

El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves

SUMARIO: I. PRELIMINAR. II. LA RETROACTIVIDAD, UN VIEJO CONCEPTO RENOVADO Y REDUCIDO. III. LOS REGLAMENTOS EN SU LABERINTO: LA «RETROACTIVIDAD IMPROPIA». IV. DERECHOS INDIVIDUALES Y ¿RESURRECCIÓN DE LOS *IURA QUÆSITA*?

I. PRELIMINAR

Es el de la retroactividad un tema complejo, lo que queremos decir en la acepción correcta de la palabra, como aquello que se compone de elementos diversos. Normalmente el estudio científico de lo complejo exige la vía metódica de la disección analítica del tema a efecto de deslindar y evaluar el peso específico de cada una de sus partes. El método así concebido revela *ex ante* por sí mismo la comprensión del problema, prejuzga lo que de él se estima relevante e incluso suele conllevar una toma de postura de sus soluciones mismas.

El tema de la retroactividad se caracteriza no sólo por su complejidad y, desde luego, por su harta conocida dificultad, sino por la intensa imbricación de sus facetas, de tal modo que sería imposible medir el valor y alcance de cualquiera de sus elementos sin tener presente al propio tiempo los demás. Valga un solo ejemplo: ¿sería posible entender la significación de los llamados «derechos adquiridos» sin ligar esa noción al concepto de retroactividad de las normas, a lo que se predica de las situaciones impersonales o estatutarias o a lo que representa la idea de la «eficacia inmediata» de una ley? Todas esas facetas participan de la sustancia central del problema y se puede decir que cada una depende del resto. Todos sus elementos son elásticos por lo que

ninguno de ellos puede ser expandido si no lo es a costa de la comprensión de otro. Las páginas que siguen darán cuenta de este fenómeno.

Vale insistir en que cualquier problema en que esté concernido el principio de irretroactividad exige tener bien a la vista y simultáneamente todas las nociones y conceptos que van aparejados a dicho principio, aunando así sus piezas para no debilitar la estructura integrada de la institución ni la sensatez de cuanto de ella se pueda postular. ¿Qué se puede afirmar, por ejemplo, del principio de irretroactividad de los reglamentos, si al propio tiempo no se tienen en cuenta sus diferencias sustanciales con las leyes, las gradaciones del concepto de retroactividad o las limitaciones a la potestad reglamentaria que dimanen del derecho de propiedad?

Siempre hemos estado convencidos de la oportunidad de abordar este tema sin el escrúpulo metódico antes apuntado, es decir, optando por un discurso continuo donde cada elemento salga a escena de modo natural cuando tenga que salir, así se esté hablando de la Constitución, de la teoría de SAVIGNY o de una modesta disposición aclaratoria. Y algo así vamos a hacer aquí, quizás con la buena justificación de que un tratamiento completo y bajo método ortodoxo del principio de irretroactividad ya lo hemos hecho en otra ocasión¹. En el discurso se abordan, no obstante, tres cuestiones concretas y diferenciables que constituyen, a nuestro juicio, los tres vértices de un triángulo fundamental que representa lo más importante que gravita hoy sobre el principio de irretroactividad: sus incertidumbres básicas. Quiérase o no, en medio de ese triángulo se halla pululando el sempiterno tema de los derechos adquiridos, cuyo peso histórico parece dotarle de una fortaleza y omnipresencia a prueba de todas las crisis transitorias que los dogmas y las leyes le han hecho sufrir en su existencia secular. Bien se puede decir de los *iura quaesita* que siempre han tenido una «mala salud de hierro» y ésta es la idea que más o menos visiblemente se encuentra en el hilo conductor de las páginas que siguen.

II. LA RETROACTIVIDAD, UN VIEJO CONCEPTO RENOVADO Y REDUCIDO

Mientras el Derecho siga siendo algo esencialmente mutable siempre será obligado decir, antes de hacer cualquier reflexión sobre el principio de irretroactividad, que el tema está plagado de dificultades de todo tipo, la primera de las cuales es precisamente la de fijar el con-

¹ F. LÓPEZ MENUDO: *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Edit. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982.

cepto mismo de retroactividad, ejemplo máximo de esa clase de conceptos que todos creemos saber de entrada pero que nos suelen colocar en muchos apuros a la hora de tener que definirlos y manejarlos. Como ya dijimos en otro lugar, el concepto de retroactividad es el arquetipo mismo de la equívocidad: un concepto elástico y polémico como pocos². Todos los problemas que se concitan a la hora de aplicar este principio convergen en la simple cuestión tan compleja en el fondo de en qué consiste la retroacción o cuándo se ha de considerar que una norma retroacciona. Tremenda cuestión.

Aunque la retroacción de una norma puede producir efectos beneficiosos no son pocas las demandas que piden la aplicación de la norma nueva a relaciones y situaciones jurídicas en curso, nacidas bajo un régimen jurídico anterior, es indisoluble con el concepto de retroacción la idea de perturbación, de un peligro al que es necesario poner límites. Y justamente aquí radica la causa de que el concepto de retroactividad se torne huidizo y controvertido, porque éste depende del punto desde el cual quede establecida la prohibición de que la norma accione «hacia atrás», o que accionando «hacia delante» prenda en su trama hechos que tienen raíces en el pasado. Precisamente la asociación que se hará entre prohibición y retroacción o, dicho de otro modo, entre retroacción y deber de indemnizar por el injusto sacrificio que haya supuesto, o retroacción y ruptura de la confianza legítima o la seguridad jurídica, conduce a unas equivalencias que son fatales para el correcto entendimiento de lo que es la retroacción material, como concepto integrado por una gama de tonalidades. La retroacción es una cosa y la prohibición que se establezca desde algún punto de su amplio concepto es otra. Sin embargo, en la actualidad ese concepto ha sido reformulado y encogido de tal modo que ahora sólo existe como tal en la parte prohibida del concepto originario. En lo demás, la retroactividad ya no existe, o no se le quiere llamar así.

Las normas jurídicas inciden, cuando nacen, en una realidad vital tan diversa y tan asimétrica en cuanto a la situación en que se encuentran los derechos y expectativas de cada cual, que su impacto sobre esas situaciones o relaciones jurídicas que traían causa de la legislación anterior es igualmente diverso. Las normas nuevas suelen afectar en mayor o menor medida a esas situaciones jurídicas vivas y esa incidencia se descompone en una «escala de grises», que es justamente lo contrario a la dicotomía del «blanco o negro». Pero el límite prohibido a la retroacción lleva precisamente a esta dicotomía. Así, se dirá que una norma es retroactiva si sus efectos son tan intensos que

² F. LÓPEZ MENUDO: «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, Tomo I, p. 455.

rebasan el límite de lo permitido y que no existe retroacción cuando los efectos retroactivos, se quiera o no, que produce han de ser tolerados, es decir, que existe el deber jurídico de soportarlos. La prohibición determina, pues, el ser o no ser del concepto. Es evidente que si sobre las normas no pesara ningún límite prohibitivo a su poder de retroaccionar, o si, por contra, pesara una prohibición absoluta de que incidieran en lo más mínimo sobre situaciones o relaciones jurídicas que trajesen causa de un régimen jurídico preexistente, no habría ningún obstáculo intelectual para contemplar esa «escala de grises» y asumir pacíficamente que la norma nueva produce efectos de mayor o menor intensidad en cada caso y situación; y como no habría una frontera de lo prohibido que delimitar, todo quedaría reducido al recreo científico de construir para cada norma su propia escala de grises, de efectos retroactivos, en función de la complejidad de la materia que regulase y del grado de asimetría que ofrecieran las situaciones jurídicas afectadas.

Pero esto, como ya hemos dicho, no sucede así. La prohibición aneja a la retroacción condiciona ese modo de razonar, o más bien lo excluye. No se habla de retroactividad prohibida y retroactividad permitida. Se dice que tal norma es «retroactiva», a secas, para indicar con ello que la norma vulnera los límites. Todos los demás efectos retroactivos que produzca no merecerán ser considerados como tales. Por tanto, el concepto de retroactividad se desdibuja en este ámbito tolerado, se esfuma y transmuta en la idea de «aplicación inmediata» de la nueva norma. Toda la diversidad de la gama de efectos que conlleva cualquier norma de mediana complejidad es reconducida a esa simplista dualidad: la norma es «retroactiva» si transgrede los límites establecidos, o bien no lo es y sólo supone pura y simple «aplicación inmediata» sobre el tejido de las relaciones jurídicas vivas, aunque éste haya sido urdido bajo la vigencia de normas anteriores. El argumento añadido, convertido ya en un eslogan, de que las normas no son retroactivas si miran hacia el futuro viene a consolidar esa dualidad en la que aparentemente queda atrapada toda la complejidad que el tema encierra y ha encerrado desde siempre.

Pero esa rígida dualidad que parece resolverlo todo es sólo aparente. Tal eslogan se nos asemeja a algo así como esconder debajo de la alfombra los problemas y matices que siempre ha llevado consigo el viejo tema de la aplicación de las normas en el tiempo. La moderna doctrina, inspirada en la jurisprudencia alemana pretende dar respaldo definitivo a esa dualidad acuñando un nuevo término «retrospectividad» para todos aquellos supuestos de retroacción permitida, con lo cual queda erradicada, proscrita, la voz «retroactividad» para todo lo que no sea la retroacción prohibida, esto es, la genuina —y ya única— acepción de la retroactividad. La «retrospectividad» palabra que en

nuestro lenguaje no logra decir lo que se pretende, sino más bien lo contrario viene a ser el equivalente de la «aplicación inmediata», expresión esta última que, por su parte, deja lucir a las claras toda la carga dialéctica subyacente sobre este enrevesado tema. En puridad, la «aplicación inmediata» es un efecto típico de las normas que no merecería ser resaltado, pero se usa con una connotación beligerante en la sede de su confrontación con la idea de retroactividad

Con todo, a pesar del simplismo ínsito en esa dicotomía hay que reconocer que ésta se ha venido instalando en nuestro Derecho en los últimos veinte años creemos que para bien, en términos generales y que ha servido para clarificar, al menos *grosso modo*, un panorama anterior, doctrinal y jurisprudencial, bastante caótico. Este punto de inflexión en el tratamiento del principio de irretroactividad, verdaderamente asombroso si tenemos en cuenta la tradicional confusión en que ha estado sumido tal principio, tensionado como ninguno por las cargas dogmáticas e ideológicas conocidas, ha venido de la mano de la Constitución de 1978 que, haciéndolo mal o bien según cada cual lo mire, ha incidido sobre el tema con una aportación insólita que brinda un asidero, un punto de apoyo de que antes se carecía: la positivación de unos límites a la retroactividad, la consagración al máximo rango normativo de un principio prohibitorio: «*La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*» (art. 9.º3). Se trata de un punto de apoyo sin precedentes, muy válido, si bien quede al intérprete la no fácil tarea de esclarecer los confines exactos de la prohibición. Pero la aportación, el hecho mismo de proclamar expresamente una prohibición en esta materia, tiene un valor inmenso si se compara con todo el pasado existente antes de 1978. Como es sabido, el artículo 2.º3 del Código civil ha sido el precepto central que, tributario del dogma de la omnipotencia del legislador, ha venido rigiendo el impenetrable caos creado en torno a la retroactividad de las normas: «*Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario*».

Un precepto, ciertamente dirigido al juez, planteado en unos términos tan simples y maximalistas que le han impedido gobernar tan complicado asunto. Maximalismo en cuanto al mandato dirigido al juez de no dar a la norma el menor efecto retroactivo, cosa verdaderamente utópica y reñida con la aplicación práctica del Derecho, tendencialmente vocado a su efectividad inmediata aunque las propias normas no lo digan, como suele suceder en la mayoría de los casos. Y maximalista también en su otro sentido, esto es, en cuanto al reconocimiento implícito de que el legislador puede dictar leyes retroactivas sin ningún límite; un apriorismo éste ciertamente defendible en términos políticos y, desde luego, para servir a algún problema aislado necesitado de drástico arreglo desde su raíz, pero que jurídicamente

jamás ha sido asumido como viable en calidad de una regla general, como lo prueba el despliegue doctrinal, absolutamente descomunal, habido para taponar esa brecha abierta por el propio artículo 2.º.3 del Código Civil y por otras formulaciones o silencios semejantes que presiden la legislación de otros países.

En el fondo, el objetivo de los grandes autores dedicados desde antaño al tratamiento de la retroactividad ha sido el mismo: construir unos límites al poder del legislador en lo más peligroso que éste puede hacer: dictar leyes retroactivas. En unos casos, formulando recortes al poder del legislador, nacidos del celo por el respeto a la seguridad del individuo y de sus bienes y derechos; en otros para postular lo contrario, un amplio poder del legislador, si bien con unos límites, siquiera mínimos, para que ese amplio poder que se propugna sea realmente creíble. Pero en todo caso, como queda dicho, el objetivo de toda esa teórica ha sido común: poner algún freno a una posible actuación desenfrenada del legislador. Es lo que en otro lugar, al tratar de la doctrina más señera sobre el principio de irretroactividad, hemos denominado como «cuasi-límites» al poder de la ley³. En suma, la doctrina ha tratado de rellenar la ausencia de un principio prohibitivo que ni nuestro Código Civil ni otros muchos textos análogos de los países de nuestra cultura han logrado reflejar. A lo sumo, lo que las Constituciones y demás Códigos han venido a garantizar ha sido la irretroactividad de las normas penales, reforzando así el argumento de que las leyes no penales sí pueden ser retroactivas.

Quede resaltado, por tanto, el enorme valor de la aportación constitucional, pues con independencia de que los límites que imponga a la retroacción de las normas se consideren suficientes o no, lo fundamental es que consagra la certeza de que los límites al poder retroactivo de las normas existen, y con esa certeza más el diseño que hace del ámbito prohibido en el propio artículo 9.º.3 ha venido a desplazar y arrumbar no pocas teorías clásicas sobre el principio de irretroactividad que, construidas sobre la ausencia de cualquier principio prohibitivo positivizado, trataron de suplir tal ausencia. La Constitución ha barrido del panorama algunas construcciones dogmáticas que enriquecían pero a la vez enturbiaban el tratamiento del tema de la retroactividad de las leyes. Se puede decir que la Constitución ha empobrecido los recursos dialécticos que se forjaron, en tiempos anteriores a ella, contra el presunto poder libérrimo del legislador de dictar leyes retroactivas; y la contrapartida de ese empobrecimiento ha sido la clarificación del acervo doctrinal y la simplificación de los conceptos e ideas a manejar, contribuyendo de forma decisiva a la formación de

³ Vid. *El principio de irretroactividad...*, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

esa dicotomía de la que venimos hablando desde el principio según la cual una norma es retroactiva si traspasa los límites prohibidos por la Constitución en su artículo 9.º.3 y no lo es si no rebasa esos límites aun cuando incida, aunque sea hacia el futuro, sobre situaciones y relaciones jurídicas latentes venidas de un tiempo anterior; o dicho de otro modo: aunque produzca una retroacción suave, pero al cabo retroacción, como desde siempre han sido denominados esta clase de efectos.

Pero esta retroacción «blanda» y no prohibida ya no tiene de retroacción, como hemos advertido, ni siquiera el nombre; se la intenta bautizar como «retrospección» para que así no se confunda en ningún caso con la retroacción que se considera verdadera. En cualquier caso, el viejo lenguaje ha sido sustituido en sede judicial⁴.

En cualquier caso, si tenemos presente la situación anterior a la Constitución, en la que el principio de irretroactividad de las leyes, como hemos dicho, sólo contaba con la protección de la doctrina a duras penas, a fuer de diversa y contradictoria y la jurisprudencia, en cuanto defensoras de la intangibilidad de los derechos e incluso expectativas frente a la acción del legislador, la Constitución ha supuesto ganancias no sólo en lo que atañe al principio de irretroactividad, ya que ofrece en su artículo 9.º.3 otras garantías complementarias (seguridad jurídica, responsabilidad, interdicción de la arbitrariedad) que con el concurso o no del principio de irretroactividad, según cada caso, pueden dar un juego notable en la siempre difícil tarea de sujetar las posibles veleidades del legislador. Es ocioso decir que la expresión máxima de esa posible arbitrariedad puede venir de la mano de la retroactividad sencillamente porque ésta representa el *summum* de las ficciones jurídicas: la regulación de unos hechos nacidos o generados en un tiempo en el que la norma aún no existía, lo que normalmente hará que se resientan esos otros principios.

A pesar de esas ganancias brindadas por la Constitución, sigue en pie el problema de qué ha de entenderse por retroacción, es decir, el de la fijación del punto a partir del cual la incidencia de una ley sobre hechos y situaciones *del* pasado o *provenientes* del pasado está prohibida. Y sigue en pie porque esto no lo resuelve la Constitución directamente, como resulta normal y hasta lógico. No hubiera sido sensato que el constituyente se hubiera empleado en definir en términos técnicos el alcance del concepto, máxime teniendo en cuenta que el ar-

⁴ En efecto, cada vez con más frecuencia se utiliza la contraposición retroactividad propia e impropia, quedando postergado el uso de los clásicos conceptos de retroactividad de grado máximo, medio y mínimo. Así, las SSTC 126/1987 de 16 de julio, CC II 387/1985 y otras acumuladas; 197/1992 de 19 de noviembre, CCII 1892/1988, 106/1989 y 1883/1989, acumuladas; 205/1992 de 26 de noviembre, CI 1848/1992; 182/1997 de 28 de octubre.

título 9.º.3 se refiere tanto a leyes como a reglamentos. Y tampoco resulta sensato hacer una interpretación de la Constitución con los recursos argumentales alumbrados por la doctrina clásica sobre el principio de irretroactividad, sencillamente por el riesgo que supone el uso de la hermenéutica técnico jurídica para esclarecer un concepto que el constituyente plasmó en la Constitución sin tener en cuenta ese universo teórico nacido para definir el concepto de retroactividad y ponerle trabas al legislador. Es ocioso advertir que no hay «inocencia» en ninguna de las grandes construcciones teóricas que han sido acuñadas al respecto, pues en cada una de ellas va ínsita una particular posición ideológica sobre la medida en que hayan de ser protegidos los derechos adquiridos, noción ésta, por cierto, tan elástica y discutida en cuanto al alcance mismo de su ámbito y límites como lo es la retroactividad. Antes de discutir cuáles sean esos derechos merecedores o no de protección, aquí también se plantea como cuestión previa el problema conceptual de qué haya de entenderse por un derecho «adquirido».

Pues bien, con lo dicho puede bastar para demostrar que el método no puede ser otro que el de interpretar la Constitución en este punto dejando a un lado ese bagaje doctrinal y yendo directamente a la búsqueda del sentido que el constituyente diera a tal expresión; y a la postre, a la *voluntas legis*, en este caso la voluntad del texto constitucional. En este plano, resulta impensable y, por tanto, desechable, la idea de que la Constitución, al referirse a la retroacción de las normas haya manejado un concepto de retroactividad comprensivo de sus distintos «grados» o matices, es decir, un concepto «sofisticado» y complejo dejado al juego de la libre interpretación de los juristas.

Por el contrario, hay que darle a la prohibición del artículo 9.º.3 la dimensión que realmente tiene, como posicionamiento de la Constitución en la defensa de los derechos y principios que el propio precepto cita frente al poder del Estado, lo que reclama una interpretación «política» del precepto. A nuestro juicio esta interpretación pasa por identificar el concepto de retroactividad con la idea-fuerza que tiene de ella la *communis opinio*, su acepción típica y «vulgar», que en verdad es muy simple: la interdicción de «mirar hacia atrás», el principio de buena política de que «el pasado no se debe remover», la voluntad de poner coto a los grandes riesgos que un ilimitado poder retroactivo de las normas puede generar en todas las direcciones⁵.

El gran problema que plantea esa interpretación correcta en clave constitucional, a nuestro juicio es que ese concepto puro o «redondo»

⁵ Vid. algunas reflexiones al respecto en la *op. cit.* «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia...», p. 457.

de la idea de retroactividad (la remoción directa del pasado *real*; la anticipación temporal de la aplicación de la norma a una época en la que aún no había nacido) coincide sólo con uno de los «grados» que la retroactividad puede tener, según la clásica gradación que la doctrina tradicional ha venido manejando al respecto: la retroactividad de grado máximo o «fuerte»⁶. Un grado de la retroacción que, dicho sea de paso, el legislador no suele poner en práctica, tanto por la dificultad de orden político de producir sacrificios escandalosos, inaceptables por la comunidad, como por la propia dificultad técnica o de orden práctico que plantea todo propósito de remover hechos consumados. Todo esto conduce a la paradoja de que la prohibición que la Constitución consagra cubre sólo un pequeño tramo, si bien el más duro y peligroso, de un concepto de retroactividad —ahora monista— que ha estado tradicionalmente diversificado en una serie de grados. La Constitución convierte la retroactividad en un monismo coincidente con el «grado fuerte» y deja fuera de la prohibición y, consiguientemente, del concepto mismo de retroactividad, el gran tramo compuesto por sus grados medio⁷ y mínimo⁸, que es precisamente el gran espacio en el que se libran las contiendas reales y ordinarias sobre la aplicación de las normas en el tiempo. La mayor parte de la idea de retroactividad se disuelve, desaparece del concepto y con ello se genera esa antítesis maniquea que venimos exponiendo: existe la retroactividad (la de grado máximo); sus restantes formas constituyen una «retroactividad impropia», mera «retrospectividad» o, simplemente, tal retroactividad no existe.

Permítasenos decir que nosotros mismos abogamos en su día por esa interpretación, inspirada en la obra maestra de Paul ROUBIER⁹, cuando aún no teníamos a la vista ninguna sentencia del Tribunal Constitucional porque éste aún no las había producido¹⁰. Concluíamos en aquella ocasión con esta afirmación central de nuestra tesis: «en aquellos casos en que la Constitución prohíbe la retroactividad de

⁶ Cuando la norma afecta tanto a la relación jurídica básica como a los efectos jurídicos producidos y ejecutados con arreglo a la normativa anterior.

⁷ Cuando la norma es aplicada a los efectos jurídicos dimanados de la relación jurídica básica que aunque habiéndose ya generado bajo la vigencia de su norma propia hayan de ejecutarse una vez medida la nueva.

⁸ Cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos bajo su vigencia, aunque nacidos de una relación o situación jurídica constituida anteriormente.

⁹ La expusimos en nuestra obra, ya citada, *El principio de irretroactividad...*, pp. 113 y ss. *Vid.* nuevas reflexiones sobre la misma en «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia...», pp. 476, 480 y 500.

¹⁰ La primera Sentencia constitucional que abordó frontalmente el tema de la irretroactividad es la 27/1981 de 20 de julio de 1981 (Ponente, Fernández Viagas) que fue objeto de nuestro comentario en «La irretroactividad de las Leyes en la Constitución de 1978», *REDA*, núm. 31, octubre-diciembre 1981, pp. 718 y ss.

la ley, el concepto de retroactividad se relaciona meramente con la *acción hacia atrás*; para las leyes como para ROUBIER *aplicación inmediata* no es retroactividad»¹¹. Es una realidad que ésta es la interpretación que se ha asentado en la doctrina del Tribunal Constitucional¹² y que se ha ido abriendo paso en la del Tribunal Supremo¹³, mucho menos permeable al abandono de los saberes tradicionales acumulados en su propia jurisprudencia. Con igual o mayor rotundidad, si cabe, se encuentra acogida esta acepción unívoca de la retroactividad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: «Es una regla de principio el que una norma nueva se aplica inmediatamente a los efectos futuros de una situación nacida bajo el imperio de la regla anterior.»¹⁴.

En este punto, dos precisiones de suma importancia son necesarias, referidas, como es lógico, a la peligrosidad que dimana de tan enjuto concepto de la retroacción prohibida, peligrosidad de la que hay que ser conscientes, pues nunca será válida una teoría, por coherente que ésta sea en el plano formal, si ésta se desentiende al propio tiempo de sus posibles efectos perniciosos.

En primer lugar —y con ello concluiremos este epígrafe— hay que decir que aunque al juez o al aplicador jurídico en general puede ir

¹¹ F. LÓPEZ MENUDO: *El principio de irretroactividad*, op. cit. p. 65.

¹² SSTC 9/1981 de 31 de marzo, R. amp. 107/1980; 32/1981 de 28 de julio, R. amp. 113/1980; 19/1982 de 5 de mayo, R. amp. 398/1981, *Fto. Jur.* 3; 43/1982 de 6 de julio, R. amp. 164/1980, *Fto. Jur.* 1.º; 63/1982 de 20 de octubre, R. amp. 17/1982, *Fto. Jur.* 3; 80/1982 de 20 de diciembre, R. amp. 160/1982, *Fto. Jur.* 1 y 2; 66/1983 de 21 de julio, R. amp. 393/1982; 42/1984 de 23 de marzo, R. amp. 314/1983; 91/1986 de 2 de julio, R. amp. 897/1985; todas ellas relacionadas con la retroacción de la Constitución misma. Respecto a las Leyes ordinarias, SSTC 8/1982 de 4 de marzo; 6/1983 de 4 de febrero; 41/1983 de 18 de mayo; 51/1983 de 14 de junio; 42/1986 de 10 de abril, CI 131/1995; 108/1986 de 29 de julio, R.I 839/1985; 32/1987 de 12 de marzo; 126/1987 de 16 de julio, CCII 377/1985 y otras acumuladas; 188/1988 de 17 de octubre, CI 1169/1985; 227/1988 de 29 de noviembre, sobre la Ley de Aguas (diversos recursos y cuestiones de inconstitucionalidad acumulados); 97/1990 de 24 de mayo, CCII 615/1985 y 1314/1987, acumuladas; 167/1990 de 5 de noviembre, R. amp. 1451/1987; 199/1990 de 10 de diciembre, R. amp. 1177/1988 y 1178/1988 (acumulados); 210/1990 de 20 de diciembre, CI 834/1995; 205/1992 de 26 de noviembre CI 1484/1992; 17/1999 de 22 de febrero, R. amp. 3962/1996.

¹³ Como advertimos en el texto, la doctrina del TS ha evolucionado hacia la consideración de la retroactividad como equivalente a la de grado máximo, siendo, las de grado medio y mínimo siempre «aplicación inmediata», doctrina aplicada a casos que versaban sobre meras órdenes ministeriales y ordenanzas: SSTS 30 de septiembre de 1986 (*Ar.* 4880); 6 de octubre de 1986 (*Ar.* 5253); 6 de octubre de 1987 (*Ar.* 6726); 18 de marzo de 1995 (*Ar.* 2500); 15 de abril de 1997 (*Ar.* 3086); 17 de mayo de 1999 (*Ar.* 3988); 15 de noviembre de 1999 (*Ar.* 9300 y 10039); 18 de junio de 2001 (*Ar.* 8744); 7 de junio de 2000 (*Ar.* 5101); estas dos últimas relativas a la aplicación de leyes. Abundaremos más adelante sobre el problema de la equiparación entre leyes y reglamentos a estos efectos.

¹⁴ STJCE de 10 de julio de 1986, 278/1984, asunto «Licata contra Comité Económico y Social». Aplica esta doctrina el Tribunal tanto a las normas sustantivas como procedimentales (S. 6 de julio de 1993, asuntos C-121/1991 y C-122/1991, Control BV y TCT Benelux BV contra Comisión), aspecto este último que bien nos gustaría discutir aquí si ello fuera posible.

dirigida una prohibición de dar un efecto retroactivo a las leyes, a la hora de interpretarlas y aplicarlas, prohibición del tamaño de la contemplada en el artículo 2.3. del C.C., es decir, interdicción de cualquier efecto retroactivo, no es posible gravar con la misma carga al legislador. No es concebible que ninguna Constitución, en el marco regulador del principio de retroactividad, limite el poder de la ley de accionar hacia el futuro por muchas implicaciones que esta acción pro-futuro tenga con el pasado. La Constitución prohíbe y hace responder al legislador de sus acciones que miran directamente al pasado y en ello consiste toda la carga que ha de soportar el principio de irretroactividad. Tradicionalmente, tal principio ha tenido que soportar cargas excesivas, saliendo a escena ante toda situación en la que la ley, aun accionando hacia delante, ha incidido sobre expectativas, sobre derechos en formación, o ha modificado el régimen jurídico de los derechos ya adquiridos; de ahí que el propio concepto de la retroactividad haya tenido que ser necesariamente amplio, para dar cabida tanto a la retroactividad pura y genuina (la de grado «fuerte») como a esas otras formas de incidencia de la norma sobre las relaciones y situaciones jurídicas vivas y no agotadas. De ahí también la imbricación entre irretroactividad y derechos adquiridos y el relativismo y la enorme carga polémica que ha gravitado desde siempre sobre ambos conceptos.

Sentado lo anterior podemos decir que la Constitución, aun habiendo restringido en algunas materias el poder de la ley de dar a sus normas fuerza retroactiva, al propio tiempo ha aligerado de peso el principio de irretroactividad dado que a éste sólo le concierne ya lo que suponga una acción legislativa *in peius* que remueva un estado de cosas del pasado. A partir de ahí cualquier otra lesión injusta que la «aplicación inmediata» hacia el futuro de una ley produzca en su choque con las relaciones en curso habrá de ser medida y en su caso reparada a través de otros principios constitucionales concomitantes (seguridad jurídica, confianza legítima, interdicción de la arbitrariedad, etc.)¹⁵. En este punto es obligado remarcar la función complementaria y combinada de esos principios, tal como lo expresara la primera sentencia constitucional sobre el principio de irretroactividad:

¹⁵ Así, entre otras, STC 126/1987 de 16 de julio; 150/1990 de 4 de octubre, RRII 243 y 257/1985; 197/1992 de 19 de noviembre, CCII 1892/1988 y 1096-1883/1989; 173/1996 de 31 de octubre, CCII 3563/1993 y otras acumuladas; 273/2000 de 15 de noviembre, CI 565/1994: «Afirmar que las normas tributarias no se hallan limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactividad establecida en el artículo 9.º.3 CE... no significa que su legitimidad constitucional no pueda ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios constitucionales, señaladamente, en lo que aquí interesa, el de seguridad jurídica.»

«Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el artículo 9.º.3 de la Constitución legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad no son compartimentos estancos sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás¹⁶».

Entiéndase, pues, que el principio de irretroactividad no constituye la suma de esos otros principios, ni los absorbe, si bien una ley inconstitucional por retroactiva puede ser igualmente atentatoria contra dichos principios y lo normal es que lo sea. Queremos decir, en suma, que la garantía de la irretroactividad de la ley, en los términos previstos en la Constitución, tiene un valor *per se*, autónomo, y ese valor no está sujeto ni a expensas de juicios valorativos que pudieran hacerse desde esos otros principios de carácter sustantivo¹⁷. Así, el principio de irretroactividad, desde estar plagado históricamente de elementos ideológicos y de justicia material que lo han hecho inmanejable, ha pasado a ser, por obra de la Constitución, un principio esencialmente formal. Por tanto, desde la exclusiva perspectiva de este principio, el control de constitucionalidad ha de agotarse en la mera comprobación de si la supuesta ley retroactiva está incurso o no en el ámbito prohibido objetivado en el artículo 9.º.3 de la Constitución.

Como conclusión de esta primera puntualización hay que decir que es posible sostener un concepto estricto de retroactividad, como hemos defendido, en el bien entendido de que en el principio de irretroactividad no se agota el control de constitucionalidad, pues desde esos otros principios complementarios también cabe hacer un control de cualquier ley, aunque los efectos de ésta se proyecten sólo hacia el futuro, o sea, aunque sólo comporten una «aplicación inmediata». Sólo por ello es posible sostener un concepto de retroactividad circunscrito a su «grado fuerte». Y éste es el reto de futuro y el camino a reco-

¹⁶ STC 27/1981 de 20 de julio.

¹⁷ Así lo señalamos desde un principio: «¿cabe fundamentar en la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad, etc., la inconstitucionalidad de los eventuales efectos retroactivos desplegados por una ley concreta? Creemos que la respuesta debe ser negativa, porque el juicio de inconstitucionalidad de una ley por causa de retroactividad sólo debe atender al hecho de si la supuesta ley retroactiva es «sancionadora no favorable» o restrictiva de «derechos individuales»; fuera de estos casos no cabe plantear la inconstitucionalidad de una ley por razón de ser retroactiva. Es indudable que en el campo no prohibido por la Constitución, la retroacción de una ley también puede generar arbitrariedad o atentar a la seguridad jurídica; mas en tales supuestos el control de constitucionalidad no podrá verificarse desde la óptica de la irretroactividad, sino desde aquellos otros principios materiales. Por ello, el principio de irretroactividad de las leyes concretizado en el artículo 9.º.3 de la Constitución tiene, a nuestro juicio, un valor autónomo». Página 718 de la *op. cit.* «La irretroactividad de las leyes...».

rrer una vez que el TC parece tener claro hasta dónde llega y en qué punto se queda el control de las leyes desde la garantía de la irretroactividad.

Un avance en tal sentido hicieron unas primeras Sentencias del TC, aunque sin profundizar en los fundamentos de la solución dada. Son los casos, harto conocidos, de las leyes que anticiparon la edad de jubilación de los Funcionarios, Profesores y Jueces y Magistrados¹⁸; así, tras negar el TC que tales medidas atentaran contra el principio de irretroactividad (pues «*la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros, condicionados o expectativas...*») reconoce no obstante sin una fundamentación jurídico constitucional, repetimos, la oportunidad de que se reconozcan unas compensaciones para que se reparen los efectos causados por una legislación «*no contraria a la Constitución pero creadora de perjuicios difícilmente justificables*». Pero al margen de estos casos anecdóticos se observa cómo en no pocas sentencias el juicio se contrae a la cuestión, ya bien simple, de si los efectos de la norma denunciados por los recurrentes tenían verdadero alcance retroactivo o suponían sólo una aplicación inmediata de la norma, quedando así zanjado el conocimiento y la solución del conflicto, sin dar el paso adicional de seguir ahondando en la posible conculcación de otros principios. Hay que reconocer la importancia del camino abierto en este sentido por el principio de confianza legítima. El fenómeno indicado se detecta con mayor presencia en la doctrina del Tribunal Supremo, lo que es aún más grave dado que en este nivel no cabe que las Sentencias se desentiendan de los efectos nocivos que haya producido una norma reglamentaria aunque ésta «mire hacia el futuro». En este ámbito la controversia sobre la existencia de una lesión no puede quedar zanjada con el simple argumento de que la norma es legal porque no incurre en una retroactividad auténtica o «propia». Pero esto tiene que ver con la segunda precisión que anunciamos más arriba y que pasamos a considerar.

III. LOS REGLAMENTOS EN SU LABERINTO: LA «RETROACTIVIDAD IMPROPIA»

Ese concepto estricto de la retroactividad que venimos utilizando es asimismo sostenible desde otro bien entendido de importancia aún mayor que el anterior. Sencillamente, que el concepto de retroactividad inherente a la prohibición establecida por la Constitución para las

¹⁸ SSTC 108/1996 de 26 de julio; 99/1987 de 11 de junio; 70/1988 de 19 de abril.

leyes no sirve para el llamado «principio de irretroactividad de los Reglamentos». Ya advertimos de esto en su día al señalar la absoluta necesidad de distinguir nítidamente tres planos en dicho principio o, dicho de otro modo, tres versiones del mismo acusadamente diferentes: como mandato dirigido al juez; como límite para el legislador; como límite de la potestad reglamentaria¹⁹.

En esta línea hemos señalado que el principio de irretroactividad no sólo está montado sobre un concepto *multívoco* (la equivocidad del concepto mismo), sino además *multifacético* es decir, su comportamiento desigual según el plano en el que haya de operar. Incluso es distinguible un cuarto plano: el de la retroactividad de la propia Constitución²⁰; y aún más, un quinto plano en el de los actos administrativos.

De todos ellos, el de más difícil manejo, con mucho, es el principio de irretroactividad de los reglamentos. Ya lo era con anterioridad a la Constitución de 1978, pues careciendo entonces de apoyo jurídico positivo era indudable que no podía regirse por lo dispuesto en el artículo 2.3. del Código Civil, ni en su vertiente de mandato dirigido al juez (pues resulta quimérico predicar que los reglamentos no puedan tener el más mínimo efecto retroactivo) ni como reconocimiento de un poder omnímodo de retroaccionar, hipótesis ésta de aceptación harto problemática en relación con las leyes formales mismas, como hemos visto.

La Constitución, su fórmula contenida en el artículo 9.º3, tampoco produce la igualación del principio de irretroactividad para leyes y reglamentos; es decir, no propicia la confusión de esos dos planos sencillamente porque eso es imposible dada su distinta naturaleza y el diferente alcance que pueden desarrollar ambos tipos de normas; y ello aunque en el término «disposiciones» de dicho artículo estén comprendidos tanto leyes como reglamentos, según sostuvimos desde un principio y se halla consolidado en la jurisprudencia. Sólo en una parte de la garantía existe una zona secante, común a leyes y reglamentos. Está muy claro que el artículo 9.º3 de la Constitución, como no podría ser de otro modo, se ocupa prioritariamente de la ley y a ella va dirigida principalmente una prohibición que, precisamente por ser la Ley su destinataria, ha de interpretarse en términos estrictos. Si la ac-

¹⁹ *El principio de irretroactividad...*, p. 61 y ss.

²⁰ *Vid.* esta vertiente en F. LÓPEZ MENUDO, en «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia...», *op. cit.* pág. 461, y un análisis de la retroactividad de la Constitución misma en págs. 463 y ss. Asimismo puede verse mi estudio «La eficacia en el tiempo de los derechos fundamentales» en la obra colectiva de las X Jornadas de Estudio, *Introducción a los Derechos fundamentales* de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, Vol. II, pp. 1219 y ss.

ción del legislador tuviera que sufrir los límites que sí cabe imponer a los reglamentos, el poder legislativo quedaría desprovisto de la fuerza política que le es propia, maniatado y condenado a inhibirse contemplando, sin tocarlas, las relaciones jurídicas nacidas bajo el Derecho anterior. Y si la prohibición que pesa realmente sobre la ley, según la Constitución, fuese la misma para los reglamentos, estaríamos desnaturalizando la figura de éstos y desconociendo sus límites generales, que, como bien es sabido, difieren considerablemente de los límites formales y sustantivos que son predicables de las leyes. Lo que está prohibido para éstas en el artículo 9.º.3 es evidente que está también prohibido para los reglamentos y solamente en esto se produce la coincidencia de ambos planos; pero sobre los reglamentos siguen pesando prohibiciones de las que está exenta la ley y que tienen que ver o no con la interdicción de la retroacción de las normas. Así, descartada la posibilidad de que los reglamentos puedan desplegar unos efectos retroactivos de «grado fuerte» al igual que las leyes el llamado «principio de irretroactividad» que se predica de aquéllos se dilucida en el tramo compuesto por las llamadas retroactividades de grados «medio y mínimo», es decir, en la afirmación o negación dogmática de que un reglamento pueda accionar libremente «hacia el futuro» sin incurrir nunca en ilegalidad; y aquí radica la dificultad de fijar el alcance de la prohibición cuando de los reglamentos se trata. En la práctica, el problema se plantea con toda frecuencia: ¿Puede un reglamento u ordenanza disponer, sin un claro apoyo legal previo, si a partir de su entrada en vigor, e incluso más adelante, ha de quedar reducido el aforo de una sala de cine, o modificadas las instalaciones de antenas de telecomunicación, o las características y dimensiones que han de tener obligatoriamente las clínicas odontológicas?²¹ La jurisprudencia del TS es absolutamente aleatoria ante estas cuestiones ordinarias, lo que prueba la dificultad de resolverlas con instrumentos rígidos y estereotipados.

Queda claro, pues, que cuando la doctrina y la jurisprudencia proclaman con el énfasis característico la imposibilidad de que los reglamentos desplieguen efectos retroactivos y la noción de retroactividad que se utiliza es la misma a la que se refiere el artículo 9.º.3 de la Constitución —la que está prohibida a las leyes— se está diciendo en realidad bien poco o algo que no se supiera de una manera palmaria; y en realidad, se está dando con ello auténtica patente de corso a la potestad reglamentaria, aunque ello no esté en las intenciones de quienes suelen poner tanto acento en la proclamación de la garantía. El

²¹ *Vid.* al respecto, por ejemplo, las SSTS de 17 de julio de 1987 (Ar. 7523), 23 de mayo de 1989 (Ar. 4062) o 18 de junio de 2001 (Ar. 8744).

verdadero problema no se encuentra ahí sino en la posibilidad o no de trasladar ese cacareado principio al terreno donde se plantean todas las dificultades para su desenvolvimiento, esto es, el terreno de las retroactividades «blandas» que no obstante suponen casi siempre un fuerte impacto, al menos en el modo de ejercitar hacia adelante los derechos o relaciones constituidas con anterioridad y que venían rigiéndose de otra forma. ¿Pueden hacer esto los Reglamentos sin conculcar el principio de irretroactividad?

En sede teórica de tal principio, entendido éste en su sentido tradicional, parece que no; y así se deduce de la opinión de los autores que profundizan en el contenido y alcance mismo del principio –lo que no es frecuente– y de un número de Sentencias cuya lista sería interminable²², con lo cual parece que se está por aceptar, directa o indirectamente, que el principio de retroactividad referido a los reglamentos no es el mismo que rige para las leyes, o sea, que los reglamentos sí pueden reputarse retroactivos aunque accionen «hacia adelante»; esto es, que aquí el concepto de retroactividad no está limitado a la de su «grado máximo».

Esa postura doctrinal podría resumirse en la idea de que los reglamentos sólo pueden desplegar efectos retroactivos en la medida en que estén habilitados para ello por las leyes, y que estas inmisiones cuasi-ablatorias en la regulación de los derechos son cuestiones reservadas a la ley.

Mas lo cierto es que este tipo de acciones son realizadas por los Reglamentos y Ordenanzas con toda frecuencia y que no es tampoco escaso el número de pronunciamientos judiciales que reconocen la legitimidad de estas operaciones, afirmando que lo prohibido a los Reglamentos es «accionar hacia atrás», mas no en lo futuro, porque esto no constituye retroactividad²³. En esto se detecta la influencia, ca-

²² Valgan a título de ejemplo las STSJ de Santa Cruz de Tenerife de 24 de enero de 2001 (RJCA 1341) y las SSTS de 29 de julio de 1986 (Ar. 6912); 14 de febrero de 1986 (Ar. 1582); 5 de febrero de 1987 (Ar. 509); 11 de marzo de 1987 (Ar. 3621); 25 de junio de 1987 (Ar. 4286); 17 de julio de 1987 (Ar. 7523); 23 de mayo de 1989 (Ar. 4062); 21 de julio de 1989 (Ar. 6065); 27 de diciembre de 1989 (Ar. 10418); 6 de septiembre de 1991 (Ar. 8533); 8 de noviembre de 1991 (Ar. 8834); 28 de enero de 1995 (Ar. 6030); 16 de septiembre de 1998 (Ar. 7181).

²³ Además de las SSTS ya citadas más arriba al hablar del acogimiento por el TS de la doctrina de la «eficacia inmediata» no constitutiva de retroactividad, pueden añadirse aquí las Sentencias del TSJ de Murcia de 12 de abril de 1995 (RJCA 243); TSJ de Navarra de 11 de junio de 1997 (RJCA 1188) y 13 de junio de 1997 (RJCA 1192); SSTS de 29 de marzo de 1980 (Ar. 986); de 29 de marzo de 1982 (Ar. 1301): «Se puede otorgar efecto retroactivo a los reglamentos, al no hallarse prohibido por el ordenamiento legal básico y siempre que no tenga un carácter sancionador no favorable o restrictivo de derechos individuales»; de 20 de mayo de 1987 (Ar. 5822): «Las decisiones jurisprudenciales han ido decantándose en el sentido de superar la primera y simplista posición de partida consistente en negar tal retroactividad para llegar a la de que los Reglamentos, al igual que las Leyes, pueden ser retroactivos...»; 30 de marzo de 1987 (Ar. 3955); 5 de diciembre de 1987 (Ar. 9366); 2 de febrero de 1990 (Ar. 1259); 30 de mayo de 1991 (Ar. 5104); 6 de septiembre de 1991 (Ar. 8533); 9 de abril de 1992 (Ar. 3438); 22 de junio de 1994 (Ar. 5092); 25 de noviembre de 1997 (Ar. 8642); 16 de septiembre de 1998 (Ar. 7181).

da vez más poderosa, del concepto de retroactividad acuñado por el TC. A propósito de esta influencia, diremos, aunque sea de paso, cómo las sentencias de los tribunales ordinarios suelen lucir cada vez más a menudo aseveraciones e incluso pasajes enteros de las Sentencias constitucionales. Esta importación de la doctrina constitucional, paulatinamente va desplazando del Tribunal Supremo la vieja tónica con la cual se resolvían los casos concretos; y ha de ser acogida con la mayor de las reservas puesto que el plano en el que ha de situarse el TC –el de las leyes– para hacer sus pronunciamientos sobre el alcance del principio de irretroactividad, no es el mismo plano que corresponde a los jueces y tribunales ordinarios ya que los casos que éstos enjuician se refieren a Reglamentos y éstos, como venimos diciendo, se encuentran en otro plano y requieren otro tratamiento por cuanto son distintos sus límites generales, como también es distinto lo concerniente al propio principio de irretroactividad cuando juega en esta sede. Queremos decir que, tratándose de reglamentos, el problema de su retroactividad prohibida no puede quedar «despachado» con el automatismo con el que pueden quedar zanjados los problemas de esta índole que plantean las leyes, es decir, con el argumento de que sus normas son válidas si no remueven el pasado. Aquí se detecta uno de los problemas más graves que viene planteando la jurisprudencia en general cual es la inflación argumentativa de las sentencias, la invocación exhaustiva de «precedentes», la transcripción prolija de sus pasajes –aquí, el nuevo fenómeno de las bases de datos facilitadoras de información y transcripción– que hacen el razonamiento absolutamente largo y espeso y en muchos casos incongruente, dado que con toda frecuencia los presupuestos de hecho de tales «precedentes» no son los mismos de los del caso enjuiciado. Esta reflexión general podemos trasladarla perfectamente al tema que nos ocupa, con los efectos resultantes que hemos señalado.

Ha quedado ya dicho que la Constitución, con la fórmula sintética utilizada en su artículo 9.º.3, no ha resuelto por entero la prohibición de retroaccionar referible a los reglamentos. Quedan éstos en paridad con la Ley en cuanto al ámbito de las disposiciones sancionadoras *in peius* y la interdicción de retroaccionar en el «grado fuerte» en lo que atañe a las «disposiciones restrictivas de derechos individuales»; pero esa paridad no cubre las restantes limitaciones que pueden predicarse de los reglamentos. Hay que insistir. Debe notarse que, en puridad, fuera de los dos círculos antes mencionados –sancionador y restricción de «derechos individuales»– el artículo 9.º.3 no le impone a la Ley ningún límite en cuanto a su posible retroacción, pudiendo el legislador dotar a sus normas de toda la fuerza retroactiva que desee sin incurrir por ello en causa de inconstitucionalidad por violación, al menos, del principio de irretroactividad. Pues bien, sin perjuicio de

que abundemos más adelante sobre este punto crucial del tema, lo cierto es que parece absolutamente descartable que un reglamento pueda ser equiparado a la Ley en este punto.

También hemos dicho que el artículo 2.3. del Código Civil ni ha resuelto ni sirve para resolver el tema de la retroactividad o no de los reglamentos, a los que ni siquiera menciona. Tradicionalmente ha faltado en nuestro Derecho positivo una norma con rango legal que inequívocamente hubiera establecido algún principio expresivo de lo que por otra parte la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria ha venido postulando sobre la retroactividad de las normas reglamentarias. Tan sólo el artículo 45.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo suministró algún apoyo; pero al estar referido dicho precepto a los actos administrativos no hizo más que abrir una estéril polémica sobre si los reglamentos estaban incluidos o no en la prohibición y con ello el clásico tema de la distinción entre actos y reglamentos, dando pie incluso a alguna interpretación favorable a la retroactividad de los reglamentos, dado que la Ley no se había ocupado de restringir la de éstos y sí en cambio la de los actos.

Lamentablemente, la Ley 30/1992 de 26 de noviembre (LPAC) no ha estado en este punto a la altura del problema que estamos considerando. Ha sido el primer texto legal que se ha ocupado de la irretroactividad de los reglamentos habiendo desaprovechado la oportunidad de ahondar en un tema para el que contaba con toda suerte de antecedentes expresivos de su gran complejidad. La Ley, sin embargo, en su artículo 62.2 se limita a decir que «*también serán nulas de pleno derecho las disposiciones,, que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*». Supone ello una clara repetición del artículo 9.º.3 de la Constitución que, aparte de anodina, resulta absolutamente perturbadora puesto que la prohibición—concebida por la Constitución para la Ley— queda ahora delimitada por la Ley que disciplina esa faceta de la potestad reglamentaria en unos términos inaceptables. Si la ausencia en la Constitución de un régimen preciso y completo sobre la irretroactividad de los reglamentos es algo absolutamente comprensible y excusable, no puede decirse lo mismo de una Ley llamada a perfilar en su nivel el régimen jurídico de las normas inferiores. Para decir lo que dice la Ley 30/1992 hubiera sido preferible que no hubiese dicho nada y que los aplicadores jurídicos operasen desde el artículo 9.º.3 como punto de partida, abierto a las restricciones adicionales que una Ley hubiera podido imponer o, en ausencia de Ley, lo que la jurisprudencia hubiese ido alumbrando. Pero el artículo 62.2. de la Ley 30/1992 no es un punto de partida, sino de llegada, y siendo una norma prohibitiva, sus vacíos o lagunas no pueden ser interpretados sino como permisiones. La inoportunidad del precepto es clara en el sentido indicado, pe-

ro, además, su inutilidad en lo que trata de regular es clamorosa, pues para limitarse a señalar que son nulas de pleno derecho las disposiciones retroactivas en los casos que menciona, idénticos a los de la Constitución, hubiese bastado con la previsión con la que arranca el precepto: «*También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución...*».

De cuantas cuestiones se concitan en torno al principio de irretroactividad, en general, todas ellas de notable dificultad, ninguna de ellas tan crucial ni tan difícil como la que encierra la siguiente pregunta: ¿Cuál es el ámbito de la retroactividad prohibida que cabe aplicar a los reglamentos? Si convenimos en que tal prohibición es más amplia que la que pesa sobre la Ley (prohibición de retroacción dura o de «grado máximo») y menos intensa que la que obliga al aplicador jurídico (no dar a la norma ningún efecto retroactivo) tenemos que concluir diciendo que la frontera de lo prohibido tendrá que hallarse en algún punto que ha de estar inscrito en el tramo comprendido por las retroactividades de grado medio y mínimo. ¿Y en qué lugar exactamente? ¿Cabe, acaso, afirmar de un modo apriorístico que lo que está vedado al reglamento es la retroactividad en sus grados máximo y medio pero no en la del grado mínimo? Tal sería un apriorismo artificioso, absolutamente insostenible y a contracorriente con la realidad pues ésta nos muestra a diario la aparición de reglamentos que modifican «hacia adelante» la regulación de los más variados asuntos y sin que sus efectos retroactivos «blandos» tengan apoyo necesariamente en una habilitación legal expresa.

A nuestro juicio, la conclusión es que ningún punto de esos intermedios que fuera escogido apriorísticamente serviría para cimentar en él la fijación de un hito, de un límite que señalara la divisoria de lo permitido y lo prohibido a efectos generales. Todo depende en gran medida de la materia regulada. El límite que pudiera fijarse a los reglamentos que versaran o rozaran el derecho de propiedad no sería el mismo que podría establecerse en la regulación de unas licencias, o de unas subvenciones, o en materia funcionarial, o en el amplio campo de los servicios públicos. Cada uno de estos sectores tiene su propia dogmática, sus defensas más o menos permeables frente al poder regulador de las normas, máxime si éstas llevan consigo el arma incisiva de la retroacción —aunque ésta sea de las «blandas»— y aún más si tales normas sólo tienen rango reglamentario. En suma, la necesaria distinción previa de si el reglamento se encuentra habilitado o no por la ley, o la de si se mueve o no en el campo de la reserva de ley, pone ya de entrada unas disyuntivas que impiden hacer afirmaciones unívocas sobre el principio de irretroactividad de los reglamentos.

El corolario de cuanto precede no puede ser otro que la imposibilidad de predicar un «principio de irretroactividad de los reglamentos»

de contenido preciso y validez universal, sencillamente porque no resistiría la prueba en su roce con la realidad cotidiana. Los reglamentos están atrapados en el laberinto de las «retroactividades impropias». Ya explicamos esto en su día: la insuficiencia o incapacidad explicativa de ese principio para poder erigirse en un límite específico de la potestad reglamentaria, sin dejar de reconocer que como toda regla jurídica, la de la irretroactividad de los reglamentos tiene un núcleo de verdad innegable, verdad que se revela fundamentalmente en aquellos supuestos en que el reglamento acciona formal y materialmente «hacia atrás», supuesto éste —excesivo y extraño, por cierto— que no puede ser válido para fijar la posición general de los reglamentos respecto al problema de la retroactividad, ni mucho menos como supuesta fórmula o instrumento seguro de fiscalización de la potestad reglamentaria²⁴. Un reglamento puede rebasar sus límites naturales aun accionado sólo hacia delante y pudiera no ser arbitrario aunque accionara sobre lo pasado. El posible abuso de la potestad reglamentaria no está en la mera utilización de la retroactividad sino en las arbitrariedades que la retroacción —«dura» o «blanda»— pueda producir. Por ello propugnábamos en su día la disolución del «principio de irretroactividad de los reglamentos» y su sustitución por una regla inversa, más osada en lo formal pero más garantizadora y realista en lo sustancial: los reglamentos pueden ser retroactivos siempre que no infrinjan sus límites formales y sustanciales, realzándose en este sentido el valor de los Principios Generales del Derecho como suministradores de criterios materiales válidos para controlar los excesos reglamentarios de cualquier tipo²⁵. Así lo dijimos y no creemos que quepa retractación alguna de lo dicho: «no es posible acuñar un concepto de retroactividad en el ámbito de la potestad reglamentaria, sencillamente porque ese supuesto principio de irretroactividad de los reglamentos no tiene sustancia»²⁶.

Es comprensible que esta tesis, por su inevitable apariencia iconoclasta, por el derribo que supone de un mito tan consolidado, por el *horror vacui* que inspira ante la pérdida de una garantía formal al menos aparente, no ha sido compartida por ciertos autores, algunos de los cuales han creído ver, equivocadamente desde luego, una postura defensora del poder de la Administración a la par que debilitadora de las garantías de los ciudadanos, sin pararse a comprender que el tan renombrado «principio de irretroactividad de los reglamentos» con toda su carga interna de equivocidades, relativismos y

²⁴ «El principio de irretroactividad...», *op. cit.*, p. 337.

²⁵ *Ídem*, p. 340.

²⁶ *Ídem*, p. 69.

elasticidades no ha sido más que una pseudogarantía, un instrumento absolutamente propicio para el uso alternativo del Derecho y, con su riquísima tópica formal, una pantalla que ha cerrado el paso a una fiscalización de los reglamentos desde controles sustantivos. Sin duda, hay que respetar las razones de los defensores de la validez y oportunidad de la existencia de tal principio pero a esa misma doctrina habría que exigirle que concretase exactamente el punto en el que quedaría establecida la prohibición o, dicho de otro modo, el concepto de retroactividad que se maneja, máxime teniendo en cuenta que la doctrina más opuesta al fenómeno de la retroacción legal es la que normalmente predica un concepto de retroactividad más amplio. Quizás, a la hora decisiva de descender a esa concreción, el tal principio convenciera de que es inmanejable. Ya hemos dado cuenta de ello más arriba mostrando la disparidad de soluciones que se observa en la doctrina del Tribunal Supremo, al servicio del caso concreto.

IV. DERECHOS INDIVIDUALES Y ¿RESURRECCIÓN DE LOS *IURA QVAESITA*?

No podríamos concluir esta impronta sobre el principio de irretroactividad sin considerar otro aspecto esencial de la garantía que en verdad constituye la premisa mayor de toda la institución y que posiblemente sea, paradójicamente, el más incierto y peor tratado de sus aspectos, a excepción, claro es, del tema de los reglamentos que se lleva la palma de lo más oscuro en el tema que nos ocupa, como hemos señalado. Se trata del elemento material de la institución: el ámbito material prohibido. Ya hemos considerado su elemento formal (el concepto mismo de retroactividad); ahora procede delimitar el área sustantiva de la prohibición: «las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales».

En cuanto al ámbito sancionador podemos decir que las cuestiones fundamentales se hallan suficientemente resueltas, y sólo algunos aspectos secundarios o de detalle son susceptibles de alguna controversia. La fuerza de la garantía de la irretroactividad *in peius* de la norma sancionadora le ha dado una elevación al principio que prácticamente deja a cubierto, a favor del inculpado, todos las posibles dudas que pudieran ofrecerse en este terreno. Queda clara la unicidad del principio tanto para leyes como reglamentos, la extensión del mismo a las normas procesales y demás adjetivas en el ámbito sancionador y si acaso queda alguna zona de incertidumbre ésta se refiere al deslinde de las medidas que constituyen propiamente ejercicio del *ius puniendi* y de otras que aunque de carácter aflictivo (por

ejemplo, las penas contractuales) sólo en apariencia son sanciones represivas²⁷.

Mayor complejidad plantea la retroactividad de la norma sancionadora *in bonus*, garantía ésta mucho más incierta que la anterior, comenzando por el hecho de que no está expresamente contemplada en el artículo 9.º.3 de la Constitución, si bien unas Sentencias tempranas del TC precipitaron la consagración de la garantía, bien mediante una interpretación *a contrario sensu* del artículo 9.º.3 –interpretación discutible, a nuestro juicio–, bien con el refuerzo añadido de lo dispuesto en el artículo 17.1 del texto constitucional²⁸.

Además del problema principal de si es un imperativo constitucional que el legislador, o el aplicador jurídico en caso de silencio de la norma, dé o no fuerza retroactiva a las disposiciones sancionadoras *in bonam partem*, se plantean no pocos problemas respecto al propio concepto de «norma más benigna»; sobre la extensión o no de la garantía a las normas adjetivas, o las que establecen reglas más beneficiosas sobre la suspensión o la prescripción; sobre su posible extensión o no a la potestad disciplinaria de la Administración, y algunas más. No es ocasión de ocuparnos aquí de tan extensa materia.

Pero ninguna de estas dudas posibles es comparable con la que plantea lo que haya de interpretarse por «*disposiciones restrictivas de derechos individuales*», cláusula ésta que ya no mira como la anterior al exclusivo campo del Derecho sancionador sino al amplio horizonte del Derecho entero.

Toda tarea interpretativa que se aborde para desentrañar el alcance de tal expresión no debe prescindir de dos datos de partida absolutamente cruciales. El primero de ellos es que todo intento para delimitar cuál sea el ámbito material cubierto por la expresión «derechos individuales» no debe hacerse sin tener en cuenta al propio tiempo el concepto de retroactividad que se utiliza. Si se parte de su sentido «fuerte» o de grado máximo, ello hará propicia una interpretación amplia del concepto «derechos individuales». Por el contrario, si por retroactividad se entiende, como tradicionalmente se ha venido entendiendo, cualquiera de sus grados, es obvio decir que entonces el ámbito de los «derechos individuales» tendrá que ser muy reducido, pues lo contrario supondría la congelación pura y simple de todo el Derecho comprendido en el campo delimitado. Gráficamente podemos decir que si de ese par de conceptos uno de ellos se estira, no será esto posible si a la par no se procede a la reducción del otro. No operar

²⁷ A propósito de esta distinción ver la importante STC 319/1993 de 27 de octubre, CI 2111/1988 sobre la Ley andaluza 8/1984 de 3 de julio, de Reforma Agraria.

²⁸ *Vid.* «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional», *op. cit.*, pp. 484 y ss.

de tal modo llevará siempre a una tesis desequilibrada y al cabo insostenible.

El segundo factor a tener en cuenta es la posición excepcional que la Constitución española ocupa en cuanto al tratamiento de la garantía de la irretroactividad, su singularidad en el panorama del Derecho constitucional comparado y su «principio político», esto es, la especialidad de los valores que pretende defender a través de esta garantía. En todo caso el intérprete ha de ser consciente y no perder nunca de vista que esta garantía instaurada por la Constitución, por reducida que pueda parecer, supone un preciado *plus* y por ello no puede ser «estirada» voluntaristamente, como podría hacerse quizás con una norma de otro nivel. Sin ir más lejos, no ha habido en toda nuestra historia constitucional un solo texto de ese rango que se haya «atrevido» a mermar en tal aspecto el poder del legislador, esa manifestación de la soberanía. No es fácil para un texto constitucional atar *ex ante* al legislador sin saberse de antemano si será en el futuro necesario poner en marcha la medida legislativa, retroactiva o no, que sea oportuna en función de la circunstancias. Éstas serán las que hagan buena o mala una norma retroactiva, aunque siempre será aconsejable como principio de prudencia política que, cualquiera que sea la circunstancia, tendencialmente el legislador no propenda a remover el pasado. No nos resistimos a recordar la máxima de Platón en su *Protágoras*: «quien trate de castigar con fruto no hiera a causa del pasado pues lo hecho, hecho está, sino en previsión para el porvenir, al objeto de que el culpable y los que son testigos de sus acciones no caigan en la tendencia de seguir el mismo ejemplo». Está muy claro que pierde su *auctoritas* quien frustra los estados de certeza y seguridad por él mismo generados.

Hay que insistir en la idea apuntada. La excepcionalidad que reviste esta constitucionalización de la garantía exige igualmente una interpretación ajustada a la idea de que no se puede anteponer al poder de la ley cortapisas excesivas, no queridas, sin duda, por la propia Constitución. Por ello, el intérprete no debe ponerse «alegremente» a descifrar el concepto «derechos individuales» en función de su particular creencia o ideología, como tradicionalmente ha ocurrido al ser posible especular en el vacío.

Sentadas las anteriores consideraciones hay que señalar que, básicamente, las interpretaciones posibles de la expresión «derechos individuales» han fluctuado de entre entenderla equivalente a «derechos adquiridos» o a identificarla con alguna parte del Título I de la Constitución o con este mismo Título en su integridad.

Comprobaremos más adelante que la supuesta equivalencia de los «derechos individuales» con los «derechos adquiridos» ha quedado *formalmente* descartada por la jurisprudencia constitucional. Y deci-

mos formalmente porque, como hemos de ver, apreciamos en esa jurisprudencia y sobre todo en la del Tribunal Supremo un resurgimiento silencioso y soterrado de la defensa de los derechos adquiridos que, sin parecernos bien o mal, es en todo caso un efecto que no se hallaba previsto en la Constitución ni en los primeros planteamientos de las Sentencias del TC. No es de extrañar; los *iura quaesita* han demostrado sobradamente su resistencia a lo largo de la Historia, seguramente porque están inscritos en la esencia misma de la naturaleza humana.

Hay que notar que esa hipotética ecuación derechos individuales = derechos adquiridos sí sería válida en el campo de la irretroactividad de los reglamentos²⁹ pues es consustancial a éstos la prohibición de restringir directamente los derechos ya adquiridos, si bien pueda reconocérseles, a lo sumo, el poder de modificar su modo de ejercicio; pero ésta es una interpretación que surge por vía de los principios y que no encuentra amparo en el artículo 9.º.3 de la Constitución según la interpretación dada al concepto «derechos individuales» por el TC, y por la misma razón tampoco halla fácil apoyo en el artículo 62.2. de la LPAC al haberse limitado éste, insulsamente, a repetir a la letra el citado artículo 9.º.3. Por demás, una tal ecuación, construida al margen del concepto que se desprende de dichos preceptos, tendría que llevar consigo la aceptación de que la única forma de retroactividad prohibida para los reglamentos tendría que ser la de grado máximo lo cual no parece que fuera una tesis suscribible como una regla apriorística y de validez general por la inmensa mayoría de la doctrina. Esto nos pone en evidencia una vez más la necesidad de separar siempre los planos respectivos de leyes y reglamentos y la de construir para éstos, en lo que atañe al principio de irretroactividad, un régimen *ad hoc* que está por hacer.

En lo tocante a las leyes, las primeras sentencias constitucionales irrumpieron «pisando fuerte», erradicando con toda contundencia ese presunto binomio. Es obligado citar en este punto, por su absoluta expresividad y por ser la primera de la serie que le ha sucedido, la STC 27/1981 de 20 de julio:

«Desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión «derechos adquiridos» y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución...».

²⁹ Así, lo proclama explícitamente, por ejemplo, la STS de 8 de noviembre de 1991 (Ar. 8834/1991), poniendo en equivalencia los «derechos individuales» con los derechos subjetivos

El pasaje transcrito aparece profusamente en la jurisprudencia constitucional y ordinaria producida posteriormente. La conclusión derivada de tal interpretación es que no todos los derechos subjetivos, por «adquiridos» que estén (no hay ningún derecho que no sea «adquirido») se encuentran protegidos de una posible acción retroactiva de la ley y en el grado que ésta quiera. En este vasto campo de los derechos adquiridos sites extramuros de la protección, la garantía del principio de irretroactividad no tiene nada que decir y serán otros principios los que, en su caso, hayan de intervenir para atajar desde la Constitución ese ataque. Así lo han proclamado con toda claridad diversas Sentencias constitucionales. Así, la misma que acabamos de referir:

«El principio de irretroactividad del artículo 9.º.3, en cuanto a las leyes, concierne sólo a las sancionadoras no favorables, y a las restrictivas de derechos individuales. Fuera de ello nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno»

... y la 42/1986 de 10 de abril:

«Este Tribunal ha señalado ya en varias ocasiones que la regla antes citada no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo».

Tan terminante o más que el anterior es el pronunciamiento de la STC 150/1990 de 4 de octubre:

«...fuera de las materias respecto de las que el artículo 9.º.3 de la Constitución veta totalmente la retroactividad, es posible que se dote a la ley del ámbito de retroactividad que el legislador considere oportuno, disponiendo éste, por consiguiente, de un amplio margen de discrecionalidad política respecto de la que nada le cumple decir a este Tribunal. Ahora bien... su legitimidad constitucional puede, en efecto, ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva contraría otros principios consagrados en la Constitución, entre ellos, el principio de seguridad jurídica»³⁰.

³⁰ Son numerosos los pronunciamientos de este corte; así también en las SSTC 6/1983 de 4 de febrero CCII 19 y 201/1982, acumuladas); 99/1987 de 11 de junio, RI 763/1984; 150/1990 de 4 de octubre, RRII 243/1985 y 257/1985; 19 de noviembre de 1992, CCII 1892/1988, 1096/1989 y 1883/1989, acumuladas.

Tales pronunciamientos no pueden ser más esclarecedores en el sentido que venimos de exponer, es decir, que la garantía de la irretroactividad sólo cubre una parte de la legislación dejando la otra a expensas de lo que el legislador pueda disponer. Este último extremo —que no supone sino un mero retorno a la situación existente antes de la Constitución— produce cierto vértigo cuando se dice así en positivo y por escrito y, a la postre, no es fácil de asumir. Parece como si se rebelasen los espíritus de los *iura quaesita* expuestos a morir. Así puede apreciarse esto en una ya clásica Sentencia del TC sobre el tema cuya doctrina suele aparecer con frecuencia en muchas otras por su incisividad pero que bien analizada contiene una contradicción desconcertante:

«Hemos señalado en anteriores ocasiones que la Constitución no emplea la expresión derechos adquiridos, que no es posible equiparar el concepto de derecho individual que utiliza el artículo 9.º.3 con el ius quaesitum y, en definitiva, que la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico. Sin quebrantar el principio de irretroactividad sancionado en el artículo 9.º.3 del texto constitucional, el legislador puede variar, en sentido restrictivo y con eficacia ex nunc, el régimen preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución»³¹.

Nótese que la conclusión no concuerda con la premisa mayor pues si en general el *ius quaesitum* no se encuentra protegido por la garantía de la irretroactividad, como sostiene la sentencia, no ha lugar a concluir que el legislador *sólo* pueda incidir en él con eficacia *ex nunc*, es decir, «desde ahora», pues ello parece indicar que no podrá hacerlo con eficacia *ex tunc*, o lo que es lo mismo, que se esté excluyendo la retroactividad de grado máximo para todos los derechos, lo que equivale a dar respaldo a la doctrina de los derechos adquiridos al menos en su núcleo esencial. Dicho de otro modo, a tenor de lo que dice la Sentencia, para cualquier materia la ley sólo podría accionar mediante su «aplicación inmediata» (que no implica retroactividad según la propia doctrina constitucional) y por tanto la retroactividad «auténtica» no existiría como posibilidad legal en ningún caso. Esta contradicción es muy visible en la Sentencia citada pero está instalada también en otras muchas aun sin ser ello tan patente, como enseguida veremos, lo cual

³¹ SSTC 227/1988 de 29 de noviembre, sobre la Ley de Aguas 29/1985 de 2 de agosto, *Fto. Jur.* 9.

supone un avance progresivo e implacable de la siempre resurgente doctrina de los derechos adquiridos, aunque formalmente no se esté reconociendo esto. Si esto ocurre así en sede de la justicia constitucional, bien puede comprenderse lo que ocurre en la doctrina del Tribunal Supremo.

Pero volviendo al planteamiento teórico o formal que ha seguido el Tribunal Constitucional, una vez descartado que la expresión «derechos individuales» equivalga a «derechos adquiridos», el problema queda centrado en precisar cuáles sean los derechos protegidos en el marco del Título I de la Constitución. Hay que traer aquí de nuevo la consideración antes apuntada de que mientras más amplio se considere el ámbito material de lo prohibido, la fuerza de retroaccionar que se reconozca a la Ley ha de ser menor, y viceversa; la dimensión de un elemento depende de la del otro.

En esta línea de razonamiento podría abogarse porque la garantía cubriese todo el Título I («De los derechos y deberes fundamentales») ya que en tal caso, como la única retracción que estaría prohibida sería la de grado máximo, el legislador mantendría un notable poder en disposición ya que respecto a cualquier materia tendría libertad absoluta para conformar la realidad «desde ahora en adelante», lo que podría estimarse suficiente para cumplir los postulados de progreso y demás principios relativos al Estado social contenidos en el artículo 9.º.2 de la Constitución.

El problema que plantea esta hipótesis es que, en primer lugar, el acotamiento de todo el Título I de la Constitución equivale prácticamente a absorber todo el Derecho objetivo, pues resulta realmente muy difícil imaginar algún derecho subjetivo que no sea subsumible de algún modo en alguno de los artículos del Título I; en segundo lugar, tal hipótesis supondría que la retroactividad de grado máximo habría quedado absolutamente erradicada como posibilidad cualquiera que fuese la materia, o sea, que sería inexistente como figura jurídica posible, máxime cuando la acción «hacia el futuro» ni siquiera es reconocida ya con el nombre de retroactividad, según hemos visto. Y esto no representaría otra cosa, al cabo, que la erección de un sistema, al margen de la Constitución, para la defensa de los derechos adquiridos, aunque enfocado de otro modo y sin nombrarlo. Parece claro que la Constitución ni dice ni quiere esto, como resulta de la rotunda letra de las Sentencias de su intérprete supremo, que han quedado transcritas más arriba.

Tempranamente sostuvimos la tesis de que los «derechos individuales» aludidos en el artículo 9.º.3 de la Constitución no podrían ser otros que los contenidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo de dicho Título, cuya rúbrica «De los derechos fundamentales y libertades públicas» había que tomar como equivalente a la fórmula sintética

utilizada en el artículo 9.º.3. No es cuestión de reiterar aquí los diversos argumentos que apoyaban nuestra interpretación³². Ésta vino a respaldarla en buena medida la Sentencia del TC, ya mencionada, 27/1981 de 20 de julio, aunque como ya advertimos en su momento³³ ésta puso en escena una duda absolutamente inoportuna e impropia para una Sentencia que se enfrentaba por vez primera al problema de interpretar la extensión del concepto «derechos individuales»:

«Cuando se trata de la defensa del ordenamiento constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de «derecho individual» no puede confundirse con el ius quaesitum; el 9.º.3 en todo o en parte alude a los derechos fundamentales del Título I».

La expresión «*en todo o en parte*», como reza en el párrafo transcrito, es el símbolo mismo de la duda: una duda fundamental que ha presidido la ejecutoria posterior del TC sobre este punto.

Un estimable quiebro hacia la concreción del ámbito protegido lo dio la STC 42/1986 de 10 de abril, que tras declarar que la regla del artículo 9.º.3 «*no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos las leyes que colisiones con derechos subjetivos de cualquier tipo*», añade:

«De hecho, la expresión restricción de derechos individuales del artículo 9.º.3 ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona».

El pronunciamiento citado es inequívoco, aunque le restan nitidez tanto el uso de esa «idea de sanción» con la que se quiere hacer un símil del término «restrictivas» del propio artículo 9.º.3 aunque infructuosamente ya que «sanción» y «restricción» son conceptos distintos; y sobre todo porque puede mover a una inoportuna asociación con el tema de las sanciones que es el otro ámbito prohibido al que hace referencia el mismo artículo. Por otro lado, esa invocación a «*la esfera general de protección de la persona*» alude a un ámbito material no explicitado en el artículo 9.º.3, y su alcance, a nuestro juicio, tendría que haber sido aclarado. Que hayamos visto, no se ha producido ningún otro pronunciamiento novedoso; un par de Sentencias posteriores se han limitado a reiterar la misma fórmula³⁴.

³² «El principio de irretroactividad en las normas...», *op. cit.*, p. 146.

³³ «La irretroactividad de las leyes...», *op. cit.*, p. 726.

³⁴ SSTC 104/2000 de 13 de abril, RI 2300/1993 y 131/2001 de 7 de junio, CI 3206/1995.

A diferencia de lo ocurrido con otras facetas de las muchas que tiene el principio de irretroactividad, sobre las que los tribunales han venido haciendo infinidad de pronunciamientos repetitivos —señaladamente, sobre el concepto de retroactividad auténtica o «propia»— sorprende el escaso número de Sentencias que se pronuncian sobre esta última cuestión, sin duda la más principal de todas ellas. Sólo respecto de la materia fiscal son numerosas y firmes las declaraciones sobre que dicha materia queda fuera del concepto «derechos individuales»³⁵.

Pero aparte de la materia fiscal la jurisprudencia no ha ido haciendo un deslinde casuístico, materia por materia, con ocasión de los diversos asuntos que se le han ido presentando. Obviamente, no todos esos asuntos han versado sobre cuestiones tributarias; también ha tenido que examinar el TC problemas relativos a derechos funcionariales, pensiones, convenios colectivos, arrendamientos, concesiones administrativas, etc., cada uno de los cuales plantea, como cuestión previa, la necesidad de determinar su pertenencia o no al ámbito de los «derechos fundamentales y libertades públicas». Como bien puede comprenderse, tal deslinde es absolutamente decisivo sobre todo por lo que se refiere a las materias vinculadas al derecho de propiedad (art. 33) y los derechos y deberes que igualmente están contemplados en la Sección 2ª de ese mismo Capítulo de la Constitución, entre ellos el deber de contribuir (art. 31 CE), Sección que, como hemos dicho, no se halla incluida en el ámbito protegido.

Al examinar cualquier controversia en la que esté concernido el principio de irretroactividad creemos que el método a seguir no puede ser otro que el de dilucidar en primer lugar si la materia es incardinable o no en el ámbito de los «derechos individuales»; y sólo en caso afirmativo procedería considerar si la ley en cuestión despliega o no un efecto retroactivo que por su intensidad mereciese o no su calificación como contraria a la Constitución. La coherencia obliga a admitir que si no están en juego «derechos individuales», toda especulación que se haga luego sobre el concepto de retroactividad, sus grados, etc. no sólo es superflua sino altamente contraria al rigor con el que debe ser tratado el principio constitucional. De algún modo se traiciona el sentido y alcance del principio de irretroactividad de la ley cuando las Sentencias, bien por inadvertencia, o por mimetismo, o por la razón

³⁵ SSTC 1987 de 16 de julio; CCII 377/1985 y otras acumuladas; 150/1992 de 4 de octubre, RRII 243/1985 y 257/1985; 197/1992 de 19 de noviembre; CCII 1892/1988, 1096/1989 y 1883/1989, acumuladas; 31 de octubre de 1996, CCII 3563/1993 y otras acumuladas; 273/2000 de 15 de noviembre, CI 565/1994: «las normas que imponen cargas tributarias con base en lo dispuesto en el art. 31.1 no son por definición disposiciones 'restrictivas de derechos individuales' en el sentido del referido art. 9.º 3 CE.»

que sea se entregan a hacer disquisiciones, sin tener por qué, sobre las formas y modos de la retroacción, pues ello no supone otra cosa que una tácita aceptación de que la materia está inserta en el círculo protegido.

Lo que acabamos de decir no es una suposición; es algo perfectamente comprobable en la doctrina constitucional y, desde luego en la del Tribunal Supremo, donde el mimetismo argumentativo de la jurisprudencia del TC supone en muchos casos, como hemos visto, un trasplante inadecuado. ¿Cuál es la razón de que el método de razonar y resolver no siga las pautas que acabamos de apuntar? Nos parece que la respuesta es la siguiente.

Resolver un asunto usando exclusivamente el concepto de retroactividad, o sea, observando la serie de efectos emanados de la norma de que se trate y calificando cuáles de ellos tienen efectos retroactivos y en qué grado, es una operación que tiene sus dificultades técnicas; pero en sí misma, dada su índole puramente mecánica o formal, no supone una declaración «comprometida». Por el contrario, toda declaración de si un derecho o una materia entra o no en la categoría del «derecho individual» supone siempre la explicitación de algo resonante y expuesto a la polémica, como ocurre con todas las cuestiones de fondo, máxime si tienen el calado de lo que aquí estamos considerando. Si a esto añadimos la considerable simplicidad que ha alcanzado el dualismo «retroactividad propia» e «impropia», bien se explica la proclividad de los tribunales a resolver tirando por este atajo técnico, más «limpio» y descomprometido, y tan contundente como el que más. Dicho sea en síntesis: ante una ley acusada de inconstitucionalidad por contravenir el principio de irretroactividad es mucho más liviano para el órgano sentenciador declarar su legitimidad arguyendo que no incurre en una retroacción de grado máximo que hacer una declaración expresiva de que no se está en el campo de los derechos individuales y que por tanto es indiferente la cuestión de si la ley retroacciona y el grado en que lo haga. Por supuesto que si está en juego el derecho de propiedad –como lo suele estar– se explica el vértigo que pueda producir una declaración de tal tipo.

Esa huida de la definición del concepto «derechos individuales» cuando se tienen recursos alternativos para resolver los problemas con menor espectacularidad y desgaste es «humanamente» comprensible pero no pueden dejar de acusarse las graves disfunciones que de ello se derivan, al conducir derechamente esa subversión del método a un modo de accionar la garantía constitucional que está en desacuerdo con su esencia misma.

Otra vía de escape de una interpretación *directa* del artículo 9.º.3 de la CE ha sido propiciada por el uso de la doctrina de las «situaciones jurídicas objetivas», doctrina que por su enorme abolengo –se de-

be, como es sabido, a la insigne figura de DUGUIT— es prácticamente imposible no traer a colación. De esta tesis baste decir aquí lo esencial: las situaciones estatutarias siguen la suerte de la legislación que exista en cada momento. Una tesis por cierto muy consonante con su homóloga —la de ROUBIER—, que indica que «accionar hacia adelante» nunca comporta retroactividad. Ya hemos dicho en otro lugar que la teoría de las «situaciones» tiene su campo propicio en la relación funcional, especialmente apto para soportar las presiones que dicha teoría es capaz de desarrollar pues la tesis de DUGUIT, llevada a extremo, es sencillamente demoledora³⁶. Pero el TC no la ha utilizado sólo en ese ámbito³⁷, sino también en otros donde haya descubierto una relación jurídica representativa de un «status», y así lo ha hecho, por ejemplo, forzando quizá la figura del «status», la STC 8/1982 del 4 de marzo que examinó un tema de prórroga de contratos rústicos ya celebrados impuesta por la Ley.

En lo que ahora nos ocupa, queremos destacar que con la aplicación de la tesis de la escuela de Burdeos pueden resolverse los asuntos sin necesidad de «mojarse» en declaraciones sobre categorización de los derechos, mucho más conflictivas. Es más, esta tesis de las «situaciones objetivas» permite resolver los problemas que conllevan las modificaciones normativas incisivas, incluso eludiendo la idea de la retroactividad y sus mecanismos, puesto que la acción restrictora de los derechos —llámense «situaciones», objetivas, impersonales o estatutarias— ya va ínsita en la propia teoría; no hace ésta necesaria la ficción de pensar que la Ley se mueve, hacia delante o hacia atrás. En realidad, la Ley nunca se mueve en ningún sentido; ella es la que se encarga de traer a su presencia los hechos, pasados, presentes o futuros; en este caso, de la mano de León DUGUIT.

En suma, existe una visible evasión ante el reto de definir de una vez por todas y a las claras el ámbito material de la retroactividad prohibida, con cita expresa de la parte del Título I de la Constitución, que por algo sus derechos y deberes no están simplemente relacionados o clasificados, sino categorizados. Aunque este círculo —Sección 1ª del Capítulo Segundo— haya sido bosquejado en ocasiones muy aisladas, ello se ve devaluado constantemente por el fenómeno ya anotado, es decir, por hacer entrar en juego los recursos argumentati-

³⁶ «El principio de irretroactividad de las normas...», *op. cit.*, p. 499.

³⁷ *Vid.* Sentencias citadas en la obra anterior, *ibidem*, a las que se le pueden añadir muchas otras: STC 178/1989 de 2 de noviembre, RI 272/1985; SSTS de 6 de octubre de 1987 (*Ar.* 6726); de 10 de noviembre de 1987 (*Ar.* 8113); de 16 de noviembre de 1987 (*Ar.* 8147); de 17 de noviembre de 1987 (*Ar.* 8156); de 18 de diciembre de 1987 (*Ar.* 9572 y 9573); de 22 de diciembre de 1987 (*Ar.* 9603); de 15 de junio de 1992 (*Ar.* 5378); sentencias todas ellas que, por consiguiente, excluyen la retroactividad de grado medio como prohibida.

vos propios de la retroacción como concepto formal, en sectores en los que la Constitución no pone trabas al legislador para accionar discrecionalmente, lo que no denota otra cosa que la revencialidad general que se tiene hacia la intangibilidad de los hechos consumados (lo que es de celebrar en su dimensión práctica, es decir, como hecho) pues en la práctica totalidad de esos asuntos, las leyes en cuestión no han sido tachadas de inconstitucionales porque *sólo* comportaban una «retroactividad impropia».

Paradójicamente se echa así, sutilmente, una carga sobre el Poder legislativo a la par que queda aliviada la potestad reglamentaria ya que la transposición pura y simple a este campo del nuevo dogma de que estas normas no son retroactivas, deja en las manos de la Administración un tópico nuevo que en algunos casos puede constituir una patente de corso.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LÓPEZ MENUDO, Francisco: *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Edit. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982.

LÓPEZ MENUDO, Francisco: «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, Tomo I.

LÓPEZ MENUDO, Francisco: «La eficacia en el tiempo de los derechos fundamentales» en la obra colectiva de las X Jornadas de Estudio, *Introducción a los Derechos fundamentales* de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, Vol. II.

LÓPEZ MENUDO, Francisco: «La irretroactividad de las leyes en la Constitución de 1978» en *R.E.D.A.*, núm. 31, octubre-dicbre, 1981.

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Derecho civil de España*, Instituto de Estudios políticos, 3.^a ed., Madrid, 1955.

NIETO GARCÍA, Alejandro: «Peculiaridades jurídicas de las normas constitucionales», *RAP* núm. 100-102, vol. I, 1983.

REBOLLO PUIG, Manuel: «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RAP* núm. 125, 1991.

GAYA SICILIA, Regina: *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Edit. Montecorvo, Madrid.