo que terminantemente se prohibió. En las actas de las sesiones del Congreso Constituyente de Querétaro no se encuentra ningún dato que revele algún antecedente que hubiese determinado la transformación de la fórmula normativa, ya que el artículo 14 del Proyecto de Constitución enviado por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, don Venustiano Carranza, fue aprobado sin discusión alguna, precepto que, por ende, se convirtió en definitivo bajo la misma designación numeral.

4. EXAMEN DEL PRINCIPIO A PARTIR DE SU REDACCION.

El texto actual de la Constitución de México, en su artículo 14 prescribe: a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. La Suprema Corte al interpretarlo ha establecido el criterio resumido y lógico siguiente:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY, SE PROTEJE CONTRA LA, SI CAUSA PERJUICIO. La Constitución General de la República consagra el principio de la irretroactividad, cuando la aplicación de la ley causa perjuicio a alguna persona, de donde es deducible la afirmación contraria, de que pueden darse efectos retroactivos a la ley si ésta no causa perjuicio. (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1995. Tomo VI. Quinta Epoca. Segunda Sala. Tesis 464. Página 309. En los Apéndices al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1965 y de 1917-1975 la tesis aparece publicada con el rubro: "RETROACTIVIDAD DE LA LEY". En el tercer precedente el número del Tomo se publica como LXXII y en el quinto precedente el número del Tomo es LXXIII, según los diversos Apéndices al Semanario Judicial de la Federación).

Por lo que inicialmente encontramos las características siguientes:

- a) Existe consagrado el principio de irretroactividad a nivel constitucional.
- b) Es necesaria la aplicación de una ley.
- c) La causación de perjuicio es la razón que justifica el principio.
- d) La ley puede retrotraerse siempre y cuando no se ocasione perjuicio alguno.

Por eso es válido plantearse si efectivamente es admisible técnicamente la existencia legal del principio de irretroactividad, en virtud de que, por una parte queda establecida la irretroactividad y, por otra, la retroactividad, en cuyo caso sólo estamos ante un instrumento para alcanzar valores mayores como la justicia y el bien común, con características, éstos sí de verdaderos principios, como su universalidad, generalidad, uniformidad, indefectibilidad, de las cuales carece la irretroactividad al admitir numerosas excepciones enteramente justificadas cuando se contraponen con el interés público, de acuerdo a una interpretación no positivista y según las tendencias actuales

que se apartan de la interpretación estricta de la ley, dando oportunidad a la aplicación de los conocimientos jurídicos de conjunto, con atención a los fines comunes en armonía con las instituciones y suma de elementos que integran al sistema jurídico.

5. INICIO DE VIGENCIA DE LAS LEYES FISCALES.

Es momento, ya, de integrar formal y más exhaustivamente la materia fiscal a nuestro análisis, por lo que se requiere incluir los elementos fundamentales esta materia específica que permitan realizar un estudio conjunto y lograr interrelacionar el principio constitucional de irretroactividad a la materia tributaria, entendiendo su forma de operar, sus particularidades, sus efectos, y desde luego sus defectos.

Tendiente a lograr lo anterior, es menester en primer lugar conocer las reglas que la legislación en materia fiscal adopta para determinar el inicio de vigencia de sus normas jurídicas.

Al respecto de lo anterior, el artículo 7o. del Código Fiscal de la Federación (C.F.F.) precisa que:

“Las Leyes fiscales, sus reglamentos y las disposiciones administrativas de carácter general, entrarán en vigor en toda le República el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, salvo que en ellas se establezca una fecha posterior.”

Diversos artículos transitorios igualmente se ocupan de señalar el inicio de la vigencia de algunos títulos o artículos del C.F.F., como los artículos 1º y 2º, de la Ley que Establece, Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales para 1985. Disposición Transitoria 2; artículo 2º de la Ley que Establece, Reforma, Adiciona y

Deroga Diversas Disposiciones Fiscales y que Reforma otras Leyes Federales para 1991; artículo 4º de las Disposiciones de Vigencia Anual y artículo 2º, fracciones I, II, IV y V de las Disposiciones Transitorias de la Ley que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales para 1992.

En comparación a las reglas en los comentarios precedentes, es posible decir que se apega más a la realidad, aunque con idénticas dificultades prácticas, cuando se requiere determinar la retroactividad de la norma, el artículo 3º del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal (C.C.F.) al establecer que:

“Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el Periódico Oficial.

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

El artículo 4º del Código Civil, indica, además:

“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”.

Y el artículo 5º del propio C.C. ordena:

“A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Lo anterior, da mayor especificidad al mandato, pero técnicamente es innecesario que se reitere en tal sentido, toda vez que es aplicable la regla de la mayoría de razón, es decir, que si a ninguna ley se le puede dar efectos retroactivos, por mayoría de razón tampoco se le pueden dar efectos retroactivos a ordenamientos jurídicos de menor jerarquía de las leyes, como son los reglamentos, resoluciones generales, acuerdos, circulares, etc. Estamos ante un buen ejemplo donde quedan evidenciadas las limitaciones propias de una interpretación estrictamente gramatical, que nos llevaría al error de inferir que, en virtud de que el artículo 14 constitucional solamente se refiere a la las leyes, los dispositivos con menor categoría quedan excluidos de la prohibición, estando en libertad de ser efectivos, con anterioridad a su expedición.

Existen, de este modo, en materia fiscal dos posibilidades generales para que una norma jurídica inicie su vigencia:

- a) Al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.
- b) En la fecha señalada por la ley fiscal. En cuyo caso la fecha deberá de ser posterior a la publicación de la ley en el Diario Oficial de la Federación.

Lo anterior, formalmente impide la aplicación retroactiva de las leyes fiscales; sin embargo, existen numerosos supuestos doctrinales y jurisprudenciales que admiten y justifican la retroactividad de esta categoría de normas.

6. MOMENTO DE CAUSACION Y DETERMINACION DE CONTRIBUCIONES.

Otro elemento esencial en este estudio lo constituye el referente al momento de causación y determinación de contribuciones. A este respecto encontramos que el artículo 6º del Código Fiscal de la Federación (C.F.F.) textualmente expresa:

“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 sobre procedimiento que se expidan con posterioridad.”

De lo anterior expuesto, cabe establecer que :

- a) Las situaciones jurídicas o de hecho al realizarse generan la obligación tributaria;
- b) Las situaciones quedan sujetas a las leyes vigentes en el lapso en que ocurran;
- c) Para determinar contribuciones deberá aplicarse la ley vigente en el momento de su causación, y
- d) Las normas adjetivas posteriores a la causación son las que deberán observarse.

Sin embargo, la apreciación que de este precepto ha hecho el Tribunal Fiscal de la Federación (T.T.F.)⁸⁹ ha sido parcial en su criterio, pues éste sostiene que:

⁸⁹ Vid Tribunal Fiscal de la Federación. *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, Núm. 70, Octubre 1985, Tesis 76, Página 337.

“...las contribuciones se causan conforme se realizan los supuestos previstos en las leyes vigentes, durante el lapso en que ocurran dichos supuestos; por tanto, este principio excluye la posibilidad de que una ley fiscal sea aplicada retroactivamente en beneficio de los contribuyentes, ya que, para determinar la causación de un impuesto debe atenderse a las leyes vigentes en la época en que ocurran los supuestos previstos por las leyes, aún cuando la ley posterior sea más benéfica.”(Revisión 1360/84, 17 de octubre de 1985, resuelta por mayoría de 5 votos y 1 en contra.)

Como se advierte, de esta manera, está excluyendo la posibilidad de que se apliquen en forma retroactiva las normas procesales contrariando el segundo párrafo del artículo 6° del C.F.F.

Al adoptarse una posición de interpretación exegetica, también se ha omitido la posibilidad de que aplicando el artículo 5° del propio C.F.F.,⁹⁰ las leyes fiscales que no se ocupen de contribuciones, excepciones, infracciones o sanciones, tengan efectos retroactivos, como resultado del empleo, por parte del juzgador, de cualquier otro método de interpretación jurídica, incluso acudiendo a la aplicación supletoria del Derecho Federal Común, mismo que a su vez nos remite en ciertos casos a los principios generales del derecho, de lo que deriva una amplia gama de hipótesis viables de retroactividad de todo tipo de leyes, incluyendo las fiscales, siendo esto acorde con el artículo 14 constitucional, a pesar de disposición en contrario por el C.F.F. al ocuparse de la causación y determinación de contribuciones en el artículo 6°; sin embargo, no es válido concluir que cuando una ley posterior, a la realización de las situaciones jurídicas, es benéfica, no sea posible su aplicación, puesto que en todo caso el fundamento jurídico es la Constitución y no el C.F.F.

⁹⁰ Textualmente indica: “ Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. ...Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de derecho federal común...”.

Es necesario ahora cuestionarse ¿Que sustenta la jurisprudencia sobre la posible retroactividad de la ley fiscal?. Cuestiones estas que parecen ofrecer una extensión y que se estudiarán con detalle, más adelante.

7. LA RETROACTIVIDAD JUSTA.

Teniendo en consideración los preceptos jurídicos, o bien, dejándolos de lado, existe una cantidad considerable de supuestos, que nos llevan a afirmar, no sólo la viabilidad, sino la conveniencia de que en ciertos casos y condiciones, se aplique la ley de forma retroactiva. En efecto:

Algunas leyes gravan hechos acaecidos y relaciones y condiciones jurídicas surgidas con anterioridad a su promulgación. “Contrariamente a las opiniones que se manifiestan a este respecto, se puede admitir que ello es legítimo, puesto que los hechos o las relaciones jurídicas perfeccionadas bajo la legislación precedente pueden ser indicaciones de una capacidad contributiva contemporánea a la nueva ley del impuesto”.⁹¹

En las normas reglamentarias de la Comunidad Económica Europea (C.E.E.), la retroactividad de las directivas de armonización fiscal, específicamente, sólo podrían tener efectos retroactivos, cuando así se estableciese en las mismas, y siempre que ello no fuese contrario a los principios de capacidad contributiva o de seguridad jurídica,

⁹¹ Esta es una opinión que resulta interesante por incluir conceptos que han venido evolucionando, según una relación más justa en sentido amplio. *Vid.* Benvenuto Griziotti, *Principios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*. Editorial Instituto Editorial Reus. Madrid. 1958. El principio de capacidad contributiva vinculando a la irretroactividad principalmente por la doctrina italiana y alemana. *Cfr.* Ramón Falcón y Tella. *Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*. Editorial Universidad Complutense Civitas, Madrid. 1988.

sostenidos por la jurisprudencia constitucional (sobre todo la italiana y alemana) como límite a la retroactividad de las leyes tributarias.⁹²

También resulta justificado, que tratando de evitar el fraude o la evasión, la ley tenga un ámbito de aplicación mayor al de su nacimiento puesto que el legislador, anteriormente no tuvo los elementos que se derivan de prácticas fraudulentas, dolosas verificadas de acuerdo a omisiones o fallas de la ley, mismas que es ilícito subsanar en el momento en que sean conocidas por el creador de la norma. Según afirma **José María Lozano**, "El que con 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 unos a otros para que el que armando asechanzas, trata de destruir las leyes presentes, se contenga a los menos con el temor de las futuras".⁹³

Las leyes financieras en general y las tributarias en especial por su naturaleza y por la materia oscilable que afectan, según hemos observado, no pueden ser estáticas. Por lo tanto, evidentemente las leyes de este tipo pueden ser retroactivas.⁹⁴

Por su parte, **Giuliani Fonrouge**, opina que "...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 su sanción, pero de esto no sigue que sea un procedimiento recomendable en todos los casos: es cuestión de oportunidad y discreción".⁹⁵

⁹² *Ibidem*. Página 67. El autor proporciona un amplio repertorio bibliográfico sobre este tema. Se observa que no aparece referencia alguna sobre "derechos adquiridos".

⁹³ José María Lozano. *Tratado de los Derechos del Hombre*. Editorial Imprenta del Comercio de Dublín y cia. México. 1982. Página 244. Al respecto, cita algunos ejemplos.

⁹⁴ *Cfr.* Los comentarios en este sentido, de Ignacio Burgóa. *Las Garantías individuales*. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1994. Página 507-515 y de Sergio Francisco de la Garza. *Derecho Financiero Mexicano*. 18ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1994. Página 291.

⁹⁵ Giuliani Fonrouge, Carlos M. *Derecho Financiero*. Vol. I. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1977. Página 106.

Por otro lado, se pueden dar efectos retroactivos a la ley, tratándose de aquellas de naturaleza procesal y de las de carácter penal, sea que establezcan procedimientos o recursos benéficos, o que hagan más favorable la condición de los indiciados o reos de algún delito, ya por elevados fines sociales o por propósitos de humanitarismo, según ha quedado establecido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁹⁶

Como ya hemos apuntado, la retroactividad de las leyes es perjudicial y está vedada al comprender en sus preceptos actos anteriores, que violen derechos adquiridos o agraven la situación de los hechos que caen bajo su dominio. Aunque, y como afirma M. Coronado, "...si la ley aplicada retroactivamente, no lastima derechos o si destruye abusos, concede garantías o minorías de penas, aunque de los hechos se retrotrae, no causa males, sino al contrario procura beneficios, puede y debe aplicarse retroactivamente",⁹⁷ al igual que las normas, como las fiscales, cuya característica elemental, es salvaguardar el interés público, según lo argumentado por la S.C.J.N. para validar las leyes tributarias hacia el pasado.

Pueden, también, ser retroactivas las leyes que declaran el derecho natural. Según José María Lozano, "...los derechos del hombre son imprescriptibles; si alguna vez son hallados y desconocidos por la ley civil, esto no puede verificarse sino hallando y desconociendo la ley natural, cuyos preceptos están impresos por la mano de Dios en los corazones de los hombres. En cualquier época es lícito a la ley volver sobre sus pasos y operar la restitución más completa contra la usurpación de tales derechos. La Ley que abolió la esclavitud no pudo violar derechos adquiridos."⁹⁸

⁹⁶ Tribunal Fiscal de la Federación. *Cuarenta y Cinco Años del Tribunal Fiscal de la Federación al Servicio de México*. Tomo IV. México. 1982. Página 22.

⁹⁷ Coronado, M. *Derecho Constitucional Mexicano*. Librería de Lavda. México. s/f. Página 52.

⁹⁸ Lozano, José María. *Op. cit.* Página 247.

La razón de existencia de preceptos jurídicos aplicables en un período anterior al de su vigencia se encuentra, de manera general, en términos de justicia, en beneficio o, en su caso, en la ausencia de perjuicio al expedir o aplicar una norma. Si bien no constituye un derecho subjetivo que el contribuyente pueda exigir a la administración pública, cuando estime se le ocasione un provecho derivado de leyes posteriores en relación a situaciones o actos concretos a él atribuibles. En México es necesario que la ley ordinaria expresamente ordene la retroactividad benéfica.

En resumen, la retroactividad es admisible cuando ocasiona un beneficio, en cuyo caso se trata de la retroactividad clasificada como justa, respecto de las leyes con las características siguientes:

- a) Procesales y penales si establecen recursos y procedimientos benéficos o favorecen la condición de indiciados o reos.
- b) Con fines sociales y humanitarios.
- c) Que establecen procedimientos y técnicas de cálculo de contribuciones.
- d) Que otorgan subsidios.
- e) Que buscan eliminar o atenuar la evasión fiscal.

siempre y cuando:

- a) No exista violación de derechos.
- b) Se pretenda suprimir abusos.
- c) Se otorguen garantías.
- d) Se trate de la disminución de penas.
- e) Se supriman delitos.
- f) Se realicen cambios formales.
- g) Existe reconocimiento de derechos.
- h) Busquen la organización de poderes.
- i) Esté de por medio el interés público.
- j) Lo estime justificado el Constituyente.

- k) Específicamente, respecto de declaratorias de derecho natural.
- l) Sean sobre reparación de errores de la autoridad que no causen agravio; verbigracia, encontramos que la Suprema Corte de Justicia en Argentina admite excepcionalmente la reparación de errores, cumpliendo el requisito de ausencia de dolo o culpa grave de la autoridad fiscal.⁹⁹
- m) Sea simple interpretación de normas anteriores al momento de su aplicación. Teniendo en consideración la opinión mayoritaria de que no hay retroactividad auténtica en esta hipótesis.

8. LA RETROACTIVIDAD INJUSTA.

Desde luego, es lógico comprender que la retroactividad es inadmisibles en todos los casos en que signifique un perjuicio ocasionando la violación de garantías del gobernado. En este sentido hay consenso en que respecto de la materia tributaria, en ningún caso puede castigarse la violación de una disposición aplicando la sanción que establezca una ley expedida con posterioridad al hecho, o bien que no puede considerarse como infracción el hecho u omisión que no estaba tipificado como tal en la ley vigente en el momento en que se realizó, sino en un ordenamiento posterior. Esto coincide exactamente con el área penal, lo que se explica por la naturaleza represiva de las sanciones fiscales.¹⁰⁰

Ciertamente las leyes tributarias tienen en algunas condiciones, efectos retroactivos, pero tal situación no se puede extender al ámbito represivo tributario, porque como afirma Fonrouge, "...es inadmisibles que se imponga una sanción por una circunstancia no prevista con anticipación a la ley."¹⁰¹

⁹⁹ Vid. Giuliani Fonrouge. *Op cit.* Página 109.

¹⁰⁰ Véase Lomeli Cerezo, Margarita. *Derecho Fiscal Represivo*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1979. Página 52.

¹⁰¹ Cfr. Giuliani Fonrouge. Vol. II. *Op cit.* Página 625 y 626.

Igualmente los derechos adquiridos y los hechos consumados están fuera del alcance del legislador, pues según **Lozano**, "...así lo reclama la seguridad de los ciudadanos, ...puesto que, el poder legislativo es, 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, el pasado no corresponde a su imperio."¹⁰² Encontramos, así, que lo esencial para fijar el límite de la nueva norma sancionada, es el estado consiguiente a la circunstancia del hecho considerado por la ley como determinante de obligación financiera; pues en opinión de **Fonrouge**, "...si tal situación ya está constituida o se ha extinguido, la ley nueva no puede alterarla, como tampoco el supuesto de que sus efectos estén consumados."¹⁰³

Consecuentemente, en principio, las razones y el alcance sobre la prohibición de retroactividad de la ley, se encuentra en:

- a) Los derechos adquiridos.
- b) Las situaciones constituidas.
- c) Las situaciones extinguidas.
- d) Los hechos consumados.
- e) Los efectos consumados.
- f) La seguridad de los gobernados.
- g) La inaplicabilidad de sanciones no previstas en la ley anterior.

¹⁰² Lozano, José María. *Op cit.* Página 240, 241 y 243.

¹⁰³ Giuliani Fonrouge. Vol. I. *Op cit.* Página 107.

CUARTA PARTE
ESTUDIO DE LA APLICACION DE LA GARANTIA DE
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY EN MATERIA FISCAL
FEDERAL.

1. LA COMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION Y DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION PARA RESOLVER EN MATERIA DE RETROACTIVIDAD.

Una importante cuestión primaria consiste en dirimir sobre la posible competencia o incompetencia del T.F.F. para conocer de conflictos en la aplicación de leyes temporalmente consideradas. La dificultad es de carácter constitucional, puesto que cuando hay violación de garantías del gobernado el órgano competente es la S.C.J.N. y como la irretroactividad es una garantía, cuando causa perjuicio, debiera entenderse que en todo caso, quien debe decidir el perjuicio o su inexistencia y, por ende, la retroactividad o irretroactividad de la ley, para en su caso proteger al titular de la garantía es la S.C.J.N.; sin embargo, el T.F.F. ha dicho que:

“Sin necesidad de que haga declaración alguna sobre violación de garantías, lo cual si está reservado de manera exclusiva al Poder Judicial Federal por el artículo 103 constitucional, dicho tribunal está capacitado para resolver sobre la exacta o inexacta aplicación de una ley, por razón de tiempo de su vigencia.”¹⁰⁴

Como ya en su momento se mencionó, la redacción anterior del artículo 14 en lo referente a esta garantía, se refería a la expedición de leyes retroactivas, es útil, por tanto,

¹⁰⁴ Cit. por Flores Zavala, Ernesto. *Elementos de Finanzas Públicas en México*. 30 ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993. Página 172; Lomeli Cerezo, Margarita. *Op cit.* Página 54, incluye otras jurisprudencias en el mismo sentido.

mencionar que los criterios actuales de la S.C.J.N. demuestran que el sentido de éste principio se mantiene, y se empareja al principio de la prohibición de dar efecto retroactivo a leyes, en perjuicio de persona alguna.

Dicho de otra manera, la prohibición de aplicar retroactivamente la ley en el ámbito fiscal, es no sólo una garantía constitucional, sino también un principio relativo a la legalidad del acto administrativo y, por tanto, puede ser reclamado, tanto a través del juicio de amparo, como mediante el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación, el cual se ha declarado incompetente para conocer de controversias sobre constitucionalidad de leyes, pero no de reglamentos y actos. (Resolución plenaria de 30 de octubre de 1939, publicada en la página 191 de la Compilación de tesis sustentadas durante los años de 1937 a 1948).

La Suprema Corte reconoce la competencia del Tribunal Fiscal para calificar la ilegalidad de actos de una autoridad administrativa, caso que se puede confirmar en la siguiente tesis:

“El juicio establecido por el Código Fiscal es un juicio de nulidad de actos de autoridad administrativa por ilegalidad de ellos; mas si la legalidad ordinaria deriva de una violación a preceptos de leyes secundarias, la ilegalidad más grave radica en la violación a la Ley fundamental, o sea, la Constitución. Razones de carácter político jurídico muy especiales, han sido invocadas por esta Suprema Corte para declarar extraña a la jurisdicción de ese Tribunal la facultada de calificar la constitucionalidad de las leyes; pero estas razones en manera alguna podrían servir para sustentar una tesis que le negara la facultad de declarar la nulidad de los actos y resoluciones materia de su competencia, por motivos de inconstitucionalidad intrínseca...”.¹⁰⁵ (Revisión Fiscal 136/1953. Bol. de Inf. Jud. No. 98. Octubre de 1955. Página 526. Sala Auxiliar).

¹⁰⁵ Véase Lomeli Cerezo, Margarita. *Op cit.* Página 52.

Se observa entonces, que sólo cuando se trata de la aplicación de una ley o un precepto que en sí mismo son retroactivos, no es competente el Tribunal Fiscal de la Federación para conocer del asunto, pues lo que se discute en realidad es la constitucionalidad de la Ley o precepto en cuestión.¹⁰⁶ (Revisión Fiscal 136/1953. Boletín de Informe Judicial. No. 92. Marzo de 1955. Páginas 121 a 123)

La Amplitud de la Garantía.

Por otra parte, es conveniente recortar que el problema en la distinción entre leyes retroactivas y aplicación retroactiva de las leyes, que origina conflictos en la interpretación jurídica y la aplicación a los casos particulares se soluciona por el criterio de la Suprema Corte, quien resuelve lo siguiente:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. COMO DEBE ENTENDERSE LA GARANTIA DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL.- Al establecer el artículo 14 constitucional como garantía del individuo, que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, no debe entenderse que la prohibición se refiere únicamente al legislador por el acto de expedir la ley, sino que también comprende a la autoridad que hace la aplicación de ella a un caso determinado, porque así permiten interpretarlo los conceptos mismos de la disposición constitucional que se comenta, ya que al igual que la primera de esas autoridades puede imprimir retroactividad al ordenamiento mismo haciendo que modifique o afecte derechos adquiridos con anterioridad, la segunda al aplicarlo hace que se produzca el efecto prohibido. En consecuencia, en uno y otro casos, esto es, ya sea que la demanda de amparo se enderece contra una sola de las autoridades o contra ambas, la justicia federal está capacitada para examinar si el precepto en sí, es

¹⁰⁶ *Ibidem.* Página 53.

conculcatorio del artículo 14 de la Constitución Federal.”¹⁰⁷ (3er. Tribunal Colegiado. Informe 1980. 3ª. Página 137; En el mismo sentido la tesis 22 del 3er. T.C. Informe 1980, 3ª, Página 137)

De la tesis sobresale que: Es garantía constitucional...

- a) Frente al legislador, y
- b) Frente al juzgador.

La garantía ante el juzgador encuentra apoyo también en el artículo 133 de la Ley fundamental, que contempla el carácter supremo de la Constitución, por tanto, los jueces deberán observar lo ordenado por ella, aun cuando existan disposiciones en contrario. La Máxima Ley se refiere expresamente a los jueces de cada Estado; sin embargo, tratándose de jueces federales que conozcan de conflictos entre normas distintas de naturaleza federal o federal y estatal, deberán acatar el principio de supremacía, contenido en la primera parte del artículo de referencia:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

En otras palabras, al ser considerada Máxima Ley que rige a los gobernados, ésta constituye el fundamento de las actuaciones jurisdiccionales en el orden federal y, como en el Estado mexicano existen diversos niveles de gobierno, se estimó necesario dejar

¹⁰⁷ Tribunal Fiscal de la Federación. *Cuarenta y Cinco años al Servicio de México*. Tomo IV. México. 1982. Página 21.

claro que la Constitución posee mayor rango que cualquier otra ley y, por tanto, los jueces de los Estados también quedan sujetos a ella, debiendo cumplirla por encima de las leyes locales.

2. LA APLICACION RETROACTIVA DE LAS LEYES Y SU JUSTIFICACION.

Ya se estableció que es posible la aplicación retroactiva de las leyes, por los órganos jurisdiccionales y administrativos, si responden a los requisitos fundamentales descritos, ahora bien, es necesario subrayar que esta garantía es exclusiva del gobernado, y que solo éste podría ser sujeto de beneficio o de violación a su seguridad jurídica, por lo que ninguna autoridad puede solicitar la protección y amparo de la justicia federal argumentando esta garantía; así lo expresa la S.C.J.N. en la tesis siguiente:

LEYES.- PUEDEN SER RETROACTIVAS CUANDO ELLO BENEFICIA A LAS PERSONAS. "...cuando la aplicación retroactiva de la ley beneficia a las personas no se contraría el texto constitucional, que establece la prohibición como una garantía individual en defensa de los particulares contra actos del poder público, lo que implica por otra parte, que no se trata de un principio absoluto por el que nunca y bajo ninguna circunstancia pueden existir excepciones y, por otra parte, implica que las autoridades no pueden invocar el artículo 14 constitucional, colocándose en situación de persona perjudicada con la disposición retroactiva o con la aplicación retroactiva de una ley".¹⁰⁸
(Revisión 218/83 Resuelta el 17 de agosto de 1984, unanimidad de 6 votos.)

¹⁰⁸ Jurisprudencia. *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*. Núm. 56. Tesis 83. Agosto de 1984. Página 46.

Del criterio mencionado, es posible derivar el siguiente esquema:

- a) La aplicación retroactiva de una ley, cuando es en beneficio, tiene carácter constitucional.
- b) Es garantía de los gobernados contra el poder público.
- c) No es un principio absoluto.
- d) Las autoridades no son personas perjudicadas, de acuerdo al precepto constitucional.

La Retroactividad en las Deduciones.

Por lo que se refiere a la posible retroactividad en materia de deducciones el T.F.F. a sostenido:

ARTICULO 27 DE LA RESOLUCION QUE ESTABLECE DISPOSICIONES DE CARACTER FISCAL PARA EL AÑO DE 1981.- AUTORIZA LA APLICACION RETROACTIVA DE DEDUCCIONES APLICABLES NORMALMENTE A PARTIR DEL 1º DE ENERO DE 1981.- El artículo 27 de la resolución que establece disposiciones de carácter fiscal para el año de 1981. Autoriza la aplicación retroactiva de deducciones aplicables normalmente a partir del 1 de enero de 1981. ¹⁰⁹ (Revisión 2208/82 Resuelta el 27 de agosto de 1984, unanimidad de 6 votos)

El artículo 27 citado se refiere a los contribuyentes que deben presentar su declaración durante 1981. Esta declaración corresponde al ejercicio de 1980, por lo que en este ejercicio podrán efectuarse las deducciones adicionales que el mismo precepto señala retroactivamente, porque ellas, salvo ese caso de excepción, tiene vigencia normal a partir del 1 de enero de 1981.

¹⁰⁹ Jurisprudencia. *Ibidem*. Tesis 111. Página 59.

Cuando en un precepto se establecen deducciones adicionales a las existentes en el ejercicio anterior, estas pueden efectuarse en forma retroactiva de acuerdo con lo previsto en la Constitución, puesto que la aplicación de la ley es benéfica, pero es necesario que así lo ordene de manera expresa la propia ley, según criterio del T.F.F.:

“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. La Constitución no ordena a la autoridad administrativa ni a la autoridad judicial que apliquen leyes retroactivas en beneficio de una persona si la misma ley no dispone que así sea, pues existe el principio de legalidad, que establece que las autoridades antes citadas no pueden hacer más que lo que la ley les autoriza; así, si la ley autoriza a la autoridad a aplicar retroactivamente la ley en beneficio de una persona, lo puede hacer en virtud del principio de legalidad ya citado...”¹¹⁰ (Tribunal Fiscal de la Federación. Resolución de 18 de febrero de 1959.)

Derecho a la Aplicación Retroactiva de Leyes

En igual sentido se ha pronunciado la Corte al agregar que **no es un derecho de los particulares exigir la aplicación de una ley retroactivamente**, cuando es un beneficio. Al respecto, la siguiente tesis:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. NO OPERA EN MATERIA FISCAL, AUN CUANDO SEA FAVORABLE AL CAUSANTE. “...la finalidad... es que no se apliquen en forma retroactiva, en perjuicio de los gobernados,... más no que al arbitrio de ellos se les apliquen en forma retroactiva las leyes que estimen les favorezcan. La citada garantía debe entenderse como el derecho del gobernado a reclamar la inconstitucionalidad de

¹¹⁰ *Cit.* por Cadena Rojo, Jaime. *La Jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación*. Editorial Trillas. México. 1976. Página 175.

cualquier ley que se le pretenda aplicar retroactivamente en su perjuicio, pero no como un derecho para exigir que se le aplique determinada ley en forma retroactiva simplemente porque les favorezca, máxime en una materia como la fiscal en que las normas respectivas son de observancia estricta. (Amparo directo 158/88. Universidad Autónoma de Coahuila. 16 de marzo de 1988. Unanimidad de votos) (Semanario Judicial de la Federación. Tomo I. Segunda Parte. Quinta Epoca. Tribunales Colegiados de Circuito. Página 605)

En esta parte hay que tener presente la aplicación a la materia tributaria del "...Principio de Derecho Penal, según el cual debe aplicarse retroactivamente la ley que establezca una sanción menor a casos sucedidos con anterioridad a su vigencia, o aún dejar de sancionar aquellos en que se haya dejado de considerar punible un acto u omisión, es también aplicablè en materia fiscal, en el caso de que la ley relativa no disponga nada sobre el particular".¹¹¹

Principio expresado en el artículo 56 del Código Penal para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, al prever que:

"...Cuando entre 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 inculpado 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 entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva reforma."

¹¹¹ Jurisprudencia del T.F.F., *Cit.* por Cadena Rojo, Jaime. *Op. cit.* Páginas 100 y 101.

La existencia de esta tesis jurisprudencial del T.F.F. y su vinculación al artículo transcrito, es útil toda vez que en México el Código Fiscal de la Federación (C.F.F.) contiene un capítulo sobre delitos fiscales, sin hacer referencia a su posible validez hacia el pasado, cuando es en beneficio de los sujetos a sanciones por la comisión de ilícitos. Tal omisión queda subsanada debidamente por la interpretación del aludido órgano jurisdiccional a una situación que, en principio, parece no ofrecer objeción alguna; sin embargo, desde un punto de vista estrictamente positivista, si se presenta un conflicto de interpretación, puesto que, el artículo 5° del C.F.F. es preciso al asignar el carácter de leyes estrictas a las que fijan infracciones y sanciones, es decir, no cabe la analogía ni la mayoría de razón, lo que está en la ley es lo que debe observarse, no se debe interpretar donde no hay que interpretar, es en suma, el principio de plenitud hermética y de interpretación estrictamente gramatical, por consiguiente, habría que desprender que en materia de delitos fiscales sólo es aplicable el capítulo respectivo del C.F.F. Luego entonces qué justifica que el juzgador aplique otra ley para fundamentar la disminución o eliminación de penas, cuando ésta sí contempla el supuesto. De conformidad con el artículo 5° mencionado, no es viable puesto que se violaría invariablemente una regla que ha querido ser fundamental en derecho fiscal, su aplicación estricta. Puede uno suponer que como el C.F.F. tiene carácter supletorio, precisamente, en el caso suple lo no previsto en el Código Penal Federal, pero, este ordenamiento no es la ley fiscal y, el C.F.F. sólo es supletorio de leyes fiscales. Técnicamente todo lo concerniente a delitos fiscales, mientras que no se regulen por la legislación penal general, debiera aparecer en el Capítulo II del Título IV del C.F.F., incluyendo, desde luego, un artículo similar al 56 del Código Penal Federal, que no tenga carácter transitorio, superando así las dificultades de interpretación legal y alcanzar mayor pureza jurídica.

Otra opción es incluir todo lo relativo a delitos fiscales en el Código Penal Federal y dejar únicamente las infracciones administrativas en el C.F.F., dado que el Derecho Penal es la parte general sustantiva y la materia fiscal es la parte específica adjetiva en los delitos fiscales. La codificación como recopilación de todo lo relativo a

un área, en este caso la penal, resolvería situaciones que desde un enfoque doctrinal han sido suficientemente estudiadas y resueltas, pero que en México el derecho positivo fiscal al separar del derecho codificado general, la parte especial, en otro código (el C.F.F.), provoca la interpretación o creación de normas adversas al positivismo, por el Poder Judicial de la Federación, aunque justificadas desde un enfoque más amplio y acorde a las escuelas modernas del derecho, como se advierte de la tesis a la que nos hemos venido refiriendo.

Existe una excepción, con importantes imperfecciones, a lo expuesto, encontrada en el artículo 6º, transitorio del C.F.F. vigente,¹¹² que contempla:

“Los delitos y las infracciones cometidos durante la vigencia del Código que se abroga, se sancionarán en los términos preceptuados por el mismo, a menos que el interesado manifieste su voluntad de acogerse al presente Código por estimarlo más favorable.”

Es posible advertir que este precepto contiene importantes limitaciones por su carácter transitorio, por referirse únicamente al Código que se abroga y por imponer al interesado el requisito de solicitar se le aplique el nuevo código, cuando lo estime más favorable.

El artículo 14 constitucional al permitir la aplicación retroactiva de una ley cuando es en beneficio, garantiza el carácter general y permanente de tal garantía, lo cual no sucede con disposiciones transitorias.

¹¹² Del Decreto del Código Fiscal de la Federación del 30 de diciembre de 1981, vigente a partir del 1º de enero de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1981.

Al referirse solamente al C.F.F. que se abrogó, quedan considerables omisiones respecto a las reformas y adiciones que en materia de Derecho Penal Fiscal, se presenten durante la vigencia del nuevo código y que efectivamente resulten benéficas para los inculpados, supuesto en el que es aplicable lo observado con motivos de la jurisprudencia sobre la que hemos venido reflexionando.

La parte final del ordenamiento es claramente opuesta a la garantía de aplicación de la ley más benéfica, caracterizada por su aplicación de oficio y no necesariamente a petición de parte, como obliga tal artículo.

3. LA INEXISTENCIA DE RETROACTIVIDAD.

En atención a que las leyes sólo son aplicables para el futuro, no se puede hablar de retroactividad jurídicamente permitida, más todavía cuando existe la máxima “Lo no prohibido está permitido al particular”, esto es, siempre se estarían vulnerando dichos postulados si se aceptara la retroactividad de una ley. En este sentido, la S.C.J.N. ha sostenido las premisas siguientes:

- a) Los actos del gobernado no normados, constituyen un derecho para su ejercicio de manera discrecional, en virtud de que el orden jurídico así lo tutela.
- b) Tal derecho termina con la entrada en vigor de una ley reguladora del acto no reglado.
- c) Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les faculta.
- d) Los gobernados pueden hacer lo que la ley no les prohíbe.
- e) Una ley reguladora de actos que anteriormente no se contemplaban, sólo tiene efectos futuros.
- f) Obligaciones contenidas en circulares, pero sin sustento en ley, vulneran derechos por ausencia de ley.

En jurisprudencia se expresa que:

“...en aquellos casos en que la conducta del gobernado no haya sido normada en forma alguna por el poder legislativo, de manera que no pueda ser considerada prohibida, ni válida únicamente cuando se ciña a determinadas restricciones, su realización constituirá el ejercicio de un “derecho”, emanado precisamente de la ausencia de una ley reguladora y tutelada, por lo mismo, por el orden jurídico, en cuando éste, al dejar intacto el ámbito de libertad en que tal conducta es factible, tácitamente ha otorgado facultades para obrar discrecionalmente dentro del mismo. Por consiguiente, la ausencia de normas limitativas de la actividad del individuo, configura un derecho respetado por las autoridades, aun por el propio legislador, cuya vigencia desaparecerá hasta que surja una norma legislativa al respecto. Es decir, antes de la prevención legislativa, el derecho estriba en poder obrar sin taxativas; después de ella, el derecho está en obrar conforme a tal prevención, pues mientras las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les faculta, el gobernado puede hacer todo lo que dicha ley no le prohíbe. Establecido que la ausencia de normas legislativas configura para el gobernado el derecho de obrar libremente, y que tal derecho también es tutelado por el orden jurídico, porque todo lo no prohibido por las normas legales ni sujeto a determinadas modalidades le está por ellas permitido, tiene que admitirse que el surgimiento de una ley que regula una situación hasta entonces imprevista legislativamente, sólo puede obrar hacia el futuro, ya que de lo contrario estaría vulnerado el artículo 14 constitucional...”. (Semanario Judicial de la Federación. Apéndice 1917-1975, Jurisprudencia, 3ª Parte, Segunda Sala, Tesis 514, Página 852 y 853.

La Inexistencia de Retroactividad de la Jurisprudencia.

Por lo que se refiere a la interpretación, no puede considerarse como retroactiva,¹¹³ en contra del precepto constitucional que la prohíbe, en virtud de que lo ordenado por el artículo 14 únicamente se refiere a la ley y no necesariamente a su interpretación, misma que puede ser posterior al hecho materia de la norma. La relación de vigencia de la ley con los hechos se presenta a partir del inicio y hasta la terminación de validez normativa respecto de hechos comprendidos durante ese período, pero no antes ni después, dado este supuesto y no obstante que exista una nueva ley, procede interpretar y aplicar la ley anterior correspondiente al momento en que se realizaron los hechos, en cuyo caso la interpretación no es retroactiva, como lo ha entendido la S.C.J.N., en la forma abreviada siguiente:

- a) Toda vez que la jurisprudencia constituye simple interpretación de la ley no puede considerarse anticonstitucional por el hecho de crearse posteriormente a la situación jurídica concreta actualizada.
- b) Basta con que la ley aplicable esté vigente en el tiempo en que se realiza el supuesto, para que la jurisprudencia sea válida, con independencia del tiempo de creación.

Los criterios en este sentido son los siguientes:

JURISPRUDENCIA. SU VARIACION Y APLICACION INMEDIATA NO IMPLICA VIOLACION AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IRRETROACTIVIDAD. Con la aplicación inmediata de una nueva jurisprudencia no se viola en perjuicio de la quejosa el principio jurídico de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación correcta de la ley, que la

¹¹³ En España las normas interpretativas y las procesales pueden asumir carácter retroactivo; *Cfr. De Ayala José y González Eusebio. Op cit. Página 67 y a Albinaña, César. Sistema Tributario Español y Comparado. Editorial Técnicos. España 1992. Página 114.*

Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así el artículo 192 de la Ley de Amparo; la nueva jurisprudencia no constituye una nueva ley abrogatoria o derogatoria de otra anterior, sino sólo la unificación de determinación del verdadero sentir de la Ley, que no se modifica por el hecho de desentrañar su contenido con precisión y certeza; por lo que debe aplicarse inmediatamente a los casos a que la misma jurisprudencia se refiera. (Semanao Judicial de la Federación. Octava Epoca. Tomo VIII-Noviembre. Tribunales Colegiados de Circuito. Página 121. Tesis I. 3º. C J/22. (Esta tesis también aparece publicada en la gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Número 47. Diciembre de 1991. Página 73.))

JURISPRUDENCIA E IRRETROACTIVIDAD. Es inexacto que al aplicarse jurisprudencia formada con posterioridad a la fecha del acto reclamado, pero interpretando la Ley que lo rige, se viola en perjuicio de los quejosos el principio constitucional de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación de la voluntad de la Ley. La jurisprudencia no crea una norma nueva, sino únicamente fija el contenido y alcance de una ya existente. En consecuencia, si la jurisprudencia sólo es la interpretación de la Ley que la Suprema Corte de Justicia de la Nación efectúa en determinado sentido y que resulta obligatoria por ordenarlo así, disposiciones legales expresas, su aplicación no es sino la misma de la Ley vigente en la época de realización de los hechos que constituyen el acto reclamado. (Semanao Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Tomo LXVII. Tercera Parte. Segunda Sala. Página 31. (Esta tesis también aparece en el Apéndice 1917-1985, Tercera Parte. Segunda Sala. Primera tesis relacionada con la jurisprudencia 409. Página 720.))

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACION NO ES RETROACTIVA. Es inexacto que al aplicarse jurisprudencia surgida con posterioridad a la comisión del delito a la Ley entonces vigente, se viole en perjuicio del acusado el

principio jurídico legal de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente, sino sólo es la interpretación correcta de la Ley que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria, por ordenarlo así, disposiciones legales expresas, de suerte que su aplicación no es sino la misma de la Ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el proceso penal. (Revisión fiscal 36/91 de 66 de enero de 1992.) (Semanao Judicial de la Federación. Octava Epoca. Tomo XIV-Julio. Tribunales Colegiados de Circuito. Página 644.) (Véase también Apéndice de Jurisprudencia 1917-1988. Jurisprudencia 102 de la Segunda Parte. Página 1695.)

JURISPRUDENCIA, RETROACTIVIDAD DE LA. La jurisprudencia no está sometida al principio de irretroactividad, en tanto se limita a determinar el sentido de las leyes vigentes, puede aplicarse aun a los hechos anteriores a su adopción; y sólo se causaría agravio si se aplicase la jurisprudencia a un caso regido por una ley anterior. (Revisión fiscal 190/54. de 21 de julio de 1955. Unanimidad de cuatro votos.) (Semanao Judicial de la Federación. Quinta Epoca. Tomo CXXV. Sala Auxiliar. Página 672.)

La Inexistencia de Retroactividad en Tasas Complementarias sobre Utilidades Brutas Extraordinarias

Un caso interesante y muy discutido en su momento, resuelto en el sentido de inexistencia de retroactividad la Corte es el relativo a que:

“Los artículos 47-A al 47-G de la Ley del Impuesto sobre la Renta, reformados mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1976, que establecen la tasa complementaria sobre utilidades brutas extraordinarias no son retroactivas por el hecho de que para la obtención de la base sobre la que se aplicaría la tasa en el ejercicio fiscal de 1977, tome en consideración las utilidades brutas

obtenidas por el causante en los tres ejercicios fiscales anteriores, ya que éstos únicamente sirven para obtener la utilidad bruta promedio del causante, sin que por ello se pueda estimar que están gravando también las utilidades brutas del causante en los ejercicios fiscales anteriores al año de 1977. (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Informe 1985. Jurisprudencia. Pleno. Tesis 54. Página 418 y 419)

El criterio es correcto respecto de la hipótesis en que puede ser benéfica para el contribuyente, puesto que al tomar como base ejercicios anteriores para obtener el promedio de utilidades, la base del impuesto es menor si los ingresos anteriores son inferiores al actual. Por el contrario, si los ingresos de ejercicios anteriores al actual, son superiores, aumentará la base impositiva respecto de la correspondiente, aisladamente, al presente ejercicio, en cuyo caso sí se viola el artículo 14 constitucional, toda vez que el legislador solo tiene facultades para legislar sobre la forma de determinación de gravámenes, hasta por el período correspondiente al año fiscal, pero no a épocas más amplias, cuando es en perjuicio, desde luego, interpretando, por una parte, el principio de legalidad (artículos 14, 16, y 34, fracción IV) y, por la otra parte, el principio de anualidad de la ley fiscal (artículo 74, fracción IV).

El razonamiento es sencillo:

Hipótesis A

Ejercicio	<u>1995</u>	<u>1996</u>	<u>1997</u>
Utilidades	100	120	95
Utilidad promedio	105		

El promedio de los tres ejercicios es mayor que la utilidad del último ejercicio, por tanto, causa perjuicio.

Hipótesis B

Ejercicio	<u>1995</u>	<u>1996</u>	<u>1997</u>
Utilidades	95	100	120
Utilidad promedio			105

El promedio de los tres ejercicios es menor que la utilidad del último ejercicio, por tanto, es benéfica.

Suponiendo en ambas hipótesis que el último ejercicio del ejemplo es el que se está gravando y, por tanto, es al que se le está aplicando la fórmula de cálculo.

La Inexistencia de Retroactividad en Materia de Recargos.

Por lo que se refiere al aumento del límite de los recargos, la Corte ha considerado que no existe retroactividad en el caso de las situaciones continuas, pudiéndose modificar por razón de continuidad. Al respecto, se incluye la siguiente jurisprudencia:

RECARGOS Y GARANTIA DEL INTERES FISCAL. LOS ARTICULOS 4º Y 9º TRANSITORIOS DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION, NO SON RETROACTIVOS. Los artículos 4º y 9º transitorios del Código Fiscal de la Federación vigente a partir de 1983 preceptúa que (artículo 4º) cuando con anterioridad a la fecha

de entrada en vigor del propio código, se hubieran causado recargos hasta por el 100% del importe de las contribuciones relativas (límite máximo al que se refería la Ley anterior), a partir del 1° de enero de 1983 se reanuda la causación de recargos sobre las mismas contribuciones, aun cuando excedieran el porcentaje mencionado (hasta el número límite de 250%, según el artículo 21 de la Ley en cita) y que (artículo 9°) cuando se hubiera interpuesto algún medio de defensa y la garantía del interés fiscal debiera ampliarse (como en el caso de los recargos) tendría que hacerse tal ampliación en el plazo de quince días a partir de la fecha del inicio de la vigencia del ordenamiento que se cometa. Ahora bien, como los recargos fiscales tienen carácter indemnizatorio para el erario por falta oportuna del pago de los adeudos y se encuentran en relación directa con el incumplimiento del causante y el tiempo en que se promulgue la mora, los artículos 4° y 9° referidos no violan las garantías de irretroactividad, ya que no están rigiendo situaciones acaecidas con anterioridad a la fecha en que se inició su vigencia, pues no ordenan que la causación de recargos se reanude a partir de la fecha de en que se alcanzó el 100% del crédito principal. Dichos artículos establecen la generación de nuevos recargos a partir del momento de la iniciación de su vigencia (1° de enero de 1983) y hacia el futuro, sin retrotraer sus efectos a la fecha del fincamiento del crédito fiscal principal. Tampoco modifican la obligación fiscal, tal como se generó, sino que regulan los efectos del incumplimiento por parte del causante, que por prolongarse en el tiempo, se rigen por las leyes que se encuentran vigentes mientras la mora se produce, puesto que ésta es un acto de tracto sucesivo, sin que pueda pretenderse que el pago de recargos tenga como límite el monto señalado por el ordenamiento de anterior vigencia, si la mora continua prolongándose cuando la Ley cambia las situaciones jurídicas generales para el futuro. (Apéndice de 1995. Octava Epoca. Tomo I, Parte SCJN. Pleno. Tesis 280. Página 261.) (Aparece también publicada en el Semanario Judicial de la Federación. Octava Epoca. Tomo I. Primera Parte-1. Página 155.)

Los aspectos sobresalientes de este criterio consisten en:

- a) Se establecía, por la Ley anterior, que los recargos no podían ser mayores que el crédito fiscal (artículo 22 del C.F.F.).
- b) La nueva ley aumenta el límite de recargos.
- c) El nuevo límite de recargos es aplicable a la mora iniciada bajo una ley anterior.

Surge en consecuencia un conflicto de constitucionalidad sobre la retroactividad del precepto fiscal. El Poder Judicial resolvió:

- a) No hay retroactividad porque se trata de una ley (ordenamiento abstracto y general).
- b) Es ley para el futuro.
- c) No existe lesión jurídica individual.
- d) Se trata de situaciones individuales modificables por ley.
- e) Los recargos no tienen el límite señalado en una ley anterior, cuando la mora se siga produciendo al surgir una nueva ley, que modifica dicho límite.

Las consideraciones que se pueden hacer a dicho criterio, son las que resultan más evidentes.

1. Decir, sin fundamento alguno, que las leyes no pueden ser retroactivas, es olvidar que la parte a analizar es, precisamente, si una ley es retroactiva o no lo es.
2. De la misma forma, afirmar que es una ley para el futuro, pero sin ningún razonamiento, es no estudiar el objeto principal, consistente justamente en dirimir si en el asunto se está aplicando una ley hacia el pasado o al futuro.

3. Como no se argumenta todavía la inexistencia de retroactividad, no se puede afirmar, por tanto, la existencia de lesión jurídica o su inexistencia.
4. Tiene razón el órgano jurisdiccional al sostener que se trata de situaciones modificables.
5. El criterio final parece acertado, pero por las razones siguientes:
 - a) Como la ley fiscal termina su vigencia generalmente, cuando es abrogada o derogada, por una nueva, en el presente caso el límite de recargos no puede exceder el adeudo principal en el supuesto de que tales recargos se cubran a más tardar el último día de vigencia de la ley que así lo ordena, puesto que de otra manera al no cubrirse en su totalidad en dicha fecha, los recargos adeudados pendientes, quedan sujetos, desde luego a un nuevo régimen jurídico que se aplica a partir de la fecha en que se inicia su vigencia y los recargos no pagados quedan sujetos al límite nuevo o, a la ausencia de límite, si fuera el caso, de lo cual no se deriva retroactividad de la ley.
 - b) El juzgador únicamente lo que está haciendo es aplicar una de las teorías existentes al respecto y que se adecua perfectamente al tema de los recargos. Se trata de la teoría de **Paul Roubier**.

Hay que hacer notar que sobre el particular la ley mexicana ha tenido fluctuaciones estableciendo tope a los recargos, o bien, eliminándolos. En 1992, el artículo 21 del C.F.F., establece: “ Los recargos se causarán hasta por diez años se calcularán sobre el total del crédito fiscal...”.

La Inexistencia de la Retroactividad de Normas Sustantivas y Procesales.

Sobre la retroactividad de las normas sustantivas y de las normas procesales, el T.F.F. a sostenido que:

“...no era correcta la apreciación de la autoridad recurrente, consistente en que en todo caso una declaratoria de retroactividad sea un problema relacionado con el fondo del asunto, ya que depende de la naturaleza de las normas de que se trata, a sea, que si ellas se contraen a cuestiones sustantivas, en principio sí se tratará de un asunto relacionado con el fondo del negocio, no así cuando las disposiciones son simplemente de orden procesal, pues en este caso la declaratoria de retroactividad no afecta al fondo del asunto, pues el mismo queda al margen de la decisión”.¹¹⁴

De donde se deriva que:

- a) No es válido considerar que en todo caso una declaratoria de retroactividad es un problema relativo al fondo de asunto.
- b) Cuando las disposiciones son procesales, la declaratoria de retroactividad no afecta al fondo del asunto.

4. LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES FISCALES. SU JUSTIFICACION.

Es ampliamente conocida la jurisprudencia que admite la aplicación retroactiva de las leyes fiscales en los términos siguientes:

¹¹⁴ *Cit.* por Cadena Rojo, Jaime. *Op cit.* Página 101.

RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES FISCALES. Si bien las leyes fiscales, por ser de interés público, pueden retrotraerse, y es legítima facultad del Estado cambiar las bases de la tributación, la justicia de tal retroactividad sólo puede entenderse en el sentido que los contribuyentes no pueden alegar que han adquirido el derecho de pagar siempre el mismo impuesto que afecta su patrimonio, pero nunca en el sentido de que los causantes han de cubrir por el tiempo anterior a la nueva ley, la diferencia que resulte entre el impuesto que han venido pagando y el que deben pagar en lo sucesivo.¹¹⁵ (Jurisprudencia 1917-1975. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Segunda Sala. México. 1975. Página 455; y Apéndice de Jurisprudencia 1917-1965. Segunda Sala. México, Tesis 229 y 274. Página 277, 453 y 454.)

Encontrando así, las normas básicas de interpretación que en materia de retroactividad rigen la tributación, es posible traducirlas en el esquema formulado a continuación:

- a) Es admisible la aplicación de la ley fiscal de hechos anteriores al inicio de su vigencia.
- b) El interés público justifica la aplicación retroactiva de la ley.
- c) El Estado tiene facultades para cambiar las bases de tributación.
- d) No se pueden alegar derechos adquiridos para pagar siempre el mismo impuesto.
- e) No significa obligación de pago, por el tiempo anterior, de la diferencia entre el impuesto pagado y el que se deba pagar conforme a la nueva ley.

En otras ejecutorias relativas a la prescripción y a leyes expedidas por el Constituyente, la S.C.J.N. sostuvo la retroactividad de las normas tributarias:

¹¹⁵ Véase Tribunal Fiscal de la Federación. *Cuarenta y Cinco Años al Servicio de México*. Tomo IV. México. 1982, Página 23.

“La retroactividad, en estas condiciones, es aceptable cuando no se perjudica a ningún particular y cuando sea consecuencia de un acto de soberanía del legislador, que tiene, en todo momento, del derecho de reducir el término de la prescripción en materia de impuestos”.¹¹⁶ (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1965. Tercera Parte. Segunda Sala. Página 278.)

Sobre el mismo aspecto, también expresa lo siguiente:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. “Las leyes retroactivas, o las dicta el legislador común o las expide el Constituyente, al establecer los preceptos del Código Político. En el primer caso, nos se les podrá dar efecto retroactivo, en perjuicio de alguien, porque lo prohíbe la Constitución; en el segundo, deberán aplicarse retroactivamente, a pesar del artículo 14 constitucional, y sin que ello importe violación de garantía individual alguna. En la aplicación de los preceptos constitucionales, hay que procurar armonizarlos y si resultan unos en oposición de otros, hay que considerar lo especiales como excepción de aquellos que establecen principios o reglas generales. El legislador constituyente, en uso de sus facultades amplísimas, pudo por altas razones políticas, sociales o de interés general, establecer casos de excepción al principio de retroactividad, y cuando así haya procedido, tales preceptos deberán aplicarse retroactivamente...” (Semanario Judicial de la Federación. 1917-1975. Octava Epoca. Pleno. Tesis 18. Página 282.)

Queda considerado, además de lo expuesto en otras ejecutorias, que:

- a) La retroactividad por actos de soberanía del legislador es aceptable.
- b) El legislador puede reducir el término de prescripción fiscal.

¹¹⁶ Cit. por De la Garza, Sergio Francisco. *Op cit.* Página 291

Lo cual es contrario a la primera parte de la jurisprudencia inmediatamente anterior y a la garantía constitucional de irretroactividad legal y, por otra parte, todo acto de creación de una ley es un acto soberano, desde un punto de vista jurídico, siempre que se trate del órgano autorizado para legislar, no debiendo confundir soberanía con arbitrariedad, como, cuando basándose en supuesta soberanía se reduce el término de prescripción de la obligación tributaria, agregando que no ocasiona perjuicio alguno, cuando lo que sucede realmente, es exactamente lo contrario. El nuevo término de prescripción deberá aplicarse solamente a aquellos casos que se verifiquen a partir del nacimiento de la ley que lo prevé, pero no deberá hacerse extensivo a supuestos originados bajo el amparo de ley anterior, si es más benéfica.

La Suprema Corte al seguir la Teoría General del Derecho y sus modos de creación, así como de legitimación de los actos de autoridad constituida, expresó que el Constituyente está facultado para expedir leyes retroactivas, sin que se ocasione en tal supuesto violación de garantías, encontrándose así una excepción más a la garantía de irretroactividad. Jurídicamente es aceptable el criterio; sin embargo, no debe entenderse que dicha facultad del constituyente sea ilimitada y arbitraria, sino que para considerarse válida deberá sujetarse a los valores supremos, esenciales al derecho. Es necesario que el Constituyente se fundamente en el bien común, interés público, razones sociales o políticas para crear leyes contrarias a las garantías del gobernado individualmente considerado, en cuyo caso estaremos ante las excepciones admitidas, respecto de las cuales no se puede alegar violación de derechos, como sucede con la seguridad jurídica, misma que implicaría un congelamiento del sistema jurídico para no estar en constante pugna con los nuevos preceptos, principalmente con aquellos retroactivos que busquen perfeccionar la legislación actualizándola según las exigencias de los avances de la ciencia y en los diversos órdenes, causas que una vez calificadas debidamente conduzcan a anteponer valores fundamentales como el bien común ante la seguridad jurídica.

Es ahora, mejor comprensible que "...resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto -retroactividad auténtica-, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio..."¹¹⁷

En México, como ejemplo, se pueden citar casos manifiestos de retroactividad en perjuicio de las personas que realizan actividades de construcción, contrariamente a lo que se ha venido exponiendo.

- a) El artículo octavo del Decreto de 28 de diciembre de 1967 que reformó y adicionó diversas leyes federales, impulsó a las empresas de construcción de obras públicas y privadas la obligación de pagar antes del 31 de marzo de 1968 un impuesto calculado a razón de 1.5% sobre el valor de las obras ejecutadas durante el año de 1967, es decir, durante el año anterior a la publicación del precepto.¹¹⁸
- b) La Sala Regional Peninsular sostuvo que:

"Si en las cédulas de liquidación de cuotas obrero-patronales se determinan créditos fiscales por los bimestres del 5º de 1984 al 3º de 1985, es evidente que al tenor de lo dispuesto por los artículos 6º del Código Fiscal de la Federación y 14 de la Constitución Federal, no puede aplicarse para fijar el monto de dichos créditos, el Reglamento del Seguro Social Obligatorio para los trabajadores de la

¹¹⁷ *Loc. Cit.* Véase, además, Pérez Rayo, Fernando. *Derecho Financiero y Tributario*. Editorial Civitas. Madrid. 1991. Página 77.

¹¹⁸ *Vid* Zavaleta Rodríguez, Benjamín. *Las Garantías Individuales y la Potestad Tributaria del Estado*. Revista del Tribunal Fiscal del Estado de México. Mayo-Agosto. 1986. núm. 27. Año X. Página 90.

industria de la construcción por obra y tiempo determinado, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de noviembre de 1985, que entró en vigor el 4 de enero de 1986, porque no se encontraba vigente en el momento en que se causaron dichos créditos fiscales. Por tanto, su aplicación en estos casos es retroactiva en perjuicio del contribuyente”.¹¹⁹

Y preceptos transcritos como lo establecido en la fracción III del artículo segundo de las disposiciones transitorias de 1992 del Código Fiscal de la Federación:

“Quedan sin efecto 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 esta ley.”

La fracción transitoria que se distingue por su anticonstitucionalidad y por ser contrario a la jurisprudencia sobre irretroactividad de la ley fiscal, en las hipótesis en que no se puede generalizar, como aparece en esta norma.

Al respecto, la opinión de **Martín Cortés**, quien expone que: “Son normas retroactivas las que fijan el régimen jurídico aplicable cuando se están realizando situaciones jurídicas al crearse una nueva ley. Una norma determina el Derecho regulador de unas situaciones producidas con anterioridad a la promulgación de la disposición transitoria, de ahí que no sea difícil encontrarse con normas jurídicas transitorias que verdaderamente son retroactivas. Pero, en España, contrariamente a México, no existe limitación legal para que ello pueda ocurrir”.¹²⁰

¹¹⁹ *Cit.* en Despacho Emilio Margain y asociados. *Boletín Jurídico*. No. 142. Diciembre de 1989. Página 14.

¹²⁰ *Vid.* Cortés, Martín. *Ordenamiento Tributario Español I*. Editorial Civitas. España. 1985. Página 104.

5. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y LAS EXPECTATIVAS ANTE LA RETROACTIVIDAD.

Con propósito de cerrar el presente estudio conviene hacer el esquema de los criterios fundamentales del Tribunal Fiscal de la Federación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como su justificación final sobre ellos, incluyendo los párrafos fundamentales de las jurisprudencias y tesis que al respecto han emitido.

Esta visto que, en reiteradas tesis y jurisprudencia la Suprema Corte ha definido a los derechos adquiridos y a las expectativas de derecho como:

DERECHOS ADQUIRIDOS	= ACTO realizado que introduce	{ BIEN, FACULTADES o PROVECHOS.
	al PATRIMONIO de las personas...	
	EL HECHO no puede afectarse por	{ Las Partes o La Ley

Por su parte:

EXPECTATIVA DE DERECHO	=	PRETENSION	de que se realice una...
SITUACION JURIDICA CONCRETA	conforme a	LA LEY VIGENTE...	
		En el MOMENTO DETERMINADO	

Según los criterios que se transcribe a continuación:

RETROACTIVIDAD, TEORIAS SOBRE LA. “...el derecho adquirido es definible, cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; y la expectativa de derecho es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso, se realiza el derecho y entra al patrimonio; en el segundo, el derecho está en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta, no formando parte integrante del patrimonio; estos conceptos han sido acogidos por la Suprema Corte, como puede verse en las páginas 226 y 227 del apéndice al tomo I del Semanario Judicial de la Federación, al establecer que: “para que una ley sea retroactiva se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial”. “La ley es retroactiva cuando vuelve al pasado para cambiar, modificar o suprimir los derechos individualmente adquiridos ya, y según los tratadistas, los derechos que se deriven directamente de un contrato, son derechos adquiridos”. “Al celebrarse un contrato, se crea una situación jurídica concreta, que no puede destruirse por la nueva Ley, si no es incurriendo en el vicio de la retroactividad. Si una obligación ha nacido bajo el imperio de la Ley antigua, subsistirá con los caracteres y las consecuencias que la misma Ley le atribuye”. (Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXI. Quinta Epoca. Segunda Sala. Página 3496. Tesis relacionada con jurisprudencia 247/85).

RETROACTIVIDAD EN LA TRIBUTACION. “...Si bien el Congreso de la Unión debe legislar anualmente en materia impositiva para determinar los impuestos que habrán de cubrir el presupuesto del correspondiente año fiscal, lógica y jurídicamente debe entenderse que las disposiciones que en esa materia se encuentren vigentes cada año registrarán los hechos acaecidos durante el mismo, pero sin que puedan afectar, no solo

las situaciones jurídicas consumadas o constituidas con anterioridad, sino tampoco las consecuencias que de estas últimas se siguen produciendo...". (Semanario Judicial de la Federación. Apéndice 1918-1985. Tercera Parte II. Segunda Sala. Página 505.) (También aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-1975. Segunda Sala. México. 1975. Página 455 y 456.)

De esta jurisprudencia conviene subrayar que:

- a) Las leyes tienen aplicación durante su vigencia.
- b) El Congreso debe legislar anualmente en materia tributaria.
- c) No se pueden afectar las situaciones jurídicas consumadas o constituidas anteriormente.
- d) No se pueden afectar las consecuencias de dichas situaciones jurídicas.

CONCLUSIONES

Con objeto de describir las conclusiones al presente trabajo, es conveniente considerar las inferencias a partir de las ideas específicas principales expuestas en el estudio realizado, procurando evitar repeticiones innecesarias de los temas tratados, por quedar suficientemente explícitas en cada apartado.

Será necesario aclarar, entonces, que éstas no son las únicas conclusiones a un tema de análisis inagotable, pero sí las que permiten reflejar el contenido general y los propósitos concretos del presente estudio. De esta manera podemos afirmar que:

1. En principio, encontramos que el principio de irretroactividad de la ley tiende a satisfacer uno de los fines primordiales del Derecho y, por lo tanto, del Estado, el cual es la Seguridad Jurídica. Es correcto que el Derecho está orientado a eliminar la arbitrariedad de las relaciones sociales y, en consecuencia, se constituye por normas de carácter general, que se aplican a una infinidad de casos concretos, creando en los individuos una seguridad en cuanto a sus actos y efectos jurídicos. Por este motivo, es antijurídico que los derechos y obligaciones creados bajo el imperio de ciertas normas sean desconocidas por otras posteriores.
2. Ahora bien, y de conformidad con el artículo 14 de nuestra Ley Fundamental, se prohíbe dar efecto retroactivo a leyes en perjuicio de persona alguna; y esta garantía, como derecho subjetivo público, implica la facultad del gobernado de exigir al Estado que, en caso de que pretenda realizar un acto de autoridad que afecte su esfera jurídica, en este sentido, tenga los medios adecuados y eficientes para detener su actuación. Se deriva de esta premisa que se pretende, ante todo, mantener la confianza de los individuos en las leyes vigentes, para que conforme

a ellas se celebren sus transacciones y cumplan sus deberes jurídicos con seguridad jurídica plena.

En términos generales, puede decirse que nuestro derecho positivo, tratándose de la retroactividad de las leyes, ha sustentado hasta la fecha y, fundamentalmente, la teoría clásica de los derechos adquiridos, en la cual, se establece, en principio, que una Ley es retroactiva cuando vuelve sobre el pasado para modificar situaciones creadas bajo el imperio de una Ley anterior y afectando esos derechos adquiridos, entendiéndose por éstos, los que han entrado en el patrimonio del individuo o a su dominio, y los cuales no se le pueden ya arrebatar.

3. Es equívoco referirse al principio de irretroactividad, de manera categórica, debido a que la Constitución admite la retroactividad en beneficio de los gobernados, de donde se infiere que no es absoluto el mandato, como no lo puede ser en modo alguno, puesto que al preceptuar: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, hay que aceptar dos posibilidades, en sentido contrario:
 - a) Están permitidos los efectos retroactivos en beneficio de los gobernados.
 - b) Los efectos actuales a la ley pueden ser en perjuicio de los gobernados.

La primera hipótesis es justa y lógica, observada de manera general, pero el segundo supuesto es contrario a todo sistema jurídico, debidamente considerado; a pesar de ello, la redacción ocasiona que válidamente, desde una perspectiva enteramente gramatical se concluya que al no poderse aplicar una ley, retroactivamente, en perjuicio, sí es posible aplicarla, en perjuicio, en el tiempo de su vigencia, dado que el artículo constitucional, únicamente prohíbe el

perjuicio de leyes retroactivas. Es claro que no tiene sentido que una norma jurídica exprese que no se aplicará en perjuicio hacia el pasado, presente o futuro, asimismo, no existe justificación de que la misma norma establezca que sólo se aplicará en beneficio, porque este supuesto es el que corresponde a toda regla de derecho, lo cual por ser tan obvio, no se ha estimado necesario expresarlo en forma explícita en artículo alguno.

Esta consideración permite subrayar la evidencia de que toda ley debe aplicarse invariablemente en atención al beneficio de las personas, en cuanto son titulares de derechos y obligaciones que garantizan su coexistencia pacífica y armónica, en la sociedad organizada con fundamento en el derecho y, mediante la legislación que no puede buscar otro fin que el beneficio del conjunto de personas, utilizando el lenguaje del Constituyente.

Por lo anterior, únicamente es aceptable la característica, propia de la prohibición constitucional, consistente en una garantía de los gobernados, si bien sujeta a numerosas excepciones derivadas del sistema jurídico, entre ellas la consideración general de que el interés general justifica la aplicación retroactiva de la Ley. Pero para lo anterior, es necesario tener presente que el Constituyente se fundamentará en el bien común, interés público, razones sociales o políticas para crear leyes contrarias a las garantías del gobernado individualmente considerado, en cuyo caso estaremos ante las excepciones admitidas, respecto de las cuales no se puede alegar violación de derechos, como sucede con la seguridad jurídica, misma que implicaría un congelamiento del sistema jurídico para no estar en constante pugna con los nuevos preceptos, principalmente con aquellos retroactivos que busquen perfeccionar la legislación actualizándola según las exigencias de los avances de la ciencia y en los diversos órdenes, causas que una vez calificadas debidamente conduzcan a anteponer valores fundamentales como el bien común ante la seguridad jurídica.

4. Las leyes fiscales inician su vigencia, de manera general, a partir del día siguiente de su publicación o cuando lo señale la ley, después de su publicación y, excepcionalmente, inician su vigencia cuando, por razones de interés público, el órgano autorizado para interpretar y aplicar las leyes, fije una fecha de validez distinta, en cuyo supuesto el inicio de la vigencia sólo afecta a situaciones concretas individualizadas.

5. Se observó que, en la cuestión de resolver si una Ley tributaria es retroactiva en perjuicio de persona alguna, no debe bastar acudir a la doctrina, sino que será necesario, además, precisar en qué momento surgió la obligación tributaria, en qué momento se realizaron las situaciones jurídicas o de hecho que de acuerdo con la Ley impositiva dan origen a la obligación tributaria y aplicar a las mismas las disposiciones que en ese momento se hallen en vigor.

6. Visto que, como el Código Fiscal de la Federación tiene carácter supletorio, suplente lo no previsto en el Código Penal Federal, pero, este ordenamiento no es la ley fiscal y, aquél sólo es supletorio de leyes fiscales. Técnicamente todo lo concerniente a delitos fiscales, y visto que no se regula por la legislación penal general, aparece en el Capítulo II del Título IV del C. F. F., aunque en éste si debiera incluirse un artículo similar al 56 del Código Penal Federal, que no tenga carácter transitorio, superando así las dificultades de interpretación legal y alcanzando asimismo, mayor pureza jurídica; esto es modificar el artículo 5º del C.F.F., introduciendo la posibilidad de aplicar retroactivamente la legislación en beneficio de los inculpados de delitos fiscales, como excepción a la cualidad de aplicación estricta de las disposiciones fiscales, contenida en el mencionado precepto.

Otra opción es incluir todo lo relativo a delitos fiscales en el Código Penal Federal y dejar únicamente las infracciones administrativas en el Código Fiscal

de la Federación, dado que el Derecho Penal es la parte general sustantiva y la materia fiscal es la parte específica adjetiva en los delitos fiscales. La codificación como recopilación de todo lo relativo a un área, en este caso la penal, resolvería situaciones que desde un enfoque doctrinal han sido suficientemente estudiadas y resueltas, pero que en México el derecho positivo fiscal al separar del derecho codificado general, la parte especial, en otro código (el C.F.F.), provoca la interpretación o creación de normas adversas al positivismo, por el Poder Judicial de la Federación, aunque justificadas desde un enfoque más amplio y acorde a las escuelas modernas del derecho, como se advierte de las tesis a las se hizo referencia.

7. Es posible advertir que el artículo 6º, transitorio del C.F.F. vigente, contiene importantes limitaciones que restan eficacia al ejercer la garantía de referencia, por su carácter transitorio, y por referirse únicamente al código que se abroga y por imponer al interesado el requisito de solicitar se le aplique el nuevo código, cuando lo estime más favorable.

El artículo 14 constitucional al permitir la aplicación retroactiva de una ley cuando es en beneficio, garantiza el carácter general y permanente de tal garantía, lo cual no sucede con disposiciones transitorias.

Al referirse solamente al C.F.F. que se abrogó, quedan considerables omisiones respecto a las reformas y adiciones que en materia de Derecho Penal Fiscal, se presenten durante la vigencia del nuevo código y que efectivamente resulten benéficas para los inculpados, supuesto en el que es aplicable lo observado a partir de la jurisprudencia que con este motivo se comento.

Entonces, la parte final del precepto es claramente opuesta a la garantía de aplicación de la ley más benéfica, caracterizada por su aplicación de oficio y no necesariamente a petición de parte, como obliga tal artículo.

8. Visto así, el avance legislativo en el Derecho Comparado y en la jurisprudencia, es conveniente que la legislación fiscal mexicana establezca, específicamente, los supuestos en que sean viables los efectos retroactivos de las leyes de esta materia, cuyo efecto representará no contrariar las garantías de seguridad jurídica del contribuyente.

9. Encontramos muy entendido ya que el principio de la no retroactividad de las leyes, aunque esté reconocido por los más importantes sistemas políticos, no posee un valor absoluto o una verdad única, sino que se circunscribe a límites patentes, siendo en el ámbito de la política legislativa donde se determina realmente el sentido de la retroactividad o no retroactividad.

BIBLIOGRAFIA

- Acosta Romero Miguel. **Teoría General del Derecho Administrativo.**
Primer Curso.
11ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993.
-
- _____ **Segundo Curso de Derecho Administrativo**
2ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993.
- Albinaña, César. **Sistema Tributario Español y Comparado.**
Editorial Técnos. España 1992.
- Arnaiz Amigo, Aurora. **Estructura del Estado.**
Editorial Porrúa, S.A. México. 1979.
- Arrijo Vizcaino, Adolfo. **Derecho Fiscal.**
Editorial Themis. 6ª edición. México. 1990.
- Astudillo Ursua, Pedro. **Elementos de Teoría Económica.**
2ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1994.
-
- _____ **Lecciones de Historia del Pensamiento**
Económico.
Editorial Porrúa, S.A. 8ª. edición. México. 1993.
- Bielsa, Rafael. **Derecho Administrativo. Tomo I:**
Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1955.

- Burgóa, Ignacio. **Derecho Constitucional Mexicano.**
Editorial Porrúa, S.A. México. 1989.
-
- El Estado.**
Editorial Porrúa, S.A. 1970. México. 1970
-
- Las Garantías Individuales.**
28ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1996.
- Cadena Rojo, Jaime. **La Jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación.**
Editorial Trillas. México. 1976.
- Cárdenas Elizondo, Francisco. **Introducción al Estudio del Derecho Fiscal.**
Editorial Porrúa, S.A. México. 1992.
- Castro, Juventino V. **Garantías y Amparo.**
7ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1991.
- Coronado, M. **Derecho Constitucional Mexicano.**
Librería Lavda. México. S/F.
- Cortés, Martín **Ordenamiento Tributario Español.**
Editorial Civitas. España. 1985.
- Cortiñas Peláez, León. **Introducción al Derecho Administrativo I.**
Editorial Porrúa, S.A. México. 1992.

- Delgadillo Gutierrez, Luis H.
y Lucero Espinoza, Manuel.
- Compendio de Derecho Administrativo. Primer Curso.**
Editorial Porrúa, S.A México. 1994.
- Delgadillo Gutiérrez, Luis H.
- Elementos de Derecho Administrativo.**
Editorial Limusa. 1ª edición. México. 1991.
- _____
- Elementos de Derecho Administrativo. Segundo Curso.**
Editorial Limusa. México. 1991.
- _____
- Principios de Derecho Tributario.**
3ª edición. Editorial Limusa. México. 1993.
- De Pina, Rafael y
De Pina Vara, Rafael
- Diccionario de Derecho.**
22ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1996.
- Domínguez Vargas, Sergio.
- Teoría Económica. Nociones Elementales.**
15ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992.
- Falcón y Tella, Ramón.
- Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas.**
Editorial Universidad Complutense, Civitas.
Madrid. 1988.
- Faya Viesca, Jacinto.
- Finanzas Públicas.**
2ª edición. Editorial Porrúa, S.A.. México. 1986.

- Flores Zavala, Ernesto. **Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas.**
Editorial Porrúa, S.A. 30ª edición. México. 1993.
- Fraga, Gabino. **Derecho Administrativo.**
Editorial Porrúa. 33ª edición, S.A. México. 1994.
- García Maynez, Eduardo. **Introducción al Estudio del Derecho.**
47ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1995.
- García Oviedo, Carlos **Derecho Administrativo.**
7ª edición. Editorial Eisa. Madrid. 1959.
- Garza, Sergio Francisco de la. **Derecho Financiero Mexicano.**
Editorial Porrúa, S.A. 18ª edición. México. 1994.
- Giuliani Fonrouge, Carlos M. **Derecho Financiero. Volumen I.**
Editorial Depalma. Buenos Aires. 1977.
- González Uribe, Hector. **Teoría Política.**
8ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992.
- Griziotti, Benvenuto **Principios de Política , Derecho y Ciencia de la Hacienda.**
Instituto Editorial Reus. Madrid. 1958.
- Groves, Harold. M. **Finanzas Públicas.**
Editorial Trillas. México. 1982.

- Gutiérrez y González, Ernesto. **Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano.** Editorial Porrúa, S.A. México. 1993.
- Heller, Herman **Teoría del Estado.** Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1968.
- Jellinek, George. **Teoría General del Estado.** 2ª edición. Editorial Maipu. Buenos Aires. 1981.
- Lomelí Cerezo, Margarita. **Derecho Fiscal Represivo.** Editorial Porrúa, S.A. México. 1979.
- Lozano, José María. **Tratado de los Derechos del Hombre.** Editorial Imprenta del Comercio de Dublán y Cia. México. 1982.
- Maquiavelo, Nicolás. **El Príncipe.** Alianza Editorial, S.A. Traduc. Miguel Angel Granada. México. 1991.
- Margain Manautou, Emilio. **Introducción al Estudio del Derecho Mexicano.** Editorial Porrúa, S.A. México. 1994.
- Montiel y Duarte, Isidro. **Estudio Sobre las Garantías Individuales.** 4ª edición, Editorial Porrúa, S.A. México. 1983.

- Noriega C. Alfonso. **La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917.**
U.N.A.M. México. 1967.
- Pérez de Ayala, José Luis y
González, Eusebio. **Curso de Derecho Tributario. Parte General.**
Editorial de Derecho Financiero y Editoriales de
Derecho Reunidas. España. 1991.
- Pérez Rayo, Fernando. **Derecho Financiero y Tributario. Parte
General.**
Editorial Civitas. España. 1991.
- Porrúa Pérez, Francisco. **Teoría General del Derecho.**
26ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993.
- Posada, Adolfo. **Tratado de Derecho Político. Tomo I.**
Librería de Victoriano Suárez. Madrid, España.
1983.
- Quintana Valtierra, Jesús
y Rojas Yañez, Jorge. **Derecho Tributario Mexicano.**
Editorial Trillas. México. 1991.
- Rabasa, Emilio. **Artículo 14. y el Juicio Constitucional.**
6ª edición, Editorial Porrúa, S.A. México. 1993.
- Recaséns Siches, Luis. **Filosofía del Derecho.**
10ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1991.

- Retchkiman, K. Benjamín. **Introducción al Estudio de la Economía Pública.**
U.N.A.M. México. 1977.
-
- Teoría de las Fianzas Públicas. Tomo I**
2ª edición. U.N.A.M.. México. 1987.
- Ríos Elizondo, Roberto. **El Acto de Gobierno.**
Editorial Porrúa, S.A. México. 1975.
- Rodríguez Lobato, Raúl. **Derecho Fiscal.**
Editorial Harla. 2ª edición. México. 1994.
- Sánchez Pina, José de Jesús. **Nociones de Derecho Fiscal.**
Editorial Pac. 5ª edición. México. 1991.
- Sayagués Laso, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo.**
Editorial Martín Bianchi Altuna. Montevideo.
1953.
- Sayeg Helú, Jorge. **El Constitucionalismo Social Mexicano. Tomo I.**
U.N.A.M. e I.N.E.H.R.M. México. 1987.
- Serra Rojas, Andrés. **Derecho Administrativo. Primer Curso.**
Editorial Porrúa, S.A. 17ª edición. México. 1996.
-
- Derecho Administrativo. Segundo Curso.**
Editorial Porrúa, S.A. 16ª edición. México. 1996.

-
- Historia de las Ideas e Instituciones Políticas.**
U.N.A.M. México. 1991.
- Tena Ramírez, Felipe. **Derecho Constitucional Mexicano.**
Editorial Porrúa, S.A. México. 1993.
-
- Leyes Fundamentales de México.**
1ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1995.
- Valencia Arango, Jorge. **Derechos Adquiridos.**
Ediciones Librería del Profesional. Colombia.
1983.
- Vallado Miguel, Fausto E. **Principios Generales de Administración
Tributaria.**
Editorial Pac. México. 1986.

OTRAS FUENTES:

- Cuarenta y Cinco Años del Tribunal Fiscal de la Federación al Servicio de México.** Tribunal Fiscal de la Federación. Tomo VI. México. 1982.
- Diccionario Jurídico Mexicano.** 3ª edición. Editorial Porrúa, S.A. y el Instituto de Investigaciones Jurídicas. de la U.N.A.M. México. 1989.
- Revista del Tribunal Fiscal de la Federación.** Tribunal Fiscal de la Federación. Varios números. Núm. 70. Octubre. 1985.
Núm. 56. Agosto. 1984.
- Revista del Tribunal Fiscal del Estado de México.** Tribunal Fiscal del Estado de México. Año X. Núm. 27 Mayo-Agosto. 1986
- Boletín Jurídico.** Despacho Emilio Margáin y Asoc. Núm. 142 Diciembre. 1989.
- Manual del Juicio de Amparo.** Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2ª edición. Editorial Themis. México 1995.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
- Código Fiscal de la Federación.
- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.
- Ley de Amparo.
- Ley del Impuesto Sobre la Renta.
- Ley del Impuesto al Valor Agregado.
- Reglamento del Código Fiscal de la Federación.
- Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.
- Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

JURISPRUDENCIA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION:

- Informe 1975.
- Informe 1985.
- Informe 1988.
- Actualización Administrativa 1980-1981.

Semanario Judicial de la Federación:

- Quinta Epoca: Tomos : LXXI, LXXIII, LXXVIII, CXIII, CXXV.
- Sexta Epoca: Tomos : II, Parte SCJN; LVII, Tercera Parte;
CXXXV, Tercera Parte;
CXXXVI, Primera Parte.
- Séptima Epoca: Tomos : LVII, Tercera Parte;
CCV-CCXVI, Primera Parte.
- Octava Epoca: Tomos : I, Primera y Segunda Parte; VI, Parte TCC;
VIII; XIV;

Apéndices:

- Apéndice 1917-1975. Segunda Sala.
- Apéndice 1975. Segunda Sala.
- Apéndice 1985. Pleno.
- Apéndice de 1995: Quinta Epoca. Tomos I, SCJN; VI, Parte SCJN.
Sexta Epoca. Tomo II, Parte TCC y Parte SCJN.

Boletín de Información Judicial: No. 98. Octubre de 1955.

TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN:

- Revista del Tribunal Fiscal de la Federación:
Núm. 56. Agosto 1984.
Núm. 70. Octubre 1985.

Jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación. Tomo VII. México. 1996.