

Capítulo 1

RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD EN DERECHO: CONCEPTO¹. TRATAMIENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

1. EL PRINCIPIO JURÍDICO² DE IRRETROACTIVIDAD Y SU RUPTURA

La retroactividad es, en una sucesión temporal de leyes, la aplicación de la norma jurídica nueva a supuestos de hecho, actos, relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor³ y que, por tanto, tuvieron su origen bajo el imperio de la norma derogada.

¹ Sabido es, y lo recuerda en su obra Reinhart Koselleck, que los filósofos en el ejercicio de su reflexión al servicio de la clarificación de la realidad y de los discursos acerca de ella, tratan con y sobre conceptos, al punto que la investigación ontológica constituye uno de los ámbitos privilegiados de sus ocupaciones.

Sea cual sea el modo con que se entienden los conceptos, y con independencia de la verdad o falsedad del punto de vista conceptualista, según el cual no hay universales y corresponde su pretendida función clasificatoria a conceptos particulares de la mente, los conceptos son evidentemente necesarios para nuestra comprensión y conocimiento de cualquier cosa, incluso al nivel más elemental o básico de la cognición: el reconocimiento (Panayot Butchvarov, Voz “Conceptualismo”, en Robert Audi, editor, “Diccionario Akal de Filosofía”, trad. cast. de Hubert Marraud y Enrique Alonso, del original “The Cambridge Dictionary of Philosophy”, Cambridge University Press, 1999, Ediciones Akal S.A., Tres Cantos, Madrid 2004, pp 186-187). De aquí, que me proponga, de entrada, precisar el alcance específico de la retroactividad –como contrafigura de la irretroactividad– en el ámbito de las reglas de Derecho.

Deliberadamente he limitado la investigación a la irretroactividad de las normas jurídicas, renunciando a una consideración de la irretroactividad en las relaciones privadas, tema del que se han ocupado, entre otros, los tratadistas alemanes Bernhard Windscheid, en su obra “Die Wirkung der erfüllten Bedingung” (1851), Ed. en “Gesammelte Reden und Abhandlungen”, Leipzig, 1904, pp. 127 y ss.; Guntram von Scheurl, “Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften” Erlangen, 1871, pp. 182 y ss.; y Zufit, “Grenzen der Rückwirkung im Zivil und Zivilprozessrecht”, en “Archiv für die Civil Praxis”, 1948, pp. 271 y ss.

² Georges Ripert, “Les principes juridiques”, Capítulo IV de Id, “Les forces créatives du droit”, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris 1955; René Rodière, “Les principes généraux du droit privé français”, en “R.I.D. comp”, núm. Spécial, vol. II, 1980, pp. 309 y ss.

³ Pierre Hébraud, “Observations sur la notion du temps dans le droit civil”, en “Etudes offertes à Pierre Kayser”, tomo II, 1979, pp. 1 y ss.; Jean Carbonnier, “Nocturne”, en “Flexible Droit”, Ed.

Tal y como señala Legaz y Lacambra, la retroactividad⁴ sería aquella cualidad de las leyes en cuya virtud estas someten a nuevo examen las condiciones de validez de un acto regulado por la legislación anterior, modificando o suprimiendo sus consecuencias jurídicas: “se trataría pues, de una verdadera vuelta atrás de la ley”, y como tal de un atentado a la seguridad jurídica⁵, en la medida en que ésta exige que las situaciones creadas al amparo de un ordenamiento jurídico cualquiera no se vean alteradas libremente por una norma surgida con posterioridad⁶.

Para que pueda existir un problema de Derecho transitorio, necesariamente se habrá de producir un supuesto de hecho, acto, relación jurídica y/o situación que se prolongue en el tiempo durante la vigencia de dos –o más– normas.

Ahora bien, de la misma forma que la retroacción o regresión supone la acción de una medida que surte efectos con anterioridad a su declaración⁷, se puede decir, con carácter general, que la retroactividad de una norma jurídica consiste en la posibilidad de que su aplicación afecte “a un tiempo anterior o ya transcurrido”, previo a su vigencia formal⁸.

Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París 1983, pp. 53 y ss., traducida al castellano por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, con el título “Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho”, Ed. Tecnos, Madrid 1974; del Decano Carbonnier, contamos además con la traducción al castellano de su “Curso de Derecho Civil”, a cargo de Manuel María Zorrilla Ruiz, en cinco volúmenes: el Tomo I, en dos volúmenes, tiene por títulos respectivamente, “Disciplina General y Derecho de la Persona”, Barcelona, 1960, y “Situaciones Familiares y cuasifamiliares”, Barcelona 1961; el Tomo II, en tres volúmenes, que tienen a su vez por título, “Situaciones jurídico-reales”, Barcelona 1965, “El Derecho de las obligaciones y la situación contractual”, Barcelona 1971, y “Situaciones extracontractuales, y dinámica de las obligaciones”, Barcelona, 1971, todos ellos publicados por Ed. Bosch; Luis Díez-Picazo, tradujo igualmente al castellano el curso de Jean Carbonnier, “Sociología jurídica”, Ed. Tecnos, 2^a edic., Madrid 1982.

⁴ Francisco Capilla Roncero, voz “Retroactividad (Derecho Civil)”, en “Enciclopedia jurídica básica”, dirigida por Alfredo Montoya Melgar, Ed. Civitas, Madrid 1995, Tomo IV, “Pro-Zon. Indices”, pp. 5985-5988, la cita en pág. 5985; H. Gerhardinger, “Rückwirkende Gesetze als rechts-philosophisches Problem”, en “Archiv für Rechts und Sozialphilosophie” XXXVIII, 4, 1950.

⁵ Luis Legaz y Lacambra, “Filosofía del Derecho”, 5^a edic., Casa Editorial Bosch S.A., Barcelona 1979, pp. 623-624; Juan de Hinojosa y Ferrer, “Concepto de los derechos adquiridos y de los intereses creados”, Madrid 1920, pp. 15 y ss.

⁶ María José Falcón y Tella, “Límites de la eficacia de las normas en el tiempo –la irretroactividad– y en el espacio –la pluralidad de ordenamientos jurídicos y las relaciones de estos entre sí–”, en Id, “Lecciones de Teoría del Derecho”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 2001, pp. 309-319.

⁷ Voz, “Retroacción”, en “Diccionario Trivium de Derecho y Economía”, Editorial Trivium S.A., Madrid mayo de 1998, pág. 591.

⁸ Acogiendo el criterio de Manuel-Jesús García Garrido, “Diccionario de jurisprudencia romana”, Ed. Dykinson, Madrid 1982, pág. 308; Marco Siniscalco, “Irretroattività delle Leggi in materia penale”, Ed. Giuffrè, Milano 1965, pág. 87; Alfredo De Marisco, “Diritto penale”, Parte Generale, Napoli 1969, pág. 41; Paul Roubier, “Le Droit Transitoire”, 2^a edic., Paris 1960; Jean-Louis Bergel, “Théorie

“*Sensu contrario*”, como corresponde a la noción contrapuesta de aquella, la irretroactividad de las normas consistiría en “el principio jurídico que rechaza el efecto retroactivo de las leyes”⁹, las que sólo se aplicarían a los hechos sucedidos después de su entrada en vigor.

Sabido es que las normas jurídicas por su propia naturaleza tienen una eficacia limitada en el espacio y en el tiempo¹⁰. Todo ordenamiento jurídico contiene normas que surgen en un determinado momento y, que, tal y como sucede con cualquier otra realidad humana, se extinguen o desaparecen en otro determinado momento temporal¹¹.

Su fuerza obligatoria la adquieren al concluir el período de “*vacatio legis*”, que marca el momento de su entrada en vigor, y la pérdida de su validez se deberá a caducidad o derogación. La caducidad se produce por el transcurso del tiempo que la propia ley establece para su vigencia¹² o por tener un objeto determinado y tran-

Générale du Droit”, Ed. Dalloz, París 1985, tít. II, Chap. 1º: “Le Droit e le temps”, pp. 115 y ss; Pasquale Fiore, “De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico de la legislación comparada”, traducción al castellano por Enrique Aguilera de Paz. Instituto Editorial Reus, Madrid 1927; Francisco López Menudo, “El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas”, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla 1982; Francesco Carrara, “Programa del Corso di Diritto Criminale”, Parte Generale, vol.II, Ed. Fratelli C., Firenze 1907, existe una traducción al castellano por la “Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, Ed. Reus, Madrid 1925, e igualmente existe otra traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, de Ed. Temis, Bogotá 1986; Remo Pannain, “Manuale de Diritto Penale”, vol. I, Parte Generale, Ed. Unione Tip. Torinese, Torino 1967, pp. 155 y ss.; Livio Paladin, “Appunti sul principio de irretroattività delle leggi”, en Foro Amm, vol. I, 1959, pp. 946 y ss., y “Lezioni di Diritto Costituzionale”, Ed. Cedam, Padova 1989; Paul Roubier, “Les conflits des lois dans le temps” (“Théorie dite de la non-rétroactivité des lois”), 2 volúmenes, París 1929-1933; E. De Szaszy, “Le conflits des Lois dans le temps” (theorie des droits privés), en Recueil des cours de L. Academie de Droit Internationale de La Haye, 1934, vol. 1º, pp. 203 y ss; y Vicent, “Le retrait des actes administratifs unilatéraux”, en RTDE, 1974, 81; Alessandro Giuliani, “La Retroattività della Legge”, en “Trattato di Diritto Privato”, dirigido por Prieto Rescigno, “1 Premesse disposizioni preliminari”, pp. 233-246, Ed. Utet, Padova 1984, reimpresión.

⁹ Definición obtenida del “Diccionario de la lengua” de la Real Academia Española.

¹⁰ Gregorio Robles Morchón. “Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho”, Tratados y Manuales, Editorial Civitas, Madrid 1998, vol. I, pág. 188.

¹¹ De aquí que el orden jurídico cuente con normas indirectas de la acción, normas que establecen las condiciones o presupuestos para la existencia de las normas directas de la acción humana y, por tanto, de las acciones reguladas por éstas, y dentro de éstas, entre otras, las normas que establecen los elementos espaciales del sistema normativo y las normas que establecen los elementos temporales de éste. Gregorio Robles Morchón, “Tipos de normas jurídicas: las normas indirectas de la acción”, Parágrafo XXVII de Id, “Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho”, op.cit, pp. 183-187, y XXVIII, pp. 188-194.

¹² Por ejemplo el artículo 97 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 18 de abril de 1951: “El presente tratado se concluye por un periodo de cincuenta años a partir de su entrada en vigor”.

itorio¹³. La derogación presupone la existencia de una ley posterior, de igual o superior rango, que regule la misma materia. Podrá ser expresa cuando el legislador señale directa y nominalmente las normas que deroga, o tácita cuando una nueva ley resulte incompatible con la anterior. “*Lex posterior derogat anterior*”.

En muchos casos, la pérdida de validez de una norma no impedirá que los actos realizados a su amparo puedan seguir produciendo consecuencias jurídicas. Surge entonces un conflicto entre dos leyes, la antigua y la nueva, y habrá de determinarse cuál de entre ellas deberá aplicarse y en qué grado, dando lugar a lo que la doctrina denomina “*Derecho transitorio*”, y los alemanes conocerán como “*Derecho intertemporal*”¹⁴. Las conocidas como “*disposiciones transitorias*” tienen por objeto regular el tránsito –de ahí su denominación– de una a otra norma, limitándose a ordenar cuál de ellas debe aplicarse.

La mejor doctrina, representada por Federico de Castro y Bravo, identifica dos modalidades de normas de transición: a) Las “disposiciones transitorias” en sentido estricto. Son disposiciones especiales que se adjuntan a una norma jurídica y que tienen por finalidad acomodar su aplicación a las circunstancias creadas por la legislación anterior, delimitando así la eficacia de esa nueva norma. No es infrecuente, que la práctica legislativa omita contemplarlas o las contemple de manera incompleta, y b) Para suplir la falta de las anteriores, se dan reglas muy generales, que fijan el criterio del ordenamiento jurídico respecto al valor concedido, en general, a las situaciones que nacieron al amparo de una ley derogada (reglas sobre la irretroactividad). Reglas obtenidas mediante la interpretación¹⁵, con las que se pretende regular el tránsito de la antigua a la nueva norma, limitándose a ordenar cuál de ellas debe aplicarse.

En el primer tercio del siglo pasado, algunos autores quisieron ver en la retroactividad de las normas jurídicas una modalidad más de “*factio iuris*”¹⁶, empresa que

¹³ Por ejemplo estado de guerra.

¹⁴ José Castán Tobeñas, “Derecho Civil Español, Común y Foral”, tomo I, vol. 1, 10^a edic. Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid 1962, pág. 453.

¹⁵ Federico de Castro y Bravo, “Derecho Civil de España”, “Parte General. Tomo II: Libro Preliminar: Introducción al Derecho Civil”, Instituto de Estudios Políticos, 3^a edic., Madrid 1955, pp. 706-707.

¹⁶ Konrad Hellwig, “Grenzen der Rückwirkung”, en “Festschrifte für die juristische Fakultät in Giessen”, Giessen, 1907, pp. 25-74. Sobre el tema vid. Salvatore de la Pugliatti, “Voz Finzione”, Enciclopedia del Diritto, vol. XVII, Ed. Giuffrè, Milano 1968, pp. 658-673. Para una caracterización del concepto de irretroactividad vid.: C.F. Gabba, “Teoría della retroattività delle leggi”, 3^a edic., Ed. Unione Tipografico, 1981; Oreste Ranelletti, “Efficacia delle norme giuridiche amministrative nel tempo”, Riv. Dir. Civ. VI, pp. 49 y ss. Roma 1914; Donati, “Il contenuto dei principio della irretroattività della legge”, en “Rivista Italiane di Scienze Giuridiche”, Milano 1915, vol. LV, pp. 235 y ss., vol. LVI, pp. 117 y ss.; Rafaëla Perrone Capano, “La retroattività degli atti amministrativi”, 2^a

concluyó en el fracaso, pero que bien puede servirnos de muestra de hasta qué punto el concepto de retroactividad es, como ha destacado el administrativista López Menudo, el arquetipo mismo de la equivocidad, un concepto elástico y polémico como pocos¹⁷.

Como señala el maestro de Derecho Civil Federico de Castro, la cuestión de la irretroactividad “tiene un evidente matiz político: unos proclaman la necesidad de no detener el progreso y otros protestan y se defienden contra el trastorno de las innovaciones”. Casi todos en algún momento han proclamado su respeto a los derechos adquiridos y “han aceptado como un dogma el principio de irretroactividad de las leyes ... pero también, cada partido llegado al Poder, procura suprimir todo freno impuesto a la potestad legislativa”¹⁸.

Algún autor sostiene, de manera en extremo imprecisa, que nuestro ordenamiento jurídico consagra el principio de no retroactividad de las normas. Pero si atendemos a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional no hay nada que permita afirmarlo. Con ello se viene a confirmar una vez más, el aserto del constitucionalista, internacionalista y filósofo del derecho austriaco, naturalizado norteamericano, Hans Kelsen (1881-1973), cuando en su obra¹⁹ “General Theory of Law and State” (“Teoría General del Derecho y del Estado”, Harvard 1945), afirma de

edic., Ed. Eugenio Jovene (S.T.E.M.), Napoli 1963; Giovanni Grottanelli Dé Santi, “Profili costituzionali della irretroattività delle leggi”, Ed. Giuffrè, Milano 1970; Francesco Carnelutti, “Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali. Questioni sul processo penales”, Bologna 1950, pág. 187; Esposito, “Ultrattività delle norme corporative e competenza della Corte costituzionale”, 1963; Pelosi, “La pretesa retroattività della condizione”, en “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile” (Dott. A. Giuffrè Ed., Milano), 1968, pág. 825; Bertola, “Legittimità delle norme di prelievo cosiddette retroattive”, “Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze” (Dott. A. Giuffrè Ed.), Milano 1969, pág. 132; Falco, “Sul principio della irretroattività della legge”, en “Rivista di Diritto Commerciale e Diritto Generali delle Obligazioni” (Dott. A. Giuffrè Ed.), Milano 1917, pp. 704 y ss. del vol. I; Manuel Albadalejo García, “Reglas de derecho intertemporal o transitorio”, en “Revista de Derecho Privado”, Madrid 1975; Guillermo García Valdecasas, “Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes”, en “Anuario de Derecho Civil” (Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid), núm. XIX, enero-marzo de 1966, pp. 45 y 53.

¹⁷ Francisco López Menudo, “El principio de irretroactividad de las normas en la Jurisprudencia Constitucional”, pág. 455, del tomo I, en “Estudios sobre la Constitución Española, homenaje al Profesor García de Enterría”, op. cit.; Id. “El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas”, Sevilla 1982, pp. 51-56 y ss.

¹⁸ Federico de Castro y Bravo, “Derecho Civil de España”, Parte General, tomo I, 3ª edic. op.cit., Madrid 1955.

¹⁹ En el epígrafe “Leyes retroactivas e ignorantia iuris”, y con referencia a la legitimación subsecuente, tan habitual en el ámbito de la experiencia jurídica en la que es postulado que una norma jurídica enlace una sanción a hechos realizados antes de la creación de la misma, lo que la hace “válida tanto para el sujeto que debe abstenerse del delito, como para el órgano obligado a ejecutar la sanción. Tal norma es, en relación con el particular obligado, válida para el pasado”.

forma enfática que “se puede discutir el valor moral y político de las leyes retroactivas, pero no dudar acerca de su posibilidad.”²⁰

Hasta tal punto la Constitución española de 1978 no opta por consagrar de modo ilimitado el principio de la irretroactividad de las normas que, con buen criterio, Ignacio de Otto, en su monografía “Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes”²¹, considera que la regla general establecida por nuestra Carta Magna es, más bien por el contrario, la licitud constitucional de la retroactividad, de la que sólo se excluyen los dos supuestos contemplados por el art. 9.3; y así lo expresa, para mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional: “... basta rememorar aquí los artículos 9.3²² y 83.b²³ de la Constitución para convenir que el límite de la retroactividad “*in peius*” de las Leyes no es general, sino limitado a las Leyes “*ex post facto*” sancionadoras, o las restrictivas de derechos individuales, ... la interdicción absoluta de la retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de situaciones dadas, que son contrarias a la concepción que fluye del artículo 9.2”²⁴.

Como señala Hans Kelsen, las leyes retroactivas son indeseables, “porque hieren nuestro sentimiento de justicia al imponer una sanción a una acción u omisión relativamente a las cuales el individuo sancionado ignoraba que tendrían como consecuencia dicha sanción”. Sin embargo, por otra parte se reconoce en casi todos los ordenamientos el conocido principio según el cual “*neminem licet ignorat ius*” (“a nadie le está permitido ignorar la ley”), que toma cuerpo en la enfática fórmula de nuestro artículo 6.1 del Código Civil “*ignorantia iuris neminem excusat*”²⁵ (“la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”). Regla

²⁰ Hans Kelsen, “Teoría General del Derecho y del Estado”, traducción al castellano de Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, pág. 51.

²¹ Ignacio de Otto y Pardo, “Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes”, 2ª edic., Ed. Ariel, Barcelona 1988, cap. 5ª, parágrafo 26: La garantía constitucional de irretroactividad, pp. 95 y ss. Sobre el mismo tema Vid. Regina Gaya Sicilia, “El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional”, Madrid 1987.

²² Art. 9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

²³ Art 83.b CE “Las leyes de bases no podrán en ningún caso: ...b) Facultar para dictar normas con carácter retroactivo.”

²⁴ Sentencia TC 8/1982, de 4 marzo 1982, Ponente: Magistrado Jerónimo Arozamena Sierra. Art. 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

²⁵ Existen algunas excepciones, como la contemplada en México por el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que en su artícu-

indispensable para la estabilidad social, que se pondría en riesgo de admitirse la inaplicación de las normas por un real o falso desconocimiento de las mismas.

Se trata además de un principio que goza de una presunción “*iuris et de iure*”, es decir una presunción que no admite prueba en contrario, y ello, pese a la evidencia de que múltiples leyes son desconocidas por sus destinatarios. Por tanto, esta presunción no deja de ser una ficción jurídica. Para un sector de la doctrina sería equivalente, en algunos supuestos, la aplicación del principio “*ignorantia iuris neminem excusat*” a una norma que se aplicase con carácter retroactivo. El mismo Kelsen no duda en afirmar que “no existe ninguna diferencia esencial entre una ley retroactiva y muchos casos en los cuales otra no retroactiva no es ni puede ser conocida por el individuo a quien tiene que aplicarse”²⁶.

Existe una gran diferencia, la retroactividad es un ataque, las más de las veces no justificado, a la seguridad jurídica y a las indudables exigencias de certeza en la vida social. Principio que presupone la posibilidad de que el destinatario de las normas pueda conocerlas y adecuar su comportamiento a las previsiones de éstas. En todo caso es una obviedad, como el propio Kelsen recuerda, que nunca le resulta posible al destinatario de las normas conocerlas cuando practica una conducta que será regulada en el futuro con efectos “*pro preterito*”, salvo que se trate de un futurologo omnisciente. Es evidente que la eficacia organizativa de las normas jurídicas debería de manifestarse sobre realidades y fenómenos sociales posteriores a su entrada en vigor²⁷.

Ahora bien, un ordenamiento jurídico cuyas normas fueran absolutamente irretroactivas congelaría las situaciones existentes e impediría la posible y necesaria evolución del sistema normativo. Incluso la retroactividad puede llegar a ser necesaria para remediar situaciones injustas, odiosas o inmorales. Su necesidad puede constituirse en una cuestión de “*moral legislativa*” –por decirlo en los términos que utilizara Pedro Gómez de la Serna (1806-1871)–. Pero, no es menos cierto que, tal y como señala Simoncelli²⁸, una retroactividad absoluta de las nor-

lo Artículo 21, establece: “La ignorancia de las Leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la Ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de Leyes que afecten directamente al interés público.”

²⁶ Simone Goyard-Fabre, “Les Fondaments de l’ordre juridique”, Presses Universitaires de France, Paris 1992; Hans Kelsen, “Teoría General del Derecho del Estado”, traducción de Eduardo García Máynez, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, 3ª reimpresión, pág. 51; Vid. vol. XII, “La loi civile”, de las “Cahiers de Philosophie politique et juridique” (Université de Caen), 1988.

²⁷ Ricardo de Ángel Yagüez, “Una Teoría del Derecho. Introducción al estudio del Derecho”, Colección “Tratados y Manuales”, Editorial Civitas, 6ª edic., Madrid 1993, pág. 58.

²⁸ Simoncelli, “Istitucion di Diritto privato”, 3ª edic., Roma 1921, pp. 723 y ss., cita recogida de José Castán Tobeñas, “Derecho Civil Español”, tomo 1º, vol. 1º, Introducción y parte general, pág. 455.

mas jurídicas sería tanto como “la muerte de la seguridad y de la confianza jurídica”. De aquí que el legislador habrá de ser prudente y proceder con moderación a la hora de atribuir alcance retroactivo a las nuevas normas.

El ordenamiento jurídico español admite ampliamente, no solo en sus textos legales sino también en su jurisprudencia, la retroactividad de las normas, aunque ello constituya una vía de entrada a la inseguridad jurídica.

La Constitución española de 1978, en el ámbito de su “Título Preliminar”, concretado en el artículo 9.3, proclama –y por su inequívoca condición normativa²⁹ garantiza– entre otros principios constitucionales que informan nuestro ordenamiento jurídico³⁰, el principio de “*irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables* (locución que alcanza no solo a las normas penales, sino que cubre asimismo el conjunto del derecho administrativo sancionador³¹) o *restrictivas de derechos individuales*” (esto es, la irretroactividad de las normas que restringen o inciden negativamente sobre derechos fundamentales³²) y “*la seguridad jurídica*”³³.

La mayor parte de los tratadistas entienden que la disposición del art. 9.3 de nuestra Constitución va dirigida al legislador, en contraste con lo que sucede con la regla contenida en el art. 2. 3 del CC, en cuya virtud “*las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario*”. La doctrina atribuye mayoritariamente a la norma de nuestro Código Civil un alcance exclusivamente interpretativo, lo que supone que su destinatario es “no el legislador sino el juez, dándole a entender que en caso de duda debe decidirse por la no retroacción a la ley, y en los casos en que la ley disponga que se aplique retroactivamente, ha de hacerlo el juzgador prudentemente y con sentido restrictivo”³⁴.

De forma reiterada nuestro Tribunal Constitucional señala que la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmi-

²⁹ Manuel Aragón Reyes, “Constitución y Estado de Derecho”, en el vol. “España: un presente para el futuro”, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1989, vol. II; Id, “Constitución y Democracia”, Editorial Tecnos, Madrid 1989.

³⁰ Francesc de Carreras Serra, “Norma y ordenamiento jurídico en la Constitución española”, en “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, núm. 9, Madrid mayo de 1991.

³¹ Luis María Díez Picazo y Giménez, voz “Retroactividad (Derecho Constitucional)”, en “Enciclopedia Jurídica Básica”, dirigida por Alfredo Montoya Melgar, op. cit., Madrid 1995, tomo IV: “Pro-Zon e Indices”, pp. 5988-5922, la cita en pág. 5989.

³² Pascual Marín Pérez, “Manual de Introducción a la Ciencia del Derecho”, 2ª edic., Bosch Casa Editorial, Barcelona 1968, pp. 46-47; Vid. STS de dieciocho de diciembre de 1941.

³³ Ricardo Alonso García, “La seguridad jurídica como presupuesto de una aplicación plena y completa del Derecho comunitario”, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, núm. 51, Madrid julio – septiembre de 1986, pp. 439 y ss.; Margarita Beladiez Rojo, “Los principios jurídicos”, Editorial Tecnos, Madrid 1994.

³⁴ José Luis de los Mozos y de los Mozos, “Derecho Civil Español”, tomo I- vol I, Salamanca 1977, pág. 719; José Puig Brutau, “Introducción al Derecho Civil”, Ed. Bosch, Barcelona 1980, pp. 181 y ss.

ble petrificación del ordenamiento jurídico³⁵, toda vez que por su propia naturaleza éste “... se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de progreso y de perfeccionamiento. Normalmente, lo hace así, al establecer relaciones ‘*pro futuro*’. Pero difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes, que constituyen el basamento de las relaciones venideras, y es por ello que, a menudo, tales normas deben contener unas cautelas de transitoriedad que reglamenten el ritmo de la sustitución de uno por otro régimen jurídico... Pero la retroactividad será inconstitucional sólo cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida que restrinja derechos individuales.”³⁶

En este sentido, nuestra Constitución limita la prohibición del alcance retroactivo a las normas jurídicas onerosas, es decir, “las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, y lo hace en el ya referido artículo 9.3³⁷, en el que también incluye, junto a otros, los principios de *legalidad* y de *seguridad jurídica*, que se encuentran, como es notorio, íntimamente relacionados con el postulado de la irretroactividad de las normas jurídicas³⁸.

De esta forma, como ha señalado el maestro complutense de Derecho público Fernando Garrido Falla, el art. 9.3 de nuestra Constitución consagra simultánea, pero separadamente, la irretroactividad relativa de las leyes y el principio de seguridad jurídica³⁹.

En todo caso, habrá de entenderse la seguridad jurídica como una modalidad distinta de otras seguridades a las que la Constitución española otorga su amparo, así, “*seguridad personal*”, art. 17; “*seguridad de los consumidores y usuarios*”, art. 51; “*seguridad del Estado*”, arts. 12 y 105 b; “*seguridad pública*” arts. 28, 70, 104, 129 y 149; “*seguridad social*”, arts. 17, 41 y 149.

³⁵ Sentencia TC 99/1987, de 11 junio 1987, Ponente: Magistrado Carlos de la Vega Benayas; y Sentencias 27/1981, de 20 julio; 8/1982, de 4 marzo; 6/1983, de 4 febrero; y 108/1986, de 29 julio, entre otras.

³⁶ Sentencia TC 27/1981, de 20 julio 1981, Ponente: Magistrado Plácido Fernández Viagas.

³⁷ Francisco Bueno Arús, “El artículo 9 de la Constitución y el Derecho penal”, en la obra colectiva “Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución”, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid 1988, vol. V, pp. 3089-3116.

³⁸ Manuel Calvo García, “Los límites de la seguridad: principios jurídicos y certeza del Derecho”, en “Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar...”, op.cit., vol. V, pp. 3151-3174.

³⁹ Antonio Domínguez Luis, “Nota en torno a las ideas de seguridad jurídica, justicia y bien común”, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid”, núm. 80, curso 1991-1992, pp. 259-266; Fernando Garrido Falla, “Comentarios a la Constitución”, 2ª edic., Ed. Cívitas, sub. art. 9.3, pág. 169, Madrid 1985; sobre el mismo tema Vid. Luis María Díez-Picazo y Giménez, “La derogación de las leyes”, op. cit., Madrid 1990, pág. 195 y ss.; Rafael Hernández Marín, “El principio de irretroactividad”, en “Jornadas de Estudio sobre el Título

Ahora bien, los principios consignados en el art. 9.3 de la Constitución “no son compartimentos estancos, sino intercomunicables, cobrando cada uno de ellos valor en función de los demás”, y de ahí que pueda predicarse por el Tribunal Constitucional que la seguridad jurídica es “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad”⁴⁰, “pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica sería la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”⁴¹.

Quizás no acierte el Tribunal Constitucional en su intento de acotar el ámbito cubierto por el principio de seguridad jurídica, como cualidad del ordenamiento jurídico que genera confianza y certeza en el ciudadano acerca de lo que en cada momento es derecho positivo y sobre lo que, previsiblemente, lo será en el futuro⁴². En primer lugar, porque si la seguridad jurídica fuese, como dice el Tribunal Constitucional, órgano que en nuestro sistema jurídico desempeña el papel de supremo garante e intérprete de la Constitución y de la interpretación constitucional de las leyes: “la suma de los principios de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad”, al constituyente no le habría sido necesario citarlos de forma expresa en el art. 9.3, le hubiera bastado con decir que la Constitución garantizaba la “*seguridad jurídica*”.

Además, se trata de un ideal, una meta inalcanzable de modo pleno, que resulta hartamente difícil, si no imposible, de definir. ¿Acaso no es también motivo de inseguridad jurídica que las leyes puedan dar lugar a interpretaciones no solo no coincidentes sino incluso contrarias? ¿O que se aplique una ley con carácter retroactivo, aunque ello sea conforme con la Constitución?. Sin pretender reali-

Preliminar de la Constitución”, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid 1988, vol. V, pp. 3291-3308; Liborio L. Hierro Sánchez – Pescador, “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, núm. 19, Alicante 1996, pp. 287-308; Id., “Seguridad jurídica y actuación administrativa”, en “Documentación Administrativa”, núms. 218-219, Madrid 1989; Vid.: Mario Longo, “Certeza del Diritto”, en Novissimo Digesto Italiano, vol. III, pp. 125 y ss., Ed. Utet, Torino 1959.

⁴⁰ Por todas, Sentencia TC 99/1987, de 11 junio 1987, Ponente: Magistrado Carlos de la Vega Benayas.

⁴¹ Por todas, Sentencia TC 27/1981, de 20 julio 1981, Ponente: Magistrado Plácido Fernández Viagas.

⁴² Jesús López Medel, “La seguridad jurídica como principio o valor constitucional: su efectividad en el área preventiva de la seguridad jurídica de los derechos ...”, en “Jornadas de Estudio sobre el Título...”, op. colectiva cit., vol. V, pp. 3309-3322; Fernando Serrano Triana, “La función de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en “Libro Homenaje a José Luis Villar Palasí”, Madrid 1989.

zar una enumeración exhaustiva podríamos citar como exigencias de “*seguridad jurídica*” no incluidas en el art. 9.3 CE los siguientes derechos: a la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por ley, a un proceso equitativo, al principio de igualdad ante la ley, a un proceso con todas las garantías, a la prueba y a la defensa, al principio “*non bis in idem*”, a la presunción de inocencia, a ser informado de la acusación como instrumento del derecho de defensa y, al tantas veces citado por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

La situación se agrava en nuestro ordenamiento jurídico, al “*ignorar*” nuestro legislador el principio que establece la necesidad del beneficio de certeza, del que deben gozar muy especialmente las normas sancionadoras. Incluso, no duda en imponer la pena de privación de libertad para delitos establecidos de una forma totalmente imprecisa. Así, por ejemplo, cuando considera “que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas ‘*con altas tasas de alcohol*’ en sangre y con ‘*un exceso desproporcionado de velocidad*’ respecto de los límites establecidos”, artículo 381 CP. Es evidente la poca precisión y ambigüedad de las expresiones del texto legal, en detrimento de la seguridad jurídica.

También se debería aspirar, como exigencia básica, a un mínimo de estabilidad para nuestro ordenamiento jurídico. Así lo aconsejaba el entonces magistrado del Tribunal Constitucional Francisco Rubio Llorente en su voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1988 de 10 de noviembre, al sostener que “En un Estado social y democrático de derecho la seguridad jurídica implica también, a mi juicio, la necesidad de que el Estado no pueda abrogar aquellas normas que están precisamente destinadas a dotar de un número de garantías a determinados grupos sociales. La seguridad jurídica no exige, ciertamente, la petrificación del ordenamiento, pero sí, creo, el respeto a las garantías enumeradas explícitamente como tales”.

En este punto, se puede afirmar la existencia de una grave crisis, como se desprende, entre otras, de las numerosas reformas de nuestro Código Penal de 1995, el Texto sancionador por excelencia, que ha visto modificados más de ciento ochenta artículos, en diecisiete reformas. Que se reformen algunos de ellos, y transcurridos dos meses se vuelvan a contrarreformar, demuestra una actividad del legislador claramente censurable. “Huelga decir que una modificación continuada de las leyes penales no es el mejor modo de contribuir a la seguridad jurídica y a la previsibilidad del Derecho”⁴³. Nos encontramos claramente en una situación que Carl Schmitt denomina “*legislación motorizada*” y García de Enterría “*tifón legislativo*”. Si

⁴³ Julio Díaz-Maroto y Villarejo, y Carlos Jesús Suárez González, en Prólogo a la 13 edic. del Código Penal de Ed. Cívitas, Madrid 2004, pág. 21.

una ley es buena debe perdurar en el tiempo, ello será demostración de su aceptación por la sociedad y contribuirá además a fomentar la certeza en el Derecho.

Si a esto añadimos los continuos cambios en la jurisprudencia, no es gratuito decir que estamos ante una grave crisis. “La interpretación de las normas no puede ir más allá de su propio contenido. Nos encontramos ante criterios totalmente discordantes entra la doctrina y la jurisprudencia, de lo que cabe deducir que estamos ante un supuesto de falta de certeza en el derecho que debe resolver el legislador”⁴⁴. Evidentemente, resulta imposible que una ley no admita varias interpretaciones, “pero siempre debe haber un núcleo claro, escueto y cierto de lo que la norma quiere decir”, como dice Juan Antonio Sagardoy. No debemos confundir la discrecionalidad del juez con decisiones arbitrarias de las que no tendría que dar cuenta a nadie. El ciudadano debe tener la certeza de que se encuentra bajo el imperio de la ley y no de la voluntad de los funcionarios, aunque estos sean jueces.

2. LAS FÓRMULAS INTERMEDIAS DE IRRETROACTIVIDAD

Pudiera pensarse en una contraposición bipolar entre retroactividad e irretroactividad, ahora bien, en el Derecho ni la una ni la otra se manifiestan de ordinario de forma absoluta, en estado puro, sino que más bien comparecen en grados intermedios o en formas parciales⁴⁵.

La doctrina suele identificar, en relación con la eficacia de las normas jurídicas en el ámbito temporal, cinco supuestos: ultractividad, retroactividad, irretroactividad, extractividad e hiper-retroactividad.

En todo caso no estaría de más adoptar en esta sede todas las cautelas que Thomas Hobbes entendía precisas a la hora de interpretar textos frente a quienes “insisten sobre textos singulares, sin tener en cuenta el designio global de la obra” por lo que “no pueden derivar de ellas nada claro”⁴⁶. Nada contribuye menos a comprender correctamente un texto que: a) prescindir de la recomposición del marco general de los problemas de los que se ocupaba su autor al escribir tal o cual texto, recomponiendo con ello la razón por lo que lo hizo, el público

⁴⁴ Alfonso Serrano Gómez, “La prescripción del delito”, Ed. Dykinson, Madrid 2003, pág. 90.

⁴⁵ Gunther Grasmann, “La constitutionnalité des règles de droit rétroactives et retrospectives dans la jurisprudence allemande: règlement du conflit entre la confiance digne de protection des sujets de droit (nationaux et étrangers) et l’intérêt public”, Ed. Rida, 1989, pp. 1.017 y ss.

⁴⁶ Thomas Hobbes, “Leviathan”, Parte III, Cap. 43, ed. de R. Tuck, Cambridge University Press, 1996, pág. 415; John Greville Pocock, “Politics, Language and Time”, The University of Chicago Press –Chicago– New York 1989, pp. 148 y ss.

al que se dirigió y las opiniones y creencias familiares a sus interlocutores, o b) tratar de que nos diga lo que quisiéramos o necesitáramos oír en él, en aras a nuestros problemas contemporáneos, hasta el punto de “extraer de sus escritos no lo que (sus autores) dejan allí para nosotros, sino lo que nosotros mismos traemos”⁴⁷. No deja de ser chocante que, en el ámbito de las concepciones doctrinales acerca de las categorías jurídicas retroactividad – irretroactividad, concluyéramos cayendo o asumiendo de buen grado, como tantas veces acostumbra a hacerse, en la asunción de la perspectiva “*ex post facto*”⁴⁸.

El penalista y filósofo del derecho Gustav Radbruch se refirió, en su día, a la “*férrea lógica de los conceptos clasificatorios*” desplegados por la dogmática jurídica para subrayar el rigor de que estaban dotadas las categorías jurídicas más significativas, tan extremado y cuidado, que poco tendrían que envidiar a las procedentes de las disciplinas vinculadas a las ciencias “*empíricas*”, a las que, de siempre, se las reputa como supuestamente más precisas y fiables.

En la actualidad, sin embargo, se ha producido un cambio significativo y se habla de la llamada irrupción y desarrollo de una nueva “*lógica*” en el pensamiento jurídico, caracterizado por la apreciación de matices y parámetros “*cuantitativos*” entre universos jurídicos antagónicos o alternativos. Se alude a la “*lógica fuzzy*”⁴⁹.

En el propio ámbito penal, la doctrina más reciente⁵⁰ subraya que los principios y axiomas de mayor relevancia pueden realizarse “*en mayor o menor medida*” (vg., el principio de “*determinación*”, de “*reserva de ley*”⁵¹, de “*culpabilidad*”). Con la consecuencia de que no debe entenderse hayan sido “*vulnerados*” por el mero hecho –frecuente– de que en determinadas relaciones o situaciones no encuentren un reconocimiento máximo, sin fisuras. La praxis diaria de nuestros tribunales, y en particular, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional

⁴⁷ D. Wootton, “Preface” en “Political Writings of John Locke”, Penguin Books, 1993, pp. 4 y 12 (sobre las dos precauciones imprescindibles para comprender un texto a criterio de John Locke en “A Paraphrase and Notes on the Epistle of Sant Paul”).

⁴⁸ Quentin Skinner, “Meaning and understanding in the history of ideas”, en el volumen “Meaning and Context”, Polity Press, 1988, pp. 29-67, la cita en pp. 30-56.

⁴⁹ Vid. Massimo Donini, “Escenario del Derecho Penal en Europa a principios del Siglo XXI”, en: la Política Criminal en Europa, Ed. Atelier, 2004. Directores: Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, pp. 41 y ss.

⁵⁰ Vid. Philipps, “Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzi Logic”, en: FS. Art. Kaufmann, Heidelberg 1993, Carl Heimanns Verlag, pp. 265 y ss.

⁵¹ Luis Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, núm. 8, Madrid, mayo-agosto de 1983, pp. 9-46; Javier de Lucas y Ernesto Vidal, “¿Hay principios constitucionales?”, en “Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución”, obra colectiva cit., vol. V, pp. 3223-3346; Pablo Lucas Verdú,

español, demuestran que solo infracciones de especial gravedad dan lugar a la admisión de recursos de amparo o al de anticonstitucionalidad, sin que baste con la infracción notoria y manifiesta de la legalidad⁵².

Con arreglo a la flexibilidad de los conceptos y categorías en las modernas tendencias de la ciencia del Derecho, un mismo axioma o principio, conoce y admite diversas formas de aplicación según el ordenamiento de que se trate o incluso en “*momentos*” distintos de un mismo ordenamiento. Esto es: existirían “*graduaciones cuantitativas* entre los distintos niveles de aplicación de los principios”⁵³.

La dogmática penal sabe, desde antiguo, por ejemplo, que la distinción entre “*dolo*” y “*culpa*” ni es nítida, ni es tan rigurosa como algunos pretenden o proclaman. Circunstancia que ha favorecido la elaboración de todo un rico abanico de categorías intermedias, en el que se encuadran los casos dudosos que no cabe subsumir, sin más, en la forma mas grave de culpabilidad (el dolo), ni en el menos grave (la culpa).

Así, el concepto de “*dolo eventual*” en la dogmática jurídica alemana, o las categorías “*flo*” (vagas, imprecisas) de la “*mise en danger*” (de la dogmática jurídica francesa) o de la “*recklessness*” (de la jurisprudencia angloamericana⁵⁴). Fenómeno que tiene su proyección también en el ámbito de la “*causalidad*”, en el que criterios estadísticos y epidemiológicos-cuantitativos, han dado paso a las viejas teorías causales de la “*condictio sine qua non*” o de la “*adecuación*”⁵⁵.

Todo ello pone en evidencia, frente a conclusiones precipitadas, que la citada “*lógica fuzzi*” no es un hallazgo tan moderno e innovador como algunos tratadistas pretendieron hacer creer. Baste con observar que la Teoría General del Derecho conoce, por ejemplo, la distinción de tres grados de retroactividad (distinción no ajena a criterios cuantitativos que ponderan como determinante de la tipología su mayor o menor alcance e intensidad)⁵⁶.

“Título preliminar”, en el volumen dirigido por Oscar Alzaga Villamil, “Comentarios a la Constitución española de 1978”, Cortes Generales – Edersa, Madrid 1996, tomo I, pp. 77-94.

⁵² Cfr., a propósito del mandato de determinación (exigencia del principio de legalidad), la obra del Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Complutense, Antonio García Pablos de Molina, “Introducción al Derecho Penal”, 2ª edic., Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, de la Universidad Complutense de Madrid., pp. 343 y ss.

⁵³ Así, Massimo Donini, “Escenario del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XIX”, op. cit., pág. 51.

⁵⁴ Cfr. Massimo Donini, “Escenario del Derecho Penal ...”, op. cit., pág. 51, nota 18.

⁵⁵ Cfr. Massimo Donini, “Escenario del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XIX”, op. cit., pág. 52; Luis Martínez Roldán, “La seguridad jurídica: realidad o ilusión”, en “Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución”, obra colectiva cit., vol.V, pp- 3347.3374; Santiago Mir Puig, “Función social de la pena y Teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho”, Editorial Bosch, Barcelona 1982.

⁵⁶ Vid., en esta misma obra la distinción entre retroactividad “máxima”, “media” y “mínima”.

3. LA NORMA INTERPRETATIVA DEL ART. 2º DEL CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA

La importante reforma del Título Preliminar de nuestro Código Civil, abordada en el último tercio del siglo pasado, mediante Ley de Bases y texto articulado aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974, no pudo por menos que ocuparse del tema. En el párrafo 3º de su artículo 2º, reiteró lo dispuesto en la redacción originaria del Código (entonces en el marco de lo que fuera su art. 3º): *“Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”*.

La doctrina, como ya se ha visto anteriormente, suele explicar esta disposición calificándola de norma de interpretación dirigida a jueces y magistrados para que éstos no atribuyan a la ley carácter retroactivo, salvo disposición legal en contrario. Se interpreta así, el art. 2º CC, por los tratadistas como una disposición dirigida a jueces y magistrados, en la medida en que regula directamente la aplicación de las normas, sin que suponga un mandato que tenga como destinatario al legislador⁵⁷.

Ha de llamarse la atención acerca de la redacción del art. 2º de nuestro Código Civil que permite hacer excepciones al principio de irretroactividad, frente a la del artículo 2º Código Civil francés de 1804, en el que se excluye absolutamente cualquier posibilidad de efectos retroactivos de las normas jurídicas, al disponer: *“La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif”*⁵⁸; y en abierto contraste también con el tenor del artículo 11.1 C. de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano de 1942, que reitera la incondicionalidad de la exclusión de efectos retroactivos de las normas jurídicas: *“La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”*⁵⁹.

No obstante, la doctrina francesa coincide con la española en afirmar que el artículo equivalente del Código de Civil de los franceses, del año 1804 (art. 2), se dirige al Juez y no vincula al legislador, quien en consecuencia cuenta con competencia plena para determinar las condiciones de aplicación de la ley en el

⁵⁷ Riccardo Guastini, “Quindici lezioni di Diritto Costituzionale”, 2ª edic., Ed. G. Giappichelli, Torino 1992, pág. 83; Alejandro Nieto García, “El positivismo jurídico y la Constitución española de 1978”, en “Revista Española de Derecho constitucional”, núm. 26, Madrid mayo –agosto de 1989, pp. 9-40.

⁵⁸ La ley solo dispone para el futuro, ella no puede tener efecto retroactivo.

⁵⁹ En este sentido el principio de irretroactividad, en cuanto a principio general del ordenamiento jurídico al que la Corte Constitucional italiana reconoce como fundamento del Estado de Derecho (Sentencia 108, del año 1981), como elemento esencial de la civilización jurídica (Sentencia 13 de 1977), o como *conditio sine qua non* de la certeza jurídica (Sentencia 194 de 1976), tiene atribuido por la jurisprudencia de la misma un rango no constitucional sino legislativo (Sentencias 71 y 118 de 1957, 29 de 1961, 19 de 1970, 194 de 1976, 13 de 1977, 122 de 1980, 68 de 1984, 42 y 167 de 1986).

tiempo, incluso si esta ley alcanza a situaciones jurídicas que han surgido con anterioridad a su entrada en vigor⁶⁰.

El Código Civil español, en su art. 2.3, opta, al igual que el ordenamiento jurídico penal, por acoger como regla general el principio “*tempus regit actum*”, al disponer que “las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”, con lo que se establece una presunción “*iuris tantum*” de irretroactividad de las leyes o, al decir de Luis M^a Díez Picazo, se impone la prohibición de presumir que las leyes posean efecto retroactivo⁶¹.

En consecuencia, el Código no se propone imponer una limitación al legislador, estableciendo una regla que tiene por destinatarios a los aplicadores de la ley, que únicamente podrán dotar de eficacia retroactiva a las normas que así lo hayan establecido, o a aquellas otras cuya retroactividad se deduzca por vía interpretativa⁶².

4. LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES SANCIONADORAS NO FAVORABLES

4.1. Concepto general y ámbito penal

El primer supuesto de prohibición de la retroactividad que contempla el art. 9.3 CE, y que hace referencia a las “*disposiciones sancionadoras no favora-*

⁶⁰ Michel Sparer y Wallace Schwab, “Rédaction des Lois: Rendez-vous du droit et de la culture”, Ed. Officiel de Québec, Québec 1980, pág. 63, Vid.: Jacques Robert, “Libertés publiques”, Ed. Montchrestien, Paris 1972, pp. 171-174.

⁶¹ Luis M^a Díez-Picazo y Giménez, “La derogación de las Leyes”, obra y edición citada, pág. 204: Existe, en consecuencia, en el Derecho español un principio general de rango subconstitucional, de presunción de no retroactividad’. Este principio, no obstante, es claramente distinto del consagrado en el art. 9.3 de la Constitución española, éste último, en efecto, establece una prohibición indisponible para el legislador, dado el rango constitucional del precepto- de ciertas modalidades de retroactividad, mientras que el primero tan solo impone la carga de que la irretroactividad sea expresamente prevista. De ahí, el error no infrecuente de afirmar, sobre la base del art. 9.3 de la Constitución española, que existe un principio general de irretroactividad, con la carga valorativa que ello supone. En el Derecho español, antes al contrario, únicamente hay un principio de no presunción de retroactividad.

⁶² “... el principio general de irretroactividad para las normas que proclama el art. 2.3° CC y que suele traducirse en la existencia de plazos de ‘vacatio legis’ y en la producción de efectos ‘ad futurum’, pues la seguridad jurídica (art. 9.3° CE) no tolera fácilmente que a los ciudadanos se les exijan comportamientos no previstos por las normas al tiempo de llevar a cabo determinados actos.

Sin embargo, el principio general de la irretroactividad de las normas... y su programática derivación ‘tempus regit actum’ no son en el mismo valores absolutos, y admiten su desconocimiento si así lo dispone expresamente la norma (art. 2.3° CC) y siempre que no se trate de disposiciones