

Instituto García Oviedo

El principio de irretroactividad en las normas jurídico/admi- nistrativas.

FRANCISCO LOPEZ MENUDO



EDITORIAL UNIVERSIDAD DE SEVILLA

FRANCISCO LOPEZ MENUDO

**El principio
de
irretroactividad
en las normas
jurídico/admi-
nistrativas.**



SEVILLA 2015

Colección: Derecho. Instituto García Oviedo

Núm.: 1

Correspondiente a la primera edición impresa en 1982

***La publicación de este libro en
la colección del Instituto García Oviedo ha sido
autorizada por el Centro de Estudios Constitucionales***

Este libro constituye la tesis doctoral leída por su autor el día 16 de Junio de 1981 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, ante un tribunal presidido por el Prof. Dr. Manuel F. Clavero Arévalo e integrado por los Profs. Dres. Juan B. Jordano Barea, Alejandro Nieto García, Tomás R. Fernández Rodríguez y Alfonso Pérez Moreno, Director de la tesis; obtuvo la calificación de sobresaliente “cum laude” por unanimidad, siendo posteriormente distinguida con el Premio Extraordinario de Doctorado de dicha Facultad.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de la Editorial Universidad de Sevilla.

EDICIÓN DIGITAL DE LA PRIMERA EDICIÓN IMPRESA DE 1982

© EDITORIAL UNIVERSIDAD DE SEVILLA 2015

Porvenir, 27 - 41013 Sevilla

Tlfs.: 954 487 447; 954 487 451; Fax: 954 487 443

Correo electrónico: eus4@us.es

Web: <<http://www.editorial.us.es>>

© FRANCISCO LÓPEZ MENUDO 2015

© Diseño de cubierta Luis Ors Simón

ISBNe: 978-84-472-1666-6

Digitalización y realización interactiva:

Fernando Fernández. ed-Libros

*A Conchita,
Rosario y César*

**Esta obra ha obtenido el premio
"Centro de Estudios Constitucionales" a la mejor
tesis doctoral leída en Universidades españolas
durante el curso académico 1980-1981.**

PROLOGO

Suelo recordar con frecuencia una jocosa frase del maestro D. Alfonso de Cossío referida a aquellos investigadores mediocres en cuyas obras se adivina esta intención: “Ya que no podemos ser profundos seamos al menos oscuros”. La claridad, en efecto, no es simplemente una cortesía de los intelectuales, sino una cualidad natural de la profundidad del pensamiento. En la obra científica, claridad y profundidad son los elementos esenciales de la autenticidad, es decir, de que ha nacido del honesto esfuerzo humano originario en la búsqueda de la verdad. Y esa es, precisamente, la sensación que se recibe al abrir por cualquiera de sus páginas este libro de Francisco López Menudo. Se le adivina solo ante la ardua materia de su investigación tallando minuciosamente todas las caras del poliedro como un artesano del pensamiento jurídico; utilizando el abrumador volumen de materia -bibliografía, legislación, jurisprudencia- con sus propias manos directamente. El resultado está muy lejos de ser una muestra más de “ciencia informativa”, formada con el acopio yuxtapuesto de los materiales existentes; por el contrario, aparece como auténtica “ciencia viva” fruto de una reelaboración del tema con su propio pensamiento. La obra es, así, rigurosamente fiel a su denominación académica: una tesis doctoral.

Con frecuencia los juristas somos presa de un metus no confesado ante la idea de revisar los dogmas heredados y mantenidos formalmente, como puntos de amarre, en las venerables fórmulas de los Códigos. La seguridad jurídica es un bien objetivo, inserto en el núcleo de ese “ius involuntarium” al que se refería Santi Romano, que no es prudente menoscabar. Y verdaderamente nada puede crear más riesgo a la seguridad jurídica que lo que implique una alteración del orden establecido en la interpretación del Derecho sobre fuentes del Derecho, es decir, del conjunto de principios y normas que definen y ordenan lo

que debe observarse como Derecho en la sociedad. De esta manera puede explicarse el mantenimiento de la regla de irretroactividad de las leyes si no dispusieron lo contrario, como criterio general aplicativo del Derecho, relegando, de una parte, la cuestión de por qué y cuándo puedan disponer o no lo contrario y, de otra, cómo llegar a conseguir la justicia en los múltiples casos de la vida en que el automatismo de ese criterio podría hacerla peligrar. A veces la seguridad jurídica se confunde con la seguridad de los juristas. El mérito principal de este libro consiste en haberse atrevido su autor a superar dicho miedo, no como expresión de rebeldía o como desahogo iconoclasta, sino con la serena armonía de quien quiere penetrar más allá eliminando todo el ropaje de rutinas adheridas que pueden anquilosar y desvitalizar el sentido original de la regla, para devolverle su auténtico significado y ponerla con más pureza en condiciones de prestar servicio a la comunidad.

Por vez primera en nuestra historia legislativa, la ardua cuestión de la aplicación del Derecho en el tiempo no está sólo regulada en la vetusta fórmula del Código civil, sino que se ha constitucionalizado. El importante art. 9 de la Constitución de 1978, en su párrafo 3, garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, y ello supone un plus no sólo de rango sino de contenido sustancial a la norma del art. 2,3 del Código civil: “Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieron lo contrario”. Múltiples interrogantes que antes se planteaban en una dimensión general de la indagación de principios aplicativos, ahora exigen una respuesta para desentrañar una norma positivada de aplicación directa, como es el art. 9.3 de la Constitución. ¿Es deducible de este precepto a sensu contrario un mandato de retroactividad de todas las disposiciones sancionadoras favorables o no restrictivas de derechos individuales? ¿Qué debe entenderse por “disposiciones sancionadoras”? ¿Qué significa “derechos individuales”? ¿Qué límites encuentra el legislador en ese precepto constitucional? ¿Cómo queda vinculado el juez?. Y, supuesto que el Reglamento es una fuente de utilización tan abrumadora en nuestro tiempo y cuya irretroactividad se afirma radicalmente, ¿responde esta doctrina a una real exigencia normativa o institucional?. Estas preguntas decisivas son minuciosamente respondidas por LOPEZ MENUDO luego de definirse ante las cuestiones centrales suscitadas en la teoría general del Derecho y en la filosofía jurídica, sobre la retroactividad de las normas.

La Constitución de 1978 ha juridizado una importante parcela del criterio sobre el margen atribuible a la retroactividad en el Derecho. Como escribe VILLAR PALASI: “Se comprende fácilmente que la prohibición absoluta de retroactividad implica el inmovilismo del Derecho. Y, por el contrario, la retroacción absoluta implica el resultado de la quiebra de la seguridad jurídica. ¿Cuál es el límite oportuno para conciliar seguridad jurídica y progreso del Derecho?

La respuesta no es jurídica sino sociológica, política o ética''. A nuestro juicio, estos parámetros metajurídicos han entrado, en alguna medida, en el proceso racional de positivación jurídica en la norma del art. 9,3 de la Constitución, de tal manera que ésta viene a establecer que no es progreso del Derecho y sí un atentado a la seguridad jurídica, aplicar a un inculgado la norma sancionadora nueva no favorable, y a una persona la disposición nueva que venga a restringir hacia el pasado sus "derechos individuales", interpretados en el sentido que, con todo rigor y fundamento lo hace LOPEZ MENUDO, como los derechos fundamentales regulados en el seno del Título I de la Constitución. Los tiempos de cambio ponen en tensión todos los resortes del sistema jurídico. La vida comunitaria adquiere una aceleración que se registra en bruscas oscilaciones de la gráfica de la Historia. Las categorías jurídicas formales apenas pueden soportar las turbulencias de la dinámica sociopolítica. Estos hechos no pueden sorprender a los juristas, sino actualizar el viejo oficio de artesanos en el que están avezados. Hay que recordar aquí aquella luminosa metáfora de SANTI ROMANO: "Como todo edificio tiene sus cimientos, sus paredes, su techumbre, que aseguran su firmeza y en cierto modo lo encierran, pero tiene también, puertas, ventanas, tuberías, respiraderos, que lo mantienen abierto al mundo exterior, y de todos modos siempre es susceptible de ampliaciones, reducciones, transformaciones; así también un ordenamiento jurídico, una institución, es un ente que, aún permaneciendo idéntico a sí mismo mientras vive, se renueva continuamente en todos sus elementos mediante procesos, ya lentos, ya rápidos. Estos procesos, de ordinario, se regulan y frenan por medio, precisamente, de la función que hemos visto ser propia del Derecho, pero debe éste mantenerse dentro de ciertos límites, más allá de los cuales queda comprometida la vida misma del ente''. Para soldar las fracturas que pueda producir en la vida social un súbito advenimiento del nuevo Derecho que rompa el viejo, nos ofrece este libro un valioso instrumental técnico-jurídico.

He sido testigo de excepción del esfuerzo realizado día a día por LOPEZ MENUDO en la elaboración de esta tesis doctoral, y quiero reflejar aquí el acto de presentación de la misma en la Facultad de Derecho de Sevilla ante un Tribunal presidido por nuestro maestro D. Manuel CLAVERO AREVALO, y compuesto por los Profs. Dres. Juan JORDANO BAREA, Alejandro NIETO GARCIA, Tomás Ramón FERNANDEZ RODRIGUEZ y por mí mismo, como director de la tesis. Había sido elegido nuevo Decano el Prof. Dr. Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, que nos honró con su asistencia. El acto fue una auténtica fiesta universitaria. El Prof. JORDANO destacó la originalidad de la tesis llegando a afirmar que podría incorporarse con todo merecimiento, a la riquísima evolución doctrinal sobre el tema como "la tesis de LOPEZ MENUDO" junto a la de los grandes juristas. Alejandro NIETO dejó su huella de pensador profundo y confesó públicamente que era la mejor tesis que él había juzgado en su vida universitaria. Tomás Ramón FERNANDEZ, tan identifica-

do vitalmente con la misión de artesano del Derecho, elogió la obra como conjunto armónico y original. D. Manuel CLAVERO expresó su satisfacción por estos frutos que se habían conseguido en esos años que él estuvo excedente por ser Ministro del Gobierno. Y por mi parte destacué allí, y lo reitero ahora, mi agradecimiento a Francisco LOPEZ MENUDO por el testimonio de trabajo, ilusión y entrega universitaria que nos había dado a todos. La tesis obtuvo la calificación de Sobresaliente “cum laude”, por unanimidad. Después de su lectura, parte de las ideas centrales del libro fueron ratificadas por la importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Julio de 1981; y nos llegaron las comunicaciones de que se había otorgado a esta tesis el premio “Centro de Estudios Constitucionales” 1980-81 y que había sido distinguida con el Premio Extraordinario de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

Alfonso Pérez Moreno.

INDICE

EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN LAS NORMAS JURIDICO—ADMINISTRATIVAS

Prólogo	9
---------------	---

PARTE PRIMERA

EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN GENERAL

I. INTRODUCCION. Justificación y objeto del presente estudio: Dificultades que plantea	25
II. LA DIMENSION TEMPORAL DE LAS LEYES. Actividad estricta, retroactividad, ultractividad: aproximación conceptual.....	27
III. LA RETROACTIVIDAD.	
A. El principio de irretroactividad de las leyes	29
1. <i>Antecedentes históricos</i>	29
2. <i>Derecho comparado</i>	35
B. Formulación del principio en nuestro Derecho	36
C. Fundamento del principio de irretroactividad	37
D. El concepto de retroactividad	41
1. <i>Introducción</i>	41
2. <i>El concepto “vulgar” de retroactividad</i>	42
3. <i>¿Es posible formular un concepto abstracto o a priori de la retroactividad</i>	43
a) <i>Doctrina monista</i>	44
b) <i>Doctrina pluralista</i>	48



<i>b.1 Retroactividad de grado máximo</i>	49
<i>b.2 Retroactividad de grado medio</i>	49
<i>b.3 Retroactividad de grado mínimo</i>	50
4. <i>Conclusiones. El concepto de retroactividad en la práctica apli- cativa del Derecho administrativo</i>	52
5. <i>Necesidad actual de definir la retroactividad</i>	56
<i>a) Dificultad de fijar un concepto unitario de retroactividad</i>	56
<i>b) Planteamiento tradicional del problema: la regla “la irretro- actividad se impone al juez, no al legislador”</i>	57
<i>c) Insuficiencia del planteamiento tradicional. La adición de nuevos factores a dicho planteamiento</i>	59
<i>d) Los tres planos del principio de irretroactividad</i>	61
<i>d.1 El principio de irretroactividad como mandato dirigido al juez</i>	62
<i>d.2 El principio de irretroactividad como límite para el legis- lador</i>	62
<i>d.3 El principio de irretroactividad como límite de la potes- tad reglamentaria</i>	65
6. <i>Conclusiones</i>	70
E. <i>Las formas de expresión de la retroactividad</i>	72
1. <i>Retroactividad expresa</i>	72
2. <i>Retroactividad implícita</i>	74
3. <i>Retroactividad tácita</i>	74
F. <i>Las dos vertientes del principio de irretroactividad</i>	76

PARTE SEGUNDA

EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN LA PRODUCCION DE LA NORMA JURÍDICO ADMINISTRATIVA

TITULO I

EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD EN SEDE PARLAMENTARIA

I. LA FACULTAD DEL LEGISLATIVO PARA DICTAR LEYES RETROACTIVAS	83
--	----

II. LOS LIMITES A DICHA FACULTAD.....	88
A. Los límites constitucionales.....	88
B. Los cuasi—límites: la influencia de los criterios doctrinales sobre el concepto de retroactividad.....	91
1. <i>Exposición y crítica de las teorías fundamentales</i>	91
a) <i>Teoría de los derechos adquiridos; GABBA, LASALLE</i>	91
b) <i>Teoría de SAVIGNY</i>	98
c) <i>Teoría de DUGUIT—JEZE</i>	100
d) <i>Teoría de los hechos consumados; FERRARA, RANELLETTI</i>	108
e) <i>Teoría de ROUBIER</i>	113
f) <i>Teoría del interés público o privado; RUGGIERO</i>	118
2. <i>El valor de los criterios doctrinales como instrumentos mediatos de fiscalización de las leyes</i>	122
3. <i>El juego de las doctrinas sobre la irretroactividad en el campo del Derecho administrativo</i>	124
III. LA CONSTITUCION COMO LIMITE FUNDAMENTAL	
A. Determinaciones constitucionales explícitas sobre el principio de irretroactividad.....	131
1. <i>Antecedentes constitucionales españoles</i>	131
2. <i>Derecho constitucional comparado</i>	134
B. La Constitución española de 1.978 y el principio de irretroactividad.....	139
1. <i>Evolución del texto constitucional</i>	139
a) <i>El proceso de formación del art. 9.3</i>	139
b) <i>El proceso de formación del art. 25.1</i>	143
2. <i>Conclusiones críticas: la mens legislatoris en los preceptos constitucionales relativos a la retroactividad</i>	145
a) <i>Conclusiones relativas al art. 9.3</i>	146
b) <i>Conclusiones relativas al art. 25.1</i>	147
C. Los límites a la retroactividad en la Constitución de 1.978.....	149

1. <i>La irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables</i>	150
a) <i>Una cuestión previa: ¿son comunes los principios que rigen el derecho punitivo estatal?</i>	153
a.1 <i>Presupuestos del problema: la patología de la actividad administrativa sancionadora en nuestro Derecho</i>	153
a.1.1 <i>En el orden competencial</i>	154
a.1.2 <i>En el orden procesal</i>	154
a.1.3 <i>En el orden sustantivo</i>	155
a.2 <i>La corriente jurisprudencial de los últimos años: hacia la unificación de los principios y garantías del “ius puniendi” estatal</i>	155
a.3 <i>La Constitución como hito final del proceso unificador</i> ...	159
b) <i>La irretroactividad “in peius” de las disposiciones administrativas sancionadoras</i>	163
b.1 <i>Antecedentes y derecho positivo</i>	164
b.2 <i>Fundamento</i>	165
b.3 <i>Su aplicación al Derecho administrativo. Problemas que plantea; en especial, el “tempus commissi infractionis”</i> ..	166
b.4 <i>Problemas especiales: irretroactividad de las normas sancionadoras adjetivas</i>	172
b.4.1 <i>Normas procedimentales</i>	172
b.4.2 <i>Normas competenciales</i>	177
c) <i>Conclusiones</i>	178
2. <i>La retroactividad “in bonus” de las disposiciones administrativas sancionadoras</i>	179
a) <i>Introducción. Esta regla no es de orden constitucional, sino legislativo. Razón de su tratamiento en este lugar</i>	179
b) <i>La admisión de la regla en Derecho administrativo: posturas seguidas por la jurisprudencia contencioso-administrativa</i>	184
b.1 <i>Doctrina afirmativa</i>	184
b.2 <i>Doctrina negativa</i>	185

b.3 Conclusión.....	187
c) Fundamentos del principio.....	188
c.1 Fundamentos del principio según la doctrina jurídico-penal.....	188
c.2 El fundamento “ <i>pietatis causa</i> ” desde la perspectiva del Derecho Administrativo.....	189
c.3 Conclusiones.....	193
d) El juego de la retroactividad “ <i>in bonus</i> ” en Derecho administrativo. Problemas concretos que suscita.....	194
d.1 el concepto de “ <i>ley más benigna</i> ” en Derecho administrativo.....	195
d.2 La naturaleza y alcance de la regla en Derecho administrativo: el obstáculo de la cosa juzgada.....	197
d.3 Las quebras de la regla en Derecho administrativo.....	203
d.3.1 Las excepciones resultantes de ley expresa en contrario. ¿Pueden excepcionar la regla los reglamentos?.....	203
d.3.2 Las excepciones tácitas. La ultractividad de las leyes temporales.....	204
e) Conclusiones.....	208
3. La irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales.....	210
a) Introducción. Valor de la explicitación de la garantía en el texto constitucional. Planteamiento del problema.....	210
b) El ámbito formal de la garantía. ¿La prohibición se refiere a toda legislación o sólo a los reglamentos?.....	212
b.1 Problemas interpretativos que suscita la fórmula del art. 9.3.....	212
b.2 El ámbito formal del término “ <i>disposiciones</i> ”.....	213
b.2.1 La tesis de García de Enterría.....	213
b.2.2 Nuestra tesis.....	213
c) El ámbito material de la garantía. Determinación del concepto “ <i>derechos individuales</i> ”.....	216

c.1 El concepto clásico de los “derechos individuales”	216
c.2 La atipicidad del término “derechos individuales” en nuestra Constitución. Su conexión con las materias de los arts. 15 a 29 del texto constitucional.....	218
c.3 ¿Numerus clausus o numerus apertus?.....	224
d) Conclusiones.....	227

TITULO II

EL “PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LOS REGLAMENTOS”

I. CONSIDERACIONES GENERALES. Importancia del llamado principio de irretroactividad de los reglamentos: su dinámica en el panorama del derecho intertemporal.....	231
II. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LOS REGLAMENTOS.....	237
A. Los supuestos fundamentos jurídico—positivos.....	237
1. La Constitución.....	238
2. El Código Civil.....	240
3. La Ley de Procedimiento Administrativo.....	246
B. El principio de irretroactividad reglamentaria en la doctrina del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado.....	250
III. ALCANCE Y CONTENIDO REALES DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LOS REGLAMENTOS.....	256
A. El postulado fundamental y sus múltiples quiebras.....	256
1. Las excepciones generales a la irretroactividad de las normas: las disposiciones sancionadoras más favorables.....	256
2. Las múltiples excepciones “ratione materiae”.....	257
a) La necesaria distinción entre reglamentos ejecutivos e inde- pendientes.....	257
b) Reglamentos ejecutivos.....	259
b.1 Conceptuación.....	259
b.2 La falta de sustantividad del principio de irretroactividad de los reglamentos en el ámbito de los reglamentos ejecu- tivos.....	260

<i>b.3 Problemas especiales</i>	261
<i>b.3.1 ¿Son “naturalmente retroactivos” todos los reglamentos ejecutivos de las leyes?</i>	261
<i>b.3.2 Los reglamentos retroactivos no habilitados expresamente por la ley</i>	264
<i>b.3.2.1 La habilitación tácita</i>	266
<i>b.3.2.2 La ausencia de habilitación</i>	267
<i>c) Reglamentos independientes</i>	268
<i>c.1 Conceptuación. Su posición respecto al problema de la irretroactividad. Planteamiento</i>	268
<i>c.2 Reglamentos de organización: normas organizatorias, competenciales y procedimentales</i>	274
<i>c.2.1 Planteamiento</i>	274
<i>c.2.2 Doctrina tradicional: la retroactividad por naturaleza</i>	275
<i>c.2.3 Crítica de la doctrina tradicional</i>	277
<i>c.2.3.1. La “retroactividad natural” como inmunidad reglamentaria</i>	277
<i>c.2.3.2 “La retroactividad natural” no es un principio de nuestro Derecho administrativo</i>	282
<i>c.2.3.3 Los convencionales argumentos legitimadores de la “retroactividad natural”: inocuidad, perfección e interés público en la nueva norma</i>	285
<i>c.2.4 Conclusiones: Nuestra tesis</i>	288
<i>c.3 Reglamentos de organización “stricto sensu”: incidencia sobre los status funcionariales</i>	289
<i>c.3.1 Planteamiento. Consideraciones previas</i>	289
<i>c.3.2 Las bases doctrinales; sus quiebras</i>	291
<i>c.3.3 La potestad ordenatoria en la jurisprudencia contencioso—administrativa</i>	296
<i>c.3.4 Potestad ordenatoria y principio de irretroactividad de los reglamentos</i>	300

c.4 Reglamentos de orden o interés público; consuntivos, “políticos”, “restauradores”.....	302
c.5 Reglamentos declarativos; (aclaratorios, correctores, interpretativos, complementarios).....	303
c.5.1 Planteamiento.....	303
c.5.2 Doctrina de la “retroactividad aparente”.....	304
c.5.3 Doctrina de la “retroactividad natural”.....	305
c.5.4 Estado del problema en nuestra jurisprudencia contencioso—administrativa.....	306
c.5.5 Reacciones contra la doctrina tradicional.....	309
c.5.5.1 Tesis de Villar Palasí.....	309
c.5.5.2 Nuestra tesis.....	309
c.6 Reglamentos favorables.....	312
c.6.1 Doctrina común sobre la retroactividad de los reglamentos in bonus. Problemas que se plantean.....	312
c.6.2 Nuestra tesis.....	313
c.6.2.1 Fundamento.....	313
c.6.2.2. Consecuencias.....	314
c.6.2.2.1 La retroacción in bonus como potestad administrativa.....	315
c.6.2.2.2 La interpretación y control de las disposiciones favorables.....	315
B. La dudosa significación del principio de irretroactividad de los reglamentos.....	317
1. La debilidad de las supuestas bases legales.....	317
2. El vaciamiento del postulado general.....	318
3. La equivocidad del concepto “retroactividad”.....	319
4. La relatividad de las declaraciones judiciales: Afirmación del principio y versatilidad de los conceptos subyacentes.....	324
a) la elección del “dies” relevante.....	326

<i>b) La naturaleza del derecho supuestamente lesionado.....</i>	328
<i>c) El tipo de reglamento enjuiciado.....</i>	332
<i>d) El concepto de retroactividad utilizado.....</i>	335
C. El recurso a los Principios Generales del Derecho como criterios retores, superadores y sustitutorios de la llamada “irretroactividad reglamentaria”.....	337
CONCLUSIONES.....	341
<i>Parte Primera.....</i>	<i>343</i>
<i>Parte Segunda.....</i>	<i>346</i>
<i> Titulo I.....</i>	<i>346</i>
<i> Titulo II.....</i>	<i>351</i>
BIBLIOGRAFIA.....	355