APLICACIÓN DEL DERECHO CAMBIANTE *

Juan José Iniesta Delgado
Universidad de Murcia
jiniesta@um.es

RESUMEN. Los cambios en el Derecho generan el dilema sobre cuál es el Derecho aplicable a las situaciones de transición. Este dilema suele explicarse como un conflicto normativo entre el Derecho nuevo y el Derecho antiguo. Las disposiciones transitorias y ciertos principios como el de irretroactividad funcionarían como criterios de resolución de conflictos para identificar la norma aplicable a estas situaciones.

Esta explicación está basada en gran parte en la confusión generada por la ambigüedad de la noción de *aplicabilidad*, lo que posibilita su empleo tanto en la norma derogada como en la norma recién creada, junto con los también diversos sentidos que pueden atribuirse a la noción de *retroactividad*.

Palabras clave: aplicabilidad, retroactividad, conflicto de normas, modificación normativa, regulación jurídica, derecho transitorio, principio de irretroactividad.

Applying Changing Law

ABSTRACT. Changes of law create the dilemma over which law applies to transitional situations. This dilemma is usually explained as a normative conflict between the new law and the old law. Temporary provisions, certain principles such as non-retroactivity would run as conflict resolution criteria to identify the norm applicable to these situations.

This explanation is largely based on the confusion generated by the ambiguity of the notion of applicability, which makes it possible to use both the repealed norm and the newly created norm, along with the various meanings that can be attributed to the notion of retroactivity.

Keywords: applicability, retroactivity, conflict of norms, normative modification, legal regulation, transitory law, principle of non-retroactivity.

* Fecha de recepción: 27 de febrero de 2018. Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2018.

La investigación que ha dado lugar al trabajo es parte del Proyecto de Investigación DER2016-74898-C2-1-R, «Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos, decisiones».

DOI: 10.14198/DOXA2019.42.08

1. INTRODUCCIÓN

Es evidente que el Derecho cambia. Desde el punto de vista externo se podría vincular ese cambio a la función de armonizar el Derecho a los cambios sociales; o también se podría decir que el Derecho cambia para provocar esos cambios sociales o, tal vez, que cambia arrastrado por los cambios sociales. Incluso, remontando a un uso gatopardista del cambio normativo, para impedir o contrarrestar determinados cambios sociales. Sea como sea, se puede apreciar un constante flujo modificativo en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. Esta circunstancia genera problemas de toda índole, algunos relacionados con la justificación del cambio, sobre cuándo procede realizar el cambio normativo o cómo se justifica un cambio de reglas que lleva implícita una mutación en la valoración de la conducta regulada. Otros tienen que ver con su caracterización, cuestionando si puede considerarse que toda modificación es únicamente consecuencia de actos de producción normativa o bien si el Derecho puede alterarse de otras formas que impliquen la mutación de la calificación deóntica de las acciones reguladas. Finalmente, también se plantean problemas relacionados con sus efectos, cómo el cambio afecta a la realidad regulada por el Derecho, cómo incide en las situaciones iniciadas, en curso, consolidadas o agotadas; cuestiones estas últimas que terminan por dar al cambio normativo su perenne estatus de elemento desestabilizador de la seguridad en las relaciones jurídicas.

Muchos de estos problemas han sido tratados por filósofos y dogmáticos en varias ocasiones. En especial, el de las consecuencias de la alteración normativa. Bajo diferentes nombres, con diversas descripciones, el problema que plantea el cambio normativo en cuanto a su eficacia se puede resumir en el siguiente dilema: *Si el Derecho nuevo regula las mismas categorías de casos que el Derecho viejo, ¿qué Derecho debe ser aplicado ahora a los casos que pertenecen a esa misma categoría, el Derecho viejo o el Derecho nuevo?*

Precisamente, este es el aspecto en el que se centra la atención del trabajo: en los efectos del cambio normativo respecto a la situación jurídica de la realidad regulada por el Derecho y en qué medida este supone una transformación del estatus jurídico de esa realidad.

La determinación de esta transformación ha venido siendo considerada con frecuencia como un asunto de concurrencia entre Derecho nuevo y Derecho viejo sobre el mismo objeto regulado. En este sentido, el cambio normativo se plantea como *conflicto (intertemporal) de normas* cuya solución ha de venir dada por la aplicación de criterios de resolución de conflictos normativos. Mi intención es la de analizar ese planteamiento y exponer los argumentos por los que considero que no es una explicación acertada de la situación, ofreciendo una explicación alternativa que trata de aclarar los casos de sucesión de normas en el tiempo sin recurrir a la noción de conflicto de normas.

Esta pretensión requiere precisar, en primer lugar, qué se ha de entender por cambio normativo, delimitándolo de otras situaciones para, a continuación, pasar a examinar cómo ese cambio normativo conduce a la afirmación de hipotéticos escenarios de conflicto de normas.

A esto le seguirá el análisis del planteamiento conflictual y sus consecuencias y la presentación de un modelo alternativo que trate de explicar las situaciones de cambio de regulación y su resolución.

Por último, trataré de poner de manifiesto que, lejos de tratarse de un mero desacuerdo lingüístico, la explicación conflictual de las transiciones normativas supone una formulación del problema que conduce a una solución bastante alejada de la realidad jurídica.

2. CAMBIO NORMATIVO Y DERECHO APLICABLE

Un primer motivo de confusión al analizar los efectos de la modificación del Derecho surge de la misma descripción de *cambio normativo*. En sus múltiples formulaciones, las teorías del Derecho aluden a una realidad lo suficientemente variada y dinámica como para justificar la aplicación de la noción de cambio a las más diversas circunstancias. Estas circunstancias van desde la derogación de un reglamento o la declaración de inconstitucionalidad de una ley a la superación de la doctrina jurisprudencial seguida por los tribunales superiores en sus sentencias previas (*overruling*); desde la modificación de una práctica administrativa sobre tramitación de expedientes a la caída en el olvido de viejas costumbres inmemoriales (*desuetudo*). Por este motivo, creo necesario comenzar delimitando la referencia de lo que ha de entenderse por *cambio normativo*.

No es dudoso que un ordenamiento jurídico resulte alterado cada vez que se lleva a cabo un acto de *producción normativa*, en cualquiera de sus diferentes modalidades. Entiendo por *producción normativa* —en su sentido estricto de *producción legal*— el conjunto de actuaciones que tienen como resultado un *cuerpo jurídico*, entendido como *cuerpo legal* que ha sido publicado. De este modo, podemos afirmar que cada vez que se elabora una Orden Ministerial, un Decreto del Gobierno, una Ley o una Constitución, el Derecho cambia. La introducción de cada nuevo enunciado legal o de cada nuevo conjunto de enunciados —ya sea por vía legislativa o a través del poder normativo del Gobierno o la Administración— supone la aportación de un nuevo elemento que diferencia el Derecho resultante del Derecho previo a la producción normativa (GUASTINI, 1996: 62-63; BULYGIN, 1991b: 419).

Más discutida es, sin embargo, la opinión de que los cambios en el Derecho se producen *solo* como consecuencia de un acto de producción normativa. Y esto porque hay quien entiende que el Derecho también sufre alteraciones por mecanismos ajenos a la creación de cuerpos jurídicos o legales. Así, por ejemplo, se habla de cambios que son consecuencia de una decisión judicial o administrativa, como la *anulación* o la *revocación*, o que son causados por la concurrencia sobrevenida de ciertos hechos, como ocurre en el caso de la *decadencia* (transcurso del plazo de vigencia en las leyes temporales o producción del acontecimiento condicionante en las sometidas a condición resolutoria)[1].

[1] Por ejemplo, la no convalidación de decretos-leyes en un plazo de treinta días (SANTAMARÍA PASTOR, 1988: 423).

También en ocasiones se habla de cambios no derivados de producción normativa para referirse a ciertas alteraciones sufridas por los enunciados jurídicos que corresponden a circunstancias que no están previstas por el Derecho (*desuetudo*, *cambios de interpretación* de los enunciados jurídicos, *destrucción* de los documentos jurídicos). Se trata, en todo caso, de supuestos muy diversos. En alguna de estas situaciones tal vez podría decirse con propiedad que se ha producido una auténtica modificación jurídica, pero en otras no sería tan fácil justificar semejante afirmación. Sea como fuere, entiendo que las peculiaridades y problemas específicos de este tipo de alteraciones las hacen merecedoras de un examen independiente. Por ello considero más que justificado centrar el análisis únicamente en los cambios del Derecho derivados de producción normativa.

No obstante, una vez precisada la caracterización del cambio normativo (por lo menos, el cambio normativo que aquí interesa destacar), resulta necesario afrontar otras dificultades derivadas de la descripción de las situaciones de modificación del Derecho. Dificultades que tienen que ver con la comprensión de la manera en que el cambio normativo afecta a las situaciones de transición.

Podemos decir que al cambiar el Derecho hay una nueva regulación, es decir, una situación pasa a estar ordenada de forma distinta a como lo estaba previamente. Es de presumir, al menos en principio, que si el Derecho cambia es para mejorar la regulación preexistente, por lo menos presuponemos esta intención en quien promueve la modificación del Derecho. Por eso, los cambios van orientados a dar una respuesta jurídica diferente (y mejor) a determinadas categorías de situaciones. El Derecho cambia, pues, cuando la respuesta jurídica actual ya no se considera correcta, adecuada u oportuna, si bien en algún momento precedente lo fue o se pensaba que generaba una situación mejor que la existente bajo el Derecho anterior. Esa pretensión de mejoría es la que justifica que el Derecho nuevo se imponga al Derecho antiguo. Al menos, como regla general, si bien no exista un consenso absoluto sobre el alcance de tal imposición. Pues admitiendo, *prima facie*, que el Derecho nuevo sea mejor que el anterior, parecería que tal Derecho nuevo debiera regular todas y cada una de las situaciones que cayesen bajo su ámbito material de aplicación, independientemente del momento en el que hayan sucedido. Puede parecer carente de sentido que toda situación de relevancia actual, aunque originada en el pasado, quedara encadenada de forma permanente a normas desfasadas y superadas. Esto nos llevaría a afirmar que no hay más Derecho relevante que el Derecho presente.

Pero, evidentemente, esto no siempre es así, puesto que la mejora o progreso, legítimamente implantados (en cuanto elaboración de los órganos legislativos competentes), aun siendo un valor importante, no es absoluto. Y es posible que tenga que someterse a otras conveniencias, como puede ser el mantenimiento de la confianza que albergan los destinatarios de las normas respecto a que sus conductas serán juzgadas conforme a las mismas leyes que les mandaron cumplir en su momento y no por otras dictadas posteriormente, aunque sean mucho mejores (justas, oportunas, eficientes, etc.) que las anteriores.

De este modo, al valorar el alcance del cambio normativo, se ofrecen dos paradigmas o modelos extremos como criterios guía:

1.ª El paradigma de la expansión ilimitada de la ley nueva, basado en la fuerza legitimadora del cambio de percepción que la autoridad normativa tiene del hecho

regulado. Este cambio establece una nueva valoración del hecho que se transforma en el único criterio posible para regular las conductas y situaciones pasadas, presentes y futuras. El Derecho derogado nada puede regular ya, porque ha perdido todo el valor que en su momento le fuera reconocido.

2.ª El paradigma del *tempus regit actum,* es decir, que las conductas son reguladas por el Derecho del momento en el que tienen lugar. Toda norma posterior es irrelevante puesto que no ha podido ser tenida en cuenta por sus destinatarios.

Estos dos modelos ofrecen dos explicaciones alternativas de lo que ocurre cuando el Derecho cambia y de los efectos de este cambio. Son explicaciones que entran en competencia con la pretensión de ofrecer la mejor interpretación posible de la situación. Esta competencia se da entre descripciones metajurídicas, en cuanto se refieren a los efectos de disposiciones jurídicas. Según la primera descripción, la nueva disposición es siempre la que regula todos los casos en discrepancia, mientras que, de acuerdo con la segunda descripción, el viejo enunciado jurídico es la que regularía esos casos.

Pero una cosa es la disputa entre explicaciones alternativas del fenómeno de la sucesión de regulación respecto a un caso dado y otra cosa muy distinta es que existan antinomias o conflictos entre las normas que se suceden. De hecho, habría que distinguir: 1) Que existan explicaciones alternativas del fenómeno de la sucesión de regulación, lo que depende, como hemos visto, de que existan buenas razones o argumentos a favor de la extensión o perpetuación de unas u otras normas; 2) que existan, o no, dudas sobre cuál es la explicación correcta, lo que depende de los criterios que se puedan extraer del ordenamiento jurídico para determinar cuál es esa explicación, y de si estos criterios son claros y uniformes, y 3) que exista un conflicto normativo entre la norma anterior y la norma nueva, cosa que no depende de ninguna de las circunstancias anteriores, puesto que puede haber buenas razones para la aplicación de una norma o de otra sin que sean normas en conflicto (p. ej., porque una sea una norma jurídica y otra no sea una norma jurídica, o porque una sea una norma de un determinado ordenamiento jurídico y la otra lo sea de otro ordenamiento jurídico distinto), y tampoco depende de la existencia de criterios para determinar cuál es la norma que se aplica, puesto que tales criterios pueden operar sobre el presupuesto de normas que no se encuentran en conflicto (p. ej., las llamadas normas de derecho internacional privado seleccionan qué normas son aplicables para regular un caso entre dos normas que en absoluto pueden concebirse como incompatibles puesto que no pertenecen al mismo ordenamiento jurídico).

En definitiva, la posibilidad de verificar si ante las situaciones de transición procede la aplicación de las normas nuevas o de las antiguas, así como la mayor o menor dificultar para llevar a cabo esta verificación, no presupone necesariamente que entre las normas del Derecho viejo y del nuevo se dé una situación de conflicto. Y, sin embargo, el dilema temporal de la aplicación del Derecho cambiante se presenta muy habitualmente como un *conflicto temporal de normas*, tal y como se puede observar en la misma formulación de las situaciones que dan lugar al dilema. Podemos tomar algunos ejemplos de la doctrina[2]. En ellos aparecen siempre los mismos elementos:

[2] «El tránsito de la regulación que establecía la norma derogada a la que establece la norma nueva plantea diversos problemas. Unos pueden proceder del propósito del legislador de revisar el pasado; pero principal-

1) Un enunciado jurídico **N1** es sustituido por otro enunciado jurídico **N2**.

2) Tanto **N1** como **N2** regulan una misma categoría de situaciones **S**, pero de diferente manera.

3) Una situación ***s***, que es instancia particular de la categoría de situaciones **S**, se produce antes de que tenga lugar la sustitución.

4) La situación ***s*** sigue siendo relevante después de la sustitución de **N1** por **N2**.

Tanto **N1** como **N2** *competirían* por la regulación del mismo supuesto, cada uno con sus propias armas que, fundamentalmente, consisten en la fuerza de los argumentos que pesan bien a favor del cambio, valorando hasta qué punto la bondad de la mejora introducida justifica llevarla más allá del momento en el cual se hizo previsible su existencia, bien a favor de la conservación de la regulación previa, si pareciese intolerable supeditar la conculcación de la seguridad personal de los ciudadanos a los magros beneficios a lograr con la alteración.

En ese pulso, el juez, tribunal u órgano decisor correspondiente, tendría que elegir si es la vieja ley la que sigue gobernando la situación enjuiciada o ya es la nueva ley la que se debe ocupar de ella. Y para esto tendrá que valerse de unos criterios que pueden venirle dados a través de disposiciones constitucionales o legales, en funciones de normas de resolución de conflictos, pero no solo, ni necesariamente.

¿Verdaderamente toda situación de transición genera un conflicto de normas? Como he señalado, la realidad es que el cambio normativo provoca la necesidad de tomar una posición sobre la regulación de tales situaciones de transición. Y en ocasiones esa decisión no es sencilla de tomar. Pero no considero que esa necesidad, ni las dificultades que conlleve su satisfacción, vengan provocadas por la existencia de un conflicto normativo entre las normas del Derecho nuevo y del Derecho viejo.

3. LA TESIS DEL CONFLICTO TEMPORAL ENTRE EL DERECHO NUEVO Y EL DERECHO VIEJO Y SUS ALTERNATIVAS

3.1. El conflicto temporal de normas como explicación a los problemas de aplicación del Derecho en las situaciones de transición

3.1.1. El planteamiento del conflicto intertemporal de normas en la Dogmática jurídica

La idea de *conflicto normativo* o *colisión de normas* aparece recurrentemente en los planteamientos doctrinales sobre las consecuencias del tránsito del Derecho antiguo al Derecho nuevo[3].

---

mente se originan porque habiendo situaciones, hechos y efectos que tienen una duración suficientemente larga como para vivir antes y después del cambio de aquellas, no pueden ser siempre tajantemente cortados en dos periodos, sometidos uno a la antigua norma y otro a la nueva» (ALBALADEJO, 2006: 189). «Puede surgir la duda de si la ley nueva deberá aplicarse [...] a las relaciones jurídicas [...] que se constituyeron bajo la ley anterior y todavía subsisten» (GARCÍA VALDECASAS, 1983: 124).

[3] Incluso en el título de una de las obras clásicas de referencia sobre la materia: *Le Droit Transitoire (Conflits des lois Dans le tems)*, de P. ROUBIER. Entre los civilistas españoles que han planteado las situaciones

En líneas generales, se considera que ante la necesidad de determinar el Derecho aplicable a una situación ***s***, y la concurrencia a tal fin del Derecho antiguo (**N1**) con el Derecho nuevo (**N2**), se produce un conflicto que deberá resolverse determinando si prevalece **N1** o **N2** a través de la delimitación de los respectivos alcances, efectos, valores, etc. Los instrumentos que se suelen referir como adecuados para hallar esta solución son:

a) Las disposiciones de Derecho transitorio entendidas, precisamente, como *normas de resolución de conflictos* (ALBALADEJO, 2006: 189).

b) Determinados principios en su función de criterios de resolución de conflictos, con particular protagonismo del *principio de irretroactividad* y sus manifestaciones positivas en disposiciones constitucionales y legales (*v. gr.* art. 9.3 CE, art. 2.3 CC).

c) Ciertas teorías doctrinales que establecen criterios generales o particulares para determinar la preferencia por el Derecho antiguo o del Derecho nuevo como, por ejemplo, la teoría de los *derechos adquiridos (iura quaesita)*, la teoría de los *hechos concluidos (facta concludenda)*, o la doctrina de la protección de la confianza en el Derecho (*Vertrauensshutz*).

3.1.2. ¿Son posibles los conflictos temporales de normas?

La explicación teórica del conflicto de normas entre el Derecho viejo y el Derecho nuevo a la hora de determinar el Derecho aplicable a las situaciones de transición se encuentra con la dificultad evidente de que uno de los enunciados que interviene en ese conflicto ya ha sido derogado. ¿Es posible una competencia entre el Derecho vigente y el Derecho derogado?

C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN han señalado en alguna ocasión que la derogación supone el fin de la existencia de un enunciado jurídico, de la misma manera que la promulgación supone el comienzo de la misma (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 75). Esta tesis ha sido criticada por HERNÁNDEZ MARÍN, quien sostiene que los enunciados jurídicos existen como tales enunciados antes de su promulgación y continúan existiendo después de su derogación. Los enunciados, como cualquier otro objeto, señala este autor, solo pueden dejar de existir mediante su destrucción; y la derogación no puede considerarse, en modo alguno, como una causa de destrucción de los enunciados jurídicos. Por tanto, la derogación no puede suponer el fin de la existencia del enunciado (HERNÁNDEZ MARÍN, 1998: 454).

Obviamente, HERNÁNDEZ MARÍN está criticando una tesis basada en un sentido común del término «existencia» referido a los objetos físicos y que se corresponde a la manifestación de estos ante el sujeto, de tal manera que la verdad del enunciado «existe ***z***» se deriva de la verdad del enunciado «hay un ***x*** tal que ***x*** = ***z***». Esta noción supone, además, que su veracidad dependerá del momento en el que se haga la afirmación: en un determinado momento ***t1*** *habrá un* ***x*** *tal que* ***x*** = ***z*** (***z*** existirá) mientras que es posible que en otro momento ***tn*** anterior o posterior a ***t1*** no *haya un* ***x*** *tal que* ***x*** = ***z*** (***z*** no exista).

---

de sucesión de normas de esta manera: DE CASTRO Y BRAVO, 2008: 720; ALBALADEJO, 2006: 189; DÍEZ-PICAZO, 2003: 113, y GARCÍA VALDECASAS, 1983: 123-124.

En este sentido, la existencia es relativa al tiempo, de modo que se puede hablar de un comienzo de la existencia de ***z*** y de un fin de la existencia de ***z***. Si ***z*** es un enunciado, su existencia comenzará cuando tal enunciado sea creado y se terminará cuando tal enunciado sea destruido.

Sin embargo, la noción de «existencia» empleada por ALCHOURRÓN y BULYGIN no es precisamente esta, por lo menos en los escritos en los que se han referido a la derogación en estos términos. En primer lugar, ellos no están tratando con enunciados, sino con *normas-sentido*[4]. Por tanto, se desinteresan, en cierta manera, de este aspecto de la existencia, dado que, desde su perspectiva ontológica, no tendría sentido presentarla como una existencia temporalmente relativa: no se puede hablar del inicio de la existencia de una proposición ni del final de la existencia de la misma, en cuanto entidad semántica de naturaleza ideal[5]. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, cuando ellos dicen que empieza a existir una norma jurídica con la promulgación, no quieren decir que antes no había una proposición y ahora sí la hay, lo que quieren decir es que a partir de la promulgación la proposición forma parte de un *sistema normativo* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1997: 61). De este modo, recuperan una noción de existencia relacionada con el tiempo que les permite hablar de comienzo y fin de la existencia de la norma. El inicio de la existencia tiene lugar cuando la norma comienza a formar parte del sistema, mientras que el fin de la existencia se produce cuando la norma deja de pertenecer al sistema. Como vemos, ya no se trata de si la norma *existe* o *no existe*, sino de si la norma *es* o *no es parte de cierto sistema*.

De alguna manera, el sentido de aquellos términos será similar al que tienen cuando, por ejemplo, se dice que un equipo ha sido eliminado de una cierta competición, o que la inscripción de una hipoteca ha sido cancelada en el Registro de la Propiedad. Ciertamente, el equipo no ha dejado de existir, como tampoco ha dejado de existir la inscripción de la hipoteca; lo que implica la eliminación del equipo deportivo es que a partir de su eliminación ya no forma parte de la competición. En cuanto a la inscripción de la hipoteca, cualquiera que consulte el libro del Registro podrá leer los enunciados correspondientes a esa inscripción, pero una vez cancelada, ya no tendrá la eficacia propia de las inscripciones registrales hipotecarias. De la misma manera que el equipo vencido es eliminado, el enunciado *derogado* también es *eliminado*. Esta eliminación le priva de la eficacia propia de su caracterización como componente del Derecho. En cierto sentido, el enunciado derogado ha quedado *fuera de juego*.

La entrada en la *existencia* jurídica de un enunciado se produce a partir del momento en el cual podemos afirmar que tal enunciado pertenece al Derecho[6], es decir,

---

[4] «Las normas-sentido son entidades abstractas y su existencia (si cabe hablar de tal cosa, ya que es poco usual hablar de la existencia de proposiciones) es atemporal» (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1997: 61).

[5] Es cierto que, en otra obra, al analizar los actos de rechazo desde la perspectiva de una concepción expresiva de las normas, afirman que como resultado de un acto de rechazo (derogación) el contenido normativo rechazado es eliminado del sistema y, por tanto, «la norma deja de existir» en un momento dado. Pero inmediatamente después matizan: «La existencia temporal de las normas es una mera metáfora. Lo que sucede realmente es la realización de dos tipos de actos (ordenar y rechazar): estos son los únicos hechos empíricos relevantes para la existencia de la norma» (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991b: 133-134).

[6] Me resultan bastante convincentes los argumentos que apoyan la tesis de que ese periodo comienza con la publicación del cuerpo jurídico —Ley, Real Decreto, etc.— en el cual se encuentra recogido el enunciado en cuestión (HERNÁNDEZ MARÍN, 2000: 449 y ss.). No obstante, hay quien lo sitúa en otros momentos como por

cuando ya podemos decir que es un *enunciado jurídico*. Este calificativo le será atribuido hasta el momento en el que el enunciado pierda su juridicidad, normalmente con su derogación.

En una de las acepciones comunes del término «validez»[7], se dice que durante todo ese tiempo, el enunciado jurídico es *válido*. Hemos de tener en cuenta, sin embargo, que «validez» es un término que la doctrina usa con ambigüedad haciendo referencia no solo a la pertenencia del enunciado al ordenamiento jurídico, sino también a otras circunstancias como la legalidad del acto de emitir la norma —adecuación a normas de competencia de rango superior— (VON WRIGHT, 1979: 200), o la mera existencia, atribuyéndosele incluso significados normativos como el de constituir la justificación de la obligatoriedad del enunciado jurídico (PEÑA FREIRE, 1999: 102 y ss.).

La derogación supone la pérdida de pertenencia del enunciado derogado al ordenamiento jurídico, o si se prefiere, la pérdida de *juridicidad*, o la pérdida de *validez* —en el caso de utilizar las correspondientes expresiones como sinónimos de «pertenencia al Derecho»—. El hito a partir del cual ya no es admisible defender que un enunciado siga perteneciendo al Derecho vendrá marcado por la producción del efecto derogatorio[8].

Esta concepción de la derogación como fin de la pertenencia de un enunciado al ordenamiento jurídico ha gozado y goza de amplia aceptación (KELSEN, 1968: 1429; BULYGIN, 1991c: 210 y ss.; HERNÁNDEZ MARÍN, 1998: 453). Desde este punto de vista, resulta bastante extraño plantear un conflicto entre enunciados que sí pertenecen al sistema y enunciados que ya no pertenecen al sistema, con la posibilidad, incluso, de que prevalezca el enunciado que ya no es Derecho[9].

Expuestas de manera muy resumida, son dos las propuestas de explicación que desde la teoría jurídica se ha intentado dar a esta situación:

a) La derogación afecta a la validez de la norma derogada, pero no a su aplicabilidad. Es la propuesta de ALCHOURRÓN y BULYGIN sobre el modo habitual de entender los efectos de la derogación. Dicha propuesta se basa en la tesis de la independencia entre las nociones de *pertenencia al sistema* y *aplicabilidad* (PEÑA FREIRE, 2001: 202-206). Una vez descrita la configuración temporal de la pertenencia de la norma al orden jurídico, de tal manera que una norma forma parte del Derecho durante el periodo de tiempo compren-

---

ejemplo en la fecha de entrada en vigor (L. M. DÍEZ-PICAZO, 1990: 33 y 180-181). Pero esto plantea problemas en situaciones en que la norma finaliza su validez incluso antes de que haya entrado en vigor (HERNÁNDEZ MARÍN, 1998: 502 y ss.). ALCHOURRÓN y BULYGIN, como he mencionado (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991a: 75), proponen la fecha de promulgación, lo cual también resulta inadecuado teniendo en cuenta que la publicación es el requisito último y necesario para la producción de un cuerpo jurídico. En cualquier caso, no será necesario entrar en esa polémica para los objetivos del presente estudio, por cuanto me referiré genéricamente a la *creación del enunciado jurídico* o al *inicio de su juridicidad*.

[7] Este es uno de los posibles conceptos de validez, que BULYGIN denomina concepto *descriptivo* (BULYGIN, 1991c: 195 y ss.).

[8] Quedaría aquí excluida, como bien puede observarse, la utilización de otros significados de «validez», como puede ser la adecuación a las normas de competencia y procedimiento, puesto que una norma que es *válida* en este sentido no se comprende como puede dejar de serlo posteriormente por una decisión del mismo órgano normativo (GUASTINI, 1998: 161-162). Dejando a salvo, no obstante, los supuestos de «ilegitimidad —o inconstitucionalidad— sobrevenida» (GUASTINI, 1998: 162).

[9] BULYGIN ha señalado que muchos juristas no se sentirían felices con una descripción de la situación que implica que pueden resultar aplicables *normas inexistentes* (BULYGIN, 1991c: 210).

dido entre su creación y su derogación, BULYGIN desarrolló la idea de que la pertenencia de una norma a un sistema jurídico no coincide necesariamente en el tiempo con su aplicabilidad a un caso, puesto que una norma puede pertenecer a un sistema correspondiente a un tiempo ***t1*** sin ser aplicable a un caso que se verifique durante ese tiempo, de la misma manera que puede ser aplicable a un caso que se verifique en ***t1*** sin pertenecer a un sistema correspondiente a ese tiempo (BULYGIN, 1991c: 200-204; 1991a: 266).

Para BULYGIN, una norma **N1** es aplicable a cierto caso cuando existe otra norma **N2** en el sistema jurídico que impone el deber de aplicarla a ese caso (BULYGIN, 1991c: 203). Así, da lo mismo que **N1** pertenezca al sistema o no pertenezca al sistema. Eso sí, la noción de aplicabilidad no quedaría totalmente aislada de la noción de pertenencia puesto que aún se mantendría una conexión importante: «Los criterios de aplicabilidad tienen que pertenecer al sistema que está en vigor en el momento en que el juez dicta la sentencia» (BULYGIN, 1991c: 202).

De acuerdo con esta propuesta: *a)* las normas derogadas no pertenecen al sistema jurídico actual y, por tanto, no pueden considerarse Derecho válido; *b)* no obstante, las normas derogadas todavía pueden resultar aplicables a ciertos casos[10]; *c)* a ese mismo caso podrían ser también aplicables normas que pertenezcan al sistema normativo actual; *d)* la concurrencia de diversas normas aplicables (derogadas o no) respecto de un mismo caso dará lugar a un conflicto normativo, y *e)* los criterios de resolución de conflictos temporales determinan cuál de las posibles normas aplicables será la que prevalezca en la solución del caso planteado[11].

Por supuesto, esta manera de entender la derogación no implica necesariamente que todo caso al que sea aplicable una norma derogada de lugar a un conflicto normativo. De hecho, la aplicabilidad de la norma derogada puede deberse a la ausencia en el sistema actual de cualquier otra norma que resulte aplicable a la misma situación. Esto ocurriría, por ejemplo, si la norma derogada no hubiera sido sustituida por otra que se ocupase de la misma materia. Lo que estas nociones permitirían, en principio, es explicar la sucesión de normas que regulan un mismo supuesto como conflicto de normas aplicables, aunque alguna de ellas ya no pertenezca al sistema actual[12].

b) La derogación afecta a la aplicabilidad de la norma derogada, pero no a su validez. Algunos autores que se han dedicado al estudio de la eficacia temporal de las normas[13], han cuestionado que la derogación pueda ser correctamente entendida como cesación de la validez —como pertenencia al Derecho— del enunciado dero-

---

[10] En «La concepción expresiva de las normas» (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991b:134), ya había sostenido que cuando una norma pertenece a un sistema normativo nunca deja de pertenecer a él, aunque es posible que no pertenezca al sistema siguiente. Por tanto, la proposición «*p* es obligatorio en A_1», si es verdadera lo será siempre, aun después de la derogación de p. No obstante, que *p* sea obligatorio en A_1 será irrelevante después de la derogación, a no ser que una norma del sistema actual establezca el deber de aplicar *p*.

[11] Según BULYGIN, una de las funciones que cumplen los criterios de aplicabilidad es la de establecer «relaciones jerárquicas entre normas pertenecientes a sistemas distintos (del mismo orden jurídico)» (BULYGIN, 1991c: 203).

[12] J. FERRER y J. L. RODRÍGUEZ exponen un ejemplo de un caso enjuiciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que se plantea como un conflicto entre la norma derogada, pero aplicable, y el Derecho internacional público consuetudinario (FERRER BELTRÁN y RODRÍGUEZ, 2011: 81-83).

[13] Entre los teóricos italianos, GUASTINI (GUASTINI, 1987: 14 y ss.); entre los españoles, AGUILÓ REGLA o L. M. DÍEZ-PICAZO (AGUILÓ, 1995: 84; L. M. DÍEZ-PICAZO, 1990: 172).

gado. Las razones aducidas se basan en el hecho, constatable en la práctica, de que el enunciado jurídico derogado continúa siendo aplicado a determinadas situaciones aún después de su derogación. Por este motivo, afirmar que el enunciado derogado ya no es Derecho no constituiría una descripción muy acertada de lo que ocurre en realidad. Por el contrario, la derogación, más que extinguir la juridicidad de las normas, produciría una alteración en su ámbito temporal de aplicación. Lo que, en definitiva, vendría a ser un cambio de sentido de los enunciados jurídicos.

No es el único argumento que se ofrece para apoyar esta concepción del efecto derogatorio. Se señala también que la única justificación para negar la pertenencia de una disposición al ordenamiento jurídico es la violación de las normas de competencia y procedimiento que determinan la validez del acto de producción normativa. De ahí que un enunciado derogado pueda ser anulado si su producción no fue reglamentaria[14]. Pero si por anulación entendemos la expulsión de la disposición del ordenamiento jurídico, y lo expulsado es un enunciado derogado, no tendría sentido decir que dicho enunciado ya había dejado de ser jurídico con la derogación, es decir, que había sido previamente expulsado. Si es posible anular un enunciado derogado es porque el enunciado jurídico solo dejaría de pertenecer al Derecho con la decisión que lo anula a causa de la violación de los criterios que fijan la pertenencia al sistema (GUASTINI, 1987: 16). Se trata, en definitiva, de vincular el carácter jurídico de un enunciado únicamente a los criterios determinantes de su validez —conformidad con las normas de competencia que regulan su creación—, y no a decisiones ulteriores del órgano de producción normativa.

Según esta propuesta: *a)* los enunciados derogados no dejan de pertenecer al sistema jurídico; *b)* lo que provoca la derogación es la limitación de la aplicabilidad del enunciado derogado, es decir, el enunciado no es aplicable a los casos ocurridos a partir del momento en que la derogación opera; *c)* no obstante, los enunciados derogados siguen resultando aplicables a los casos ocurridos antes de la derogación, puesto que siguen siendo Derecho válido; *d)* si las nuevas disposiciones alcanzan a las situaciones anteriores a su creación se produce un conflicto entre Derecho nuevo y Derecho derogado, es decir, un conflicto entre enunciados jurídicos, y *e)* los criterios de resolución de conflictos temporales determinan qué enunciado jurídico corresponde aplicar identificando las diferentes áreas de aplicabilidad asignadas a cada uno.

Los conflictos se producirían entonces entre enunciados que forman parte del mismo sistema jurídico, en contraposición a la versión anteriormente examinada, según la cual los enunciados que entran en conflicto forman parte de sistemas jurídicos diferentes, aunque pertenecientes al mismo orden jurídico.

3.2. Crítica a la explicación del «conflicto»: la tesis de las lagunas intertemporales

Las descripciones, expresas o implícitas, de la sucesión de leyes en el tiempo como conflicto entre ley anterior y posterior presuponen que tanto el Derecho viejo como

[14] Así se manifiesta en algunas sentencias la *Corte Constituzionale* italiana, puesto que cuestiones sobre legitimidad constitucional de disposiciones que han sido derogadas pueden ser relevantes cuando se trata de normas que todavía tienen que ser aplicadas a causa de las reglas sobre la sucesión de las normas en el tiempo. *Vid.* Corte Costituzionale, Sentencias 49/1970, de 25 de marzo, y 63/1970, de 28 de abril.

el Derecho nuevo regulan la situación enjuiciada respecto de la que se plantea el problema de transición normativa. Sin embargo, es bastante dudoso que se pueda admitir este punto de partida.

Así, HERNÁNDEZ MARÍN ha sometido a crítica la hipótesis de la doble regulación en conflicto, llegando a la conclusión de que la realidad es completamente distinta de la que sugiere este planteamiento. Este autor entiende que en los escenarios de sucesión de leyes en el tiempo, ni el Derecho viejo ni el Derecho nuevo regulan la situación generada con anterioridad a la modificación. Por lo que, en el fondo, se está produciendo algo que bien podría llamarse *laguna intertemporal* (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 267-269).

Para HERNÁNDEZ MARÍN, una situación es objeto de regulación por un enunciado jurídico si está incluida en la referencia de su supuesto de hecho. La situación regulada dará lugar a la producción de los efectos establecidos por la consecuencia del enunciado regulador, en el momento jurídicamente pertinente. Pero, si al llegar el momento de producir efectos, ese enunciado ha sido derogado, ya no será jurídicamente relevante para poder regir ese caso. Por tanto, ya no se podrá afirmar que el enunciado derogado regule jurídicamente la situación controvertida anterior a la derogación. Por su parte, el enunciado de la ley nueva, cuando ya es Derecho, aunque es apto para regular las situaciones que caigan dentro de su ámbito de referencia, no se refiere en su supuesto de hecho (habitualmente) a las situaciones anteriores a su creación, por lo que tampoco las regula.

Estas conclusiones se justifican a partir de los resultados obtenidos en los análisis previos sobre los aspectos temporales de los enunciados jurídicos:

a) Tanto el enunciado jurídico nuevo como el viejo se refieren a situaciones que ocurren en ciertos periodos de tiempo y tienen prevista la producción de sus efectos en los mismos o distintos periodos de tiempo: «Todos los enunciados jurídicos, de forma expresa o tácita se refieren a intervalos temporales, en su supuesto de hecho y en su consecuencia». El periodo de tiempo al que se refiere el supuesto de hecho de un enunciado jurídico recibe el nombre de *intervalo de subsunción.* El periodo de tiempo al que se refiere la consecuencia del enunciado jurídico se denomina *tiempo del efecto* (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 187 y ss.).

b) Los intervalos de referencia de un enunciado jurídico (intervalo de subsunción y tiempo del efecto) son independientes del periodo de pertenencia al Derecho de dicho enunciado. El alcance referencial del enunciado jurídico, las situaciones de las que se ocupa y los periodos para los cuales establece sus efectos dependen, única y exclusivamente, de la interpretación del propio enunciado jurídico y no de cuándo dicho enunciado comience a formar parte del Derecho o deje de formar parte del mismo.

La interpretación de los aspectos temporales de un enunciado jurídico depende, en primer lugar, de lo que el propio enunciado establezca, de modo que el enunciado puede contener referencias explícitas a los periodos correspondientes a su intervalo de subsunción o a su tiempo del efecto. No obstante, la presencia de estas referencias explícitas no es frecuente, por lo que será necesario acudir al contexto del enunciado para completar su contenido. La fecha de entrada en vigor suele tener un papel fundamental en la determinación de los intervalos de referencia. En muchos casos, será

útil para fijar el inicio del intervalo de subsunción, sobre todo si el enunciado interpretado carece de cualquier referencia temporal explícita; de otro modo, servirá para completar otras referencias temporales como el tiempo del efecto. En cualquier caso, el hecho de que la fecha de entrada en vigor pueda tener un papel en la determinación de los intervalos de referencia no supone una alteración de las conclusiones acerca de la independencia entre intervalos de referencia e intervalo de validez, puesto que la entrada en vigor no es un dato determinante de la pertenencia del enunciado jurídico al Derecho (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 238).

c) Para que un enunciado *regule jurídicamente* una determinada situación en un cierto momento ***t*** no basta con que el enunciado se refiera en su supuesto de hecho a esa situación, ni tampoco es suficiente con que pertenezca al Derecho cuando tiene lugar dicha situación. Cuando una determinada situación ***s*** forma parte de la referencia del supuesto de hecho de un enunciado jurídico **N** decimos que **N** se refiere a ***s*** y, a veces, también se dice que **N** es *aplicable* a ***s***. El enunciado jurídico enlaza la situación referida en su supuesto de hecho con una consecuencia ***c*** —prescriptiva o cualificatoria—. De ahí podemos extraer que a la situación ***s*** le corresponde la consecuencia ***c*** según **N**. Pero solo si **N** es un enunciado jurídico en un momento ***t***, es decir, si **N** pertenece al Derecho en ***t***, se podrá afirmar que a ***s*** le corresponde la consecuencia ***c*** según el Derecho de ***t*** (HERNÁNDEZ MARÍN, 1999: 167-168). Esto lo podemos expresar señalando que en el momento ***t***, **N** *regula jurídicamente* ***s***.

De este modo, para que en un momento ***t*** un enunciado jurídico **N** regule jurídicamente una determinada situación ***s*** es necesario que se den las siguientes circunstancias (HERNÁNDEZ MARÍN y SARTOR, 1999: 97)[15]:

1. Que **N** se refiera en su supuesto de hecho a ***s***.
2. Que **N** pertenezca al ordenamiento jurídico en ***t***.

d) Para que una situación **s** sea regulada jurídicamente por **N** en ***t*** es irrelevante que **N** sea un enunciado jurídico en el momento en que tiene lugar ***s***:

d.1) Puede ser que **N** todavía no sea un enunciado perteneciente al Derecho cuando tiene lugar ***s***. Sin embargo, si en un momento posterior ***t*** el enunciado **N** ya es un enunciado jurídico, y el día en que ha ocurrido ***s*** está incluido en el intervalo de subsunción de **N**, entonces **N** regulará jurídicamente la situación ***s*** en ***t***. Por ejemplo:

A1. (N) Todos los que hayan obtenido ingresos superiores a 30.000 euros durante el año 2017 están obligados a presentar la declaración de la renta en el mes de junio de 2018.

A2. (N) pertenece al derecho desde el 1 de enero de 2018.

A3. (h) ha obtenido ingresos superiores a 30.000 euros entre el 1 de marzo de 2017 y el 30 de octubre de 2017 (***s***).

(N) regula jurídicamente la situación planteada en A3, en cualquier momento ***t*** a partir del 1 de enero de 2018, puesto que el supuesto de hecho de (N) se refiere a A3

[15] Estas características son aplicadas en el trabajo citado como circunstancias que deben concurrir para que, dado que (N) establece que un determinado supuesto (*event E*) genera una consecuencia (*state S*), y dado que se produce el supuesto en un determinado momento (T1), la consecuencia viene generada *[initiated_at (S, T1)]*.

y (N) pertenece al ordenamiento jurídico en ***t***. Esta conclusión sigue siendo correcta por mucho que podamos apreciar que (N) no era un enunciado jurídico en ningún momento de la duración de (***s***).

d.2) Puede ser que **N** ya sea un enunciado perteneciente al Derecho cuanto tiene lugar ***s***, pero el día en que ha ocurrido ***s*** no pertenezca a su intervalo de subsunción, por ejemplo, porque cuando ocurre ***s***, la ley de la que forma parte **N** está en periodo de *vacatio*. En ese caso, **N** no regulará jurídicamente la situación ***s***, aunque sea un enunciado jurídico tanto en el momento en que tiene lugar ***s***, como en el momento ***t***:

B1. (N) Todos los que obtengan ingresos superiores a 30.000 euros anuales están obligados a presentar la declaración de la renta en el mes de junio del año siguiente.
B2. (N) pertenece al derecho desde el 1 de enero de 2018.
B3. (N) entra en vigor el 1 de enero de 2019.
B4. ***h*** ha obtenido ingresos superiores a 30.000 euros entre el 1 de marzo de 2017 y el 30 de octubre de 2018.

(N) no regula jurídicamente la situación planteada en B4 en ningún momento, puesto que el supuesto de hecho de (N) no se refiere a B4: Ante la ausencia de referencias temporales explícitas en (N), la fecha de entrada en vigor determina el inicio del intervalo de subsunción, de modo que (N) solo se refiere a situaciones ocurridas a partir del 1 de enero de 2019. Esta conclusión sigue siendo correcta aunque (N) sea un enunciado jurídico en el periodo en el que ha tenido lugar el caso regulado.

e) Cuando hay un cambio de legislación (**N1** ha sido sustituido por **N2**)[16] en ***td***, anterior a ***t***, nos encontramos con la siguiente situación respecto a la regulación jurídica de ***s***:

— **N1**, que se refiere en su supuesto de hecho a ***s***, no pertenece al ordenamiento jurídico en ***t*** al haber sido derogado en ***td***; por tanto, no regula jurídicamente el supuesto ***s*** en ***t***.

— **N2**, que pertenece al Derecho en ***t***, al haber sido incorporado al mismo mediante un acto de producción normativa en ***td***, sin embargo, no se refiere en su supuesto de hecho a ***s***; por tanto, no regula jurídicamente el supuesto ***s***. La ausencia de referencias temporales explícitas en **N2** permite remitir a su fecha de entrada en vigor para indicar el comienzo del intervalo de subsunción. Esta fecha de entrada en vigor, con carácter general, será posterior a su publicación (art. 2.1 CC) y, por tanto, posterior a la situación de cuya regulación se trata (Hernández Marín, 2012: 262).

Puesto que ni **N1** ni **N2** regulan jurídicamente ***s*** en ***t***, la situación ***s*** queda sin cobertura jurídica, salvo que la nueva ley incorpore disposiciones transitorias que cubran esa *laguna intertemporal* sobrevenida (Hernández Marín, 2012: 270). El problema que se puede presentar no es de conflicto normativo, sino de ausencia de norma aplicable ante la situación de transición, por lo que la solución por la vía de la aplicación de reglas de resolución de conflictos resulta inapropiada.

[16] Bajo la hipótesis de que ninguno de estos enunciados tiene referencias temporales explícitas, como suele ser lo más frecuente.

4. REGULACIÓN JURÍDICA DE SITUACIONES DE TRANSICIÓN

4.1. Situaciones de transición y situaciones nuevas

La respuesta normativa a las situaciones de transición es muy variada y no responde exclusivamente a un único esquema como puede ser el del conflicto normativo o el de la ausencia total de regulación. Hay situaciones de transición para las que se produce un auténtico conflicto normativo, otras situaciones en las que se percibe una real carencia de regulación y otras, en definitiva, en las que no ocurre ni una cosa ni la otra.

Las situaciones de transición, vinculadas a la sustitución de la norma derogada (**N1**) por la norma nueva (**N2**), se generan en un tiempo ***ts*** anterior a la sustitución de **N1** por **N2**, mientras que los efectos tienen lugar en un tiempo ***te*** posterior a la sustitución de **N1** por **N2**. Las situaciones de transición son potenciales exponentes del conflicto. Puesto que ya se han producido cuando el cambio normativo tiene lugar, la antítesis entre la permanencia del viejo criterio normativo y la conveniencia del cambio se manifiesta sin ambages.

La situación de transición se origina siempre antes de la derogación del primer enunciado jurídico (o como suele decirse, «bajo su vigencia»). Es decir, no son situaciones de transición aquellas en las que ***ts*** es posterior a la derogación de **N1**, y que podríamos llamar *situaciones nuevas*. A las situaciones nuevas no se les aplicaría el mismo análisis que a las situaciones de transición. No habría conflicto posible respeto a las situaciones generadas a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, puesto que el Derecho aplicable siempre sería el Derecho nuevo, mientras que la norma de la vieja ley, al estar ya derogada, ya no tendría ninguna relevancia para los casos nuevos.

Pero el hecho de que las situaciones nuevas no sean, en sentido estricto, situaciones de transición, no quiere decir que no puedan verse afectadas por el cambio normativo, puesto que:

— En ocasiones estas situaciones afrontan la presencia de dos normas sucesivas incompatibles sobre la misma categoría de casos como un auténtico dilema a resolver.

— La alternativa valorativa innovación-permanencia puede seguir manifestándose, en cuanto a determinar si resulta más adecuado imponer la nueva regulación o mantener la previa, por lo menos a ciertas situaciones posteriores a la derogación de la vieja norma.

Estos dilemas o alternativas son, en cualquier caso, expresión de distintas opciones metajurídicas que presuponen una valoración acerca de un compromiso preferencial entre permanencia o innovación. Pero, en principio, no generan un verdadero antagonismo normativo que deba ser resuelto con los instrumentos internos del propio Derecho. Lo comprobaremos a continuación.

4.2. Aplicabilidad, retroactividad y ultractividad

4.2.1. Normas nuevas y situaciones de transición: retroactividad de la norma nueva

La *retroactividad* puede describirse a través de la interpretación de las referencias temporales de los enunciados jurídicos: un enunciado jurídico es retroactivo si se refiere a un tiempo anterior a su creación (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 246).

El enunciado retroactivo se refiere a lo sucedido antes de que existiera como tal enunciado jurídico o está destinado a generar efectos[17] en un momento anterior a su propia creación. Por ejemplo:

C1. (R): Las transmisiones hereditarias a descendientes de primer grado en línea recta causadas a partir del 1 de enero de 2017 están exentas de tributar en el impuesto de sucesiones.

C2. (R) es creada el 15 de diciembre de 2017.

(R) es un enunciado jurídico retroactivo, puesto que se refiere en su supuesto de hecho a situaciones anteriores a su creación. La retroactividad de un enunciado jurídico depende, pues, del momento de su creación y de su contenido referencial, concretamente del momento en que ha de ocurrir aquello a lo que se refiere, bien en su supuesto de hecho, bien en su consecuencia jurídica.

Frecuentemente los enunciados jurídicos no serán retroactivos, puesto que para que lo sean tienen que contener, ya sea en su expresión literal, ya sea en el contexto que sirve para interpretarlos, una referencia clara a situaciones anteriores a su creación. En ausencia de indicación al respecto, la referencia temporal de los enunciados jurídicos comienza después de su creación[18].

Esta circunstancia determina que, ante dos normas sucesivas, **N1** y **N2**, que se refieren a la misma categoría de situaciones **S**, sus intervalos de subsunción normalmente no coincidan, o mejor dicho, solo coincidan parcialmente. A partir del comienzo del intervalo de subsunción de **N2**, los intervalos de ambos enunciados se superponen. Antes del comienzo del intervalo de subsunción de **N2**, solo estará abierto el intervalo de subsunción de **N1**. Las situaciones de transición son, como hemos mencionado antes, previas a la sustitución de **N1** por **N2** y, por tanto, al comienzo del intervalo de subsunción de **N2**[19]. De este modo, no habrá conflicto normativo posible respecto a dichas situaciones de transición, puesto que **N2** no las regula al no referirse a ellas en su supuesto de hecho. A esto hay que añadir que tampoco **N1** regula jurídicamente

[17] La retroactividad en los enunciados jurídicos puede dar lugar a *enunciados jurídicos retroactivos* propiamente dichos, y *enunciados jurídicos con efectos retroactivos*, dependiendo de si la referencia al tiempo anterior a su creación se encuentra en el supuesto de hecho del enunciado jurídico o en la consecuencia jurídica del mismo (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 246-247).

[18] En el caso del Derecho español, esto deriva de la regla general sobre la entrada en vigor de las leyes del art. 2.1 del Código Civil, junto con la interpretación que se ha realizado anteriormente sobre la fecha de entrada en vigor.

[19] El inicio del intervalo de subsunción de **N2** tiene que ser posterior o simultáneo a la derogación de **N1**, nunca anterior, si tenemos en cuenta que a partir de ese momento los intervalos de subsunción de ambas normas coinciden y ambas establecen consecuencias incompatibles. Por ello, si la situación de transición es anterior a la sustitución de **N1** por **N2**, es decir, a la derogación de **N1**, necesariamente tiene que ser anterior al inicio del intervalo de subsunción de **N2**.

esas situaciones al haber dejado de pertenecer al Derecho cuando tienen que hacerse efectivas sus consecuencias. De ahí la laguna intertemporal.

La cosa es bien distinta si el enunciado nuevo es retroactivo, si contiene en su supuesto de hecho la referencia a las situaciones de transición, pero esta diferencia no implica que esos casos den lugar a conflictos. Es lo que ocurre con (R) en cuanto aplicable a las transmisiones hereditarias causadas antes de 15 de diciembre de 2017. (R) regula jurídicamente esas situaciones en cualquier momento ***te*** posterior a su creación, puesto que se refiere a ellas y forma parte del Derecho en ***te***. Las situaciones de transición no quedan, pues, sin cobertura jurídica. El enunciado al que (R) sustituye, por su parte, también se refiere a esas situaciones de transición, pero ya no es un enunciado jurídico en ***te***; por tanto, no las regula y no hay ocasión de que se produzca conflicto normativo alguno.

Si el enunciado nuevo no es retroactivo solo será aplicable a casos anteriores a su creación cuando otro enunciado jurídico lo disponga. Por ejemplo:

D1. (IR): Las transmisiones hereditarias a descendientes de primer grado en línea recta causadas a partir del 1 de enero de 2018 están exentas de tributar en el impuesto de sucesiones.

D2. (IR) es creada el 1 de enero de 2018.

D3. (N): (IR) será aplicable a las transmisiones hereditarias a descendientes de primer grado en línea recta causadas con anterioridad al 1 de enero de 2018.

(IR) no es un enunciado jurídico retroactivo puesto que su intervalo de subsunción comienza el mismo día de su creación, el 1 de enero de 2018. Su supuesto de hecho, por tanto, no se refiere a transmisiones hereditarias causadas antes de esa fecha. Sin embargo, (IR) será aplicable[20] a esas transmisiones hereditarias por la remisión de (N). Podemos decir, por tanto, que (IR) es aplicable retroactivamente a situaciones anteriores a su creación, a pesar de no ser un enunciado retroactivo.

Pero en estos casos la norma derogada no regula jurídicamente las situaciones de transición. Y tampoco lo hace la norma nueva (IR). El enunciado jurídico que realmente regula las situaciones de transición es (N) que se refiere a tales situaciones en su supuesto de hecho y, además, pertenece al Derecho en el momento de desplegar su eficacia. Por ello, no es necesario, ni correcto, referirse a (N) como *norma de resolución de conflictos intertemporales*, puesto que no resuelve conflicto alguno. Lo que hace es regular jurídicamente determinadas situaciones mediante la remisión a otros enunciados.

4.2.2. Normas derogadas y situaciones de transición: ¿Ultractividad de la norma derogada?

Los enunciados jurídicos como (N) no siempre remiten a normas nuevas la regulación de las situaciones de transición. A veces esa remisión se hace al propio enunciado derogado:

[20] En el sentido de *aplicabilidad externa* correspondiente a la distinción introducida por MORESO Y NAVARRO (MORESO y NAVARRO, 1996: 21-24). Estos autores recuerdan que para que un enunciado sea externamente aplicable no es necesario que pertenezca al sistema jurídico, puesto que es suficiente con que otro enunciado establezca que es aplicable.

E1. (U): Las transmisiones hereditarias a descendientes de primer grado en línea recta causadas a partir del 1 de enero de 2017 están exentas de tributar en el impuesto de sucesiones.

E2. (U) es derogada el 15 de diciembre de 2017.

E3. (N): (U) será aplicable a las transmisiones hereditarias a descendientes de primer grado en línea recta causadas antes del 15 de diciembre de 2017.

E4. (N) es creada el 15 de diciembre de 2017.

El hecho de que los efectos de (U) se disparen después de su derogación determina que este caso se identifique con una situación de *ultractividad*. De hecho, suele considerarse el ejemplo más típico de ultractividad (Suárez Collia, 2005: 177-178), en cuanto relativo a normas que, después de derogadas, siguen siendo aplicables a situaciones que se plantearon mientras tenían validez. Sin embargo, creo que resulta más adecuado denominar *enunciado ultractivo* al enunciado que se refiere a situaciones posteriores a su derogación (Hernández Marín, 2012: 256). El que un enunciado sea ultractivo depende, pues, del momento de su derogación y de su contenido referencial, concretamente del momento en que ocurre aquello a lo que se refiere, bien en su supuesto de hecho, bien en su consecuencia jurídica.

La mayoría de los enunciados derogados son ultractivos puesto que, si bien se limita su tiempo de pertenencia al Derecho, sus intervalos de referencia no están limitados en el tiempo, salvo indicación expresa en el propio enunciado. De este modo, tanto intervalo de subsunción como tiempo del efecto se prolongan más allá de la fecha de derogación. Así, por ejemplo, un enunciado jurídico que regule la compraventa se refiere, salvo indicación en contrario, a todas las compraventas que se realicen a partir de su entrada en vigor, indefinidamente; y esta circunstancia no cambia por el hecho de que sea derogado.

Que el enunciado derogado sea ultractivo, por tanto, es frecuente. Pero esto no cambia la consideración sobre la regulación jurídica de la situación posterior a la derogación. (U), a pesar de ser un enunciado ultractivo, es irrelevante para cualquier transmisión hereditaria posterior a su derogación, y nadie pondría en duda esta cuestión.

Y a la misma conclusión habría que llegar respecto a las transmisiones hereditarias de transición, es decir, las causadas antes de la derogación de (U). El enunciado ultractivo se refiere a estas situaciones, tanto como se refiere a las situaciones posteriores a la derogación y, además, será igualmente irrelevante para ellas tras ser privado de juridicidad. Sin embargo, en el ejemplo planteado, (U) despliega lo que podemos llamar una *eficacia ultractiva*, en cuanto que sus efectos van a producirse en un tiempo posterior a su derogación[21].

Evidentemente, esa eficacia *póstuma* de las disposiciones derogadas solo se puede explicar a partir de la remisión que (N), es decir, el Derecho actual, realiza a (U) para regular las situaciones de transición. Por tanto, (N) es el único enunciado jurídico que realmente regula esas situaciones.

[21] Sobre la distinción entre enunciados ultractivos y enunciados con efectos ultractivos (Hernández Marín, 2012: 256).

5. UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DE LOS CRITERIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERTEMPORALES

Según la versión del conflicto intertemporal de normas, cuando cambia la regulación de una situación puede surgir una colisión de normas aplicables respecto a las situaciones de transición. En ese caso, sería necesario recurrir a alguna metanorma que actúe como *criterio de resolución de conflictos intertemporales*. Es habitual en la doctrina estructurar estos criterios en dos tipos o categorías (ALBALADEJO, 2006: 189 y 190):

1.º Por un lado, las llamadas *normas de Derecho transitorio*, que regulan específicamente el tránsito de la ley antigua a la ley nueva.

2.º Por otro lado, y con un protagonismo muy destacado por diferentes motivos (DE CASTRO Y BRAVO, 2008: 720), el *principio de irretroactividad* o de *no retroactividad* de las leyes, según el cual la nueva ley no es retroactiva o no es aplicable retroactivamente.

5.1. Normas de Derecho transitorio

Son normas de Derecho transitorio los enunciados jurídicos que se refieren en su supuesto de hecho a las que hemos llamado situaciones de transición, es decir, aquellas situaciones acaecidas antes de la derogación del enunciado jurídico que hasta ese momento las regulaba. Dentro de estas normas de Derecho transitorio se pueden hacer también algunas distinciones:

a) Por un lado, las llamadas disposiciones transitorias en sentido estricto, que son aquellos enunciados pertenecientes a la ley nueva y que se refieren a situaciones de transición. Aunque en ocasiones las disposiciones transitorias son calificadas como *normas de colisión* o *normas de conflicto*, no siempre les resulta aplicable esta denominación. Algunas de ellas regulan directamente las situaciones de transición, estableciendo los efectos que el legislador ha considerado oportunos y que son diferentes tanto de los previstos por la ley antigua como de los establecidos por la ley que la sustituye para las situaciones nuevas del mismo tipo. Las normas de conflicto intertemporal propiamente dichas serían, más bien, aquellas disposiciones transitorias que regulan las situaciones de transición de manera indirecta, bien sea remitiendo a los efectos de la ley nueva, bien sea manteniendo las consecuencias previstas en la ley derogada. Así, por ejemplo, la disposición transitoria 1.ª del Código Civil remite a la legislación anterior al Código para la regulación de los derechos nacidos según las viejas leyes; y la disposición transitoria 4.ª del mismo cuerpo jurídico reenvía a la nueva legislación para la regulación del ejercicio de los derechos nacidos y no ejercitados antes del Código.

Reitero mi apreciación de que en estos casos no hay conflicto alguno: ni el enunciado derogado, ni el enunciado material de la ley nueva regulan jurídicamente la situación de transición. La disposición transitoria es el Derecho nuevo que regula jurídicamente la situación y que viene a sustituir al Derecho antiguo. Las razones ya las expuse en el apartado anterior: el enunciado derogado ya no es Derecho y ya no está en condiciones de regular jurídicamente nada; el enunciado material de la ley nueva, aunque es Dere-

cho, si no es retroactivo, no se refiere a situaciones anteriores a su creación y, por tanto, no regula jurídicamente esas situaciones, solo se refiere a las situaciones nuevas y, por tanto, solo regula jurídicamente estas últimas. Además, sería conveniente recordar que:

— El enunciado nuevo no es retroactivo por el mero hecho de que la disposición transitoria remita a dicho enunciado para la resolución de los casos anteriores a su creación.

— Si el enunciado nuevo fuera retroactivo, es decir, si en su supuesto de hecho se señalase como comienzo del intervalo de subsunción un tiempo anterior a su creación, la disposición transitoria no sería necesaria, puesto que las situaciones de transición ya estarían reguladas por el enunciado nuevo retroactivo. Y en este caso tampoco habría conflicto entre Derecho viejo y Derecho nuevo, simplemente el enunciado nuevo regularía la situación y el enunciado viejo no. Una disposición transitoria que remitiera al Derecho nuevo sería superflua.

— Si el enunciado nuevo fuera retroactivo y también hubiera una disposición transitoria que remitiera al enunciado derogado para la regulación de las situaciones de transición nos encontraríamos ante un auténtico conflicto normativo. Pero no entre el enunciado de la ley vieja y el enunciado jurídico nuevo, sino entre el enunciado material nuevo y la disposición transitoria, puesto que: 1) ambos pertenecen al Derecho en el mismo momento; 2) ambos regulan la misma situación (ambos son retroactivos), y 3) ambos establecen consecuencias opuestas. Por supuesto, para resolver ese conflicto no sería posible acudir como criterio de resolución a la propia disposición transitoria, actuando como norma de conflicto intertemporal, puesto que no puede ser la solución al ser «parte del problema». Tendrá que ser otro el criterio empleado (jerárquico, cronológico, especialidad).

b) Por otro lado, las que podemos llamar *normas de remisión intertemporal* que se refieren, en general, a cualquier cambio de regulación jurídica de una situación y remiten, bien a la ley nueva, bien a la ley derogada, para establecer las consecuencias del supuesto que regulan. Este es, por ejemplo, el caso del art. 2.2 del Código Penal que se refiere a cualquier modificación de una ley penal cuando la sanción impuesta por la nueva ley sea más favorable para el reo. Este precepto dispone que las situaciones de transición sean disciplinadas, en ese caso, por la nueva ley[22]. También la doctrina civil se ha mostrado partidaria de interpretar las disposiciones transitorias del Código Civil, por lo menos las de alcance más general (disposiciones transitorias 1.ª a 4.ª), como normas de remisión intertemporal, y no solo como disposiciones transitorias[23].

Las normas de remisión intertemporal contemplan situaciones genéricas de transición en la previsión de una falta de regulación *ad hoc* de las mismas en el Derecho nuevo, es decir, a falta de una disposición retroactiva que supla el vacío dejado por el Derecho derogado. Organizan esas situaciones de transición remitiendo, bien al contenido de un enunciado derogado, bien al de la disposición que lo sustituye. Ni el enunciado derogado ni el enunciado nuevo regularán jurídicamente la situación de

[22] La remisión a la norma sancionadora más favorable como criterio de resolución de conflictos temporales se encuentra explícitamente recogido en la jurisprudencia constitucional (STC 32/1987, de 10 de marzo).

[23] Sobre la aplicabilidad de las disposiciones transitorias del Código Civil a las reformas del Código producidas con posterioridad a su publicación (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003: 123); así como jurisprudencia que las interpreta en este sentido (p. ej., STS de 16 de abril de 1991, RJ 1991/2718).

transición. El enunciado derogado no regula jurídicamente nada, puesto que ya no es un enunciado jurídico; el enunciado nuevo no regula jurídicamente la situación transitoria, porque no es retroactivo, aunque sea aplicable retroactivamente. La regulación jurídica de esas situaciones la afronta única y exclusivamente la norma de remisión intertemporal.

5.2. El principio de irretroactividad

El principio o criterio de irretroactividad del Derecho se formula habitualmente como una limitación de la influencia del Derecho nuevo en el pasado: los efectos de los enunciados jurídicos nuevos no deben extenderse al pasado, es decir, a las situaciones de transición. Además, cuando el Derecho nuevo sustituye al antiguo, el principio de irretroactividad implica que la ley derogada siga rigiendo las situaciones de transición. Esto supone una interpretación del principio de irretroactividad como un auténtico criterio de resolución de conflictos normativos, que permite seleccionar la norma aplicable entre varias que colisionan.

Formulado explícitamente como criterio de resolución de conflictos, el principio de irretroactividad supone que entre dos normas aplicables a una misma situación, con efectos jurídicos incompatibles, será preferible aquella que no sea aplicable retroactivamente.

Dejando aparte formulaciones apriorísticas, la regla de irretroactividad tendrá el alcance y la función que pueda extraerse de la expresión o expresiones positivas que de la misma ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos. La presencia en los mismos de diversas variantes de esta regla, con mayor o menor alcance, está conectada con la idea de *limitación de la retroactividad*. Por eso, en el análisis del principio de irretroactividad una parte destacada está destinada a la función limitadora, en la que cobra especial importancia la referencia a la *seguridad jurídica*, junto con la exégesis de sus manifestaciones positivas, a través de las restricciones constitucionales y legales a la retroactividad.

En el análisis funcional de las manifestaciones positivas del llamado principio de irretroactividad es necesario distinguir dos variantes:

a) La irretroactividad entendida en el sentido de *control de retroactividad*, es decir, como delimitación de los casos en los que la retroactividad del Derecho nuevo no es correcta, válida, lícita o admisible. En nuestro ordenamiento jurídico ese papel lo desempeña, fundamentalmente, el art. 9.3 de la Constitución: «La Constitución garantiza [...] la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

b) La irretroactividad entendida en el sentido de *preferencia por la no retroactividad*, reflejo de la configuración de la retroactividad como algo excepcional en el Derecho. Esta función le corresponde a disposiciones como el art. 2.3 del Código Civil: «Las leyes no tendrán efectos retroactivos, si no dispusieren lo contrario».

Ambas variantes del principio de irretroactividad establecerían un marco de restricción genérica de la retroactividad, operando a favor de la preservación del *statu*

quo, como garantía de la seguridad jurídica. Mientras que la segunda disposición establecería la *preferencia general por la irretroactividad* para todo Derecho nuevo, preferencia que, por supuesto, admitiría excepciones, la norma constitucional supone un *control de la retroactividad* por medio de una prohibición específica que no tolera excepción alguna.

5.2.1. La prohibición de retroactividad en la Constitución

El art. 9.3 CE es usado por el Tribunal Constitucional para justificar juicios de constitucionalidad sobre disposiciones legales. Esto parece concordar con el sentido que habitualmente se le atribuye: los enunciados retroactivos que establezcan sanciones no favorables o que restrinjan los derechos individuales son nulos. Se puede hablar de límite a la retroactividad porque invalida determinados enunciados retroactivos: aquellos que regulan situaciones que hayan tenido lugar antes de su creación, atribuyéndoles los efectos perjudiciales que la norma constitucional indica.

En principio, solo los enunciados retroactivos están sujetos a la prohibición. Sin embargo, una disposición sancionadora desfavorable o restrictiva de derechos individuales no retroactiva también podría incurrir en retroactividad ilícita si una disposición transitoria, u otro tipo de norma de remisión, estableciese su aplicabilidad externa a una situación anterior a su creación. Es lógico suponer que el control de retroactividad del art. 9.3 CE también obstaculiza esa retroactividad, negando la aplicabilidad externa del enunciado sancionador desfavorable o restrictivo de derechos individuales, aunque este mismo no sea un enunciado retroactivo. Es posible que para hacer efectiva esa limitación sea necesario declarar la nulidad de la disposición transitoria o de la norma de remisión[24].

En definitiva, la prohibición de retroactividad constitucional no solamente supone un control de enunciados retroactivos, sino de cualquier enunciado que resulte aplicable retroactivamente cumpliendo los criterios materiales para someterse al control previsto.

Pero ¿este control de retroactividad es un criterio que resuelve un conflicto entre dos enunciados jurídicos sucesivos? Muchos lo han entendido así. Esto es, si para una conducta **C** regulada por **N1**, este enunciado establece una determinada sanción y, posteriormente, **N2** sustituye a **N1** estableciendo para **C** una sanción más grave que la dispuesta por el enunciado jurídico anterior derogado **N1**, podría decirse que se produce un conflicto normativo entre **N1** y **N2** respecto a la regulación de una situación de transición ***c*** que es instancia particular de **C**. La solución de este conflicto, por medio de la prohibición de retroactividad, justificaría la opción por una de las disposiciones en liza: la norma no retroactiva. Es una tesis que además se considera lógica, puesto que si el enunciado nuevo no se aplica, se tendrá que aplicar el derogado ya que, de otro modo, se dejaría la situación de transición sin regulación.

[24] Con lo que entiendo que sí que tiene utilidad distinguir la noción de «aplicable retroactivamente», a pesar de que, como indica HERNÁNDEZ MARÍN, sea «rechazable atribuir algún tipo de retroactividad a enunciados jurídicos que carecen de ella» (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 255).

Pero ¿es este el planteamiento correcto? Para responder a esta cuestión creo que es necesario distinguir primero las dos situaciones que pueden surgir:

a) Una primera situación es aquella en la que **N2** no es aplicable retroactivamente puesto que solo se refiere a las situaciones ocurridas a partir de su entrada en vigor. En este caso, que **N2** no sea retroactivo no es una consecuencia de la prohibición constitucional de retroactividad. **N2** no es retroactivo porque su intervalo de subsunción no comienza antes de su creación y ninguna otra disposición jurídica establece que sea aplicable a situaciones anteriores a su creación. Las situaciones de transición no son, por tanto, reguladas jurídicamente por **N2**, pero tampoco lo son por **N1** a partir del momento de su derogación, puesto que ya no es un enunciado jurídico y no es apto para regular nada.

b) La segunda situación se da cuando **N2** es un enunciado retroactivo, es decir, su intervalo de subsunción comienza antes de su creación. La prohibición de retroactividad del art. 9.3 CE, en cuanto establece la incorrección de los enunciados legales retroactivos de ese tipo, puede dar lugar a la anulación de **N2**. Si **N2** es efectivamente anulado, las situaciones de transición no serán reguladas por esta disposición, puesto que **N2** no será un enunciado jurídico. ¿Quedan en este caso las situaciones de transición sin regulación jurídica? En realidad, no hay una solución homogénea para todas las situaciones posibles:

b.1) Puede ser que al anular **N2**, **N1** recupere la pertenencia al Derecho, cosa que ocurriría si **N1** hubiera sido objeto de derogación tácita por incompatibilidad con **N2**, o si la completa ley de la que forma parte **N2**, incluyendo sus disposiciones derogatorias, fuera anulada. En este caso, no cabe duda de que **N1** regularía jurídicamente ***c***, después de la anulación de **N2** puesto que es aplicable internamente a ***c*** (siempre lo habría sido) y, además, seguiría siendo un enunciado jurídico, puesto que la eficacia *ex tunc* de la nulidad provoca la irrelevancia de lo que no habría sido más que una apariencia de derogación.

b.2) Otra posibilidad es que una disposición del Derecho actual —**N3**—, distinta de las dos anteriores, remita a **N1** estableciendo su aplicabilidad externa, por ejemplo, estableciendo la aplicabilidad a una situación de transición de la norma penal más beneficiosa para el reo, cuando esta es la norma derogada. En este caso, **N1** no volvería a regular jurídicamente ***c***, pero sí que debería ser aplicado (externamente) a ***c***. En definitiva, las situaciones de transición no quedan en este caso sin regulación porque en el Derecho actual sigue habiendo un enunciado jurídico que se refiere a ellas para disciplinarlas (**N3**).

b.3) Por último, si la derogación ha sido efectiva y ningún enunciado jurídico actual reclama la regulación de las situaciones de transición, la explicación más simple y, probablemente, la más sensata es entender que tales situaciones han quedado sin regulación. Y ello a pesar de que un atávico *horror vacui* jurídico nos pretenda atraer con la sugestión de un pretendido *conflicto normativo resuelto*.

5.2.2. La preferencia general por la irretroactividad del Derecho nuevo

Es frecuente entre los autores que se han ocupado de la materia la afirmación de que el art. 2.3 del Código Civil no está dirigido al legislador, sino que tiene como des-

tinatarios a los jueces y tribunales, calificándolo en muchas ocasiones como *norma de interpretación* (LÓPEZ MENUDO, 1991: 459).

La habitual carencia de referencias temporales internas en los enunciados jurídicos, junto con la necesidad de una labor interpretativa para integrar su sentido total y, con él, el conjunto completo de sus referencias temporales, determina que, en la mayoría de los casos, haga falta esa operación de interpretación integrativa para saber cuándo comienzan los intervalos de referencia de un enunciado jurídico. Como ya se dijo en su momento, el elemento clave en esta labor de integración es la *fecha de entrada en vigor* que muy frecuentemente opera como momento de inicio del intervalo de subsunción. Puesto que esta fecha es, salvo que se indique otra cosa, posterior a la fecha de creación de las leyes, la retroactividad de los enunciados del Derecho es algo que no cabe presumir.

El art. 2.3 del Código Civil no haría otra cosa que incidir en esa conclusión interpretativa (HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 252). Un enunciado jurídico solo se aplica a las situaciones ocurridas a partir de su entrada en vigor, a no ser que el propio enunciado disponga expresamente un inicio de su intervalo de subsunción distinto, o bien otro enunciado jurídico (disposición transitoria o norma de remisión intertemporal) disponga su aplicación a situaciones de transición. La regla de irretroactividad del art. 2.3 del Código Civil establece que los enunciados jurídicos que no son retroactivos no son aplicables retroactivamente a menos que otra disposición establezca su aplicabilidad retroactiva (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2003: 117). Es decir, un enunciado jurídico no será aplicable retroactivamente..., a menos que sea aplicable retroactivamente (ya sea interna o externamente). Esta descripción pondría de manifiesto el carácter superfluo de este límite a la retroactividad entendido como criterio de interpretación.

Para superar este reparo, se ha planteado la posibilidad de describir el art. 2.3 del Código Civil como una prohibición de aplicar retroactivamente disposiciones no retroactivas (y no aplicables retroactivamente). Habría que preguntarse si, en caso de que fuera posible tal interpretación prescriptiva, añadiría algo a la obligación de los jueces de aplicar el Derecho al dirimir los litigios sometidos a su jurisdicción. Los enunciados no retroactivos no son aplicables retroactivamente a no ser que una norma de Derecho transitorio establezca su aplicabilidad retroactiva, y los jueces no deben aplicar, para cumplir su función jurisdiccional, Derecho que no sea aplicable.

El Tribunal Constitucional, que emplea el principio de irretroactividad como regla para la anulación de disposiciones legales retroactivas perjudiciales cuando se someten a control las leyes objeto de recurso o cuestión de inconstitucionalidad, sin embargo, ha venido empleando el mismo principio de irretroactividad como prohibición de aplicación retroactiva de normas sancionadoras desfavorables cuando se trata de resolver recursos de amparo contra resoluciones de órganos judiciales que han aplicado retroactivamente normas penales desfavorables[25]. En este caso, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no tiene por objeto anular un precepto legal retroactivo, sino la decisión judicial que aplica retroactivamente un precepto penal que no es retroacti-

[25] STC 234/2007, de 5 de noviembre (Sala 1.ª): «La prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable, en perjuicio del reo [...] significa que queda absolutamente prohibido aplicar una Ley penal desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor».

vo. Y para justificar esa anulación suele hacer mención a la prohibición de retroactividad que entiende incorporada en el art. 25.1 CE, como parte del principio de legalidad penal. De acuerdo con esta interpretación, para el Tribunal Constitucional una parte del sentido del art. 25.1 CE sería que los jueces y tribunales no pueden aplicar retroactivamente normas penales desfavorables.

La justificación del carácter superfluo de este mandato abunda en lo ya dicho respecto a la interpretación prescriptiva del art. 2.3 del Código Civil : los jueces deben resolver aplicando el Derecho que regula la situación enjuiciada, y un enunciado jurídico no retroactivo no regula las situaciones anteriores a su creación. Siempre podría argumentarse, claro está, que el art. 25 CE presenta el valor añadido de su calificación como *derecho fundamental*, por su ubicación en el Título I, Capítulo II, Sección 1.ª, y la consecuente protección especial ante su vulneración, incluyendo el recurso de amparo ante el propio Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE) (SUÁREZ COLLÍA, 2005: 65). Pero no debemos olvidar que también el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental (art. 24 CE), uno de cuyos contenidos básicos consiste en que los jueces resuelvan los casos que se les planteen conforme a Derecho.

En definitiva, el principio de irretroactividad, en su faceta de preferencia por la no retroactividad, no supone un auténtico límite ni una restricción a la retroactividad de los enunciados jurídicos. No es más que la afirmación general de una situación habitual: que los enunciados jurídicos normalmente se refieren a situaciones posteriores a su creación. De este modo, resulta evidente que no es un criterio que dirima conflicto alguno. No dice qué enunciado se tiene que aplicar, ni tampoco cuál no se debería aplicar retroactivamente. No dice que un enunciado no pueda ser retroactivo. Pero tampoco dice que un enunciado no retroactivo no sea aplicable retroactivamente, puesto que será aplicable retroactivamente si otro enunciado jurídico lo establece así. De este modo, interpretar la preferencia por la no retroactividad del nuevo enunciado jurídico como un mandato de aplicación de la norma derogada o como solución de un presunto conflicto intertemporal no deja de ser un exceso[26].

Entiendo, por tanto, que ni los enunciados jurídicos que consagran el principio de irretroactividad, ni los enunciados de Derecho transitorio son criterios o normas de resolución de conflictos puesto que no resuelven ningún tipo de conflicto normativo temporal entre el Derecho nuevo y el Derecho derogado. Y pienso, además, que existe una importante diferencia en cuanto a la función de unos y otros: mientras que los enunciados de Derecho transitorio son útiles para colmar las posibles lagunas normativas sobrevenidas por el cambio de legislación, en cuanto integran en su supuesto de hecho a las situaciones de transición que antes regulaba la norma derogada, los enunciados que consagran el principio de irretroactividad no sirven para eso, sino que, a lo sumo, solo dejan constancia de la existencia de tales lagunas e incluso, en el caso de la prohibición de retroactividad, pueden llegar

[26] Como reflejo de estos excesos en alguna sentencia del Tribunal Supremo se dice que el principio de irretroactividad conlleva «aplicar la ley vieja salvo que la nueva ofrezca un inequívoco carácter retroactivo» (STS de 25 de mayo de 1995).

a generarlas. Y es que su función no es la de indicar cuál es el derecho aplicable a las situaciones de transición, sino la de limitar la retroactividad en tanto incidencia de la ley nueva en el pasado.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, J., 1995: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México: Distribuciones Fontamara.

ALBALADEJO, M., 2006: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Madrid: Edisofer.

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1991a: «Von Wright y la filosofía del Derecho», *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 69-102.

— 1991b: «La concepción expresiva de las normas», *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 121-154.

— 1997: S*obre la existencia de las normas jurídicas*, México: Distribuciones Fontamara.

BULYGIN E., 1991a: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, núm. 9, 257-279.

— 1991b: «Teoría y técnica de legislación», *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991, 409-425.

— 1991c: «Tiempo y validez», *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 195-214.

DE CASTRO Y BRAVO, F., 2008: *Derecho Civil de España I*, Madrid: Thomson Civitas.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., 2003: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I*, Madrid: Tecnos.

DÍEZ-PICAZO, L. M., 1990: *La derogación de las leyes*, Madrid: Civitas.

FERRER BELTRÁN, J., y RODRÍGUEZ, J. L., 2011: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

GARCÍA VALDECASAS, G., 1983: *Parte General del Derecho Civil Español*, Madrid: Civitas.

GUASTINI, R., 1987: «In tema di abrogazione», *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milano: Giuffrè, 3-31.

— 1996: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli.

— 1998: *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè.

HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1998: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Marcial Pons.

— 1999: *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.

— 2000: «El proceso de creación del Derecho», *Doxa*, núm. 23, 449-463.

— 2012: C*ompendio de Filosofía del Derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

HERNÁNDEZ MARÍN, R., y SARTOR, G., 1999: «Time and norms: a formalisation in the event-calculus», *Proceedings of the Seventh International Conference on Artificial Intelligence and Law*. New York.

KELSEN, H., 1968: «Derogation», *Die Wiener rechtstheoretische Schule,* vol. 2, Europa, Anton Pustet-Salzburg-München: Verlag Wien-Frankfurt-Zürich-Universitätsverlag.

MORESO, J. J., y NAVARRO, P., 1996: «Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche», *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici. Analisi e Diritto*, Torino: Giappichelli, 15-35.

PEÑA FREIRE, A., 1999: «Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 99-119.

— 2001: «Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas», *Analisi e diritto*, Giappichelli, 193-230.

SANTAMARÍA PASTOR, L. A., 1988: *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

SUÁREZ COLLIA, J. M., 2005: *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

VON WRIGHT, G. H., 1979: *Norma y Acción. Una investigación lógica*. Trad. de Pedro García Ferrero, Madrid: Tecnos.