

DOCTRINA

RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS.

REFLEXIONES PROVISORIAS *

*Juan Pablo Cajarville Peluffo***

*A la memoria de Horacio Cassinelli Muñoz****

RESUMEN. *Existe retroactividad de una norma jurídica cuando la vigencia del supuesto normativo tiene establecido expresamente un momento inicial anterior al perfeccionamiento del acto creador de dicha norma de que se trata, o así se aplica, o cuando esa norma imputa a su supuesto (cualquiera sea su ubicación en el tiempo) una consecuencia que ubica en el tiempo con anterioridad a dicho perfeccionamiento, o así se aplica. Se entiende aquí por vigencia del supuesto la dimensión temporal del supuesto normativo, vale decir, el lapso o período en que debe ocurrir el acontecimiento a que la norma se refiere, para que le sea imputable la*

* Todas las reflexiones deben ser y son por esencia provisorias; en este caso se destaca especialmente ese carácter por la dificultad del tema. Queda excluida la retroactividad en materia penal y procesal penal, que se rige por normas especiales propias; lo mismo ocurre con las normas contenidas en el Código General del Proceso y toda otra especial en alguna materia. No obstante, espero que los conceptos generales expuestos sean de utilidad incluso en esas materias especiales.

** Ex-Catedrático y ex-Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay).

*** Este estudio en su versión inicial fue mi contribución al libro homenaje al maestro Eduardo García de Enterría, promovido por la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y coordinado por los Profs. Allan Brewer-Carías, Luciano Parejo Alfonso y Libardo Rodríguez Rodríguez: **La protección de los derechos frente al poder de la Administración**, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2014, págs. 157 a 181.

Dedico esta nueva versión, con algunas modificaciones y ampliada en su referencia al derecho uruguayo, a la memoria de nuestro ilustre maestro Horacio Cassinelli Muñoz, a quien tanto y tan ostensiblemente debe este estudio y toda mi formación académica. Nunca tuve el privilegio de ser su alumno, pero si es que algo he aprendido a razonar jurídicamente, ha sido con la lectura y relectura de sus siempre esclarecidos estudios.

Temo que el proclamado carácter provisorio pueda verse como diminutivo del homenaje que merecen tan encumbrados maestros. Si así fuera, les dedico con enorme gratitud todo el esfuerzo que me ha requerido su elaboración, que ciertamente no ha sido poco.

consecuencia dispuesta por ella; y por vigencia de la consecuencia la dimensión temporal de la consecuencia imputada, vale decir la ubicación en el tiempo que la norma le atribuye. En todo caso, la retroactividad de una norma infraconstitucional sólo será legítima en nuestro derecho si está habilitada por ley formal adecuada a la Constitución. Así, la aplicación en el tiempo de una norma, retroactiva o no, se rige por el mismo principio: se aplica a los supuestos o a las consecuencias incluidos en los respectivos lapsos de vigencia establecidos expresa o implícitamente en la propia norma.

PALABRAS CLAVES. *Ley. Vigencia. Retroactividad.*

ABSTRACT. *There is retroactivity in a legal provision when the legal effect of the normative assumption has expressly established an initial moment occurring before the accomplishment of the act of creation of the provision in question, or is thus applied, and when such provision imputes to its assumption (whatever its occurrence in time) a consequence that previously places in time said accomplishment or completion, or is thus applied. Here by legal force of the assumption is meant the temporal dimension of the normative assumption, viz., the term or period of time in which the event is to occur to which the provision refers, in order for the corresponding consequence to be attributable to it; and by legal force of the consequence, the temporal dimension of the imputed consequence, that is, the placement in time that the provision attributes thereto. In any case, the retroactivity of an infra-constitutional provision shall be legitimate in our law only if it is authorized by a formal statute. Thus, the application in time of a legal provision, whether retroactive or not, is governed by the same principle: it is applied to the assumptions or the consequences included in the corresponding periods of effectiveness established either expressly or implicitly in the provision itself.*

KEY WORDS. *Legal provision. Legal effectiveness. Retroactivity.*

1. (Introducción: mutabilidad de las normas jurídicas). Toda norma jurídica a dictarse debe adecuarse a las demás dotadas de superior eficacia formal, y por ende debe respetar los derechos y demás situaciones jurídicas reconocidos o consagrados por ellas. Las normas legales deben respetar las situaciones jurídicas, entre ellas la esencia de los derechos, reconocidos constitucionalmente¹, y las reglamentarias deben hacerlo respecto

¹ Sobre este tema puede verse: ESTEVA GALLICCHIO, Edgardo G. y RISSO FERRAND, Martín, *Control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen Derechos Humanos en el Derecho uruguayo*, en "Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay", III, Montevideo, 2002, págs. 47 a 57 y 59 a 106, respect.; RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, T. I, ed. FCU, Montevideo, 2005, págs. 456 a 459; GUARIGLIA, Carlos E., *El conflicto entre los derechos fundamentales*, Montevideo, 2007, págs. 253 a 272.

a las que resultan de las constitucionales y legales, y también de normas reglamentarias de superior valor y fuerza².

Pero todas esas normas en principio no son inmutables. Todas pueden ser derogadas o modificadas por normas posteriores³ de la misma o superior jerarquía normativa, por su mayor valor y fuerza o eficacia formal⁴, que depende en principio en nuestro derecho del órgano que las dicte y del procedimiento que utilice para ello⁵.

Nadie puede por consiguiente invocar un derecho subjetivo al mantenimiento de un determinado régimen legal⁶, en tanto no se lesione el amparo que le otorguen normas constitucionales, ni al mantenimiento de un régimen reglamentario en tanto su modificación o derogación no implique violación de normas constitucionales o legales vigentes. Quien pretenda el no ejercicio por parte del órgano competente de su potestad de modificar o derogar una norma preexistente sólo podrá encontrarse en una situación de interés legítimo en cuanto a esa pretensión⁷.

Por consiguiente, nuevas normas legales podrán modificar las situaciones jurídicas creadas por leyes anteriores, salvo que dichas situaciones estén amparadas por normas constitucionales, y nuevos reglamentos podrán modificar las situaciones jurídicas creadas

² CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Relaciones entre la ley y el reglamento en el derecho uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 468 a 473. El reglamento tiene la singularidad -frente a otras fuentes de derecho, como las constitucionales o legales- de que no tiene siempre la misma eficacia formal, porque ella depende de la naturaleza institucional y de la jerarquía orgánica del autor.

³ JEZE, Gaston, **Principios generales del derecho administrativo**, T. I, Buenos Aires, 1948, pág. 119; SUPERVIELLE, Bernardo, *De la derogación de las leyes y demás normas jurídicas*, en **Estudios jurídicos en memoria de Juan José de Amézaga**, Montevideo, 1958, pág. 421. Explicando las diferencias entre las reglas jurídicas y las reglas morales, HART señala: “Es característico de un sistema jurídico el hecho de que pueden introducirse en él nuevas reglas, y modificarse o derogarse reglas anteriores, mediante sanción deliberada, aun cuando algunas normas puedan ser colocadas a cubierto de cambios por una constitución escrita que limite la competencia de la legislatura suprema. Por contraste, las reglas o principios morales *no pueden* ser implantados, modificados o eliminados de esa manera.” (HART, H. L. A., **El concepto de derecho**, 2ª ed. de la Editora Nacional, México, 1980, págs. 217/218, destacado en el original).

⁴ La ubicación de una norma en la escala jerárquica normativa se determina por su eficacia formal, también aludida como “valor y fuerza”. Por “eficacia formal” de un acto jurídico o de la norma que incorpora al ordenamiento jurídico, se entiende aquí su aptitud para crear situaciones jurídicas y para modificar o extinguir las creadas por otros actos, y también para resistir su modificación o extinción por otros actos, de donde además un particular régimen de impugnación con distintos efectos en uno u otro caso (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 136 y 523/524, en esp. nota 53, y T. II, 3ª ed., Montevideo, 2012, pág. 13; y bibliog. cit.).

⁵ CAJARVILLE PELUFFO, J. P. *Apuntes sobre “funciones” y “cometidos” del Estado*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 135 a 144.

⁶ Conf. Suprema Corte de Justicia, sentencia N° 828/12, de 3.10.12 (fuente: CADE, banco de datos de jurisprudencia). El efecto derogatorio de las leyes sobre las anteriores que se le opongan está presupuesto en el actual art. 329 de la Constitución, que integra nuestra Carta con texto similar desde la fundacional de 1830. Puede verse sobre ese artículo el notable estudio de CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?*, en **Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi**, Montevideo, 2010, págs. 564/565; véase también pág. 629.

⁷ CASSINELLI MUÑOZ, H., *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguayaya*, en **Derecho Constitucional y Administrativo...**, cit., págs. 335/336 y *Los límites de los derechos humanos en la Constitución nacional*, en op. cit., págs. 888 a 890.

por otros anteriores, salvo que dichas situaciones estén amparadas por normas constitucionales o legales, o eventualmente reglamentarias de superior eficacia formal, que impidan su alteración reglamentaria.

2. (Mutabilidad de las normas y retroactividad). Precisamente la posibilidad de que las normas que consagran o reconocen derechos puedan ser legítimamente modificadas o derogadas por normas posteriores plantea la ardua cuestión de la eficacia de esas normas en el tiempo.

No se trata ya de esclarecer si una nueva norma puede modificar o suprimir una situación jurídica consolidada por el amparo de otra con superior eficacia formal; sino de la posibilidad o imposibilidad de que una situación jurídica creada por una norma pueda ser después legítimamente modificada o suprimida por otra norma posterior de la misma jerarquía y por ende con igual eficacia formal.

La diferencia entre las dos cuestiones, frente a las cuales se suele invocar la existencia de “*derechos adquiridos*”, es ostensible: es la misma que media entre la violación de una regla de derecho por un acto con inferior eficacia formal y por ende incapaz de modificarla o derogarla, y la legítima (o eventualmente ilegítima) modificación o derogación de una regla de derecho por otra posterior de similar valor y fuerza. Más resumidamente todavía: es la diferencia entre la violación y la legítima modificación de una regla de derecho.

El principio sobre la eficacia de las normas en el tiempo es el de la irretroactividad⁸. Para las leyes, está establecido en una norma legal; el Código Civil dispone en su art. 7°: “Las leyes no tienen efecto retroactivo”⁹. En cuanto a los reglamentos, a falta de norma expresa al respecto, el fundamento más invocado y sin duda el más fuerte de su irretroactividad radica en el principio de seguridad jurídica y en la invocación en su respaldo del art. 7° de la Constitución¹⁰; ese principio se incorpora a nuestro ordenamiento con

⁸ BRIESKORN, Norbert, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1993, pág. 143.

⁹ Sobre la interpretación de este artículo: CARNELLI, Lorenzo, en nota a De María, Pablo, *Obra jurídica*, Recopilación, notas y adiciones de Lorenzo Carnelli, Vol. I, Montevideo, 1939, págs. 131 a 133, nota 4; RAMIREZ, Juan Andrés, *La retroactividad de las leyes interpretativas*, en “Anuario de Derecho Civil Uruguayo”, T. XV, Montevideo, 1985, págs. 68 a 75, y *La irretroactividad de la Ley N° 18.246 de unión concubinaria y su inaplicabilidad por analogía a los casos no comprendidos en la misma*, en “Anuario de Derecho Civil Uruguayo”, T. XLI, Montevideo, 2011, págs. 496/497.

¹⁰ SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 7ª ed. actualizada por Daniel H. Martins, Montevideo, 1998, parág. 72, pág. 112. Véase el excelente desarrollo de LEVRERO BOCAGE, Constancio, *Los fundamentos del principio de no retroactividad de los actos administrativos*, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1968, págs. 272 a 287. Conf. jurisprudencia constante del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; citando las más recientes: sentencias Nos. 964/11, de 22.11.11, 623/12, de 4.10.12, 102/13, de 28.2.13, 568/13, de 22.10.13, 619/13, de 22.10.13, 696/13 de 12.11.13 (fuente: CADE, banco de datos de jurisprudencia). Conf. RAMIREZ, J. A., *La irretroactividad de la Ley N° 18.246...*, cit., págs. 496 a 498, y *Vigencia temporal del Código de la Niñez y la Adolescencia*, en Instituto de Derecho Civil, *Reflexiones acerca del Código de la Niñez y la Adolescencia*, Montevideo, 2006, págs. 18/19. Conf. DURAN MARTINEZ, Augusto, *La cuestión de la retroactividad del acto administrativo*, en *Casos de Derecho Administrativo*, Vol. II, Montevideo, 1999, págs. 39 a 55; el autor invoca reiteradamente el respeto a los “derechos adquiridos”, argumento al que resulta aplicable lo expuesto *infra*, parág. 5; mi opinión sobre su inclusión en el art. 166 del Decreto N° 500/991, de 27.9.991 (op. cit., págs. 48 a 50) puede verse en: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Recursos administrativos*, 4ª ed., Montevideo, 2008, págs. 126 a 128.

jerarquía legal¹¹, de manera que mediando habilitación legal, y sólo en tal caso, la Administración podrá dictar reglamentos con eficacia retroactiva. Entonces, tanto respecto de la ley como de los reglamentos, su aplicación retroactiva sólo será legítima si existe para ello habilitación legislativa compatible con la Constitución.

Pero establecido el principio de irretroactividad, se hace necesario precisar en qué circunstancias una norma incurriría en esa eficacia en principio vedada, ya sea porque así se disponga expresamente, o porque así se interprete o aplique¹². Es sabido que el concepto de retroactividad y su configuración han merecido profusa consideración por los más distinguidos teóricos del derecho.

3. (Doctrina clásica: retroactividad y derechos adquiridos). La doctrina que se considera clásica sobre el punto sostiene que una ley, o más genéricamente una norma o “regla de derecho”, es retroactiva o se aplica retroactivamente cuando suprime o limita “derechos adquiridos”¹³.

Naturalmente, el punto de partida debe consistir en esclarecer el concepto de “derecho adquirido”. Su definición clásica, expuesta por aquellos que sostienen su existencia como situación jurídica específica, consiste en considerar tales aquéllos “que estaban irrevocablemente conferidos y definitivamente adquiridos antes del hecho, el acto o la ley que se les quiere oponer”, y con mayor frecuencia se les describe como “los que han entrado en nuestro dominio o patrimonio y en consecuencia forman parte de él y no pueden sernos arrebatados por aquel de quien los tenemos”¹⁴.

Estas definiciones clásicas omiten la referencia al origen del referido “derecho adquirido”, que como toda situación jurídica ha de tenerlo en una norma; incorporando en el

¹¹ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 528 a 533.

¹² Teóricamente debe distinguirse dos cuestiones que en este planteamiento se engloban: la legitimidad o ilegitimidad de que se dicte una norma que se atribuya a sí misma explícitamente eficacia retroactiva, y la legitimidad o ilegitimidad de interpretar o aplicar retroactivamente una norma que no la dispone expresamente. Pero no se olvide nunca que en nuestro derecho, como ya se señaló en el texto, la aplicación retroactiva tanto de una ley como de un reglamento sólo será legítima si existe para ello habilitación legislativa adecuada a la Constitución.

¹³ Sobre la teoría clásica de los “derechos adquiridos” puede verse como obras introductorias: AFTALION, Enrique R., GARCIA OLANO, Fernando y VILANOVA, José, **Introducción al derecho**, Buenos Aires, 1975, págs. 533 a 537; GARCIA MAYNEZ, Eduardo, **Introducción al estudio del Derecho**, México, 1980, págs. 390 a 392; JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo, **Introducción al Derecho**, Montevideo, 1996, págs. 136 a 138. Una extensa y detallada exposición crítica de las posiciones de “los subjetivistas”, como califica a quienes analizan la retroactividad acudiendo a la distinción entre “derechos adquiridos” y “meras expectativas”, realiza Lorenzo CARNELLI: *Los derechos adquiridos. Su fracaso como doctrina en la resolución de los problemas del derecho civil intertemporal*, en: De María, Pablo, **Obra jurídica**,..., cit., págs. 154 a 179.

¹⁴ Este es el concepto de “derecho adquirido” que adopta DELPIAZZO, Carlos E., en *Revocación del acto administrativo por razones de legitimidad y derechos adquiridos*, en Vs. As., **Seguridad jurídica y Derecho Administrativo**, ed. F.C.U., Montevideo, 2011, pág.17, y *Estabilidad del acto administrativo generador de derechos*, en **El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica** - Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Panamá, 2009, pág. 757. Es también el que, más brevemente, adopta DURAN MARTINEZ, Augusto, *La Administración ante el reglamento ilegal*, en Carlos E. Delpiazzo, coord., **Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito**, ed. FCU, Montevideo, 2008, pág. 723.

concepto este factor, cabe decir que deberían considerarse “adquiridos”, conforme a esta doctrina, los derechos definitiva e irrevocablemente conferidos e ingresados al patrimonio de su titular, en virtud del acaecimiento del acto o hecho abstractamente previsto en una norma como condición de su adquisición. En esta concepción, se aplicaría retroactivamente una norma que modifica o deroga una anterior si se afectara un derecho definitiva e irrevocablemente conferido e ingresado al patrimonio de su titular en virtud del acaecimiento del evento abstractamente previsto en aquella norma anterior como condición de la adquisición de dicho derecho.

4. (Doctrina clásica: retroactividad y situaciones jurídicas concretas). Sin apartarse del ámbito conceptual de esta doctrina, algunos autores le han introducido matices que procuran evitar el reproche de pleonazgo (*infra*, parág. 5, letra a) y al mismo tiempo abarcar conceptualmente otras situaciones jurídicas.

El más notorio se basa en la distinción entre situaciones jurídicas abstractas y concretas: “entendemos por la noción de situación jurídica abstracta -dice Bonnacase- la manera de ser eventual o teórica de cada uno con respecto a una ley determinada. Por el contrario, la situación jurídica concreta es una manera de ser positiva, derivada para una persona determinada de un acto jurídico o de un hecho jurídico, que pone en juego en favor o en contra de dicha persona una ley dada y por ese mismo hecho le confiere en forma efectiva las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esta ley”¹⁵. En otras palabras, las situaciones jurídicas abstractas son las que resultan de normas que prevén la configuración de una situación jurídica en favor o a cargo de una persona no individualizada, cuando ocurra un hecho o un acto que no ha sucedido sino que se describe como una categoría; mientras las situaciones concretas son las que se han perfeccionado en favor o a cargo de una persona ahora individualizada, precisamente por el acaecimiento del suceso previsto como su condición de perfeccionamiento por aquella norma.

Una nueva norma entonces sería retroactiva o se aplicaría retroactivamente cuando lesionara o desconociera situaciones jurídicas concretas perfeccionadas conforme a la ley anterior; pero “no será retroactiva –concluye Bonnacase- la ley que mantenga situaciones jurídicas concretas. Además, existiendo una presunción en favor de la no-retroactividad de las leyes, el juez, frente al silencio del legislador, deberá considerar que están regidas por la ley antigua las situaciones jurídicas concretas nacidas bajo el imperio y en virtud de esta ley”¹⁶. En cambio, no sería retroactiva una ley por modificar las situaciones jurídicas abstractas previstas en una ley anterior¹⁷.

¹⁵ BONNECASE, Julien, **Introducción al estudio del derecho**, (trad. de la 2ª ed. francesa, 1931), ed. Temis, Bogotá, 1982, págs. 110/111; también págs. 55/56 y 76. Sobre esta distinción sostenida por Bonnacase: AFTALION, E. R., GARCIA OLANO, F. y VILANOVA, J., **Introducción al derecho**, cit., págs. 536/537; GARCIA MAYNEZ, E., **Introducción al estudio del Derecho**, cit., págs. 396 a 399.

¹⁶ BONNECASE, J., **Introducción al estudio del derecho**, cit., pág. 111; destacado en el original.

¹⁷ Comp. con el planteamiento de JEZE, G., **Principios generales del Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 124 a 173: la ley puede modificar las situaciones jurídicas generales, sin que signifique retroactividad; pero admite que la nueva ley se aplicará a las situaciones preexistentes.

5. (Crítica de la doctrina clásica). La doctrina clásica ha sido objeto de diversas críticas, de distinto valor consideradas separada y aisladamente, pero que en su conjunto han llevado a su general rechazo por la teoría jurídica actual más recibida.

Las críticas más relevantes a la doctrina clásica de los “derechos adquiridos” pueden esquematizarse así:

a) En primer lugar, se ha criticado el concepto mismo de “derecho adquirido”, señalándose que contiene en sí un pleonasma, una calificación redundante del sustantivo “derecho” utilizado en su significación subjetiva. Todo derecho en sentido subjetivo sólo existe cuando se ha perfeccionado en favor de su titular, vale decir cuando se ha “adquirido” por él, conforme a lo previsto por el derecho en sentido objetivo¹⁸. La imposibilidad de atribuir un contenido propio a ese calificativo conduce a esta teoría en definitiva a un círculo vicioso: es retroactiva la ley nueva que afecta “derechos adquiridos”, y son “derechos adquiridos” los que no pueden ser afectados por la nueva ley¹⁹.

Corresponde por consiguiente, en buena técnica jurídica, prescindir del calificativo superfluo, y alegar simplemente la existencia de un derecho subjetivo cuando se ha configurado conforme a las normas vigentes una situación jurídica con sus características.

Por cierto, esa mera depuración terminológica no supera la dificultad sustancial, porque dicho concepto de *derecho*, en su sentido subjetivo, ha sido objeto de arduas y no concluidas discusiones a los más altos niveles de la Filosofía y de la Teoría General del Derecho. Sin terciar por cierto en esas lucubraciones, porque sería ahora impertinente, y con mero ánimo descriptivo, a los efectos del razonamiento se adoptará la descripción de esa situación jurídica expuesta en otras oportunidades²⁰: “La situación jurídica de derecho subjetivo se caracteriza, según opinión generalmente recibida, como aquella en que se encuentra un sujeto al cual las normas jurídicas aplicables habilitan a pretender de otro sujeto -en cuanto ahora interesa, de una entidad estatal- una determinada prestación, consistente en un comportamiento determinado, activo u omisivo, que le es favorable, y ese comportamiento está impuesto a ese otro sujeto por una regla de derecho, de manera que constituye para ese sujeto pasivo una obligación de hacer o de no hacer. De ello resulta que la satisfacción de la pretensión del titular del derecho subjetivo (en cuanto se actualice como tal pretensión) es jurídicamente necesaria, y el ordenamiento jurídico le proporciona los medios para obtener esa satisfacción mediante el ejercicio de acciones ante órganos jurisdiccionales, que impondrán al sujeto pasivo obligado, de ser necesario mediante la coacción, el comportamiento debido.”

¹⁸ JIMENEZ DE ARECHAGA, E., **Introducción al Derecho**, cit., pág. 138. DABIN, uno de los autores que más extensa y profundamente ha bregado en defensa de la existencia del “derecho subjetivo”, “en el sentido de una prerrogativa del sujeto, distinta de la norma”, ha dicho sin embargo, a propósito de las divisiones entre “derechos simplemente *virtuales* y derechos *adquiridos*” y otras similares, que “carecen de toda significación”, porque “no es lógico clasificar los derechos en derechos que existen y derechos que aun no existen, o que acaso puedan existir” (DABIN, J., **El derecho subjetivo**, ed. Comares, Granada, 2006, en esp. págs. 27 y 190).

¹⁹ Así lo señaló, entre otros y con otros términos, PLANIOL, **Traité élémentaire de droit civil**, T. I, París, 1948, pág. 110, cit. por Aftalión, E. R., García Olano, F. y Vilanova, J., **Introducción al derecho**, cit., pág. 535 nota 53 y por Ramírez, J. A., *La irretroactividad de la Ley N° 18.246...*, cit., pág. 499.

²⁰ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguayo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 877/878.

b) Atento a esa configuración de la situación jurídica subjetiva de *derecho*, debe reconocerse a la doctrina clásica que su existencia perfeccionada en un caso determinado puede obstar a la aplicación retroactiva de una norma. Sólo hasta ahí llega el reconocimiento; pero esa circunstancia no demuestra que ese sea el criterio para definir la retroactividad, porque seguramente la misma razón que impide la aplicación retroactiva de la norma también obstará a su aplicación para el futuro.

En efecto, si en la hipótesis de que se trata, se reconoce que una situación jurídica configurada en aplicación de determinada norma no puede ser modificada ni dejada sin efecto por una norma posterior, esa pretensión choca de inmediato con la circunstancia, ya señalada (*supra*, parág. 1) y difícilmente discutible en principio, de que toda norma jurídica y por consiguiente sus efectos pueden ser modificados o dejados sin efecto por otra norma jurídica posterior de similar o mayor eficacia formal.

Siendo así, para reconocer que una nueva norma jurídica no puede modificar otra anterior bajo cuya vigencia se ha perfeccionado un “*derecho subjetivo*”, el análisis jurídico más detenido mostrará que en realidad no están en juego en esa cuestión solamente ambas normas de similar jerarquía; si así fuera, la eficacia jurídica de la posterior podría modificar o extinguir los efectos producidos por la anterior. Lo que en verdad ocurrirá en tales casos, será que normas con superior eficacia formal que la de ambas limiten o prohíban directa o indirectamente la modificación de esa situación creada en aplicación de la primera norma²¹. Por consiguiente, será legítimo oponer a una nueva norma la existencia de un derecho (que si así se quiere, podrá pleonásticamente calificarse de “adquirido”), cuando el respeto a esa situación jurídica esté garantizado por norma constitucional²²; y se opondrá

²¹ La cuestión es sustancialmente similar a la irrevocabilidad por razones de mérito del acto administrativo que ha creado un derecho subjetivo: la revocación del primer acto por el segundo sería violatoria de las “reglas de derecho” -v. gr., constitucionales, legales o reglamentarias- que regulen la situación jurídica creada por el primero, consagrando absoluta o relativamente su estabilidad o inmutabilidad: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., pág. 134 a 138; véase la copiosa doctrina cit. en nota 33, a la que es imprescindible agregar ahora a ROTONDO, Felipe, **Manual de Derecho Administrativo**, 7ª ed., Montevideo, 2009, pág. 371; y también, con explícita referencia a “derechos adquiridos”: DELPIAZZO, Carlos E., **Derecho Administrativo General**, Vol. I, Montevideo, 2011, pág. 312; y en la doctrina comparada más prestigiosa, BANDEIRA DE MELO, Celso A., **Curso de Direito Administrativo**, 17 ed., San Pablo, 2004, págs. 113 y 418/419, con respaldo en norma constitucional expresa.

²² Esta es, nítida y explícitamente, la cuestión que considera Eduardo SOTO KLOSS, cuando dice: “Si tales actos administrativos [se refiere a los que ‘se han conformado al ordenamiento constitucional y a la normación conforme a éste’] han originado derechos para sus destinatarios, ellos ingresan a su patrimonio y, por lo tanto, forman parte de él, los han ‘adquirido’; desde que ingresan a su patrimonio existe sobre ellos un ‘derecho de propiedad’, [...] adquiridos que sean por sus destinatarios, ellos gozan de ‘intangibilidad’, ya que no cabe afectarlos pues constituyen propiedad de sus dueños, reconocida, garantizada y amparada por la propia Constitución (arts. 19 N° 24 y 20 inc. 1°)...” (SOTO KLOSS, Eduardo, *Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la función administrativa chilena*, en **Anuario de Derecho Administrativo**, T. VI, Montevideo, 1998, pág. 68). Por ende, la aplicación en nuestro derecho del criterio del autor requiere definir en cada caso, si la situación creada por un acto administrativo constituye, conforme a nuestra Constitución, un derecho de propiedad amparado por ella.

Lo mismo cabe decir de la opinión de Mariano BRITO, cuyo análisis de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia anotada consiste en mostrar que la Resolución de la Intendencia Municipal de Montevideo impugnada ante el TCA, y los decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción en que

legítimamente esa situación subjetiva a un nuevo reglamento, si una norma constitucional o legal así lo garantiza²³.

Pero entonces, la prevalencia, por las vías que correspondan, de la norma de mayor jerarquía sobre las inferiores que le sean incompatibles²⁴ ocurrirá tanto hacia el pasado como hacia el futuro; si una norma posterior al perfeccionamiento de una situación jurídica no puede modificarla porque causaría agravio al derecho a ser protegido en el goce de la vida, honor, libertad, trabajo o propiedad tutelado constitucionalmente²⁵, tampoco podrá afectar-

aquella se funda, tachados de inconstitucionalidad, son violatorios de derechos “inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” y por ende del art. 72 de la Carta (BRITO, Mariano, *Los Derechos Adquiridos en la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia*, en “Anales del Foro”, N° 88-89, Montevideo, 1989, págs. 50 a 55). Otra vez, explícitamente, se trata del conflicto entre ciertos actos jurídicos y reglas de derecho de superior eficacia formal como son las constitucionales, y no de la modificación de reglas de derecho por otras de igual valor y fuerza. Véase en el mismo sentido el planteamiento de GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 11ª ed., Madrid, 2002, págs. 91 a 95, sobre los “derechos adquiridos” y los principios de seguridad jurídica y su derivado de protección de la confianza legítima, como límites a la modificación normativa, fundado asimismo en definitiva en los principios constitucionales del art. 9º de la Constitución Española.

También cuando se postula la estabilidad y consiguiente irrevocabilidad del acto administrativo, ya no por razones de mérito sino incluso por ilegitimidad, si ha creado derechos que se califican explícitamente como “adquiridos”, se sustenta esa solución en la invocación del principio de seguridad jurídica recogido en los arts. 7º y 72 de la Constitución (DURAN MARTINEZ, Augusto, *Revocación del acto administrativo*, y *Cosa juzgada administrativa*, ambos en **Estudios de Derecho Administrativo. Parte General**, Montevideo, 1999, págs. 212 a 214 y 349 a 354, y *La Administración ante el reglamento ilegal*, cit., págs. 723 a 728; DELPIAZZO, Carlos E., *Revocación del acto administrativo por razones de legitimidad y derechos adquiridos*, cit., págs. 20 a 26 y *Estabilidad del acto administrativo generador de derechos*, cit., págs. 757 a 765).

²³ Después de proporcionar un concepto de “derecho adquirido” que no escapa a la crítica de Dabin recogida *supra*, nota 18, Luis LEGAZ y LACAMBRA añade un factor generalmente no mencionado al menos expresamente por quienes sustentan esa teoría, pero que está en la propia razón de su invocación: “El derecho adquirido es la estabilización de esta situación, es decir, la permanencia de esa situación de subordinación potencial del orden jurídico a la voluntad de la persona”. Sin embargo, añade de inmediato: “Esta situación es la individualización del Derecho objetivo; si el Derecho objetivo cambia, no hay ningún derecho previo que le ate”; y dice de inmediato que: “Ninguna razón de tipo jurídico-lógico se opone a la alteración de tales situaciones”, y que: “Esta imposibilidad no es lógica, sino ética” (**Filosofía del Derecho**, 4ª ed., Barcelona, 1972, pág. 648). Curiosamente, el ilustre jusfilósofo no tiene en cuenta en este punto y al llegar a esa conclusión, que como lo señaló Hart en pasaje recogido *supra* nota 3, todos los órdenes jurídicos contemporáneos contienen normas con distinta eficacia formal, y que de esta circunstancia deriva que las situaciones jurídicas protegidas por alguna de ellas no puedan ser modificadas o suprimidas por otras inferiores.

²⁴ CAJARVILLE PELUFFO, J. P. *Supremacía constitucional e interpretación*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 395 a 399 y 403/404.

Una aplicación concreta del criterio sostenido en el texto, respecto de una categoría determinada de sujetos, puede verse en: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “*Derechos adquiridos*” de los funcionarios públicos, en Eva Holz y Rosa Poziomek, directoras, **25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe**, Montevideo, 2014, págs. 243 a 275.

²⁵ No se incluye en esta enumeración el derecho a ser protegido en el goce del derecho a la seguridad, también tutelado como los enunciados por el art. 7º de la Constitución, porque ese es precisamente el *eventualmente* vulnerado específicamente por el carácter retroactivo de una norma, si la retroactividad no está habilitada por ley formal compatible con la Constitución, y por razones de interés general; sobre el tema: *infra*, parág. 12. Obviamente, la enumeración del art. 7º no es taxativa, en virtud del art. 72 de la Carta: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 513 a 528, y doct. cit.

lo una norma dictada con anterioridad. Eso basta para demostrar que el criterio de la afectación de un derecho subjetivo no es hábil para definir la retroactividad ni para distinguir la norma retroactiva de la que no lo es.

La ya aludida sustitución de la referencia al “derecho adquirido” por la más genérica a las “situaciones jurídicas concretas” frente a las “abstractas” no hace sino reeditar la distinción entre el derecho subjetivo como una de las diversas situaciones jurídicas perfeccionadas conforme al derecho objetivo, por un lado, y el derecho objetivo en sí mismo como conjunto de normas por el otro²⁶. En cuanto a la cuestión considerada ahora, le es aplicable todo lo dicho sobre de teoría de los “derechos adquiridos”.

c) La conclusión precedente avala la crítica que también se formula a esta doctrina clásica diciendo que, para explicar la retroactividad, sustituye esa cuestión por otra diferente.

El problema de la retroactividad, como su opuesto la ultractividad de la norma anterior o eficacia postergada de la nueva norma, tienen que ver con la eficacia formal de las normas en el tiempo y la relación entre las que se suceden temporalmente regulando el mismo supuesto de hecho o la misma categoría de supuestos. La teoría clásica sustituye esa cuestión por otra distinta: la de si una nueva ley puede o no desconocer o afectar un “derecho adquirido” o una “situación jurídica concreta” perfeccionada bajo una ley anterior; cuestión que no atiende a la eficacia temporal de las normas, sino a su contenido y a su jerarquía normativa, y es en verdad, según viene de verse, ajena a la eficacia de las normas en el tiempo²⁷. Cualquiera sea la vigencia, retroactiva o no, de una norma, los límites a su contenido serán los mismos: los formales y sustanciales que le impongan las normas con superior eficacia formal.

d) Ubicada entonces la retroactividad en su verdadero ámbito: el de la eficacia de las normas en el tiempo, se señala que la doctrina clásica, expresa o implícitamente, necesariamente construye una noción jurídica del tiempo que se aparta de la noción común, propia de la experiencia vivencial y de las ciencias del mundo natural²⁸.

En esta noción natural del tiempo, siempre es posible distinguir el pasado del futuro; en cambio, se dice o se supone por la teoría clásica, en el tiempo jurídico no sería siempre posible establecer tal división radical, y se funda tal supuesta imposibilidad en la existencia de situaciones jurídicas intertemporales, que se dilatan en el tiempo, que no podrían por esa razón ser ubicadas distintamente en el pasado o en el futuro respecto a la nueva norma.

La crítica de la doctrina clásica señala que la noción del tiempo es necesariamente única, y debe aplicarse también por el derecho; conforme a esta noción común del tiempo, necesariamente deben distinguirse acontecimientos y efectos de los mismos que son cronológicamente anteriores y otros posteriores a la nueva norma²⁹. La cuestión de la retroactividad atañe a la eficacia de la nueva norma sobre los acontecimientos o sus efectos

²⁶ GARCIA MAYNEZ, E., **Introducción al estudio del Derecho**, cit., pág. 398.

²⁷ JIMENEZ DE ARECHAGA, E., **Introducción al Derecho**, cit., págs. 138/139; LEVRERO BOCAGE, C., *Los fundamentos del principio de no retroactividad de los actos administrativos*, cit., págs. 260/261.

²⁸ JIMENEZ DE ARECHAGA, E., **Introducción al Derecho**, cit., pág. 136.

²⁹ JIMENEZ DE ARECHAGA, E., **Introducción al Derecho**, cit., págs. 138/139.

anteriores a ella; y la de la ultractividad, por el contrario, a la eficacia de la norma anterior sobre los acontecimientos posteriores a la nueva norma, o a la eficacia de aquella norma anterior sobre los efectos posteriores a la nueva norma de los acontecimientos anteriores a ella.

6. (Retroactividad: concepción cronológica). A partir de estas críticas, se construyen las denominadas teorías “objetivistas”, o también “cronológicas” o “temporales”, que tienden a “investigar si el hecho objeto de la controversia [extendiendo luego el examen a sus consecuencias] se ha realizado o no bajo la ley antigua”; se manifiestan entonces como rechazo a las que procuran la solución apelando a la distinción entre “derechos adquiridos” y “meras expectativas”, pero representan realmente un retorno (así se señala) a un criterio rector con raíces que “se encuentran mucho más atrás en el tiempo”³⁰.

Sobre los supuestos conceptuales de la crítica a la doctrina clásica, tanto los actos o hechos configurantes del supuesto normativo como sus consecuencias jurídicas serán necesariamente ubicables en el tiempo como anteriores o posteriores a la nueva norma de que se trate. Cuando tanto el supuesto como las consecuencias, previstos abstractamente en la nueva norma, hayan ocurrido en los hechos con anterioridad a ella, continuarán rigiéndose por la norma anterior, y la aplicación a ellos de la nueva configuraría su *retroactividad*. A la inversa, cuando el supuesto y las consecuencias previstos en la nueva norma ocurran con posterioridad a su perfeccionamiento, se regirán por ella, y la aplicación de la norma anterior configuraría su *ultractividad* y consiguiente postergación de la eficacia de la nueva norma.

Pero puede ocurrir que un acontecimiento encartable en el supuesto de la nueva norma haya ocurrido con anterioridad a ella y sus consecuencias vengan a producirse después de su perfeccionamiento; según la doctrina clásica, esas consecuencias se regirán por la norma antigua, en atención a los “derechos adquiridos” o a la situación jurídica concreta configurada. La crítica a esa doctrina señala que es necesario en tal caso considerar la eventual eficacia de esa nueva norma sobre las consecuencias de los supuestos ocurridos con anterioridad que sean posteriores a ella. Entonces, se postula distinguir la retroactividad de la nueva norma, de su eficacia inmediata sobre los efectos posteriores de los acontecimientos anteriores a su vigencia³¹.

7. (La llamada “aplicación inmediata” de la nueva norma; distinción de la retroactividad). Se atribuye generalmente a Roubier³², en el ámbito de las llamadas

³⁰ Así lo señala RAMIREZ, J. A., *La retroactividad de las leyes interpretativas*, cit., págs. 69 a 71 y 73/74. CARNELLI también expone extensa y detalladamente las posiciones de “los objetivistas”, a las que adhiere, en loc. cit., págs. 180 a 205.

³¹ AFTALION, E. R., GARCIA OLANO, F. y VILANOVA, J., *Introducción al derecho*, cit., pág. 535.

³² ROUBIER, Paul, *Les conflicts de lois dans le temps*, París, 1929, cit. indirecta de Aftalión, E. R., García Olano, F. y Vilanova, J., *Introducción al derecho*, cit., pág. 529, nota 33; se sigue aquí la exposición de su doctrina que presenta CARNELLI, L., *Los derechos adquiridos...*, cit., págs. 196 a 203. Sobre la distinción entre retroactividad y aplicación inmediata de la ley, puede verse: AFTALION, E. R., GARCIA OLANO, F. y VILANOVA, J., *Introducción al derecho*, cit., págs. 527 a 529, 535, 537 y 539; JIMENEZ DE ARECHAGA, E., *Introducción al Derecho*, cit., pág. 141; LEVRERO BOCAGE, C., *Los fundamentos del principio de no retroactividad de los actos administrativos*, cit., págs. 254/

doctrinas objetivistas, el mérito de haber distinguido entre *efecto retroactivo* y *efecto inmediato* de una norma, distinción que constituye el punto de partida de su concepción³³. La norma es retroactiva cuando se aplica a hechos consumados (*facta prætærita*); si se aplica a situaciones en curso (*facta pendentia*), hay que distinguir entre la parte de éstas anterior al cambio de la legislación, que no puede ser anulada sin retroactividad, y la subsiguiente, para la cual la nueva ley tendría nada más que un efecto *inmediato*; finalmente, en cuanto a los hechos futuros (*facta futura*), no puede haber, naturalmente, retroactividad.

Estando prohibido, como principio general, el efecto retroactivo de la ley, en su ejecución habrá que definir la retroactividad para denegar todo lo que represente dicho carácter, salvo cláusula legal expresa que la autorice. En cambio, el *efecto inmediato* constituye el derecho común. En una situación no constituida (*facta pendentia*) la nueva ley también tendrá efecto inmediato, salvo únicamente en las partes anteriores, a las que no podrá aplicarse sin retroactividad. En algunas materias, no obstante, como los contratos en formación, quedan excluidos los dos efectos, imperando como norma la ley antigua.

¿Cuál es, entonces, el criterio para distinguir *retroactividad* de *efecto inmediato*? Las normas configuran *situaciones jurídicas* en favor o en contra de ciertas personas, que en cuanto al tiempo pueden ser pasadas, presentes o futuras. Pero esas situaciones pueden no realizarse en un momento determinado, sino requerir un proceso que se desarrolla en el tiempo, durante el cual puede surgir la ley afectando ese desenvolvimiento. Si rige sobre las partes anteriores ya constituidas, tendrá efecto *retroactivo*; si en cambio, sólo afecta las subsiguientes, no tendrá más que efecto *inmediato*.

Para establecer tal distinción, todavía hay que hacer otro distingo en dicho proceso de formación: la fase dinámica, que corresponde al momento en que se constituye (y al

255. Conf. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, sent. de 15.8.980, en L.J.U., T. 81, caso 9355, págs. 285/286; sent. N° 38, de 21.2.994, en **Anuario de Derecho Civil uruguayo**, T. XXV, cit., pág. 368; en la Sent. N° 28/992, *infra* nota 71, Luis TORELLO formuló una discordia fundada en una ajustada aplicación del concepto de efecto inmediato de una norma. En sentido similar, pueden verse las reflexiones de Werner GOLDSCHMIDT sobre la alteración por el derecho del resultado presente del pasado, en **Introducción al Derecho**, Buenos Aires, 1960, págs. 160/161. GARCIA MAYNEZ, E., **Introducción al estudio del Derecho**, cit., págs. 392 a 394, comparte la distinción entre retroactividad y aplicación inmediata, pero no es coherente al considerar todas sus consecuencias; véase *infra* nota 45.

³³ Escribe ROUBIER: “Cuando la nueva ley remonta, en sus efectos, más allá del día de su promulgación, incide sobre el campo de acción natural de la antigua ley. Es lo que se llama *retroactividad*, porque la ley retorna sobre el pasado (“retro agere”). Pero hay hechos jurídicos que no se configuran en un solo momento, sino que por el contrario se desarrollan a lo largo de un cierto período de tiempo. Supongamos que uno de esos hechos se encuentre en curso de realización el día en que surge la nueva ley: ésta no podrá aplicarse sin retroactividad a los efectos jurídicos ya producidos, modificarlos o suprimirlos; pero en cuanto a aquellos efectos que aún no han tenido lugar al día de la promulgación de la nueva ley, la cuestión de saber si los mismos se rigen por aquélla o de si la ley antigua sobrevive a su derogación no es un problema de retroactividad”. Si la nueva norma “se aplica, a partir de su promulgación, a todos los efectos que se produzcan en el futuro, ya sea que provengan de relaciones jurídicas preexistentes o a producirse”, la ley tendrá “*efecto inmediato*”. Por el contrario, si ella “permite que la ley anterior se aplique a todos los efectos jurídicos futuros de hechos anteriores a la promulgación de aquélla” estaremos frente a una “*supervivencia de la ley antigua*” (ROUVIER, P., **Le droit transitoire**, Paris, 1960, págs. 9 a 11, transcripción de Levrero Bocage, C., *Los fundamentos del principio de no retroactividad de los actos administrativos*, cit., pág. 255).

momento en que se extingue) esa situación; y la fase estática, que corresponde al momento en que esta situación produce sus efectos. Así, el desenvolvimiento de la situación comprende tres momentos: su constitución, sus efectos y su extinción. Una ley que tenga por objeto reglamentar las condiciones de constitución o de extinción (fase dinámica) no puede referirse a los hechos que la anteceden sin ser retroactiva. En cuanto a los efectos (fase estática) de esa situación anterior a la vigencia de la ley nueva³⁴, pertenecen al régimen anterior y no podría dicha ley tocarlos sin incurrir en retroactividad.

Por otra parte, la constitución o extinción de las mismas situaciones (fase dinámica) pueden producirse en un solo momento (por ej., los derechos de sucesión, que se abre con la muerte del causante), o en un período de tiempo, ya sea un estado de hecho continuo (por ej., prescripción adquisitiva) o una sucesión de elementos distintos (sucesión testamentaria, que requiere testamento válido y fallecimiento del testador). Con respecto a la ley, esos modos de constitución o extinción pueden encontrarse en tres situaciones: a) no han comenzado durante la ley antigua; b) se realizaron plenamente bajo la ley antigua; o c) se hallan en vías de constituirse o extinguirse cuando aparece la ley que modifica las condiciones para ello. En la primera hipótesis no hay conflicto ni dificultades; en la segunda, la ley nueva no puede atacar situaciones anteriores, ya constituidas o extinguidas, sin retroactividad; y en la tercera, según Roubier, no estando constituida ni extinguida una situación, la ley nueva puede modificar las condiciones relativas a su formación o cesación, sin incurrir en retroactividad, teniendo solamente efecto *inmediato*. Pero en este último caso, puede ocurrir que se hayan constituido uno o más elementos que posean un valor particular con respecto a la constitución jurídica en formación, y la ley nueva no los comprendería sin retroactividad, en cuanto a las condiciones de validez y a los efectos ya producidos. “En presencia de una situación jurídica en vía de constitución o de extinción -concluye Roubier-, las leyes que gobiernan la constitución o extinción de una situación jurídica no pueden, sin retroactividad, afectar los elementos ya existentes, que forman (u obstruyen) dicha constitución y dicha extinción, mientras tengan un valor propio, y deben respetar este valor jurídico, ya se trate de sus condiciones de validez o de los efectos jurídicos que hubieran producido”. En todos los otros casos, la ley que se aplique a una situación en curso no será retroactiva, aunque abarque los elementos constitutivos, siempre que no se hayan reunido todavía, aunque imponga nuevas condiciones, y aunque modifique o haga desaparecer en el futuro los efectos jurídicos que no resulten de elementos con “valor propio”.

En cuanto a las leyes relativas a los efectos de una situación jurídica, según Roubier, deben ser determinados conforme a la ley en vigencia cuando se produjeron. Pero cuando los efectos se engendran durante cierto período de tiempo, hay que deslindar los producidos bajo la primera ley, sobre los cuales no podrá irse sin retroactividad, y los efectos que emergen después que aparece la nueva ley, que pueden ser regidos por ésta sin retroactividad.

Por otra parte, hay leyes que crean un nuevo tipo de situación, o suprimen uno existente. Las que crean situaciones de nuevo tipo deben ser asimiladas a las relativas a

³⁴ CARNELLI, L., *Los derechos adquiridos...*, cit., pág. 199; del contexto siguiente resulta que la anterioridad a la vigencia de la nueva ley se refiere aquí tanto a la constitución como a los efectos, ya producidos, de la situación jurídica de que se trata; conf. la exposición de la doctrina de Roubier que hace GARCIA MAYNEZ, op. cit. pág. 393.

la constitución de una situación jurídica; y las que suprimen una situación jurídica, pueden tener en vista el medio para llegar a dicha situación, y son asimilables a las que gobiernan la constitución de una situación jurídica; o por el contrario tener en vista los efectos y el contenido jurídico de la situación, y entonces son asimilables a las que gobiernan los efectos de una situación jurídica.

8. (Interpretación de la dimensión temporal de la nueva norma). El precedente planteamiento de las diversas doctrinas elaboradas sobre el tema ha mostrado que la cuestión de la retroactividad consiste siempre en la aplicación de una norma y su relación con la que hasta entonces regulaba su supuesto o sus consecuencias; norma anterior que siempre existirá, aun cuando se trate de un acontecimiento hasta entonces jurídicamente indiferente, sometido residualmente al principio de libertad.

Siendo así, como siempre que se trate de la aplicación de una norma jurídica, la cuestión será de interpretación de esa norma en concreto, sin que quepan en principio soluciones *a priori* invariables³⁵. Entonces, la eficacia de la nueva norma en el tiempo y su relación con los acontecimientos y sus efectos pasados y futuros debe analizarse a partir de su adecuada interpretación, poniendo en claro el contenido del supuesto y de la consecuencia al mismo imputada³⁶.

El supuesto normativo consistirá siempre en un acontecimiento -acto o hecho- que la norma describe, al cual imputa una consecuencia jurídica que asimismo describe. Además de esa descripción fáctica, que configura su dimensión material o sustancial, y de la determinación expresa o implícita de sus dimensiones subjetiva y espacial, ningún supuesto normativo carece, expresa o implícitamente, de dimensión temporal³⁷; necesariamente comprende los sucesos que describe objetivamente ocurridos dentro de cierto lapso, en principio determinado o determinable en cuanto a su comienzo, pero que puede ser más

³⁵ Véase CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Cometidos y monopolios? de ANTEL*, en "Rev. de Derecho Público", N° 42, Montevideo, 2012, pág. 13, y opiniones de Bernardo SUPERVIELLE y Horacio CASSINELLI MUÑOZ sobre otra cuestión más específica de interpretación, también de relación entre normas sucesivas.

³⁶ Punto de partida de esa interpretación de la nueva norma consistirá en esclarecer su relación con la anterior aplicable al caso; deberá tenerse en cuenta si la nueva norma contiene una regulación general sobre su materia que sustituye totalmente otra anterior, o si la relación entre ellas es la de general/especial o especial/especial (SUPERVIELLE, B., *De la derogación...*, cit., págs. 482 a 491). También deberá establecerse si la nueva norma sustituye el supuesto de la primera, por ejemplo agregando un nuevo requisito para que se produzca la consecuencia imputada no modificada, o si en verdad está creando un nuevo supuesto al que se imputa una consecuencia, similar o no a la de la norma anterior. Desde otro punto de vista, si la nueva norma se refiere a la consecuencia imputada, podría ocurrir que sustituyera la anterior o añadiera una nueva. Se tendrá en cuenta además, en otro plano, el diverso criterio aplicable a la derogación tácita por norma de superior o de igual eficacia formal, según lo ha esclarecido Cassinelli Muñoz (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, cit., pág. 538 y doct. cit.). Estos son algunos ejemplos de puntos a interpretar, muchos de ellos comunes a la interpretación de la relación entre normas y no específicos del problema considerado en el texto.

³⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1979, págs. 26 a 28, y *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1979, págs. 49/50.

o menos indeterminado en cuanto a su terminación, porque puede estar precisado desde un principio o quedar librado a su eventual modificación o derogación.

Las normas jurídicas se aplican entonces a los hechos comprendidos en la descripción de su supuesto normativo ocurridos en el lapso de su *vigencia*; entendiendo aquí por “vigencia” del supuesto de una norma, precisamente, la dimensión temporal del supuesto normativo³⁸, vale decir, el lapso o período en que debe ocurrir el acontecimiento a que la norma se refiere, para que le sea imputable la consecuencia dispuesta por ella³⁹. Esclarecido en ambos aspectos, fáctico y temporal, el contenido de la nueva norma, y precisado el momento relevante para su aplicación: aquél en que su supuesto normativo se configuró en los hechos, podrá determinarse su relación cronológica -anterior o posterior- con el perfeccionamiento (o con el momento de comienzo de su aplicabilidad, cuando difiere del perfeccionamiento) de la nueva norma⁴⁰.

³⁸ Por supuesto, no es este el sentido con que utilizan el término el art. 15 del Código Penal (red. de la Ley N° 9.435) y el art. 7 del C.P.P.; si se le entendiera con ese significado del texto, o también interpretándolo como “eficacia material” o “aplicabilidad” (*infra*, nota 47), ambos artículos carecerían de sentido, serían mero pleonismo o petición de principio. En su redacción original, el art. 15 del C.P. no se refería a “vigencia”, sino a “promulgación”; el término “vigencia” apareció en la Ley N° 9.414, modificando la N° 9.155 que dispuso inicialmente la fecha en que el Código “entrará a regir”, y seguramente de allí lo tomó la Ley N° 9.435. Por lo dicho en nota al título de este estudio, no se analizará la relación entre el actual art. 15 del C. P. y el art. 1° del Código Civil.

³⁹ Sobre el concepto de “vigencia” expuesto en el texto: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 723/724 y doct. cit. Este concepto de “vigencia” se inspira en el de H. CASSINELLI MUÑOZ, quien escribe: “Entendemos por vigencia de una norma, la extensión temporal de la categoría sobre que la norma dispone. La disposición de la norma se aplica pues a los hechos ocurridos durante su vigencia.” (*Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?*, cit., pág. 550). Recoge este concepto de “vigencia”: RISSO FERRAND, M., **Derecho Constitucional**, T. 1, cit., págs. 49 y 129. La diversidad terminológica de los autores es inagotable; Rafael HERNANDEZ MARIN utiliza, para un concepto similar al expuesto, la denominación “intervalo de subsunción”: “El IS de un enunciado E es, por tanto, el intervalo de tiempo durante el cual ha de tener lugar un acontecimiento para que éste sea regulado por el enunciado” (**Introducción a la teoría de la norma jurídica**, 2ª ed., Madrid, 2002, pág. 432).

⁴⁰ En el tema normalmente estudiado bajo el título, un tanto impropio en su opinión, de “ámbito temporal de vigencia de las normas procesales”, ABAL distingue tres problemas, que también se consideran en este estudio (ABAL OLIÚ, Alejandro, **Derecho Procesal**, T. I, 4ª ed., Montevideo, 2013, págs. 183 a 190); conviene recoger sus reflexiones, por la jerarquía del autor, y porque señalar coincidencias y diferencias ayudará a clarificar conceptos: a) El problema de la determinación del momento en que adquieren efectiva existencia las normas procesales, y del momento hasta el cual existen, al que identifica con aquél en que son derogadas; a esta cuestión de *existencia* se la denomina en el presente estudio “positividad” (*infra*, notas 48 y 49); cabe aquí la salvedad de que, en mi opinión, con la derogación la norma no deja de existir en cuanto tal, como se señalará en las notas 47 y 57 *in fine*. b) El de “la determinación de los momentos desde el cual y hasta el cual esas normas procesales (que ya existen) tienen vigencia”; el autor no define, sino que ejemplifica, qué entiende por “vigencia”, pero claramente se trata de un empleo del vocablo diferente al que se utiliza en este estudio: se trata de lo que aquí se denomina “eficacia material” o “aplicabilidad” de la norma (*infra*, nota 47), porque dice: “según el art. 1° del Título Preliminar del Código Civil [las normas legales] tienen vigencia (son aplicables) a partir de los diez días de su promulgación” (destacado mío); dejando de lado los conocidos problemas interpretativos del mentado art. 1°, que en el texto se han soslayado, puede admitirse que la expresión “serán ejecutadas” de su inc. 2° se refiera a su “aplicabilidad”; cabe entonces señalar otra vez, como salvedad a lo que expone Abal, que puesto que siguen existiendo como tales, las normas también serán aplicables luego de su derogación (*infra*, notas 47 y 57 *in fine*), salvo que el lapso de su vigencia se suprimiera mediante la derogación con efecto retroactivo al momento de su comienzo, o se anulara

También la consecuencia imputada deberá ubicarse en el tiempo⁴¹. Ese tiempo de vigencia de la consecuencia⁴², dimensión temporal de la consecuencia imputada por la norma⁴³, admite diversas configuraciones; puede imputarse por la norma como contemporánea o inmediata a la ocurrencia del supuesto, o puede anticiparse o diferirse en el tiempo, y esa consecuencia, en cuanto a su contenido, puede ser de cumplimiento instantáneo o extenderse durante cierto lapso, o bien consistir en prestaciones (acciones u omisiones) reiteradas en el tiempo. En cualquier caso, podrá determinarse su relación cronológica - anterior o posterior- con el perfeccionamiento (o con el momento de comienzo de su aplicabilidad, cuando difiere del perfeccionamiento) de la nueva norma.

Debe observarse el distinto papel que desempeña la vigencia en relación con los hechos a que se refiere, según se trate de la vigencia del supuesto o de la consecuencia; en el primer caso, el momento de configuración fáctica del supuesto en el lapso de su vigencia determina la aplicación de esa norma; en el segundo, la vigencia de la consecuencia dispuesta por la norma determina su ubicación que *debe ser* en el tiempo.

Es en este ámbito conceptual de la dimensión temporal de la norma, tanto de su supuesto como de su consecuencia, que debe ubicarse el análisis de la retroactividad, puesto que se trata de un fenómeno cronológico (*supra*, parág. 6).

Ahora bien, el supuesto de la nueva norma puede ser o no a su vez la consecuencia imputada a su propio supuesto por otra norma anterior⁴⁴; y cuando lo sea, puede referirse al acaecimiento o perfeccionamiento en sí mismo de la consecuencia imputada por la norma anterior, o a su devengamiento, exigibilidad o posibilidad de ejercicio, o aun a su efectivo cumplimiento en la realidad⁴⁵. Además, el supuesto de una norma puede volver a serlo de

la norma. c) El tercer problema es el “que refiere a qué supuestos, desde el punto de vista temporal, se encuentran comprendidos en las normas jurídicas procesales”; agrega: “cada norma jurídica debería describir exactamente los supuestos de hecho que regula (incluyendo también una descripción de los mismos desde el punto de vista temporal)”, pero “las normas jurídicas no suelen precisarlos” desde tal punto de vista; este aspecto, al cual el autor no atribuye una denominación, pero identifica con acierto, es precisamente lo que en este estudio se describe como “dimensión temporal del supuesto normativo” y para el cual, siguiendo al ilustre CASSINELLI MUÑOZ, se utiliza la denominación “vigencia” (*supra*, nota 39), advirtiéndolo así al lector.

⁴¹ KELSEN, H., **Teoría pura del derecho**, cit., pág. 27.

⁴² HERNANDEZ MARIN utiliza la denominación “tiempo de efecto” de un enunciado jurídico: “intervalo de referencia de la consecuencia de ese enunciado”, el “momento o intervalo temporal al que se refiere la consecuencia del enunciado” (op. cit., pág. 434). Puede ser anterior o posterior al perfeccionamiento de la norma (op. cit., pág. 525; véase *infra*, nota 57).

⁴³ En su elogiado empeño por atribuir denominaciones a los distintos conceptos que utiliza, a HERNANDEZ MARIN le ha sobrado nada menos que el término “vigencia”, de inmemorial y generalizado empleo tanto por el derecho positivo como por la ciencia que lo estudia, pero para el cual no ha encontrado significado útil (véase la op. cit., págs. 501 y sgts., en esp. la conclusión de pág. 508). Es verdad, claro está, que como ocurre con tantas otras, esta palabra designa en los distintos autores diferentes conceptos, de ahí la necesidad de definir su empleo. Por eso, con todo el respeto debido a tan meticuloso y profundo jusfilósofo, prefiero seguir utilizando “vigencia” para referir a la dimensión temporal tanto del supuesto como de la consecuencia de una norma, en lugar de las denominaciones propuestas por este autor: “intervalo de subsunción” y “tiempo del efecto”.

⁴⁴ Piénsese en una norma cuyo supuesto consista en la existencia de situaciones jurídicas creadas conforme a otras anteriores; *v. gr.*, existencia de deudas de determinado origen.

⁴⁵ Conf. TRIB. DE APEL. en lo CIVIL de 4º Tno., sent. de 29.3.89, en **L.J.U.**, T. 101, caso 11.529, pág. 258. La omisión de estos necesarios deslindes es flagrante en la crítica que GARCIA MAYNEZ formula a la tesis de Roubier en **Introducción al estudio del Derecho**, cit., págs. 395/396, cuando sólo

otra posterior que modifica su consecuencia⁴⁶, o un acontecimiento hasta entonces jurídicamente indiferente puede devenir en supuesto de una norma que le imputa una consecuencia. Todas estas variables son relevantes al momento de esclarecer tanto el supuesto como las consecuencias imputadas por la nueva norma, y su relación con la anterior.

9. (La eficacia de principio de la nueva norma). *En principio*, todas las “reglas de derecho” deben aplicarse⁴⁷ desde su perfeccionamiento⁴⁸, y desde entonces rigen todos los hechos y actos comprendidos en su supuesto normativo, tanto en su descripción fáctica como en su dimensión temporal, y las consecuencias que se le imputan. Salvo disposición en contrario, entonces, la vigencia del supuesto de una norma comienza con el perfeccionamiento de la misma norma, que a su vez determina su incorporación al ordenamiento jurídico o adquisición de *positividad o juridicidad*⁴⁹.

considera entre las “consecuencias de derecho” el nacimiento de los derechos y obligaciones conforme a la ley anterior, y niega relevancia a la posibilidad jurídica de su ejercicio o a su realización efectiva; siendo que, precisamente, estas últimas pueden constituir los supuestos normativos de lo dispuesto por la nueva ley.

⁴⁶ El tenor literal de la nueva norma, sin variar su sustancia, puede ser diverso; puede sustituirse explícitamente la norma anterior, reiterando su supuesto pero modificando la consecuencia; o bien, describir en el nuevo supuesto la consecuencia imputada por la norma anterior (especificando el supuesto al que entonces se imputó, o sin hacerlo, con lo cual sin duda su alcance variaría), e imputarle una consecuencia distinta a la que imputaba la primera norma. Seguramente habría que agregar: “etc.”

⁴⁷ Se trata de lo que CASSINELLI MUÑOZ denomina “eficacia material de una norma”, que -señala- no debe confundirse con su efectividad sociológica. “Eficacia material [...] es la posibilidad jurídica de que, habiéndose producido un hecho de la categoría, se cumpla con la disposición. El cumplimiento efectivo de una norma supone que se haya producido un hecho de la categoría prevista durante su vigencia, y que además la norma sea actualmente eficaz. Obviamente, la eficacia material no puede ser anterior al perfeccionamiento del acto jurídico que da origen a la norma; la vigencia, en cambio, puede ser anterior.” (*Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?*, cit., pág. 551). Siempre me ha parecido más gráfico explicar este concepto denominándolo “aplicabilidad” de la norma.

Conviene resumir la relación entre la vigencia, entendida como se hace en el texto, y la aplicabilidad de una norma, para resaltar las coincidencias y diferencias entre ambos conceptos. Perfeccionada la norma, si es retroactiva, la vigencia se remontará a algún punto del pasado (*infra*, parág. 10), pero la aplicabilidad no puede anticiparse al perfeccionamiento; si no es retroactiva, la vigencia y la aplicabilidad se superponen porque se suponen recíprocamente, ya sea que comiencen con el perfeccionamiento, como es de principio y se explica en el texto, o que el comienzo de la vigencia se postergue expresamente; derogada la norma, que termina con la vigencia, no por ello desaparece la aplicabilidad, porque la norma seguirá rigiendo la valoración de los hechos comprendidos por ella ocurridos en el lapso en que estuvo vigente; salvo que la derogación fuera retroactiva al comienzo de la vigencia, o que la norma fuera anulada, porque en ambos casos se suprimiría el lapso de vigencia y la posibilidad de aplicar la norma.

⁴⁸ La incorporación al ordenamiento jurídico o adquisición de positividad (*infra*, nota 49) de un postulado de deber ser ocurre con lo que en el texto denomino “perfeccionamiento” del acto jurídico que crea la norma; así, el perfeccionamiento del acto creador y de la norma creada coinciden. Sobre el concepto de “norma” y su relación con el acto creador: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 43/44 y doct. cit.

Dejo de lado, tratándose de leyes formales, la clásica cuestión sobre si la promulgación comprende o no la publicación (que si la respuesta fuera afirmativa, integraría el perfeccionamiento del acto creador de la norma), y doy por supuesto el régimen establecido para ellas como principio por el art. 1º del Código Civil. Como es sabido, aquella ardua cuestión y el mentado régimen no se plantean en los mismos términos respecto de los reglamentos.

⁴⁹ Utilizo estos términos con el significado que les atribuye CASSINELLI MUÑOZ: “positividad” como “incorporación formal a un orden jurídico”, y “juridicidad” como “la calidad de jurídico, es decir,

Cuando se trate de eventos que, aunque adecuados a la definición abstracta del supuesto fáctico de la nueva norma, hayan ocurrido con anterioridad a su perfeccionamiento (o al comienzo de su aplicabilidad en su caso), tanto el supuesto en sí mismo, como sus consecuencias que hubieran ocurrido totalmente también con anterioridad a dicho perfeccionamiento, estarán fuera de la dimensión temporal *de principio* del supuesto de la nueva norma, y continuarán rigiéndose por la norma anterior que les fuera aplicable. A la inversa, aquellos eventos constitutivos del supuesto de la norma posterior que se produzcan con posterioridad al perfeccionamiento (o al comienzo de la aplicabilidad en su caso) de dicha norma, y sus consecuencias posteriores, se regirán por ella.

10. (Análisis de la retroactividad). Si la vigencia del supuesto de esta nueva norma tiene establecido expresamente un momento inicial anterior al perfeccionamiento del acto creador de dicha norma de que se trata, o así se aplica⁵⁰; o si esa norma imputa a su supuesto (cualquiera sea su ubicación en el tiempo) una consecuencia que ubica en el tiempo con anterioridad a dicho perfeccionamiento, o así se aplica; en ambos casos, esa norma es retroactiva o se aplica retroactivamente⁵¹. Sin olvidar, como ya se ha recomendado (*supra*, parág. 2), que esta aplicación retroactiva sólo será legítima en nuestro derecho si existe para ello habilitación legal adecuada a la Constitución⁵².

jurídicamente relevante, y no la calidad de arreglado a derecho, que se llama 'legitimidad'. (Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?, cit., págs. 544/545, notas 9 y 11). El autor agrega que el concepto que llama "positividad" es "designado por los traductores al español de las obras de Kelsen con el vocablo 'validez' pero no hemos querido usar esa palabra porque puede confundirse con la validez en sentido técnico" (loc. cit., nota 9). En este sentido de pertenencia al derecho utiliza HERNANDEZ MARIN la palabra "validez"; véanse *infra* las notas 50 y 57.

⁵⁰ Sobre el concepto de "retroactividad" hasta aquí expuesto en el texto: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo*, cit., págs. 723/724 y doct. cit. Este concepto se inspira en el de "vigencia" de H. CASSINELLI MUÑOZ, ya citado en nota 39. Rafael HERNANDEZ MARIN entiende que "la retroactividad de un enunciado jurídico consiste en la referencia que un enunciado jurídico hace al tiempo anterior al inicio de su IV" (**Introducción a la teoría de la norma jurídica**, cit., pág. 523, destacado en el original), agregando "como formulación a veces más útil: un enunciado jurídico retroactivo es aquel en el que el día inicial de su IS [intervalo de subsunción] es anterior al día inicial de su IV" (op. cit., pág. 524, aunque vale aclarar que esta formulación más útil está restringida a lo que el autor denomina "enunciados jurídicos retroactivos", véase nota siguiente. Conf. también pág. 517). Puesto que con IV alude a lo que denomina "intervalo de validez", que consiste en el "tiempo durante el cual un enunciado pertenece al Derecho, o es jurídico" (op. cit., pág. 442), otra vez el concepto del autor coincide, con otras palabras, con lo sostenido en el texto, porque la incorporación al ordenamiento jurídico o adquisición de juridicidad de un enunciado ocurre con lo que en el texto denomino "perfeccionamiento" del acto jurídico que crea la norma (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, cit., págs. 43/44).

⁵¹ Este es el concepto de retroactividad de KELSEN: **Teoría pura del derecho**, cit., págs. 26/27, y **Teoría General del Derecho y del Estado**, cit., págs. 50 a 52. HERNANDEZ MARIN reserva distintas denominaciones a una y otra hipótesis de retroactividad: denomina "«enunciados jurídicos retroactivos»" a aquellos enunciados jurídicos que se refieren al pasado en su suposición; y «enunciados jurídicos con efectos retroactivos» a aquellos enunciados jurídicos que se refieren al pasado en su consecuencia" (op. cit., pág. 523).

⁵² La afirmación del texto es aplicable a toda modificación dispuesta por normas infraconstitucionales. Pero no faltan ejemplos en nuestro derecho de normas expresamente retroactivas incluso a nivel constitucional, en los dos casos distinguidos en el texto; la Disp. Trans. y Esp. V)***, agregada por la reforma constitucional de 27 de noviembre de 1994, establece una vigencia retroactiva (así la califica) "a partir del 1° de octubre de 1992", tanto para su supuesto ("toda modificación de seguridad social,

Por supuesto, todo ello ocurrirá de hecho a partir del perfeccionamiento de la nueva norma, porque lo ocurrido de hecho en el pasado es inmodificable; pero a partir de dicho perfeccionamiento todo deberá ocurrir *como si* las consecuencias del hecho hubieran sido en el pasado las dispuestas por la nueva norma⁵³.

Pero como ya se señaló, puede ocurrir que un acontecimiento encartable en el supuesto de la nueva norma haya ocurrido con anterioridad a su perfeccionamiento, pero sus consecuencias estén previstas en la norma aplicable⁵⁴ para producirse, total o parcialmente, después del perfeccionamiento de la norma sobreviniente, ya sea en el acaecimiento o perfeccionamiento en sí mismo de la consecuencia imputada, o en su devengamiento, exigibilidad o posibilidad de ejercicio, o aun en su efectivo cumplimiento en la realidad. Se plantea así la cuestión de lo que se consideran situaciones en curso, y se señala por la doctrina la necesidad de considerar la eventual eficacia de esa nueva norma sobre las consecuencias posteriores a su perfeccionamiento de los supuestos ocurridos con anterioridad, que la doctrina procura solucionar mediante el llamado “principio de aplicación inmediata” de la nueva norma (*supra*, parág. 7).

Como resulta de lo expuesto en los dos parágrafos precedentes, la nueva norma modificativa de la anterior, debidamente interpretada, puede modificar o sustituir el supuesto normativo de la más antigua, sin hacerlo sobre las consecuencias imputadas, puede a la inversa modificar las consecuencias sin alterar el supuesto, o puede incidir sobre ambos aspectos, en cuyo caso los efectos de ambas modificaciones se acumularían.

Si la nueva norma modifica *sin retroactividad* el supuesto de la anterior sin alterar las consecuencias imputadas, éstas se imputarán en lo sucesivo a acontecimientos que revistan las características previstas en dicha nueva norma posterior, ocurridos a partir del perfeccionamiento de dicha norma, que en principio significará el comienzo de la vigencia de dicho supuesto; y no ya a los adecuados al supuesto de la norma anterior, cuya vigencia ha sido modificada recortándola. Si en cambio la modificación del supuesto por la nueva norma fuera *retroactiva*, las consecuencias no modificadas se imputarán a sucesos adecuados al nuevo supuesto, aunque no lo fueran al anterior, ocurridos a partir del comienzo de la vigencia del supuesto de la nueva norma, anterior a su perfeccionamiento; y la cesación de la imputación de la consecuencia al supuesto originario recaerá sobre sucesos no adecuados al nuevo supuesto ocurridos a partir del comienzo de la vigencia

seguros sociales, o previsión social [art. 67] que se contenga en leyes presupuestales o de rendición de cuentas”), como para su consecuencia (que inicialmente califica de “inconstitucionalidad”, pero que luego distingue de tal concepto que resulta de las normas permanentes, arts. 256 y sgtes., para configurar una verdadera nulidad, declarable de oficio: “Dichas normas dejarán de producir efecto para todos los casos, y con retroactividad a su vigencia”).

Sobre las discrepancias interpretativas y dificultades de aplicación que suscitó el régimen consagrado por el art. 47 de la Constitución conforme a la refoma de 2004: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *La “función” administrativa y sus “cometidos” en el derecho uruguayo a principios del siglo XXI*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 258 a 263.

⁵³ JEZE, G., **Principios generales del Derecho Administrativo**, T. I, cit., págs. 115 a 118; LEVRERO BOCAGE, C., *Los Fundamentos del principio de no retroactividad de los actos administrativos*, cit., págs. 254/255; BRIESKORN, N., **Filosofía del Derecho**, cit., pág. 143. CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Cuestiones sobre la “revocación” o “reforma” de los actos administrativos*, cit., pág. 124 y doct. cit.

⁵⁴ Las consecuencias pueden estar previstas en la norma anterior, que en ese aspecto no haya sido modificada, o pueden estarlo también en la nueva norma, que ha modificado ambos aspectos, supuesto normativo y consecuencia imputada (véase *supra*, en los parágs. 8 y 9).

retroactiva del supuesto de la nueva norma, puesto que es a partir de ese momento que el supuesto originario deja de serlo de las consecuencias imputadas. En ambos casos, sea o no retroactiva la nueva norma, el principio aplicable es el mismo: la nueva norma se aplica a los sucesos descritos en el supuesto que ocurran en el lapso de su vigencia; ninguna solución especial ha requerido la relación cronológica, anterioridad, simultaneidad o posterioridad, entre el perfeccionamiento de la nueva norma y el comienzo de la vigencia de su supuesto, ni por ende la circunstancia de que la modificación haya sido o no retroactiva.

Si la nueva norma, sin alterar el supuesto, modifica *sin retroactividad* las consecuencias imputadas por la norma precedente, las consecuencias de hechos o actos anteriores constitutivos del supuesto aún no producidas cuando la nueva norma se perfecciona son futuras con relación a ella, ingresan en el lapso de vigencia de las nuevas consecuencias cuyo comienzo en principio coincidirá con dicho perfeccionamiento, y por ende, salvo disposición en contrario, deben regirse por esa norma nueva. Si en cambio la nueva norma fuera *retroactiva*, se imputarán las consecuencias en ella previstas a sucesos (anteriores o posteriores a su perfeccionamiento) constitutivos del supuesto no modificado *como si* hubieran ocurrido (las consecuencias) en el tiempo de la vigencia retroactiva de dichas nuevas consecuencias, y cesarán las consecuencias previstas en la norma anterior posteriores al comienzo de dicha vigencia. Si el suceso era con anterioridad jurídicamente indiferente y la nueva norma retroactiva le imputa una consecuencia, habrá dejado de serlo, y producirá las consecuencias que le imputa esa norma posterior con la vigencia determinada por la nueva norma retroactiva. En ambos casos, sea o no retroactiva la nueva norma, el principio aplicable es el mismo: la nueva norma se aplica a las consecuencias que se imputen en el lapso de su vigencia; ninguna solución especial ha requerido la relación cronológica, anterioridad, simultaneidad o posterioridad, entre el perfeccionamiento de la nueva norma y el comienzo de la vigencia de su consecuencia, ni por ende la circunstancia de que la modificación haya sido o no retroactiva.

No cabe entonces configurar, en relación con la retroactividad, tres categorías de normas regidas por principios propios de cada una: a) *retroactivas*, que vuelven sobre los efectos ya cumplidos bajo la ley anterior; b) de *aplicación inmediata*, que rigen los efectos posteriores a su sanción, derivados de una relación jurídica constituida con anterioridad; y c) de *aplicación diferida*, que rigen sólo las relaciones jurídicas constituidas con posterioridad a su sanción, dejando que los efectos de las relaciones anteriores se rijan por la norma anterior⁵⁵. En todo caso, cualquiera sea la norma, se aplican el supuesto o la consecuencia, o ambos, en el lapso de vigencia que respectivamente establezca la propia norma, expresa o implícitamente.

Esa conclusión no puede sorprender, porque el perfeccionamiento de la nueva norma y la vigencia de su supuesto y de su consecuencia son variables independientes⁵⁶, que pueden modificarse con recíproca indiferencia⁵⁷.

⁵⁵ Esa tripartición la enuncian AFTALION, E. R., GARCIA OLANO, F. y VILANOVA, J., **Introducción al derecho**, cit., pág. 528, exponiendo la doctrina de Roubier; conf. LEVRERO BOCAGE, C., *Los fundamentos del principio de no retroactividad de los actos administrativos*, cit., pág. 255; véase *supra*, nota 34. La explicación sostenida en el texto puede entonces invocar en su favor el mérito de la "simplicidad sistemática" (COHEN, Morris R. y NAGEL, Ernest, **Introducción a la lógica y el método científico**, T. 2, Buenos Aires, 1976, págs. 32/33).

La relación cronológica entre el perfeccionamiento de la nueva norma y la vigencia de su supuesto y de su consecuencia son en cambio relevantes para determinar la existencia o inexistencia de retroactividad: el comienzo de la vigencia, tanto del supuesto como de la consecuencia, en un momento anterior al perfeccionamiento de la norma respectiva, configura la *retroactividad*, y su ilegitimidad si no existe para ello habilitación legislativa legítima. En cambio, la continuidad de la eficacia de la norma anterior sobre las consecuencias posteriores al perfeccionamiento de la nueva norma que modifica ya sea el supuesto o las consecuencias de la anterior, constituiría *ultractividad* de aquella norma anterior y postergación de la eficacia de la nueva.

La norma retroactiva, cualquiera sea su contenido, opera siempre, directa o indirectamente, sobre las consecuencias imputadas. Por supuesto, opera directamente sobre las consecuencias cuando son ellas el objeto de la modificación impuesta por la norma posterior. No puede, como queda dicho, modificar los hechos ocurridos en el pasado, sólo puede modificar la descripción de los que incluye en el supuesto comprendidos en su vigencia retroactiva; con lo que excluye de las consecuencias los sucesos pasados ocurridos en el mismo lapso no adecuados a la nueva descripción, e incluye en dichas consecuencias los ocurridos en igual lapso que no cabían en la anterior pero sí en la nueva, operando por ende, en ambos casos, indirectamente sobre las consecuencias. En todo caso, dichas consecuen-

⁵⁶ Conf., utilizando por supuesto su propias denominaciones de conceptos similares: HERNANDEZ MARIN, R., **Introducción a la teoría de la norma jurídica**, cit., págs. 494 a 497.

⁵⁷ Siempre que exista la posibilidad de imputar en el presente considerado, a un suceso del pasado adecuado al supuesto de la nueva norma, la consecuencia que determine la norma aplicable al respecto; vale decir, siempre que esa imputación de la consecuencia al supuesto no haya devenido lógica o fácticamente imposible, y que en ese presente la nueva norma sea aplicable o “materialmente eficaz”; si la posibilidad de esa coincidencia cronológica no existiera, la nueva norma resultaría inaplicable; véase *supra*, nota 47. A propósito de la necesidad de tal coincidencia cronológica, pero saliendo de la hipótesis de retroactividad y planteando por el contrario la consagración de una vigencia futura de la consecuencia, si la norma que la consagrara hubiera sido derogada antes de la fecha de comienzo de la vigencia en ella establecida, esa norma no podría aplicarse, porque la norma derogatoria habría suprimido el lapso de vigencia consagrado en la derogada antes que comenzara a transcurrir; salvo por supuesto que la norma derogatoria hiciera alguna salvedad en contrario. En contra: HERNANDEZ MARIN, **Introducción a la teoría de la norma jurídica**, cit., págs. 495/496 y 521/522, entiende que el IS (“intervalo de subsunción”) de un enunciado jurídico puede extenderse más allá, e incluso puede comenzar posteriormente, a la finalización de su IV (“intervalo de validez”, tiempo de pertenencia al ordenamiento jurídico, op. cit. pág. 442, *supra* nota 50), que en su opinión finaliza con la derogación o anulación (op. cit. pág. 448). Me resulta difícil comprender cómo puede sostenerse que un enunciado pueda imputar una consecuencia a un supuesto cuando ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico; el autor lo explica como un caso de *ultractividad* (págs. 537 a 540), pero es difícil concebir la actividad, obviamente jurídica, de un enunciado que ni siquiera es jurídico. Tanto es así, que el autor admite descartar el IS de un enunciado que comprendería el caso planteado porque ha dejado de ser jurídico, ya que su IV finalizó por derogación por otro enunciado posterior, con lo cual el precedente viene a ser semejante a “un enunciado de contenido opuesto formulado por un particular y, por ello, no jurídico” (op. cit., pág. 547; idem en págs. 548 a 552, para el “tiempo del efecto”). Por todo esto, prefiero la concepción que acepto, siguiendo a CASSINELLI MUÑOZ: la derogación no suprime la pertenencia de la norma derogada al ordenamiento, sino que pone fin a su vigencia (entendida como *supra*, nota 39); por consiguiente, no hace desaparecer la norma derogada del conjunto de las eficaces, pues seguirá siendo aplicable, posteriormente a la derogación, a los supuestos configurados durante su vigencia (*Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?*, cit., págs. 560 y 562/563). Más incomprensible si cabe resulta entender, con el autor comentado, que un enunciado pueda imputar una consecuencia a un supuesto, o mantener su actividad, cuando su IV (en la terminología de dicho autor) ha finalizado porque el enunciado ha sido *anulado*.

cias se considerarán en el presente, a partir del perfeccionamiento de la norma modificativa, como si hubieran sido las que resultan de la nueva norma.

Suele decirse que la aplicación de la nueva norma desde su perfeccionamiento en el lapso de vigencia, tanto del supuesto como de la consecuencia, corresponde cuando se trata de normas de orden público⁵⁸, como lo son las de organización y competencia administrativas y las estatutarias que rigen derechos, deberes y garantías de los funcionarios; en realidad, esa solución no es otra cosa que la aplicación en el caso del principio general⁵⁹; reiterando una vez más la necesidad de habilitación legislativa compatible con la Constitución para su legitimidad retroactiva.

Pero las normas anteriores determinadas por las partes en una relación contractual en ejercicio de la autonomía de la voluntad⁶⁰, o las determinadas discrecionalmente por la Administración en un ámbito de opción conferido por la norma anterior que subsiste bajo la nueva norma, no se modifican; aunque puedan serlo, en el primer caso por acuerdo de partes, y en el último por el órgano competente ejerciendo esa discrecionalidad, y salvo siempre, por supuesto, incompatibilidad con nueva norma de orden público. No se trata de una excepción al principio general; ocurre que en tales casos, las normas, anterior y sobrevinida, que confieren un margen de opción, ya sea a la autonomía de la voluntad o a la discrecionalidad administrativa, en realidad no han determinado el supuesto o la consecuencia, o ambos, sino que han dejado su determinación a los respectivos sujetos actuantes, en el margen de opción que les han conferido⁶¹.

11. (*Eventos de producción dilatada en el tiempo*). Hasta aquí se ha dado por sentado que tanto el supuesto como la consecuencia de una norma son eventos que se producen en un momento determinado, y se analizó la relación cronológica de ese momento -anterioridad, simultaneidad o posterioridad- respecto de aquél en que se perfecciona, o en su caso deviene aplicable, la norma que a ellos se refiere. Pero determinados supuestos y también determinadas consecuencias se gestan o se cumplen con cierto desarrollo en el tiempo, ya se trate de su configuración durante un lapso o de prestaciones reiteradas, u otras

⁵⁸ CARNELLI, L., en nota a De María, Pablo, **Obra jurídica...**, cit., pág. 130, nota 3: “a las leyes de orden público no es posible oponerles barreras de derechos adquiridos o hechos consumados”. SUPERVIELLE, B., *De la derogación...*, cit., págs. 493/494; AFTALION, E. R., GARCIA OLANO, F. y VILANOVA, J., **Introducción al derecho**, cit., págs. 531 a 533.

⁵⁹ Así lo ha consignado la Suprema Corte de Justicia, respecto de las leyes, pero sentando un principio aplicable como tal a toda “regla de derecho”: “En principio las leyes, todas las leyes, rigen desde su sanción. La regla es que la nueva ley se aplique inmediatamente a todos los actos o situaciones jurídicas incluso a los efectos sucesivos que se sigan produciendo. O, lo que es lo mismo, a los efectos posteriores a su sanción aunque sean derivados de una relación jurídica constituida con anterioridad” (Sent. N° 38, de 21.2.994, en **Anuario de Derecho Civil uruguayo**, T. XXV, cit., pág. 368; reiterada en sent. de 16.5.994, en **L.J.U.**, T. 112, caso 12.844, pág. 18. En el mismo sentido, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, sent. de 15.8.980, en **L.J.U.**, T. 81, caso 9355, págs. 286/287. Conf. TRIB. DE APEL. en lo CIVIL de 4° Tno., sent. de 29.3.89, en **L.J.U.**, T. 101, caso 11.529, pág. 258).

⁶⁰ RIPERT et BOULANGER, T. I, n° 266, cit. por Supervielle, B., *De la derogación...*, cit., pág. 493 nota 80; COLIN y CAPITANT, “Curso elemental de Derecho Civil”, cit. por Carnelli, L., *Los derechos adquiridos. Su fracaso...*, cit., pág. 186/187; AFTALION, E. R., GARCIA OLANO, F. y VILANOVA, J., **Introducción al derecho**, cit., págs. 537 a 543; ROUBIER, cit. por Ramírez, J. A., *La irretroactividad de la Ley N° 18.246...*, cit., pág. 499.

⁶¹ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Sobre actos administrativos*, cit., págs. 28 a 31.

modalidades que impidan su ubicación cronológica instantánea. Puede ocurrir que la nueva norma modificativa de otra anterior aplicable entre en vigencia, *con retroactividad o sin ella*, durante el desarrollo en el tiempo del evento a que la norma anterior atribuía el carácter de supuesto o en su caso de consecuencia.

Tratándose de la modificación del supuesto, no habiéndose configurado completamente durante la vigencia de la primera norma, ésta no podrá ser aplicada desde el momento en que comience la vigencia de la norma modificativa, y no cabrá imputación alguna de la consecuencia en aplicación de la norma anterior. Si algunos aspectos del supuesto, comunes a los de ambas normas, se hubieran cumplido bajo la vigencia de la norma anterior, que habría dejado de regirlo, estarían fuera de la vigencia de la nueva norma que ahora lo rige; si se admitieran en la configuración del supuesto de la nueva norma, ésta tendría eficacia retroactiva⁶², cuya legitimidad requeriría norma legal expresa constitucionalmente legítima. Para que no exista retroactividad, como debe ser en principio, el supuesto deberá configurarse totalmente bajo la vigencia de la misma norma. Claro que aquí también deberá afinarse la interpretación. Ciertos supuestos, aunque requieran el transcurso del tiempo, se consuman en determinado momento (ejemplo típico: el cumplimiento de un plazo de prescripción); si las normas, como en ese caso, no se refirieran al transcurso del lapso en sí mismo sino a su consumación como cumplimiento, éste será el momento relevante para la aplicación de una u otra norma⁶³. En otros casos, frecuentes en el ámbito del Derecho Administrativo, pero de los cuales se invoca también ejemplos de Derecho privado, el cumplimiento del supuesto de una norma requiere el desenvolvimiento de determinado procedimiento⁶⁴, integrado mediante una concatenación de actos jurídicos y de operaciones materiales, que se van perfeccionando sucesivamente y produciendo sus propios efectos⁶⁵, algunos con relevancia meramente interna al propio procedimiento pero otros incluso con relevancia externa⁶⁶; y finalmente, de la culminación del procedimiento resultará su propia eficacia, que no será la mera acumulación de los efectos propios de sus componentes. Cuando el supuesto de una norma al que se imputa determinada consecuencia consiste precisamen-

⁶² El Tribunal Constitucional Federal alemán distingue la retroactividad “propia”, que recae en “supuestos de hecho ya concluidos”, de la “impropia”, “en la que la ley no actúa sobre supuestos de hecho ya terminados, pero sí sobre aquellos supuestos de hecho cuya realización ha comenzado ya” (LARENZ, Karl, **Metodología de la Ciencia del Derecho**, Barcelona, 1980, págs. 422/423). La cuestión considerada en esa jurisprudencia, según la exposición de Larenz, no es la de existencia o no de retroactividad, que es la analizada en el texto, sino la de la legitimidad o ilegitimidad de la retroactividad en relación con el “principio de confianza” derivado del principio de Estado de Derecho. El propio calificativo aplicado parece dar por supuesto que si la nueva ley se aplica a los “supuestos de hecho cuya realización ha comenzado ya”, existe retroactividad, aunque sea “impropia”.

⁶³ Véase la solución consagrada expresamente por el art. 8 del Código Tributario, que también contiene una solución para los hechos de carácter permanente.

⁶⁴ Sobre el procedimiento administrativo: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Introducción al procedimiento administrativo uruguayo*, y *Procedimiento administrativo común*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 166 y 235, respect. También el texto podría referirse de un complejo de acontecimientos que la norma encadene como necesarios para el perfeccionamiento de su supuesto, aunque formalmente no puedan considerarse un procedimiento; por ej., determinado número de accidentes en determinado lapso.

⁶⁵ Como ejemplo, puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Sobre contratación de la Administración*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 348 a 354.

⁶⁶ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., **Procedimiento administrativo**, 1ª ed, 1992, 2ª ed. 1997, págs.57 y 62; y **Recursos administrativos**, cit., págs. 132/133 y 151 a 155

te en los efectos finales de un procedimiento, la validez y eficacia de todos y cada uno de sus actos componentes y de la propia culminación del procedimiento se juzgará conforme a la norma vigente al tiempo en que cada uno se perfeccione⁶⁷.

Otros problemas suscita la modificación de las consecuencias imputadas al supuesto ya perfeccionado, cuando esas consecuencias se encuentran en vía de cumplimiento al perfeccionarse la norma que las modifica. En principio, las consecuencias imputadas aun no consumadas ingresan en la vigencia de la nueva norma modificativa de las consecuencias, y a partir del momento de comienzo de esa vigencia cesará la aplicación de las consecuencias imputadas por la norma modificada y se imputarán las de la modificativa. Esa solución será claramente aplicable cuando las consecuencias sean de similar índole, cuantificables y cronológicamente ubicables (v.gr.: prestaciones monetarias periódicas). No lo será si las consecuencias imputadas por una y otra norma son de distinta naturaleza; por ejemplo, si se sustituye una suspensión de actividades que ha transcurrido parcialmente, por una multa; la suspensión no podrá continuar luego de perfeccionada la nueva norma, pero tampoco podrá aplicarse totalmente la multa que imputa la nueva norma vigente sin violar el principio *non bis in idem*.

Como este último, otros principios generales sustanciales deberán aplicarse para solucionar los casos que se presenten; no porque los criterios meramente cronológicos sean insuficientes para solucionar los problemas de la aplicación de las normas en el tiempo; sino precisamente, porque esos principios y demás normas sustanciales deben aplicarse cualquiera sea la vigencia, retroactiva o no, de la norma de que se trate.

12. (Apostilla sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia: “derechos adquiridos” y seguridad jurídica). Con reiteración se ha afirmado precedentemente que la retroactividad de una norma sólo es legítima en nuestro derecho si está habilitada mediante ley formal compatible con la Constitución⁶⁸; y se señaló que el derecho a ser protegido en el goce del derecho a la seguridad, tutelado por el art. 7º de la Constitución, será el *eventualmente* vulnerado por el carácter retroactivo de una norma, si la retroactividad no está habilitada por ley formal compatible con la Constitución, y por razones de interés general⁶⁹.

A) La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, firme y reiterada, se pronunció tradicionalmente admitiendo la constitucionalidad de la retroactividad consagrada o habilitada legalmente, atribuyéndole a su exclusión en nuestro ordenamiento fuente con valor y fuerza de ley formal (conf. *supra*, parág. 2).

⁶⁷ En mi opinión, así debe interpretarse la referencia de Roubier (*supra*, parág. 7) a elementos que tengan “un valor propio”, que debe respetarse cuando se trata de “una situación jurídica en vía de constitución o extinción” (transcripción de Roubier por Carnelli, L., *Los derechos adquiridos...*, cit., pág. 200). El “valor propio” sería el de un acto, integrante de un procedimiento en trámite, que se ha perfeccionado y por ende produce los efectos que le son propios, internos o externos respecto al propio procedimiento.

⁶⁸ *Supra*, parág. 2, texto y nota 12, parág. 10 en dos oportunidades y parág. 11.

⁶⁹ *Supra*, parág. 5, nota 25. Sobre mi concepto de “interés general” o “público”: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor. Relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general*, en la “Revista de Derecho Público”, N° 43, Montevideo, 2013, págs. 146 a 152, y en la rev. “Interesse Público”, N° 79, Belo Horizonte, Brasil, mayo/junio 2013, págs. 139 a 147.

Pero el 23 de febrero de 2005, la Suprema Corte de Justicia dictó, por mayoría legal, la sentencia N° 23, por la cual hizo lugar a la inconstitucionalidad de un artículo de un Decreto Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción, que pretendiendo ser interpretativo de una disposición anterior, en opinión de la Corte en realidad innovó con carácter retroactivo; y dijo entonces la Corte liminarmente, en el Considerando I, que así se pronunciaba “en tanto la disposición en análisis lesiona los derechos adquiridos del accionante y desconoce el principio de protección a la seguridad jurídica que establece el art. 7° de la Constitución, en función de lo cual corresponde declarar su inaplicabilidad al caso de autos”⁷⁰.

Una lectura apresurada de esa sentencia a partir de tal afirmación inicial podría llevar a pensar que la Corte modificó con ella su antes aludida jurisprudencia admitiendo la constitucionalidad de la retroactividad legal, considerándola ahora inconstitucional y adoptando para ello la clásica doctrina de los “derechos adquiridos” que se ha rechazado *supra*, parág. 5.

Sin embargo, palmariamente no es así. La Corte, recogiendo otro pronunciamiento anterior⁷¹, dice expresamente: “... no es inconstitucional la norma que se impugna por ser retroactiva, ‘... sino por lesionar derechos adquiridos, desconociendo el principio de protección a la seguridad jurídica que establece el art. 7° de la Constitución’, agregando: ‘... ese desconocimiento no se hizo en virtud de ninguna razón de ‘interés general’ que lo autorizara...’, [...]”⁷².

Agrega más adelante que la norma cuestionada modifica en forma retroactiva lo dispuesto en la anterior que dice interpretar, “afectando los derechos adquiridos por el accionante, no habiéndose argumentado ninguna razón de interés general, que sería la única hipótesis que podría habilitar dicha afectación”; y que⁷³ “si bien la Constitución no prohíbe otorgar efecto retroactivo a las leyes, esa retroactividad tiene como límite la afectación de derechos adquiridos, salvo que existan razones de interés general que legitimen esa afectación; lo que no sucede en el caso”.

De esos fragmentos, que contienen la sustancia conceptual del pronunciamiento, resulta con evidencia: a) que la retroactividad, por sí misma, no determina inconstitucionalidad; b) que el concepto de “derecho adquirido” lesionado, que fundamenta la declaración de inconstitucionalidad, es el de *derecho protegido por norma constitucional*, invocando

⁷⁰ Suprema Corte de Justicia, sent. N° 23, de 23 de febrero de 2005, “L.J.U.”, T. 133, caso 15.239, págs. J-221 a 226, en esp. pág. J-223. Reiterado mediante referencia expresa en la sent. N° 171, de 7 de junio de 2010, “L.J.U.”, T. 144, caso 16.252, págs. J-38 y sgts., en esp. pág. J-40.

⁷¹ Sent. 28, de 22 de abril de 1992, en “Rev. Urug. de Der. Const. y Pol.”, N° 49, Montevideo, 1992, págs. 49 y sgts., en esp. págs. 55/56. En esta sentencia la Corte se refirió al “principio de protección a la seguridad jurídica que establece el art. 7° de la Constitución” como “uno de los principios que constituyen pilar de nuestro ordenamiento jurídico, que se traduce en ‘crear un ámbito de vida jurídica en la que el hombre pueda desenvolver su existencia con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos y por consiguiente, con verdadera libertad y responsabilidad’ (Sánchez Agesta, citado por Linares Quintana en *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Bs. As. T. V pág. 189)”. En sent. N° 272/02, recogida en la N° 250 de 30.11.05, reiteró en lo sustancial el concepto: “Este principio importa la existencia de un ámbito de certeza, donde el individuo pueda desenvolverse con previo conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos, como lo ha sostenido la Corporación en sentencia N° 28/92” (“L.J.U.”, T. 135, caso 15403, págs. J-167 y sgts., en esp. pág. J-168).

⁷² Suprema Corte de Justicia, sent. N° 23/005, cit., pág. J-225.

⁷³ Transcribiendo ahora la sentencia N° 908/96, del mismo órgano.

en el caso el art. 7º; protección que impide su desconocimiento por ley, retroactiva o no, tal como se sostiene en el texto⁷⁴; y c) que aun tales derechos tutelados constitucionalmente pueden en principio ser limitados por leyes formales existiendo “razones de interés general”, como resulta expresamente de la mayoría de las disposiciones de la Sección II de la Carta⁷⁵.

B) Ocurrió más tarde una curiosa circunstancia: en la Sentencia N° 128/2010, de 7 de junio de 2010, la Suprema Corte dijo: “Más recientemente, en Sentencia N° 23/005, remitiéndose a la sentencia que en parte se viene de transcribir⁷⁶ afirmó: ‘La lesión de derechos adquiridos conforme al ordenamiento constitucional, -no en el sentido que les daba la doctrina clásica sobre la retroactividad- vulnera el derecho de la seguridad jurídica y, por tanto, es determinante de la inconstitucionalidad de las Leyes que desconoce dicho derecho de rango constitucional.’”

La curiosidad consiste en que en vano se buscará la mentada afirmación, tanto en la Sentencia N° 23/005 como en la N° 28/992 a la que dice remitirse.

En todo caso, sin perjuicio de la imprecisión de la referencia al precedente, seguramente resultante del hábito de citar indirectamente, esa afirmación pasó a integrar una jurisprudencia firme y reiterada de la Corte; así, se la encuentra textualmente, siempre como cita de la Sent. N° 128/2010 y con las mismas erróneas invocaciones a precedentes, en una larga nómina de pronunciamientos del Alto Cuerpo⁷⁷, en los que en cambio desaparece la referencia a las sentencias Nos. 28/992 y 23/005 que realmente la Sent. 128/2010 incluyó, y con machacona reiteración⁷⁸.

El repetido señalamiento por la Corte de que los “derechos adquiridos” se invocan “no en el sentido que les daba la doctrina clásica sobre la retroactividad” no es de fácil interpretación, ni permite esclarecer el concepto que la Corte está admitiendo; porque dicha tendencia doctrinal no se caracteriza precisamente por admitir un único “sentido” conceptual de “derecho adquirido”⁷⁹. En cambio, la referencia previa a “derechos adquiridos conforme al ordenamiento constitucional” orienta la interpretación hacia una concepción

⁷⁴ *Supra*, parág. 5, letra b), y la doctrina cit. en nota 22.

⁷⁵ Confs. con la jurisprudencia tradicional de la Corte, en pronunciamientos posteriores al analizado en el texto, sents.: N° 157/10, de 21.7.10; N° 212/10, de 2.8.10; N° 406/10, de 16.8.10 (Fuente: CADE, banco de datos de jurisprudencia).

⁷⁶ Se refiere al párrafo precedente en que se dice: “Al respecto, son de aplicación al caso expresiones vertidas por esta Corporación -con diferentes integraciones-. Así en Sent. N° 28/92 se sostuvo: ‘No es inconstitucional el decreto legislativo departamental impugnado por ser retroactivo, sino por lesionar derechos adquiridos, desconociendo así el principio de protección de la seguridad jurídica, que establece el art. 7 de la Constitución.’”

⁷⁷ Alguno de ellos de singular trascendencia y notoriedad; se la encuentra, seguramente entre otras, en las Sentencias: N° 880 y N° 881 de 31.10.12; N° 459 de 26.9.13; N° 528 de 7.11.13; N° 553 de 18.11.013; N° 584 de 11.12.13 y N° 9 de 6.2.014 (Fuente de todas las sentencias citadas: Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial y CADE, banco de datos de jurisprudencia). Muchos de estos fallos se pronunciaron por mayoría.

⁷⁸ Se trata del párrafo de ambas sentencias que se transcribe por dos veces, en que se afirma: “... no es inconstitucional la norma que se impugna por ser retroactiva, ‘... sino por lesionar derechos adquiridos, desconociendo el principio de protección a la seguridad jurídica que establece el art. 7o. de la Constitución’, agregando: ‘...ese desconocimiento no se hizo en virtud de ninguna razón de ‘interés general’ que lo autorizara...’”

⁷⁹ Véase *supra*, parág. 3, y en esp. el minucioso estudio de Lorenzo CARNELLI cit. en nota 13.

que los identifique con los derechos tutelados por norma constitucional⁸⁰, como resultaba de la Sentencia N° 23/2005 que se cita (*supra*, este parág., letra A b)⁸¹.

Lo que sí caracteriza esa “doctrina clásica sobre la retroactividad” es la relevancia que atribuye a los “derechos adquiridos”, que los hace inmutables e indemnes aun en sus consecuencias futuras respecto a también futuras modificaciones normativas⁸². En definitiva, esas concepciones “clásicas”, como se ha señalado, culminan en un concepto de “derecho adquirido” vicioso: los derechos adquiridos no pueden ser afectados por nuevas normas, y son aquéllos que no pueden serlo⁸³.

La Suprema Corte dice no aceptar esa “doctrina clásica sobre la retroactividad”. Sin embargo, la lectura textual de su tan reiterada afirmación conduce necesariamente a las conclusiones de dicha doctrina, sobre todo si se la utiliza, como hace la Corte, desprovista de las salvedades que contiene, por ejemplo, la Sent. N° 23/005 que dice citar (*supra*, nota 78). Porque si “la lesión de derechos adquiridos conforme al ordenamiento constitucional⁸⁴ [...] vulnera el derecho de la seguridad jurídica y, por tanto, es determinante de la

⁸⁰ El argumento es sugerente, pero no concluyente. La conformidad al ordenamiento constitucional puede consistir en la mera compatibilidad de la norma infraconstitucional que confiere un derecho subjetivo, sin que exista garantía constitucional del mismo frente a normas sobrevinientes. Salvo que se sostenga que el derecho a la protección del goce de la seguridad jurídica de *todo* derecho subjetivo, cualquiera sea su fuente, impide su afectación futura; esta es la interpretación que sugiere la lectura aislada del pasaje de la jurisprudencia de la Corte que se analiza en el texto, según se dirá seguidamente.

⁸¹ Con la misma integración con que dictó la sentencia N° 128/010, comentada en el texto, la Corte dictó la sentencia N° 212, de 2.8.10, en que recogiendo un concepto contenido en la Sent. N° 65, de 17.3.003, que luego reiteraría en la N° 528, de 7.11.013, sostuvo: “Tal como lo ha expresado Duverger: ‘... los derechos adquiridos son aquéllos que pueden ejercerse actualmente, es decir, aquéllos a los cuales sea en caso de agresión, sea en caso de resistencia, el poder Público debe protección, tanto para defenderlos contra los ataques de los terceros como para asegurar contra los terceros, todas sus consecuencias. Las expectativas, por el contrario, no son sino gérmenes de derechos que necesitan para desarrollarse del concurso de ulteriores acontecimientos.’”

Esa concepción es difícilmente conciliable con la propuesta en el texto y en la nota 80, cualquiera sea el concepto de conformidad al ordenamiento constitucional de los allí sugeridos que se adopte, en tanto el ahora recogido parece limitar la protección de los “derechos adquiridos” así concebidos a la protección “contra los ataques de terceros como para asegurar contra terceros”, terceros ajenos tanto al titular del derecho, por supuesto, como al “poder Público”. Si para salvar esa omisión, se extendiera el concepto hasta comprender tanto los ataques de como las pretensiones contra el “poder Público”, entonces o bien se cae en una definición viciosa como la denunciada en nota 19, o se concuerda con una descripción como la ensayada en el parág. 5 letra a). En todo caso, no es aceptable la primera frase: “los derechos adquiridos son aquéllos que pueden ejercerse actualmente”, que no concuerda con la descripción que sigue, y excluye los derechos sujetos a plazo o condición suspensivos.

La Corte ha invocado ese concepto que atribuye a Duverger en muy numerosos pronunciamientos, en diversos contextos, fallando sobre acciones o excepciones de inconstitucionalidad o en recursos de casación; además de los ya citados: Sents. N° 65 de 17.3.03; N° 88 de 27.6.07; N° 306 de 30.6.09; N° 60 de 26.3.10; N° 73 de 14.4.10; N° 15 de 21.7.10; N° 376 de 13.8.10; N° 406 de 16.8.010; N° 2081 de 20.6.11; N° 714 y 715 de 13.8.12; N° 828 de 3.10.12; N° 842 de 12.10.12; N° 16 de 8.2.13 (fuente: CADE, banco de datos de jurisprudencia). Sin embargo, nunca ha explicitado la obra del ilustre autor, que no solo se ha distinguido como constitucionalista sino que también ha escrito sobre Ciencia y Sociología Políticas; por consiguiente, no me ha sido posible esclarecer el contexto en que utiliza ese concepto.

⁸² En casos extremos, esa concepción conduce a postular su indemnidad incluso cuando su “adquisición” haya sido ilegítima, vaciando por esa vía de contenido el no menos trascendente principio de legalidad, como adecuación de la acción estatal a todas las reglas de derecho aplicables (*supra*, nota 22).

⁸³ *Supra*, nota 19.

⁸⁴ Cualquiera sea el sentido que se atribuya a dicha conformidad, *supra*, nota 80.

inconstitucionalidad de las leyes que desconoce[n] dicho derecho de rango constitucional”, entonces toda afectación de “derechos adquiridos” implicaría de por sí y necesariamente, casi mecánicamente, violación del principio de protección de la seguridad, y así sería sea la norma retroactiva o no. Así, el derecho a la protección en el goce de la seguridad adquiriría un estatuto propio y excepcional: sería el único no susceptible de limitación, ni siquiera por ley formal y cualquiera fuera su fundamento.

Si ese fuera el régimen consagrado en nuestra Constitución, entonces ella habría congelado la distribución actual de bienes y actividades entre los sujetos sometidos a nuestro ordenamiento jurídico, con la única salvedad de las transferencias libremente consentidas por sus actuales titulares, y habría desaparecido toda posibilidad de una legítima actividad conformadora del orden económico y social en pos de una situación políticamente concebida como socialmente más justa, cuya necesidad se reconoce actualmente por toda la doctrina e incluso por todos los sectores políticos, prácticamente sin excepciones⁸⁵.

C) En verdad, el régimen de nuestra Constitución no es el que resulta de esa lectura aislada de la infeliz afirmación tan reiterada por la Suprema Corte de Justicia; no lo es incluso si buscamos su descripción en la propia jurisprudencia de ese Alto Cuerpo, incluso limitándola a la más reciente.

En innumerables oportunidades y con diversas integraciones, la Corte ha afirmado que todos los derechos reconocidos por la Constitución son limitables por ley formal y por razones de interés general. Con la misma integración con que dictó la Sentencia N° 128/10, punto de partida de la saga analizada, lo dijo en la Sentencia N° 212/2010, de 2 de agosto de 2010⁸⁶:

“Como sostuvo la Corte en fallo No. 60/86: ‘Nada se opone a que una Ley produzca ambos efectos, es decir que modifique el derecho preexistente y que extienda sus efectos hacia el pasado. Lo primero por ser connatural a las Leyes; lo último -retroactividad- porque el principio no tiene jerarquía constitucional sino legal, y por ello una Ley puede siempre dejar de lado lo establecido en el artículo 7 del Código Civil, consagrando la vigencia pretérita del nuevo texto, en todas aquellas situaciones que a juicio del legislador lo justifiquen. En ello no se compromete principio constitucional alguno, y así lo ha resuelto la Suprema Corte en numerosos pronunciamientos’ (Sents. Nos. 124/975 y 37/983, entre otras).

“Lo expuesto deja sin sustento la invocada vulneración en la medida que el principio de irretroactividad de la Ley no puede entenderse comprendido dentro de las disposiciones dictadas por el constituyente, por poseer rango legal.

“V. 2. En segundo lugar, debe señalarse que el derecho a la protección de la seguridad -al igual que a la protección de los otros derechos de tutela jurisdiccional (con excepción del derecho a la vida en cuanto a la previsión del art. 26 inciso 1 de la Carta)- no es ilimitado

⁸⁵ La actual bibliografía sobre el tema es inagotable, en todas las disciplinas sociales. Puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. I, cit., en esp. págs. 54 a 59. Específicamente sobre el tema “seguridad jurídica y progreso social y normativo”, en la bibliografía más reciente: VÁZQUEZ, María Cristina, *Persona: su seguridad jurídica en tanto destinatario de servicios*, en Anuario de Derecho Administrativo, **Seguridad jurídica y Derecho Administrativo**, cit., págs. 61 a 64.

⁸⁶ Fuente: Base de Jurisprudencia Nacional Pública del Poder Judicial y CADE, banco de datos de jurisprudencia.

ni absoluto (conf. Risso Ferrand, Derecho Constitucional, T. I, págs. 475 y ss.), sino que es limitable por las Leyes que se dictaren por razones de interés general, como el propio art. 7 de la Constitución prevé.”⁸⁷

Por otra parte, la Corte ha ratificado, en numerosas sentencias recientes, que la retroactividad por sí misma no configura inconstitucionalidad⁸⁸.

En definitiva, la posibilidad de modificar legítimamente, con retroactividad o sin ella, normas que reconozcan o amparen derechos subjetivos, dependerá de un delicado equilibrio que la jurisprudencia deberá establecer entre el derecho a la protección de la seguridad jurídica, las razones de interés general que justifiquen la modificación y el principio de legitimidad de la actuación estatal, factores todos ellos acogidos e impuestos por la Constitución. La ruptura de ese equilibrio, mediante el predominio absoluto o desmedido de la protección de la seguridad jurídica, o por el contrario, la admisión de cualesquiera razones como de interés general para su limitación renunciando a su control por el órgano jurisdiccional, alteraría profundamente el régimen jurídico que la Constitución consagra y la realidad económica y social que sin duda procura conformar.

Fecha de recepción: 7 julio 2014.

Fecha de aceptación: 20 julio 2014.

⁸⁷ Conf. con este último concepto: Sents. N° 157/010, de 21.7.010 y N° 406/010, de 16.8.010.

⁸⁸ Sentencias: N° 505/11, de 28.2.11, recogida en la N° 1171/11, de 15.4.11; N° 626/12, de 13.6.12; N° 692/12, de 1.8.12; N° 714/12, de 13.8.12; N° 828/12, de 3.10.12; N° 391/13, de 19.8.13 y N° 760/14, de 27.8.14 (Fuente: CADE, banco de datos de jurisprudencia).

