

Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospección y responsabilidad patrimonial del Estado

**(Una toma de posición más en el marco
de una controversia ¿inacabable?)**

SUMARIO: I. ADVERTENCIA PRELIMINAR. II. RETROACTIVIDAD Y *RETROSPECCIÓN* DE LAS LEYES. 1. Cuestiones controvertidas. 2. Retroactividad normativa: concepto, clases y *nomenclatura*. 3. El canon de constitucionalidad de las leyes retroactivas y el de las leyes retrospectivas. III. ¿RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA? 1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y doctrina favorable. 2. Crítica doctrinal. 3. Posición propia.

I. ADVERTENCIA PRELIMINAR

Como se infiere del propio subtítulo de la presente contribución (cuya inclusión no es gratuita), la misma persigue *ab initio* una finalidad muy concreta y, en todo caso, bien modesta, dadas las calificadas intervenciones previas de otros autores (desde luego mucho más autorizadas que la mía) que han participado en el pasado y aún hoy continúan participando (sin ir más lejos, en el presente número de *DA*) en la polémica –incesante, como es bien sabido– a la que se refieren estas

líneas. Dicha finalidad no es otra que la de tomar posición –en definitiva, expresar la opinión propia– en torno al objeto de aquélla.

Esta finalidad determina que en un trabajo de las características del presente, de reducido alcance por tanto, no se persigan ninguno de los dos objetivos siguientes: ni, por un lado, recapitular *in extenso* las ricas y a estas alturas casi inabarcables aportaciones a la controversia que nos ocupa (esta labor la han realizado ya por fortuna, y mucho mejor de lo que un neófito en la materia, como quien suscribe, podría llegar a hacerlo, otros autores, a cuya obra podré y habré de remitirme, en beneficio mío y del lector); ni, de otra parte, exponer una opinión propia enteramente novedosa, es decir, no tributaria, siquiera en algunos (o incluso muchos) de sus aspectos o fundamentos nucleares, de posiciones ya sostenidas –quizá, eso sí, con diferencias de matiz– por otros autores.

De ahí que el lector tenga en sus manos –cabe insistir una vez más– un trabajo modesto y esquemático; casi diría lineal. Si tales atributos contribuyesen a desincentivar su lectura (lo que comprendería sin dificultad), se está a tiempo de interrumpirla y prestar la atención debida a cualquiera de las demás contribuciones al presente número, sin duda más ambiciosas y elaboradas que la presente. Es ésta una advertencia que, aun a riesgo de resultar empalagoso en la petición preventiva de la indulgencia del lector, juzgo con sinceridad necesaria –y exigible– por honestidad científica.

II. RETROACTIVIDAD Y *RETROSPECCIÓN* DE LAS LEYES

1. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Como es sabido, han sido desde siempre dos, en lo esencial, las cuestiones que suscita la referencia a la retroactividad de las leyes: de un lado, la cuestión atinente a cuándo una ley es retroactiva (es ésta la cuestión relativa al mismo *concepto* de retroactividad normativa); de otro, la de su constitucionalidad.

La primera cuestión se plantea por la sencilla razón de que una nueva ley puede afectar de distinta forma al pasado. Así, técnicamente (ya veremos también si jurídicamente) nada impide que el legislador señale como fecha de entrada en vigor de una ley una fecha pretérita. Naturalmente, el legislador no puede lo imposible: modificar *físicamente* el pasado; por ejemplo, exigir *a posteriori* de los ciudadanos una conducta en el pasado que éstos ya no pueden realizar (más que, si acaso, en el futuro). Pero sí puede el legislador, por el contrario (físicamente nada lo impide), pretender calificar jurídicamente la conducta pretérita de los ciudadanos de manera distinta a la que pro-

cedía de acuerdo con el ordenamiento vigente en el momento en que aquélla tuvo lugar. Asimismo, una nueva ley afecta de alguna forma al pasado si, aun rigiendo sólo *pro futuro*, incide sobre situaciones sostenidas en el tiempo iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor. Es decir, una nueva ley también se conecta con el pasado cuando se pretende que sea aplicable en el futuro a cualesquiera situaciones subsistentes en sus supuestos de hecho, independientemente de que tales situaciones hayan nacido con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley o lo hayan hecho con anterioridad a tal momento, siempre, claro está, que perduren (es decir, no hayan aún concluido o agotado sus efectos) en dicho instante. ¿Estamos en ambos supuestos en presencia de leyes retroactivas? En el primero no parece haber duda de que la respuesta ha de ser afirmativa. En cambio, en el segundo supuesto la respuesta es, cuando menos, dudosa (al respecto *vid. infra* 2.).

Como se ha dicho, no sólo ofrece dudas el concepto de retroactividad normativa. También cabe discutir acerca de cuál sea el canon (o cuáles sean los cánones) que rigen el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes retroactivas o, en general, de todas aquellas que, de alguna u otra forma, afectan a situaciones del pasado (esto es, a situaciones al menos iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley). La Constitución española prohíbe la retroactividad de la ley penal (art. 25.1) y de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3), y asimismo garantiza, en todo caso, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3). ¿Cuál es el ámbito de aplicación de cada una de estas previsiones constitucionales? Las prohibiciones expresas de retroactividad normativa a que se refieren los artículos 25.1 y 9.3 CE, ¿admiten excepciones? ¿Qué hemos de entender por «disposiciones restrictivas de derechos individuales», que *ex Constitutione* deben ser irretroactivas? ¿Acaso toda norma jurídica, cualquiera sea su rango, que restrinja o limite cualesquiera derechos subjetivos?¹ Y fuera del ámbito material al que aluden las expresas prohibiciones de retroactividad normativa previstas en los artículos 25.1 y 9.3 CE, ¿es el legislador enteramente libre de dotar a las leyes de efectos retroactivos (o de efectos, si no idénticos, sí próximos –o al menos no muy lejanos– a los de la retroactividad)? ¿O es este último un ámbito en el que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también impone ciertos límites al legislador? ¿O, al contrario, son las normas constitucionales que establecen las prohibiciones expresas de retroactividad normativa genuinas normas especiales, que regulan agotadoramente la constitucionalidad de

¹ Sobre estas cuestiones *vid.*, con carácter general, F. LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982, pp. 213 y ss.

normas retroactivas, y que, por consiguiente, impiden recurrir al más genérico principio de seguridad jurídica para enjuiciar la constitucionalidad de leyes que, incluso fuera de los ámbitos materiales a que se refieren aquéllas, estén dotadas de efectos retroactivos, ya sea en sentido estricto, ya sea en sentido amplio? Son éstas algunas de las cuestiones que, al igual que el mismo concepto de retroactividad, constituyen el objeto de una controversia antigua que, a pesar del tiempo transcurrido y esfuerzo dedicado por cuantos han participado y aún participan de la misma, no acaban de recibir, en todos sus extremos, respuestas definitivamente convincentes a juicio de un número todavía muy importante de juristas (al respecto *vid. infra* 3.).

Así pues, no puede ser intención de un trabajo modesto como el presente contribuir siquiera a remediar tal situación. Sólo me propongo, como he dicho antes, expresar mi opinión, una más (y, desde luego, no de las más calificadas), sobre algunas de las cuestiones planteadas.

2. RETROACTIVIDAD NORMATIVA: CONCEPTO, CLASES Y NOMENCLATURA

2.1. Posiciones sostenidas

2.1.1. Doctrina alemana

A) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal

El Tribunal Constitucional Federal alemán (en lo sucesivo, TCF) se pronunció sobre el concepto y clases de retroactividad normativa por primera vez de manera frontal en su sentencia BVerfGE 11, 139, de 1960. En ella distinguía, en una clasificación que, como es sabido, ha hecho fortuna –hasta nuestros días– no sólo en la doctrina alemana sino también en la foránea (entre ellas, precisamente, la nuestra), entre retroactividad *propia* y retroactividad *impropia* (o mera *retrospección*)². Según la citada sentencia, son leyes propiamente retroactivas aquellas que «*a posteriori* modifican situaciones jurídicas concluidas o agotadas en el pasado». Por el contrario, serían leyes retroactivas en sentido tan sólo *impropio* (leyes que el TCF califica, para diferenciarlas más claramente de las anteriores, de *retrospectivas*) aquellas que

² Al respecto *vid.* la prolija exposición de Javier GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 206 y ss., así como la que ofrece en su contribución al presente número de esta revista Jens-Peter SCHNEIDER (apartado IV. de su trabajo), exposiciones ambas a las que, tal y como advertí en la nota preliminar a este trabajo, me permito remitirme para mayor detalle.

«afectan *pro futuro* a situaciones o relaciones jurídicas ya existentes, pero no concluidas ni agotadas, a la entrada en vigor de la nueva ley».

La Sala 1.^a del TCF no ha variado ni dejado de operar con tal clasificación conceptual hasta el día de hoy. Sin embargo, desde mediados de los ochenta la Sala 2.^a de dicho Tribunal, aunque parte de esa misma clasificación, la ha depurado de manera significativa y sustituido –al menos formalmente– por otra según la cual una ley sólo es retroactiva cuando la fecha de su entrada en vigor es anterior a la fecha de su sanción, promulgación y publicación³. Como cabe apreciar, lo que varía –y tan sólo sutilmente– es el punto de mira. La Sala 2.^a no atiende tanto al dato de si las situaciones afectadas por la nueva ley han concluido o no con anterioridad a su entrada en vigor, sino al momento (pretérito o futuro) a partir del cual la nueva ley surte sus efectos, independientemente de si las situaciones jurídicas afectadas continúan o no a la entrada en vigor de la ley. De ahí, precisamente, que la Sala 2.^a del TCF considere que sólo es retroactiva aquella ley que ordena una «retroacción de sus consecuencias jurídicas» (*Rückbewirkung von Rechtsfolgen*). Por el contrario, no plantean, a su juicio, cuestión alguna relativa al ámbito de aplicación *temporal* aquellas leyes cuyas consecuencias jurídicas se aplican *pro futuro* a situaciones o relaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor. La aplicabilidad de la nueva ley –en el futuro– a tales situaciones es, en opinión de la Sala 2.^a del TCF, un problema atinente tan sólo al ámbito de aplicación *material u objetiva* de la misma, es decir, un problema de subsunción; en definitiva, de si –con objeto de aplicarles en lo sucesivo las consecuencias jurídicas previstas en la nueva ley– cabe subsumir o no dichas situaciones en los supuestos de hecho de esta última. Consecuentemente, la Sala 2.^a del TCF prescinde, para referirse a este segundo grupo de casos, de la categoría de la retroactividad impropia (en su criterio, nada hay de *retroactivo* en los mismos) y opta, para caracterizarlos, por la expresión «retroconexión del supuesto de hecho normativo»⁴ (*tatbestandliche Rückanknüpfung*), expresión con la que pretende aludir –gráficamente– a aquellos casos en que el legislador «hace depender la aplicación en el futuro de una consecuencia jurídica de circunstancias fácticas pretéritas»⁵.

Así pues, son dos las construcciones conceptuales en torno a la retroactividad normativa que en la actualidad continúan coexistiendo en el seno del TCF alemán. Ahora bien, es unánime la opinión conforme a la cual no se trata de construcciones contradictorias entre sí,

³ BVerfGE 63, 343, 353; 72, 200, 241.

⁴ Ésta es, a juicio de J. GARCÍA LUENGO (*op. cit.*, p. 216), la traducción literal de la expresión original alemana.

⁵ BVerfGE 72, 200, 242.

sino, bien al contrario, compatibles y aun complementarias. Esta opinión es compartida a todas luces por las dos Salas del propio TCF, ya que, de lo contrario, deberían haber elevado la cuestión al Pleno de acuerdo con lo previsto en el art. 16.1 de la Ley reguladora del TCF (*BVerfGG*). Como señala SCHNEIDER, «si bien se entendió inicialmente que esta jurisprudencia encerraba un cambio de raíz respecto de la anterior, lo cierto es que tanto la doctrina científica mayoritaria como el propio BVerfG en su posterior jurisprudencia han acabado reconociendo que, en realidad, no estamos sino ante una precisión dogmática de las antiguas categorías. La diferencia radica únicamente en que el criterio de delimitación determinante no lo constituye ya el carácter acabado o no de la situación jurídica afectada por la modificación normativa, sino el momento a partir del cual ésta surte sus efectos. Así, concurrirá un supuesto de retroactividad en sentido propio cuando la norma ordene una “retroacción de sus consecuencias jurídicas”, esto es, cuando ordene retrotraer los efectos de sus consecuencias jurídicas a un momento anterior a su entrada en vigor. Por el contrario, la retroactividad impropia consistiría en la inclusión de situaciones jurídicas anteriores a la entrada en vigor de una norma en el supuesto de hecho de la misma, pero surtiendo ésta sus efectos sólo a partir del momento de su entrada en vigor»⁶.

En opinión de Hartmut MAURER⁷, a quien seguimos puntualmente, no cabe duda, en todo caso, de que la «retroacción de consecuencias jurídicas» a la que alude la Sala 2.^a del TCF constituye siempre una retroactividad propia en el sentido de la clasificación preferida por la Sala 1.^a del mismo Tribunal. Sin embargo, cabe dudar, a su juicio, de que la línea divisoria entre la retroactividad propia y la impropia discorra exactamente por el mismo cauce por el que lo hace la línea divisoria entre la «retroacción de consecuencias jurídicas» y la «retroconexión del supuesto de hecho normativo». En efecto, la duda se plantea en la hipótesis (quizá en sí misma dudosa) de la aplicación *pro futuro* de una nueva ley a una situación jurídica concluida o agotada con anterioridad a la entrada en vigor de aquélla⁸. Tal aplicación constituiría, según la clásica clasificación que sigue la Sala 1.^a del TCF, una retroactividad propia, mientras que, con arreglo a la clasificación de la Sala 2.^a, nos hallaríamos ante una mera «retroconexión del supuesto de hecho normativo», ya que la consecuencia jurídica

⁶ Vid. «Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán», en este número de *DA*.

⁷ Cfr. *Staatsrecht*, C.H. BECK, Munich, 1999, p. 586.

⁸ Piénsese, por ejemplo, en la disolución de un partido político por una serie de conductas acontecidas en el pasado, pero que no se han vuelto a repetir con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Partidos Políticos que tipifica tales conductas como causas de ilegalización de los mismos.

prevista en la nueva ley no se aplica *pro pretérito* (claro que, como se acaba de apuntar, resulta en sí misma dudosa la premisa de que a una situación concluida en el pasado pueda aplicarse una consecuencia jurídica con efectos tan sólo *pro futuro*). Curioso o no, lo cierto es, en todo caso, que hasta el día de hoy ninguna de las dos Salas del TCF ha entendido jamás que en un caso sometido a su conocimiento el resultado de su enjuiciamiento hubiese de variar según se aplicase una u otra clasificación conceptual, ya que tal constatación hubiese comportado la preceptiva elevación al Pleno del caso (art. 16.1 BVerfGG), lo que, como ya se ha dicho, nunca ha ocurrido.

B) Crítica doctrinal

La jurisprudencia que distingue bien entre retroactividad propia e impropia, bien entre «retroacción de consecuencias jurídicas» y «retroconexión del supuesto de hecho normativo», ha merecido la crítica de una buena parte de la doctrina alemana, que, como ha descrito entre nosotros Javier GARCÍA LUENGO⁹, se ha centrado «en el carácter casuístico y errático de la doctrina sentada por el Tribunal, que es, en sí misma, un factor de imprevisibilidad e inseguridad, así como en la posibilidad de que fenómenos que merecen el mismo tratamiento jurídico den lugar a consecuencias distintas en virtud de una mera clasificación que carece de un fundamento técnico sólido».

Sin embargo, es lo cierto que la doctrina científica alemana no ha sido hasta hoy capaz de oponer a dicha jurisprudencia del TCF ninguna construcción cabalmente alternativa ni, a juicio de un número relevante de iuspublicistas, más convincente que aquella. Es verdad que hay autores (FRIAUF, MUCKEL¹⁰) que proponen abiertamente prescindir de la distinción entre diferentes clases de retroactividad normativa y juzgar la constitucionalidad de todas las leyes que de alguna u otra forma afecten o incidan sobre el pasado de acuerdo con un canon constitucional único –aunque suficientemente flexible, precisan– inferido del principio de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima. También Jens-Peter SCHNEIDER considera «oportuno sustituir la clasificación estricta que diferencia férreamente los requisitos de constitucionalidad a que se someten los dos tipos de retroactividad que se distinguen por una escala flexible articulada de manera unitaria en torno a la necesidad en cada caso de realizar una ponderación fundada en el principio de proporcionalidad»¹¹. Sin em-

⁹ *Op. cit.*, pp. 210-218 (en particular, p. 210, nota 23).

¹⁰ *Vid.* referencias en H. MAURER, *Staatsrecht*, cit., p. 587.

¹¹ Apartado IV. *in fine* de su contribución al presente número.

bargo, no parece que la doctrina científica haya seguido mayoritariamente las propuestas maximalistas (renunciar a toda clasificación conceptual que comporte una distinción de grados o tipos de retroactividad) formuladas por los más críticos entre los críticos de la jurisprudencia del TCF; propuestas que, en opinión de algunos autores, acaban por deferir el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes que inciden sobre el pasado a una incierta e insegura casuística, aún más difusa –y, por ello, peligrosa– que la advertida por aquéllos en la jurisprudencia del TCF¹².

Así pues, parece predominar en la doctrina alemana un punto de vista intermedio que, sin ignorar las imperfecciones de las clasificaciones conceptuales elaboradas por las dos Salas del TCF, admite la dificultad de oponer a las mismas una construcción alternativa más adecuada y certera. Entre los autores que, sin perjuicio de lo anterior, no aceptan acriticamente la jurisprudencia del TCF, parecen predominar, a su vez, quienes, como MAURER, se inclinan por el concepto *estricto* de retroactividad que, conforme a la doctrina de la Sala 2.^a del TCF, atiende al efecto (*pro futuro* o *pro pretérito*) de las consecuencias jurídicas de la leyes¹³. En este sentido, y para evitar toda confusión, este autor propone reservar la calificación de retroactivas a aquellas leyes que extienden sus efectos a períodos pretéritos (sin necesidad de precisar que tales leyes son *propiamente* retroactivas) y prescindir definitivamente de la categoría de la «retroactividad *impropia*», calificando aquellas leyes que se aplican *pro futuro* a situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor de «leyes que meramente *afectan o inciden* sobre el pasado» (*einwirkende Gesetze*)¹⁴.

2.1.2. Doctrina española

A) Jurisprudencia constitucional y ordinaria

Como es sabido, el Tribunal Constitucional español (en lo sucesivo, TC) ha incorporado a su propia jurisprudencia la construcción en torno al concepto de retroactividad normativa elaborada por el TCF alemán¹⁵. Aunque tal recepción se produce inicialmente en el marco de la STC 126/1987, esto es, en un momento en el que la Sala 2.^a del

¹² *Vid.*, por todos, H. MAURER, *op. cit.*, p. 587.

¹³ *Op. cit.*, p. 586.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 587.

¹⁵ *Vid.* F. LÓPEZ MENUDO, «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional», en S. MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 455 ss.

TCF ya se había apartado de la clasificación seguida desde 1960 por la Sala 1.^a de dicho Tribunal, el TC español sólo se ha hecho eco, al menos formalmente, de la construcción defendida por esta última. En este sentido, se repite hasta hoy en la jurisprudencia del TC¹⁶ la existencia de distintos «grados de retroactividad» y la preceptiva distinción «entre la retroactividad auténtica o de grado máximo y la retroactividad impropia o de grado medio»¹⁷. No obstante, a la hora de definir la retroactividad propia, el TC combina los dos criterios de delimitación categorizados, respectivamente, por la Sala 1.^a y la Sala 2.^a del TCF (a saber: afectación de situaciones jurídicas concluidas o agotadas en el pasado, por un lado, y retroacción de consecuencias jurídicas, por otro), pues establece que una norma es *auténticamente* retroactiva cuando «la disposición pretende *anudar sus efectos* a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y *ya consumadas*». Como se acaba de señalar, el TC continúa insistiendo en su jurisprudencia más reciente en que «determinar (...) cuándo una norma (...) de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el *grado de retroactividad* de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto», resultando relevante a tal efecto, «como criterio orientador de este juicio casuístico (...), distinguir entre la retroactividad auténtica o de grado máximo y la retroactividad impropia o de grado medio»¹⁸.

Esta clasificación conceptual ha sido asumida asimismo, tal y como lo impone en todo caso el artículo 5.1 LOPJ, por la jurisprudencia de los tribunales ordinarios españoles. Así, por ejemplo, la STS (Sala 3.^a) de 15 de noviembre de 1999 recuerda que «es bien conocida la diferencia de los distintos niveles o grados de retroactividad. Tanto de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (...) como con la jurisprudencia de esta Sala (...), ha de distinguirse entre: una retroactividad de grado máximo, que aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no; una retroactividad de grado medio, en la que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados; y, en fin, una retroacción de grado mínimo, en la que la nueva normativa sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior norma. Esta retroactividad de carácter mínimo, en la que se pretenden anudar efectos *ex novo* a situaciones producidas con anterioridad a la propia norma, es aceptada pacíficamente por el Tribunal

¹⁶ Vid. últimamente, por ejemplo, STC 234/2001.

¹⁷ Vid. SSTC 227/1988, 150/1990, 197/1992, 205/1992, 173/1996, 182/1997, 273/2000.

¹⁸ Vid., por ejemplo, SSTC 182/1997 (FJ 11), 234/2001 (FJ 8, 10 y 11).

Constitucional y por este Alto Tribunal, ya que se trata de una retroactividad impropia, en la que la norma incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (...). En esta misma línea cabe citar, en fin, la STS (Sala 4.^a) de 23 de septiembre de 2002, según la cual «la doctrina jurisprudencial sobre la conocida como *retroactividad débil* de las normas que rigen una relación de servicios continuada es que la nueva norma no puede afectar a los efectos ya consolidados o producidos por la relación y por su desarrollo a lo largo del tiempo anterior, sin perjuicio de que la vigencia de la nueva norma afecte desde que se produce al contenido obligacional y jurídico de la relación».

Como cabe apreciar, la terminología varía en ocasiones. Entre nosotros la pluralidad terminológica es, así, aún más rica que en Alemania. Como vimos, allí sólo se distingue, en lo esencial, entre retroactividad propia e impropia o entre retroacción y retrospección (o retroconexión del supuesto de hecho normativo). En España se añaden a este abanico terminológico, aparentemente sin pretensión de introducir matiz de fondo alguno en cuanto a la procedencia de tal distinción, las siguientes otras variantes o formas de referirse a la misma: retroactividad auténtica o inauténtica (TC), retroactividad de grado máximo o de grado medio (TC), retroactividad verdadera o falsa (PAREJO¹⁹), retroactividad real o aparente (CASTILLO BLANCO²⁰), retroactividad fuerte o débil (Sala 4.^a del TS), retroactividad plena o parcial (TC²¹), retroactividad directa o indirecta (CASTILLO BLANCO²²), retroactividad formal o material (CASTILLO BLANCO²³)...

B) Crítica doctrinal

De lo anterior resulta que no sólo la jurisprudencia de los tribunales ordinarios españoles sino también la doctrina científica de nuestro país ha venido a recoger —y de manera generalmente acrítica por demás— la doctrina alemana sobre la distinción de dos clases o grados de retroactividad²⁴. La crítica a esta construcción conceptual se ha formulado entre nosotros, en lo esencial, mediante la recepción, a su vez,

¹⁹ Prólogo al libro de F. CASTILLO BLANCO que se cita seguidamente, p. 21.

²⁰ *La protección de confianza en el Derecho administrativo*, M. Pons, Madrid, 1998, p. 358.

²¹ STC 234/2001 (FJ 11).

²² «El principio europeo de confianza legítima y su incorporación al Ordenamiento Jurídico español», *CISS Noticias de la Unión Europea*, n.º 205, febrero de 2002, p. 37 (nota 37).

²³ *Loc. cit.*

²⁴ Además de los autores ya citados (y de muchos otros que cabría citar igualmente), *vid.* también, en particular, R. GAYA SICILIA, *El principio de irretroactividad de las Leyes en la jurisprudencia constitucional*, Montecorvo, Madrid, 1987, pp. 334 ss.

de la crítica dirigida a la misma en su propia doctrina de origen, que, como ya nos consta, es la alemana. De esta crítica, a la que me he referido anteriormente, se ha hecho eco en España, fundamentalmente, GARCÍA LUENGO²⁵, cuya posición ha venido a respaldar en este punto –bien que de forma más bien incidental, por ser otro el objeto directo del trabajo– GARCÍA DE ENTERRÍA²⁶. Con todo, cabe subrayar que GARCÍA LUENGO, aunque ciertamente parece compartir la crítica que VOGEL dirige asimismo contra la reformulación de la distinción entre retroactividad propia e impropia realizada por la Sala 2.^a del TCF alemán²⁷, centra su discrepancia en «la admisión (...) por parte de la doctrina de nuestro TC (...) de la *construcción inicial* del BVerfG», y no tanto (al menos no con idéntica intensidad) en la reconstrucción de la misma acometida por la Sala 2.^a de este último, reconstrucción a la que incluso reconoce expresamente «la ventaja de ser muy clarificadora»²⁸.

2.2. Posición propia: retroactividad y retrospección

Como se ha podido observar, existe un doble punto de partida que, según me parece, nadie cuestiona: de un lado, se admite que las leyes que afectan o inciden sobre el pasado lo pueden hacer de distinta forma o con distinta intensidad; de otro lado, se admite igualmente que el canon de constitucionalidad de dichas leyes no puede ser, por tanto, exactamente el mismo para todas ellas. En definitiva, no hay quien no parta de la necesidad de *distinguir*. La discrepancia surge a la hora de responder al ulterior interrogante inexorable: ¿cómo distinguir?, (y asimismo, como tendremos ocasión de comprobar más detenidamente en un instante, a la hora de determinar cuál sea el canon de constitucionalidad aplicable a cada uno de los supuestos previamente delimitados y de establecer cuál sea el preciso contenido de dicho canon).

Pues bien, llegados a este punto caben, en lo esencial, dos posibilidades: o se busca una delimitación de supuestos de carácter –siquiera en su tendencia– estático (aunque se admita que la línea divisoria en-

²⁵ *El principio de protección de la confianza...*, cit., pp. 218 y ss. («Como vemos, la evolución en Alemania no ha alcanzado una solución satisfactoria para la propia doctrina germana. Lo que resulta difícil de entender es la admisión [...] por parte de la doctrina de nuestro TC [...] de la construcción inicial del BVerfG»). Del mismo autor *vid.*, asimismo, «¿Retroactividad normativa o protección de la confianza?, a propósito de la STC de 31 de octubre de 1996», en *Libro Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Civitas, 2000, pp. 2499 y ss.

²⁶ «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *RAP*, núm. 159, 2002.

²⁷ *El principio de protección de la confianza...*, cit., pp. 216 y ss.

²⁸ *Op. cit.*, p. 216.

tre ambos pueda llegar a ser tenue y difusa), o se opta por una delimitación dinámica de carácter abierto, es decir, en palabras de SCHNEIDER, por una «una escala flexible articulada de manera unitaria en torno a la necesidad en cada caso de realizar una ponderación fundada en el principio de proporcionalidad». Mi pregunta es la siguiente: ¿cuál de estas dos opciones aporta mayor seguridad dogmática (toda vez que nos desenvolvemos en un ámbito precisamente regido, como se reconoce casi unánimemente, por el principio de seguridad jurídica)? A mí no me cabe la menor duda de que la primera. A mi juicio, una delimitación dinámica y abierta fundada en una ponderación casuística que prescindiera enteramente de categorías de referencia, siquiera orientativas, concita sin paliativo alguno los que RODRÍGUEZ DE SANTIAGO ha llamado «los peligros del método de la ponderación»²⁹. En este sentido, comparto, por consiguiente, el punto de vista que, según me parece, se sostiene mayoritariamente en Alemania y al que ya tuve ocasión de referirme antes: sin ignorar las imperfecciones de las clasificaciones conceptuales elaboradas por las dos Salas del TCF alemán y recibidas por nuestra doctrina, no cabe sino admitir la dificultad de oponer a las mismas una construcción (realmente) alternativa más adecuada y certera; en definitiva, más convincente.

Ahora bien, admitida la necesidad de distinguir con arreglo a una delimitación de supuestos siquiera en principio revestida de una pretensión de certeza, resta por determinar, en una segunda aproximación, el *criterio* de dicha delimitación; con otras palabras, de optar por una de las dos posibles clasificaciones conceptuales conocidas hasta ahora: bien la que sigue la Sala 1.^a del TCF alemán, bien la que sigue su Sala 2.^a, y ello en el bien entendido de que el grado de coincidencia o de solapamiento entre ambas es, cuando menos, notable. Pues bien, en esta tesitura comparto la opinión de quienes, como MAURER en Alemania o GARCÍA LUENGO entre nosotros, se inclinan por un concepto estricto de retroactividad que, conforme a la doctrina de la Sala 2.^a del TCF, atiende al efecto (limitado al futuro o extendido al pasado) de las consecuencias jurídicas de las nuevas leyes. Como se dijo, este criterio parece ser más nítido (sin serlo del todo, como reconocen incluso sus propios valedores), que aquel otro, ciertamente muy parecido y propugnado por la Sala 1.^a del TCF, que atiende al carácter acabado o no de las situaciones afectadas por la nueva ley anteriores a su entrada en vigor.

Así pues, son leyes retroactivas, a mi juicio, sólo aquellas que extienden sus efectos a un período pretérito. Razón ésta por la que, con MAURER y con objeto de evitar cualquier confusión, propongo elimi-

²⁹ *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, M. Pons, Madrid, 2000, pp. 143 y ss.

nar la referencia a leyes que, rigiendo sólo *pro futuro*, resulten aplicables a situaciones iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor en términos de retroactividad impropia, aparente, de grado medio, etc., es decir, en términos que incluyan la expresión «retroactividad». Y dado que la denominación propuesta por MAURER (*einwirkende Gesetze*) no resulta igualmente expresiva traducida al castellano («leyes que inciden», «leyes que afectan»), propongo recuperar entre nosotros la vieja fórmula del TCF alemán (leyes retroactivas *versus* leyes retrospectivas) que sus dos Salas sacrificaron más tarde para utilizar preferentemente, bien la expresión «retroactividad impropia» (Sala 1.^a), bien la expresión «retroconexión del supuesto de hecho normativo» (Sala 2.^a).

Repárese así, por tanto, en que una ley que incide sobre situaciones iniciadas (pero aún no concluidas, agotadas o consumadas) con anterioridad a su entrada en vigor puede ser al mismo tiempo retroactiva y retrospectiva cuando, además de resultar aplicable *pro futuro* a dichas situaciones (en esa medida es tan sólo *retrospectiva*), extiende sus efectos también al «tramo pretérito» de las mismas. De ahí, en definitiva, que para comprobar si una ley es o no retroactiva no sea determinante el dato de si las situaciones iniciadas en el pasado y afectadas por la nueva ley han concluido ya o no a su entrada en vigor, sino el de si sus efectos se extienden o no a tiempos pretéritos. Como ya nos consta, es ésta justamente la precisión que la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TCF alemán introdujo respecto de la doctrina de su Sala 1.^a.

3. EL CANON DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES RETROACTIVAS Y EL DE LAS LEYES RETROSPECTIVAS

3.1. *La determinación del canon (¿qué canon?)*

Precisado, así pues –con las limitaciones reconocidas y probablemente inevitables–, el concepto de ley retroactiva y de ley retrospectiva, la pregunta que se plantea a continuación es obvia: ¿con base en qué normas o principios constitucionales se ha de enjuiciar la constitucionalidad de tales leyes?

3.1.1. *Posiciones sostenidas*

Como veremos a continuación, en la doctrina alemana no se discute tanto acerca de cuál sea el canon de constitucionalidad de las leyes retroactivas o retrospectivas no favorables, que casi unánimemen-

te se admite que es el principio de protección de la confianza legítima, cuanto acerca de cuál sea el fundamento o anclaje constitucional de dicho principio, que la Ley Fundamental ciertamente no menciona de forma expresa³⁰. En este sentido señala GARCÍA LUENGO que «la doctrina alemana suele admitir, con mayores o menores reservas, la posibilidad genérica de una efectividad de la seguridad jurídica frente al legislador (refiriéndose en la mayor parte de los casos a la protección de la confianza...) y, por tanto, de un cierto nivel de irretroactividad»³¹.

Por el contrario, en España la discusión es sensiblemente más amplia. Aquí el debate no se limita a la determinación del fundamento o anclaje constitucional del principio de protección de la confianza. En la doctrina española el debate comienza ya a la hora de establecer si el principio de protección de la confianza es un principio de rango constitucional oponible al legislador. Dicho de otro modo: aquí se empieza por discutir si las leyes retroactivas o retrospectivas desfavorables —que no afectan al ámbito material de alguna de las dos prohibiciones expresas de retroactividad contenidas en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución (ámbitos penal, sancionador y restrictivo de derechos individuales)— están sujetas (o no) a algún requisito de constitucionalidad. E incluso entre quienes responden afirmativamente a este interrogante no existe acuerdo sobre cuál sea el canon de constitucionalidad aplicable a tales supuestos (¿principio de seguridad jurídica, principio de protección de la confianza, derechos fundamentales afectados en cada caso...?). Es decir, la pregunta que se plantea entre nosotros es la siguiente: ¿existen en nuestro Derecho límites constitucionales a la (genuina) retroactividad normativa desfavorable fuera del estricto ámbito de aplicación material de las dos prohibiciones de retroactividad expresamente previstas en la Constitución, así como, en general, límites constitucionales a la *retrospección* de las leyes desfavorables en *cualesquiera* ámbitos? Y si la respuesta hubiera de ser afirmativa, ¿de qué norma o principio constitucional surge tal límite?

A) Doctrina alemana

La evolución de la doctrina alemana en este punto la resume en este mismo número de *Documentación Administrativa* Jens-Peter

³⁰ Vid. MAURER, *Staatsrecht*, cit., pp. 588 y ss. ; J.-P. SCHNEIDER, en su contribución al presente número de *DA*, apartados III.2 y IV.

³¹ *El principio de protección de la confianza...*, cit., p. 221.

SCHNEIDER en los siguientes términos: «Durante un largo período de tiempo la jurisprudencia, encabezada por la del propio BVerfG, ha considerado que el principio de protección de la confianza se deduce de la genérica cláusula de Estado de Derecho, recogida en los artículos 20.3 y 28.1 LFB. Y ello en la medida indiscutida en que dicha cláusula comprende el principio de seguridad jurídica, una de cuyas manifestaciones sería, precisamente, el principio de protección de la confianza. Sin embargo, esta inferencia carece de todo apoyo explícito en el texto constitucional, por lo que se la ha tachado de endeble e incluso de voluntarista. De ahí que sean cada vez más e influyentes las voces que radican el principio de protección de la confianza en los derechos fundamentales. Tan es así que este punto de vista ha sido asimismo acogido por la reciente jurisprudencia constitucional. Sin embargo, permanece la discusión acerca de si la cláusula genérica de Estado de Derecho puede seguir operando como fundamento constitucional, siquiera subsidiario, del principio de protección de la confianza cuando la situación jurídico-subjetiva afectada no venga protegida por derecho fundamental alguno o si esta última hipótesis no es posible teniendo en cuenta que siempre operaría, al menos, el derecho fundamental a la libertad general de acción, que se infiere, con el carácter de cláusula de recogida o derecho fundamental subsidiario (*Auffanggrundrecht*), del artículo 2.1 LFB».

Al igual que lo hace en relación con el concepto de retroactividad, la Sala 2.^a del TCF mantiene un punto de vista matizado también respecto de la cuestión que ahora nos ocupa, la del canon de constitucionalidad de las leyes retroactivas y retrospectivas. En su capital sentencia de 14 de mayo de 1986³², la misma en que categorizó la distinción entre la «retroacción de consecuencias jurídicas y la «retroconexión del supuesto de hecho normativo», dicha Sala vino a sostener que mientras que la primera halla su parámetro constitucional «preferentemente en los principios generales del Estado de Derecho, en particular en los principios de la protección de la confianza y de la seguridad jurídica», la segunda lo halla «preferentemente en los derechos fundamentales afectados». Es decir, aunque busca una delimitación entre el principio de protección de la confianza y los derechos fundamentales como cánones de constitucionalidad de la legislación retroactiva y retrospectiva, tampoco la Sala 2.^a del TCF descarta solapamientos, interferencias o interacciones entre ambos, ya que habla de parámetros «preferentes» –pero no *exclusivos*– de su respectiva constitucionalidad.

³² BVerfGE 72, 200, 242.

Por el contrario, Jens-Peter SCHNEIDER y otros autores, más que buscar una delimitación entre el principio de protección de la confianza y los derechos fundamentales como cánones de constitucionalidad de la legislación retroactiva y retrospectiva, postulan algo distinto, a saber: reconducir el principio de protección de la confianza, que –insisto– se admite, en todo caso, como principio constitucional oponible al legislador, con carácter general a los derechos fundamentales. En efecto, según SCHNEIDER, «la ventaja de entender que la protección de la confianza tiene su fundamento constitucional en los derechos fundamentales reside en la mayor aprehensibilidad de esta concepción, teniendo en cuenta el carácter tan depurado y elaborado de la dogmática alemana de los derechos fundamentales. Por el contrario, el contenido general de la cláusula de Estado de Derecho tiene contornos mucho más difusos. Si se considera que es éste el fundamento constitucional del principio de protección de la confianza, se traslada a este principio la vaguedad inherente a aquélla. Además, la conexión del principio de protección de la confianza con los derechos fundamentales tiene la ventaja de que el principio de proporcionalidad, propio de la aplicación de estos derechos, contribuye a flexibilizar y racionalizar la ponderación que resulta inevitable llevar a cabo a la hora de establecer si la confianza cuya protección se demanda es o no merecedora de protección».

La cuestión de cuál sea el fundamento constitucional del principio de protección de la confianza –el principio de seguridad jurídica o los derechos fundamentales– no es dogmáticamente baladí en Derecho alemán. Como advierte MAURER, si se entiende que la retroactividad o retrospectiva de la ley constituyen limitaciones del derecho fundamental afectado, no cabe descartar la justificación constitucional de las mismas en vía de ponderación de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Por el contrario, si se entiende en un caso concreto que una ley retroactiva o retrospectiva vulnera el principio de seguridad jurídica, la ley es, de entrada, *objetivamente* inconstitucional y nula y, en cuanto tal, constitucionalmente inidónea para poder limitar un derecho fundamental.

Sin embargo, como señala el propio MAURER, la discrepancia sobre si el fundamento constitucional del principio de protección de la confianza es uno u otro no ha tenido en Alemania repercusión práctica alguna en la resolución de los casos concretos, ya que el contenido preciso que se predica de dicho principio como canon de constitucionalidad de la legislación retroactiva y retrospectiva desfavorable no suele variar, como veremos más adelante, según se opte por una u otra fundamentación del mismo³³.

³³ *Staatsrecht*, cit., p. 590 (núm. marg. 115).

B) Doctrina española

a. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La doctrina del TC español en relación con los principios de irretroactividad de las normas y de seguridad jurídica³⁴, desarrollada especialmente en el ámbito tributario, queda, en lo esencial, resumida en las siguientes cinco afirmaciones básicas:

- Primera: «el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el artículo 9.3 de la Norma suprema garantiza no es general, sino que está referido exclusivamente a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales» (SSTC 126/187, 150/1990, 173/1996, 182/1997...).
- Segunda: «(...) fuera de las materias respecto de las que el artículo 9.3 CE veta totalmente la retroactividad, es posible que se dote a la ley del ámbito de retroactividad que el legislador considere oportuno, disponiendo éste, por consiguiente, de un amplio margen de discrecionalidad política» (SSTC 150/1990, 182/1997...).
- Tercera: lo anterior «(...) no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional (se refiere a la retroactividad normativa), que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución, señaladamente (...) el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional» (SSTC 126/1987, 173/1996, 182/1997...).
- Cuarta: «dicho principio, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente (...), *sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos* (...) frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas (...) no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad» (SSTC 126/1987, 150/1990, 182/1997, 234/2001); siendo así que una ley retroactiva (en el caso tributaria) vulnera el principio de seguridad jurídica cuando se revela «irrazonable e imprevisible, *con quiebra de la confianza legítima* de los obligados tributarios en la que, razonablemente, esperaban debía ser la actuación de los poderes públicos» (STC 234/2001).

³⁴ Sobre ella *vid.* J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección...*, cit., pp. 89 y ss., así como F. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza...*, cit., pp. 353 y ss.

- Quinta: «determinar, en consecuencia, cuándo una norma (...) de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto» (SSTC 126/1987, 150/1990, 197/1992, 173/1996, 182/1997, 234/2001).

A la vista de tales afirmaciones, cabe concluir —a mi juicio, sin lugar a dudas— que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia constitucional, el principio de seguridad jurídica y, más concretamente, el de protección de la confianza legítima, incluido en aquél (y conectado por el TC incluso con el principio de interdicción de la arbitrariedad), son los parámetros sobre los que descansa el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes retroactivas o retrospectivas desfavorables (que no afectan al ámbito material de alguna de las dos prohibiciones expresas de retroactividad contenidas en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución)³⁵. Sólo así se explica que en la reciente STC 234/2001 el TC haya declarado inconstitucional y nulo un precepto legal tributario retroactivo por considerar «menoscabado el *principio de confianza legítima* de los ciudadanos en cuanto contribuyentes, es decir, la razonable y fundada expectativa de éstos en el Ordenamiento jurídico aplicable». Así pues, no me parece correcta la afirmación del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA de que «el Tribunal Constitucional español, aun admitiendo, hipotéticamente, un límite al Legislador por el principio de confianza legítima convencionalmente traído a colación, aunque sólo a propósito del tema de la retroactividad de las Leyes, nunca ha anulado una Ley por este motivo»³⁶. Como se acaba de señalar, el TC sí ha anulado un precepto legal (a saber: el apartado 7.º de la Disposición transitoria 4.^a de la Ley 45/1985) por considerar «menoscabado el *principio de confianza legítima* de los ciudadanos» (STC 234/2001).

b. Crítica doctrinal

En general, cabe afirmar que con matices la doctrina científica española ha respaldado mayoritariamente la tesis según la cual el principio de protección de la confianza legítima, en tanto que manifestación del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE),

³⁵ Así lo entiende asimismo J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza...*, cit., pp. 218 y ss.

³⁶ *Vid.* «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo...», cit., apartado II. *in fine*.

rige el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes retroactivas o retrospectivas desfavorables (siempre, claro está, que no afecten al ámbito material de alguna de las dos prohibiciones expresas de retroactividad contenidas en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución —ámbitos penal, sancionador y restrictivo de derechos individuales—, ya que en tal caso el juicio de constitucionalidad se rige directa y exclusivamente por dichas específicas prohibiciones)³⁷. Como digo, hay autores que introducen algún matiz, como, por ejemplo, el consistente en afirmar que «el principio de protección de la confianza encuentra su ámbito de acción más propio en el campo de la denominada retroactividad impropia»³⁸, afirmación ésta que plantea la duda de cuál es entonces el canon de constitucionalidad de las leyes propiamente retroactivas que no afecten al ámbito material de alguna de las dos prohibiciones expresas de retroactividad contenidas en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución. Pero se trata de matices que no cuestionan la premisa mayor: el principio de protección de la confianza legítima es canon de constitucionalidad de la legislación retroactiva y retrospectiva desfavorable.

La crítica a este punto de vista la ha formulado en nuestra doctrina fundamentalmente GARCÍA LUENGO. En su opinión, respaldada recientemente por GARCÍA DE ENTERRÍA³⁹, «la protección de la confianza frente al legislador no es un problema que quepa plantear en el Derecho español, ya que el problema de la irretroactividad se debería centrar en nuestro país en la necesaria interpretación de la referencia que a la irretroactividad contiene el artículo 9.3 CE, interpretación difícil, sin duda, pero que no debe evitarse replanteando el problema desde consideraciones de seguridad jurídica, cuando la misma ya ha sido tomada en cuenta por el constituyente a la hora de formular el artículo 9.3 CE. La clave para la limitación de los poderes del legislador debe buscarse, como el propio artículo 9.3 CE parece imponer, en la elaboración de una dogmática de los derechos fundamentales a partir de la cual se pueda concretar en qué supuestos la emisión de normativa retroactiva puede llegar a violar aquellos derechos. Este camino sería más seguro y fructífero que la mera alegación del principio de seguridad jurídica que sólo puede remitir la cuestión a una ponderación de intereses de resultado más que incierto, pero también sería un ca-

³⁷ Vid., por todos, F. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza...*, cit., pp. 342 y ss.; del mismo autor, «El principio europeo de confianza legítima...», cit., pp. 36 y ss.; L. PAREJO ALFONSO, Prólogo al libro de CASTILLO BLANCO recién citado, pp. 20 y ss.; R. GAYA SICILIA, *El principio de irretroactividad...*, cit., pp. 436 y ss.; F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 277 y ss.

³⁸ Vid. F. CASTILLO BLANCO, «El principio europeo...», cit., p. 37.

³⁹ Vid. «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo...», cit., apartado II.

mino más costoso, puesto que exige un considerable esfuerzo dogmático»⁴⁰.

Adviértase, sin embargo, que la posición de GARCÍA LUENGO —como él mismo reconoce— no coincide exactamente con la posición crítica que mantienen los autores alemanes anteriormente aludidos. A diferencia de GARCÍA LUENGO, éstos no cuestionan la admisión del principio de protección de la confianza como principio oponible al legislador, sino sólo su anclaje constitucional en la cláusula de Estado de Derecho y en el principio de seguridad jurídica. Es más, GARCÍA LUENGO estima que este último principio arrastra los peligros de incerteza propios de la ponderación, mientras que para SCHNEIDER, uno de los autores que, como vimos, mantiene en Alemania una posición crítica, «la conexión del principio de protección de la confianza con los derechos fundamentales tiene la ventaja de que el principio de proporcionalidad, propio de la aplicación de estos derechos, contribuye a flexibilizar y racionalizar la ponderación que resulta inevitable llevar a cabo a la hora de establecer si la confianza cuya protección se demanda es o no merecedora de protección». Es evidente, así pues, que la invocación de los derechos fundamentales no parece formularse con la misma finalidad e intención por estos dos autores.

3.1.2. *Posición propia*

Comparto la tesis según la cual el canon de constitucionalidad de la legislación retroactiva y retrospectiva desfavorable ajena al ámbito penal, sancionador y restrictivo de derechos individuales es el principio de protección de la confianza legítima. Este principio rige por consiguiente:

- de un lado, la constitucionalidad de las leyes sancionadoras desfavorables y restrictivas de derechos individuales *retrospectivas* (si fueran genuinamente retroactivas su constitucionalidad se regiría directamente por la prohibición expresa de retroactividad contenida en el art. 9.3 CE);
- y, de otro, la constitucionalidad —en general— de toda ley retroactiva o retrospectiva desfavorable ajena al ámbito sancionador o restrictivo de derechos individuales (en el sentido interpretado por el TC: derechos fundamentales y libertades públicas⁴¹).

Por ahora he de reconocer que no me convence la alternativa que propone GARCÍA LUENGO, consistente, como se ha dicho, en elaborar

⁴⁰ Cfr. *El principio de protección de la confianza...*, cit., pp. 222-225.

⁴¹ STC 42/1986.

«una dogmática de los derechos fundamentales a partir de la cual se pueda concretar en qué supuestos la emisión de normativa retroactiva puede llegar a violar aquellos derechos». Hasta donde alcanza mi conocimiento esa dogmática no está por el momento siquiera perfilada en sus grandes líneas y supone, como admite el propio autor, «un camino más costoso, puesto que exige un considerable esfuerzo dogmático». Así pues, mientras no dispongamos de una alternativa seria al principio de protección de la confianza soy partidario de no prescindir del mismo como canon de constitucionalidad de las leyes sancionadoras desfavorables y restrictivas de derechos individuales *retrospectivas* y, en general, de toda ley retroactiva o retrospectiva desfavorable ajena al ámbito sancionador o restrictivo de derechos individuales.

Otra cuestión, planteada en la doctrina alemana como vimos, es la de cuál sea el fundamento constitucional más adecuado de dicho principio. Siguiendo una vez más la tesis sostenida por la Sala 2.^a del TCF alemán, me parece que la disyuntiva radical entre el principio de seguridad jurídica y los derechos fundamentales no es necesaria⁴². A mi juicio, se trata de fundamentos perfectamente compatibles entre sí e incluso complementarios. En este sentido, juzgo razonable el punto de vista según el cual las leyes (genuinamente) retroactivas hallan su parámetro constitucional «preferentemente en los principios generales del Estado de Derecho, en particular en los principios de la protección de la confianza y de la seguridad jurídica», y las leyes *retrospectivas* «preferentemente en los derechos fundamentales afectados».

Cuestión distinta, en fin, que abordaré seguidamente, es la de cuál sea el contenido preciso del principio de protección de la confianza legítima en tanto que canon de constitucionalidad de las leyes retroactivas y retrospectivas.

3.2. *El contenido del canon de constitucionalidad (¿cuándo infringe la Constitución una ley retroactiva y cuándo lo hace una ley retrospectiva?)*

3.2.1. Posiciones sostenidas

A) Doctrina alemana

Como nos recuerda Jens-Peter SCHNEIDER, «la jurisprudencia del BVerfG ha diferenciado tradicionalmente entre la retroactividad *en sentido propio*, en principio inconstitucional, y la retroactividad *en sen-*

⁴² Al respecto cfr. J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección...*, cit., pp. 161 y ss., así como 183 y ss.

tido impropio, en principio constitucionalmente admisible. De ahí que el BVerfG considere que una legislación retroactiva en sentido propio sólo excepcionalmente resulta compatible con la Constitución. De acuerdo con la tradicional jurisprudencia del BVerfG, son supuestos excepcionales en que resulta constitucionalmente admisible la retroactividad en sentido propio aquellos en que:

- los afectados no resulten sorprendidos por la modificación retroactiva de sus situaciones jurídicas, bien porque una regulación definitiva venga a reemplazar una regulación hasta entonces de naturaleza meramente provisional o se sustituya una regulación formalmente inconstitucional por otra de contenido idéntico formalmente ajustada a la Constitución, bien a partir del momento en que la ley resulte aprobada por el *Bundestag* (...);
- la regulación vigente anteriormente fuera oscura e incierta;
- el daño que se cause sea insignificante;
- así como, finalmente, cuando la retroactividad en sentido propio venga exigida por graves razones de interés público (entre las que se admite, por ejemplo, la necesidad de asegurar unas finanzas públicas saneadas y equilibradas).

Por el contrario, se considera que la retroactividad en sentido impropio sólo vulnera la Constitución cuando, ponderados en el caso concreto la confianza del ciudadano en la continuidad o permanencia de una situación jurídica, de una parte, y el interés general en su modificación, de otra, deba concluirse que prepondera aquélla sobre éste».

Pues bien, el elenco de excepciones al principio general de prohibición de la legislación (genuinamente) retroactiva admitidas en la jurisprudencia del TCF ha merecido, por lo general, una valoración crítica por parte de la doctrina científica⁴³, que suele cuestionar algunas de las excepciones referidas a supuestos concretos (sobre todo las enunciadas en el primer guión) y, por su amplitud e indeterminación, la cláusula general residual que invoca «graves o poderosas razones de interés público» como posibles causas de justificación constitucional de leyes retroactivas⁴⁴. Asimismo, y por lo que concierne a la constitucionalidad de las leyes retrospectivas desfavorables, la doctrina señala que la disyuntiva constitucional/inconstitucional, dependiendo ésta tan sólo de cómo se decante la ponderación de los intereses contrapuestos afectados y beneficiados por el cambio normativo, resulta demasiado rígida a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de tales leyes. A juicio de es-

⁴³ Cfr. J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección...*, cit., pp. 212 y ss.

⁴⁴ *Vid.*, por todos, H. MAURER, *Staatsrecht*, cit., pp. 592 y ss.

tos autores, la constitucionalidad de una ley de este tipo dependerá esencialmente –siendo éste entonces un elemento capital de la ponderación– de que dichas leyes incorporen o no medidas que moderen el efecto defraudatorio de la confianza inherente a toda ley retrospectiva desfavorable. En este sentido, se enfatiza la necesidad, inferida también del principio de protección de la confianza legítima, de que el legislador prevea en estos casos regímenes transitorios o medidas compensatorias que amortigüen los rigores o impactos lesivos de un cambio normativo abrupto e inesperado, brusco o inopinado⁴⁵. Esta exigencia la ha recogido asimismo la jurisprudencia del TCF⁴⁶.

B) Doctrina española

a) *Jurisprudencia del TC*

La doctrina del TC sobre los requisitos de constitucionalidad de la legislación retroactiva y retrospectiva sigue al pie de la letra –aunque con un grado de precisión aún inferior– el patrón, recién expuesto, de la jurisprudencia del TCF alemán. En efecto, según el TC español, «determinar (...) cuándo una norma (...) de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto (...). Finalmente, como criterio orientador de ese juicio casuístico, resulta relevante, a tenor de la doctrina de este Tribunal, distinguir entre retroactividad auténtica o de grado máximo, y la retroactividad impropia o de grado medio. En el primer supuesto, que se produce cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas, sólo exigencias calificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica. En el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico (...), así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importan-

⁴⁵ *Op. cit.*, pp. 594 y ss.

⁴⁶ BVerfGE 53, 257, 308; 57, 361, 391.

cia cuantitativa y otros factores similares « (SSTC 126/1987, 150/1990, 197/1992, 173/1996, 182/1997...).

La reciente STC 234/2001 apenas ha precisado estos requisitos de constitucionalidad al señalar que una exigencia de interés general que puede justificar «la subordinación del principio de seguridad jurídica frente a otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos» puede consistir, «por ejemplo, (en) la existencia de una situación económica excepcional o (en) cualquiera otra justificación razonable». Asimismo, esta sentencia alude a la exigencia de regímenes transitorios al sugerir la pertinencia de prever en las leyes retrospectivas desfavorables «un período temporal razonable para impedir la aplicación del precepto» (fiscal en el caso de referencia) modificado. La doctrina científica destaca crecientemente esta última exigencia⁴⁷.

b) *Crítica doctrinal*

Como se dijo, la crítica más incisiva y frontal –aunque minoritaria– a esta jurisprudencia constitucional la ha formulado entre nosotros GARCÍA LUENGO. En efecto, afirma este autor que su «opinión no puede dejar de ser crítica frente a esta jurisprudencia (...) el legislador debe tener en sus manos la posibilidad de alterar dichas situaciones ya extintas, pues sin la misma sus facultades quedarían mermadas hasta tal punto que se podría afirmar que la soberanía pertenece, en parte, a las generaciones que nos antecedieron, lo que perjudicaría, sin duda, a la propia Constitución, que de marco para el ejercicio democrático del poder pasaría a ser un obstáculo insalvable del mismo. La conclusión es clara, una concepción de la irretroactividad tan generosa y, lo que es peor, de contornos tan borrosos (...) frena, hasta un punto difícilmente admisible, la libre configuración del legislador y puede dar lugar a arbitrariedades en su aplicación, por lo que puede afirmarse que tiene enfrente al principio democrático»⁴⁸.

3.2.2. Posición propia

Al igual que la del TCF alemán, la doctrina de nuestro TC sobre los requisitos de constitucionalidad de las leyes retroactivas y retrospectivas desfavorables es aún, por su amplitud e indeterminación (y la de la jurisprudencia española es todavía mayor que la de la alemana), altamente insatisfactoria. Que innominadas «exigencias cualificadas

⁴⁷ *Vid.*, por ejemplo, F. CASTILLO BLANCO, «El principio europeo...», cit., p. 40, así como L. PAREJO, Prólogo al libro de F. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza...*, cit., p. 21.

⁴⁸ Cfr. *El principio de protección...*, cit., p. 219.

de interés general» puedan justificar constitucionalmente la retroactividad (propia) de la ley, así como deferir el juicio de constitucionalidad de las leyes retrospectivas desfavorables a una vaga «ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso» –esto es, no dirigida ni encauzada por criterio orientador alguno– no parece razonable. Semejante «huida» al casuismo (expresamente reconocido, como se ha podido comprobar), en un ámbito constitucionalmente tan sensible, no es admisible.

En mi opinión, la doctrina española debe acometer sin falta el esfuerzo dogmático necesario para precisar los requisitos de constitucionalidad de las leyes retroactivas y retrospectivas desfavorables. Un primer paso acaso puede consistir, por un lado, en seleccionar aquellas excepciones concretas al principio general de prohibición de la retroactividad propia de la ley admitidas en la jurisprudencia del TCF alemán que parecen tener un fundamento razonable (en particular, los llamados supuestos de «bagatela» y de sustitución de leyes provisionales, oscuras o confusas o sólo formalmente inconstitucionales) y, por otro, en profundizar en la exigencia de regímenes transitorios u otras medidas compensatorias como requisitos de constitucionalidad de las leyes retrospectivas desfavorables (toda vez que, según se admite mayoritariamente, la protección de la confianza puede consistir, además de en «la preceptividad de regímenes transitorios», en «la reparación indemnizatoria del daño causado por la frustración de la confianza»⁴⁹).

La anterior consideración alude precisamente a un punto respecto del cual mantengo una posición más restrictiva que la jurisprudencia constitucional alemana y española (en la línea, por tanto, de la discrepancia formulada por GARCÍA LUENGO y GARCÍA DE ENTERRÍA). A mi juicio, la inconstitucionalidad de una ley retrospectiva desfavorable no puede derivarse nunca únicamente de una ponderación «desnuda» entre el interés público en la modificación del *statu quo* normativo y el interés contrapuesto de los ciudadanos afectados en el mantenimiento de dicho *statu quo* (en democracia este último interés nunca puede preponderar sobre aquél), sino sólo, en su caso, de la no previsión en la ley de medidas que amortigüen el efecto defraudatorio de la confianza, consistan éstas en la previsión de un régimen transitorio o en cualesquiera otras medidas de carácter compensatorio.

Repárese, no obstante, en que es la mía, en lo esencial, una crítica a la jurisprudencia constitucional que no opera en la misma dirección

⁴⁹ Vid. J.-P. SCHNEIDER, en su contribución al presente número de *DA*, apartado III.1. *in fine*, así como, en nuestra doctrina, F. CASTILLO BLANCO, «El principio europeo...», cit., p. 40. De este punto de vista discrepa entre nosotros J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección...*, cit., pp. 452 y ss.

en la que lo hace la de los autores antes citados. Mi insatisfacción no tiene que ver con el reconocimiento del principio de protección de la confianza como parámetro de constitucionalidad de las leyes retroactivas y retrospectivas desfavorables, sino ante todo con la imprecisión de los requisitos de constitucionalidad de dichas leyes que se pretenden derivar del citado principio.

III. ¿RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA?

1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DOCTRINA FAVORABLE

Como es sabido, existe desde hace algunos años una línea jurisprudencial según la cual los tribunales ordinarios pueden declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en virtud del principio de protección de la confianza legítima. Así se ha estimado, en lo esencial, en las sentencias del Tribunal Supremo sobre los perjuicios causados a empresas pesqueras por el Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas (SSTS de 5 de marzo de 1993, de 27 de junio de 1994 y de 16 de septiembre de 1997), en las relativas a los daños ocasionados a las empresas urbanizadoras de determinados espacios más tarde declarados protegidos por diversas leyes del Parlamento balear (SSTS de 17 de febrero de 1998, de 6 de marzo de 1998, de 9 de febrero de 1999, de 27 de septiembre de 1999, de 26 de noviembre de 1999, etc.), así como, en fin, en aquellas otras referidas a los perjuicios generados a determinadas empresas petroleras por la Ley canaria reguladora del impuesto especial sobre combustibles derivados del petróleo (SSTS de 8 y de 9 de octubre de 1998). No me parece necesario recapitular ahora *in extenso* el razonamiento preciso y los supuestos fácticos de referencia de las citadas sentencias que conforman la aludida línea jurisprudencial, pues tal labor la ha acometido ya con suma prolijidad —y en fechas aún próximas— un grupo numeroso de cualificados autores, a cuya obra puedo y debo remitirme⁵⁰. Además, mi pro-

⁵⁰ *Vid.*, entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», cit.; C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, M. Pons, Madrid, 1999, pp. 55 y ss.; J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección...*, cit., pp. 76 y ss.; F. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza...*, cit., p. 353; R. GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad del Estado legislador*, Barcelona, 2001; F. GARRIDO FALLA, «A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador: las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 y de 5 de marzo de 1993», *REDA*, núm. 81, pp. 111 ss.; T. QUINTANA LÓPEZ, «La responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, núm. 135, pp. 103 y ss.

pósito no es en el presente contexto sino el de someter la tesis sobre la viabilidad de una responsabilidad patrimonial del Estado legislador con base en el principio de protección de la confianza legítima a un examen enfocado exclusivamente desde una perspectiva abstracta y general, a saber, desde una perspectiva *dogmático-constitucional*.

Antes de proceder a tal examen me parece oportuno llamar la atención sobre lo que, cuando menos, constituye una curiosidad: ni la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ni la del Tribunal Constitucional han considerado un obstáculo para la doctrina sentada en aquélla (viabilidad de una responsabilidad patrimonial del Estado legislador, declarada por tribunales ordinarios, sin necesidad de que las correspondientes leyes prevean expresamente la posibilidad de indemnizar los daños causados por su aplicación) lo dispuesto en el artículo 139.3 LRJ-PAC, según el cual «las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, *cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos*»⁵¹. En efecto, de acuerdo con la STC 27/1998, de 13 de febrero, «el hecho de no establecer expresamente (dichas leyes) eventuales previsiones indemnizatorias sólo supone que habrá de estarse a lo dispuesto en la legislación común en materia de responsabilidad de la Administración». Por tanto —prosigue la sentencia—, «si bien la denominada responsabilidad del Estado legislador no tiene una legislación de directa aplicación, ésta se asienta en los mismos principios que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración contenidos en el artículo 106 CE, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, artículos 120 a 123 de la Ley de Expropiación Forzosa, artículos 133 a 138 del Reglamento de Expropiación Forzosa y en la materia urbanística de que tratamos el artículo 87.2 de la Ley del Suelo. Son éstas normas, de cuya constitucionalidad no se duda, de las que, en última instancia, depende el fallo». Coherentes con esta premisa resultan otras dos conclusiones no menos relevantes que extrae la citada STC 28/1997. La primera es que no puede apreciarse la inconstitucionalidad de dichas leyes por el hecho de que no contengan una cláusula expresa de responsabilidad a favor de los perjudicados, «pues la necesaria integración de tales leyes en el ordenamiento jurídico conduce a colmar esa laguna con arreglo a los principios generales que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración». La segunda conclusión importante es que en todo momento el Tribunal Constitu-

⁵¹ La cursiva es mía. Sobre esta cuestión *vid.* S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Responsabilidad del Estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992», *REDA*, núm. 104, pp. 633 y ss.

cional está entendiendo que su doctrina se refiere al ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y no al de la expropiación forzosa, ya que subraya que «la cuestión debatida se contrae, en consecuencia, a la problemática de la denominada responsabilidad del Estado legislador, siendo de aplicación los principios relativos a la responsabilidad de las Administraciones Públicas». Pues bien, como señala con absoluto acierto Santiago GONZÁLEZ-VARAS, «es preciso entonces llamar la atención sobre la contradicción entre la literalidad de los términos del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia que acaba de comentarse»⁵².

Sin embargo, dicha jurisprudencia ha merecido, por lo general, una valoración favorable por parte de la doctrina científica. Tan es así que los correspondientes pronunciamientos se han centrado, en buena medida, en una crítica, en ocasiones despiadada, a los términos del citado artículo 139.3 LRJ-PAC, considerados por muchos un obstáculo inadmisiblemente a una línea jurisprudencial merecedora del mayor encomio⁵³. De esta tendencia doctrinal fueron harto expresivas las –no tan lejanas– palabras que pronunciara Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en su contestación al Discurso leído el día 8 de febrero de 1999 por Llandelino LAVILLA ALSINA en su recepción pública como Académico de número de la de Jurisprudencia y Legislación: «Hay que decir –enfaticaba en aquella ocasión GARCÍA DE ENTERRÍA– que nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa en este punto se ha iniciado y se está desarrollando en esta materia con una especial resolución y sabiduría, especialmente por la vía de la compensación de las alteraciones de las situaciones generadoras de confianza por vía indemnizatoria. Es ésta –concluye el citado autor– una de las novedades más importantes de nuestra jurisprudencia en los últimos tiempos»⁵⁴.

2. CRÍTICA DOCTRINAL

La posición favorable a la comentada línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, no desautorizada por el TC, no ha sido sin embargo unánime en la doctrina española. La crítica doctrinal a aquélla viene siendo más perceptible en los últimos tiempos, después de que en un primer momento parecieran predominar claramente, sin apenas contestación, las voces favorables. Incluso hay autores cuya opi-

⁵² *Op. cit.*, p. 637.

⁵³ *Vid.* C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad...*, cit., pp. 134 y ss.; R. GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad...*, cit., p. 537; F. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza...*, cit., pp. 348 y ss.

⁵⁴ *Cfr.* L. LAVILLA, *Seguridad jurídica y función del Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1999, pp. 110 y ss.

nión al respecto ha evolucionado nítidamente, desde una actitud de elogio de dicha jurisprudencia hacia una postura abiertamente crítica respecto de la misma. Es éste el caso, precisa y señaladamente, del recién citado profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, quien ha pasado de reconocer en 1999 «resolución y sabiduría» a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al principio de protección de la confianza legítima, a sostener en 2002 que «los Tribunales ordinarios, incluyendo el Tribunal Supremo, no (pueden) reprochar al Legislador la posible infracción de principios generales del Derecho que no (tengan) rango constitucional, y que, en el caso de tener este rango, deberían plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sin que ellos mismos (puedan) tratar de obtener de ese reproche consecuencias contra los productos legislativos mismos, bien el de una nulidad, bien el de una responsabilidad patrimonial derivada de una Ley censurada»⁵⁵. Con esta nueva postura GARCÍA DE ENTERRÍA ha venido a respaldar expresamente la tesis crítica de Javier GARCÍA LUENGO⁵⁶, quien, sin embargo y a diferencia de la posición actualmente sostenida por GARCÍA DE ENTERRÍA (globalmente crítica respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador), no cuestiona *in genere* dicha responsabilidad del legislador, sino sólo su apoyo en el principio de protección de la confianza. En efecto, según GARCÍA LUENGO, «la alegación en este contexto de la protección de la confianza no tiene sentido. Si existe – precisa este autor– un sacrificio particular como consecuencia de una actuación del legislador su indemnización no será resultado de la aplicación de nuestro principio como derivado de la seguridad jurídica, sino de las reglas sobre protección patrimonial del ciudadano que obligan a reparar aquellos perjuicios patrimoniales que no se tiene el deber de soportar. No se discute aquí el mantenimiento de una determinada situación jurídica, que sería el campo propio de un principio derivado de la seguridad jurídica, sino si la alteración de dicha situación es o no indemnizable»⁵⁷. En definitiva, GARCÍA LUENGO no descarta la responsabilidad del legislador, sino sólo que el fundamento de la misma sea el principio de protección de la confianza legítima.

3. POSICIÓN PROPIA

Mi posición coincide en esta ocasión con la de GARCÍA DE ENTERRÍA. A mi juicio, y en contra de lo declarado por el TC en su –a mi

⁵⁵ *Vid.* «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», cit., p. 184.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 196.

⁵⁷ *Cfr. El principio de protección...*, cit., p. 79.

entender— errónea sentencia 28/1997, la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los tribunales ordinarios con base en el principio de protección de la confianza legítima es inconstitucional. Por las siguientes razones:

- En primer lugar, como señala el citado autor, en nuestro Derecho los tribunales ordinarios, incluido el Tribunal Supremo, no pueden apreciar por su propia autoridad la inobservancia o infracción por el legislador de un principio que, si le resulta oponible, es porque tiene rango constitucional. Lo que no tiene ningún sentido —dicho sea con todo el respeto— es afirmar «una responsabilidad por actos legislativos que, *aun legítimos*, suponen un *atentado* al principio de confianza legítima»⁵⁸. Una de dos: o la ley es legítima —es decir, constitucional— o «atenta» contra un principio que, si puede resultar vulnerado por el legislador, es —cabe insistir— porque tiene rango constitucional. Las dos cosas al tiempo no son posibles.
- En segundo lugar, aunque sólo el TC puede apreciar por consiguiente la infracción o inobservancia por el legislador del principio de protección de la confianza legítima, tampoco puede este Tribunal, a mi juicio, declarar por este motivo la responsabilidad patrimonial del legislador. Por una sencilla razón: como es sabido, el TC no puede anudar una concreta consecuencia jurídica (declaración de nulidad, declaración de responsabilidad patrimonial, etc.) a la declaración de inconstitucionalidad de una ley cuando existan diversas posibilidades de adecuar la ley inconstitucional a la Constitución, pues en estos casos la opción por una de las diversas posibilidades de adecuación de la ley inconstitucional a la Constitución forma parte del margen de configuración del legislador democrático, que la jurisdicción constitucional no puede cercenar (ni mucho menos un órgano jurisdiccional ordinario)⁵⁹. Pues bien, existen siempre al menos tres posibilidades de adecuar una ley inconstitucional por infracción del principio de confianza legítima a la Constitución, a saber: una primera consistente, en efecto, en la indemnización de los daños causados a los ciudadanos afectados como consecuencia de la frustración o defraudación de su confianza; una segunda consistente en la adición a la ley de un régimen transitorio que amortigüe suficiente y razonablemente dicho efecto lesivo; y una tercera consistente,

⁵⁸ Vid. C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad...*, cit., p. 115 (la cursiva es mía).

⁵⁹ Vid. H. MAURER, *Staatsrecht*, cit., p. 688 (con cita de jurisprudencia constitucional alemana).

sencillamente, en la derogación de la ley inconstitucional. La elección entre estas tres alternativas compete en exclusiva al legislador, por lo que si un tribunal declara su responsabilidad patrimonial por inobservancia del principio de confianza legítima está innovando la ley (no sólo colmando «una laguna», como sostiene equivocadamente el TC en su sentencia 28/1997), esto es, está invadiendo el margen de configuración que le corresponde al legislador, desbordando por tanto su función de mero «legislador negativo».

- Precisamente en atención a esta libertad de opción que corresponde al legislador a la hora de «corregir» leyes contrarias al principio de confianza legítima el artículo 139.3 LRJ-PAC dispone, acertadamente por tanto, que «las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, *cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos*». Desconocer este límite en sede jurisdiccional, constitucional u ordinaria, supone algo más que una insubordinación a la ley (vedada al juez ordinario), equivale –insisto– a ignorar el margen de configuración del legislador (lo que está vedado también al juez constitucional). De ahí que no pueda compartir en modo alguno la crítica, muchas veces feroz, dirigida contra el citado precepto legal por un sector notable de la doctrina, que, a mi modo de ver, desconoce su verdadero significado, no ya conforme con la Constitución sino aun *exigido* por ésta⁶⁰.

⁶⁰ *Vid.* en este sentido L. PAREJO, Prólogo al libro de F. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza...*, cit. pp. 21 y ss.