

TIEMPO Y DERECHO: FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY

JAVIER TAJADURA TEJADA

SUMARIO

1. La sucesión de normas en el tiempo. 2. Tiempo y Derecho en el Estado jurisdiccional. 3. Ley soberana y seguridad jurídica en el Estado liberal. 4. Principio democrático y retroactividad de la ley en el Estado constitucional.

Fecha recepción: 11.02.2020
Fecha aceptación: 12.05.2020

TIEMPO Y DERECHO: FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY

JAVIER TAJADURA TEJADA¹

1. LA SUCESIÓN DE NORMAS EN EL TIEMPO.

Las normas jurídicas nacen en un tiempo determinado y con vocación de perdurar es decir de ordenar y racionalizar comportamientos para el futuro. Pero como cualquier producto humano, se extinguen o desaparecen en otro momento temporal. Las normas tienen siempre una eficacia limitada en el espacio y en el tiempo. El tiempo, además, les afecta en la medida en que las normas se renuevan para poder cumplir su función. El Derecho es esencial y estructuralmente dinámico². La sucesión de normas en el tiempo provoca conflictos entre leyes viejas y leyes nuevas. Conflictos que el ordenamiento ha de resolver para mantener su unidad.

Históricamente no lo ha hecho siempre del mismo modo. La derogación es el modo más frecuente, aunque no el único, de cesación de la vigencia de las leyes, «radicando su esencia en un cambio de voluntad del legislador»³. El efecto deroga-

¹ Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Derecho Constitucional. Departamento de Derecho Constitucional e Historia del Pensamiento y de los Movimientos Sociales. Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación. Universidad del País Vasco. Barrio Sarriena, s/n. 48940 - Leioa (Bizkaia). Email: javier.tajadura@ehu.es

Este trabajo se inscribe en las tareas del proyecto de investigación HAR2017-84032-P y del grupo GIU 215/18 respectivamente financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España-Agencia Estatal de Investigación/FEDER, Unión Europea, y por la UPV-EHU.

² «El cambio de las disposiciones del Derecho positivo es un fenómeno irremediable, y de frecuencia, muchas veces, superior a lo necesario y conveniente. Es preciso determinar cuándo termina la obligatoriedad de una norma y es sustituida por otra, y es preciso hacerlo con la mayor precisión, por exigirlo así la seguridad jurídica». DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008): *Derecho Civil de España*, Vol. I, Tomo I, Thomson-Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, pág. 702.

³ DIEZ PICAZO, L.M. (1990): *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, pág. 33. Esta monografía, como subraya Rubio Llorente en el prólogo, es un estudio completo de la teoría de la ley desde la perspectiva de la derogación y en el que el efecto derogatorio se contempla «en el marco más amplio del derecho intertemporal, cuyas dos categorías básicas, retroactividad y ultraactividad, analiza cuidadosamente».

torio consiste en la pérdida de vigencia de la ley derogada, la cual se produce en el momento mismo en que entra en vigor la ley derogatoria, siempre que esta, claro está, no disponga expresamente otra cosa⁴. Ahora bien, incluso en los supuestos más simples en que el efecto derogatorio se produzca en el mismo momento de entrada en vigor de la ley derogatoria, Díez Picazo advierte que ello «no significa por sí solo que haya un corte limpio en la regulación de la materia de modo que comience a regir plenamente la nueva ley y pierda automáticamente cualquier eficacia normativa la antigua ley»⁵. Esto ocurre en muy contadas ocasiones. Lo más frecuente es, por el contrario, que durante un cierto tiempo la vieja y la nueva regulación se superpongan parcialmente. Es decir que la nueva ley tenga algún tipo de eficacia retroactiva y que la antigua conserve algún tipo de eficacia residual o ultraactividad.

En todos y cada uno de esos casos, el operador jurídico ha de determinar cuál es la concreta norma aplicable, la contenida en la nueva ley o la establecida en la antigua. En definitiva, se trata de resolver un auténtico conflicto de leyes en sentido técnico.

La sucesión de normas en el tiempo y la resolución de los conflictos que provocan es objeto de estudio del Derecho intertemporal⁶. El Derecho intertemporal tiene por objeto resolver los conflictos normativos que surgen entre leyes que no coexisten, sino que se suceden, es decir que no se producen en el espacio sino en el tiempo⁷. Puede ser definido como «el conjunto de normas que regulan la sucesión de leyes en el tiempo y dan solución a los conflictos que ésta origina»⁸. En tanto que mecanismo para resolver conflictos de leyes ha sido construido sobre las técnicas y categorías de otra rama del Derecho que tiene un gran contenido conflictual: el Derecho Internacional privado.

Dentro de las normas de Derecho intertemporal destacan por su relevancia las normas de conflicto⁹. Una norma de conflicto puede ser definida —por oposición a una norma sustantiva— como aquella que no imputa directamente una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho, sino que se la imputa indirectamente —y de esa forma, de modo inicialmente indeterminado en cuanto a su contenido— mediante un punto de conexión que establece cuál es la ley aplicable.

Ahora bien, no todas las normas del Derecho intertemporal —como tampoco todas las de Derecho Internacional privado— son normas de conflicto en sentido propio. En el Derecho intertemporal cabe que el conflicto de leyes sea resuelto a través de normas distintas de las de conflicto como son las disposiciones transitorias que

⁴ La ley puede prever su eficacia diferida, es decir que toda ella o una parte de la misma entren en vigor en determinado momento o transcurrido un cierto plazo.

⁵ DIEZ PICAZO, L.M. (1990): *La derogación de las leyes...* ob. cit. pág.182.

⁶ BALAGUER CALLEJON, F. (coord.) (2019): *Manual de Derecho Constitucional*, 14^a edición, Tecnos, Madrid, Vol. I, pág. 82.

⁷ Los conflictos de normas que se producen en el espacio los afronta el Derecho Internacional.

⁸ DIEZ PICAZO, L. M. (1990): *La derogación de las leyes...* ob. cit., pág.183.

⁹ Sobre el concepto de norma de conflicto, CARRILLO SALCEDO, J. A. (1983): *Derecho internacional privado*, Madrid, pág. 132 y ss.

establecen una regulación específica para el periodo transitorio¹⁰. El derecho transitorio resuelve los problemas de sucesión con una normativa *ad hoc*, que regula el periodo y modo de transición de una norma a otra, permitiendo a los destinatarios de la nueva ley adaptarse a ella (concesión de moratorias, indemnizaciones para los perjudicados, etc).

En definitiva, el Derecho intertemporal resuelve el conflicto de normas mediante el establecimiento de reglas abstractas que han de aplicarse —de manera supletoria— a cualquier supuesto de sucesión de normas en el tiempo en ausencia de específicas disposiciones transitorias. Así, por ejemplo, *lex posterior derogat priori*¹¹. La derogación supone que una norma posterior de superior o igual rango resulta incompatible con la norma derogada. El referido instituto de la derogación es un elemento esencial del Derecho intertemporal globalmente considerado. Dado que la derogación es el modo ordinario de sucesión de leyes en el tiempo será preciso examinar como el derecho intertemporal modula el efecto derogatorio.

Pero lo que importa subrayar en orden a nuestro tema es que no existen normas de conflicto universalmente válidas. Estas han variado a lo largo de los siglos. A pesar de ello, la doctrina jurídica ha intentado construir normas de derecho intertemporal con pretensión de validez para cualquier ordenamiento jurídico. Entre las más relevantes estaría la teoría de los derechos adquiridos que, como advierte Díez Picazo, ha originado «complicaciones casi insolubles»¹².

Varias son las causas que explican esta tendencia. Por un lado, el hecho de que el conflicto temporal de leyes fuera inicialmente abordado en la era del Derecho común que por encarnar la «*ratio scripta*» pretendía una validez universal al margen del espacio y del tiempo. Por otro, la circunstancia de que cuando volvió a afrontarse el tema en la era de la codificación, los ideales iusnaturalistas sostenían igualmente la creencia en la validez general de las normas de Derecho intertemporal. Y, finalmente, la escasez de normas de conflicto en el Derecho positivo de los distintos Estados unida a la defensa —en términos políticos e ideológicos— de la teoría de los derechos adquiridos. Todas estas circunstancias explican —aunque no justifican— que, a día de hoy, para afrontar un problema de derecho intertemporal haya quien crea que no es necesario acudir al Derecho positivo y que aquel puede resolverse mediante la teoría de los derechos adquiridos.

¹⁰ Otro expediente puede ser el recurso a normas de orden público. En la historia puede encontrarse este supuesto, por ejemplo, en las leyes de abolición de la esclavitud y su eficacia retroactiva.

¹¹ Principio extraído del Derecho romano y que como advierte Kelsen es hasta cierto punto desorientador. Y ello porque la derogación no es función de una de las dos normas que están en conflicto, sino de una tercera norma que determina que en caso de un conflicto de normas pierde su validez una u otra de las dos normas a ambas. «El principio en cuestión es problemático porque dado que la derogación no es un principio lógico, sino un principio jurídico positivo, no tiene por qué entrar en aplicación necesariamente sino sólo cuando está jurídico-positivamente regulado, y porque de ningún modo entra en aplicación en todos los casos de conflicto de normas». KELSEN, H. (2018): Teoría General de las normas, Marcial Pons, Madrid, pág. 148.

¹² DÍEZ PICAZO, L. M. (1990): *La derogación de las leyes...* ob. cit. págs. 185-186.

En este contexto, lo importante es subrayar, como lo hace Díez Picazo, que «detrás de toda posible solución a cada conflicto de leyes en el tiempo se encuentran ciertos condicionamientos sociales y determinadas convicciones filosóficas y políticas, al igual que ocurre con cualquier otro problema jurídico»¹³. Simplificando el tema podríamos decir que los legisladores de inspiración conservadora adoptan sistemas que permitan preservar la estabilidad de las situaciones adquiridas. La teoría de los derechos adquiridos —esencial al modelo liberal decimonónico que veremos después— ocupa un acusado protagonismo. Los legisladores reformistas, por el contrario, intentan adoptar fórmulas que permitan poner en práctica y desplegar todos sus efectos cuanto antes a normas consideradas como mejores que las precedentes. En el Derecho intertemporal subyace, por tanto, la tensión entre conservación y cambio, entre tradición y progreso.

Sea de ello lo que fuere, y esta es la premisa sobre la que está elaborado este estudio, «en la actualidad resulte insostenible todo intento de construir normas de conflicto universalmente válidas y que (...) por idéntica razón de relatividad histórica y geográfica, es menester abordar los problemas de Derecho intertemporal como problemas de estricto derecho positivo»¹⁴.

En el Derecho intertemporal entra en juego el problema básico incluido en el título de este trabajo: la retroactividad. En su teoría de las normas, Kelsen distingue diferentes ámbitos de aplicación de las mismas: espacial, personal y temporal¹⁵. Si la ley se aplica al pasado hablamos de retroactividad. En caso contrario de irretroactividad. La mejor y más sencilla definición de irretroactividad es la formulada por el insigne civilista Federico de Castro «Irretroactividad significa que la ley se aplicará al futuro y no al pasado»¹⁶.

La retroactividad supone la posibilidad de que la ley nueva incida y afecte a situaciones y relaciones jurídicas del pasado, esto es, que despliegue su eficacia con anterioridad al momento en que comience su periodo de vigencia. La retroactividad es «la regulación pro praetérito»¹⁷. Tiene la doble dimensión de una derogación anticipada y de una reevaluación jurídica de hechos del pasado. Derogación anticipada porque el efecto derogatorio se produce en un momento anterior a la entrada en vigor de la ley derogatoria. Al mismo tiempo se lleva a cabo una reevaluación de hechos pasados bien porque estos antes no hubieran merecido ninguna atención para el derecho, bien porque hubieran recibido una valoración distinta, las leyes retroactivas anudan con-

¹³ DÍEZ PICAZO, L. M. (1990): *La derogación de las leyes...* ob. cit. pág.187.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ KELSEN, H. (2018): *Teoría General de las normas...* ob. cit. págs. 164 y ss.

¹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008): *Derecho Civil...* ob. cit. pág. 720. En todo caso, Pérez Luño advierte que ninguna ley es retroactiva stricto sensu puesto que no es posible «reglamentar ni modificar el pasado, sino sólo extender sus consecuencias en el presente a situaciones que se produjeron en el pasado». PÉREZ LUÑO, A. (1994): *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 2^a edición, pág. 91.

¹⁷ DÍEZ-PICAZO, L.M. y VIDAL, T. (2011): «Retroactividad de las normas» en *Temas básicos de Derecho Constitucional* (Aragón, M. y Aguado, C.): Civitas, Cizur Menor. Tomo I, pág. 341.

secuencias jurídicas distintas a aquellos hechos. En definitiva, la retroactividad implica la aplicación de una norma jurídica nueva a supuestos hecho, actos, relaciones o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor, es decir, originadas bajo el imperio de la norma derogada.

La retroactividad ha estado siempre sometida a limitaciones por su incidencia sobre un principio general del Derecho como es la seguridad jurídica. En todo caso, el progreso social y jurídico no sería posible sin la retroactividad. La retroactividad de la ley cumple una función histórica muy clara: facilitar o hacer posible el progreso. Si las leyes no pudieran modificar situaciones jurídicas existentes en el pasado no se podría llevar a cabo ningún avance¹⁸. Sin retroactividad, el Derecho no podría cumplir ninguna función de transformación social¹⁹.

Cierto es que el Derecho es garantista, estabilizador, y que su función es crear orden, pero como Jano tiene dos caras y presenta también una faceta transformadora. Se pone así de manifiesto la relación dialéctica entre el Derecho y la sociedad. La sociedad crea Derecho que a su vez transforma a la sociedad. Por ello la cuestión de la retroactividad, como advertía Federico de Castro, «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»²⁰.

Ello explica que hoy la concepción ideológica inicial muy negativa respecto al alcance de la retroactividad haya sido abandonada. En todo caso, como bien advierte Balaguer, uno de los más cualificados expertos en nuestro sistema de fuentes, esto «no debe llevarnos a la consideración de que la retroactividad sea en sí misma una técnica progresiva o reaccionaria. Como en muchos otros institutos jurídicos, su valoración no puede estar desligada del uso práctico que se haga de ellos por parte de los órganos de producción y de aplicación del Derecho»²¹. A día de hoy, el tema se reconduce a las previsiones constitucionales existentes sobre el tema.

Para completar el concepto operativo de retroactividad sigue siendo imprescindible recurrir a la tipología de los grados de retroactividad formulada por el civilista Federico de Castro²².

¹⁸ En palabras de nuestro Tribunal Constitucional, «la interdicción absoluta de la retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de las situaciones dadas, que son contrarias a la concepción que fluye del art. 9. 2». STC 8/1982, de 4 de marzo. En términos similares: «El Ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad de cada momento, como instrumento de progreso y de perfeccionamiento» STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10.

¹⁹ A título de mero ejemplo, recuérdese toda la legislación desamortizadora iniciada en España en 1811.

²⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil...* ob. cit. págs. 705-706.

²¹ BALAGUER CALLEJON, F. (coord.) (2019): *Manual de Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 83.

²² DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil...* ob. cit. págs. 723-724.

- Retroactividad en grado mínima o atenuada. La nueva ley se aplica a los efectos de una relación jurídica regulada por la legislación anterior, pero sólo a los que nazcan después de estar vigente la nueva ley, sustituyendo desde entonces la nueva regulación a la antigua. Para algunos esto es un supuesto de irretroactividad.
- Retroactividad en grado medio. La nueva ley se aplica a efectos nacidos ya durante la vigencia de la ley derogada, pero solo en cuanto hayan de ejecutarse después de la vigencia de la nueva ley. Es la que Karl Larenz denomina «retroactividad no genuina». Es generalmente admitida salvo las excepciones constitucionalmente previstas. Es relativamente habitual. A título de ejemplo la ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos cuya disposición transitoria primera dispuso que «sin otras excepciones que las que resulten de sus propios preceptos, lo dispuesto en esta Ley será de aplicación no sólo a los contratos que se celebren a partir de su vigencia, sino también a los que en dicho momento se hallaren en vigor». Todas las relaciones arrendaticias surgidas al amparo de la norma derogada y a las que se venía aplicando aquella pasaron a regularse tras su entrada en vigor por la nueva ley ²³.
- Retroactividad en grado máximo. La nueva ley se aplica a la misma relación jurídica básica y a sus efectos sin tener en cuenta que aquella fue creada o estos consumados bajo el imperio de la ley anterior. Se trata de la retroactividad genuina ²⁴. Este tipo de retroactividad solo se produce en situaciones de cambio revolucionario en que se lleva a cabo una ruptura radical con la legislación precedente. Como un dramático y lamentable ejemplo extraído de nuestro derecho positivo cabe señalar los efectos retroactivos atribuidos a la ley de 22 de septiembre de 1939 que derogó la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932. La ley del 39 dispuso la declaración de nulidad de todas las sentencias firmes de divorcio dictadas por tribunales civiles «a tenor de aquella ley derogada, respecto de matrimonios canónicos, hayan pasado o no los cónyuges a uniones civiles posteriores» estableciéndose incluso la disolución de los efectos civiles de los matrimonios contraídos con posterioridad por personas divorciadas, lo que causó una notable conmoción.

De todo lo anterior cabe concluir que nos encontramos ante un problema —la sucesión de normas en el tiempo— que no ha recibido siempre la misma solución. Se trata de una cuestión que ha sido objeto de planteamientos y enfoques muy diferentes

²³ Otro ejemplo: dictada una ley de represión de la usura y limitación de los intereses, se reducen los intereses de los préstamos, incluidos los de los plazos ya vencidos, pero aún no pagados.

²⁴ LARENZ, K. (1991): *Derecho justo*, Civitas, Madrid, págs. 162-169. El Tribunal Constitucional alemán la considera incompatible con la seguridad jurídica y con el Estado de Derecho. En nuestro caso, como veremos en el último epígrafe, si la retroactividad afecta negativamente a derechos fundamentales no resulta tampoco constitucionalmente admisible.

y que, en consecuencia, ha recibido respuestas muy distintas a lo largo de los últimos mil años, en el largo proceso de evolución del Derecho y del Estado europeos. Y que, finalmente, en la hora actual debe afrontarse en el seno de cada uno de los ordenamientos jurídicos como una cuestión de derecho positivo.

Con estas premisas el objeto de este trabajo es examinar cómo ha ido cambiando la problemática de la retroactividad de la ley —su fundamento y sus límites— en el marco más amplio del fenómeno derogatorio. Problemática que no se plantea con todas sus consecuencias hasta la Revolución francesa. Con todo, es importante analizar el lento proceso que permitió su aparición en el contexto del alumbramiento en Europa de una «cultura de la legalidad». Hubo un tiempo —y esto hay que recordarlo— en que el instituto de la derogación era prácticamente desconocido y la costumbre ocupaba un lugar destacado en el sistema de fuentes. En ese contexto, la posibilidad de que el derecho modificara situaciones jurídicas pasadas era muy limitada. Fue la época del Estado jurisdiccional que abarca desde el surgimiento de los primeros estados europeos hasta la Revolución²⁵. El Derecho «se acumulaba» en Recopilaciones. (2). En una segunda etapa, la del Estado de Derecho con su constitución liberal, la retroactividad de la ley tuvo un fundamento claro: su carácter soberano; y unos límites ideológicos definidos: la seguridad jurídica y los derechos adquiridos. (3). En una tercera etapa, la del Estado constitucional con su constitución democrática, el fundamento y los límites de la retroactividad cambian. La retroactividad se fundamenta ahora en el principio democrático y encuentra su límite en el respeto a los derechos fundamentales (4).

2. TIEMPO Y DERECHO EN EL ESTADO JURISDICCIONAL.

El problema de la retroactividad del derecho (vinculado al fenómeno derogatorio) si bien en el plano teórico y de las ideas surge en la Edad Moderna con el nacimiento del Estado y tiene antecedentes en el Derecho romano²⁶, en el plano de la realidad no despliega prácticamente efectos hasta la Revolución francesa. El instituto de la

²⁵ Utilizo los términos (Estado jurisdiccional, liberal y constitucional) según la tipología desarrollada por Fioravanti en FIORAVANTI, M. (2004), «Estado y Constitución», en *El Estado moderno en Europa* (ed. de M. Fioravanti), Trotta, Madrid, págs.13-44.

²⁶ El término derogación surgió en el contexto del procedimiento legislativo del Derecho romano. En el Derecho romano clásico coexistían dos tipos de leyes: las leyes *data* y las leyes *rogata*. Las primeras se aprobaban sin intervención popular mientras que las leyes *rogata* requerían que la propuesta del magistrado fuera refrendada por los comicios populares. En ese contexto el término *rogatio* se empleó también para referirse a la parte dispositiva de la ley. Por otro lado, para que una ley rogata perdiera vigencia era precisa una nueva *rogatio* por parte del magistrado y una nueva intervención popular, de donde surgió el término de *abrogatio*. *Abrogatio* significó desde entonces cualquier disposición que dejara sin vigencia otra anterior y pasó con posterioridad a las diversas lenguas románicas con la particularidad de que en castellano se emplea el término derogación en lugar de abrogación. Sin embargo, es interesante destacar que los romanos distinguían entre abrogación (como eliminación de la totalidad de

«derogación» es históricamente producto de una determinada manera de concebir el Derecho, la propia de la codificación. El movimiento codificador surgido del proceso revolucionario francés —cuyas dos notas fundamentales son el monopolio legislativo de la creación del Derecho y el principio de seguridad jurídica— supuso una nueva forma de entender las relaciones entre Derecho y tiempo.

Durante todo el periodo anterior, el Derecho no conoció la derogación. No quiere decir que no hubiera cambios, los había. Pero como advirtió Bentham, un ordenamiento no codificado «se modifica sin que nadie se aperciba de ello». El problema de la retroactividad de las normas es el problema de la retroactividad de la ley. Esto es, de la posibilidad de modificar con ella el pasado. Durante toda la Edad Media, la costumbre ocupaba un lugar privilegiado en el sistema de fuentes. En el marco del Estado jurisdiccional y de la constitución estamental que caracterizó al Medievo, el Derecho —que era principalmente un producto de la tradición y de la historia— no tenía por objetivo modificar situaciones o relaciones del pasado.

El Estado jurisdiccional —de acuerdo con la tipología de Fioravanti que es la que seguimos en este trabajo— tiene tres elementos fundamentales ²⁷: a) un territorio en sentido político y unitario, objeto de dominación de un señor, pero en el que la unidad está precedida, lógica e históricamente, por las partes que la componen, de modo que quien gobierne el centro está obligado a contar con la existencia de una compleja red de sujetos y ordenamientos, ciudades, corporaciones, establecimientos eclesiásticos, etc. cuyo concurso es imprescindible para el gobierno del territorio; b) un Derecho relacionado con el cuidado del conjunto y que es común pero no único, tendente a la racionalización y reforma de los derechos particulares, pero no a su abrogación. Y que por ello no se concibe como jerárquicamente superior a los derechos privativos y privilegios existentes; c) un gobierno que actúa con referencia a ese territorio entendido como una unidad, pero sin la pretensión de generar uniformidad. Un gobierno que actúa básicamente a través de la jurisdicción para mantener la paz y el equilibrio entre las partes.

El orden jurídico de la Alta Edad Media desconocía las normas generales, y estaba conformado por un sistema de privilegios, es decir de derechos privativos o particulares en función de territorios (a veces muy pequeños) o de corporaciones. El surgimiento de los privilegios tenía lugar de forma espontánea mediante la transformación de la normalidad en normatividad o por el reconocimiento como Derecho de situaciones fácticas de dominio y de poder ²⁸. Los titulares de estos privilegios los consideraban inviolables. Cualquier lesión de los mismos legitimaba la resistencia armada.

una ley) y derogación (como supresión de una parte de la ley). Sirva lo anterior únicamente para poner de manifiesto que la jurisprudencia romana ya se enfrentó a esta problemática.

²⁷ FIORAVANTI, M. en «Estado y Constitución... ob. cit. pág. 18.

²⁸ Obsérvese que la costumbre —principal fuente del derecho medieval— nace y desaparece por el uso y el desuso, nunca por un acto de quien ostenta el poder. Durante toda la Edad media la costumbre es sentida como una reminiscencia del ideal democrático romano de que el poder deriva del pueblo. ULLMANN, W.: *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Ariel, Barcelona, 1984.

En todo caso, lo que nos importa subrayar es que, de esta forma de creación del Derecho, se derivaba una de sus características principales, a saber «la primacía del Derecho viejo sobre el nuevo, de manera que en caso de conflicto primaba el Derecho o la norma antigua, es decir, justamente lo contrario de lo que sucede en los modernos órdenes jurídicos»²⁹.

En este contexto la derogación era un instituto de muy escasa relevancia. «El modo de transformación en el tiempo del ordenamiento —subraya Díez Picazo— no consiste en la promulgación de disposiciones que hacen perder la vigencia a las anteriores, sino en la acumulación de normas»³⁰.

También, y en contra de lo que ocurre en el Derecho moderno, en coherencia con los elementos estructurales del orden jurídico medieval, el derecho subjetivo prevalecía sobre el derecho objetivo. No existían las normas generales, de modo que lo que hoy llamamos orden jurídico objetivo —sistema de legalidad— era una estructura compleja y abigarrada integrada por una heterogeneidad de derechos subjetivos y privativos que —y esto resulta fundamental— no podían ser lesionados por la promulgación de Derecho nuevo.

Una norma perdía su validez si entraba en colisión con otra más antigua. En este escenario, el ejercicio del poder político se limitaba a lo que en términos modernos se designa como funciones judiciales y ejecutivas, quedando al margen las legislativas. Los atributos del poder político medieval eran las facultades judiciales, pero no las de dar y anular la ley. Por ello Fioravanti denomina a esta forma de Estado como «Estado jurisdiccional».

Por último, estos derechos solo eran efectivos en la medida en que sus titulares pudieran hacerlos valer. Para ello existían dos procedimientos. Por un lado, el juicio de Dios o duelo judicial, que se desarrollaba bajo la premisa de que Dios otorgaba la victoria al que tenía mejor derecho. Y, por otro, la guerra privada reservada a los estratos sociales superiores en virtud de la cual se recurría a la violencia organizada para la defensa del propio derecho, o del de una entidad inferior a la que se debía protección.

En este marco, la prevalencia del Derecho viejo sobre el nuevo impedía que se pudiera hablar de derogación.

Desde finales del siglo XII se inicia en Europa un proceso de paulatino desgaste y erosión de los presupuestos históricos y de los principios ideológicos del orden jurídico-político medieval. Proceso que tendrá un hito destacado en la formación de los primeros Estados bajo la forma de la monarquía absoluta y concluirá definitivamente en 1789.

El primer paso en este proceso fue la tendencia a formar un Derecho común o general para todo el reino en forma de recopilaciones que recogen por escrito el Dere-

²⁹ GARCIA PELAYO, M. (1991): «Hacia el surgimiento del Estado Moderno» en *Ideas de la política y otros escritos*, en García Pelayo, M.: *Obras completas*, CEC, Madrid, Vol I, pág. 1851.

³⁰ DIEZ PICAZO, L. M.: *La derogación de las leyes...* ob. cit. pág. 38.

cho consuetudinario, a lo que se añaden los primeros intentos de establecer leyes generales para todo el reino. Esto último implicaba reemplazar la costumbre por la ley y en palabras de García Pelayo, «la irracionalidad jurídica por la racionalidad»³¹.

El Derecho romano —sin necesidad de conversión en derecho nacional— opera también —con notable resistencias— como Derecho común para todo el reino. Ello se justificaba por considerarlo como *ratio scripta* que se imponía por sí misma, o porque siendo el derecho de los emperadores romanos podía ser aplicado por los reyes en virtud del principio *rex est imperator in regno suo*. El Derecho romano fue así uno de los instrumentos fundamentales para la construcción del Estado moderno. En ese proceso se enfrentó a la oposición de la Iglesia que, en un primer momento, trató de prohibir su estudio a los religiosos y después, en el siglo XIII —el siglo de los papas juristas— a monopolizarlo como un instrumento auxiliar del Derecho canónico. Tuvo enfrente también a los grupos populares que rechazaban unas «novedades» jurídicas «nunca oídas y consideraban que «el nuevo Derecho les arrebata algo que sienten como suyo»³². Y finalmente, topó con la férrea oposición de todos los titulares de derechos adquiridos, especialmente señoriales, que se veían amenazados por el avance del nuevo sistema jurídico.

Entre estos intentos —fallidos en cuanto a su vigencia efectiva— de establecer leyes generales, cabe destacar las Partidas del Rey Alfonso X de Castilla y el Liber Augustalis o Constituciones de Melfi, de Federico II de Sicilia. Cuerpos legales del siglo XIII inspirados en ideas jurídicas romanistas.

Las Constituciones de Melfi promulgadas por Federico II de Sicilia revistieron, desde esta óptica, una importancia histórica fundamental³³. Es de destacar este extraordinario texto promulgado en Melfi ante una Curia Magna en el año 1231. En él se afirma que corresponde al emperador el poder de hacer y de abolir las leyes, atribución en la que Bodino cifraría tres siglos después la marca de la soberanía. En consecuencia, la misión del emperador no es solamente la de guardar el Derecho viejo, sino también y, sobre todo, la de crear Derecho nuevo. De acuerdo con estas novedosas tesis, nos encontramos en las Constituciones de Melfi con esta cláusula de estilo rigurosamente moderno³⁴ y contenido en manifiesta oposición a las concepciones jurídicas medievales: «Quedan abolidas en dicho reino (de Sicilia) las leyes y costumbres contrarias a estas constituciones, por antiguas que sean».

³¹ GARCIA PELAYO, M.: «Hacia el surgimiento del Estado Moderno» ..., ob. cit. pág.1852.

³² GARCIA PELAYO, M. (1991): «Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado moderno» en *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político* en *Obras Completas*, CEC, Vol. II, pág. 1146.

³³ GARCIA PELAYO, M.: «Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado moderno... ob. cit. pág. 1143.

³⁴ Por lo que se refiere a la forma y estilo de las constituciones, está redactado en el mejor latín jurídico y la mejor retórica política de la época. *Pulchre dictata est haec lex*, anota el glosador Andrea de Isernia y su elegancia la hace digna de que sea aprendida de memoria por la juventud (*ista constitutio est multum elegans, et tota esset memoriae commendata a iuvenibus*). KANTOROWICZ, E. H. (2012): *Los dos cuerpos del Rey. Un estudio del pensamiento jurídico medieval*, Akal, Madrid, pág. 124-125.

En la concepción y en la praxis política de Federico II el poder político tenía la facultad de establecer en todo momento normas jurídicas nuevas, y a través de ellas modificar la realidad social determinada por la costumbre. En definitiva, se podía sustituir el Derecho consuetudinario por normas jurídicas de nueva creación. Esto suponía un cambio notable en el sistema político. Hasta entonces los poderes sociales (de los que emanaba la costumbre) se confundían con el poder político. A partir de ahora, el poder político adquiere no sólo autonomía sino también preeminencia sobre los poderes sociales.

En todo caso, lo que nos importa destacar es que esta tendencia a formular el Derecho en forma de ley supuso el abandono de dos principios estructurales del orden jurídico medieval ya mencionados: la primacía del Derecho viejo sobre el nuevo, y la del derecho subjetivo sobre el objetivo. Con ella se reforzó el poder del centro sobre la periferia y se introdujo la racionalidad en el orden jurídico-político:

«La espiritualidad se transforma en racionalidad. El orden político no es una obra de Dios, ni del diablo, sino una respuesta al hecho de que el hombre es incapaz de existir fuera de la sociedad y de que, a su vez, la existencia de esta es imposible sin un poder ordenador. (...) Para los escolásticos del siglo XIII no es la Gracia, sino la naturaleza la que crea el orden político, si bien aquella lo perfecciona, perfección que tiende a ser ignorada por las tendencias dominantes del pensamiento futuro. El desarrollo del Estado será paralelo al proceso de racionalización que invade el mundo moderno. En primer lugar, su existencia se desprende del logos de las cosas que puede ser interpretado partiendo de categorías físicas o normativas, pero del que, en todo caso, se desprende un nomos, un Derecho natural que sólo el Estado puede especificar en derecho positivo. Esta especificación se lleva a cabo a través de la ley, la cual dentro de los límites de la necesidad de las cosas, puede ser utilizada como instrumento para el logro de ciertos objetivos previamente planteados, de manera que no es la constatación o legitimación de un orden concreto o de una constelación de poderes empíricamente dados, sino que ofrece la posibilidad de construir un orden previamente proyectado y —en el supuesto de que la ley esté correctamente formulada, es decir, tenga en cuenta la coerción objetiva de las cosas— con grandes posibilidades de éxito, ya que la ley, en virtud de su coactividad, y siempre que se disponga del adecuado aparato coactivo para hacerla efectiva, constituye el orden más cierto de mando y obediencia y, en fin, a todos estos momentos constitutivos de la racionalidad de la ley cabe añadir que ofrece la posibilidad de normalizar y homogeneizar las conductas y asegurar su control, lo que, como es sabido, constituye otra de las virtudes de la racionalidad»³⁵.

³⁵ GARCIA PELAYO, M.: «Hacia el surgimiento del Estado Moderno»... ob. cit. págs. 1855-56. En el Proemio de las Constituciones de Melfi (1231), Federico II afirma que «por la necesidad natural de las cosas, no menos que por la Providencia divina (*ipsa rerum necessitate cogente, nec minus divinae providentiae*) fueron creados los príncipes de los pueblos por medio de los cuales pudiera frenarse la licencia de los delitos...». La tesis de que el poder político se origina y se justifica por la necesidad de las cosas es un pensamiento completamente nuevo. Kantorowicz, en su excepcional biografía del emperador subraya que «es asombroso como Federico II casi con una sola palabra transforma la imagen medieval del Estado». KANTOROVICZ, E. (1987): *L'empereur Frédéric II*, Gallimard, París. García Pelayo matiza que la novedad no reside tanto en el mero enunciado, como en lo enérgico de su afirmación y en el hecho de que inspiró el resto del pensamiento y toda la actividad política del emperador, «el primer hombre moderno que se sentó sobre un trono». BURCKHARDT J. (2004): *La cultura del Renacimiento en Italia*, Akal, Madrid, pág. 46.

Este proceso de racionalización jurídica y de centralización política —que se desarrollará lentamente a lo largo de tres siglos— es el que explica en el campo de la historia de las ideas, el alumbramiento del concepto de soberanía (como poder de dar y anular la ley), y en el ámbito de la realidad política, el surgimiento del Estado moderno³⁶.

Matteucci subraya la importancia del hecho revolucionario que supone «la toma de conciencia de un nuevo poder, el de ‘hacer’ las leyes»³⁷. Antes, la escasa actividad legislativa se entendía como una simple declaración del Derecho consuetudinario existente. Surge ahora una nueva concepción voluntarista del Derecho que afirma que el *ius es tal quia iussum y no quia iustum, porque auctoritas, non veritas facit legem*. «No en vano el significado moderno de la palabra Estado, como poder de decisión en última instancia, y la nueva definición de soberanía, como poder de hacer y deshacer las leyes, aparecen casi contemporáneamente en la segunda mitad del quinientos»³⁸.

A partir de Bodino, el Estado será «una entidad iuscéntrica estructurada en un Derecho legal»³⁹, abandonará progresivamente el territorio de la sacralidad para alojarse en el de la secularidad, y el pensamiento sobre el orden político se desplazará de las Facultades de Teología a las de Jurisprudencia. Con todo, Bodino parte todavía de la constitución estamental, la de los particularismos y los privilegios, de la existencia de una pluralidad de sujetos colectivos: ordenes, ciudades, corporaciones, comunidades etc.

La ruptura definitiva en el plano teórico —sin consecuencias en la praxis constitucional de la época— se produjo con el Leviatán de Thomas Hobbes publicado en 1651. Se prescinde ya de cualquier referencia a la constitución estamental. La soberanía no se fundamenta ya en una realidad histórica concreta determinada por diversos estamentos y territorios. El pueblo es ahora solo el conjunto de individuos sometidos a la misma ley, al imperium del mismo soberano. En condiciones de plena igualdad entre ellos para ejercer sus derechos sobre la base de la ley del soberano.

A pesar de todo ello, entre los siglos XVI y XVII, aunque el Estado absoluto supuso un cambio importante en su proceso de evolución, siguió siendo un Estado jurisdiccional.

En el siglo XVII las monarquías europeas simplificaron en sentido absolutista la forma de gobierno monárquica reduciendo los poderes y facultades de los consejos que cooperaban con los monarcas en el gobierno y de las asambleas que ejercían cierto control sobre los mismos. Así fue en el largo reinado de Luis XIV (1661-1715) y en la Inglaterra de la primera mitad del siglo XVII. El monarca era absoluto en relación

³⁶ Por todo lo anterior, Fioravanti destaca que «se puede decir que el estado moderno europeo comienza a existir a partir del siglo XIII», FIORAVANTI, M. en «Estado y Constitución... ob. cit. pág. 14.

³⁷ MATTEUCCI, N. (1998): *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Trotta, Madrid, pág. 33.

³⁸ Ibidem.

³⁹ GARCIA PELAYO, M.: «Hacia el surgimiento del Estado Moderno»... ob. cit. pág. 1856.

con los otros poderes, pero no era absoluta la pretensión de dominio político de toda la realidad social y territorial. Para comprender esto es decisivo el análisis del elemento jurídico, esto es del significado del poder de hacer leyes en el marco del Estado absoluto. Lo relevante, tal y como indica Fioravanti, es «valorar en qué medida las monarquías absolutas europeas se han sentido portadoras de un derecho expresión del principio de soberanía, capaz en cuanto tal de producir la abrogación íntegra del derecho de los otros, es decir, de la pluralidad de ordenamientos y de derechos, de lugar y de estamento, extendidos por todo el territorio que el Estado jurisdiccional racionalizaba y componía unitariamente pero no eliminaba»⁴⁰.

Para nuestro propósito será suficiente con examinar el considerado máximo exponente del poder de normación en el Estado absoluto, las célebres *Ordonnances* de Luis XIV que entraron en vigor a partir de 1667 y que comprendía la regulación de los procesos civiles y penales, la regulación del comercio y el derecho marítimo y de navegación. Estas Ordenanzas se presentan como un Derecho de calidad distinta y superior a los derechos existentes y por tanto capaz de abrogarlos. Esto es un paso importante —iniciado ya en la Sicilia de 1231— y que puede considerarse expresión de la soberanía. Pero como advierte Fioravanti las cosas no son tan simples y conviene no llevarse a engaño. La fuerza soberana del derecho de Luis XIV no fue capaz, en modo alguno, de abolir los derechos particulares y los privilegios que como es sabido llegaron prácticamente intactos hasta los umbrales de la Revolución.

La razón de esa pervivencia es fácil de comprender. Ciertamente el Derecho del soberano tenía fuerza abrogatoria, pero solo en relación a aquellas materias que expresamente abordaba. Ello quiere decir que en todas las demás, esto es, en todos los supuestos en que no hubiera una concreta disposición de las ordenanzas aplicable al caso, los jueces continuaron fallando con base en los derechos privativos y particulares. Estos solo estaban parcialmente abrogados en aquellos aspectos en que contradecían expresamente disposiciones de las ordenanzas, pero continuaban existiendo como tales ordenamientos jurídicos y los jueces, insisto, acudían a ellos al no existir prohibición alguna de heterointegración en las ordenanzas. La prueba más evidente de ello es que para lograr su completa desaparición hubo que esperar a la Revolución, y sobre todo a uno de sus principales frutos: la codificación⁴¹.

La aparición del Estado moderno como Estado absoluto —que no arbitrario puesto que la lógica de la racionalidad técnica informa su diseño y funcionamiento— no implicó, por tanto, la superación del Estado jurisdiccional. Para ello hubo que esperar al triunfo de la Revolución francesa. «El estado moderno —advierte Fioravanti— tiene una primera forma que no puede reconducirse al principio de soberanía»⁴².

⁴⁰ FIORAVANTI, M. en «Estado y Constitución... ob. cit. pág. 20.

⁴¹ Los códigos sí que a diferencia de las ordenanzas y de toda la normativa absolutista se concebían como textos jurídicos completos, que excluían la heterointegración y abrogaban de forma completa y radical todo el derecho anterior,

⁴² «La historia del Estado moderno europeo es así más amplia, y más remota, que la historia del Estado personificado en el principio de la soberanía: esa segunda historia comienza después, y represen-

Hasta entonces, el tiempo hacía el Derecho: la costumbre siguió ocupando un lugar destacado en el sistema de fuentes; las recopilaciones suponían la acumulación de normas; la posibilidad de las leyes de modificar situaciones pasadas era muy limitada. La monarquía absoluta no logró explotar hasta sus últimas consecuencias el potencial de la soberanía porque, en última instancia, ello era incompatible con los presupuestos históricos, políticos e ideológicos que sustentaban su legitimidad: la tradición, la historia, la continuidad.

La imposibilidad de configurar el instituto de la derogación impidió también que durante este dilatado periodo de siete siglos surgiera la seguridad jurídica. La primera manifestación de la misma es la certeza de la vigencia de la norma. Por ello, como advierte Díez Picazo, «un ordenamiento en el que el instituto de la derogación no existe o funciona precariamente es un ordenamiento en el que las leyes se van acumulando a lo largo del tiempo; lo que redunda en perjuicio de la cognoscibilidad de las mismas, de manera que no puede decirse que se inspire en el ideal de la seguridad jurídica»⁴³.

La yuxtaposición normativa que caracterizó a todos los ordenamientos europeos mediante el método de las recopilaciones y la práctica inoperancia del instituto de la derogación, son las claves explicativas de la relación entre el tiempo y el Derecho durante este largo periodo histórico.

3. LEY SOBERANA Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ESTADO LIBERAL.

El Estado absoluto redujo el pluralismo jurídico, pero no pudo acabar con él. Representó la última fase en la evolución del Estado jurisdiccional cuya superación definitiva se produjo mediante la Revolución francesa que alumbró el Estado de Derecho y una nueva «cultura de la legalidad» centrada en el ideal codificador caracterizado por la claridad y la previsibilidad del Derecho.

El artículo 3 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 resultó, desde esta óptica, fundamental: «El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella». Este artículo decisivo unificó todos los poderes de imperium hasta ahora conocidos y ejercidos por numerosos sujetos en uno solo. El poder es posible a condición de ser único. La multitud de cuerpos intermedios fue barrida.

La Revolución culminó así un proceso plurisecular desplegando completamente «la fuerza del principio-guía de la soberanía política»⁴⁴. Aunque alumbrado doscien-

ta sólo una fase dentro de la plurisecular existencia del Estado moderno europeo». FIORAVANTI, M. en «Estado y Constitución... ob. cit. pág. 17.

⁴³ DIEZ PICAZO, L. M.: *La derogación de las leyes...* ob. cit. pág. 37.

⁴⁴ FIORAVANTI, M. en «Estado y Constitución... ob. cit. pág. 23.

tos años antes solamente a partir de ahora comenzó a desplegar sus efectos en la realidad y en la historia. Surgió una nueva forma de Estado que reemplazó al Estado jurisdiccional y en que la relación entre el tiempo y el Derecho cobró una nueva dimensión.

Frente a la afirmación de que la Revolución se limitó a trasladar la titularidad de la soberanía del Rey a la nación, hay que subrayar que supuso mucho más. Determinó un cambio decisivo en la Historia del Derecho: el poder de hacer la ley como manifestación directa y real de la soberanía (nacional) adquirió entonces una nueva centralidad. La soberanía de la ley fue el principal fruto de la Revolución y como consecuencia de ella el problema de la derogación de las leyes y de la eventual retroactividad de sus efectos comenzó a tener sentido.

La entronización de la ley supuso la destrucción del pilar fundamental sobre el que reposó durante cinco siglos el Estado jurisdiccional: el protagonismo de la función jurisdiccional. Esta no pudo considerarse ya una función de gobierno y quedó reducida al papel de mera aplicación de la ley y, de esta forma, neutralizada. La función legislativa se convirtió en la esencial de la nueva forma de Estado: el Estado de Derecho. En este sentido, el artículo 6 de la declaración de Derechos dispuso: «La ley es expresión de la voluntad general». Se proclamó así la existencia de una voluntad única que es la de la nación frente a la multitud de voluntades que coexistían en el Estado jurisdiccional. Los particularismos, y con ellos la costumbre, fueron definitivamente vencidos.

En el nuevo Estado de Derecho junto al protagonismo y ascenso del legislador y como consecuencia también del fin del Estado jurisdiccional entró en escena un nuevo sujeto, la administración pública. Antes no existía como tal una función administrativa distinta y autónoma de la jurisdiccional. El Estado surgido de la Revolución es un estado legislativo y administrativo, dotado de una administración que opera de modo uniforme sobre todo el territorio para concretar la voluntad general contenida en la ley de modo igual para todos.

Y esto nos conduce al tercero de los elementos de la nueva forma de estado. La Revolución sirvió para destruir los particularismos y la tradición, esa es su *par des-truens*, y en su lugar colocó el principio de igualdad y los derechos individuales —*par construens*—. La sociedad de los privilegios, de los estamentos, de los particularismos, fue sustituida por una sociedad basada en el principio de igualdad y en los derechos individuales. De esa forma, la soberanía no surgió como una fuerza ciega y descontrolada. Una vez cumplida su función destructora, se puso de manifiesto su finalidad intrínseca: garantizar los derechos de los individuos en condiciones de igualdad. Como destaca Fioravanti, la ley es soberana y limitada al mismo tiempo. Expresión de soberanía y garantía de los derechos. Y esto explica su relación con el tiempo.

Cambiar el pasado, es revolucionario, y la ley puede hacerlo. La soberanía se concibe —no tanto desde Bodino como sobre todo desde Hobbes— como un poder absoluto e ilimitado. El carácter ilimitado del poder soberano tiene una dimensión material y otra temporal que es la que aquí interesa. El poder soberano puede abarcar

cualquier materia y hacerlo en cualquier momento. La perpetuidad del poder soberano —subraya Azpitarte— tiene importantes consecuencias para el presente y para el futuro, pero también para el pasado.⁴⁵ Como consecuencia de esa ilimitación temporal, el poder soberano puede transformar las consecuencias de hechos ya acontecidos, es decir puede producir efectos retroactivos y esto no solo de forma puntual cuanto actúa como poder fundacional de un ordenamiento dado. En la medida en que una de las potestades del soberano era la de hacer la ley, las leyes en cuanto expresión de la soberanía también podían cambiar el pasado, y atribuirseles, por tanto, efectos retroactivos.

En ese contexto y como subraya De Castro, «la irretroactividad se concibe por los revolucionarios como una idea conservadora y se proclama que las nuevas leyes reformadoras no pueden detenerse ante los obstáculos acumulados por el peso muerto de los viejos prejuicios y de las anticuadas leyes»⁴⁶.

En definitiva, el triunfo del liberalismo supuso la victoria del legalismo. Y con él también de un nuevo principio: la jerarquía normativa. Durante el Estado jurisdiccional las antinomias entre las distintas fuentes del derecho se resolvían mediante el establecimiento de órdenes de prelación de fuentes, pero estos no implicaban la pérdida de vigencia de norma alguna sino tan solo la aplicación preferente de unas sobre otras⁴⁷. El nuevo principio de jerarquía implica que las disposiciones de rango inferior no pueden vulnerar las de rango superior so pena de invalidez. Así se garantiza la unidad del ordenamiento, y, sobre todo, la soberanía de la ley. Ello explica que una de las obsesiones de la cultura jurídica liberal para afianzar la supremacía de la ley fuera la de afirmar que las leyes sólo pueden ser derogadas por otras leyes. Como testimonio de esa preocupación e interés baste señalar el artículo 153 de la Constitución de Cádiz que disponía: «las leyes se derogan con las mismas formalidades y por los mismos trámites que se establezcan». Se puso así fin a la *«desuetudo»* esto es a la posibilidad de que las leyes perdieran su vigencia por el desuso⁴⁸.

Sin embargo, por otro lado, en la medida en que la finalidad de la ley soberana —según los principios de la Revolución— era salvaguardar la libertad y los derechos individuales y, en definitiva, garantizar el valor de la seguridad⁴⁹, resultó imprescin-

⁴⁵ En una monografía que es de obligada lectura para la cabal comprensión del problema de la retroactividad de la ley y de muchos de cuyos planteamientos soy deudor. AZPITARTE, M. (2008): *Cambiar el pasado*, Tecnos, Madrid, pág.111.

⁴⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España...* ob. cit. pág. 711.

⁴⁷ DIEZ PICAZO, L. M.: *La derogación de las leyes...* ob. cit. pág. 39.

⁴⁸ Durante la Edad Media la penetración en la cultura jurídica europea del elemento germánico que atribuía un gran valor a la costumbre explica que la *desuetudo* se generalizara. Partidas 1, 2, 6 donde se dice que la costumbre «aun ha otro poderío muy grande, que puede tirar las leyes antiguas que fuesen hechas antes que ella». La monarquía absoluta la prohibió en tiempos de Felipe V: «Todas las leyes del reino que expresamente no se halen derogadas por otras posteriormente se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa que no están en uso» (Novísima Recopilación, 3, 2, 11)

⁴⁹ El *ius civile* nació en Roma mediante un acto de afirmación de la seguridad jurídica. En los primeros años de la República, la creación, aplicación y conocimiento del Derecho era un privilegio de la

dible también establecer límites a la retroactividad de la ley. Estos límites se sintetizaron en una nueva categoría: el concepto de seguridad jurídica. Los principios de soberanía de la ley y de seguridad jurídica nacieron simultáneamente. En los inicios del proceso revolucionario se incidió en el primero. Con el cierre del mismo —por obra de Napoleón— pasó a acentuarse la importancia del segundo.

Los límites a la retroactividad de la ley surgieron, por tanto, en el mismo proceso de alumbramiento de una cultura de la legalidad, cuya finalidad era garantizar el respeto de los derechos individuales, sobre todo —pero no únicamente— en el ámbito penal. Desde esta óptica, junto al principio de legalidad, e íntimamente vinculado a él, se estableció el principio de seguridad jurídica. Los principios de legalidad y de seguridad jurídica se configuraron como los elementos esenciales de la nueva forma de Estado que vino a reemplazar al Estado jurisdiccional: el Estado de Derecho.

La prohibición de retroactividad de las leyes representaba una manifestación básica y específica de la seguridad jurídica. Este principio es el corolario del principio de legalidad: *nulla poena nullum crimen sine lege* en el que el término *lege* se entiende siempre como *lege previa*. «En el clima cultural de la Ilustración —subraya Pérez Luño— una de las más inmediatas matrices ideológicas del Estado de Derecho se reputa una conquista irrenunciable del proceso racionalizador de los sistemas jurídicos el que sus normas establezcan siempre consecuencias jurídicas ante y no *ex post facto*»⁵⁰. Así el artículo 8 de la Declaración de Derechos de 1789 consagró el principio de irretroactividad de la ley penal: «Nadie puede ser castigado sino en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada»⁵¹.

El principio de irretroactividad de las leyes sancionadoras es desde entonces una exigencia obligada de la seguridad jurídica. Aunque su origen sea muy remoto (pode-

clase patricia. El Colegio de los Pontífices aplicaba un derecho que nadie podía conocer por lo que actuaba con absoluta arbitrariedad. En ese contexto una de las principales reivindicaciones de la plebe fue el acceso al conocimiento de las leyes a través de la publicidad. Como consecuencia de esa lucha social, el año 462 a. de C., el tribuno Terensilio Arsa propuso que se eligiera a cinco hombres para redactar un Código de Leyes. A pesar de la tenaz oposición de los patricios, ocho años después el nuevo Código se grabó en Doce Tablas que fueron expuestas en el Foro para que todos pudieran conocer las leyes. El principio de publicidad se configuró entonces como el primero y más antiguo elemento desde el punto de vista lógico e histórico del principio de seguridad jurídica. Mil quinientos años después, la aprobación de la Carta Magna inglesa obedeció a un propósito similar.

⁵⁰ PÉREZ LUÑO, A.E. (1994): *La seguridad jurídica*, 2^a edición, Ariel, Barcelona, pág. 124. Cesare Beccaria formuló como un principio fundamental del moderno Derecho Penal, la irretroactividad de las normas penales.

⁵¹ La Declaración de Derechos del 13 de junio de 1793 que precedió a la Constitución jacobina del 24 de junio del mismo año recogía igualmente en sus artículos 4 y 14, la consideración de la ley como expresión de la voluntad general y la prohibición de la retroactividad de la ley penal: «una ley que castigase los delitos cometidos antes de su existencia sería una forma de tiranía. Todo efecto retroactivo que se diese a una ley penal sería un crimen». Limitación que se hizo extensiva a las leyes civiles. La Constitución del Directorio llegó a disponer que «ninguna ley ni criminal ni civil puede tener efectos retroactivos».

mos encontrar antecedentes en la República romana y en los escritos de Cicerón), su vigencia con carácter general en el Derecho moderno es uno de los frutos más relevantes de la Ilustración en el mundo del Derecho. Y aunque no debe confundirse con el principio de legalidad penal, lo cierto es que en los textos y declaraciones de derechos de la época —a uno y otro lado del Atlántico— se formulan conjuntamente⁵².

La Ilustración consolidó la idea de que la libertad de acción del ciudadano requiere que este pueda prever las consecuencias jurídicas de sus actos y esta posibilidad es incompatible con la existencia de normas jurídicas que extiendan sus efectos a conductas anteriores a su entrada en vigor. Esos comportamientos se realizaron en un momento en que sus autores no podían conocer las leyes futuras y por tanto tampoco sus efectos. Es decir, las leyes sólo pueden actuar pro futuro.

Baste señalar dos significativos testimonios de estas tesis. El diputado Portalis en un discurso dirigido a la Asamblea legislativa en el curso del proceso revolucionario francés afirmó: «Donde se admite la retroactividad de las leyes, no sólo dejara de existir la seguridad sino incluso su sombra»⁵³. En parecidos y contundentes términos el pensador liberal Benjamin Constant advirtió: «La retroactividad de las leyes es la mayor agresión que la ley pueda cometer; supone romper el contrato social, y destruir las condiciones en cuya virtud la sociedad puede exigir la obediencia al individuo, ya que le priva de las garantías que le aseguraba como compensación del sacrificio que implica obedecer; la retroactividad priva a la ley de su carácter jurídico: la ley que tiene efectos retroactivos no es una ley»⁵⁴.

Naturalmente, esta defensa de la irretroactividad de la ley se produjo cuando el antiguo régimen había sido ya destruido y de lo que se trataba era de consolidar y conservar el nuevo orden liberal burgués. Cambió así la finalidad del principio de irretroactividad de la ley. En la génesis del Estado de Derecho fue sobre todo una garantía para poner freno a los abusos del Antiguo Régimen. Después, con la consolidación de la nueva sociedad burguesa, la irretroactividad adquirió «un matiz conservador»⁵⁵, al servicio de la inmutabilidad de las normas y las instituciones.

La burguesía liberal era plenamente consciente de que el correcto funcionamiento del nuevo sistema económico —como ya destacó Max Weber— requería un Derecho basado en la certeza porque sólo así es posible hacer negocios. En este contexto surgieron los límites teóricos a la retroactividad vinculados a la defensa de la seguridad

⁵² La culminación de ese proceso tuvo lugar con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 cuyo artículo 11 recoge ambos: «Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito». En el mismo sentido, el art 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles.

⁵³ Discurso pronunciado el 24 Ventoso del año XI. RIPERT, G. (1949): *Le déclin du droit*, LGDJ, Paris, 1949, pág. 179.

⁵⁴ Citado por Pérez Luño en, PÉREZ LUÑO, A.E.: *La seguridad jurídica...* ob. cit., pág. 125.

⁵⁵ PÉREZ LUÑO, A.E.: *La seguridad jurídica...* ob. cit., pág. 125.

jurídica, uno de los grandes principios de la Ilustración, y a la teoría de los derechos adquiridos.

Realmente, como advirtió Ripert, la expresión derecho adquirido es pleonástica puesto que el adjetivo no añade nada al sustantivo⁵⁶. Todo derecho es adquirido. Derecho adquirido es todo aquél constituido y consolidado al amparo de una determinada legislación. Desde esta óptica, la teoría de los derechos adquiridos sirve para no cuestionar situaciones jurídicas establecidas en el pasado. La confianza en el Derecho reposa en ese respeto. Con todo, hay que recordar que nunca se consideraron derechos absolutos. Los derechos adquiridos —advertía Ferdinand Lasalle— «deben ser respetados, y quedar a salvo de cualquier norma retroactiva, mientras son conformes con la conciencia popular. Pero, cuando el espíritu público, en su evolución histórica, excluye la persistencia de un derecho anterior, ya no puede hablarse de retroactividad de la ley que determina su abolición»⁵⁷. Así pudo considerarse legítima la abolición de los derechos feudales que para los revolucionarios eran «no derechos».

Ahora bien, el reconocimiento de ciertos límites a la retroactividad suponía que —fuera de esos supuestos— el legislador podía atribuir efectos retroactivos a la ley. Esa retroactividad encontraba su fundamento en la soberanía como nota distintiva de la ley. Hasta el siglo XX, la constitución liberal imperante en Europa, basada en el principio de soberanía parlamentaria condujo a una determinada comprensión de la ley que, como cúspide del ordenamiento, no admitía límites de ningún tipo⁵⁸. En el concepto de ley alumbrado en Europa, la unilateralidad era manifestación de su carácter soberano⁵⁹.

- En Francia, toda la teoría de la ley como expresión de la voluntad general impidió concebir cualquier límite a aquella y perduró hasta muy tarde.
- La construcción germánica (y española) de soberanía compartida entre Rey-Parlamento, no impidió que se reconociera en la ley la expresión de una fuerza suprema irrestricta⁶⁰.
- En el Reino Unido, su singular sistema constitucional no codificado hasta muy recientemente tampoco ha aceptado el establecimiento de límite alguno a la soberanía parlamentaria⁶¹

En la medida en que no era posible concebir ninguna norma o poder por encima de la ley, la retroactividad de esta siguió fundamentándose en su emanación de un poder soberano.

⁵⁶ RIPERT, G.: *Le déclin du droit...* ob. cit. pág. 180.

⁵⁷ En PÉREZ LUÑO, A.E.: *La seguridad jurídica...* ob. cit., pág. 131.

⁵⁸ GARCIA DE ENTERRIA, E. (2001): *La lengua de los derechos*, Civitas, Madrid, págs. 107 y ss. BLANCO VALDES, R. (1994): *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, págs. 245 y ss.

⁵⁹ DE OTTO, I. (1987): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, págs. 129 y ss.

⁶⁰ STARK, C. (1979): *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, págs. 136 y ss.

⁶¹ VIRGALA, E. (2019): *La Constitución británica en el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid.

«Dada la ley como fuente de fuentes —subraya Azpitarte— bastaba la posterioridad cronológica para sostener la unidad del ordenamiento. El último acto de voluntad legislativa determinaba la vigencia del conjunto normativo previo, fuese de rango legal o reglamentario. La ley desplegaba una irrefrenable fuerza activa con la que innovaba el derecho. El acto derogatorio se convertía así en el punto clave del sistema normativo al que daba dinamismo, condición indispensable para su propia existencia. Es fácil comprender las dificultades para elaborar una doctrina de los límites a la retroactividad de la ley en estas circunstancias. La ley, en su calidad de acto de soberanía, gozaba de una fuerza activa potencialmente ilimitada. No solo derogaba los complejos normativos previos, sino que podía extender los efectos de su innovación a hechos anteriores, como si la regulación precedente nunca hubiera existido. Los esfuerzos por frenar el efecto retroactivo del acto derogatorio se movían en tremendas dificultades»⁶².

En este contexto, la pretensión de convertir la ley en garantía de los derechos supuso olvidar el hecho incuestionable de que la ley parlamentaria también podía lesionarlos. La teoría de los derechos adquiridos operó como un límite político e ideológico a la retroactividad, y aunque no pudo configurarse como un límite real y efectivo frente a un legislador considerado soberano, lo cierto es que en la praxis legislativa decimonónica cumplió una importantísima función limitadora. El hecho de que la ley fuera aprobada por unos parlamentos (oligárquicos) que representaban sociedades homogéneas (burguesas) determinó el triunfo absoluto de la teoría de los derechos adquiridos.

4. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

El colapso de la constitución liberal —enterrada bajo las ruinas de la primera guerra mundial— determinó que fuera reemplazada por un nuevo tipo histórico de constitución —la constitución democrática— en el que por cambiar la posición de la ley⁶³, el problema de la retroactividad alcanzó una nueva dimensión tanto por lo

⁶² En este contexto, «la fuerza activa de la ley derivaba de su condición de acto de voluntad soberana. Limitar su potencialidad innovadora, incluso su retroactividad, era atacar el núcleo del sistema jurídico» AZPITARTE, M.: *Cambiar el pasado...* ob. cit. págs. 119- 120.

⁶³ La teoría y la praxis del Estado de Derecho y de la constitución liberal eran incompatibles con la idea de supremacía constitucional. El Parlamento podía llevar a cabo las reformas constitucionales que considerara oportunas siguiendo para ello el procedimiento legislativo ordinario. Esto suponía no distinguir en el plano formal entre constitución y ley. La constitución era una norma jurídica, pero del mismo rango que las leyes. Las leyes podían modificar la constitución. La idea de que una ley pudiera ser inconstitucional resultaba inconcebible. El principio político democrático se identificaba con la soberanía del parlamento. No era imaginable un poder superior al Parlamento y, en consecuencia, este era el señor de la constitución. Fácilmente se concluye que las constituciones de este tipo no gozaban de supremacía jurídica alguna. En la medida en que se afirmaba la soberanía del Parlamento se negaba la soberanía de la constitución. Y la soberanía del parlamento conducía inexorablemente a la supremacía de su producto normativo por excelencia: la ley. Vid. sobre esta cuestión CASQUETE, J., y TAJADURA, J.: *La Constitución de Weimar. Historia, política y Derecho*, CEPC, Madrid, 2020.

que se refiere a su fundamento como a sus límites. Las relaciones entre el tiempo y el Derecho adquirieron entonces un nuevo significado.

El reconocimiento del sufragio universal hizo necesario plantearse desde una nueva perspectiva toda la problemática del valor normativo de la constitución. El proceso de democratización del Estado condujo así a la generalización de la rigidez constitucional como nota distintiva de los nuevos textos constitucionales del siglo xx.

Fue el sufragio universal el que condujo a los Parlamentos a los partidos socialistas, y entre ellos y los partidos liberal-conservadores aparecieron alternativas radicales para la reforma del Estado. La democracia era entonces un compromiso entre fuerzas políticas y sociales antagónicas, cada una de las cuales temía que la victoria electoral de la otra le proporcionara una mayoría parlamentaria suficiente para cambiar la normativa fundamental del Estado. Fue esa circunstancia la que determinó que las nuevas constituciones se hicieran rígidas. La nueva sociedad democrática tenía que pactar los contenidos de la ley y hacerlo con instrumentos nuevos: los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones de intereses. Con ello se puso fin a la grandiosa imagen de la ley como expresión de la voluntad popular, dotada de las características de la generalidad y la abstracción.

Por otro lado, la nueva sociedad democrática se expresó políticamente como voluntad constituyente «renovando el gran mito de la revolución y cerrando así también en este aspecto la época liberal que se había fundado precisamente en el presupuesto de que ese mito se había agotado para siempre»⁶⁴. En definitiva, el destrocamiento de la ley y la consideración de la constitución como norma jurídica suprema están vinculados al reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad.

La Asamblea Nacional de Weimar fue la primera asamblea constituyente en Europa que alumbró el nuevo tipo histórico de constitución democrática en tanto que distinto del precedente, de la constitución liberal. Este tipo de constitución no se limita a diseñar la forma de gobierno y garantizar los derechos —según la celeberrima formulación del artículo 16 de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789— sino que aspira a mucho más. La constitución recoge los principios políticos fundamentales que definen y singularizan a las repúblicas democráticas del siglo xx. De esta forma se crean las condiciones para que las constituciones puedan situarse, desde un punto de vista material, por encima de la ley del Parlamento de una forma que no fue posible durante la época liberal. «La constitución contiene ahora esos principios que nadie puede violar, ni siquiera el legislador, porque violar esos principios significaría atacar la misma identidad de esa comunidad política concreta»⁶⁵. Entre esos principios ocupan un lugar central los derechos fundamentales considerados como tales por los textos constitucionales y cuya inviolabilidad debe ser tutelada frente a cualquier posible ataque, incluido el proveniente del legislador. En este contexto, para garantizar la supremacía normativa de la constitución, —y en

⁶⁴ FIORAVANTI, M. en «Estado y Constitución... ob. cit. pág. 37.

⁶⁵ FIORAVANTI, M. en «Estado y Constitución... ob. cit. pág. 38.

definitiva el pacto o compromiso político y social que ésta refleja— las antaño constituciones flexibles se convirtieron en constituciones rígidas. Solo entonces fue posible concebir las constituciones como normas supremas.

El surgimiento de instituciones y procedimientos para controlar la constitucionalidad de las leyes implicó el derrocamiento de estas. En el Estado constitucional —como advirtieron Kelsen y Kriele— no hay soberano. Soberana es la Constitución. Todos los poderes, incluido el poder legislativo, son poderes constituidos y limitados. La ley tiene límites formales, materiales y también temporales que debe respetar. La retroactividad de la ley no puede ya fundarse en una soberanía que en el seno del Estado constitucional ha dejado de existir al menos como cualidad de la ley. En este contexto, se puede hablar de la tercera y última etapa histórica en el modo de comprender y de aplicar las relaciones entre el tiempo y el Derecho.

En el marco de la nueva forma de Estado, el Estado constitucional que reemplaza al Estado de Derecho, la ley es fruto de una potestad constituida y limitada. Ya no es soberana, pero sigue siendo una potestad y es inagotable. Por otro lado, la seguridad jurídica deja de ser un principio estático «para devenir la garantía dinámica que ‘asegura’ a los ciudadanos la adaptación del derecho a los requerimientos de la evolución histórica de la sociedad»⁶⁶.

La potestad legislativa en el Estado constitucional pierde todos los atributos que definen y caracterizan al poder soberano tal y como fue definido tras la Revolución de 1789⁶⁷.

- Ya no se trata de un poder originario, sino derivado del Texto constitucional. De la misma forma que los demás poderes (ejecutivo, judicial) el legislativo encuentra su fundamento en la Constitución.
- Tampoco puede concebirse ya como un poder unitario. El Estado constitucional se caracteriza por la confluencia de una variedad de potestades cuyo ejercicio tampoco corresponde habitualmente a un solo órgano. Baste señalar que el gobierno ejerce también la potestad legislativa; que el parlamento aprueba distintos tipos de leyes; que el Tribunal Constitucional puede anular leyes como legislador negativo y actúa en ocasiones como legislador positivo; en fin, que en virtud del principio federal o de descentralización política, en un Estado pueden coexistir diferentes asambleas legislativas con competencias sobre determinadas materias en un ámbito territorial determinado.
- De su carácter de poder derivado se deduce que se trata también de una potestad limitada. Como advirtió Santi Romano, un límite mínimo es la prohibición de arbitrariedad. Esta prohibición puede considerarse, según Kriele, el embrión de los derechos fundamentales⁶⁸.

⁶⁶ PÉREZ LUÑO, A.E.: *La seguridad jurídica...* ob. cit. págs. 125-126.

⁶⁷ AZPITARTE, M.: *Cambiar el pasado...* ob. cit. pág. 117.

⁶⁸ KRIELE, M. (1980): *Introducción a la Teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires, págs. 208 y ss. Con esta afirmación se desliga de la doctrina que sostiene que la libertad religiosa es el primero de los

Ahora bien, en el Estado constitucional, la potestad legislativa aun limitada es también una potestad inagotable. Implica una habilitación para dictar actos jurídicos en cumplimiento de una determinada función. La existencia de una potestad supone el otorgamiento de una facultad que para el cumplimiento de su función se traduce en una serie indefinida de actos. «Siempre que el cumplimiento de la función encendida al titular de la potestad lo exija —subraya Díez-Picazo— dicha potestad puede y debe ser ejercida; y el acto así emanado hará cesar la eficacia de otro anterior incompatible con él, porque sólo de este modo tiene sentido la existencia de funciones y potestades»⁶⁹.

Cuando una Constitución democrática como por ejemplo la española, dispone en su artículo 66.2 que las Cortes Generales «ejercen la potestad legislativa del Estado» está reconociendo a las cámaras la facultad de innovar el ordenamiento jurídico. Ello implica que no hay leyes inderogables. Toda manifestación de rigidez es una excepción a la norma constitucional que solo puede ser establecida por la propia constitución⁷⁰.

Desde esta óptica, las constituciones democráticas establecen una serie de límites materiales y procedimentales que condicionan y restringen el ejercicio de la potestad legislativa. En este contexto, ya no es posible defender la potencial retroactividad absoluta de la ley. Eso sería negar su proceso de constitucionalización y, en definitiva, como ha apuntado sagazmente Azpitarte en una brillante monografía sobre el tema, admitir «una presencia latente del poder soberano a través de la ley»⁷¹.

En definitiva, la ley ya no es expresión de un poder soberano sino de un poder constituido y limitado y se hace preciso entonces encontrar un fundamento a la posibilidad de que con ella se pretenda modificar el pasado. Ese fundamento no es otro que el principio democrático. En todo caso, surge la necesidad también de constitucionalizar la eficacia temporal de la ley. Por eso, «llama la atención que la memorable tarea de reconstrucción del sistema de fuentes no se haya extendido al problema de los efectos temporales, propiciando una teoría constitucional completa de los límites a la retroactividad»⁷².

La ley ya no es un acto de soberanía. Es fruto de una potestad democrática y ahí radica su fuerza vinculante unilateral⁷³. Es en la democracia donde se encuentra el fundamento actual de la derogación y por ende de la retroactividad. La ley democrática

derechos fundamentales.

⁶⁹ DIEZ PICAZO, L. M.: *La derogación de las leyes...* ob. cit. pág. 103.

⁷⁰ Así ocurre en nuestro ordenamiento con la previsión de la categoría de leyes orgánicas, art. 81. «Llevada a su extremo, la concepción formal de la Ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasesen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas». STC 13 de febrero de 1981.

⁷¹ AZPITARTE, M.: *Cambiar el pasado...* ob. cit. pág. 118.

⁷² AZPITARTE, M.: *Cambiar el pasado...* ob. cit. pág. 122.

⁷³ DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes...* ob. cit. págs. 137 y ss.

es un acuerdo alcanzado por la mayoría respetando a la minoría⁷⁴. El respeto a la minoría como elemento distintivo de la democracia constitucional se traduce en tres aspectos⁷⁵:

- El primero, el procedimiento legislativo, que articula la participación de las minorías en el mismo⁷⁶ y permite el acuerdo, la transacción y el compromiso. Con arreglo a la lógica (kelseniana) de la democracia (distinta de la lógica del poder) la ley no es nunca una decisión sino un acuerdo.
- El segundo, la posibilidad de impugnar la ley ante la jurisdicción constitucional⁷⁷.
- El tercero, la reversibilidad de la ley. Toda ley puede ser derogada. La minoría de hoy puede ser mayoría de mañana. La alternancia política es un elemento esencial de la democracia constitucional. La verdadera división de poderes en la nueva forma de Estado —dejando a un lado la independencia del Poder Judicial— no se produce ya entre Parlamento y Gobierno, sino entre mayoría parlamentaria y oposición (minorías). La regla de la mayoría sólo es aceptable en ese contexto. De ahí la exigencia de la limitación temporal del mandato parlamentario y de la periodicidad de las elecciones libres.

En este contexto, la democracia constitucional requiere que la alternancia produzca efectos. Esto es, que la nueva mayoría pueda desarrollar su programa legislativo. Como advierte Azpitarte es consustancial a la alternancia, y por ende a la democracia, la posibilidad real de transformar el estado de cosas normativo:

«El pleno cumplimiento de la alternancia requiere que la mayoría de gobierno entrante esté en disposición no sólo de regular los acontecimientos venideros, sino también de alterar la valoración jurídica que habían merecido hechos ya acontecidos. Así las cosas, la retroactividad es un elemento estructural de la ley a disposición del legislador, capaz de producir cambios normativos con los que dar efectividad a la alternancia sobre la que se sustenta la democracia. La ley retroactiva se explica por ser fruto de una potestad inagotable que manifiesta una voluntad democrática. La retroactividad permite a la mayoría del presente frenar el gobierno del pasado»⁷⁸.

En parecidos términos Díez Picazo advierte que:

«sería tanto como negar virtualidad alguna a la voluntad popular el que la constitución no contuviera un principio de derogabilidad de todas las leyes, ya que equivaldría a impedir la

⁷⁴ KELSEN, H. (2006): *De la esencia y valor de la democracia*, KRK, Oviedo, págs. 139 y ss.

⁷⁵ No es este el lugar para explicar, baste señalarlo, que el referéndum no cumple esos requisitos por lo que su encaje en una democracia constitucional debe ser siempre limitado y restrictivo. Únicamente como acto de control.

⁷⁶ RUBIO LLORENTE, F. (2012): «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del derecho» en *La forma del poder*, CEPC, Madrid, tercera edición, Vol. II, págs. 845 y ss.

⁷⁷ MONTILLA MARTOS, J. A. (2002): *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Trotta, Madrid.

⁷⁸ AZPITARTE, M.: *Cambiar el pasado...* ob. cit. págs. 129-130.

libre expresión en cada momento del órgano que encarna esa voluntad popular a través de su potestad más típica: la potestad legislativa»⁷⁹.

En definitiva, el fundamento de la retroactividad de la ley coincide con el presupuesto mismo del Estado Constitucional: el pluralismo político y social. El pluralismo solo está garantizado si la ley es susceptible de ser modificada y derogada. La ley —a diferencia de todos los demás actos del Estado— es libre en cuanto al fin y por ello expresión de opciones exclusivamente políticas. Por ello ha podido afirmarse que, así como la declaración de inconstitucionalidad es la respuesta del ordenamiento a los vicios de validez de la ley, la derogación lo es a sus vicios de oportunidad⁸⁰.

Y de la misma forma que —en esta tercera y última etapa del proceso de evolución del Estado— es en el principio democrático donde la retroactividad encuentra su fundamento, ahí están también sus límites. La democracia constitucional es una democracia de derechos fundamentales. Los Textos constitucionales se hacen eco de ellos y junto a los límites penales a la retroactividad establecen otros. Con palabras de Azpitarte, «los derechos fundamentales se convierten así en la regla que distribuye el poder de las mayorías en el tiempo»⁸¹.

La doctrina de los derechos adquiridos no tiene ya cabida en la nueva forma de Estado. «El legislador del Estado social de Derecho —advierte Pérez Luño— no puede congelar el sistema jurídico en normas ajenas a los apremios de la historia. Ello no sólo por exigencias de justicia, sino también como garantía de seguridad»⁸².

En definitiva, en la nueva relación entre tiempo y Derecho, los únicos límites a la retroactividad de la ley que establece la constitución democrática son los derechos fundamentales. Desde esta óptica, la determinación de los límites a la retroactividad y, en definitiva, toda la problemática del Derecho intertemporal es una cuestión de derecho positivo que exige ser abordada desde el ordenamiento constitucional de que se trate.

⁷⁹ DIEZ PICAZO, L. M.: *La derogación de las leyes...* ob. cit. págs. 104-105.

⁸⁰ La cláusula de Estado social con el mandato contenido por ejemplo en el artículo 9. 2 CE constituye otro poderoso fundamento constitucional al poder derogatorio. GARRORENA MORALES, A. (1984): *El Estado español como Estado Social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, segunda edición. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional cuando afirma: «la interdicción absoluta de la retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de las situaciones dadas, que son contrarias a la concepción que fluye del art. 9. 2», STC 8/1982, de 4 de marzo.

⁸¹ AZPITARTE, M.: *Cambiar el pasado...* ob. cit. págs. 131.

⁸² PÉREZ LUÑO, A.E.: *La seguridad jurídica...* ob. cit. pág. 129.

Title:

Time and Law: foundation and limits of the retroactivity of the law

Summary:

1. The succession of norms in time. Time and law in the State of jurisdiction. 3. Sovereign law and legal security in the liberal State. Democratic principle and retroactivity of the law in the constitutional State.

Resumen:

En el largo proceso de evolución del Derecho y del Estado europeos, el problema de la sucesión de normas en el tiempo ha recibido respuestas muy distintas. En la hora actual debe afrontarse en el seno de cada uno de los ordenamientos jurídicos como una cuestión de derecho positivo. Con estas premisas, el objeto de este trabajo es examinar cómo ha ido cambiando la problemática de la retroactividad de la ley —su fundamento y sus límites— en el marco más amplio del fenómeno derogatorio. Problemática que no se planteó con todas sus consecuencias hasta la Revolución francesa. Hubo un tiempo en que el instituto de la derogación era prácticamente desconocido y la costumbre ocupaba un lugar destacado en el sistema de fuentes. En ese contexto, la posibilidad de que el derecho modificara situaciones jurídicas pasadas era muy limitada. Fue la época del Estado jurisdiccional que abarca desde el surgimiento de los primeros estados europeos hasta la Revolución. En una segunda etapa, la del Estado de Derecho con su constitución liberal, la retroactividad de la ley tuvo un fundamento claro: su carácter soberano y unos límites ideológicos definidos: la seguridad jurídica y los derechos adquiridos. La teoría de los derechos adquiridos operó como un límite político e ideológico a la retroactividad, y aunque no pudo configurarse como un límite real y efectivo frente a un legislador considerado soberano, lo cierto es que en la praxis legislativa decimonónica cumplió una función limitadora. El hecho de que la ley fuera aprobada por unos parlamentos (oligárquicos) que representaban sociedades homogéneas (burguesas) determinó el triunfo absoluto de la teoría de los derechos adquiridos. En una tercera etapa, la del Estado constitucional con su constitución democrática, el fundamento y los límites de la retroactividad cambian. La retroactividad se fundamenta ahora en el principio democrático y encuentra su límite en los derechos fundamentales.

Palabras clave:

Derecho intertemporal, retroactividad de la ley, historia constitucional, sucesión de normas, cultura de la legalidad.

Abstract:

In the long process of evolution of European Law and State, the problem of the succession of norms over time has received very different responses. At the present time it must be addressed within each of the legal systems as a matter of positive law. With these premises, the purpose of this paper is to examine how

the problem of the retroactivity of the law — its foundation and its limits — has changed — throughout the process of evolution of European Law and State — in the broader framework of the derogatory phenomenon. Problem that does not arise with all its consequences until the French Revolution. There was a time when the law could not affect the past because it was a product of history, it is the time of the jurisdictional State that extends from the emergence of the first European states until the Revolution. In a second stage, that of the Rule of Law with its liberal constitution, the retroactivity of the law had a clear foundation: its sovereign character and defined ideological limits — legal security and acquired rights — although legally ineffective given legislative omnipotence. In a third stage, that of the constitutional State with its democratic constitution, the foundation and limits of retroactivity change. Retroactivity is now based on the democratic principle and finds its limit in fundamental rights.

Key words:

Intertemporal law, retroactivity of the law, constitutional history, succession of norms, culture of legality.

