

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EFFECTO RETROACTIVO DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS Y SU
VIOLACION AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 15
DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.**

JEANER ROBERTO ARENALES MELÉNDEZ

Guatemala, noviembre de 2007

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**EFFECTO RETROACTIVO DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS Y SU
VIOLACION AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 15
DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JEANER ROBERTO ARENALES MELÉNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2007

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana

VOCAL I: Lic. Cesar Landelino Franco López

VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez

VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja

VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López

SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

Razón: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis". (Artículo 43 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



Lic. Ericka Marinela Cabrera Paredez de Melendez

ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado No. 5101

Hora:
Firma:

Guatemala, 6 de Junio de 2006

Señor Licenciado:
Mario Ismael Aguilar Elizardi
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria.

Licenciado Aguilar Elizardi:

En cumplimiento del cargo que se me hiciera como asesora de tesis del alumno JEANER ROBERTO ARENALES MELENDEZ, quien denominó su trabajo "EFECTO RETROACTIVO DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS Y SU VIOLACION AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY", me permito emitir el siguiente dictamen.

- a) Como debe ser el alumno fue investigando el tema bajo mi dirección, señalándole el orden lógico de los diferentes capítulos y la localización de la bibliografía adecuada. El tema fue cambiado por el siguiente: "EFECTO RETROACTIVO DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS Y SU VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA", por adecuarse a la investigación.
- b) El tema escogido es muy importante, pues ninguna ley ordinaria puede ser superior a las normas contenidas en la Constitución Política de la República y en el trabajo investigado por el alumno Arenales Melendez, se hace un estudio de la ley constitucional, de la retroactividad de la ley y los efectos retroactivos de las normas tributarias.
- c) En el desarrollo de la investigación, el alumno Arenales Melendez, utilizó las técnicas adecuadas, la bibliografía recomendable para el tema, la cual cita a todo lo largo del trabajo, arribando a conclusiones congruentes con el informe, por lo que estimo que el trabajo realizado, llena los requisitos reglamentarios para la autorización del examen correspondiente.

Aprovecho la ocasión para expresarle mis muestras de respeto y aprecio.

Licda. Ericka Marinela Cabrera de Mendez

Asesora

Licda. Ericka M. Cabrera de Mendez

ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecinueve de julio de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) SILVIA ELENA TOLEDO CORONADO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **JEANER ROBERTO ARENALES MELENDEZ**. Intitulado: **“EFECTO RETROACTIVO DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS Y SU VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Licenciada Silvia Elena Toledo Coronado
Abogada y Notaria
Colegiado 4249



Guatemala 20 de Marzo de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad Asesora de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria.

Licenciado Castillo Lutín:

En atención a lo ordenado por resolución de Decanato, procedí a REVISAR el trabajo del bachiller JEANER ROBERTO ARENALES MELENDEZ, que intitula "EFECTO RETROACTIVO DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS Y SU VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY, CONTENIDO EN EL ARTICULO 15 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA".

Después de varias sesiones de trabajo y realizadas las modificaciones necesarias a la presente tesis, me permito informarle que el trabajo fue realizado en forma acertada y diligente, conforme a los lineamientos y técnicas de investigación usuales.

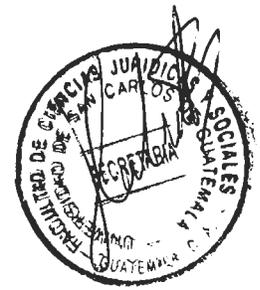
Por lo expuesto, considero que el trabajo del Bachiller ARENALES MELENDEZ, reúne los requisitos necesarios y por ende debe continuar el trámite correspondiente, señalándose fecha y hora para su discusión en el Examen Público, con mí DICTAMEN FAVORABLE.

Sin otro particular me suscribo.

Licda. SILVIA ELENA TOLEDO CORONADO
REVISORA
Colegiado 4249

Licda. Silvia Elena Toledo Coronado
ABOGADA Y NOTARIA

10 CALLE 10-14 ZONA 1, GUATEMALA* TELEFONO OFICINA 22305561 EXTENCION 2003* CELULAR 57092735



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, once de octubre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JEANER ROBERTO ARENALES MELENDEZ, Titulado EFECTO RETROACTIVO DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS Y SU VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY CONTENIDO EN EL ARTICULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPÚBLICA. Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



ACTO QUE DEDICO

- A DIOS:** Por ser mi fuerza, mi refugio, mi libertador, la roca que me protege, mi escudo, el poder que me salva.
- A MI MADRE:** Margarita Meléndez Alvarado, por ser una madre ejemplar que con sus virtudes, paciencia y amor; supo callar, llorar y reír a la vez, llevando mi vida al hombre que soy. Gracias mamita.
- A MI ESPOSA:** Flor de Maria Díaz Rivera, por ser mi amiga, mujer idónea, que con su amor lleno mi corazón. Mujeres hay muchas pero tu las superas a todas. Te amo.
- A MIS HIJOS:** Jeaner Andriú, Jerald Abel y Margareth Sophia. Regalo de Dios y razón de vivir para nuestra familia.
- A MIS HERMANOS:** Erdulfo Belarmino, Ariel Wosbely y Cristian Armando. Por su amistad y amor.
- A MI SOBRINA:** Adriana Luzmariel angelito de Dios, gracias por hacerme tío.
- A MIS SUEGROS:** Abel Augusto Díaz y Sofia de Díaz (QPD) por amarme y apoyarme.
- A MIS TIOS:** Lucy, Aby, Ricardo, Manuel y Antonieta, por su cariño y comprensión.

A MIS PRIMOS:

Anabela, Yanina, Ricardo, Juan, Baldomero, Consuelo, Memito, Antonieta y Juan Rene. Por su apoyo en todos los momentos de mi vida.

A MIS CUÑADOS

En especial a Guillermo Díaz Rivera por sus consejos y apoyo.
Aminta, Otto, Elsa y Enrique por su cariño.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser mi casa de estudios en la que me cultivé como profesional del Derecho.

ÍNDICE

Introducción.....	(i)
-------------------	-----

CAPÍTULO I

1. Jerarquía normativa.....	1
1.1 Concepto doctrinario.....	1
1.2. Origen en Guatemala.....	8
1.3. Elementos de la definición jerarquía normativa.....	9
1.3.1. Supremacía constitucional.....	11
1.3.2. Imperatividad constitucional.....	13
1.4. Regulación legal de jerarquía normativa.....	15
1.4.1. En la constitución política de la república....	15
1.4.2. En la ley del organismo judicial.....	17
1.4.3. En otras leyes.....	18

CAPÍTULO II

2. Conflicto de leyes en el tiempo.....	21
2.1. Referencia histórica de la retroactividad de la ley.....	24
2.2. Posiciones teóricas acerca de la retroactividad legal.	28
2.2.1. Teoría clásica.....	28

2.2.2. Bonecasse.....	29
2.2.3. Laurent.....	29
2.2.4. Coviello.....	30
2.2.5. Burgoa.....	30
2.3. La retroactividad.....	33
2.4. Clases de retroactividad.....	34
2.4.1 Retroactividad auténtica.....	34
2.4.2 Retroactividad impropia.....	35
2.5. La vigencia de las leyes.....	35

CAPÍTULO III

3. La retroactividad en el derecho guatemalteco.....	39
3.1. En materia constitucional.....	43
3.2. En materia penal.....	44
3.2.1 El problema de la retroactividad en materia procesal.....	45
3.3. En materia tributaria.....	46
3.3.1. Definición de derecho tributario.....	47
3.3.2. División del derecho tributario.....	48

3.3.3. La aplicación de las normas tributarias.....	49
3.3.4. La aplicación en el tiempo: la retroactividad..	50
3.3.5. La aplicación en el espacio.....	53
3.3.6. Interpretación.....	55
3.3.7. La analogía.....	59
3.3.8. El fraude de ley.....	61

CAPÍTULO IV

4. Efecto retroactivo de las normas tributarias y su violación al principio constitucional de irretroactividad de la ley, con- tenido en el Artículo 15 de la constitución política de la re- pública.....	65
4.1. Efectos de la retroactividad de la ley.....	65
4.2. Normas tributarias con efectos retroactivos.....	65
4.3. Análisis del Artículo 66 del código tributario.....	66
4.4. Elementos de la violación constitucional del artículo 15 constitucional.....	71
CONCLUSIONES.....	73
RECOMENDACIONES.....	75

BIBLIOGRAFIA..... 77

(i)

INTRODUCCIÓN

La retroactividad de la ley que pretende o trata de determinar la presencia de dos leyes, una antigua que puede suponerse abrogando o derogada, y otra nueva o vigente, nos hace analizar cual de las dos debe regir a un acto, hecho, fenómeno, estado, situación etc.

El término retroactividad obra y tiene fuerza sobre lo pasado, en consecuencia, será irretroactivo lo que carece de fuerza en el pasado, representa un concepto que en derecho, y con referencia a las normas jurídicas, ofrece importancia extraordinaria, porque determina cuando una disposición legal se puede aplicar o no, a hechos o situaciones ocurridos anteriormente.

El Artículo 15 de la Constitución Política de la República establece que la ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo, es una manifestación de seguridad jurídica constitucionalmente amparado.

En materia fiscal no podrían aplicarse retroactivamente normas tributarias cuando el sujeto pasivo ya hubiese hecho el debido pago del impuesto o contribución respectivos; si ya hubiere quedado liberado de una obligación tributaria o asegurado el derecho de pago de una menor prestación o bien si el administrador fiscal hubiese aprobado la determinación del impuesto por el deudor u otorgado el recibo de pago con efecto cancelatorio.

La transgresión al Artículo 238 de la Constitución Política de la República, del Principio de Legalidad establece corresponde con exclusivita al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios y extraordinarios, arbitrios y contribuciones especiales, conforme a

(ii)

las necesidades del Estado y de acuerdo a la equidad y justicia tributaria, así como determinara las bases de recaudación, especialmente: Las infracciones y sanciones tributarias.

Con esto se beneficia al sujeto pasivo de una obligación tributaria, la cual sugiere una abrogación, derogación o reforma de una sanción o infracción en materia tributaria y para que ésta sea benéfica al infractor se podrá plantear la irretroactividad de la ley que beneficie al sujeto pasivo.

El presente trabajo de investigación esta contenido en cuatro capítulos, en el primero se desarrollo lo concerniente a Jerarquía normativa, concepto, origen, elementos y regulación legal. El capítulo segundo lo relativo a conflicto de leyes en el tiempo, referencia histórica, posiciones teóricas, la retroactividad, clases de retroactividad y vigencia de leyes. En el capítulo tercero se desarrollo lo relativo a la retroactividad en el derecho guatemalteco, en materia constitucional, penal y tributaria. Y finalmente en el capítulo cuarto se desarrollo el efecto retroactivo de las normas tributarias y su violación al principio constitucional de irretroactividad de la ley, contenido en el Artículo 15 de la constitución política de la republica, efectos, normas tributarias con efectos retroactivos, análisis del artículo 66 del código tributario y elementos de la violación del artículo 15 constitucional.

CAPÍTULO I

1. Jerarquía normativa.

1.1. Concepto Doctrinario

El tema que abordo en esta ocasión es uno de los más apasionantes para los juristas amantes del derecho en general y del constitucional en particular. Puede afirmarse que, entre los temas del constitucionalismo se encuentra precisamente la defensa al principio de la inviolabilidad de la Constitución en un plano general y de la justicia constitucional en un plano particular, cabe aquí recordar que Cappelletti afirmaba “la justicia constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de las Cartas Constitucionales de nuestra época y la interpretación de la misma es el punto medular, en ello reside su progreso o su fracaso, su debilidad o su fortalecimiento.”¹

La democracia en la actualidad requiere, que el estado constitucional de derecho sea estado jurisdiccional de derecho, dado que la Constitución representa un instrumento eminentemente valorativo que se extiende al logro de una justicia constitucional supranacional, en correcta defensa de los derechos fundamentales del hombre que culminan en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos.

En principio, las acciones que tienden a buscar cambiar en forma integra

¹ Cappelletti, Mauro. **La justicia constitucional** (Estudios de Derecho comparado). Trad. De Luis Dorantes Tamayo, prolog. De Hector Fix Zamudio, Pág.19

nuestra Constitución resultan poco congruentes a los esquemas de supremacía, inviolabilidad y rigidez que la contienen y que fueran sustentados, como candados implementados en aras de la misma, por el poder constituyente que le da origen.

El principio de jerarquía normativa, ha resultado un tema bastante debatido y siendo difícil discutir acerca de él, por las implicaciones que encierra es necesario su análisis nuevamente, porque de la adecuada o inadecuada interpretación que se haga del dicho principio, dependerá en mucho que los actos de autoridad se desarrollen conforme los lineamientos de un verdadero Estado de Derecho. Y si es problemática la interpretación del principio tomado aisladamente, más lo es cuando lo relacionamos al contenido y límites de los actos que realiza el Poder Público (organismos de estado) y su organización, es decir, la Administración Pública.

Se ven rebasados los límites que marca nuestra Constitución por la acción de los Organismos de Estado que, al igual que en otras partes del mundo, se ven impulsados por las complejas circunstancias del mundo moderno, para absorber cada vez más facultades y acciones que antes solo se concebían como responsabilidad de las otras instancias, pero que, ante la abrumadora actividad que supone el afrontamiento de los modernos problemas de administración gubernamental, ceden frecuentemente facultades y responsabilidades, sin considerar que dicha cesión solamente la pueden verificar por mandato expreso de la Constitución y no en aras de satisfacer políticas que solo favorecen, irrestrictamente la acción de la Administración Pública, perdiéndose con ello el principio de la División de Poderes o de funciones como modernamente se conoce.

Argumentos de tipo político, económico y social alientan el crecimiento desmedido y anárquico de las facultades del Poder Público (organismos de estado) que, vistas desde esa perspectiva, lucen aparentemente normales, pero ya enfocados desde un punto de vista jurídico y apegado al llamado Estado de Derecho, aparecen como irregulares, sin cauce alguno, lo que repercute inmisericordemente en el nulo respeto a nuestra Carta Magna. Es entonces, tarea del estudioso del Derecho, revalorizar todos aquellos argumentos que guían las actividades del Poder Público (organismos de estado) y limitar su acción a las facultades expresamente concedidas en nuestra Constitución lo que haría nula su violación.

Los órganos del Poder Público (organismos de estado) siempre deben tener en cuenta los límites de su acción, límites que al romperse no solo afectan la legalidad y constitucionalidad de todo sistema jurídico, sino que también afectan su legitimidad, o sea, su mismo sostén ideológico - político. Es por ello que se debe tener presente que la acción del Poder Público (organismos de estado) jamás debe rebasar el principio de jerarquía normativa.

Así, la constitución escrita se convierte según palabras de Kelsen en el supuesto último, el postulado formal de que depende la validez de todas las normas de un sistema jurídico. Además no debe pasarse por alto que las constituciones contemporáneas pretenden garantizar una serie de valores políticos y sociales, así como los derechos fundamentales de los gobernados frente al poder público dotándola de supremacía y rigidez.

Los que se inclinan porque la Constitución puede ser modificada o cambiada

ante todo por considerarla una norma jurídica usual y corriente obsoleta, desconocen del concepto Constitución su raíz histórica, así como su carga política o sociológica, que la hacen inviolable y si esta aspiración nunca es alcanzada, también nunca ha sido abandonada.

En los orígenes del constitucionalismo moderno se consideró que la simple consagración de los derechos fundamentales y de los límites a los titulares de los órganos del Estado era suficiente para garantizar su respeto. Desgraciadamente, la experiencia histórica ha demostrado lo contrario. Fue necesario, entonces, establecer instrumentos que obliguen a los detentadores del poder público a ceñirse a lo establecido por la Constitución, por lo que en este orden de ideas, se va lograr y garantizar su respeto, sino a la eficacia que se da en la aplicación de la que actualmente nos rige.

En este orden de ideas, podemos afirmar que el Estado constitucional no es una construcción teórica, como lo que puede contenerse en una Constitución Política. Antes bien, es una realización histórica, como tal, puede experimentar avances o retrocesos, basta mirar las llamadas democracias o dictaduras iberoamericanas para advertir cómo, desde los años 1920, rivalizan entre sí por desprenderse de las formas oligárquicas y llevan, cada una a su manera, las aguas al molino de la democracia.

Actualmente, la defensa constitucional no está referida exclusivamente a fenómenos que implican una violación a la normativa constitucional, los cuales, mediante los instrumentos de control son corregidos. La defensa de la Constitución atiende un aspecto más extenso. En primer término, se

ocupa de la normalidad constitucional; este sector, se integra por todos aquellos instrumentos que coadyuvan a que el sistema previsto en la Constitución funcione.

En cuanto a los rubros que se fomentan, son prácticamente los mismos: la educación, la seguridad pública, la riqueza y las obras públicas, a las que hoy se denomina de infraestructura. Sólo parece añadirse en nuestro tiempo la tecnología y la investigación científica.

Desde entonces, el concepto de defensa de la Constitución ha estado en constante evolución. Las cambiantes circunstancias políticas han sido la causa principal de este desarrollo. La defensa constitucional ha tenido que responder a nuevos retos. Ante ataques desconocidos, se ha visto obligada a ampliar su objeto y sus efectos. Así es, durante este tiempo los valores y principios constitucionales han resentido ataques de entidades no institucionales, de la más variada índole. No sin razón, se ha hablado de una crisis de la Constitución. Es lógico, que en estas circunstancias, la defensa constitucional revista una amplitud mayor que en el pasado. Ya no son, de manera exclusiva, los detentadores del poder legítimo los que pueden vulnerar las normas fundamentales.

La defensa de la Constitución en un sentido amplio (*lato sensu*) es integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normatividad constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo y la evolución de las disposiciones constitucionales, tendiendo a la aproximación

entre la Constitución formal y la Constitución material.

Así, la defensa que se ocupa de la normalidad constitucional se le llama aspecto fisiológico, porque tiene por objeto lograr el adecuado funcionamiento de los órganos del poder. La protección constitucional contiene todos los instrumentos políticos, económicos, sociales y jurídicos incorporados en las normas fundamentales con el propósito de limitar el ejercicio del poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos constitucionales.

Por lo tanto la protección constitucional se integra por la división de poderes (organismos de estado), la regulación de los recursos económicos y financieros del Estado, la institucionalización de los factores sociales, la jerarquía normativa y el procedimiento dificultado de reforma.

De la patología constitucional, se ocupan las garantías constitucionales, que son los instrumentos jurídicos predominantemente de carácter procesal, que tienen por objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de las referidas normas.

La defensa de la Constitución en sentido estricto se identifica con las garantías constitucionales. A este sector la doctrina se ha referido, indistintamente, como justicia constitucional, jurisdicción constitucional, y control de la constitucionalidad. La doctrina dominante distingue entre la justicia constitucional y la jurisdicción constitucional. Así, por justicia constitucional entiende: a el conjunto de procedimientos de carácter

procesal, por medio de los cuales encomienda o determina órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para sus actividades se establecen en la misma carta fundamental.

Así, desde Aristóteles hasta nuestros días, con el pensamiento de Herman Heller, Hans Kelsen, el dogma o principio de la jerarquía normativa se ha enclavado profundamente en la Ciencia Política, en el Derecho Constitucional y en la Teoría General del Derecho. Pero no solamente ese arraigo se manifiesta a nivel teórico, sino también a nivel práctico, en el sentido de que prácticamente todas las constituciones de los diversos países del mundo consignan su superioridad sobre las leyes ordinarias, lo que reafirma aún más, la incontrovertibilidad de la Constitución, como norma máxima por antonomasia de los sistemas jurídicos.

La Constitución, es en suma, la ley suprema de todos los sistemas que se dicen con Estado de Derecho, de esta forma, todos los ordenamientos jurídicos, llámense socialistas, capitalistas, etc., se afanan en garantizar que la observancia de sus respectivas constituciones, se lleve con gran cabalidad en la práctica.

De la misma forma, puede advertirse que el principio de jerarquía normativa se subraya cuando los diversos países se van adaptando a las exigencias modernas del Derecho Social y así, en medio de las guerras mundiales y de la opresión causada por regímenes totalitarios, como el fascista italiano y el

nazi alemán, se proclaman garantías novedosas en favor de los grupos sociales, garantías que concilian la exigencia del orden con la exigencia moderna de libertad para beneficio de la población.

1.2. Origen en Guatemala.

En Guatemala, su historia nos marca una serie de constituciones formales, que no obstante a ello no señalaban mecanismos de defensa de la jerarquía normativa, pues anterior al año 1944, Guatemala vivió toda clase de dictaduras, conservadoras y liberales. Los constituyentes redactaron la Constitución Política del 44 gozando el privilegio de ejercitar libertades y derechos nunca reconocidos en Guatemala durante más de un siglo. La Constitución Política de los países en que los constituyentes vivieron en el exilio, garantizaba la observancia de los derechos y libertades ciudadanas. En esos países por costumbre se acata la Constitución Política. Pensando que igual no sucedería en Guatemala y ante el temor de volver al pasado autoritario, ciertos derechos y libertades se establecieron en la Constitución y también en leyes constitucionales. Se produjo la duplicidad normativa. *Los legisladores del 44 no fueron antitécnicos por ignorancia sino por temor al futuro y terror al pasado. El paso de los años comprobó que de nada vale proteger los derechos y libertades a través de leyes constitucionales. Entre los años 1954 y 2004, los derechos y libertades constitucionales se desconocen y se atropellan tanto como en los días mozos de las dictaduras. ¿Por qué falla la protección constitucional a través de leyes constitucionales? Aunque parezca increíble la falla radica en el dominio de la cultura del autoritarismo y del temor a la más dura represión de parte de las autoridades. Cultura y temor se enlazan para hacer fracasar la protección constitucional que se pretende dar a los guatemaltecos por medio de leyes*

constitucionales.”²

Por ello “el derecho opera fundamentalmente para asegurar la libertad jurídica de las personas; de ahí que estructure su ejercicio reglado a fin de hacer posible la libertad en la sociedad, habida cuenta de lo heterogéneo de sus componentes individuales; de modo que se elige a partir de una norma única y mayor –la Constitución- de la que deriva por aplicación del principio de separación de poderes, la delegación a sujetos con poder; unos, para la elaboración de la normativa que posibilitará el ejercicio de aquella libertad; otros, para ejecutarlas cumpliendo el propósito de su emisión; y unos más para permitir el control de su aplicación por medio de la jurisdicción. Se trata, pues, de un sistema que coloca en la cúspide a la Constitución que, como norma primigenia, determina límites a los sujetos de poder y por tanto a sus esferas de acción. Se determina así los que por tradición se han conocido como poderes legislativo, ejecutivo y judicial.”³

1.3. Elementos de la Definición jerarquía normativa.

En la base del problema de la defensa de la Constitución, está el concepto de jerarquía normativa. Kelsen formuló la idea de la concepción unitaria del ordenamiento jurídico. Este no sería un sistema de normas coordinadas a un mismo nivel, sino una estructura jerárquica de preceptos jurídicos desarrollados en un proceso de creación y aplicación, que venía desde la norma constitucional, pasando por las leyes ordinarias, reglamentos, hasta llegar a las sentencias judiciales y a los negocios jurídicos.

² Castillo Gonzalez, Jorge Mario. **Derecho Administrativo Guatemalteco**. Pág. 88.

³ Sáenz Juárez, Luis Felipe. **Inconstitucionalidad de Leyes en Casos Concretos**. Pág. 47

Esta concepción sirvió de base para distinguir las normas primarias o fundamentales, de las secundarias o derivadas, entendiendo el sistema jurídico como una pirámide en cuya cúspide esta la Constitución, que a su vez tiene su justificación última en una norma hipotética fundamental, que ordena el respeto a la Constitución.

La cúspide de la pirámide, ésta ocupada por la Constitución, que regula y determina la suprema competencia del sistema jurídico, la suprema autoridad del Estado. Así, la Constitución representa el nivel más alto del sistema jurídico, es el derecho fundamental de la organización. "La unidad de éstas hallase constituida por el hecho de que la creación de una norma – la de grado más bajo- se encuentra determinada por otra –de grado superior- cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional"⁴

Ahora bien, podemos ubicar como elementos de la jerarquía normativa, a la supremacía constitucional y la imperatividad constitucional.

⁴ Kelsen, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. Pág. 127.

1.3.1. Supremacía constitucional.

Como ha quedado apuntado, en la cúspide del ordenamiento jurídico se ubica la Constitución, y a ello se refiere la discutida teoría kelseniana, idea clave para el objeto de nuestro estudio. Dentro del ordenamiento jurídico, existe un ordenamiento constitucional con una primicia clara, por ser la base de todo el restante conjunto de normas, y por recoger las decisiones políticas fundamentales que una comunidad específica ha tomado, en ejercicio de la soberanía popular. En el origen de la función constituyente está la decisión libre del pueblo, contenida en el preámbulo de la Constitución Política de la Republica de 1985 estipula: Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de oFrganizar jurídica y políticamente al Estado; afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario , fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz; inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural; decididos a impulsar, la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego a derecho , manteniendo con esto una continuidad teórica en nuestro derecho constitucional.

El significado de la Constitución que parte del Siglo XVIII, está en constituir un documento escrito en el que se recoge la decisión originaria de la comunidad política que es la base del poder, se establece un sistema de

competencias entre poderes constituidos, y se formula un catálogo mínimo de derechos esenciales que constituyen un espacio libre para los miembros de la comunidad. En una palabra, sigue siendo, una etapa en la larga lucha de los individuos por la limitación del poder del Estado. Estos principios, este significado último, aparece en todo el articulado de la Constitución, desde el preámbulo, la atribución de la soberanía, los objetivos, la declaración de derechos, la división de poderes, el principio de legalidad, etc. Y se constituye además, como una norma de carácter supremo, por encima de todas las demás, que se impone a los habitantes en conjunto, gobernantes y gobernados. “La supremacía de la Constitución implica, entonces, que en la cúspide del ordenamiento jurídico está el ordenamiento Constitucional, establecida como decisión política por el Poder Constituyente y solo modificable como tal decisión por éste”.⁵

Lo que apareja varias consecuencias: 1) la legitimidad de la Constitución es incontrolable pues no existe un poder superior al constituyente que le dio origen, no existe una posibilidad de declarar una inconstitucionalidad de la Constitución; el poder de revisión solamente está en el propio constituyente, y por los canales establecidos en el texto; 2) por su carácter supremo, las disposiciones del texto constitucional privan sobre todas las demás, anteriores y posteriores, y en tal virtud, las leyes o actos con efectos generales dictados con anterioridad, quedan derogados, si se oponen a aquellos, y 3) las leyes o actos que entren en contradicción con la Constitución, que se dicten en contravención a lo por ella preceptuado, son nulos.

⁵ Brewer Carías, Allan. **Instituciones Políticas y Constitucionales**. Pág. 159.

1.3.2. Imperatividad Constitucional.

La Constitución Política tiene una operatividad inmediata, establece una vinculación automática para gobernantes y gobernados. Principio regido por el Artículo 152 de la Constitución Política de la República que señala Poder Público. El Poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y la ley.

Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política, puede arrogarse su ejercicio; y el 154 del mismo cuerpo normativo que señala Función pública, sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno.

La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución.

Este valor normativo inmediato y directo hace referencia a la vinculación normativa general de la Constitución, que no se limita al Poder Legislativo, según una teoría que considera al texto constitucional únicamente como de carácter programático. Aquí debemos considerar las dos clases de normas

constitucionales, programáticas u operativas, según puedan ser aplicadas inmediatamente o necesiten de una reserva de ley, es decir, de un desarrollo posterior a nivel legislativo para poder tener operatividad. Es sabido que las constituciones modernas son consideradas, no solo como un texto orgánico de las funciones y poderes del Estado sino también como la expresión del conjunto de valores que inspiraron y deben guiar la acción institucional del mismo. Dentro de estas normas, cuando las programáticas forman parte del catálogo de los derechos llamados económico-sociales y culturales, surge el problema de su protección. No es posible exigir al Estado, el cumplimiento de ellos, mientras no se cumpla la condición de su eficacia a través de la regulación legal que fija los requisitos de su realización.

Se hace necesario entonces, encontrar una fórmula para controlar la negligencia de los órganos encargados de su desarrollo, para garantizar a los destinatarios de estos derechos y rescatarlos de la desvalorización en que se encuentra por su falta de efectividad. García Laguardia citando a *German Bidart Campos* ha sostenido la tesis de que cuando el Estado no cumple con las obligaciones que la Constitución le impone, se puede impugnar judicialmente ya que ha incurrido en una inconstitucionalidad por omisión... la Constitución queda lesionada tanto cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando se deja de hacer lo que ella manda, y sobre esta premisa ésta otra: *El control de constitucionalidad no puede retrotraerse frente a omisiones inconstitucionales. Su funcionamiento debe ser tan vigoroso como lo es para enervar las infracciones derivadas de acciones positivas. Un órgano de la jurisdicción constitucional no puede inhibirse de intervenir y resolver cuando el titular de un derecho económico-social formulado pragmáticamente invoca su ejercicio trabado por la ausencia de reglamentación. Tal falta de reglamentación debe declararse judicialmente*

*como omisión inconstitucional, y ante la laguna que la no reglamentación suscita, el juez ha de integrar el orden normativo lagunoso, confiriendo prioridad a la Constitución suprema. "De esa manera, por la vía mas sencilla, la Constitución recuperaría su supremacía al ponerse en funcionamiento la norma programática a favor de quien resulte el titular del derecho declarado en ella."*⁶

1.4. Regulación legal de Jerarquía Normativa

1.4.1. En la Constitución Política de la República.

Atendiendo al titulo del presente tema, podemos ubicar como primer paso a las normas de la Constitución Política de la República que se refieren a la jerarquía normativa, y, a las que se refieren a la supremacía de la constitución, como parte integrante de la jerarquía normativa.

Así, como primer paso debemos ubicar lo estipulado en el artículo 44 de la Constitución Política de la República, que señala: *Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorgan la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.*

El interés social prevalece sobre el interés particular.

Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos

⁶ García Laguardia, Jorge Mario. **La Defensa de la Constitución.** Pàg. 5.

que la Constitución garantiza.; Asimismo, el artículo 175 señala Jerarquía Constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.

Y, en el mismo sentido el artículo 204 señala que *Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.*

Con relación a la jerarquía normativa nuestra Carta Magna también estipula en el artículo 46 que *Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.*

Al darle una lectura a los artículos que textualmente fueron trasladados de la Constitución Política de la República, se infiere que en tres de los mismos (Art. 44, 175 y 204) se resalta que en la cúspide del ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentra la Constitución, la cual determina la validez de las demás leyes y tratados de rango inferior, ya que en caso de resultar incompatibles con la Constitución estas resultan nulas ipso jure, y por tal razón deben ser expulsadas de nuestro ordenamiento jurídico, ello a través de los mecanismos de defensa del orden constitucional que señala la propia Constitución y bajo los procedimientos establecidos en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Lo anterior, tal y como lo indique no resulta complicación alguna, claro únicamente en esos tres artículos, sin embargo, al hacer la confrontación de los mismos con el artículo 46 del mismo cuerpo normativo, lo cual a generado debate dentro del ámbito forense guatemalteco, pues algunos juristas y estudiosos del derecho sostienen la idea que la Constitución Política de la República es superior a los tratados y convenciones en materia de derechos humanos; sin embargo, otro grupo de juristas, sostiene la idea que los tratados y convenios en materia de derechos humanos prevalece sobre todo el derecho interno guatemalteco, incluyendo dentro del término derecho interno a la propia Constitución.

1.4.2. En la Ley del Organismo Judicial.

Para ubicar las leyes que explican la jerarquía normativa en la Ley del Organismo Judicial, se debe previamente explicar que los preceptos fundamentales de esta ley son normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento guatemalteco.

Hecha la previa aclaración, y entrando al tema específico que nos ocupa, debemos ubicarnos en lo señalado en el artículo 9 de la Ley que señala *Supremacía de la Constitución y jerarquía normativa. Los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos, carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.*

Esta norma resulta clara y en congruencia con los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la República y específica en forma clara cual es la jerarquía que en nuestro ordenamiento jurídico tienen los tratados y que estos solo prevalecen sobre los reglamentos.

Así, debemos entender que en la cúspide del ordenamiento jurídico se ubica la Constitución, y a ello se refiere la discutida teoría kelseniana, idea clave para el objeto de nuestro estudio. Dentro del ordenamiento jurídico, existe un ordenamiento constitucional con una primicia clara, por ser la base de todo el restante conjunto de normas, y por recoger las decisiones políticas fundamentales que una comunidad específica ha tomado, en ejercicio de la soberanía popular.

1.4.3. En otras leyes.

La existencia de las múltiples normas que pudiéramos llamar en groso modo estatales, obliga necesariamente al establecimiento de una prelación entre las mismas a efectos de su eficacia y aplicación, tanto más cuanto que la Constitución de 1985 en sus artículos ya citados garantizan los principios de legalidad y jerarquía normativa.

En principio la Constitución de 1985 es la norma suprema del ordenamiento jurídico, a continuación las Leyes Constitucionales, después las Leyes Ordinarias entre las que se incluyen los Decretos-Leyes.

No obstante la gran cantidad de leyes existentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, al hablar de otras leyes, me referiré únicamente a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad que en su Artículo 3 señala: Supremacía de la Constitución. La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno, ello debido a que resultaría abundante e inoperante realizar una labor de recopilación de las demás leyes, cuando estas no son el objeto de este trabajo de investigación.

Esta norma al igual que el artículo 46 de la Constitución Política de la República a que se ha hecho referencia, es la que pone un toque especial a quienes debaten sobre la jerarquía de las convenciones y los tratados en materia de derechos humanos con respecto de la Constitución, sin que existe un criterio uniforme acerca del mismo.

CAPÍTULO II

2. Conflicto de leyes en el tiempo.

La mayoría de las normas son formales, a diferencia de las normas materiales. Las normas formales se aplican para regir un conflicto específico, y las normas materiales resuelven concretamente la situación dada.

La norma de conflicto, es la indicadora de la disposición competente o aplicable ante un conflicto de leyes y la norma material es la que establece la conducta a seguir en la situación concreta.

Entre los elementos que componen la norma de conflictos debe aparecer siempre la referencia a una institución, o categoría jurídica específicamente señalada, como son:

- El Estado.
- La capacidad de las personas.
- La herencia.
- La forma de los actos o las obligaciones convencionales.
- La indicación del elemento de conexión que servirá para conectar esa institución o categoría jurídica con un determinado ordenamiento jurídico, como puede ser, La Ley del lugar de ejecución del acto, la de celebración del contrato, la ley del domicilio o de la nacionalidad.

Las reglas para la solución de conflictos de leyes deben constar de dos partes: La Primera, que contiene el presupuesto que le sirve de fundamento y la segunda, que señala la ley a la cual estará conectada o referida.

Antes de presentar los diferentes puntos de vistas de las doctrinas concernientes a resolver los conflictos de leyes a través de su evolución historia, es importante establecer el significado de ciertas expresiones que están en la base de esta doctrina, como son los principios de territorialidad y extraterritorialidad de las leyes y la personalidad y la realidad de las leyes.

Es muy importante distinguir entre territorialidad y extraterritorialidad ya que las leyes son de un carácter o de otro.

A) La ley es territorial: cuando la relación jurídica en todos sus aspectos esta sometida a la ley del territorio, local o nacional. La territorialidad de la ley implica que no se puede aplicar mas que la ley nacional, por lo que una ley es territorial, cuando rige todos los hechos realizados en un determinado territorio o que interesen al mismo, como por ejemplo la ley penal, que se aplica a todas las infracciones cometidas en el país donde se promulga. Un punto importante es que cuando una ley es territorial no puede aplicarse nunca ninguna otra.

B)La ley es extraterritorial: cuando la validez o la ubicación nacional se extiende a otros ordenamientos jurídicos, la extraterritorialidad de la ley implica que el juez nacional puede aplicar la ley extranjera, ósea que puede aplicar una ley distinta de la suya a hechos acaecidos en su territorio o que

presentan algún interés para el mismo, por ejemplo, un extranjero contrae matrimonio en España, las condiciones de fondo que dan validez a este matrimonio esta sometida a la ley de dicho extranjero, en este caso se aplica una ley extranjera a hechos acaecidos en su país.

También la ley es extraterritorial no solamente por la razón de que no es la del país que la aplica, sino, que además por el motivo de aplicarse a hechos a los cuales el juez aplicara su propia ley si esta fuese territorial.

Vinculado a lo que es la extraterritorialidad o no de las leyes esta lo que es la personalidad y la realidad de las leyes.

Cuando usamos la expresión personalidad de la ley, nos estamos refiriendo a los derechos de las personas, la conexión que esta expresión tiene con la extraterritorialidad de las leyes es que esta categoría de leyes sigue a las personas donde quiera que se encuentren.

En cambio, la inserción de la palabra realidad de las leyes se hace para distinguir las leyes concernientes a las cosas, a los bienes, por esto las leyes sobre la propiedad se enmarcan en las leyes reales, el nexo de las leyes reales con la territorialidad se explica al considerar que las cosas han estado sometidas a la ley de la situación, es decir, a la ley territorial, las leyes reales son pues territoriales.

Fruto de una evolución continúa, la doctrina se ha aferrado a más de un sistema que pudiera establecer la solución de los conflictos que plantea la diversidad de legislaciones cuando han de aplicarse a relaciones privadas con elementos extranjeros.

Es de opinión compartida por notables juristas que los orígenes históricos de las teorías en materia de conflictos de leyes se las ubica geográficamente en Italia y temporalmente en la Edad Media.

Ahora bien, cuando una ley modifica o deroga otra anterior, no hay conflicto alguno, la única ley vigente es la última. Sólo puede existir un conflicto de leyes de tiempo cuando la constitución estableciera normas de derecho transitorio, en este caso la ley anterior no podría ser derogada sino en la medida que lo permitiera el texto constitucional, que le estaría prestando vigor, no obstante haber sido sustituida por una ley nueva. Son contadas las constituciones que contienen normas de derecho transitorio. Por lo que a continuación desarrollare algunos aspectos sobre el conflicto de leyes en el tiempo con las posiciones de algunos autores acerca del tema.

2.1. Referencia histórica de la retroactividad de la ley.

La retroactividad legal en el Derecho Romano; Edad Media; Derecho Español; Derecho Anglo-Sajón; Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

El tema de la retroactividad de la ley, tanto en materia de investigación jurídico-científico, como en su aspecto de prohibición normativa, tuvo un extraordinario tratamiento en el Derecho Romano, y apenas se comenzó a esbozar por Cicerón para convertirse, andando el tiempo, en objeto de ordenación en el Código de Justiniano.

En efecto, según afirma Roubier: No se encuentra ninguna decisión interesante para el derecho transitorio, ni en la ley de las Doce Tablas ni aún en las leyes posteriores de la República Romana. Sólo un poco más tarde se descubre una ordenación muy enérgica de las leyes retroactivas en un discurso de Cicerón contra Varres, agregando que la Constitución de Teodosio II y Valentinian II, del año 440, Contiene la afirmación del príncipe de que la ley nueva no tiene acción sobre el pasado. Por otra parte en la obra legislativa de Justiniano hay un gran número de disposiciones, en las que se descarta expresamente toda aplicación de la ley nueva a hechos pasados.

Continuando con la investigación histórica emprendida acerca de la retroactividad de la ley y cuyos resultados se asientan en su obra magistral *Les conflits de lois dans le temps*, Roubier dice que en la edad media situamos la mencionada regla de la retroactividad legal en esta la compilación de usos y de Constituciones que llegaron a convertirse en una especie de derecho, común feudal, bajo el nombre de *Libri Feudurum*.

En cuanto al antiguo Derecho Español, encontramos el principio de la irretroactividad de las leyes en casi todos los ordenamientos constitutivos de

su sistema jurídico positivo.

Así en el Fuero Juzgo se contienen diversas disposiciones que establecían que las leyes sólo debían comprender los pleitos o negocios futuros y no los que ya hubieren acaecido.

La ley uno, título cinco, libro cuarto, del Fuero Real quiere que el delincuente reciba la pena que debía haber en el tiempo de la culpa y no de la sentencia; la ley 200 de Estilo declara del mismo modo que no se entiende por fuero con el pasado, hecho y otorgado antes, y sólo con lo futuro; la ley 15, título 14, partida 15, establece también que cuando sobre alguna contrato o delito hecho en tiempo en que se juzgaba por el fuero viejo, se pusiese demanda en tiempo de otro fuero nuevo contrario al primero, se debe probar y librar el pleito por el viejo y no por el nuevo, porque en tiempo en que son comenzados et (sic) fechas las cosas debe siempre ser catado, maguer se faga demanda en juicio en otro tiempo sobrellas; finalmente, la ley 13, título 17, libro 10 de la Novísima Recopilación, supone el principio de la no retroactividad de las leyes, y con arreglo a él resuelve cierto caso que se sometió a la decisión del soberano, a fin de evitar dudas y recursos de igual naturaleza.

Con el derecho anglosajón, a través de los distintos estatutos que, en unión del derecho consuetudinario, lo integran, descubrimos también el principio de la irretroactividad de las leyes.

Así, por ejemplo, en la Constitución del Estado Maryland (art. XV) se

establece que las leyes retroactivas, que declaren criminales o castiguen actos cometidos antes de la existencia de dichas leyes, son opresivas, injustas e incompatibles con la libertad, agregando que en lo sucesivo no deberán dictarse leyes ex post facto, encontrándose esta misma prohibición en la Constitución Federal Norteamericana.

Por otra parte, en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sólo se encuentra el multicitado principio concretado a la materia penal (art. VIII), en los siguientes términos:

- La ley no debe establecer sino las penas estrictamente necesarias y ninguno podrá ser castigado sino en virtud de ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

Ahora bien, se observa que todas las normas con anterioridad estudiadas en los que se refiere a irretroactividad tienen gran semejanza con las actuales disposiciones constitucionales sobre la materia, especialmente con aquellos que se refieren a la irretroactividad de la ley como garantía individual de las personas, especialmente del acusado en los juicios del orden penal, salvo cuando le sean favorables.

2.2. Posiciones teóricas acerca de la retroactividad legal.

2.2.1. Teoría Clásica.

Para brindar un criterio con el fin de determinar cuándo una ley es retroactiva en las hipótesis en que no se trate de hechos o actos simples (sin consecuencias jurídicas de realización constante reiterada) y ya consumados, la teoría clásica, que sobre el particular se ha elaborado, por parte de la distinción entre los derechos adquiridos son los que han entrado en nuestro dominio formando parte de él, y que no nos puede arrebatar aquél del que los tenemos. De acuerdo con este criterio, 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 se lo diga expresamente, hay que admitir que lo ha adquirido. Por el contrario, las simples esperanzas (expectativas) transformadas aún en derechos, no merecen la misma protección y deben incidir en el caso de modificación de la ley anterior.

Por otra parte, aplicando en su rigor las ideas sostenidas por la teoría clásica, un derecho condicional como lo hace notar Paul 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.

2.2.2. Bonecasse.

Aduce un criterio para resolver la cuestión de la retroactividad de las leyes, partiendo de su tradición distinción entre situaciones jurídicas abstractas y situaciones jurídicas concretas. Las primeras, como meros estados de derecho objetivo, pueden ser modificados 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 pierden colocando dentro de los extremos o hipótesis de las situaciones jurídicas abstractas, no pueden ser afectadas por una ley posterior sin que ésta sea retroactiva.

2.2.3. 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 retroactiva cuando afecte derechos fundados en la norma jurídica precedente. La tesis de este tratadista ostenta el mismo defecto que se imputa en la teoría de los derechos adquiridos, en el sentido de que no sólo no resuelve la cuestión planteada, sino que la complica, la hacer surgir el problema de determinar cuándo se está en presencia de un simple interés y cuándo ante un derecho.

2.2.4. Coviello

Dice que la retroactividad de la ley "significa que el juez no puede aplicarla a hechos pasados, o desconociendo las consecuencias nuevas sobre la única base de apreciación del hecho pasado. De esta afirmación de Coviello podemos desmembrar dos hipótesis fundamentales, en que una ley es retroactiva:

- Cuando se aplica a hechos realizados con anterioridad a su vigencia.

- Cuando se aplica a las consecuencias nuevas (o sea, las que se realizan bajo el imperio de la ley nueva) de un hecho anterior a su vigencia, alterándolas siempre y cuando en dicha aplicación se estiman tales consecuencias en razón de sí mismas, es decir, que se aprecien en relación de la causa con el hecho pasado que las genera.

2.2.4. Burgoa

Opinión del Dr. Ignacio Burgoa Orihuela, En atención a la diversidad de soluciones dadas al problema de la retroactividad legal, y tomando en cuenta que ninguna de tales soluciones es apta para decidirlo, en la práctica, todos los casos concretos de conflictos de leyes que se presentan, la actitud más razonable que se pueda 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.

Sin embargo, estimamos que un problema tan complejo como el que tratamos, por ser polifacético, por presentar tantos resquicios por donde naufragan las soluciones lógicas más recias, por traducirse realmente en multitud de casos concretos que no pueden ser resueltos satisfactoriamente adoptando alguna o algunas de las tesis formuladas, solamente puede ser afrontando, en la práctica con un espíritu de equidad. En efecto, el problema de la retroactividad de las leyes únicamente surge en orden de 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 y judicial que vaya a decidirlo tiene que optar por la aplicación de las dos leyes en conflicto; la antigua o la nueva, y como para ello no se dispone de ningún criterio uniforme, invariable o absoluto, hay necesidad de acudir a la equidad, para resolver las cuestiones conforme a ella, tomando en cuenta, de manera imparcial todos los factores que en ella concurran y sin dejar inadvertida las ideas directrices suministradas por la doctrina, obviamente.

Es evidente, como lo sostiene Roubier, 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 hayan acaecido según el principio *Tempus regit actum* (que se podría decir es el tiempo en que se dio el acto). La hipótesis de los *facta praeterita*, así como los de *facta futura* (hechos futuros), 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* (hechos pendientes) la que provoca el problema de la retroactividad legal y única en que debe localizarse, surgiendo, consiguientemente, en el caso de que se trate de una situación o estados jurídicos, nacidos durante la vigencia de una ley abrogada o derogada y prolongados bajo el imperio de la ley nueva o actual.

Pues bien, suele darse el caso muy frecuentemente en la realidad, de que el efecto o la consecuencia de un acto causal se produzcan bajo el imperio de una ley distinta de la que se regía en el momento en que éste se realizó. Entonces, ¿Cuál de esas dos leyes, la del acto causal o la nueva, debe nombrar la consecuencia o el efecto ocasionado por este?

Es claramente indudable 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. Por lo que respecta a la regulación de 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: 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 o circunstancias) de tal manera que deriven inmediata o directamente del mismo, la ley aplicable será el propio acto casual. En otros términos, si a tales efectos o consecuencias se aplicase la ley vigente en el

momento en que se produzcan, tal aplicación será retroactiva.

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 que la norma nueva entre en vigor.

2.3 La retroactividad:

La retroactividad de las normas permite cubrir espacios de vacío jurídico (lagunas en el ordenamiento jurídico) y, sirven también para corregir aspectos indeseables de normas anteriores, que el legislador no pudo prever, pero que se considera de vital importancia modificar con efectos retroactivos.

En los contratos, puede servir para regular *a posteriori* una relación que venía regulada de hecho, pero sin acuerdo formal previo.

Por lo tanto, es posible y en ocasiones incluso es deseable que una norma establezca que su aplicación no sólo será sobre hechos futuros sino que se aplicará también a hechos anteriores a su promulgación. Sin embargo, dicha posibilidad supone una situación excepcional, por cuanto provoca una tensión con el principio de seguridad jurídica, que protege la certidumbre sobre los

derechos y obligaciones que las personas poseen.

Ante una situación de retroactividad de una norma, los ciudadanos pueden verse indefensos por encontrarse con nuevas normas que penalicen, dificulten o no favorezcan actuaciones que hicieron teniendo en cuenta una normativa anterior.

2.4 Clases de retroactividad:

Los estudiosos del derecho han asumido la distinción, de origen germano, entre retroactividad auténtica e impropia.

Se habla de retroactividad auténtica cuando una regulación se aplica a situaciones ya definitivas.

La retroactividad impropia consiste en la aplicación de una regulación a situaciones de hecho surgidas en el pasado pero todavía no terminadas.

2.3.1. Retroactividad auténtica

Es, en principio, inadmisibile. Caben excepciones, siempre que el fin perseguido por la norma lo exija; exista un interés público imperativo y preponderante. La confianza legítima debe ser respetada debidamente.

Ejemplo: Se ha admitido la retroactividad auténtica en los supuestos de emisión de una norma con la finalidad de suplir el vacío legal provocado por otra norma anulada en vía judicial.

2.3.2. Retroactividad Impropia

La confianza legítima puede verse afectada por las consecuencias de una norma, en principio, válidamente retroactiva.

En estos casos suele privar el interés público, siempre que la modificación normativa sea previsible.

No existe un criterio general de comportamiento previsible o un *numerus clausus*. Es necesario analizar las circunstancias de cada caso para determinar una eventual imprevisibilidad.

2.4. La Vigencia de las leyes.

Del latín *vigentem* acusativo de *vigens*-válido, en vigor. El término *vigencia*, deriva del latín *vigentem*, estar en vigor; acusativo de *vigens*, válido participio activo de *vigere*, tener vigor, ser vigoroso. El vocablo *vigencia*, que implica o que significa calidad de *vigente*, se aplica, a las leyes, estilos y costumbres que están en vigor y en observancia.

La vigencia de las leyes y decretos, como la de todo ordenamiento jurídico de carácter general, es la calidad obligatoria de las mismas y a la vez el tiempo en que se encuentran en vigor y son por lo mismo aplicables y exigibles. Se trata en realidad de la validez de las normas en el tiempo, la cual se rige por algunos principios fundamentales que es conveniente enumerar: En primer término, la vigencia de la ley, que implica el momento

desde el cual es exigible la misma, está constreñida al principio universal de derecho de que las normas jurídicas rigen para el futuro, lo cual hace muy importante la determinación del inicio de la vigencia de las leyes y decretos.

En segundo lugar, como consecuencia del primer principio, a los ordenamientos jurídicos no puede dárseles efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, lo que a contrario sensu significa la aceptación de la retroactividad si ésta beneficia a los destinatarios de la norma.

La tercera regla o principio en materia de vigencia consiste en que las propias normas regulan su validez temporal, es decir, el cuerpo de una ley determina el momento en que inicia su vigencia. Si esto no fuere así, existen otras normas jurídicas ya vigentes que prevén todo lo concerniente a la vigencia de las leyes.

La iniciación de la vigencia de la ley ocurre en un momento posterior a su publicación, o simultáneamente con ésta, si el propio ordenamiento así lo determina; de ahí que algunos autores como Eduardo García Máynez incluyan este concepto como parte del moderno proceso legislativo, el que se desarrolla en seis etapas: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la vigencia.

Como se ha venido señalado, puede darse el caso que en coexistan dos normas que regulen lo acerca de un asunto, y ello debido a que “en cuanto

al tiempo, la ley empieza a regir en todo el territorio nacional ocho días después de su publicación íntegra en el Diario Oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja el plazo (días corridos), artículo 180 de la Constitución y 6 de la Ley del Organismo Judicial. Artículo 180. Vigencia. La ley empieza a regir en todo el territorio nacional ocho días después de su publicación íntegra en el Diario Oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja dicho plazo o su ámbito territorial de aplicación.

Artículo 6. Vigencia. La ley empieza a regir ocho días después de su publicación íntegra en el Diario Oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja dicho plazo. En el cómputo de ese plazo no se tomarán en cuenta todos los días.

Teóricamente, la vigencia de la ley llegará hasta la fecha de la derogatoria declarada por otra ley posterior, de suerte que su vigencia se extiende por tiempo indefinido, obviamente hay que considerar que las normas se desactualizan por el transcurso del tiempo, por el cambio de los supuestos reales que regulan y por el cambio de las condiciones del medio ambiente. De manera que las leyes no pierden vigencia exclusivamente por derogatoria."⁷.

Con lo anterior podemos apreciar que en cuanto a la aplicación de las leyes en el tiempo pueden surgir varios problemas tales como:

1. Casos planteados bajo el imperio de una ley en trámite, en la fecha en

⁷ Idem. Pág. 119.

que entra a regir otra ley nueva y

2. Disposiciones desfavorables de la ley derogada, comparadas con disposiciones favorables de la ley vigente. Los problemas normalmente se resuelven según lo previsto en las leyes, en las cuales se incluyen la disposición que establece lo que se debe hacer en cada situación. En la administración tributaria se observan las normas del Código Tributario, artículo 7. En otra clase de administraciones que carezcan de regulación específica, se acudirá inevitablemente a la aplicación supletoria de la Ley del Organismo Judicial, artículo 36.

CAPÍTULO III

3 .La retroactividad en el derecho guatemalteco.

El problema de la retroactividad de la ley también se le conoce como conflicto de la ley en el tiempo, es decir, que se traduce en una cuestión que pretende o trata de determinar la presencia de dos leyes, una antigua, que puede suponerse abrogada o derogada, y otra nueva o vigente, surgiendo el problema al establecer cual de las dos debe regir a un acto, hecho, fenómeno, estado, situación, etc.

La retroactividad consiste, pues, en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos, o situaciones producidas con antelación al momento en que entra en vigor.

Cuando nos referimos a un sujeto pasivo universal estamos dando a entender que se trata de todas las personas que nos encontraríamos en una relación con el orden jurídico normativo de pasividad como lo maneja Kelsen La conducta humana regulada por un orden normativo es una acción determinada por ese orden, la omisión de esa acción. La regulación de la conducta humana, a través de un ordenamiento normativo, se produce de una manera positiva y una manera negativa. La conducta humana está regulada por el orden normativo en manera positiva, de pronto, cuando se exige a un hombre una determinada acción, o la omisión de una acción determinada (cuando se exige la omisión de una acción, la acción está

prohibida). "Es decir que la conducta de un hombre es exigida por una norma objetivamente válida, significa lo mismo que afirmar que el hombre está obligado con respecto de esa conducta. En la medida en que el hombre actúa como la norma lo exige, cumple con su obligación, acata la norma. Así el sujeto está sometido a la norma"⁸.

La irretroactividad desde el punto de vista de validez personal, es una norma genérica, es decir, está dirigida a todas las personas.

Para Guillermo Cabanellas, Conflicto de Leyes "es aquel que se produce cuando concurren dos o más normas de Derecho Positivo, cuya aplicación o cumplimiento simultáneo resulta imposible o incompatible; incompatibilidad que puede presentarse en el tiempo o en el espacio, dentro de un ordenamiento jurídico, o por coincidencia de legislaciones de dos o más países"⁹.

Así, La retroactividad significa calidad de retroactivo, o sea, que obra o tiene fuerza sobre lo pasado. En consecuencia, será irretroactivo lo que carece de fuerza en el pasado. Representa un concepto que en derecho, y con referencia a las normas jurídicas, ofrece importancia extraordinaria, porque sirve para determinar cuándo una disposición legal se puede aplicar, o no, a hechos o situaciones ocurridos anteriormente.

En términos generales, se puede afirmar que las leyes son irretroactivas,

⁸ Kelsen, Hans. **Teoría pura del Derecho**. Pág. 28.

⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Pág. 152.

salvo muy excepcionales determinaciones expresas en contrario. De ahí que el Código Civil argentino consigne que las leyes se aplicarán, desde su entrada en vigencia, a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, sin que tengan efecto retroactivo, sean o no de orden público, a menos que otra cosa se establezca, y sin que la excepción pueda afectar a derechos amparados por garantías constitucionales.

“En materia penal cambia el criterio, porque las normas legales son irretroactivas en cuanto perjudiquen al reo a al condenado, pero son de aplicación retroactiva en todo lo que les beneficia”.¹⁰

La aplicación del principio de irretroactividad no aparenta mayores dificultades, pues resulta claro que las leyes únicamente rigen durante su periodo de vigencia; y, por lo tanto, solamente pueden regular los hechos que se produzcan entre la fecha de su entrada en vigor y la de su derogación. Sin embargo, cuando se trata de llevar a la práctica este principio, se suscitan diversos problemas que revisten gran complejidad y puedan ser reducidos a los dos siguientes: Los efectos de los medios jurídicos y la evolución del sistema jurídico.

- a) Los efectos de los medios jurídicos no siempre producen sus efectos instantáneamente. Existen una infinidad de relaciones jurídicas que se conocen como de tracto sucesivo, las cuales tienen la característica de prolongar sus efectos a lo largo del tiempo, en algunas ocasiones indefinidamente. Estas relaciones jurídicas se constituyen de

¹⁰ Idem. Pag. 676.

conformidad con las prescripciones de una determinada ley, y pueden seguir produciendo consecuencias después de que esta ley ha sido sustituida por nuevos ordenamientos. Por esta razón es necesario dilucidar si la ley antigua, a pesar de haber perdido su vigencia, debe regular los efectos que se siguen causando o si, por el contrario, es la nueva ley la encargada de regular dichas consecuencias, considerando que éstas se producen después de que había entrado en vigor. En otros términos, hay que determinar el alcance exacto del principio de irretroactividad estableciendo en que casos se puede considerar que una ley es aplicada retroactivamente.

- b) La evolución de un sistema jurídico exige nuevas normas que satisfagan de mejor manera las cambiantes necesidades económicas, políticas y culturales de una comunidad. Estas nuevas normas contribuyen a la eliminación de prácticas e instituciones sociales que se consideran injustas e inconvenientes.

Por esta razón, la aplicación retroactiva de la ley es frecuentemente un instrumento legítimo de progresos sociales; por lo tanto, se plantea el problema de determinar desde el punto de vista jurídico cuáles deben ser las excepciones del principio de irretroactividad de la ley.

Atendiendo la anterior explicación, y tomando en cuenta el tema objeto de esta investigación ubicaremos la retroactividad en el derecho guatemalteco, únicamente en lo referente a la materia constitucional y a la materia tributaria.

3.1. En materia Constitucional.

El Artículo 15 de la Constitución que establece que: La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo. Y con la simple lectura de lo anterior se desprende que existen dos condiciones para que una ley tenga el efecto retroactivo siendo estos: 1) Que el asunto sea de materia penal; y 2) **Que favorezca al reo.**

Fuera de esto, las normas que contengan efectos retroactivos serán nulas de pleno derecho, ello tomando en cuenta lo que para el efecto establecen los Artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la República, que explican la jerarquía normativa, con lo cual entendemos que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución.

La Corte de Constitucionalidad ha sostenido que El principio de irretroactividad de las leyes, recogido en el Artículo 15 de la Constitución, es también una manifestación de seguridad jurídica constitucionalmente amparada en el Artículo 2 de este cuerpo normativo.

Una ley es retroactiva cuando vuelve sobre el pasado imponiéndose por su carácter sancionador o restrictivo a los derechos de las personas sobre situaciones o condiciones ya realizadas o consumadas. En materia fiscal por ejemplo, no podría aplicarse retroactivamente normas tributarias cuando el sujeto pasivo ya hubiese hecho el debido pago del impuesto o contribución respectivos, si ya hubiere quedado liberado de una obligación tributaria o

asegurado el derecho de pago de una menor prestación o bien si el administrador fiscal hubiese aprobado la determinación del impuesto por el deudor u otorgado el recibo de pago con efecto cancelatorio.”¹¹

3.2. La Retroactividad en Materia Penal.

Según el lenguaje ordinario, una ley es retroactiva si obra sobre el pasado; cuando actúa sobre situaciones anteriores a la iniciación de su vigencia. Nuestra Constitución, como se ha indicado en el Artículo 15, establece de manera terminante que a ninguna ley se dará efecto retroactivo salvo en materia penal cuando favorezca al reo. La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídica por el hecho de que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente escandalosos.¹²

La irretroactividad en materia penal, podríamos considerarla como un principio protector mediante el cual se asegura que al responsable de un hecho delictuoso le sea impuesta la pena vigente al momento en que se actualizo el ilícito y de donde además se cumple con el principio de legalidad y así se tiene la certeza de que si por diversas razones el legislador decidiera posteriormente agravar la pena, ello no perjudica al infractor; sin embargo debemos considerar que la prohibición expresa de irretroactividad es siempre y cuando se perjudique al reo, pero la prohibición de irretroactividad no se extiende al supuesto de que la nueva Ley lo beneficie, para cuyo caso

¹¹ Sentencia de fecha once de septiembre de mil novecientos noventa y seis, dictada dentro de los Expedientes Nos. 886-96, 887-96, 889-96, 944-96 y 945-96, Gaceta Jurisprudencial N° 41 Inconstitucionalidades Generales.

¹² ROXIN Claus. Derecho Penal Parte General. Editorial Civitas. Madrid 1997. pág 161.

y bajo el Principio de Indubio pro reo, si le pueda ser aplicable el nuevo dispositivo legal.

Así pues, siendo la irretroactividad una de las consecuencias del principio de legalidad su fin es el de limitar la libertad decisoria del legislador.¹³

3.2.1. El Problema de la Retroactividad en Materia Procesal.

Mucho se ha cuestionado si la irretroactividad de la ley penal contempla también la Ley Procesal, en realidad la prohibición la hace de manera general, es decir se refiere a la Ley en general sin distinguir si es sustantiva o adjetiva. En efecto, ante tal generalidad deberíamos suponer que igualmente a la norma procesal se debería dar efectos retroactivos cuando se beneficie con ello al infractor; Sin embargo ello no debe ser así, habida cuenta que las normas adjetivas únicamente señalan el procedimiento, es decir, aquellas serie de actos sistematizados previamente establecidos por la Ley para llegar a una sentencia, de tal manera que sea cual fuere la reforma de una ley procesal no tiene porque afectar a un procesado y, para ello basta indicar que la irretroactividad que ha sido reconocida en forma unánime por la jurisprudencia, la doctrina y el derecho positivo; también lo es que tales hipótesis excepcionales, sin duda alguna, se refieren al aspecto sustantivo del delito y de la pena, mas no al adjetivo o procedimental, pues es de explorado derecho que el proceso se rige por la ley vigente en el momento en que cada diligencia se desarrolla, por lo que sería absurdo y contrario al principio de seguridad jurídica, pretender que las actuaciones realizadas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley carezcan de todo valor probatorio por no ajustarse a los nuevos criterios adoptados por el

¹³ JESCHECK Habs-Henrich. **Tratado de Derecho Penal**, traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muños Conde. Editorial Bosch. Barcelona 1981. pág. 184

legislador para su práctica, ya que de ser así los órganos jurisdiccionales no tendrían ningún soporte jurídico para establecer en sus sentencias que las autoridades investigadoras debieron observar en la práctica de aquellas diligencias requisitos que no existían en el momento en que se efectuaron.

De tal manera que tratándose de normas procesales cuando de acuerdo a su naturaleza sean verdaderamente procesales, en nada debe afectar al infractor la entrada en vigor de una nueva norma que marque un diverso procedimiento, de ahí que la irretroactividad deba ser solamente de derecho sustantivo cuando beneficie al acusado, lo que quiere decir que en el Derecho Procesal en principio no rige la prohibición de retroactividad. La prohibición de Leyes penales retroactivas sólo rige respecto del Derecho material¹⁴.

3.3. En materia Tributaria.

Del artículo 15 de la constitución Política de la República, que señala Irretroactividad de la ley, establece que al interpretar este principio constitucional, surge de manera inmediata esta pregunta: ¿Cuándo una ley es retroactiva y, por ende, cuándo es inconstitucional por causar un perjuicio a persona alguna, refiriéndose a perjuicio un daño, afectación, lesión, etc.?

Para poder explicar el tema que nos ocupa es necesario regresar un poco a la interpretación y aplicación de la norma jurídica y específicamente de las normas del derecho tributario, por que se hace de la manera siguiente:

¹⁴ ROXIN Claus. **Ob. Cit.** Pág. 164.

3.3.1. Definición del Derecho Tributario

Cuando se habla de derecho tributario, nos aparece una imagen mental instantánea de impuestos, tasas, arbitrios, sin embargo, el derecho tributario es más que eso, ya que es una rama del derecho amplia debido a que posee su propia legislación, autonomía e identidad. Doctrinariamente se ha utilizado varios términos para referirse a ese campo del derecho, tales como Derecho Impositivo, Derecho Fiscal, Derecho Financiero, y en nuestro medio Derecho Tributario.

Para abordar el tema podemos definir al derecho tributario como *"La rama del derecho que estudia los principios, doctrinas, instituciones y la legislación que regulan los derechos y obligaciones de las personas con respecto a la materia tributaria",*¹⁵ o en sentido un poco mas amplio lo podemos definir como *"conjunto de normas, principios y doctrinas jurídicas que regulan la actividad del Estado, que en ejercicio de su poder imperio sobre particulares establece, administra y recauda los tributos que el mismo necesita para el cumplimiento de sus fines".*¹⁶

De las anteriores definiciones se puede sacar una propia, y considerar al Derecho Tributario como una disciplina jurídica de carácter publico cuyo objeto de estudio es el conjunto de normas, principios, doctrinas e instituciones que se refieran a los derechos y obligaciones de las personas

¹⁵ Chicas Hernández, Raul. **Apuntes de Derecho Tributario y Legislación Fiscal.** Pág. 48

¹⁶ Superintendencia de Administración Tributaria. **Breves Consideraciones de Derecho Tributario.** Pág.44.

con respecto a la materia tributaria que necesita el Estado para su buen funcionamiento.

3.3.2. División del derecho tributario.

Para efectos de estudio, los tratadistas de derecho tributario señalan que puede dividirse en formal, material y procesal.

El derecho tributario formal es la división del derecho que comprende lo relativo al estudio de las normas jurídicas en las cuales se desarrolla la relación jurídico tributaria, analizando la misma y sus efectos.

El derecho tributario formal es la división que se encarga del estudio de la norma material al caso concreto en sus diferentes aspectos, especialmente en lo referente a la determinación de los tributos, teniendo como objeto el establecimiento de la suma de dinero concreta y materializada para efectos de captación de recursos a favor del Estado. Esta parte del derecho tributario la encontramos plasmada en el Código Tributario de Guatemala en los artículos 103 y 145.

El derecho tributario procesal es la división que se encarga de estudiar las normas jurídicas que establecen el debido proceso administrativo tributario, tanto dentro de la determinación de la obligación tributaria, como lo que se refiere a los diferentes procedimientos judiciales que se relacionan con la actividad punitiva del Estado, siempre y cuando, tengan relación con los

delitos cometidos por los contribuyentes en cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

3.3.3. La aplicación de las normas tributarias.

Los criterios para interpretar y aplicar las normas tributarias son comunes a los utilizados por el resto del ordenamiento jurídico –salvo excepciones-.

Los principios aplicables a la interpretación de las normas tributarias están contenidos en el artículo 4 del Código Tributario que señala La aplicación, interpretación e integración de las normas tributarias, se hará conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los contenidos en este Código, en las leyes tributarias específicas y en la Ley del Organismo Judicial.

Interpretación y aplicación son dos fases del procedimiento aplicativo de las normas: se trata de saber si una norma que se pretende aplicar a un supuesto de hecho es realmente aplicable. Pero el primer paso exige observar la norma bajo dos puntos de vista:

- temporalmente, o eficacia de la norma en el tiempo.
- espacialmente, o eficacia de la norma en el espacio.

Una vez que sabemos que es aplicable según estos dos criterios, debemos darle un significado más preciso, interpretar que ha querido decir el

legislador.

3.3.4. La aplicación en el tiempo: la retroactividad.

Supone un juicio sobre la vigencia de la norma, que tiene lugar desde su entrada en vigor hasta la pérdida de vigencia. Se señala en el Artículo 6 de la Ley del Organismo Judicial que dispone: *Vigencia de la ley. La ley empieza a regir ocho días después de su publicación íntegra en el Diario Oficial, a menos que la misma amplíe o restrinja dicho plazo. En el cómputo de ese plazo se tomarán en cuenta todos los días; lo anterior quiere decir que existen dos momentos de la ley:*

a) Entrada en vigor.

Las leyes entrarán en vigor a los ocho días de su completa publicación en el Diario Oficial, a menos que en ellas se dispone otra cosa.

b) Pérdida de vigencia.

-Transcurso del tiempo de vigencia prefijado en la misma:

Leyes temporales (recuperan la vigencia las normas temporales derogadas por ésta).

-Derogación expresa por otra ley: se señala en el texto legal posterior

-Derogación tácita o implícita: la nueva ley, aun no derogando expresamente la anterior, regula la materia de diferente manera y de forma

contradictoria con la regulación hasta entonces vigente.

-Declaración de inconstitucionalidad: sólo subsistirá la ley en la parte no afectada por tal inconstitucionalidad.

Se puede diferenciar entre:

-vigencia formal: período de tiempo que va desde su entrada en vigor hasta que pierde su vigor

-vigencia material: tiempo en que la ley se aplica.

Pueden diferenciarse las siguientes situaciones:

Ultractividad: la vigencia material va más allá de la vigencia formal: se puede aplicar a hechos realizados después de perder la vigencia formal.

Retroactividad: la norma se aplica a hechos que se han realizado antes de su entrada en vigor.

Puede hablarse de tres grados de retroactividad:

1. Mínima: casi no es tal retroactividad. La ley se aplica no a los hechos que han tenido lugar antes de su entrada en vigor sino a los efectos que esos hechos produzcan cuando esta ley ha entrado en vigor.
2. Media: se aplica tanto a hechos producidos antes de su entrada en

vigor de la ley como a los efectos surgidos antes de la entrada en vigor.

3. Máxima: se aplica a hechos y efectos jurídicos realizados y agotados antes de la entrada en vigor de la nueva ley.

Cabe señalar que en materia tributaria se toman en cuenta datos como el grado de retroactividad que se produce y las circunstancias de la reforma: importancia de la modificación introducida, conocimiento de los interesados de que iba a darse la modificación, imperativos de hacer el cambio.

Además, las leyes reguladoras de las infracciones y sanciones tributarias son siempre irretroactivas, y son retroactivas las leyes procesales o procedimentales, aplicables a partir de su entrada en vigor a hechos producidos con anterioridad.

Las normas interpretativas y aclaratorias se adhieren o superponen a la norma interpretada, no tienen vida jurídica propia: sus efectos se refieren al momento en que entró en vigor.

Con respecto a este tema el Código Tributario en su artículo 6 determina Vigencia en el tiempo. La aplicación de leyes tributarias dictadas en diferentes épocas, se decidirá conforme a las disposiciones siguientes:

1. Las normas tributarias regirán desde la fecha en ellas establecidas, siempre que ésta sea posterior a la emisión de la norma. Si no la establecieren, empezarán a regir después de ocho días de su publicación en

el Diario Oficial.

2. Cuando por reforma de una norma tributaria se estableciere diferente cuantía o tarifa para uno o más impuestos, éstas se aplicarán a partir del primer día hábil del siguiente período impositivo, con el objeto de evitar duplicidad de declaraciones del contribuyente.

3. En cuanto a las infracciones y sanciones se estará a lo dispuesto en el artículo 66 de este Código.

4. La posición jurídica constituida bajo una ley anterior, se conserva bajo el imperio otra posterior. Las normas tributarias que modifiquen cualquier situación respecto a los supuestos contemplados en leyes anteriores, afectarán los derechos adquiridos por los contribuyentes.

5. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de las actuaciones ante la administración tributaria, prevalecen sobre las anteriores, desde el momento en que deben empezar a regir; pero los plazos que hubieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

6. Las situaciones no previstas, se regirán por lo dispuesto en la Ley del Organismo Judicial, en lo que sean aplicables.

3.3.5. La aplicación en el espacio.

Las normas tributarias obligarán en el territorio nacional. Salvo lo dispuesto por la ley en cada caso, los tributos se aplicarán conforme a los siguientes principios:

- El de residencia efectiva de las personas naturales cuando el gravamen sea de naturaleza personal.
- El de territorialidad en los demás tributos y en especial cuando tenga por objeto el producto, el patrocinio, las explotaciones económicas o el tráfico de bienes.

La cuestión de la eficacia de la ley tributaria en el espacio intenta dar respuesta a cuál es el espacio territorial en el que se aplica una determinada ley tributaria. Y a ello da respuesta el artículo 5 de la Ley del Organismo Judicial que dispone *Ámbito de aplicación de la ley. El imperio de la ley se extiende a toda persona, nacional o extranjera, residente o en tránsito, salvo las disposiciones del derecho internacional aceptadas por Guatemala, así como todo el territorio de la República, el cual comprende el suelo, el subsuelo, la zona marítima terrestre, la plataforma continental, la zona de influencia económica y el espacio aéreo, tales como los definen las leyes y el derecho internacional.*

Para determinar la extensión territorial se acude a los puntos de conexión, que en teoría general del derecho son dos:

1. Principio de personalidad o nacionalidad: la ley del Estado se aplica a todos los hechos realizados por los nacionales de este Estado aun si son realizados en otro Estado.
2. Principio de territorialidad: la ley de un Estado se aplica a los hechos realizados en el territorio de ese Estado, realizados por nacionales o por extranjeros.

En el Derecho Tributario tenemos puntos de conexión propios:

- el de residencia efectiva, cuando el gravamen sea de naturaleza personal.

- el de territorialidad en los demás tributos.

La residencia efectiva, entendida como días de permanencia en un territorio, no es más que una derivación de la territorialidad.

3.3.6. Interpretación.

Para hablar de la interpretación, lógicamente debemos tomar en cuenta la obligación de motivar las decisiones jurisdiccionales y administrativas, que es una reconquista democrática de la modernidad. Si bien es cierto el pensamiento iluminista, que inspiró y alimentó la Revolución Francesa (1789), alzó como una de sus banderas la necesidad de prohibirle al juez interpretar las leyes, esto obedeció al momento histórico particular que se vivió hasta el siglo XVII, a saber, la existencia de monarquías absolutistas que, a través de sus funcionarios, impartieron justicia de manera totalmente arbitraria y sin control alguno, lo que hizo que se propusiera la necesidad de que el juez fuera una especie de autómata, y aplicador mecánico del silogismo clásico, por medio del cual sólo se limitaría a ser la boca que pronuncia la ley; y se iba a abstener de incurrir en interpretaciones tan proclives a la mera arbitrariedad. No obstante, la imposibilidad práctica de mantener al juez atado a semejante dogma, hizo que a lo largo de los siglos XIX y XX, se impusiera un importante cambio en esta materia, pues se fue consolidando la práctica de motivar las decisiones, como una verdadera obligación del funcionario que resuelve en el marco de un régimen

democrático.

Este cambio histórico fue acompañado de otro, no menos importante, y que tuvo que ver con los sistemas de valoración probatorios. Para el destacado jurista español Perfecto Andrés Ibáñez, en oposición al sistema tasado de prueba, propio del sistema inquisitivo premoderno, fue paulatinamente imponiéndose, con el advenimiento de la Ilustración, el sistema de libre convicción del juez en la valoración de la prueba. Sin embargo, éste concepto de libre convicción, en su criterio, se desvirtuó al entenderse como un sistema de valoración completamente libre, sin controles, subjetivo y casi como un procedimiento místico, cuando en realidad debía tratarse de una actividad racional sometida a controles, a los elementos de prueba y a las limitaciones propias del proceso. Conforme con la tradición doctrinal española, que prefiere la división dual de los sistemas probatorios en tasado y de libre convicción; otras corrientes de pensamiento prefieren hacer la diferencia en tres sistemas, a saber, el tasado, el de libre convicción que sí tendría ese carácter de libérrima convicción o juicio en coincidencia; y el sistema de sana crítica que se basaría en la libertad probatoria de demostrar todo y por cualquier medio, con dos límites infranqueables: la legitimidad de los elementos probatorios y la razonabilidad en el análisis de ellos.

Surge entonces en la conformidad del Estado de Derecho moderno, una doble función jurídica para la función de fundamentar o motivar las decisiones judiciales. Por un lado es una tarea de naturaleza jurídica en la medida en que se trata de ponderar o valorar los elementos de prueba traídos al proceso, la adecuación o no de la plataforma fáctica establecida a las previsiones normativas, y el establecimiento de las consecuencias

jurídicas del caso. Pero, por otra parte, se trata también de una labor que atañe directamente a la legitimación política de las decisiones que se tomen, pues sólo en la medida en que los jueces y los funcionarios políticos en general, expresen las razones que han tenido para tener una determinada resolución, de manera explícita y razonada, es que esas decisiones podrán adquirir la legitimidad indispensable para que el sistema político-jurídico funcione, y se reproduzca adecuadamente, no sólo frente a las partes involucradas en el conflicto particular, sino también frente a la comunidad en su conjunto.

Contrario a lo que proponen algunos autores, al rechazar el menor positivismo, afirma que en el razonamiento judicial no se trata de una simple conformidad con la ley a través del silogismo clásico, sino que ese proceso de razonamiento consiste en una idea previa de la solución que aparezca justa, razonable y aceptable por el medio en que se dicta, nosotros consideramos que la motivación judicial de un fallo, si bien no puede renunciar a las características de razonable y justa, también puede ser abiertamente polémica para el medio que es dictada por que el juez no esta para complacer o conformarse al criterio tradicionalmente dominante, ni a lo que las mayorías consideren aceptable. Por el contrario, las decisiones judiciales muchas veces están para defender los derechos de las minorías, contra la tradición y contra las mayorías. En el Derecho Penal esto es particularmente relevante en la medida en que el acusado es esa radical minoría que se enfrenta al aparato de persecución estatal y al prejuizgamiento de un público cada vez más influenciado y manipulado por los medios masivos de comunicación.

Las resoluciones que se basen en normas tributarias no se excluyen de la debida fundamentación y motivación, ya que se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en Derecho, y se excluye la aplicación de los criterios especiales de interpretación: in dubio contra Fiscum o in dubio pro contribuyente, los criterios de interpretación funcional o de interpretación económica.

Así, las normas tributarias se interpretan conforme a los principios de interpretación típicos de la teoría general del derecho: histórico, lógico, sistemático, gramatical y teológico o finalista.

De acuerdo con el Artículo 4 del Código Tributario Principios aplicables a interpretación. La aplicación, interpretación e integración de las normas tributarias, se hará conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, los contenidos en este Código, en las leyes tributarias específicas y en la Ley del Organismo Judicial.

No es un criterio de interpretación, sino como debe entenderse utilizado un término por una norma tributaria. Se hace referencia a:

-sentido jurídico: cuando un término acuñado por la ciencia del derecho

-sentido técnico: palabras que tienen un significado técnico o científico, perteneciendo a otra ciencia que no es la jurídica

-sentido vulgar: esas palabras al mismo tiempo puede tener un significado

usual o vulgar.

3.3.7. La analogía.

Se hace referencia a un supuesto de ausencia de norma jurídica.

Hay una laguna legal cuando ante un determinado supuesto de hecho no existe una norma en el ordenamiento que dé solución expresa a un problema jurídico. Y este silencio jurídico debe ser un silencio no deliberado del legislador.

Integrar el ordenamiento significa completarlo cuando ante una ausencia de normas sea necesario decidir sobre una cuestión concreta.

La integración es necesaria porque:

-el legislador no puede prever todos los supuestos de la vida real

-ante esta situación, los aplicadores de la ley no pueden incumplir con su obligación de resolver.

Ante una laguna legal puede optarse por dos soluciones:

-inducir de las normas los principios generales, o acudir al ordenamiento y observar los principios expresamente señalados en el ordenamiento positivo, resolviendo así el vacío legal.

-analogía: aplicar a un supuesto que no está expresamente en la norma, pero con el que guarda una identidad de razón o relación de semejanza.

Por esto se dice que la analogía es una forma especial de creación del derecho, en función de una norma que ya existe a la que se amplía el campo de aplicación. Pero debe ser una ampliación limitada:

-sólo se aplica ante una auténtica laguna legal, cuando la ausencia de una norma lleva a conclusiones contrarias a los principios del ordenamiento.

-la norma aplicada no se crea de la nada, no es una decisión caprichosa del intérprete sino una aplicación de la norma ya existente en el que aparece la misma razón para decidir que en el caso no regulado.

De acuerdo con el artículo 5 del Código Tributario que señala Integración analógica. En los casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de una ley tributaria, se resolverá conforme a las disposiciones del artículo 4, de este Código. Sin embargo, por aplicación analógica no podrán instituirse sujetos pasivos tributarios, ni crearse, modificarse o suprimirse obligaciones, exenciones, exoneraciones, descuentos, deducciones u otros beneficios, ni infracciones o sanciones tributarias, lo anterior implica que no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones y bonificaciones. Se rechaza por:

-tradicionalmente, por la imposibilidad de crear nuevas obligaciones al ser las normas tributarias restrictivas de derechos.

-en atención al principio de reserva de ley: no pueden crearse a través de la analogía tributos. Significa que no pueden integrarse analógicamente los elementos del tributo cubiertos por la reserva de ley (hecho imponible, exenciones).

-principio de seguridad jurídica: la prohibición no deriva de la reserva de ley, sino que admitir la analogía supone que los ciudadanos no conocerían las consecuencias de sus actos.

3.3.8. El fraude de ley.

Se denomina fraude de ley a una situación en la cual para evitar la aplicación de una norma jurídica que no le favorece o no le interesa, una persona se ampara en otra u otras, llamadas normas de cobertura, y busca dar un rodeo que le permita sortear la prohibición o las obligaciones que le imponía la norma vulnerada.

El Derecho prohíbe el fraude de ley. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él se consideraran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Por tanto, la sanción al fraude de ley es la aplicación de la norma burlada.

Algunos ejemplos de fraude de ley son:

- Donación simbólica. En el caso de que, para evitar impuestos más elevados, se hiciese una donación a cambio de una cantidad simbólica, queriendo con ello calificar la operación de compraventa, se aplicarán todas las normas como si se tratase de una donación.
- Sociedad interpuesta o interpósita. Una persona busca crea una sociedad para aportar bienes inmuebles. La sociedad no tiene nada más, ni ninguna finalidad real, pero su intención es no tener bienes inmuebles en su patrimonio, sino solo bienes muebles (acciones). Puede querer con ello sortear la aplicación de ciertas normativas hereditarias.
- Derecho laboral. Un trabajador tiene varios contratos temporales seguidos. En realidad se trata de un contrato indefinido, pero el empleador busca evitar indemnización por despido.

Cuando se crea una norma tributaria se puede optar por:

-gravar los efectos económicos

-gravar los negocios jurídicos a través de los que se consiguen los efectos económicos. El problema es que en ocasiones se usan figuras no previstas pero que producen el mismo efecto económico. Se busca el mismo efecto jurídico mediante un negocio jurídico distinto que puede no estar gravado o menos gravado.

Requisitos para que exista fraude a la ley tributaria:

-realización del presupuesto de hecho contemplado en una norma, la de cobertura

-que ese hecho imponible suponga un gravamen inferior o una ausencia de gravamen respecto al hecho imponible de otra norma, la norma defraudada.

-con el presupuesto de hecho de la norma de cobertura y de la norma defraudada debe lograrse el mismo efecto económico

-no se trata de un acto de violación de la ley, no se trata de hechos ilícitos pero la intención con la que se realizan sí lo es.

-ha de existir un propósito probado de eludir el pago del tributo, lo que corresponde a la Administración.

Diferencia de otras figuras:

a) Negocio simulado. Se busca una realidad aparente que no coincide con la existente o la querida por las partes.

Puede ser simulación absoluta o relativa: se finge la existencia de un negocio no realizado o de un negocio distinto al realizado.

La teoría nos indica que la Administración puede recalificar los negocios simulados a efectos tributarios. Para ello se exige un procedimiento con motivación, audiencia y admisión de posterior recurso.

A diferencia de lo que ocurre en el fraude de ley, no sólo existe ánimo defraudatorio tributario.

b) Fraude tributario: infracción o defraudación. No se declara ni se ingresa

nada.

c) Economía de opción: Se parece al fraude de ley en que lo real y lo formalizado por las partes coinciden, a diferencia de la simulación. El contribuyente opta por una determinada opción legislativa que le supone una menor tributación pero sin defraudar el espíritu de la ley, ni contravenir el ordenamiento.

d) Negocio indirecto: se celebra un negocio típico con un fin distinto del que le es propio o específico. Es la forma más habitual de realizar fraude de ley.

Consecuencias del fraude de ley: se aplicará la norma eludida, pero no se exigen sanciones, aunque sí intereses de demora.

CAPÍTULO IV

4. Efecto retroactivo de las normas tributarias y su violación al principio constitucional de irretroactividad de la ley, contenido en el Artículo 15 de la Constitución Política de la Republica.

4.1. Efectos de la retroactividad de la Ley.

En cuanto a los efectos de la retroactividad de la ley, los podemos ubicar en cuanto se aplica a hechos realizados con anterioridad a su vigencia; o cuando se aplica a las consecuencias nuevas (o sea, las que se realizan bajo el imperio de la ley nueva) de un hecho anterior a su vigencia, alterándolas siempre y cuando en dicha aplicación se estiman tales consecuencias en razón de sí mismas, es decir, que se aprecien en relación de la causa con el hecho pasado que las genera.

En principio y en atención a lo señalado en este trabajo dichos efectos seria no solo contrarios al ordenamiento constitucional, sino atentarían en contra de la seguridad y certeza jurídica, con la única y especial salvedad de lo referente a la materia penal, cumpliéndose con el requisito de que dichos efectos sean favorables al reo.

4.2. Normas Tributarias con efectos retroactivos.

Como se ha venido señalado en el desarrollo de este trabajo de investigación, la regla constitucional de manera general proscribela

aplicación normas jurídicas de cualquier índole con efectos retroactivos, sin embargo, dicha regla general contiene una excepción, la cual debe cumplir con dos requisitos el primero que se refiera a materia penal, y, el segundo que beneficie al reo.

Así las cosas, lógico resulta que los efectos que tengan las normas contenidas en el Código Tributario y leyes tributarias especiales, van a ser aplicados en forma retroactiva, siempre y cuando se enfoquen a los delitos tributarios y que contengan un beneficio al reo, caso contrario la aplicación de una norma con efectos retroactivos de cualquier otra índole resulta violatoria al principio de irretroactividad de la ley, consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala.

4.3. Análisis del Artículo 66 del Código Tributario

El problema de la retroactividad de la ley en materia tributaria contenido en el Artículo 66 del Código Tributario también se le conoce como conflicto entre leyes tributarias -Artículo 6 del Código Tributario-, es decir, que se traduce en una cuestión que pretende determinar la presencia de dos leyes, una antigua, que puede suponerse abrogada o derogada, y otra nueva o vigente, y se da para establecer cual de las dos debe regir a un acto, hecho fenómeno, estado situación, etc. (en concreto).

La retroactividad consiste, pues, en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos, o situaciones producidas con antelación al momento en que entra en vigor. Predominaran en su orden las normas

relativas al Código Tributario o las leyes relativas a la materia específica de que se trate.

La irretroactividad es una norma jurídica con contenido de un deber que es correlativo de una obligación, y se entenderá mejor tomando en cuenta los siguientes elementos:

- o El Sujeto Activo de la obligación tributaria, es el Estado que es el facultado, investido de su poder y ente público acreedor del Tributo.
-Artículo 17 código Tributario-

- o Sujeto pasivo de la obligación tributaria, es el obligado al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o de responsable.

VIGENCIA EN EL TIEMPO:

La aplicación de las leyes tributarias dictadas en diferentes épocas, se decidirá conforme a las disposiciones siguientes:

1. Las normas tributarias regirán desde la fecha en ellas establecidas, siempre que esta sea posterior a la emisión de la norma. Si no la

establecieren, empezarán a regir después de ocho días de su publicación en el Diario Oficial.

2. Cuando por reforma de una norma tributaria se estableciere diferente cuantía o tarifa para uno o más impuestos, estas se aplicaran a partir del primer día hábil del siguiente periodo impositivo, con el objeto de evitar duplicidad de declaraciones del contribuyente.
3. En cuanto a infracciones y sanciones, se estará a lo dispuesto en el artículo 66 del Código Tributario.
4. La posición jurídica constituida bajo una ley anterior, se conserva bajo el imperio de otra posterior. Las normas tributarias que modifiquen cualquier situación respecto a los supuestos contemplados en leyes anteriores, no afectaran los derechos adquiridos de los contribuyentes.
5. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de las actuaciones ante la administración tributaria, prevalecen sobre las anteriores, desde el momento en que deben empezar a regir, pero los plazos que hubieren principiado a correr y las diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

6. Las situaciones no previstas, se regirán por lo dispuesto en la Ley del Organismo Judicial, en o que sean aplicables.

La aplicación del principio de irretroactividad en materia fiscal no aparenta mayores dificultades, pues resulta claro que las leyes únicamente rigen durante su periodo de vigencia, y por lo tanto, solamente pueden regular los hechos que se produzcan entre la fecha de su entrada en vigor y la de su aprobación o derogación.

Sin embargo, cuando se trata de llevar a la práctica este principio, se suscitan diversos problemas que revisten gran complejidad y discrepancia jurídica, siendo un caso concreto el principio constitucional de la irretroactividad artículo 15 de la Constitución, aplicado a las normas tributarias sancionadoras que regirán para el futuro. Ello debido al Artículo 66 del Código Tributario, que en su parte conducente señala: *No obstante tendrán efecto retroactivo las que supriman infracciones y establezcan sanciones más benignas, siempre que favorezcan al infractor y que no afecten, resoluciones o sentencias firmes.*"

Es evidente que el Legislador al redactar este artículo se excedió en sus facultades, trasgrediendo el artículo 238 de la Constitución Política de la República del Principio de legalidad. Y que establece: Corresponde con exclusividad al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios y extraordinarios, arbitrios y contribuciones especiales, conforme a las necesidades del Estado y de acuerdo a la equidad y justicia tributaria, así como determinar las bases de recaudación, especialmente las siguientes:

inciso f. Las infracciones y sanciones tributarias. Y que el Congresista de cierta manera al beneficiar al sujeto pasivo de una obligación tributaria, en un hecho que tiene como consecuencia una infracción o una sanción, esta disposición legal en su momento se hizo bajo un contexto de tiempo y espacio regido bajo una norma particular y que si posteriormente surgiere una abrogación, derogación o reforma de una sanción o infracción en materia tributaria y que esta sea benéfica al infractor se podrá plantear la irretroactividad de la ley y beneficie al sujeto pasivo.

Conforme a la naturaleza de este artículo, deviene una inconstitucionalidad ya que según el artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que: La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo y artículo 2 del Código Penal de la Extractividad que indica Si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicara aquella cuyas disposiciones sean favorables al reo aun cuando haya recaído sentencia firme y aquel se halle cumpliendo su condena. La regla es clara al definir que únicamente se aplicara la retroactividad en materia penal cuando se favorezca al reo y no en materia tributaria cuando se favorezca al infractor.

Asimismo al interpretar y aplicar el artículo 66 del Código Tributario, ante el órgano jurisdiccional ya sea en una resolución o sentencia firme, el juez se ve en la imposibilidad de su aplicación ya que conforme al artículo 203 primer párrafo de la Constitución Política de la República establece que la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República y el artículo 204 del mismo cuerpo legal expresa : los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observaran obligadamente el

principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

4.4. Elementos de la violación constitucional del artículo 15 constitucional.

Como ya se manifestó la aplicación del principio de irretroactividad de la ley no aparenta mayores dificultades, pues resulta claro que las leyes únicamente rigen durante su periodo de vigencia; y, por lo tanto, solamente pueden regular los hechos que se produzcan entre la fecha de su entrada en vigor y la de su derogación. Sin embargo, la norma constitucional que contiene dicha regla, también señala cual es la excepción a la misma, y esta ocurre cuando se esta en materia penal cuando favorezca al reo. Fuera de este caso, por ningún motivo puede aplicarse una ley retroactivamente, pues de hacerse se entraría en contradicción con la Constitución Política de la República. Como deducción lógica entonces, al establecerse en el Artículo 66 del Código Tributario que las leyes tributarias sancionatorias tendrán efecto retroactivo cuando supriman infracciones y establezcan sanciones más benignas, se esta violando el principio constitucional contenido en el artículo 15 que señala "La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo", y por lo tanto tal disposición es nula de pleno derecho.

CONCLUSIONES

- El principio de jerarquía normativa, implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentra en la Constitución, la cual determina la validez de las demás leyes, y en caso de resultar incompatibles con la Constitución estas resultan nulas ipso jure, y por tal razón deben ser expulsadas de nuestro ordenamiento jurídico.
- La Constitución estipula que ninguna ley tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo, norma constitucional que sigue los lineamientos que se han dado en materia jurídica tanto a nivel nacional como internacional, especialmente que conciben a esa disposición con un mecanismo para garantizar la seguridad y la certeza jurídica.
- Las leyes que señalan cuestiones ajenas a lo penal y determinaran la irretroactividad de las mismas, son nulas de pleno derecho, y deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico ello a través de los mecanismos de defensa del orden constitucional que señala la propia Constitución y bajo los procedimientos establecidos en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, procedimientos que deben seguirse para el Artículo 66 del Código Tributario, ya que establece que en materia tributaria las normas sancionatorias tiene efecto retroactivo.

RECOMENDACIONES

- Se capacite tanto a docentes de las facultad de ciencias jurídicas y sociales de la universidad de San Carlos de Guatemala que en los cursos de derecho constitucional y derecho tributario o financiero, así como a los administradores de justicia y a las autoridades de la Superintendencia de Administración Tributaria, indicándoles que en la cúspide del ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentra la Constitución, la cual determina la validez de las demás leyes y tratados de rango inferior.
- Se de cumplimiento por parte de la Superintendencia de Administración Tributaria que nuestra Constitución, en el artículo 15, establece de manera terminante que a ninguna ley se dará efecto retroactivo salvo en materia penal cuando favorezca al reo, por lo tanto no debe aplicarse el artículo 66 del Código Tributario, pues este resulta nulo ipso jure.
- Se promueva por parte de la Universidad de San Carlos de Guatemala, la acción de inconstitucionalidad de carácter general ante la honorable Corte de Constitucionalidad, en contra del Artículo 66 del Código Tributario, pues como ha quedado demostrado en el presente trabajo de tesis, la misma entra en contradicción directa con el artículo 15 de la Constitución Política de la República, ello para lograr que el articulo señalado del Código Tributario sea expulsado de nuestro ordenamiento jurídico, y se cumpla así con el principio de jerarquía normativa.

BIBLIOGRAFÍA

BIELSA, Rafael. **Compendio de Derecho Público, Constitucional, Administrativo y Fiscal**. Guatemala, Buenos Aires, Argentina. 1952.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1981.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho Administrativo Guatemalteco**. Editorial Impresiones Gráficas. Guatemala, Guatemala 2004.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **La Defensa de la Constitución**. Talleres de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala. 1986.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Política y Constitución en Guatemala, La Constitución de 1985**. Talleres de Imprenta y Fotograbado Llerena, S.A. Guatemala, Guatemala. 1996.

KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Editorial Porrúa. México. 1997.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Editorial Heliasta. S.R.L. Viamonte 1730, Piso 1o. Buenos Aires, Argentina .

PINTO ACEVEDO, Mynor. **La Jurisdicción Constitucional en Guatemala**. Editorial Serviprensa, C.A. Guatemala, Guatemala. 1995.

ROXIN, Claus. **(Derecho Penal Parte General)**. Editorial Civitas. Madrid 1997.

SAEN JUÁREZ, Luis Felipe. **(Inconstitucionalidad de Leyes en Casos Concretos en Guatemala)**. Editorial Serviprensa, C.A. Guatemala. 2001.

CONSULTAS ELECTRÓNICAS:

www—bibliotecajuridica.mx.edu

LEGISLACIÓN:

- 1.- Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad. Asamblea Nacional Constituyente. Editorial Serviprensa, S.A. Guatemala. 2004.
- 2.- Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República. Editorial Librería Jurídica. Guatemala. 2002
- 3.- Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República. Guatemala. Sin año.
- 4.- Código Tributario. Decreto 6-91 del Congreso de la República. Editorial Librería Jurídica. Guatemala. 2003
- 5.- Ley de Amparos, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Acuerdos y autos acordados de la Corte de Constitucionalidad. Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente. Editorial Serviprensa, S.A. Guatemala. 2002.