

DERECHO Y TIEMPO

Francisco J. Laporta*

Resumen

El ensayo propone un marco teórico general de análisis de la noción de retroactividad mediante la exploración de las relaciones del Derecho con el Tiempo y cómo afectan a nuestras concepciones generales del derecho y a la posibilidad de percibir la idea misma de retroactividad de la norma. Tanto el ordenamiento jurídico concebido como un todo como la norma jurídica singular se contemplan en su relación con el tiempo para extraer de esa relación una noción amplia de retroactividad y sus diferentes expresiones. Se analiza la aportación de Hans Kelsen al tema y se ofrecen argumentos de varios tipos para fundamentar la prohibición de la retroactividad de las normas sancionadoras.

Palabras clave

Derecho, Tiempo, Sociedad, Derecho Natural, Positivismo, Orden Jurídico, Norma Jurídica. Hans Kelsen. Justificación de normas y sanciones.

Abstract

The essay proposes a general theoretical framework to analyse the notion of retroactivity by exploring the more abstract relationships of Law with Time and how they affect our general conceptions of law and the possibility of perceiving the very idea of retroactivity of the norm. Both the legal system conceived as a whole and the singular legal norm are examined in their relationship with time to extract from this relationship a broad notion of retroactivity and its different expressions. Hans Kelsen's contribution to the topic is analysed and various types of arguments are offered to support the prohibition of retroactivity of those legal norms that impose sanctions.

* Catedrático emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Keywords

Law, Time, Society, Natural Law, Positivism, Legal Order, Legal norm, Hans Kelsen, Justification of norms and sanctions.

SUMARIO: I. Planteamiento. II. De Teología, Filosofía y Derecho. III. Tiempo y Sociedad. IV. Tiempo y Derecho. V. El tiempo jurídico. VI. Tiempo y concepciones del Derecho. VII. Ordenamiento Jurídico y Tiempo. VIII. El tiempo como contenido de las normas jurídicas. IX. Los tiempos de la norma y el surgimiento de la retroactividad. X. Kelsen y la retroactividad. XI. Fundamentos de la prohibición de la retroactividad sancionatoria. XII. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO

No me propongo en este ensayo contemplar la retroactividad o irretroactividad de las normas jurídicas desde la perspectiva del derecho positivo español o de alguna de las disciplinas jurídicas particulares, es decir, no voy a examinar preceptos constitucionales, penales, civiles o administrativos y la copiosa jurisprudencia desarrollada en torno a ellos. En nuestra Facultad y fuera de ella hay colegas más competentes que yo para hacer ese examen pormenorizado. Quizás una cierta deformación profesional me ha llevado a pensar que no podríamos enfocar satisfactoriamente el tema si no ampliábamos la perspectiva y lo situábamos en un marco teórico desde el que pudiera intentarse una suerte de teoría general de la retroactividad. Ese marco no puede ser otro que el de la cuestión de las variadas y heterogéneas relaciones entre el «Derecho» y el «Tiempo». De ahí el título de este ensayo. Naturalmente, son tantas y tan intensas las reflexiones sobre el uno y el otro, que estas pocas páginas no aspiran sino a ser una incitación, una invitación a proseguirlas, porque han sido poco exploradas entre nosotros.⁽¹⁾

El tiempo es algo que permea nuestras vivencias personales y las peripecias de nuestras sociedades de un modo tan difícil de exagerar como de percibir.⁽²⁾ Por «condición formal *a priori* de todos los fenómenos» lo tiene Kant, y, por tanto, por condición de posibilidad de todas nuestras experiencias. Tanto de tener esas experiencias como, podría añadirse, de comunicarlas. Nuestro lenguaje mismo es impensable sin el tiempo: por ejemplo, el llamado «tiempo» de los verbos («presente»,

(1) Una reciente excepción con acento historiador: FERNANDEZ SEBASTIÁN, J./TAJADURA TEJADA, J., *Tiempos de historia, tiempos de Derecho*, Madrid, 2021

(2) Recuérdese, en efecto, que el tiempo no se percibe, es decir, no se ve ni se oye ni se toca; lo que se perciben son los sucesos que se dan en el seno de él (la manecilla del segundero o el tic-tac del reloj, el día y la noche, las experiencias personales, etc.). De ahí la necesidad contrastada de recurrir para denotarlo a metáforas espaciales. Si extrajéramos de nuestra experiencia todos los sucesos que vivimos, el tiempo desaparecería también con ellos.

«pretérito», «futuro», etc.) nos permite dar sentido a afirmaciones sobre el hoy, el ayer y el mañana que parecen ser el marco en el que se desenvuelven nuestras vidas. La vida humana es temporal, es tiempo. Y, si pensamos que el derecho tiene el propósito de ordenar aspectos importantes de las vidas de los seres humanos, entonces tiene que ser obvio que el tiempo impregna también ese fenómeno tan peculiarmente humano que llamamos Derecho. Si lo vemos a través del prisma del tiempo, el derecho nos muestra aspectos relevantes de su naturaleza misma y del sentido último de sus funciones básicas. Ello nos permite ver el lugar que ocupan en él algunas de sus dimensiones más cruciales: por ejemplo, la vigencia y la eficacia de sus normas. Es decir, cómo afectan esas normas a nuestro hoy, nuestro ayer y nuestro mañana. Y, en consecuencia, cómo encaja en todo ello la retroactividad o irretroactividad de esas normas. Porque, para una norma, ser o no ser retroactiva, o solamente proactiva, o hasta ultraactiva, no es más que reclamar un lugar en el río del tiempo.

II. DE TEOLOGÍA, FILOSOFÍA Y DERECHO

Todos los campos del conocimiento han dedicado importantes esfuerzos a tratar de establecer la relación de su objeto con el tiempo. Empezando por la teología misma, que se ha debatido desde siempre con ese problema. Los arrianos, por ejemplo, en los primeros siglos del cristianismo, dieron en pensar, entre otras, una cosa bastante razonable: que el Hijo era una creación del Padre, es decir, que el Hijo fue engendrado por el Padre y, por lo tanto, venía «después» del Padre, lo que era tanto como asumir que hubo un tiempo en que no existió, y eso implicaba que no era eterno y, por tanto, no era divino. Pues bien, eso no les pareció aceptable a algunos doctores de la Iglesia, empezando por Agustín de Hipona, que se opuso siempre a esa creencia y los tuvo por herejes. La razón que podría darse para reaccionar así es que como Dios es eterno no cabe hablar respecto de él de un «antes» y un «después», porque la eternidad es precisamente la ausencia de tiempo.⁽³⁾ Sólo tras el acto de creación del mundo aparece el tiempo como un precipitado más de esa creación. Esto era un lugar común en la tradición cultural mediterránea del primer milenio A. C. Seguramente el texto más preciso al respecto fue el *Timeo*, diálogo de Platón que influyó decisivamente en la conformación de la mentalidad teológica medieval, y que transmite así la idea:

«Antes de que se originara el mundo, no existían los días, las noches, los meses ni los años. Por ello [el “padre y progenitor”] planeó su generación al mismo tiempo que la composición de aquél. Éstas son todas partes de tiempo y el “era” y el “será” son formas devenidas del tiempo que de manera incorrecta aplicamos irreflexivamente al ser eterno»... «El tiempo, por tanto, nació con el universo para que, generados simultáneamente, también desaparezcán a la vez, si en alguna ocasión tiene lugar una eventual disolución suya» ... «La decisión divina de crear el tiempo hizo que surgieran el sol, la luna y los otros cuerpos celestes que llevan el nombre de planetas para que dividieran y guardaran las magnitudes temporales». (Platón, 37d, 38b)

(3) Afirmar que de un ser «eterno», intemporal, puedan predicarse rasgos definidos por un «antes» o un «después» es quizás lo que los lógicos llaman una *contradictio in adiecto*.

Ahí encuentra seguramente Agustín de Hipona razones para proscribir las ideas arrianas. Lo paradójico es que Agustín mismo confesaba no saber muy bien qué era el tiempo. Es muy conocida su melancólica afirmación: «¿Qué es el tiempo? Sé muy bien lo que es si no se me pregunta. Pero cuando quiero explicárselo al que me lo pregunta, no lo sé» (De Hipona, 1990: 306).

Vale la pena, sin embargo, recordar todo esto porque la teología cristiana inició precisamente entonces un camino para introducir el tiempo en el «más allá», y fue también Agustín uno de los primeros en concebir un lugar en ese más allá en el que sí regía el tiempo. Y si vale la pena hacerlo no es por mero afán de erudición, sino porque en ese nuevo camino se van a dar la mano, sorprendentemente, el tiempo y el derecho. Ese lugar especial del más allá, que no se perfilará por completo en la teología cristiana hasta el siglo XII, es el *Purgatorio*, un estadio temporal producto de esa invención posterior (Le Goff, 1981). Y nos interesa aquí porque es precisamente una invención jurídica: un lugar regulado por una suerte de derecho sancionador, con sus juicios, sus tipos delictivos (los *peccata minuta*, los llamados pecados *veniales*), sus responsabilidades y sus penas; y hasta con su pizca de política penitenciaria de «reinserción». Temo que también con alguna corrupción a la hora de conceder «indultos» (las famosas «indulgencias», que tanto irritaron a Lutero) y algún vicio de retroactividad en sus normas penales. En suma, un complejo espacio jurídico.⁽⁴⁾ Y es una situación, claro, presidida por el tiempo, por el cálculo temporal de los castigos. No se trata de una casualidad: sólo donde hay tiempo, hay derecho. Sin el tiempo es inconcebible el orden jurídico. La eternidad no necesita de los juristas.

También la filosofía ha discurrido mucho sobre el problema del tiempo, y lo que nos transmite es asimismo de sustancial importancia para nosotros. Para no entrar en vericuetos demasiado abstrusos⁽⁵⁾, baste con mencionar lo que se afirma en las primeras líneas de una colección de ensayos muy reconocida: «Considérense tres creencias fundamentales que tenemos sobre el mundo (tan fundamentales que las articulamos raramente, si es que lo hacemos alguna vez): que el cambio está sucediendo constantemente; que los cambios son causados; y que hay ciertas limitaciones acerca de qué cambios son posibles». Son –nos dicen los editores– tres creencias básicas: el cambio, la causalidad y la posibilidad, que plantean preguntas que no se pueden responder sin incluir en la respuesta el ingrediente del tiempo (Le Poidevin & Macbeath, 1993: 1). No necesito subrayar lo cruciales que son tales creencias también para el derecho: el derecho es una práctica normativa que trata de promover, impedir o disciplinar ciertos cambios en la realidad, presupone en medida no pequeña las relaciones causa-efecto que atribuimos tanto a los hechos naturales como a las acciones humanas, y trata de crear o impedir ciertos estados

(4) Escribe así LE GOFF: «La forma particular de enjuiciamiento que posibilita la existencia del purgatorio es muy nueva. De hecho, están implicados en ella dos juicios: uno al tiempo de la muerte, y otro al final de los tiempos. Entre ellos, en el interludio escatológico, por así decirlo, toda alma humana se ve envuelta en complejos procedimientos judiciales relativos a la posible mitigación de las penas, la posible conmutación de las sentencias, sometidas a la influencia de variedad de factores. La creencia en el purgatorio, por tanto, exige la proyección en la otra vida de un sistema jurídico y penal altamente sofisticado» (Jacques Le Goff, *The Birth of Purgatory*, Chicago, 1984)

(5) El lector curioso que desee aventurarse por esas aguas tiene un excelente y accesible vehículo en un ensayo de Rüdiger Safranski (Rüdiger Safranski, *Tiempo: la dimensión temporal y el arte de vivir*, Barcelona, 2017).

sociales posibles. No puede, pues, prescindir de las coordenadas del tiempo. El tiempo aparece así también como una suerte de *a priori* para el derecho: si el derecho tiene que ver con acciones humanas, tras tales acciones hay siempre una lógica del cambio (Von Wright, 1970: 37 y ss.); si tiene que contemplar relaciones de causalidad se ve forzado a presumir una lógica del tiempo (por ejemplo, que las causas se dan «antes que» los efectos); y si tiene una obvia dimensión normativa, reguladora, tiene que asumir que los supuestos de hecho que trata de regular no son ni necesarios (porque entonces sus normas serían superfluas) ni imposibles (porque entonces serían inútiles): han de ser siempre situaciones (estados de hecho, acciones u omisiones) «posibles». Por lo tanto, el cambio, la causalidad y la posibilidad están presididos, tanto en esas creencias cotidianas nuestras como en el derecho, por la flecha del tiempo.

Y lo mismo sucede con las ciencias sociales en general. Uno de nuestros mejores especialistas en la materia comienza así su reflexión: «La ciencia social no puede eludir abordar en su generalidad el viejo, correoso e inagotable problema del tiempo. Y no puede eludirlo porque, con independencia de la especificidad y estricta acotación de sus investigaciones en este campo, ha de aclarar de qué tiempo habla y, por lo tanto, como se relaciona ese tiempo con el tiempo en general» (Ramos, 1992: IX). Es decir, que la percepción del tiempo en las ciencias sociales y cómo se incorpora el tiempo al objeto de su investigación puede determinar que veamos ese objeto mismo de manera diferente o con diferentes métodos.⁽⁶⁾

III. TIEMPO Y SOCIEDAD

También esto atañe al derecho y a su estudio, y lo que pretendo en estas líneas es indagar un poco en el tiempo de que habla el derecho y cuáles son las consecuencias teóricas y normativas de su percepción del tiempo. Empezando por una conexión un poco enigmática entre tiempo y derecho, que quizás sea sólo una conjetura, pero es de esas conjeturas que invitan a la reflexión. Se dice desde siempre que no es concebible la sociedad sin el derecho: *Ubi societas, ibi ius*. Lo sorprendente es que tampoco parece concebible la sociedad sin el tiempo: la organización del tiempo es condición necesaria para la existencia y articulación del grupo social (Zerubabel, 1992: 361). Eso significa que las reglas sociales, es decir, las pautas para la adscripción de estatus y roles, y las expectativas de conducta que transportan y que definen la estructura del grupo social, tienen siempre una dimensión temporal ineludible; se podría, pues, decir *Ubi societas, ibi tempus*. Para que exista la sociedad el tiempo tiene que estar organizado: cada uno tiene que saber qué es lo que se espera de él, qué es lo que *debe* hacer, pero también *cuándo* debe hacerlo. No puede haber sociedad si algunas conductas no se realizan por sus miembros con un alto grado de simultaneidad y coordinación. Así, las normas sociales no solo tienen una obvia dimensión temporal en el sentido de que nacen y desaparecen,

(6) Para algunos datos de psicología y antropología remito a Gerald James WHITROW, *El tiempo en la historia*, Barcelona, 1990, cap. 1). Entre nosotros, fue muy sugerente en relación con la antropología Julio CARO BAROJA (CARO BAROJA, J., «El tiempo en antropología», *Revista de Occidente*, 2 [1980]).

sino también en el sentido de que determinan el momento en el que las demandas de la sociedad y los deberes para con ella se adscriben a los integrantes del grupo: regulan sus conductas y el tiempo en el que han de ser llevadas a cabo. Norma social y tiempo se hallan así inextricablemente entrelazados. No hay sociedad sin medida del tiempo.

Ni tiempo sin sociedad. Lo más común es que percibamos el tiempo como un continuo «natural» anterior a nuestras experiencias y que puede ser dividido en segmentos más simples, todos ellos equivalentes entre sí: por ejemplo, años, meses, días, horas, minutos, etc., pero eso puede inducirnos a cierta confusión, porque hay muchos tiempos y muchas formas de medir el tiempo; tantos como culturas y sociedades, históricas y actuales (Whitrow, 1990). Para empezar, esas divisiones mencionadas son útiles sólo después de la aparición social del calendario, y, especialmente, del reloj moderno. Antes el tiempo era otro y se medía de otra manera: por las crecidas del Nilo, por las cosechas, o por las campanadas que señalaban las horas canónicas: maitines, laudes, prima, etc. O por los relojes de arena. O por las clepsidras. Porque el supuesto tiempo «natural» no es lo mismo que el tiempo «social». Poco tiene que ver nuestra percepción del tiempo con lo que nos dicen de él los físicos, especialmente después de Einstein. Por supuesto, ellos transmiten algo que nunca debemos olvidar: que todo lo que ocurre, ocurre en el tiempo; es decir, que, para identificar un suceso cualquiera, hemos de situarlo dentro de ciertas coordenadas una de las cuales es indefectiblemente el tiempo: «un suceso es algo que ocurre en un punto particular del espacio y en un instante específico del tiempo» (Hawking, 2011: 53). Y eso se aplica a cualquier tipo de sucesos, incluidos, por supuesto, los sucesos humanos y los sucesos jurídicos. Y tampoco tienen mucho que ver nuestros métodos de medición del tiempo, nuestros calendarios, con la que los geólogos, por ejemplo, llaman «escala absoluta» de tiempo: la datación de rocas por la desintegración radioactiva de isótopos de algunos elementos. Aunque también debe recordarse que tanto físicos como geólogos se ven precisados, para hacerse entender, a expresarse recurriendo al tiempo social: por ejemplo, los *años-luz* como métrica del universo, o la llamada por lo geólogos «escala relativa» del tiempo: algunos estratos profundos de sedimentos son «anteriores» o «más viejos», o a cambiantes denominaciones *ad hoc*: Cretácico, Jurásico, Cámbrico, etc. (Fortey, 1999: 33-35). Igual que los historiadores cuando periodifican el tiempo en «edades» mediante ciertas convenciones basadas en hechos sociales ajenos al llamado tiempo natural, físico o geológico.

Por mucho que los calendarios humanos se hayan inspirado normalmente en la observación de fenómenos naturales (los ritmos circadianos, las fases de la luna, las estaciones, etc.) llegando incluso a veces a medirlos con una precisión sorprendente, lo cierto es que el tiempo de la sociedad humana y el supuesto tiempo abstracto y objetivo de la naturaleza no tienen tanto que ver. El tiempo es una magnitud social, no natural, una métrica que se superpone al supuesto fluido continuo del tiempo natural por razones estrictamente humanas (sociales, religiosas, bélicas, económicas, etc.). Esto lo formuló explícitamente, quizás por primera vez, Emile Durkheim en el año 1912, cuando en un comentario sobre el carácter social de la religión, hace esta sorprendente reflexión que vale la pena citar íntegramente:

Esto se puede, ya desde ahora, entrever para ciertas categorías. ¡Que alguien intente, por ejemplo, imaginar lo que sería la noción de tiempo hacien-

do abstracción de los procedimientos mediante los cuales lo dividimos, medimos, expresamos por medio de signos objetivos; un tiempo que no fuera una sucesión de años, meses, semanas, días, horas! Sería algo casi impensable. No podemos concebir el tiempo si no es a condición de diferenciar en su interior momentos distintos. Ahora bien ¿cuál es el origen de esta diferenciación? A no dudar, los estados de conciencia que ya hayamos experimentado pueden reproducirse en nosotros siguiendo el mismo orden en el que anteriormente se habían desarrollado; y de este modo parte de nuestro pasado se nos vuelve a hacer presente, distinguiéndose con todo, de manera espontánea, de ese presente. Más, con lo importante que es esta distinción cara a nuestra experiencia individual, falta que sea suficiente para forjar la noción o categoría de tiempo. No consiste ésta simplemente en una rememoración, parcial o íntegra, de nuestra vida pasada. Es un marco abstracto e impersonal que envuelve, no solo nuestra existencia individual, sino la de la humanidad. Es como un cuadro ilimitado en el que se despliega bajo los ojos del espíritu toda duración y donde pueden ser situados todos los acontecimientos posibles en relación a puntos de referencia fijos y determinados. No es «mi tiempo» el que está así organizado; es el tiempo tal y como es pensado de manera objetiva para todos los hombres de una civilización. Esto, por sí sólo, ya basta para intuir que una organización tal ha de ser colectiva. Y, en efecto, la observación establece que estos puntos de referencia indispensables en base a los cuales son clasificadas en el tiempo todas las cosas, son tomados de la vida social. Las divisiones en días, semanas, meses, años, etc., corresponden a la periodicidad de los ritos, fiestas y ceremonias públicas. Un calendario da cuenta del ritmo de la actividad colectiva al mismo tiempo que tiene por función asegurar su regularidad» (Durkheim, 1982: 9).

Es decir, el tiempo es una institución social que hace posible la regularidad de las conductas que constituyen la urdimbre de la sociedad misma. Norbert Elías lo ha examinado concienzudamente: «Hasta la época de Galileo» –escribe– «lo que llamamos tiempo y naturaleza está centrado en primer término alrededor de los grupos humanos. El tiempo era ante todo un medio para orientarse en el mundo social y para regular la convivencia humana. Los fenómenos naturales, elaborados y normalizados por los hombres, encontraron aplicación como medios para determinar la posición o la duración de las actividades sociales en el flujo del acontecer». Es decir, el tiempo es una institución social mucho más que una magnitud natural. De hecho –afirma Norbert Elías– «el desarrollo de la determinación del tiempo en la vida social, la paulatina creación de un retículo más o menos bien integrado de reguladores temporales es lo que permite la experiencia del tiempo como flujo uniforme y siempre igual. Si falta lo primero, no puede estar presente lo segundo» (Elías, 1989: 13 y 51). Y es una institución social que ejerce sobre nosotros una coacción externa, aunque no lo experimentemos así cotidianamente porque lo hemos asimilado desde nuestra infancia como una pauta de auto-coacción (Elías 1989: 21, 31, 43)⁽⁷⁾. Es en ese espacio social y no tanto en su supuesta dimensión «natural» donde el tiempo y el derecho se dan profundamente ensamblados.

(7) Si el lector duda de esa fuerza «coactiva» del tiempo social que pruebe sencillamente a retrasar su reloj dos horas y tratar de regir su vida de acuerdo con «su» nueva hora. Comprobará inmediatamente con qué cruel eficacia coercitiva le trata la sociedad en la que vive.

IV. TIEMPO Y DERECHO

Que no hay derecho sin tiempo se puede inferir fácilmente de la conclusión anterior: puesto que no hay sociedad sin tiempo por la necesidad de que las acciones reguladas se ajusten a coordenadas temporales, tampoco habrá derecho sin tiempo, pues la regulación de las conductas jurídicas exige también esa coordinación temporal. Pero exploremos una incógnita ulterior y más profunda: ¿Hay tiempo sin derecho?

Hay una afirmación enigmática de Hobbes que parece suscitar esa incógnita. Dice Hobbes que cuando los «hombres viven sin un poder común que les obligue a todos al respeto [es decir, anoto yo, en un mundo sin derecho], están en aquella condición que se llama guerra, y una guerra de todo hombre contra todo hombre». Y a continuación inserta su celeberrimo pasaje:

«En tal condición no hay lugar para la industria, porque el fruto de la misma es inseguro. Y, por consiguiente, tampoco cultivo de la tierra; ni navegación, ni uso de los bienes que pueden ser importados por mar, ni construcción confortable; ni instrumentos para mover y remover los objetos que necesitan mucha fuerza; ni conocimiento de la faz de la tierra; «ni cómputo del tiempo»; ni artes; ni letras; ni sociedad; sino, lo que es peor de todo, miedo continuo, y peligro de muerte violenta; y para el hombre una vida solitaria, pobre, sórdida, bestial y breve» (Hobbes, 1996: 224-225; énfasis mío).

Lo que parece invitarnos a pensar Hobbes es que sin derecho no puede haber ninguna de esas actividades humanas cuyo desarrollo necesita siempre del transcurso del tiempo, y, ello porque en ese estado de naturaleza no puede haber «cómputo del tiempo». ¿Cómo podemos dar sentido a semejante afirmación? Déjenme apuntarlo.

Imaginar la peripezia humana sin la existencia de normas de comportamiento recíproco es extremadamente difícil. En la medida en que las normas sociales vigentes traducen también expectativas de comportamiento de los demás, al igual que las normas morales vigentes lo hacen, crean en nuestro entorno una cierta previsibilidad de esos comportamientos. Y también, y con una especial firmeza, lo hacen las normas jurídicas, incluso aquellas de los órdenes más primitivos. Una situación en la cual nuestras decisiones individuales no puedan incluir en absoluto esa previsibilidad de los comportamientos de otros nos fuerza a obrar siempre en las estrechas coordenadas del «presente» y teniendo sólo en cuenta los datos del presente. Las normas instauran lo que algún sociólogo ha llamado «duraciones esperadas socialmente». La ausencia total de normas, pero especialmente la ausencia de normas jurídicas y el «estado de guerra» que ello comporta, tiene como consecuencia inmediata la inexistencia de esas «duraciones», y, como veremos a la hora de analizar la irretroactividad penal, la imposibilidad de guiar nuestra vida en el tiempo. Una situación tal hace imposible, «cancela», tanto el futuro como el pasado, y nos obliga a vivir siempre en la circunstancia presente: cancela el futuro porque la posibilidad de predecir qué será de nosotros en él dada la inexistencia de esa previsibilidad, impide organizar de ningún modo un proyecto vital, un plan de

vida que se desarrolle hacia adelante en el tiempo. Y cancela también el pasado porque ninguno de los rasgos, acciones y actores que hayan podido conformar la circunstancia pasada sirve de orientación para definir lo que sea el presente o pueda ser el futuro. Sin normas jurídicas desaparecen nociones como deber, responsabilidad, mérito, culpa, etc., y, por supuesto, desaparece también todo el universo de conceptos que giran en torno a la idea de compromiso, promesa, plan o programa. Y cancelados el futuro y el pasado, carecemos, obviamente, de tiempo. Porque igual que la eternidad es la ausencia de tiempo, también lo es la instantaneidad. No es casualidad por ello que siempre que se ha tratado de desarrollar una noción del tiempo desde la categoría del presente, se haya llegado a la conclusión de que, concebido así, el tiempo pura y simplemente no existe⁽⁸⁾. Puede entonces quizás concluirse que, en ese sentido preciso de abolir el pasado y el futuro, sin derecho no hay tiempo.

Eso puede también analizarse con herramientas más actuales. La psicología social y la antropología han prestado últimamente una particular atención al estudio del salto evolutivo que pudo suponer para nuestra especie el hecho de que la mente humana se hubiera transformado paulatinamente en una «máquina virtual del tiempo». «Con ella» –escriben Suddendorf, Redshaw y Bulley– «podemos revivir eventos pasados e imaginar situaciones futuras, aun si no hemos experimentado nunca situaciones similares». Pero esa «invención del mañana» es, sin embargo, decisiva. Lo que los autores llaman «Pre-visión» (*Foresight*), es decir, «nuestra capacidad para anticipar eventos y actuar en consecuencia» –escriben– «es quizás la herramienta más poderosa a nuestra disposición». Mediante ella podemos lidiar con un futuro incierto y concebir el mejor modo de salir adelante. (Suddendorf *et alii*, 2022: 2-3). Y es tan importante que puede dar lugar, por ejemplo, a pensar en una solución de continuidad en el proceso evolutivo de la especie humana. Mediante esa facultad, se ha podido decir, se pueden establecer saltos cualitativos en el continuum de la evolución humana⁽⁹⁾. Y es por ello plausible que el derecho haya aparecido en ese momento evolutivo como una suerte de herramienta cultural para almacenar ciertos contenidos del pasado y para diseñar ciertos aspectos de nuestro futuro individual y social. Los seres humanos, a través del derecho, no solo recuerdan y predicen, sino que codifican ciertos hechos del pasado y seleccionan y planean ciertas conductas para el futuro, haciendo así del orden jurídico una especie de prótesis cultural que permite la gestión adecuada de esa máquina virtual del tiempo y sus posibles fracasos⁽¹⁰⁾.

(8) Como curiosidad diré que algunos neurólogos han matizado algo esta afirmación, calculando que, desde su punto de vista, el presente dura aproximadamente tres minutos.

(9) Sobre este debate, en el que es obvio que no soy competente para introducirme, remito a Mesoudi (Alex Mesoudi, «Foresight in cultural evolution», *Biology and Philosophy*, 23 [2008], pp. 243-255)

(10) Fracasos porque, naturalmente, estos planes y predicciones pueden incluir proyectos de agresión contra miembros del grupo, y eso también está contemplado en el universo hobbesiano, como lo atestiguan los autores citados (Cfr. Thomas Suddendorf/Jonathan Redshaw/Adam Bullet, *The Invention of Tomorrow. A Natural History of Foresight*, New York, 2022, p. 141)

V. EL TIEMPO JURÍDICO

Paralelamente a aquel tiempo social que hemos visto y a este tiempo ancestral que acompaña a la aparición evolutiva del derecho, hay también un tiempo jurídico en sentido estricto. El derecho como fenómeno normativo puede hacer suyos los parámetros temporales que la sociedad utiliza para organizar y coordinar las conductas, o puede imponer los suyos propios. Los sistemas jurídicos adoptan o crean una métrica del tiempo en el que pretenden que vivan sus normas. A veces se mimetiza con el tiempo social dominante en la cultura de su comunidad; otras veces establece deliberadamente una economía propia para la medida del tiempo. Es en ese marco donde surge el tiempo jurídico en este sentido estricto. Es un presupuesto tan sutil que apenas nos damos cuenta de su relevancia jurídica, pero, cuando escribo esto, puedo afirmar que estamos en noviembre del año 2023 de nuestra era en virtud del reconocimiento jurídico como métrica del tiempo, aun con múltiples ajustes ulteriores, de una Bula del Papa Gregorio XIII, llamada *Inter Gravissimus*, de fecha 1582, que configura lo que se viene llamado calendario «gregoriano», y que fue aceptado e incorporado al ordenamiento jurídico español por Felipe II, en una *Pragmática sobre los diez días del año* promulgada en mayo de 1583, en la que «conformándome en todo (como es razón) con lo que la Beatitud ha con tanto cuidado y deliberación ordenado», disponía don Felipe que el calendario «oficial», por así llamarlo, fuera el dispuesto en la Bula. De la condición jurídica (además, obviamente, de la religiosa) de ese calendario, es evidencia el texto de la Pragmática misma, pues, además de sus explícitas normas imperativas, dispone, entre otras cosas, que en el mes de octubre se prescindiera de diez días: «y así, ordenamos y mandamos que del mes de octubre de este año de ochenta y tres, se quiten diez días, contando quince de Octubre cuando se habían de contar cinco, y así venga a tener y tenga Octubre en este presente año veynete y un días, y no más, y para los demás años venideros, se le den y cuenten treynta y un días...»⁽¹¹⁾. En una carta a sus hijas, don Felipe comentaba: «bien creo que habrá dudas en esto del año, más ellas se irán entendiendo» (Kamen, 1997: 262). Como era soberano de medio mundo, esa pragmática, con sus dudas y todo, tuvo una eficacia generalizada, que, unida a disposiciones semejantes en otros países católicos de Europa, determinaron la primacía de este calendario. No sucedió así, sin embargo, en Gran Bretaña, cuyo anglicanismo dominante se opuso a incorporarlo. Hasta que, muchos años después, y debido a la intensificación de las relaciones con algunos países europeos, se pusieron de manifiesto algunos problemas de coordinación en el comercio y la vida diplomática, lo que determinó que Philip Dormer Stanhope, cuarto conde de Chesterfield, tuviera que proponer al Parlamento una, cito, «Ley para la regulación del comienzo del año, y para la corrección del calendario hoy en uso». Corría el año 1751, casi doscientos años después de la Bula pontificia y unos pocos tras el Acta de Unión de 1707 que creó el Reino Unido. Era en este caso el Parlamento de Westminster el que mediante una ley imponía el calendario gregoriano. Como vemos, son sendos mecanismos jurídicos lo que determinan en este caso la medida del tiempo para el derecho. Y de su éxito en términos de aceptación

(11) Una reproducción del texto original puede consultarse en la Wikipedia («Pragmática de los diez días del año»).

colectiva no cabe dudar. La Francia de la Revolución, por ejemplo, pretendió imponer legalmente su propio calendario, que se basaba en aquella tosca fe en la racionalidad intrínseca del sistema métrico decimal y en los ritmos de la sociedad agraria, pero Napoleón tuvo también que acabar por abolirlo. Como sucedió un siglo largo más tarde en la Rusia posterior a la revolución, en la que regía todavía el calendario juliano sostenido por la iglesia ortodoxa, y el mismo Lenin tuvo que ordenar su abolición por los evidentes problemas de coordinación entre sociedades que surgían por doquier⁽¹²⁾. ¡Que magia puede llegar a tener el derecho! Mediante una ficción (por ejemplo, que el quince siga al cinco en la enumeración de los días de un mes de octubre), puede crear, modificar, imponer y abrogar su propio tiempo, las coordenadas del tiempo en el que vive, la medida del tiempo que nos guía, estableciendo con ello para él y para los ciudadanos, un tiempo propio para su vigencia como orden jurídico⁽¹³⁾.

VI. TIEMPO Y CONCEPCIONES DEL DERECHO

Esa inserción en el tiempo no afecta sólo a nuestra percepción del orden jurídico vigente, sino también a nuestras concepciones más abstractas y generales del derecho. Podemos advertir cómo juega en ellas el tiempo y cuáles son las consecuencias que se derivan de ello para nuestra percepción misma del derecho. Ello nos conducirá, sorprendentemente, a una reubicación de la noción de retroactividad en el marco de la realidad del derecho tal y como la entendemos hoy. Empecemos por una visión muy clásica de la doctrina del derecho natural. En un fragmento que ha sobrevivido del libro III de *De republica*, Cicerón pone en boca de Elio el siguiente parlamento:

«La verdadera ley es una recta razón, congruente con la naturaleza, general para todos, constante, perdurable, que impulsa con sus preceptos a cumplir el deber, y aparta del mal con sus prohibiciones; pero que, aunque no inútilmente ordena o prohíbe algo a los buenos, no conmueve a los malos con sus preceptos o prohibiciones. Tal ley no es lícito suprimirla, ni derogarla parcialmente, ni abrogarla por entero, ni podemos quedar exentos de ella por voluntad del Senado o del pueblo, ni debe buscarse un Sexto Elio que la explique como intérprete, ni puede ser distinta en Roma y en Atenas, hoy y mañana, sino que habrá siempre una misma ley para todos los pueblos y momentos, perdurable e inmutable; y habrá un único dios como maestro y jefe común de

(12) En el calendario juliano, el año empieza en marzo, conmemoración de alguna gesta militar del emperador en Egipto, y adoptado por algunos cristianos por su cercanía a la Pascua. Como es sabido, todavía quedan reminiscencias de él en nuestra nomenclatura temporal. Si se empieza a contar desde marzo, el séptimo mes da en llamarse «septiembre», el octavo «octubre», el noveno «noviembre» y el décimo «diciembre». Todos estos datos y curiosidades pueden verse minuciosamente en el famoso libro de Steel (Dunkan Steel, *Marking Time: The Epic Quest to Invent the Perfect Calendar*, Londres, 1999)

(13) No son tan fáciles de encontrar, sin embargo, para el tiempo las que puedan denominarse en rigor y técnicamente «ficciones legales». Este tipo de tratamiento «creativo» del tiempo por el derecho se lleva a cabo más bien mediante sus parientes próximas las presunciones y las construcciones analógicas. Para todo ello, remito al Estudio preliminar de Daniel Mendonca a tres textos clásicos (Kelsen, Hans/Fuller, Lon/Ross, Alf, *Ficciones jurídicas*, México, 2003).

todos, autor de tal ley, juez y legislador, al que, si alguien desobedece huirá de sí mismo y sufrirá las máximas penas por el hecho mismo de haber despreciado la naturaleza humana, por más que consiga escapar de los que se consideran castigos» (Cicerón, 1991: 137).

Esta es una expresión muy elocuente de lo que ha significado en la historia la doctrina del derecho natural. Para expresarlo con las palabras de González Vicén: «A lo largo de su historia milenaria, la gran corriente del iusnaturalismo ha tenido siempre su base en la creencia de un orden universal del ser, del que la razón cognoscente podía deducir, de un modo u otro, postulados intemporales para la regulación de la convivencia humana» (González Vicén, 1979: 171).

Piénsese en la vigencia de preceptos «perdurables» o leyes «inmutables» de que habla Cicerón, o en esos «postulados intemporales» de regulación de la convivencia, y en cómo podría encajar en ellos la noción misma de retroactividad o irretroactividad. Es obvio que ambas cosas pertenecen a percepciones diferentes del derecho. Si una prohibición sancionada está vigente intemporalmente y es accesible a la razón, el discurso sobre su retroactividad o irretroactividad carece de sentido. Esta es una dificultad con la que se encuentran siempre las teorías del derecho natural que pretenden definir el derecho a partir de un conjunto de pautas de validez intemporal, provengan de la religión o de la naturaleza humana misma. Si tales pautas han estado necesariamente vigentes siempre, no reza con ellas la idea misma de su aplicación retroactiva, porque esta idea sólo puede ser pensada a partir de una condición: la de entrada en vigor en el tiempo de las normas jurídicas. Después veremos, sin embargo, como en posiciones que se dicen iusnaturalistas, pero que tienen más bien un sabor funcionalista, se puede dar entrada a una justificación «natural» de la irretroactividad. Y una imposibilidad similar, aunque con otros matices, se da en sociedades regidas por un componente dominante de derecho consuetudinario, esto es, regidas por un derecho «viejo», un derecho forjado sobre costumbres «inmemoriales». Porque la idea de «poner en vigor» o de «derogar» tales costumbres se presenta como una contradicción o un peligro. Como Marta Lorente gusta de recordarnos, la derogación de las leyes era considerada odiosa, hasta el punto de que, según Alberico da Rosatte, «derogaciones provengono a diavolo» (Lorente, 2001, 172).

Por ello, esa cuestión solo se suscita con su sentido más profundo y decisivo en el marco de una cosmovisión positivista del derecho. Otra vez González Vicén: «La concepción del Derecho como orden histórico real de la convivencia lleva implícitos una serie de interrogantes acerca de los orígenes, la validez, el contenido y la estructura de ese orden. A estos interrogantes sólo puede responderse desde un horizonte histórico y social determinado, y esas respuestas, condicionadas como lo están por aquel horizonte, son las teorías del positivismo jurídico» (González Vicén, 1979, 177). Uno de esos interrogantes es el de la condición retroactiva de sus normas.

VII. ORDENAMIENTO JURÍDICO Y TIEMPO

Aquella inserción, activa o pasiva, del derecho en el tiempo social, y esta concepción del derecho como una práctica empírica real, nos permiten captar el orden jurídico como un conjunto normativo temporal, como un fenómeno normativo que

tiene lugar en el tiempo. Tomando en préstamo una distinción de la teoría de la literatura⁽¹⁴⁾ podría llamarse al tiempo externo en el que se inserta el orden jurídico, «tiempo histórico» del derecho. Es en este marco de su tiempo histórico dónde el orden jurídico se sitúa a sí mismo, incluso, como hemos visto, definiendo mediante leyes los términos de esa identificación. Como afirmó Hart para distanciarse de retóricas de naturaleza metafísica, «cuando nos quitamos las anteojeras, se hace evidente que un sistema jurídico, como un ser humano, puede en una etapa no haber nacido aún; en una segunda etapa, no ser todavía totalmente independiente de su madre; después, gozar de una saludable existencia independiente; luego, decaer, y finalmente morir» (Hart, 1961: 109). El orden jurídico vigente se inserta así en su tiempo histórico y se define a sí mismo como un todo normativo temporal recurriendo a lo que llamamos, para usar dos convenciones teóricas muy conocidas, la eficacia de su norma fundamental (Kelsen), o el uso común y cotidiano de su «regla de reconocimiento» (Hart). Aunque sus contornos no sean precisos, o, dada la extraordinaria cantidad y variedad de sus ingredientes normativos, prácticamente imposibles de establecer, sometido además a un incesante cambio cotidiano, afirmamos usualmente que un orden jurídico nace en un momento temporal y desaparece en otro momento temporal. Puede ser útil para presentar el concepto recurrir a alguna de las tesis de lo que Alchourrón y Bulygin resumen como la «noción intuitiva de orden jurídico» más difundida entre los juristas. Para lo que aquí pretendo con eso basta. Estas pueden ser las tesis:

1. El orden jurídico es la totalidad de las normas válidas de acuerdo con un criterio de validez.
2. El orden jurídico es un conjunto de normas.
3. Las normas jurídicas son creadas y aniquiladas por medio de actos de voluntad.
4. El orden jurídico es dinámico, es decir, está sujeto a cambios en el tiempo.
5. El contenido del orden jurídico es en todo momento determinado o al menos determinable, es decir, se puede determinar en principio qué normas pertenecen a un orden jurídico dado en un momento dado.
6. En todo Estado hay uno, y solamente un orden jurídico⁽¹⁵⁾.

No necesito recordar otra vez lo laxos que son esos postulados y lo discutible que puede ser cada uno de ellos. De hecho, los autores los matizan mucho, y cada uno de ellos, desde luego, ha merecido en la teoría alguna rectificación. Pero siguen siendo en su mayoría presuposiciones tácitas que habitan en nuestro lenguaje jurídico de todos los días. Una introducción más elaborada de esa intuición y de esas presuposiciones se contenía ya en el curso pionero de Norberto Bobbio sobre el ordenamiento jurídico (Bobbio, 1960)⁽¹⁶⁾. En él subrayaba el autor la enorme complejidad de los ordenamientos actuales, que, además de la producción deliberada

(14) En teoría de la novela se distingue entre el tiempo externo del relato, es decir, el tiempo en el que se supone que sucede el relato, y el tiempo interno del relato, es decir, el hilo de las vicisitudes internas de la trama.

(15) Cfr. ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., «Sobre el concepto de orden jurídico» (ALCHOURRÓN, C. E./BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, p. 395).

(16) Bobbio registra también en él, y no podemos ignorarlo, que la idea de «ordenamiento jurídico», título precisamente de una obra de Santi Romano muy influyente en la doctrina del derecho público (ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 2013), aparece antes que las ideas kelsenia-

de normas nuevas, adopta como propias muchas otras, anteriores en el tiempo y exteriores en el origen, mediante técnicas de recepción de normas históricas y de delegación normativa en fuentes exteriores de todo tipo. La recepción como vigentes de normas históricas puede extenderse mucho en el tiempo. Puede dudarse de que la Pragmática de Felipe II sea una norma en vigor en el ordenamiento español actual, pero, por ejemplo, en el orden de nuestro Código Civil de 1888 (art. 75) se decía: «Los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino». Ello expresa bien lo elásticas que pueden ser las fronteras temporales de vigencia de un orden jurídico, lo que invita a veces a dudar de su inserción definida en un tiempo acotado dada la complejidad del conjunto de las normas que lo componen. Hasta el punto de que hay autores que lo niegan y apuestan más bien por la idea de «continuidad» del derecho (Finnis, 1973). Nosotros en España, y sin menospreciar todas esas complicaciones, creemos quizá percibirlo con más claridad y cierta precisión porque hemos asistido a la entrada en vigor de la Constitución, en la que, en su última disposición, se incluye explícitamente la fecha exacta (el día 29 de diciembre de 1978), y en la penúltima, una derogación general de todo cuanto se oponga a ella, que no es tan común en el derecho comparado. Esta entrada en vigor y esta derogatoria general definen *grosso modo* lo que es el orden jurídico de nuestro tiempo histórico. Repito que ese orden vigente recibe también muchas normas previas a partir de fuentes históricas (estos meses estamos discutiendo mucho una ley «para el ejercicio del derecho de gracia» de 1870, que el ordenamiento actual tiene por vigente), y muchas normas externas provenientes, por ejemplo, de tratados internacionales, pero ambas cosas se pueden considerar vigentes en virtud de criterios establecidos en la norma constitucional, y, por ello, reconducibles a un ordenamiento unitario.

VIII. EL TIEMPO COMO CONTENIDO DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Y al lado de ese tiempo histórico o externo que sitúa nuestros ordenamientos en las coordenadas temporales correspondientes, existe también un tiempo interior propio de cada ordenamiento que define la «trama» normativa del tiempo no tanto en el que vive sino del que se ocupan, toman en cuenta y disciplinan las normas de ese ordenamiento, empezando, naturalmente, por aquellas disposiciones mencionadas que unen el orden jurídico a cierto calendario o lo establecen *ex novo* por sí mismas. Hay muchas, y muy evidentes para cualquier especialista. Aunque no vayan a ser objeto de estas jornadas, vale la pena sin embargo mencionar algunas, siquiera sea a modo de ejemplo, porque contribuyen a establecer ese marco general de las relaciones derecho-tiempo en el que quiero situar nuestra cuestión. Me refiero a cosas tales como la regulación de la *vacatio legis*, el mero transcurrir del tiempo como condición del nacimiento o desaparición de estatus jurídicos (recuerden la mayoría de edad, o la «ausencia»), la utilización de criterios temporales para la determinación de los términos, las obligaciones y los efectos de los contratos, la

nas que le inspiran a él, pero no comparte algunos sesgos «antinormativos» que puede tener, ni sus tácitas consecuencias próximas a un cierto tipo de derecho natural.

prescripción como mecanismo temporal que estimula o impide ciertas respuestas jurídicas (por ejemplo, lo que se ha llamado prescripción como «olvido» impuesto, o imprescriptibilidad como rechazo jurídico del «olvido»), o la determinación normativa de términos y plazos. Estos supuestos recuerdan que los ordenamientos jurídicos actuales disponen también la validez de ciertos estatus jurídicos a partir del paso del tiempo en un sentido mucho menos deliberado, más informal pudiera decirse. Me refiero, claro está, a la figura de la prescripción, adquisitiva o extintiva, que, como sabemos, es capaz, por el «mero lapso del tiempo», como reza nuestro Código civil, de crear y de extinguir derechos, o activar o desactivar acciones civiles o acciones penales. Y no se puede tampoco olvidar la existencia en casi todas las leyes de las llamadas disposiciones transitorias, que especifican el ámbito temporal de validez de la norma nueva y de las derogadas por ella. Ni el cómputo de términos y plazos en los procedimientos, que como tales procedimientos no son sino secuencias ordenadas en el tiempo de actos institucionales. Ni, por supuesto, las consecuencias de la ineficacia permanente de una norma, su desuso crónico, su *desuetudo*, que, de acuerdo con no pocos, determina su pérdida de vigencia o validez. En todas y cada una de las ramas del ordenamiento jurídico encontramos enunciados como estos que hacen del tiempo no solo un presupuesto, sino con gran frecuencia el contenido explícito de sus regulaciones y cálculos. Y, por supuesto, aquello que nos convoca a todos aquí: las reglas que disciplinan la retroactividad, irretroactividad, ultraactividad, etc., de las normas de ese ordenamiento, y en la cima de ellas, el artículo 9,3 de la Constitución, que «garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», combinado con el artículo 25, 1 sobre interdicción de condenas y sanciones por acciones u omisiones en virtud de leyes que no estuvieran en vigor en el momento de su realización. O los correspondientes artículos 1 y 2 del Código Penal. O el más añejo artículo 2,3 del Código Civil, que declara que las leyes no tendrán efecto retroactivo «si no dispusieren lo contrario». Puede decirse que cláusulas relativas a los efectos retroactivos de las normas aparecen en casi todas las ramas y sectores del ordenamiento y han de ser puestas a contribución para elaborar un concepto jurídico tan complejo y reflexionar sobre las razones de las prohibiciones y cautelas que le rodean.

IX. LOS TIEMPOS DE LA NORMA Y EL SURGIMIENTO DE LA RETROACTIVIDAD

Para establecer un marco teórico para examinar todo ello, vamos a emprender ahora el descenso desde la consideración del orden jurídico como un todo al examen de las dimensiones temporales de la norma jurídica contemplada aisladamente como un elemento de ese todo. Y para ello vamos a partir del supuesto típico de la puesta en vigor y la supresión de normas y derechos mediante actos deliberados de creación y derogación en el tiempo. Solo si nos situamos en ese supuesto podremos establecer las condiciones básicas para identificar el problema.

El ingrediente del tiempo juega siempre un papel importante en la percepción de la estructura del ordenamiento jurídico como un todo en sus aspectos más dinámicos. En efecto, la llamada «dinámica» del derecho (para recurrir a uno de los

términos de la gran dicotomía kelseniana: nomoestática y nomodinámica del orden jurídico) se articula siempre sobre la base de coordenadas temporales. La célebre (y a mi juicio correcta) afirmación de Kelsen de que una particularidad importante del orden jurídico es que regula su propia creación⁽¹⁷⁾, ofrece ante nosotros algunos de los aspectos de las relaciones entre derecho y tiempo que parecen permanecer en el olvido debido precisamente a su patente obviedad. En efecto, el orden jurídico regula su propia creación y cambio mediante normas sobre la producción normativa que establecen los procedimientos para poner en vigor nuevas normas o derogar normas antiguas. Tras su creación, lo que acaso era solo una aspiración social o una meta política se transforma en una norma jurídica vigente; tras su derogación, acaba por ser, si no maculatura, como afirmó Kirchmann, sí desde luego historia del derecho. Lamento recordar cosas tan sabidas, pero ellas son las que nos permiten situar adecuadamente la pregunta por la retroactividad de la norma. Porque mediante procedimientos establecidos se hacen nacer en el tiempo normas nuevas y se hacen desaparecer del tiempo normas viejas.

Para hacerlo, el orden jurídico constituye autoridades, les atribuye competencias, y diseña unos procedimientos de actuación cuyo resultado final es ese nacimiento en el tiempo de normas jurídicas incorporadas a alguna de las llamadas «fuentes del derecho», o la desaparición en el tiempo de normas jurídicas mediante los actos correlativos de derogación (Laporta, 2022: 259 ss.). Esas metáforas del «nacimiento» o la «desaparición» o, si se quiere, «muerte», de las normas jurídicas, que determinan el cambio en el ordenamiento tienen, naturalmente, como una de sus coordenadas principales, el tiempo en el que se insertan en ese orden. Las «vida» de las normas jurídicas es, evidentemente, también temporal. Y es ahí precisamente donde se plantea, como vamos a ver, el alcance de su retroactividad o irretroactividad.

El origen de las normas jurídicas se produce en un momento del tiempo que suele hacerse explícito en el texto que las emite. Este es nuestro primer dato fundamental, que solemos llamar, «entrada en vigor» de la norma. Siguiendo una sugerencia de Eugenio Bulygin, paralela a la que he utilizado para subrayar la dimensión temporal de los ordenamientos, llamaré ahora «tiempo externo» de la norma jurídica al intervalo entre los dos momentos temporales en los cuales una norma es introducida (puesta en vigor) y/o eliminada (derogada) del sistema jurídico (Bulygin, 1991: 198).

Pero ese tiempo externo de la norma, ese intervalo temporal entre su puesta en vigor y su derogación, no es el mismo, o no es siempre el mismo, que aquello que, desde Kelsen, se llama «ámbito temporal de validez» de la norma. El ámbito temporal de validez de una norma se refiere, por el contrario, al momento en el que se han producido los hechos o se han realizado las conductas que pretende regular la norma. Y ese tiempo que habita, por así decirlo, en el interior de la norma es diferente del tiempo de su vigor. Nos encontramos en él que pueden darse junto a la vigencia de ciertas normas, es decir, junto a su tiempo externo, algunos rasgos sorprendentes: por ejemplo, que parezcan estar todavía «vigentes» cuando ya han sido derogadas; o que parezcan no estar vigentes cuando siguen estando en vigor. Siguiendo de nuevo a Bulygin, puede llamarse a esta extraña condición, «aplicabi-

(17) «Pues una particularidad altamente significativa del derecho es que regula su propia creación y aplicación» (KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Viena, 1960, p. 73).

lidad» de la norma, y al tiempo en el que una norma es aplicable (esté o no esté en vigor) le llamaré «tiempo interno» de la norma, que, según el autor, «es una función de su aplicabilidad» (Bulygin, 1991: 199). Lo que nos ofrece las siguientes posibilidades: norma vigente aplicable, norma vigente no aplicable, norma derogada aplicable, norma derogada no aplicable. Aquí el juego del tiempo externo y el tiempo interno de la norma nos presenta algunos supuestos con apariencia un poco extravagante: las normas que se aplican cuando están derogadas, y las que no se aplican cuando están en vigor. Después veremos los universos conceptuales a que esas incidencias dan lugar.

X. HANS KELSEN Y LA RETROACTIVIDAD

Esto es lo que nos permite plantear con claridad el problema de la retroactividad, porque para resolverlo, si es que se trata de un problema, es necesario antes plantearlo correctamente. Para hacerlo voy a apelar a algunos textos de Hans Kelsen, quizás aquel de los grandes teóricos contemporáneos del derecho que con más detenimiento ha contemplado la cuestión⁽¹⁸⁾. De sus aciertos y de sus insuficiencias obtendremos enseñanzas provechosas. Así introduce el tema en su último libro:

«Como la conducta humana, así como sus condiciones y sus efectos, se dan en el espacio y en el tiempo, tanto el tiempo como el espacio en los que los supuestos de hecho definidos en la norma ocurren, deben ser determinados en el contenido de la norma. La validez de las normas que regulan la conducta humana en general, y por consiguiente de las normas jurídicas en particular, es una validez espacio-temporal en tanto que esas normas tienen como contenido acontecimientos que se dan en el espacio y en el tiempo. Que la norma es válida significa siempre que es válida para cierto espacio y para cierto tiempo, que se aplica a acontecimientos que solo pueden suceder en algún lugar y en algún momento» (Kelsen, 1979: 116).

Y a continuación, ubica en esas coordenadas la cuestión de la retroactividad o no retroactividad de la norma:

«Por lo que se refiere al ámbito de validez temporal de una norma positiva, se debe distinguir el tiempo posterior y el tiempo anterior a la promulgación (*Setzung*) de la norma. Por regla general las normas se refieren sólo a conductas futuras, es decir, a conductas que tienen lugar después de la promulgación de la norma. Sin embargo, pueden referirse también al pasado, esto es, a un comportamiento que ha tenido lugar antes de la promulgación de la norma. Esto, por lo que respecta a las normas jurídicas, es generalmente reconocido. Entonces se habla de la “fuerza retroactiva” (*rückwirkenden Kraft*) de una norma jurídica. Ese es el caso en que una norma jurídica general que anuda una sanción como consecuencia a una conducta determinada como con-

(18) Para identificar la concepción de la retroactividad de Kelsen, remito a los siguientes textos (KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Viena, 1960, pp. 12-15; KELSEN, H., *Teoría general del derecho y el Estado*, 1969, México, pp. 49-52; KELSEN, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, 1979, pp. 116-118).

dición, determina que esa sanción deba ser aplicada aun cuando la conducta configurada como condición haya tenido lugar antes de la promulgación de la norma jurídica, de forma que, por ejemplo, deben ser castigadas personas a consecuencia de una conducta aunque esa conducta haya tenido lugar en un tiempo en el que la norma que establece esa pena no estaba todavía promulgada y de esa manera su conducta es calificada como delito posteriormente, es decir, con efecto retroactivo» (Kelsen, 1979: 116-117).

Kelsen presenta aquí algunos de los ingredientes necesarios para enmarcar el tema de la retroactividad: el tiempo de emisión o promulgación (*Setzung*) de la norma, que define el inicio de su «tiempo externo»; y su ámbito de validez temporal como contenido de la norma, es decir, el tiempo en el que han de tener lugar las conductas reguladas por la norma, que define su «tiempo interno». Y habla de la fuerza retroactiva de la norma como la regulación de conductas que hayan tenido lugar antes de aquella promulgación. El planteamiento es correcto, pero presenta algunas insuficiencias dignas de señalar.

En primer lugar, bajo un concepto no muy refinado de «validez» funde la «vigencia» de la norma como puesta en vigor en el tiempo, es decir, su tiempo externo, con la validez como ámbito temporal de aplicación de la norma en vigor, es decir, con su «tiempo interno». Después no menciona el momento temporal de derogación de la norma como correlato temporal de la puesta en vigor, lo que puede suponer otra insuficiencia: enajenarse la posibilidad de dar cuenta de otro desencuentro entre el tiempo externo y el interno: el supuesto de la aplicación de normas a conductas realizadas tras su derogación. Y, por último, concentra la atención de esos desajustes temporales en las normas de conducta a las que se anuda una sanción. Este es el tipo de norma jurídica que tiene casi siempre en mente Hans Kelsen, y, aunque más tarde veremos que esto es muy conveniente para hablar de la fundamentación de la irretroactividad, me parece que tiende a empobrecer innecesariamente el conjunto de problemas que plantean las normas retroactivas.

Hagamos, para empezar, un pequeño excurso sobre tipos de normas jurídicas. Partamos de una noción más ambiciosa. Nada sofisticada por otra parte: usemos el clásico esquema abstracto que anuda un «supuesto de hecho» (SH) a una «consecuencia jurídica» (CJ). El SH puede ser cualquier estado de cosas, acción, conducta, actividad, estatus personal, hecho natural o social, lapso de tiempo, etc. Y la CJ puede ser también cualquiera susceptible de ser administrada por una norma jurídica: una sanción, por supuesto, pero también un premio, un beneficio, una competencia, una habilitación, el nacimiento o desaparición de un estatus jurídico, un derecho, la creación o la derogación de otra norma, etc. Y el vínculo que la norma establece entre ambos al momento de su entrada en vigor es un vínculo normativo: no sólo, por supuesto, prohibición, permiso u obligación (con sus correspondientes sanciones), sino también una consecuencia constitutiva de un nuevo estatus (por ejemplo, el de «español», «mayor de edad», «casado», etc.), el reconocimiento, modificación o extinción de un derecho, la atribución o supresión de una competencia, la concesión de un beneficio o de alguna de las llamadas «sanciones positivas», la puesta a disposición de los particulares de instrumentos y procedimientos para facilitar sus objetivos personales o sociales, y un largo etcétera. Si ahora aplicamos a esos variados tipos de normas la distinción entre su tiempo externo y su tiempo interno, obtendremos todo el universo de situaciones que es capaz de generar esa distinción. El panorama que puede presentar ante nosotros la retroactividad

o la irretroactividad de las normas se enriquece súbitamente. Disponemos de un microcosmos conceptual mucho más complejo. A modo de ejemplo, mencionaré algunos de los que de seguro se tratan en este seminario, y que en mi opinión merecen, efectivamente, una reflexión detenida. Para empezar, el concepto mismo de retroactividad, su aceptación o rechazo, y sus supuestos «grados», una vieja y atareada discusión que hemos heredado del derecho civil decimonónico y que no brilla especialmente por su claridad. Después la distinción entre retroactividad y «retrospección»: una cosa es que la norma sea «activa» para sucesos pasados (es decir, que proyecte sobre ellos su consecuencia jurídica), y otra, que los tome simplemente en cuenta como un dato, pero los discipline solamente pro futuro⁽¹⁹⁾. En tercer lugar, y también en conexión con ello, la vieja y zarandeada cuestión de los llamados «derechos adquiridos» y su pretensión de resistencia al cambio jurídico sobre la base de cláusulas de «expectativa o confianza...» (...) que si no se resuelve con alguna precisión nos puede llevar al disparate de una responsabilidad ilimitada del Estado simplemente por actuar como legislador. Y, por último, pero no por ello menos importante, la pregunta por el tipo de disposición al que es aplicable toda esa batería conceptual, pues es cada día más problemático limitarla a las disposiciones legislativas o reglamentarias expresas y excluir de ella a las sentencias judiciales o a las decisiones de la Administración, pues si, como viene diciéndose, «crean derecho», tendrán que admitir también la interdicción de la retroactividad en algunos supuestos⁽²⁰⁾.

XI. FUNDAMENTOS DE LA PROHIBICIÓN DE LA RETROACTIVIDAD SANCIONATORIA

Y pasemos para terminar a la cuestión crucial de la fundamentación. Voy a centrarme para desarrollarla en la prohibición de retroactividad de normas sancionatorias, y, en particular, de las normas penales. Se trata de explicar las razones de la repugnancia que nos provoca que una norma «sancionatoria» se aplique a conductas realizadas con anterioridad a su puesta en vigor. La retroactividad de otros tipos de normas, por ejemplo, normas premiales o normas que otorgan algún beneficio o consolidan un estatus jurídico valioso para el titular quizás necesite también sus justificaciones propias, pero nunca hiere nuestra sensibilidad moral del mismo modo. Es la imposición de un castigo que no estaba previsto por norma alguna al

(19) Una distinción que ha llegado a nuestro Tribunal Constitucional desde el *BundesVerfassungGerichte*, y que glosó con mucho fundamento entre nosotros Mariano Bacigalupo (BACIGALUPO, M., «Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospección y responsabilidad patrimonial del Estado», *Documentación Administrativa*, 263-264 [2002]). Las deficiencias en la construcción dogmática de la retroactividad y sus grados, y los problemas que ello comporta empujaron a nuestro Tribunal Constitucional a la frustrante conclusión de que la constitucionalidad de ciertos supuestos de retroactividad, retrospección, derechos adquiridos, responsabilidad del Estado legislador, etc., habrían de resolverse «caso por caso» (SSTTC 182/1997), lo que es, a mi juicio, toda una declaración de ausencia de criterio y todo un riesgo de que la sentencia misma del Tribunal se transforme en una decisión arbitraria e incluso en una norma retroactiva ella misma.

(20) He reflexionado sobre este problema en alguna ocasión (LAPORTA, F., «La doctrina Parot y la teoría del derecho», en Pérez Manzano/Lascurain Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Madrid, 2016).

tiempo de ser realizada la conducta a la que se anuda, lo que parece suscitar en nosotros una actitud instintiva de rechazo que hemos de articular pormenorizadamente. El resultado de ello será la fundamentación de la prohibición de las normas penales retroactivas en todas las sociedades abiertas. Ensayaré resumidamente tres vías para hacerlo: la primera, basada en la racionalidad interna de la estructura misma de la norma penal; la segunda será una justificación basada en las más inmediatas funciones sociales del derecho; y, por último, terminaré con la que es, en mi opinión, la justificación más fuerte: la infracción de las exigencias éticas más elementales de la concepción profunda del Estado liberal de Derecho.

Justificación estructural. Si nos ponemos a examinar la razón de ser de la prohibición de la retroactividad de las «disposiciones sancionadoras», quizá podamos empezar por buscarla en la propia racionalidad interna de la norma punitiva. Para ello, hemos de establecer con cierto cuidado cuál es la relación que la sanción tiene con la conducta reglada por la norma, cosa que algunas veces se pasa por alto. En efecto, seguramente por la usual formulación de las normas penales, se asume con frecuencia que algunas conductas (las conductas delictivas) están prohibidas *porque* se anuda una sanción (la pena) a su realización, es decir, que la sanción es lo que define la conducta como conducta prohibida. Pero lo cierto es más bien lo contrario, lo que justifica que se aplique una pena a determinada conducta es precisamente que esa conducta esté prohibida. Aquí podemos volver una vez más a Kelsen: «Se supone que cuando en un orden jurídico se anuda un acto de fuerza como sanción a una conducta determinada como condición, se dan dos normas generales: una, que establece como debida una determinada conducta, y otra que, a la conducta contraria como condición, anuda como consecuencia debida un acto de fuerza; luego –en el caso de la fuerza retroactiva–, la primera establece como debida una conducta que ha tenido lugar en el pasado» (Kelsen, 1979: 117). Si utilizamos esta disección de la norma, una norma que anude una sanción a una conducta puede descomponerse en dos enunciados unidos entre sí por un vínculo racional: el primero es el que declara prohibida esa conducta, y el segundo es el que, «en virtud de ello», anuda una sanción a la realización de esa conducta. Es decir, que es «porque» esa conducta está prohibida por lo que ignorarla merece una sanción, y no, como a veces se sugiere, que está prohibida simplemente porque realizarla esté sancionado. Y aquí aparece ya el primer atisbo de irracionalidad de la retroactividad penal: se anuda una pena a una conducta que, en el tiempo de su realización, no estaba prohibida. Pero entonces, esa misma circunstancia desactiva la justificación que pudiera tener esa pena, que deviene así un acto puramente arbitrario, de venganza o mera crueldad. Ese mínimo de retribución que ha de tener siempre la pena⁽²¹⁾ salta aquí por los aires transformando el castigo en un acto irracional, arbitrario o de puro desquite. Esto, el primero que lo detectó, que yo conozca, fue Hobbes (en 1651): «Ninguna ley creada después de que el hecho se ha producido puede hacer de él un delito porque...no puede tenerse por conocida antes de que sea creada, y, en consecuencia, no puede ser obligatoria» (Hobbes, 1996: 203). Y concluye: «El daño infligido por un hecho producido antes de que hubiera una ley que

(21) Aunque la teoría hoy mayoritaria de la justificación de la pena es la teoría de la prevención, con sus diversas variantes, no puede, sin embargo, prescindir de cierto ingrediente «retributivo» sin incurrir en algunas consecuencias poco aceptables. Ese ingrediente suele estar incorporado en el concepto dogmático de «culpabilidad».

lo prohibiera no es una pena, sino un acto de hostilidad. Pues antes de la ley no hay transgresión de la ley. Pues la pena presupone que hubo un hecho juzgado que habría sido una transgresión de la ley. En consecuencia, el daño infligido antes de que la ley esté creada no es pena sino acto de hostilidad» (Hobbes, 1996: 216). Las penas retroactivas suelen ser, en efecto, simples actos de violencia, de venganza, de guerra.

Pero podemos ir incluso más allá tomando como punto de apoyo una propuesta de Fernando Molina (Molina, 2001). En el marco de una reflexión muy innovadora sobre algunos de los conceptos fundamentales de la teoría general del delito de matriz alemana, Fernando Molina propone una alternativa a partir de la consideración de la norma penal como un directivo de conducta. E incluye en ella un aspecto muy relevante para nuestra reflexión: para que pueda decirse que existe una norma como directivo de conducta ha de incluirse en ella una corriente cierta de comunicación entre el emisor y el destinatario de la norma, una identificación correcta de las circunstancias del cumplimiento, y una capacidad de llevarlo a cabo (Molina, 2001: 514). Fernando Molina llega a sugerir que cuando no se dan algunos de esos ingredientes, no puede quizás afirmarse siquiera que estemos en presencia de una auténtica norma. Y en función de ello, y por lo que a nosotros interesa, enfrenta dos cuestiones importantes: la existencia en los ordenamientos de la cláusula *error iuris nocet* (como dijo desde siempre nuestro Código civil: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»); y la existencia de leyes retroactivas (Molina, 2001: 586-595).

Que estas dos cuestiones tienen un cierto parentesco le pareció indudable, por acudir a él otra vez, al propio Kelsen. En una obra destinada a presentar su teoría pura del derecho a los juristas norteamericanos, Kelsen, comentando la cláusula 3 de la sección 9 del artículo I de la Constitución de los Estados Unidos (aquella que prohíbe expedir «leyes ex post facto»), inserta el siguiente pensamiento:

«Las leyes retroactivas se consideran objetables e indeseables porque hieren nuestro sentimiento de justicia al imponer una sanción, especialmente un castigo, a consecuencia de una acción u omisión relativamente a las cuales el individuo sancionado ignoraba que tendría como consecuencia dicha sanción. Sin embargo, por otra parte, se reconoce el principio –fundamentalmente en todos los órdenes jurídicos positivos– según el cual *ignorantia juris neminem excusat*»

Y comenta que en algunos casos la presunción (*iuris et de iure*) de que los destinatarios pueden conocer las normas de su ordenamiento es una ficción porque tal posibilidad no es verdadera. Pero a continuación añade:

«De aquí que, con respecto a la posibilidad o imposibilidad de conocimiento de la ley, no exista ninguna diferencia esencial entre una ley retroactiva y muchos casos en los cuales otra no retroactiva no es ni puede ser conocida por el individuo a quien tiene que aplicarse» (Kelsen, 1969: 51-52).

Pues bien, esto me parece una seria equivocación, en la que no incurre, por cierto, Fernando Molina, que trata de modo distinto, como debe ser, ambos supuestos (la retroactividad y la ignorancia o el error de prohibición), y argumenta sobre ellas diferenciadamente, y, en cuanto a la retroactividad en particular, concluye que. «... si la norma se entiende como un medio de control social, como un instru-

mento para conseguir que la conducta de otros se adecúe a la previsto por el emisor (en una palabra, como una modalidad de directivo), la idea de una norma retroactiva es sencillamente un sinsentido» (Molina, 2002: 592).

Pero vale la pena quizás pensar en esa equivocación kelseniana para suscitar otra sospecha interesante, que también tiene que ver con la relación de las normas retroactivas y la ignorancia de las normas: me refiero a cierto parecido de familia que creo advertir entre las normas retroactivas y las normas secretas. La existencia de normas secretas ha sido una realidad innegable, muy en particular en regímenes autoritarios. Y su parecido con las leyes retroactivas descansa en que, mientras que en la simple ignorancia del derecho vigente se puede argüir que el destinatario ha descuidado un cierto deber de diligencia respecto del conocimiento de las normas jurídicas que le atañen, en las normas retroactivas y en las normas secretas no puede hablarse de falta alguna de diligencia: al destinatario le es hurtado de hecho o de derecho el conocimiento de las normas en cuestión. Así que esa circunstancia que menciona Kelsen de que «el individuo sancionado ignoraba que tendría como consecuencia dicha sanción» no puede en modo alguno ser argumento para equiparar la norma retroactiva con el mero error de prohibición.

Que las normas jurídicas sean públicas, que se defina el momento de su entrada en vigor, y que se deroguen explícita y deliberadamente, son extremos fundamentales para nuestra manera de entender el orden jurídico. Y también puede decirse que tales extremos son parte sustancial de lo que entendemos por norma o por directivo de conducta, de forma tal que la norma secreta carecería de un requisito esencial para ser considerada norma. Por esa razón y por otras. Marta Lorente, publicó hace unos años un libro magnífico en el que ponía el dedo en la llaga: «...la publicación formal de las leyes y demás disposiciones que, en principio, se contraponen a la publicación material propia del mundo antiguo, es concebida hoy por la doctrina como un principio básico consustancial al nacimiento del Estado de Derecho. Dicho principio es un presupuesto necesario para la concreción de otros que afectan tanto a la ciudadanía (principio de seguridad, principio *ignorantia legis non excusat*), como al funcionamiento de la propia maquinaria del Estado y de sus poderes (principio *iura novit curia*); finalmente, la identificación del principio de publicidad con la publicación formal de las leyes arroja un saldo también conocido: la fijación normativa de plazos destinados a determinar la entrada en vigor de las mismas» (Lorente, 2001: 23). Así que, el parecido que Kelsen encuentra entre las leyes retroactivas y el principio *ignorantia legis*, por ficticio que sea, no se sostiene: las leyes retroactivas tienen un parecido de familia con otras leyes, sí, pero es con las leyes secretas; en ambos casos, el destinatario, cualquier cosa que haga, no tiene la posibilidad material de conocer el contenido de la ley que se le va a aplicar. Y entonces el principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, aparece como un torpe sarcasmo. Las leyes sancionadoras retroactivas, como las leyes secretas, traicionan así los principios básicos del Estado liberal de Derecho. Después lo veremos más detenidamente.

Justificación funcional. Las reflexiones sobre las funciones del derecho concebido como una práctica social unitaria no abundan tanto, y, en sentido estricto, son relativamente recientes.⁽²²⁾ Para plantear, aunque sea con cierta brevedad, la justifi-

(22) Raz afirmaba que era «...sorprendente que los teóricos del derecho hayan prestado tan poca atención a la elucidación de una noción tan importante» (RAZ, J., *The Authority of Law. Essays*

cación funcional del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras voy a cruzar dos ideas: una relativa a nuestra percepción del tiempo; la otra, sobre la manera más extendida de pensar las funciones del derecho. Empecemos por la primera a partir de una cita filosófica. Charles Sanders Peirce escribía a Lady Welby: «Nuestra idea del pasado es precisamente la idea de aquello que está absolutamente determinado, fijado, *fait accompli*, y muerto, frente a lo cual el futuro está vivo, es plástico y está por determinar»⁽²³⁾. Esta es, en efecto, una convicción muy común: pensar que el pasado está cerrado mientras que el futuro está abierto a nuestras acciones. Sólo si se mantiene la singular patraña de que es posible viajar hacia el pasado mediante alguna suerte de «máquina del tiempo», podría afirmarse que el pasado está abierto⁽²⁴⁾. Y sólo si se mantiene una concepción rígidamente determinista del curso de la historia, podría pensarse en que el futuro está minuciosamente predeterminado por la mecánica causal del mundo. Lo primero es un cuento de ficción. Lo segundo, además de incomprensible por razones que no puedo detenerme a examinar ahora, resulta también inexplicable desde un punto de vista ético y jurídico: si ello fuera así, carecería de sentido toda idea de «reproche», y ello se llevaría por delante toda justificación posible del derecho penal, o hasta del derecho en general. Así pues, el pasado es inaccesible a nuestras acciones, mientras que el futuro depende de ellas.

Respecto a las teorías sobre la función del derecho, no va a ser necesario introducirse en intrincadas disquisiciones sobre el análisis funcional en el derecho (es decir, en el examen minucioso de conceptos como «instrumento», «artefacto», «fin», «función», «institución», «planes», «integración social, etc., todos ellos referidos al derecho⁽²⁵⁾). Ni viajar a los orígenes recientes y el alcance actual de ese análisis funcional que ha glosado de manera precisa Norberto Bobbio hace ya algunos años⁽²⁶⁾. Ni apelar a la sociología para ver el derecho como un instrumento de cambio social, o como «mecanismo de integración y cohesión social», o como método de solución de conflictos, o como vehículo para reducir la complejidad social, y tantos otros que se han propuesto desde la reflexión sociológica. Y no va a ser necesario porque no hay ninguna posición en la teoría sociológica, funcional o analítica del derecho que proponga entre esas supuestas funciones del derecho alguna capaz de sustentar la idea de que la emisión de una prescripción sancionato-

on *Law and Morality*, Oxford, 1979, p. 163). Y Bobbio, por las mismas fechas, afirmaba que la evolución del Estado garantista al Estado «dirigista», entre otros cambios, «me han obligado a volver la mirada a un problema que había sido bastante descuidado por la teoría tradicional, a saber, el problema de la función del derecho...» (BOBBIO, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoría del diritto*, Milano, 1977, p. 8)

(23) Citado en DANTO, A. C., *Historia y narración. Ensayos de filosofía analítica de la historia*. Barcelona, 1989, p. 100.

(24) Para poner de manifiesto que esto es, en efecto, una simple patraña, Stephen Hawkins, el célebre físico tan ocupado con el tiempo, invitó a todo el que quisiera asistir a una fiesta suculenta y gratuita que se celebraría en sus aposentos un año antes de la fecha de la invitación. No sorprenderá saber que ningún historiador tiene noticia de que acudiera nadie.

(25) Para el interesado, remito al libro de Ehrenberg (EHRENBERG, K., *The Functions of Law*, Oxford, 2016), en el capítulo titulado precisamente *Concepts, Distinctions, and Remarks on Method*.

(26) Me refiero a BOBBIO, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoría del diritto*, Milano, 1977, un capítulo (*El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas*) que puede leerse también traducido por Alfonso Ruíz Miguel (BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, 1980, pp. 263 y ss.).

ria retroactiva tenga algún sentido funcional. Ni la clásica función represiva, ni la función garantista, ni la que atañe a la solución de conflictos, ni la más moderna de estímulo y apoyo, ni la función promocional o premial, ninguna de ellas puede ser concebida sino mirando al futuro, y nunca mirando únicamente hacia el pasado.

Podríamos incluso reunir todas esas funciones en una sola, formulada en términos de gran abstracción, que tomo en préstamo de Joseph Raz. ¿Cuál es la «función más básica y elemental que realiza el derecho»? Pues «impedir la conducta indeseable y asegurar la conducta deseable» (Raz, 1978: 169). Pero si el pasado está cerrado ¿cómo se puede impedir una conducta ya realizada en él? O, formulado aún más débilmente, ¿cómo se puede «desalentar» una conducta del pasado? Cualquiera de las funciones que genéricamente cumple el derecho tiene que ver necesariamente con la afectación de las conductas de sus destinatarios. La retroactividad de una norma obligatoria hace imposible, por definición, acceder a esas conductas desde la emisión de una norma hoy; también hace imposibles las actitudes hacia ella de sus destinatarios de entonces: su acatamiento, su aceptación, su seguimiento, su utilización como razón para la acción, incluso su misma violación. Y con ello, el derecho pierde toda su pretendida justificación funcional.

Aún podemos ir un poco más al fondo: si el derecho pretende para sí alguna *autoridad*, no puede ser inteligible si no se proyecta al futuro, pues la autoridad práctica (a diferencia de la epistémica) no es más que la pretensión de tener un título para dirigir la conducta de los demás⁽²⁷⁾. La norma penal retroactiva no puede por ello pretender autoridad alguna, ya que no puede dirigir ninguna conducta del pasado ni el que la sufre puede haberla considerado siquiera como una razón para su acción. Nadie lo ha expresado con tanta contundencia como Lon Fuller, en el marco de ese su iusnaturalismo de sabor funcionalista que antes mencionaba: «El derecho se ocupa del gobierno de la conducta humana mediante reglas. Hablar de gobernar o dirigir la conducta hoy mediante reglas que serán promulgadas mañana es hablar en el vacío». Y, más contundentemente aún, refiriéndose al derecho penal: «Es la ley penal retroactiva la que más directamente nos trae a la mente el brutal absurdo de mandar a un hombre hoy hacer algo ayer» (Fuller, 1969: 53,59).

Solo hay un modo posible de imaginar una función jurídica para una ley penal retroactiva: el uso de la coacción hacia conductas pasadas como advertencia, aviso o amenaza hacia conductas futuras; es decir, la posibilidad de castigar retroactivamente el pasado para alcanzar por ese medio un atisbo de lo que en derecho penal se llama «prevención general». Pero una justificación instrumental tan siniestra supone prescindir de la idea misma de culpabilidad, lo que tropieza con una exigencia moral básica: castigar a un inocente para cumplir un objetivo social es utilizar a un ser humano como un medio y sólo como un medio, algo que ignora crasamente la segunda formulación del imperativo categórico de Kant: «obra del tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio». Estamos ya en el corazón de la ética ilustrada, de la que trataré de obtener la justificación última de la prohibición de retroactividad de las normas penales.

(27) Para una introducción minuciosa a la noción de autoridad en contextos jurídicos remito a Juan Carlos Bayón (BAYÓN MOHINO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, 1991, pp. 602 y ss.).

Justificación ética. Esta justificación se origina en el universo de la Ilustración. La Ilustración es luces, es leyes y es libertad, es decir, es racionalidad, legislación y derechos individuales, y su propósito por lo que al derecho respecta pudiera formularse como la pretensión de diseñar racionalmente una legislación para organizar la comunidad de forma tal que resulten protegidas las libertades individuales de los ciudadanos.⁽²⁸⁾ En efecto, la Ilustración traslada al centro de gravedad de la reflexión jurídica la idea de *legislación*. Una legislación que, para poder pretenderse racional, tendría que formular sus normas mediante los caracteres de generalidad y abstracción. Desde la perspectiva de las fuentes del derecho, la Ilustración es la superación del universo jurídico del *ius commune*, con sus recopilaciones, sus costumbres y su pasmosa discrecionalidad judicial, y la apuesta por el derecho como un universo normativo construido deliberada y racionalmente a partir de una voluntad legisladora soberana. Esto es de una importancia extraordinaria para nuestro problema, porque sólo desde una identificación de lo jurídico con la legislación puede hacerse inteligible el apotegma *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, que, como es sabido, no es una fórmula histórica clásica ni un precipitado consuetudinario, sino una declaración de principios que aparece por primera vez en la obra de un gran penalista ilustrado: Paul J. Anselm Feuerbach. Viene a decir que sólo allí donde hay una ley, puede haber una conducta jurídicamente prohibida y una sanción consecuente a ella.

Por mucho que hayan mutado las circunstancias históricas y sociales, nuestra cultura jurídica es heredera de ese universo de principios de la Ilustración. Podemos ser más escépticos en lo que atañe a la fe en la Razón, escrita así, con mayúsculas; podemos zandar de mala manera la legislación con prácticas legislativas delirantes, pero el esqueleto del mensaje ilustrado está todavía vigente: apelamos a la razón, frente a la tradición o la trascendencia, para elaborar y poner en pie pautas de organización racional de la comunidad que no dependen del *ius commune* o de postulados jurídicos ahistóricos. O, para usar palabras de Max Weber sobre el *Code Civil* de Napoleón, seguimos teniendo «la conciencia soberana» de que podemos crear «de forma puramente racional, una ley libre de toda suerte de «prejuicios» históricos», que «solo recibe su contenido de la sana razón humana...» (Weber, 1964, tomo I: 639). Como ya afirmó Montesquieu en su obra seminal: «la ley es la razón humana en cuanto gobierna todos los pueblos de la tierra, y las leyes políticas y civiles de cada Nación no deben ser más que los casos particulares en que esta razón humana se aplica» (Montesquieu, 2002: 92). Este es también el sustrato del movimiento en favor de la codificación y de la batalla incesante de Jeremy Bentham contra el *common law*. Y lo que subyace a aquella desafiante metáfora de Voltaire en la voz «Leyes» de su Diccionario Filosófico a propósito del incendio que arrasó la ciudad de Londres en 1666: «Londres no llegó a ser capital digna de habitarse hasta quedar reducida a cenizas. Después, ensancharon y alinearon las calles; así, la antigua Londres pasó a ser ciudad gracias al incendio. “Si queréis tener buenas leyes, quemad las antiguas y redactarlas de nuevo”» (énfasis mío).

No creo que pueda hoy por hoy pensarse en que los dos primeros de esa tríada de conceptos ilustrados vayan a ser puestos seriamente en cuestión por nadie. Forman parte de esas presuposiciones elementales u obviedades que hemos visto a lo largo de este ensayo. Pero sí que hemos de detenernos en el tercero: la idea de

(28) Pese al tiempo pasado, sobre la actitud de la Ilustración ante la ley sigue siendo una síntesis válida el libro de Mario Cattaneo (*CATTANEO, M., Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966).

libertad, porque esta es una de las grandes aportaciones del pensamiento jurídico ilustrado, y va a ser, para la cuestión de que tratan nuestras presentes reflexiones, de una importancia decisiva. Y ello porque la libertad del ciudadano va a tornarse en ese momento en una afirmación subyacente de, por así llamarlo, «derecho supletorio»: no hay delito sin la ley, no hay pena sin la ley, y todo aquello que no esté disciplinado de ese modo por la ley es, por definición, *libre*. Así aparece con toda solemnidad en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 5): «Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la Ley no ordena». Es decir, por debajo o más allá de la ley no hay más que libertad. Por eso, para un ilustrado es inconcebible la existencia de la arbitrariedad penal y la ley retroactiva. Muchos de ellos lo habían sufrido en sus propias carnes. Denis Diderot, el alma de la *Encyclopédie*, fue arrestado el 24 de julio de 1749 por una *Lettre de cachet*, «un instrumento particularmente pernicioso de la justicia del *ancien régime*: una orden firmada por uno de los ministros del rey autorizando la detención de alguien sin indicar el motivo, señalar un juicio o fijar un plazo» (Blom 2007, 86). Y Bentham lo veía todos los días, no solo en los *bills of attainder*, parientes muy próximos de aquellas *lettres* (que también infligían penas prescindiendo del juicio), sino sobre todo en la actuación cotidiana de los jueces del *common law* y su constante sesgo retroactivo. Le repugnaba hasta tal punto que lo llamaba «derecho de perros» (*Dog law*):

«Cuando tu perro hace algo que quieres que deje de hacer, esperas hasta que lo haga y entonces le golpeas. Este es el modo en el que haces la ley para tu perro: y este es el modo en los jueces hacen el derecho para ti y para mí. Ellos no le dirán de antemano a un hombre lo que *no debería hacer*...ellos están mano sobre mano hasta que el hombre hace algo que ellos dicen que debería *no haber hecho*, y entonces le cuelgan por ello» (citado en Postema, 1989: 277).

Pues bien, aquella afirmación subyacente, supletoria, de la libertad del ciudadano y esta exigencia de saber de antemano lo que, según el derecho, no deberíamos hacer configura lo que es la justificación más fuerte de la prohibición de la retroactividad de las leyes penales. Y es una justificación moral.

Un orden coactivo cuyas normas sancionadoras están formuladas de acuerdo con los postulados heredados de la Ilustración, es decir, en términos generales y abstractos, taxativos, bien definidos en la ley y con proyección hacia el futuro, transmite dos mensajes cruciales: primero, el uso de la fuerza por el poder ha de ajustarse a los límites fijados por esa formulación. Segundo, todos los ciudadanos están sometidos a las mismas normas sancionadoras. Ello lleva consigo la aparición de tres espacios de libertad para el ciudadano: el que determina como «derecho supletorio» que todo aquello que no esté prohibido por la ley, está permitido; el que implica la sujeción del uso de la fuerza a la letra de la ley y que genera un halo de inmunidad en torno a él pues su correlato directo es la incompetencia del gobierno para penetrar en su ámbito; y el que supone que la eficacia de esas normas sancionadoras suscite en su derredor la expectativa seria y duradera de que los demás ciudadanos se abstendrán igualmente de invadir ese espacio. La ley así pensada se transforma por sí misma en generadora de libertad (Laporta, 2019), es decir, configura una comunidad de seres humanos libres que como agentes morales tienen la capacidad de definir por sí mismos su propia peripecia vital. Esto es precisamente

lo que viene a traicionar la aparición de la norma penal retroactiva, pues supone que, en lugar de ello, deben obedecer «las decisiones precipitadas e incontroladas de una voluntad que, hasta ese momento, les era desconocida a los súbditos, y sin norma alguna que guíe y justifique sus acciones» (Locke, 1690: 145).

XII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C./BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991.
- BACIGALUPO, M., «Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospectión y responsabilidad patrimonial del Estado. (Una toma de posición más en el marco de una controversia ¿inacabable?)», *Documentación Administrativa*, 263-264 (2002), pp. 105-135
- BAYÓN MOHINO, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, 1991.
- BLOM, P., *Encyclopédie. El triunfo de la razón en tiempos irracionales*. Barcelona, 2007.
- BOBBIO, N., *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, edición ciclostilada, Torino, 1960.
- *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977.
- *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, 1980.
- CARO BAROJA, J., «El tiempo en antropología», *Revista de Occidente*, 2 (1980), pp. 25-38.
- CATTANEO, M., *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966.
- CICERÓN, M.T., *Sobre la república*. Madrid, 1991.
- DANTO, A., *Historia y narración. Ensayos de filosofía analítica de la historia*. Barcelona, 1989.
- DE HIPONA, A., *Confesiones*, Madrid, 1990. (Agustín escribe sus confesiones a finales del siglo IV).
- DURKHEIM, É., *Las formas elementales de la vida religiosa*, Madrid, 1912; 1982.
- EHRENBERG, K., *The Functions of Law*, Oxford, 2016.
- ELÍAS, N., *Sobre el tiempo*, México-Madrid-Buenos Aires, 1989.
- FERNANDEZ SEBASTIÁN, J./TAJADURA TEJADA, J., *Tiempos de historia, tiempos de Derecho*, Madrid, 2021.
- FINNIS, J. M., «Revolutions and Continuity of Law», en A. W. B. Simpson (ed.) *Oxford Studies in Jurisprudence*, Oxford, 1973, pp. 407-435.
- FORTEY, R., *La vida. Una biografía no autorizada*, Madrid, 1999.
- FULLER, L., *The Morality of Law*, (ed. revisada), New Haven y Londres, 1969.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., «Sobre el positivismo jurídico», *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979, pp. 171-206.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961.
- HAWKING, S., *Historia del tiempo*, Madrid, 2011.
- HOBBS, T., *Leviathan*, Cambridge, 1651; 1996.
- KAMEN, H., *Felipe de España*, Madrid, 1997.
- KELSEN, H., *General Theory of Law and the State*, 1949 (trad. española de Eduardo García Máynez, por la que cito: *Teoría general del derecho y el Estado*, 1969, México).
- *Reine Rechtslehre* (2.ª ed.), Viena, 1960.
- *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, 1979.

- KELSEN, H./FULLER, L./ROSS, A., *Ficciones jurídicas*, (con Estudio preliminar de Daniel Mendonca), México, 2003.
- LAPORTA, F., «La doctrina Parot y la teoría del derecho», en Pérez Manzano/Lascuraín Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Madrid, 2016, pp. 335-347.
- «La ley y la libertad», *Claves de Razón práctica*, 262 (2019), pp. 12-19.
- «Ley», *Eunomía. Revista de Cultura de la Legalidad*, 22 (2022), pp. 253-266.
- LE GOFF, J., *The Birth of Purgatory*, Chicago, 1984 (orig. francés, *La naissance du Purgatoire*, Paris, Gallimard, 1981).
- LE POIDEVIN, R./MACBEATH, M., *The Philosophy of Time*, Oxford, 1993.
- LORENTE SARIÑENA, M., *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, 2001.
- MESOUDI, A., «Foresight in cultural evolution», *Biology and Philosophy*, 23 (2008), pp. 243-255.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona, 2001.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Madrid, 2002 (or. 1748).
- PÉREZ MANZANO, M./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Madrid, 2016.
- PLATÓN, *Timeo*, en *Diálogos VI. Filebo, Timeo, Critias*. Madrid.
- POSTEMA, G. J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1989.
- RAMOS TORRE, R., *Tiempo y sociedad*, Madrid, 1992.
- RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979.
- ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 2013 (or. 1917).
- SAFRANSKI, R., *Tiempo: la dimensión temporal y el arte de vivir*, Barcelona, 2017.
- STEEL, D., *Marking Time: The Epic Quest to Invent the Perfect Calendar*, Londres, 1999.
- SUDDENDORF, T./REDSHAW, J./BULLETT, A., *The Invention of Tomorrow. A Natural History of Foresight*, New York, 2022.
- WEBER, M., *Economía y Sociedad*, México, 1969 (or. 1922).
- WHITROW, G. J., *El tiempo en la historia*, Barcelona, 1990.
- WRIGHT VON, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, 1970.
- ZERUBABEL, «El calendario», en Ramos Torre, Ramón (Dir.) *Tiempo y sociedad*, Madrid, 1992.