

## CAPÍTULO XXV

### EL TIEMPO DE LAS NORMAS

#### 1. LA DIMENSIÓN TEMPORAL DE LAS NORMAS

Toda norma tiene no menos de cinco «dimensiones temporales»<sup>1</sup>:

- a) La primera se refiere a su existencia jurídica o pertenencia al ordenamiento.
- b) La segunda se refiere a lo que aquí llamaremos vigencia (en un sentido que deberá ser precisado).
- c) La tercera se refiere a su validez.
- d) La cuarta se refiere a la aplicabilidad por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos.
- e) La quinta, finalmente, se refiere a lo que aquí llamaremos su eficacia (en un determinado sentido de esta palabra)<sup>2</sup>.

#### 2. EL TIEMPO DE LA PERTENENCIA

El tiempo de pertenencia de una norma a un ordenamiento tiene su inicio en el momento en que la norma adquiere «existencia jurídica».

<sup>1</sup> Véase sobre este tema R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, 1998, cap. 17; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, 2005, cap. 16.

<sup>2</sup> Sobre (casi) todos los conceptos aquí empleados, véase: R. TARCHI, «Di talune necessarie distinzioni in tema di efficacia degli atti normativi nel tempo», en *Foro italiano*, 1987; R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, cap. II. Son contribuciones teóricas fundamentales: E. BULYGIN, «Tiempo y validez», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991; J. J. MORESO y P. NAVARRO, «Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996.

La existencia jurídica de una norma no debe ser confundida con su existencia «fáctica» (ni con su validez, como ya sabemos).

Si se conviene sobre que las normas son entidades del lenguaje (enunciados del discurso prescriptivo o, más exactamente, significados de enunciados prescriptivos), es evidente que ninguna norma que no haya sido formulada (por alguien) en un lenguaje puede ser calificada como «existente». Una norma «existe» —en sentido fáctico— si, y solo si, ha sido formulada<sup>3</sup>.

Es claro, por otra parte, que formular una norma no es de por sí suficiente para introducirla en un ordenamiento: no es suficiente, dicho de algún modo, para convertirla en una norma «jurídica»<sup>4</sup>. Una norma existe «en» un ordenamiento jurídico —esto es, pertenece a aquel o es «jurídicamente existente»— si, y solo si, ha sido no solo formulada (como, por ejemplo, las normas de un diseño de ley), sino también «puesta», esto es, deliberada y promulgada<sup>5</sup> de acuerdo al menos con algunas de las normas sobre la producción jurídica propias del ordenamiento<sup>6</sup>, además de publicada.

La pertenencia de una norma a un ordenamiento cesa toda vez que la norma es reconocida —o considerada— inválida por el órgano competente para ello, y consecuentemente anulada<sup>7</sup>.

### 3. EL TIEMPO DE LA VIGENCIA

En este contexto, uso el término «vigencia» en una de sus muchas acepciones en las que comúnmente es empleado por los juristas (y, quizás, por el propio legislador). Llamo «vigente» a una norma existente en el ordenamiento y no abrogada; llamo «(ya) no vigente» a una norma que ha sido abrogada<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Formulada y, quizás debería añadirse, comunicada a sus destinatarios (*i. e.* «publicada»). Cfr. G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, 1963, espec. cap. VII (trad. esp. *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1970).

<sup>4</sup> De este modo, por ejemplo, una norma formulada en un proyecto de ley obviamente no pertenece al ordenamiento.

<sup>5</sup> Es un postulado del positivismo jurídico que ninguna norma que no haya sido (formulada y) «puesta» puede llamarse jurídica, esto es, perteneciente a un ordenamiento jurídico. Como dice repetidamente H. KELSEN [«Diritto e logica», 1965, en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Torino, 1989 (trad. esp. «Derecho y lógica», en *Crítica*, 1978); *General Theory of Norms*, 1979, Oxford, 1991 (trad. esp. *Teoría general de las normas*, México, Editorial Trillas, 2010)], retomando el lema de W. DUBISLAV, «Kein Imperativ ohne Imperator»: no hay mandato sin alguien que mande.

<sup>6</sup> Para simplificar el discurso, aquí hago abstracción de las normas provenientes de la costumbre o de fuentes *extra ordinem*.

<sup>7</sup> Desde este punto de vista, es indiferente que el órgano en cuestión pronuncie la anulación de la norma inválida o que, por el contrario, la declare inválida y que la anulación siga *ipso iure* a la declaración de invalidez.

<sup>8</sup> Otros sentidos de «vigencia» pueden verse en A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958, espec. pp. 29 y ss. (trad. esp. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997); L. FERRA-

Pues bien, el tiempo de vigencia de una norma tiene su inicio —del mismo modo que el tiempo de pertenencia— en el momento en que la norma adquiere existencia jurídica en el ordenamiento.

Pero el final del tiempo de vigencia no coincide con el final del tiempo de pertenencia: la vigencia de una norma —a diferencia de su pertenencia al ordenamiento— cesa en el momento en que aquella es abrogada.

Esto es así porque, en un sentido, las normas abrogadas —pese a haber sido abrogadas— continúan perteneciendo al ordenamiento y, por tanto, pueden todavía ser expulsadas (mediante anulación) en el caso de que sea reconocida su invalidez<sup>9</sup>. Ello vale, si no en todo ordenamiento posible, sí ciertamente en todos aquellos ordenamientos —como el italiano vigente— en los que abrogación y anulación son fenómenos jurídicamente diversos, y para todas aquellas normas que no han sido abrogadas con efecto retroactivo<sup>10</sup>.

Por ejemplo, en el ordenamiento italiano vigente la abrogación (normalmente) no tiene efecto retroactivo. De manera tal que una norma de rango legislativo ya abrogada puede, sin embargo, ser todavía aplicada en sede jurisdiccional (a supuestos de hecho surgidos anteriormente a la abrogación). En el transcurso del juicio en el que la norma debe ser aplicada, el juez puede dudar de su constitucionalidad y, por tanto, plantear la relativa cuestión a la Corte constitucional. La cuestión de constitucionalidad relativa a una norma que debe ser aplicada en el juicio *a quo* es una cuestión «relevante» (en el sentido del art. 23.2 de la Ley 87/1953). De este modo, cuando la Corte constitucional considere inválida la norma, deberá declarar fundada la cuestión, llegando a la anulación de la propia norma.

Por tanto, una norma ya abrogada puede todavía ser anulada, esto es, expulsada del ordenamiento. Y tal expulsión, nótese, no es inútil o redundante —no es una reiteración de una abrogación— dado que, debido a la anulación, la norma de que se trata pierde *enteramente* su (ya reducida) aplicabilidad: ya no puede ser aplicada ni siquiera a las controversias surgidas anteriormente a su abrogación.

JOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989, *passim* (trad. esp. *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2009); R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, *op. cit.*, p. 92. Oportunas aclaraciones conceptuales se pueden encontrar en E. BULYGIN, «El concepto de vigencia en Alf Ross», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, *op. cit.*, pp. 339 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, en C. LUZZATI (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Milano, 1987. Críticas a la tesis aquí sostenida se encuentran en E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, pp. 84 y ss. (trad. esp.); J. J. MORESO, «Sobre normas institucionales», en *Revista española de derecho constitucional*, 1993, pp. 81 y ss.

<sup>10</sup> R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, pp. 297 y ss., 307 y ss. (trad. esp. *Distinguendo*, Barcelona, Gedisa, 1999).

#### 4. EL TIEMPO DE LA VALIDEZ

A primera vista, la validez es una propiedad completamente atemporal. Esto es así porque aquella depende exclusivamente de la relación (justamente atemporal, esto es, lógica, no cronológica) de una norma —y del acto normativo que la ha producido— con otras normas.

Una norma es válida si, y solo si,

- i) ha sido producida conforme a las normas (estructuralmente supraordenadas) que regulan su producción, y
- ii) es compatible con las normas (materialmente supraordenadas) que limitan su posible contenido.

Mientras permanezcan constantes las normas estructural y materialmente supraordenadas a ella, toda norma es válida o inválida. No puede adquirir validez, ni perderla.

No obstante, aunque la relación de la que depende la validez es atemporal, en el tiempo pueden *cambiar* las normas de referencia, esto es, las normas estructural y materialmente supraordenadas a la norma de que se trata.

Esta circunstancia —si bien no puede convertir en válida una norma originariamente inválida<sup>11</sup>— puede, sin embargo, hacer perder su validez a una norma originariamente válida. No obstante, es necesario recordar que<sup>12</sup>:

a) El cambio de las normas estructuralmente supraordenadas —las normas sobre la producción jurídica en sentido estricto— no incide sobre la validez (*formal*) de la norma de que se trata. En este sentido, es opinión pacífica en la doctrina que una norma válidamente producida desde el punto de vista formal conserva su validez (*formal*) también con el cambio de las normas que disciplinan la producción de las normas de aquel tipo: *tempus regit actum*. De este modo, por ejemplo, se considera que una ley formalmente válida en el momento en que fue promulgada no se convierte en inválida tras la entrada en vigor de una nueva constitución que discipline de manera diferente el procedimiento legislativo<sup>13</sup>.

b) Por el contrario, el cambio de las normas materialmente supraordenadas provoca la invalidez (*material*) de la norma de que se trata. Este es el fenómeno de la *invalidez sucesiva o sobrevenida*. De este modo, por ejemplo, una ley materialmente válida en el momento en que fue promulgada se convierte en materialmente inválida tras la entrada en vigor de una nueva norma constitucional (rígida) con la que aquella sea materialmente incompatible.

<sup>11</sup> Salvo que imaginemos algún tipo de fenómeno de «convalidación», no en el sentido de *reconocimiento* (declarativo) de validez sino en el sentido de *atribución* (constitutiva) de validez.

<sup>12</sup> *Supra*, cap. XXI.

<sup>13</sup> O incluso que atribuya competencia legislativa a un órgano diverso del anterior.

#### 5. EL TIEMPO DE LA APLICABILIDAD

Por «aplicabilidad» de una norma entiendo la obligación de aplicarla (cuando se den sus presupuestos, es decir, cuando se verifique el supuesto de hecho que la norma prevé) por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos. Aplicar una norma, a su vez, significa invocarla como premisa en la motivación de una resolución jurisdiccional o administrativa para, a partir de ella, inferir una decisión singular<sup>14</sup>.

Por tanto, el tiempo de aplicabilidad de una norma tiene su inicio en el momento en que surge —en relación a los órganos jurisdiccionales y administrativos— la obligación de aplicar la norma en cuestión, y cesa en el momento en que tal obligación desaparece y/o surge una obligación opuesta (es decir, la obligación de no aplicarla más). El inicio del tiempo de la aplicabilidad es aquello que se suele llamar «entrada en vigor» (art. 73.3, Const. it.), o también «obligatoriedad» (art. 10.1 y 2, además de la rúbrica de las Disp. prel. cod. civ. it.).

A este propósito, son necesarias algunas precisiones.

En primer lugar, y sobre todo, es bueno precisar que la aplicabilidad de —esto es, la obligación de aplicar— una determinada norma no puede ser establecida sino por otras normas o, más precisamente, por meta-normas (sobre la aplicación precisamente). En el ámbito de las meta-normas que determinan el tiempo de aplicabilidad de otras normas podemos distinguir entre:

a) Por un lado, las meta-normas que se refieren al tiempo de aplicabilidad de todas las normas que derivan de un cierto tipo de fuente (o, incluso, de todas las normas jurídicas en general).

b) Por otro lado, las meta-normas que circunscriben en el tiempo la aplicabilidad de un específico texto normativo o de determinadas normas singulares.

Pertenecen al primer tipo, por ejemplo, las normas sobre la *vacatio legis* (art. 73.3, Const. it.; art. 10.1, Disp. prel. cod. civ. it.). Pertenecen al segundo tipo, por ejemplo, aquellas normas que difieren la aplicabilidad de una determinada ley a un momento sucesivo a su entrada en vigor.

Además, es bueno aclarar que el tiempo de aplicabilidad de una norma no coincide necesariamente ni con aquel de su pertenencia, ni con aquel de su vigencia, ni con aquel de su validez.

<sup>14</sup> O, si se quiere, usarla como premisa en el ámbito de un silogismo decisorio (como «Todos los ladrones deben ser castigados. Tizio es un ladrón. Por tanto, Tizio debe ser castigado»). Cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, pp. 28 y ss.

El tiempo de aplicabilidad no coincide con el tiempo de pertenencia por muchas razones. En primer lugar, en virtud de las normas sobre la *vacatio legis*, hay normas pertenecientes al ordenamiento que, sin embargo, no son (todavía) aplicables en aquel. Además, en virtud de las normas que califican otras normas como provisorias o transitorias, hay normas que, al menos en un sentido, pertenecen al ordenamiento pero no son (ya) aplicables en aquel. Otra razón es que, en virtud de las normas que difieren la aplicabilidad de una determinada norma —o, como más frecuentemente sucede, de todo un texto normativo (por ejemplo, un nuevo código de procedimiento)— hay normas que pertenecen al ordenamiento, pero no son (todavía) aplicables en aquel. Finalmente, también sucede que los órganos de aplicación de un determinado ordenamiento tienen la obligación de aplicar normas pertenecientes a un ordenamiento diverso (me refiero a los reenvíos realizados por normas de derecho internacional privado).

El tiempo de aplicabilidad normalmente coincide con el tiempo de vigencia, pero no sin excepciones. La excepción más relevante está constituida por el hecho de que —al menos en algunos ordenamientos y en algunas circunstancias— hay normas abrogadas (y, por tanto, ya no vigentes) que, sin embargo, son todavía susceptibles de aplicación limitadamente a ciertos supuestos de hecho<sup>15</sup>.

El tiempo de aplicabilidad, finalmente, no coincide con el tiempo de validez. Ello se debe a la banal razón de que la validez no es condición ni necesaria ni suficiente de la aplicabilidad.

No es necesaria ya que en un ordenamiento dado la clase de las normas aplicables incluye, entre otras cosas: normas ni válidas ni inválidas (las normas de la primera constitución); eventuales normas válidas en otros ordenamientos (aquellas a las que se refieren normas de derecho internacional privado); normas —meramente existentes en el ordenamiento, pero— inválidas como, por ejemplo, normas inconstitucionales que continúan existiendo en el ordenamiento hasta que no sean expulsadas (no sean declaradas inválidas y/o anuladas) por el órgano para ello competente.

No es suficiente porque la aplicabilidad de normas válidas —del mismo modo que la aplicabilidad de normas vigentes— puede ser circunscrita en el tiempo o diferida por otras normas.

## 6. EL TIEMPO DE LA EFICACIA

Por «ámbito de eficacia» de una norma entiendo el conjunto (la clase) de supuestos de hecho, a las cuales aquella conecta consecuencias jurídicas o,

<sup>15</sup> Ello sucede toda vez que la abrogación no tiene efecto retroactivo.

dicho de otro modo, el conjunto de supuestos de hecho en presencia de los cuales aquella «produce efectos» jurídicos<sup>16</sup>.

Pues bien, si una norma conecta, por ejemplo, consecuencias jurídicas a hechos verificados en el intervalo de tiempo T1-T2, diremos que T1-T2 constituye el ámbito temporal de eficacia —el *tiempo de eficacia*, o también el *tiempo interno*— de la norma en cuestión<sup>17</sup>.

Al hablar de eficacia de una norma «en el tiempo», nos referimos no al momento en que la norma puede o debe ser aplicada en sede jurisdiccional, sino al arco de tiempo en que debe verificarse el supuesto de hecho previsto para que se sigan aquellos efectos jurídicos.

A la eficacia en el tiempo se refiere el principio de irretroactividad (art. 11.1, Disp. prel. cod. civ. it.; art. 25.2, Const. it.; art. 2.1, Cod. pen. it.).

El tiempo de eficacia está completamente desconectado del resto de dimensiones temporales de las normas.

En particular, la aplicabilidad de una norma —la cuestión de si una norma debe o no ser aplicada— debe ser distinguida de su (ámbito de) eficacia (a qué supuestos de hecho debe aplicarse la norma). El intervalo temporal en que una norma debe ser aplicada —por ejemplo, en sede jurisdiccional— es obviamente cosa distinta del intervalo temporal dentro del cual deben verificarse los supuestos de hecho por ella regulados. Así, por ejemplo, si entra *hoy* en vigor una norma que conecta una consecuencia jurídica a un acto cumplido *ayer*, el tiempo de *aplicabilidad* de la norma en cuestión obviamente no puede comenzar antes de *hoy*, pero su ámbito de *eficacia* se extiende hasta *ayer*. Precisamente, en este sentido la norma conecta una consecuencia jurídica con un acto cumplido antes de su entrada en vigor.

## 7. NORMAS RETROACTIVAS, ULTRACTIVAS Y TRANSITORIAS

Las nociones de retroactividad y de transitoriedad (en un determinado sentido de esta última palabra) están conceptualmente conectadas al tiempo de la eficacia<sup>18</sup>. La noción de ultractividad está, a su vez, conceptualmente conectada con el tiempo de la aplicabilidad.

<sup>16</sup> Comúnmente, el ámbito de eficacia es también llamado «esfera de validez» o «ámbito de aplicación».

<sup>17</sup> Cfr. J. J. MORESO y P. NAVARRO, «Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche», *op. cit.*, pp. 23 y ss.; E. BULYGIN, «Tiempo y validez», *op. cit.*, habla de tiempo interno para referirse al tiempo de la aplicabilidad.

<sup>18</sup> R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, *op. cit.*, p. 115.

1) Llamaremos *retroactiva* a una norma que conecta consecuencias jurídicas a hechos anteriores a su entrada en vigor<sup>19</sup> (pero sobre la noción de retroactividad volveremos en un momento).

2) Llamaremos *ultractiva* a una norma que conecta consecuencias jurídicas a hechos sucesivos a su abrogación<sup>20</sup> (obsérvese que toda norma abrogada, pero no abrogada retroactivamente, es por ello mismo *ultractiva*).

3) De normas *transitorias* se puede hablar en un sentido funcional (el sentido más común de la expresión) o en sentido estructural.

a) En sentido *funcional*, se llaman transitorias a aquellas normas dictadas expresamente con el fin de regular el paso de una disciplina a otra «de forma que sea más fácilmente indetectable la regla jurídica que debe ser aplicada a todas aquellas situaciones que no han finalizado al momento de la entrada en vigor del nuevo derecho y que están, dicho de algún modo, a caballo en el momento del paso de la vieja a la nueva disciplina normativa»<sup>21</sup>.

Frecuentemente, las normas transitorias en sentido funcional son metanormas, cuyo contenido consiste en conferir *ultractividad* a las normas de la vieja disciplina y/o a conferir retroactividad a las normas de la nueva disciplina.

b) En sentido *estructural*, llamaremos transitorias —temporales, provisorias o precarias<sup>22</sup>— a aquellas normas que tienen una eficacia circunscrita en el tiempo<sup>23</sup>, estando previsto para ellas *ab origine* un término final de eficacia.

A este respecto, es necesario registrar un concepto de *ultractividad* bastante diferente de aquel definido anteriormente. Cuando una norma tenga en su origen un término final de eficacia, y este término sea en un momento sucesivo prorrogado, se dice que la norma en cuestión es «*ultractiva*». Es *ultractiva* en este sentido una norma transitoria que conecta efectos jurídicos a supuestos de hecho realizados en un momento sucesivo a aquel de su (originaria) caducidad.

<sup>19</sup> Pero cfr. *ibid.*, pp. 198 y ss. (y la amplísima bibliografía allí citada). Cfr. también G. U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, 4.ª ed., Bologna-Roma, 1996, p. 531.

<sup>20</sup> R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, op. cit., pp. 176 y ss. Un ejemplo: el art. 20 de la Ley 4/1929 establece que «las disposiciones penales de las leyes financieras y aquellas que prevén cualquier otra violación de dichas leyes se aplican a los hechos cometidos cuando tales disposiciones estaban en vigor, aunque las mismas disposiciones hayan sido abrogadas o modificadas al momento de su aplicación». A este propósito, véase Corte cost. 6/1978 e 164/1974.

<sup>21</sup> R. TARCHI, «Disposizioni transitorie e finali», en G. BRANCA y A. PIZZORUSSO (eds.), *Disposizioni transitorie e finali I-XVIII, Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, Commentario della Costituzione, Bologna-Roma, 1995, p. 22.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 26.

## 8. RETROACTIVIDAD

Una norma, como se ha dicho, es un enunciado sintácticamente condicional —del tipo «Si H, entonces J»— que conecta alguna consecuencia jurídica con un determinado supuesto de hecho (esto es, una circunstancia o un conjunto de circunstancias). Por ejemplo: «Si alguien procura la muerte de un hombre, entonces aquel debe ser castigado con reclusión no inferior a veintiún años»; «Si el testamento es suscrito por el testador, etc., entonces aquel es válido».

Pues bien, como ya se ha dicho, es conveniente hablar de eficacia de una norma en el tiempo para referirse no al momento en que la norma puede o debe ser aplicada en sede jurisdiccional, sino al arco de tiempo en que debe verificarse el supuesto de hecho previsto para que se sigan aquellos determinados efectos jurídicos.

Supongamos, por ejemplo, que una norma establezca una exención fiscal para quien haya sufrido daños por un terremoto sucedido el 31 diciembre de 2001. Pues bien, el ámbito temporal de eficacia de esta norma es el 31 diciembre de 2001, en el sentido de que la consecuencia jurídica «exención fiscal» se aplica solo al supuesto de hecho «daños por el terremoto sucedido el 31 diciembre 2001» (aunque la norma sea obviamente sucesiva al 2001, solo puede ser aplicada después de su promulgación y publicación<sup>24</sup>, y su eventual violación pueda ser hecha valer en sede jurisdiccional incluso muchos años después).

Pues bien, llamaremos «retroactiva» a una norma que conecte consecuencias o efectos jurídicos a un supuesto de hecho que se realizó en un momento anterior a su entrada en vigor. Casos paradigmáticos de normas retroactivas son por ejemplo: una norma que castigase actos cometidos antes de su entrada en vigor<sup>25</sup>; una norma que revise o anule sentencias ya firmes<sup>26</sup>; una norma que modifique la disciplina de relaciones ya finalizadas<sup>27</sup>.

## 9. DOS TIPOS DE NORMAS RETROACTIVAS

Conviene distinguir entre dos tipos de normas retroactivas, que corresponden —si es posible decirlo así— a dos diversos «grados» de retroactividad<sup>28</sup>:

<sup>24</sup> Omito por simplicidad el tema de la *vacatio*.

<sup>25</sup> Norma que sería constitucionalmente ilegítima en el ordenamiento italiano vigente (art. 25.2, Const. it.).

<sup>26</sup> Como diremos a continuación, se puede argumentar que también esta norma sería constitucionalmente ilegítima en el ordenamiento italiano vigente (ex art. 102.1, Const. it.).

<sup>27</sup> Según cierta jurisprudencia, también sería retroactiva una norma que, modificando la regulación de relaciones en curso, no todavía finalizadas, eliminara derechos ya adquiridos (cfr., por ejemplo, Cass. 290/1974, 2743/1975). En tal sentido, véase también G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, reedición actualizada Torino, 1991, p. 44.

<sup>28</sup> Cfr. L. PALADIN, «Appunti sul principio di irretroattività delle leggi», en *Foro amministrativo*, 1969, pp. 946 y ss.; R. QUADRI, *Dell'applicazione de la legge in generale*, Commentario del Codice civi-

- i) Llamaremos retroactiva en sentido débil (o débilmente retroactiva) a toda norma que determine la solución de controversias nacidas anteriormente a su entrada en vigor, *pero todavía no decididas* en sede jurisdiccional.
- ii) Llamaremos, por el contrario, retroactiva en sentido fuerte (o hiper-retroactiva) a toda norma que determine una solución diversa para controversias nacidas antes de su entrada en vigor y *ya decididas*; por tanto, normas que modifican decisiones jurisdiccionales firmes.

En el ordenamiento italiano vigente, aunque el principio de la cosa juzgada no esté expresamente constitucionalizado, las normas retroactivas del segundo tipo —con la única excepción de las normas penales más favorables<sup>29</sup>— deben considerarse inconstitucionales. Normas como estas serían obviamente lesivas de la reserva de función jurisdiccional implícitamente instituida por el art. 102.1, Const. it.<sup>30</sup>

## 10. TRES FORMULACIONES DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

En el ordenamiento italiano vigente, el ámbito temporal de eficacia de las leyes está fijado de manera general por no menos de tres disposiciones diferentes. Por lo demás, aunque con una variedad de formulaciones, las tres enuncian el principio de *irretroactividad* de las leyes, esto es, excluyen la posibilidad de normas retroactivas<sup>31</sup>.

- 1) El art. 11.1 de las Disp. prel. cod. civ. it., establece: «La ley dispone solo hacia el futuro: aquella no tiene efecto retroactivo».
- 2) El art. 2.1 del Cod. pen. it., dispone que «nadie puede ser castigado por un acto que, según la ley del tiempo en el que fue cometido, no constituía delito».

le, A. SCIALOJA y G. BRANCA (eds.), *Disposizioni sulla legge in generale*, Bologna-Roma, 1974, pp. 122 y ss.; R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, op. cit., pp. 429 y ss.

<sup>29</sup> La posibilidad de que las normas penales favorables (incluidas las normas de mera abrogación de anteriores normas incriminatorias) retroactúen hasta atacar la cosa juzgada, si bien no está expresamente prevista en la Constitución, puede ser argumentada a partir del art. 25.2, Const. it. El mismo tipo de retroactividad «extrema» ha sido previsto por las decisiones constitucionales estimatorias (it. «di accoglimento») que declaran la inconstitucionalidad de normas incriminatorias: «Cuando en aplicación de la norma declarada inconstitucional ha sido pronunciada sentencia irrevocable de condena, cesa su ejecución y todos sus efectos penales» (art. 30.4 Ley 87/1953). Sobre los efectos de la abrogación sobre normas penales incriminatorias hay que ver M. GAMBARELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008.

<sup>30</sup> Reserva que no parece admitir otras excepciones salvo aquellas expresamente previstas por la propia Constitución. Aquí se está aludiendo a los institutos de la amnistía, el indulto, y la gracia (arts. 79 y 87.11, Const. it.).

<sup>31</sup> En la amplísima literatura se deben ver, al menos, C. ESPOSITO, *La costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, pp. 87 y ss.; L. PALADIN, «Appunti sul principio di irretroattività delle leggi», op. cit., pp. 946 y ss.; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali de la irretroattività delle leggi*, Milano, 1970; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, op. cit., pp. 36 y ss.

- 3) El art. 25.2 de la Const. it., dispone que «nadie puede ser castigado si no con base en una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido».

Sin embargo, estas tres disposiciones expresan normas diversas, tanto desde el punto de vista del contenido, como desde el punto de vista de su eficacia.

a) Desde el punto de vista de su contenido, el art. 11.1 de las Disp. prel. cod. civ. it., se refiere a la ley en general, es decir, a *todas* las leyes sin ulteriores especificaciones. Es incluso posible entender el término «ley» en este contexto como referido a las fuentes del derecho en general. También es posible argumentar que los límites de eficacia en el tiempo aplicables para la ley valen también —*a fortiori*, *a majori ad minus*— para las fuentes inferiores. Por el contrario, el art. 2.1 del Cod. pen. it., y el art. 25.2 de la Const. it., se refieren exclusivamente a las leyes *penales*; y, por otra parte, en el ordenamiento vigente (en virtud del propio art. 25.2, Const. it.) solo la ley puede disponer en materia penal (tratándose de una reserva absoluta de ley).

En tal sentido, mientras que el art. 11.1 de las Disp. prel. cod. civ. it. enuncia el principio *general* de irretroactividad, el art. 2 Cod. pen. it., y el art. 25, Const. it., enuncian ambos —aunque sea con diferentes formulaciones— el principio de irretroactividad *de la ley penal*, y de aquella nada más.

b) Desde el punto de vista de su eficacia, el art. 11 de las Disp. prel. cod. civ. it., y el art. 2 Cod. pen. it., son ambas disposiciones de rango *legislativo*, teniendo «fuerza de ley»<sup>32</sup>. Mientras que el art. 25, Const. it., es obviamente una disposición de rango *constitucional* y, como tal, supraordenada a la ley.

De esto se sigue que el principio *general* de irretroactividad es un principio meramente *legislativo* (no constitucional) que, en cuanto tal, se considera derogable por ley, pero no por fuentes inferiores a aquella. Por el contrario, el principio de irretroactividad *solo de la ley penal*, en virtud del art. 25, Const. it. (del que el art. 2, Cod. pen. it., constituye una simple reiteración) es un principio —no meramente legislativo sino— *constitucional* y, como tal, inderogable para el propio legislador.

## 11. APUNTES SOBRE LA SUCESIÓN EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS PENALES

- 1) *Normas penales*. Son normas penales en sentido estricto todas aquellas que presentan la estructura «Si C, entonces P», cuando C constituye cualquier conducta y P una sanción penal<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Sin embargo, para ambas, se puede argumentar que son normas «materialmente constitucionales» (al menos en el sentido de Kelsen, el cual denomina de este modo a toda norma que versa sobre la legislación). Véase cap. XV, tercera parte.

<sup>33</sup> No es este el lugar para profundizar el (vago) concepto de sanción penal (con el fin de distinguir las sanciones penales de aquellas civiles y administrativas). Es suficiente con decir que ejemplo

Sin embargo, en este contexto —«sucesión en el tiempo de normas penales»— conviene asumir una noción de norma penal mucho más amplia. Diremos que son normas penales —en sentido amplio— también aquellas que (expresa o tácitamente) abrogan o derogan normas penales anteriores.

Ahora bien, en relación a normas penales entendidas en sentido amplio es necesario distinguir entre las normas «desfavorables» de aquellas llamadas «de favor» (las «normas más favorables al reo», de las que habla el art. 2.3 del Cod. pen. it.).

1. Son normas penales desfavorables todas aquellas que introducen una nueva pena —llamadas normas incriminatorias— para una conducta que en el pasado era penalmente irrelevante, como también aquellas que aumentan una pena precedente. En otras palabras:

i) Si en un momento dado la conducta C no es supuesto de hecho de una consecuencia penal (C no constituye delito), es norma penal desfavorable toda norma del tipo «Si C, entonces P», esto es, toda norma (incriminatoria) que conecta una sanción penal a la conducta C.

ii) Si, por el contrario, en un momento determinado la conducta C constituye delito, siendo supuesto de hecho de una consecuencia penal P, es norma penal desfavorable toda norma que conecta a la conducta C una pena P1 mayor de P ( $P1 > P$ ).

2. Son normas penales favorables todas aquellas que reducen o eliminan completamente una pena preexistente<sup>34</sup>. En otras palabras: si en un momento determinado la conducta C constituye delito y es, por tanto, supuesto de hecho de cualquier consecuencia penal («Si C, entonces P»), son normas penales favorables:

i) Aquella que se limita meramente —es decir, sin sustituirla de ningún modo— a abrogar expresamente la norma penal preexistente.

ii) Aquella que abroga tácitamente la norma penal preexistente, «Si C, entonces P», sustituyéndola:

a) Con una norma que simplemente elimina la sanción penal («Si C, entonces no-P»).

b) Con una norma que conecta a la misma conducta una sanción no penal («Si C, entonces S»).

c) Con una norma que reduce la medida o la gravedad de la sanción penal conectada a aquella conducta («Si C, entonces P1», donde  $P1 < P$ ).

paradigmático de sanción penal es la privación de la libertad (y, en algunos ordenamientos, de la vida).

<sup>34</sup> Véase sobre este punto, en la literatura reciente, M. GAMBARELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008.

2) *Cuatro principios*. En el ordenamiento vigente, la materia de la sucesión en el tiempo de normas penales está gobernada fundamentalmente por cuatro principios. El primero de ellos es establecido por el art. 25.2, Const. it. (además de por el art. 2.1 del Cod. pen. it.); el tercero es establecido por el art. 2.2 del Cod. pen. it. Los demás se derivan del art. 2.2 y 2.3 del Cod. pen. it. Los principios en cuestión son los siguientes<sup>35</sup>:

1. El principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables, en virtud del cual nadie puede ser castigado por un hecho que no constituye delito según la ley vigente en el momento en que fue cometido.

2. El conecado principio de ultractividad de las normas penales favorables, en virtud del cual tales normas deben ser aplicadas en sede jurisdiccional a hechos cometidos en el momento de su vigencia, incluso después de que hayan sido abrogadas o sustituidas por normas desfavorables.

3. El principio de retroactividad de las normas penales favorables, en virtud del cual tales normas producen efectos también en relación a hechos cometidos antes de su entrada en vigor.

4. El conecado principio de no ultractividad de las normas penales desfavorables, en virtud del cual las normas en cuestión no pueden en ningún caso ser aplicadas en sede jurisdiccional después de que hayan sido abrogadas o sustituidas con normas favorables.

3) *Consecuencias*. Con base en los principios que acabamos de exponer se sigue que:

a) En general, no puede constituir fundamento de una sentencia penal condenatoria una norma que haya entrado en vigor en un momento sucesivo a aquel en que fue cometido el hecho que es objeto de juicio.

b) Toda vez que una norma penal desfavorable sea meramente abrogada (esto es, abrogada y no sustituida por una norma nueva) la abrogación retroactiva: la norma ya abrogada no produce ningún efecto (ni siquiera en relación a supuestos de hecho realizados anteriormente a su abrogación) y, por tanto, no puede ser usada tampoco para juzgar un hecho cometido en el momento en que aquella estaba en vigor.

c) Toda vez que una norma penal desfavorable sea abrogada (y sustituida) o derogada por una norma favorable, la abrogación o derogación retroactiva en el sentido de que la norma desfavorable (ya abrogada o derogada) no produce ningún efecto, de manera que no puede ser aplicada ni siquiera en un juicio que tenga por objeto un hecho cometido anteriormente a la entrada en vigor de la norma favorable.

<sup>35</sup> En la exposición siguiente dejo de lado, por simplicidad, las excepciones establecidas: en relación a las leyes penales provisorias y excepcionales del art. 2.4, Cod. pen. it.; y, en relación a las disposiciones penales de las leyes financieras del art. 20, de la Ley 4/1929.

d) Toda vez que, al contrario, una norma penal favorable sea abrogada y sustituida (o derogada) por una norma desfavorable (o cuando, como consecuencia de la abrogación, se expanda el ámbito de eficacia de una norma desfavorable preexistente), la norma favorable continua produciendo sus efectos en relación a los supuestos de hecho que se realizaron durante su vigencia, y la norma desfavorable no puede ser aplicada en un juicio que tenga por objeto un hecho cometido cuando estaba vigente la norma favorable ahora abrogada.

En síntesis, si un supuesto de hecho penal es disciplinado por dos normas diversas que se suceden en el tiempo, se aplica en cualquier caso la norma más favorable, ya que aquella favorable es ultractiva y retroactiva; simétricamente, aquella desfavorable en ningún caso puede retroactuar ni ser aplicada ultractivamente.

Toda vez que intervenga una ley de interpretación auténtica de una disposición penal preexistente, de tal manera que la norma penal deba ser identificada combinando las disposiciones interpretativas con aquellas interpretadas, es necesario distinguir dos circunstancias. En efecto, puede suceder que la interpretación auténtica tenga como resultado una norma favorable o, al contrario, una norma desfavorable. Pues bien:

e) Toda vez que la interpretación auténtica sea constitutiva de una norma desfavorable, tal norma —resultado de la combinación de una disposición penal y de una sucesiva disposición de interpretación auténtica— no puede ser aplicada en un juicio que tenga por objeto hechos anteriores a la entrada en vigor de la disposición interpretativa.

f) Al contrario, toda vez que la interpretación auténtica sea constitutiva de una norma favorable, tal norma —resultado de la combinación de una disposición penal y de una sucesiva disposición de interpretación auténtica— debe ser aplicada en un juicio que versa sobre hechos anteriores a la entrada en vigor de la disposición interpretativa.

## QUINTA PARTE

### DEL ORDENAMIENTO AL ESTADO