

El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho

SUMARIO: I. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL DERECHO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA SEGURIDAD JURÍDICA: BREVE ACERCAMIENTO A SU FORMACIÓN EN LA DOCTRINA JURÍDICA. II. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 1. UN ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA. 2. LA SEGURIDAD JURÍDICA: VALOR O PRINCIPIO. 3. LA SEGURIDAD JURÍDICA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. III. LAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA CERTEZA EN LA CREACIÓN DEL DERECHO. 1. LA ARTICULACIÓN DE LOS DISTINTOS PRINCIPIOS INTEGRADOS EN LA SEGURIDAD JURÍDICA: ESPECIAL REFERENCIA A SU DELIMITACIÓN EN EL ÁMBITO DEL PODER EJECUTIVO. 2. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO CERTEZA EN LA CREACIÓN DEL DERECHO Y LA CRECIENTE INCAPACIDAD DEL LEGISLADOR PARA DAR RESPUESTA A ESTE FENÓMENO.

I. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN

El funcionamiento de la sociedad y el mercado exigen en este momento, incluso en mayor medida que en anteriores etapas históricas, el mantenimiento de un cierto umbral de seguridad¹. Las menciones

¹ En este sentido es de rigor recoger la siguiente cita: “Partimos a la conquista de una seguridad radical que necesitamos porque, precisamente, lo que por lo pronto somos aquello que no es dado al sernos dada la vida, es radical inseguridad». Nos expresa así J. ORTEGA Y GASSET, con gran celo lo que es una de las mayores aspiraciones del género humano en: «Unas lecciones

a este «valor» son reiteradas y numerosas: se habla de seguridad social, seguridad en el trabajo, seguridad en la sanidad, seguridad ciudadana, etc... y ello a pesar de que gran parte de las menciones a la seguridad revisten un carácter vulgar, ajeno a su significación jurídica, hasta el punto de poder decir que éste se ha constituido en un componente esencial para la calidad de vida². En realidad, puede decirse que el Estado, como forma concreta de ejercicio del poder en nuestra sociedad, descansa en gran medida sobre la idea de la seguridad como tendremos oportunidad de comprobar al hacer un breve recorrido histórico sobre la idea de seguridad jurídica.

Por supuesto, la situación ideal sería la confianza en la actuación racional, libre y fundada de los otros actores públicos y privados. Sin embargo, la realidad cotidiana demuestra que para poder confiar en el comportamiento de los demás, y específicamente del poder público, es necesario tomar medidas institucionales y reglamentarias, junto a articular principios que disciplinen el funcionamiento de las instituciones, de tal forma que se posibilite y garantice la fiabilidad de ese comportamiento para los ciudadanos.

Ciertamente, en las relaciones *interprivatos*, el orden jurídico general asumirá dicha función poniendo a disposición de éstos un sistema contractual que garantiza el cumplimiento de las obligaciones, enumerando determinados principios que apoyan el leal cumplimiento de las partes e, incluso, previendo sanciones penales para el caso de desviaciones graves de los comportamientos socialmente reconocidos como legítimos.

Es precisamente en la relación del individuo frente al Estado soberano, es decir, en las relaciones jurídico-públicas donde los mecanismos antes aludidos no son suficientes para articular una adecuada garantía que proporcione la suficiente fiabilidad al sistema. El Estado, parece obvio, no puede incurrir en una pena y las relaciones contractuales juegan, en este ámbito, un papel escaso y poco relevante dada la situación preeminente de éste en la contratación administrativa.

En este sentido, el principio de seguridad jurídica es, y no cabe duda de ello, un valor en alza de necesaria referencia. Efectivamente, la proliferación de las normas jurídicas, un verdadero huracán normativo³, a la que asistimos en la actualidad producto de múltiples razones

de metafísica», en *Obras Completas*, Alianza editorial y Revista de Occidente, Madrid, 1ª reed., 1988, tomo XII, p.108.

² En este sentido, A.E. PÉREZ LUÑO, expone que «es probable que no existan términos tan asiduamente invocados hoy como la seguridad» y citando así las continuas menciones al término, no olvida situar la seguridad del tráfico negocial como tema protagonista de nuestro tiempo: *La seguridad jurídica*, 2ª ed. revisada, Ed. Ariel, 1994, p. 9.

³ La preocupación por la amplitud del ordenamiento, aunque ciertamente grave en el momento actual, no es ni mucho menos nueva en la preocupación de los juristas hombres de la época. Desde el siglo de oro ya SANCHO DE MONCADA, *Restauración política de España*, re-

como la creación de nuevos centros de poder legislativo como son la Comunidad Económica Europea y las Comunidades Autónomas, la ruptura de la estricta separación de poderes que ha llevado a que el poder ejecutivo se convierta también en una importante fuente de producción legislativa, la irrupción del Estado en múltiples sectores de la sociedad regulando su intervención, el frenético cambio normativo⁴, el desarrollo de la sociedad de información, la celeridad y la agilidad en la contratación y, en general, la vivacidad y la aceleración del tráfico jurídico, han determinado finalmente la aspiración legítima, por otra parte, de armonizar las necesidades de cambio con la seguridad jurídica⁵.

Se trata, en suma, de asegurar la confianza de los ciudadanos en los poderes públicos, de posibilitar la creación de condiciones jurídicas y económicas factibles y reales para la creación de riqueza, de proteger la actividad económica planificada y a largo plazo, etc... No se quiere decir con ello que lo adecuado sea la petrificación del ordenamiento jurídico, de detener el necesario cambio social y económico, la justificación a la inactividad por temor a vulnerar míticos derechos adquiridos, pero sí la necesaria determinación de los equilibrios necesarios que garanticen la posición subjetiva del ciudadano.

edición de su obra de 1619, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, p. 201 y ss., se refería a dicho problema explicando que las muchas y numerosas leyes existentes en ese momento causaban perjuicio a los ciudadanos, dificultaban la acción judicial, eran equívocas y no se guardaban. Y por ello propone algunas soluciones que siguen conservando vigencia: «reducir tantas leyes a pocas», que «las leyes que quedaren hablen con palabras breves y claras», «quitar o mudar las leyes que el tiempo y nuevas circunstancias han hecho inútiles o dañosas a España» y «que se guarden sin excepción, ni dispensación las leyes que quedaren».

⁴ Las medidas adoptadas para la reforma del Estado en Francia incorporan reglas que implican, entre otros temas, la simplificación normativa en la que ya insistió su Consejo de Estado en el Rapport Public 1991, Conseil D'État, Études & Documents, n° 43, p. 15 y ss. Efectivamente, la heterogeneidad y dispersión normativa, tanto por lo referente al contenido como a la peculiar tramitación, conduce a un grave defecto del ordenamiento que lo convierte en inseguro debido a la falta de coherencia interna y la dificultad de interpretación del mismo para el ciudadano, e incluso del jurista. Y es que, en efecto, como puso de relieve HENKEL, un sistema de normas cargado de superabundancia de preceptos y disposiciones insuficientemente estructuradas conduce inevitablemente a la inseguridad jurídica. Cfr. H. HENKEL: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Edit. Taurus, Madrid, 1968, p. 547. Idéntico criterio puede encontrarse en F. SAINZ MORENO: «Seguridad Jurídica», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, pp. 6108-6118.

⁵ En este orden de cosas, no está de más recordar las palabras de L. PAREJO ALFONSO: «*El Estado, sometido aún a la poderosa inercia de su propia evolución desde el Estado liberal de Derecho al Estado social, se revela incapaz de reaccionar con la necesaria prontitud, energía e imaginación a las nuevas exigencias que las transformaciones sociales plantean con todo vigor y perentoriedad...La suma de esta incapacidad a la combinación entre la progresión y el perfeccionamiento del Estado social en conquistas sociales basadas en la filosofía de la gestión pública, de un lado, y la consolidación de estas conquistas en «derechos adquiridos» resistentes a su remoción, de otro, acaban determinando, en un contexto de incertidumbre sobre el futuro..., una imagen conflictiva, cuando no negativa, del Estado, el cual se aparece como un gigante torpe y pesado ...*»: en *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y debates n° 30, Madrid, 1991, p. 12.

Ello explica que, hoy en día, sean numerosas las fuentes bibliográficas que se ocupan de un tema que ha pasado a ocupar un importante lugar en la filosofía del Derecho frente a otros tradicionales, como la justicia y la libertad.

Pero también, y como decíamos líneas atrás, en lo que respecta al Derecho público la seguridad jurídica ha adquirido una importante significación. Los individuos al organizar su vida en sociedad y conferir a una estructura jurídica y de poder la facultad de dirigir y regular la misma aspiran a que ese poder sea el primero obligado por las normas jurídicas. En este sentido, el cumplimiento de la ley y el respeto a ésta obliga, en primer término, a los poderes públicos; consecuencia, esta última, que no hace sino responder a la clásica formulación del Estado de Derecho que en su momento realizasen VON MOHL y VON GNEIST. Expresivamente POSADA, nuestro ilustre administrativista, escribirá: «*El Estado tiene su justificación racional y su explicación histórica en la necesidad de atender al establecimiento de un orden de derecho en un régimen de justicia: vive —y debe vivir— por y para el Derecho. Concebido el Derecho como condición formal de la vida racional, se elabora y se realiza en la esfera política mediante la construcción de la sociedad en un verdadero Estado jurídico*»⁶.

Ahora bien, frente a esta posición que mantiene la necesidad de mantener un orden jurídico certero, que en su versión extrema significaría el aseguramiento a ultranza de las situaciones jurídicas individuales, se alzan otros posibles valores que también es preciso salvaguardar. Efectivamente, el equilibrio que todo orden jurídico precisa exige en este caso poner en conexión las reflexiones anteriores con otros valores. Entre otros, a título de ejemplo, se pueden destacar: la necesidad de preservar el principio de legalidad y de libre configuración legislativa, la igualdad en el cumplimiento y observancia de la ley y la propia seguridad jurídica que ahora, desde otro punto de vista al anteriormente señalado, reclamaría la aplicación estricta de las normas con idénticos criterios. Y, junto a estas razones estrictamente jurídicas, cabe añadir el hecho constatable del necesario progreso de una sociedad en continua evolución que demanda responder con cambios a los cambios que en la sociedad y en el Estado se producen. Razones todas ellas que, de una u otra forma, con mayor o menor intensidad, avalarían la posibilidad de revisión del orden jurídico establecido que no se concibe así como un punto de llegada, sino como un proceso en continuo desarrollo y perfeccionamiento.

En definitiva, en los casos de transformación del orden jurídico ya consolidado, legalidad y seguridad jurídica, dos principios básicos y rectores en cualquier ordenamiento jurídico, se van a ver sometidos a

⁶ A. POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid 1923, pp. 85 y 86.

una importante tensión como tendremos oportunidad de comprobar en las páginas que siguen y que refleja, en último término, los conflictos de una sociedad compleja que cambia y evoluciona a gran velocidad. A demasiada velocidad en ciertas ocasiones.

Nos encontramos, por tanto, ante un concepto complejo que apela a la serenidad, a la certidumbre y la firmeza, a la confianza y a la protección, pero también a un concepto que no es ajeno a sentimientos peyorativos de modo que el mismo, al ser puesto en relación con la libertad, ha sido conceptualizado como sinónimo de conformismo o privación de iniciativa y creatividad y respecto de la justicia, como tendremos oportunidad de comprobar, se ha encontrado en verdadero antagonismo pero que, no cabe duda, es hoy una «*noción clave*» para la comprensión integral del Derecho que en el mundo moderno está «*fuertemente vinculado a las concepciones democráticas*»⁷.

2. LA SEGURIDAD JURÍDICA: BREVE ACERCAMIENTO A SU FORMACIÓN EN LA DOCTRINA JURÍDICA

«*Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una estrechísima red de reglas de conducta que desde el nacimiento y hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección*». Con estas palabras nos recuerda BOBBIO cómo nos encontramos envueltos en un gran número de normas, en un sometimiento permanente a nuevas reglas⁸. La misma historia de la sociedad puede ser estudiada como un conjunto de ordenamientos, de grupos normativos que se suceden unos a otros. Todas estas reglas se diferencian en sus fines, en su contenido, en la obligación por la que surgen, por los sujetos a que se dirigen..., pero todas tienen un elemento común, son «*proposiciones*—nos sigue diciendo BOBBIO—*que tienen como fin influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, de dirigir la acción de aquellos y de éstos hacia ciertos objetivos antes que a otros*».

Y es más, este conjunto de normas forman un sistema y se engloban en lo que podemos llamar Derecho que requiere como elementos esenciales una sociedad, como base para aplicar el mismo, un orden

⁷ Así lo considera: G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, «La seguridad jurídica, desde la filosofía del Derecho», *Seminario sobre «seguridad jurídica»*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo y Consejo General del Notariado, Santander, 28 de agosto a 1 de septiembre de 1989, p. 1.

⁸ N. BOBBIO: *Teoría general del Derecho*, Editorial Debate, 1992, p. 15. Esta misma profusión normativa ha sido puesta de manifiesto en nuestros días por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «*El cambio normativo es, pues, frenético. El legalismo, desenfrenado, abocado a una inestabilidad permanente. Ninguna posibilidad de confiar en una conclusión o retoque último...*» en: *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Edit. Civitas, Madrid, 1981, p. 63.

social, al cual tiende el Derecho, y una organización como medio para realizar el orden⁹. Ahora bien, ¿cuál es el fin de este entramado de normas? ¿Cuál es, en definitiva, el fin del Derecho? Si atendemos a la historia del Derecho, ésta nos muestra una lucha constante por encontrar un equilibrio entre los principios de seguridad, de justicia y de libertad. Ha sido numerosa la doctrina científica, y muy en especial la constitucionalista y la filosófico jurídica, la que se ha ocupado de los valores de la igualdad, la justicia, la libertad y la seguridad jurídica.

También dicha doctrina se ha ocupado de las relaciones entre ellos, y en concreto con respecto al principio que ahora nos ocupa, y han examinado y discutido el mismo como efecto y finalidad, como fin o como función, como principio y como valor. Ahora bien, sin menoscabo de otros principios o valores éticos superiores, como puedan ser el citado de libertad o el principio de justicia, si nos preguntamos el porqué y para qué del Derecho no podemos sino concluir, como ha puesto de manifiesto RECASENS SICHES, que la seguridad jurídica ha sido, y sigue siendo, el motivo fundamental del mismo ya que la seguridad pertenece a la misma esencia del Derecho mientras que la justicia pertenece a sus fines, o lo que es igual, la seguridad es el criterio que debe inspirar al Derecho. Distingue así en su obra entre dos tipos de valores, valores fundantes y valores fundados, de modo que incluye a la seguridad jurídica entre los valores inferiores pero fundantes puesto que condiciona la posibilidad de la realización de otros valores superiores como la justicia¹⁰.

En igual sentido se manifestaba HOBBS, quien va más allá al afirmar que la seguridad no sólo constituye la finalidad del Derecho sino de la organización política, identificando finalidad del Estado y segu-

⁹ Éstos son los elementos constitutivos del concepto de Derecho en opinión de SANTI ROMANO: *L'ordinamento giuridico*, 2ª edición aumentada y revisada, 1945. Estos tres elementos son admitidos por los exponentes de distintas teorías; las diferencias se encuentran en la importancia o en el acento que se coloca en cada uno de esos elementos.

¹⁰ Véase RECASENS SICHES: *Tratado general de filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, 1981, p. 220. Dicho autor expone, en este sentido, que «Y si, para ello, tratamos de descubrir el sentido general del surgimiento del Derecho, a fin de percatarnos de su esencia, caeremos en la cuenta de que la motivación radical que ha determinado el orto del Derecho no deriva de las altas regiones de los valores éticos superiores, sino de un valor de rango inferior, a saber: de la «seguridad» en la vida social.

Efectivamente, si bien la justicia, y los demás valores jurídicos supremos representan el criterio axiológico que debe inspirar al Derecho, y que si bien éste no quedará justificado sino en la medida en que cumpla las exigencias de tales valores, sin embargo, el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. La pregunta de por qué y para qué hacen Derecho los hombres no la encontramos contestada en la estructura de la idea de justicia, ni en el séquito de egregios valores que la acompañan como presupuestos por ella, sino en un valor subordinado —la seguridad— correspondiente a una preteroria necesidad humana.»

ridad: «...Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así, una personación que por pactos mutuos realizados entre sí fue instituida por la multitud de los hombres y cada uno como autor; al objeto de que pueda utilizar la fuerza y los medios de todos como lo juzgue oportuno para la seguridad de la paz y defensa común»¹¹.

Precisamente será fundamentalmente, a partir de HOBBS, cuando la seguridad jurídica se constituya en un punto importante de los tratados de Filosofía del Derecho. Y es que si bien la exigencia de la búsqueda de la seguridad ha sido, desde siempre, una constante humana, la importancia de este principio no adquiere una posición notable en la doctrina jurídica hasta que, por influencia de los contractualistas y los iluministas¹², ésta se coloca en un valor de primer orden, junto con otros que habían sido supervalorados con relación a este, tales como la libertad, la igualdad y la justicia¹³. Es a partir de este momento cuando puede hablarse de la seguridad como presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos, tendencia que culminará en el siglo XVIII con el utilitarismo filosófico y especialmente con BENTHAM quien, en ningún momento, duda en señalar la seguridad como el fin principal de la ley¹⁴.

Pero hasta ese momento en que la seguridad jurídica se sitúa en un punto álgido en la doctrina filosófica, la importancia de la seguridad ju-

¹¹ Véase T. HOBBS: *Leviatán*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, con prólogo de E. TIERNO GALVÁN. Asimismo, puede verse N. BOBBIO y traducción de A. CATRYSSSE. En igual sentido, aun sin poder ser considerados dentro de la escuela, se encuentran SPINOZA y DE BECCARIA.

¹² Para los defensores de las teorías contractualistas, a partir de HOBBS, la referencia a la seguridad como presupuesto y función del Derecho y del Estado, se situará en el centro de sus defensas.

¹³ La consideración de la seguridad como la causa que justifica el abandono del «Estado de naturaleza», situación en la que el ser humano gozaba de absoluta libertad, a la sociedad y por tanto la consideración de ésta como presupuesto del Derecho y del Estado es la base de la teoría de los contractualistas y entre ellos y fundamentalmente HOBBS, KANT, LOCKE y PUFENDORF. Sólo explica según esta tradición el origen de las instituciones políticas y jurídicas el paso a un *ius certum*.

¹⁴ Así lo pone de relieve PÉREZ LUÑO, para quien la seguridad tiene la misma consideración: «En el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional; y función del Derecho que «asegura» la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para los restantes valores constitucionales». Cfr.: *La seguridad...*, op. cit., pp. 27-28. Más tarde incluso de la obra de J.J. ROSSEAU se podrá deducir como la búsqueda de este principio es condición y garantía de la igualdad y la justicia: *Du contrat social*, I, 8; *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, II; *Discours sur l'économie politique*, I, e incluso MONTESQUIEU hará referencia a la seguridad cuando afirma que viviendo en sociedad es necesario saber los lazos que contraemos, *El espíritu de las leyes*, Ed. Tecnos, Madrid, 1972, libro XI, cap. 6. J. BENTHAM: *Principes du code civil*, Bruxelles, dirigido por Dumont, 1829, quien en el cap. VII, col. I, p. 83, afirma: «l'objet principal des lois: le soin de la sûreté».

rídica sufre distintos vaivenes que van, desde la simple mención a la *salus* o *securitas* con la doctrina clásica, hasta la consideración de la seguridad como legitimadora del poder, sin mencionar nuevamente la primera formulación doctrinal de este principio de la mano de HOBBS¹⁵.

Si en el pensamiento jurídico clásico ésta tuvo escasa importancia, dicha situación perdurará con los neoutilitaristas que la infravalorarán en aras de otorgar una mayor importancia a otros principios como los de justicia, libertad o igualdad. Aunque ciertamente también hay períodos intermedios en que se realza la importancia del principio. IHERING, en este sentido, proclamará que el Estado es un sistema de seguridad del Derecho. El Derecho, para dicho autor, es un sistema que articula el egoísmo individual y motiva a utilizar el egoísmo ajeno con el fin de realizar una acción común que beneficia a todos y en particular a la sociedad. Sobre esta estructura social se introducen elementos éticos de carácter corrector como es la libertad, la igualdad y la paz sin la cual el comercio es imposible.

Pero será ya, a principios del pasado siglo, cuando se produzca un replanteamiento del principio con RADBRUCH, para quien son tres los objetivos del Derecho: seguridad, justicia y finalidad; siendo entre ellos el primero el verdadero instrumento de acción social¹⁶. Dentro de esta misma línea, y con mayor especificidad en el tema que nos

¹⁵ Así, en los autores clásicos encontramos numerosas menciones a la seguridad de manos de CICERONE: «...*quoniam omnia commoda nostra, iura, libertatem, salutem denique legibus obtinemus, a legibus non recedamus*» o NERACIO: «*minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*». Con el iluminismo en el siglo XVII también se le otorga a la seguridad el papel fundamentador del poder como se deriva de la obra de BECCARIA, quien afirma que los hombres ante una «insegura» libertad prefirieron ceder una cuota de ésta para gozar de una «permanente» seguridad, SPINOZA o SONNENFELS. Véase: C. BECCARIA: *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, ed. Ejea, 1958, p. 97; B. SPINOZA: *Tratado teológico-político*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, quien se ocupa de la materia en las páginas 57 a 64 y SONNENFELS: *Scienza del buon governo* (traducción de: *Grundsätze der Polizei*, 1765), Venezia, 1785.

¹⁶ En la obra de G. RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929, pp. 95 y ss., éste incluye la seguridad jurídica dentro de la trilogía de los objetivos del Derecho positivo, constituida además por la justicia y la finalidad –referida esta al bienestar común–. Si considera la finalidad como un objetivo contingente y variable, fija a la seguridad y la justicia como objetivos permanentes, trascendentes y abstractos. Pero de ambos, asegura que es la seguridad el primer valor del Derecho como instrumento de acción social, el cual representa su necesidad más primaria y urgente. En una obra posterior este autor resuelve la lucha entre positivistas e iusnaturalistas cuando afirma que «...*la lucha entre Derecho y moral no es más que aparente y no es más que aparente y entraña en realidad una colisión entre dos deberes morales, ya que la observancia acrítica de la ley no sólo es un deber jurídico, sino también moral y no una mera imposición autoritaria, sino una norma obligatoria....Es decir que no sólo la justicia es un valor moral, sino también la seguridad jurídica, ...*– y sigue diciendo– *Cuál de ellos deba prevalecer en caso de conflicto es el problema; por qué dar preeminencia incondicionada a la justicia sobre el poder y el Derecho positivo que éste establece provoca la anarquía. El jurista práctico está obligado a anteponer la certeza y la seguridad aunque le provoque una frecuente tragedia íntima...sin la cual no puede darse orden jurídico, premisa indispensable para que las posibilidades de la justicia acrezcan y se generalicen..* Cfr.: *Introducción a la Ciencia del Derecho* (traducción de L. RECASSENS SICHES), Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1930, pp. 31 y ss.

ocupa, RUMELIN, uno de los grandes estudiosos modernos de la seguridad jurídica como suplemento positivo de la justicia, hace referencia a un aspecto particular de la seguridad jurídica: la seguridad jurídica como confianza necesaria para el desarrollo estable del tráfico jurídico (analizando junto a esta faceta la seguridad como contrapeso de la libertad contractual)¹⁷. Sin embargo, la importancia que nuevamente empezó a atribuírsele a la seguridad jurídica no fue generalizada y se consideró como «un riesgo de que pudiera hacerse servir más para el Estado que para la sociedad y para los ciudadanos que la integran», con lo que suponía el miedo a una vuelta a la idea del Estado-policía propia del pensamiento liberal; idea dañina para el progreso de la libertad individual. Se manifestaron en contra principalmente los seguidores de las corrientes iusnaturalistas que consideraban a la seguridad como favorecedora de la amoralidad y por tanto una noción peligrosa¹⁸.

Las primeras críticas a la importancia atribuida a la seguridad han venido, sin embargo, de dos campos: el fascismo y el marxismo¹⁹. Recordemos que el lema del fascismo fue la idea de NIETZSCHE «*vivid en peligro*», lo cual conlleva un enardecimiento del riesgo y el heroísmo; de otro lado, el rechazo a la vida segura y a la idea de seguridad como valor jurídico fue defendido por los juristas alemanes del nacionalsocialismo. Un tanto igual podemos afirmar respecto del marxismo, aun cuando aparentemente puedan parecer acérrimos enemigos. MARX inserta al Derecho en lo que denomina superestructura, reparando que el mismo viene determinado por el modo de producción de cada época, y como vivimos en una época burguesa y capitalista, el fruto de ello es un Derecho igualmente burgués y capitalista, y como consecuencia de ello también la seguridad jurídica es un valor de la clase burguesa²⁰.

¹⁷ Véase M. RÜMELIN: *Die Rechtsihergeit*, Tübinga, Ed. J.C.E. Mohr, 1924. (Reimpresión de Frankfurt, 1970). En el campo del Derecho privado en el primer tercio de siglo las mayores defensas de la seguridad jurídica provienen de R. DEMOGUE: *Notions fondamentales du Droit Privé*, Paris, Lib. Rousseau, 1911 y A. THON: *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Ed. Padova, Cedam, 1951.

¹⁸ Las principales críticas en este periodo vinieron, como nos recuerda MEZQUITA DEL CACHO, de H. AHRENS, G. RIPERT, cuyas críticas han tenido continuación en la época contemporánea de manos de un nutrido grupo de autores, entre otros, J. ESSER: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Traducción de Valentí Fiol, E., Barcelona, Ed. Bosch, 1961, pp. 34, 35, 380, 381, donde nos muestra su antipatía al hecho de haber sido asignado a la ley el atributo de la seguridad, dando a éste primacía sobre, entre otros, el Derecho jurisprudencial, considerando ello como un auténtico error histórico. Para este autor, la seguridad jurídica que pueda reconocerse hoy en día viene de la jurisprudencia apolítica de los principios.

¹⁹ Así lo recogen, entre otros, L. LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953, p. 12 y G. RADBURCH, *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, 1974, p. 44.

²⁰ C. MARX, «Contribución a la crítica de la economía política», en *Obras escogidas*, Ed. Progreso, V. I, pp. 517-518, y *Manifiesto del partido comunista*, en op. cit., tomo I, p. 125.

Pero no son éstas las únicas amenazas que ha sufrido el principio de seguridad jurídica. LÓPEZ DE OÑATE, en un interesante trabajo, se ocupa de los peligros que recaen sobre lo que en la doctrina italiana recibe la denominación de *certezza del diritto*. El citado autor añade a las amenazas ya citadas las que provienen del Derecho libre –que agruparían las amenazas teóricas– y las que proceden de «la oscuridad de la norma, sus lagunas, la falta de simplicidad, su inestabilidad, la multiplicidad de disposiciones, la dificultad y amplitud de los criterios»–que agrupan lo que denomina amenazas fácticas²¹.

Dejando a un lado este paréntesis, tras el primer tercio del siglo XX, la estimación de la seguridad jurídica vuelve a cobrar un especial valor, siendo innumerables las referencias a ella, bien como valor, bien como principio. Esta reconsideración conducirá a una diversificación de planteamientos: la filosofía del Derecho, por un lado, la cual se ocupa de los valores éticos, y la teoría general del Derecho que gira en torno a la validez jurídica y el valor de seguridad, no el de justicia. Se califica así a la justicia como valor metafísico y a la seguridad como valor positivo²².

²¹ Cfr. F. LÓPEZ DE OÑATE: *La certezza del diritto*, Ed. Giuffrè, Milano, 1968, pp. 67-97. Dedicó el capítulo IV a las «*minacce di fatto*» y el capítulo V a «*Le correnti teoriche contro la certezza del diritto*».

²² Una de las invariables de la filosofía y de la Teoría General del Derecho ha sido la calificación de la seguridad como valor positivo opuesto a la justicia como valor metafísico. Respecto a estas calificaciones podemos ver: C. COSSÍO, «Los valores jurídicos. Meditación sobre el orden y la seguridad», *La Ley*, Julio-agosto, 1956 y en *Anuario de la Filosofía del Derecho*, IV, 1956, pp. 27 y ss. Mucho antes G. RENARD, ya había rechazado esta doble calificación y había considerado que no sólo la justicia, que únicamente a medias explica el Derecho, sino también la seguridad, que termina de explicar y fundamentar el Derecho, es un valor de Derecho natural, Cfr. *La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Recueil Sirey, Vol. I, 1930, pp. 27 y 49 a 55. Esta escindibilidad, filosofía y Teoría general del Derecho, nos traen a la memoria la clásica contienda entre iusnaturalistas y positivistas, que encierra, a su vez, la lucha por el protagonismo de la justicia o de la seguridad y la validez jurídica de éstas a través de la ley. Las corrientes iusnaturalistas que renacieron a la caída del régimen nacionalsocialista alemán atacaron al positivismo y especialmente a la preterición de la justicia por la validez normativa y la seguridad jurídica., achacando a este motivo la degradación del Derecho en aquel determinado momento histórico. Especiales críticas se hicieron a la obra de Kelsen, y de sus seguidores de la Escuela de Viena, que culminó en la Teoría Pura del Derecho (Teoría que recibió duras críticas de los juristas favorables al nazismo como SCHMITT, SCHNEFELD o WOLF). Las críticas iusnaturalistas también se gestaron contra la obra de RADBURCH quien, aun cuando es conocida su defensa de la seguridad y de la legalidad como subordinadas a la justicia, llegó a admitir posteriormente que «en los casos en que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza un grado insoportable, la ley, en cuanto Derecho defectuoso, ha de ceder ante la justicia... –y continúa– cuando ni siquiera se aspira a realizar la justicia; cuando en la formulación del Derecho positivo se deja conscientemente a un lado la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia. Entonces no estamos ante una ley que establece un Derecho defectuoso; sino ante un caso de ausencia de Derecho; porque no se puede definir el Derecho, incluso el positivo, si no es diciendo que es un orden establecido con la intención de servir a la Justicia»: Cfr. J.M^a RODRÍGUEZ PANIAGUA, «Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las le-

En esta nueva reflexión sobre la seguridad jurídica LEGAZ LACAMBRA también hará referencia al Derecho como orden y forma de vida que ha de responder, en primer lugar, a la exigencia de la vida mediante el aseguramiento de la paz. Reafirmando la doctrina del contrato social nos dice «...la seguridad es el factor primario que impulsó a los hombres a constituir una sociedad y un Derecho, o, dicho en términos más racionales, lo que constituye el motivo radical y primario de lo jurídico»²³. El gran jurista alemán LARENZ mantendrá, de esta forma, entre los objetivos principales del Derecho el alcanzar la paz jurídica y realizar la justicia.

En la línea de ensalzar la justicia frente a la seguridad podemos también citar, entre otros autores modernos, a KRUSE, quien considera la seguridad como expresión y emanación del concepto de justicia²⁴. Se convierten así estas dos concepciones en armonizadoras y complementarias, aunque el debate entre ambas nunca cesará por presentar ideologías opuestas, surgiendo también posiciones intermedias.

Es así, en el momento en que se armonizan y complementan la seguridad y la justicia y no se presentan como antagónicas, cuando la seguridad jurídica se consolida como «valor». Precisamente, en el establecimiento de un sistema binario. Por un lado, la teoría general del Derecho, en la que sólo tienen cabida conceptos objetivos y empíricos, de contenido no susceptible de discusión. De otro lado, la filosofía del Derecho, en la que se dan valores que se concretan según épocas, culturas o estructuras socio políticas²⁵.

Se presentan entonces las Constituciones como los textos en que se recogen, no sólo expresiones formales, sino también objetivos éticos²⁶,

yes», en *Derecho injusto y derecho nulo*, Ed. Aguilar, Madrid, 1971, p. 14. Merece también la pena destacar la obra del iusnaturalista moderno, G. CAPOGRASSI, quien, aun rindiendo un gran crédito a la doctrina de la certeza jurídica, incurrió en la extremada crítica antikelseniana. Véase: «Impressioni su Kelsen tradotto», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1952, pp. 767 a 815. Hoy la obra de Kelsen tiene sus mayores partidarios en la obra alemana, a cargo de ROMME o NAWIASKY y de, entre otros, HART, ROSS y BOBBIO.

²³ Cfr. LEGAZ LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, 1979, p. 604 (1ª ed. Barcelona, 1953). No obsta ello, sin embargo, a que realice una referencia a la justicia en los siguientes términos: «en la realización de la seguridad a través de la legalidad hay también ya una realización relativa de la justicia». Considera así a la seguridad —a un orden jurídico seguro— como la primera exigencia de la justicia y por tanto su presupuesto, recordándonos así la idea de BACON de no ser posible la ley justa sin ser cierta.

²⁴ H.W. KRUSE: *Derecho Tributario*, Madrid, 1978, pp. 145 y ss.

²⁵ Aunque han de tenerse en cuenta las palabras de Elías DÍAZ, mediante las que nos muestra la relación entre los valores positivos y los valores éticos sin que puedan entenderse como compartimentos totalmente diferentes, sino al contrario, la relación entre las ideas de Derecho-seguridad-justicia manifiestan la comunicabilidad entre ambos planos a la vez que revelan la necesidad de su separación: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pp. 40 a 42.

²⁶ Y en esta línea, la Constitución Española. Art. 1.1.

terminando así la consideración de la seguridad como un valor relegado al de la justicia y flexibilizándose la tensión y confusión entre los términos existente hasta ese momento. En palabras de CUCHE: «*La paz, la seguridad, son los primeros bienes que el Derecho debe de proporcionarnos. Por tanto, aunque estuviéramos en profundo desacuerdo, irreductible, sobre los fines superiores del Derecho, podemos entendernos para hacerle cumplir esos fines intermedios en los cuales todos estamos interesados*»²⁷.

Las consecuencias de lo expuesto se reflejan en el constitucionalismo contemporáneo que, recogiendo el pensamiento de la Ilustración en este punto, intenta excluir la sorpresa y el azar en la configuración de la sociedad. Incluso su consagración determina, en alguna medida, la configuración de la norma fundamental como rígida, es decir, con grandes dificultades para su reforma o modificación²⁸. Se exige, en suma, que la actuación y la organización estatal permitan la previsibilidad de su acción por parte de los ciudadanos en lo que afecte al libre ejercicio de sus derechos y libertades. Al respecto, LOEWENSTEIN reflexionaba cómo: «*Desde un punto de vista teórico... una constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del proceso político según el cual todos los desarrollos futuros de la comunidad, tanto de orden político como social, económico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera que no fuese necesario un cambio de normas conformadoras. Cada Constitución íntegra, por así decirlo, tan sólo el statu quo existente en el momento de su nacimiento, y no puede prever el futuro; en el mejor de los casos, cuando esté inteligentemente redactada, puede intentar tener en cuenta desde el principio, necesidades futuras por medio de apartados y válvulas cuidadosamente colocados, aunque una formulación demasiado elástica podría perjudicar a la seguridad jurídica*»²⁹.

Es de esta forma cómo el principio de seguridad jurídica reviste en la actualidad en el instrumentario jurídico de cualquier país una importancia decisiva. La existencia de un orden establecido por normas que gozan de la vocación de permanencia es, lógicamente, una exigencia también insoslayable en los requerimientos de nuestra sociedad para su normal desarrollo³⁰.

²⁷ Esta cita de G. RADBRUCH: *Filosofía...*, op. cit., p. 97.

²⁸ G. ATALIBA, «Seguridad Jurídica», *R.E.D.F.*, n° 59, 1988, pp. 333 y 335.

²⁹ K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1976, p. 164.

³⁰ Exigencia insoslayable no exenta, como se expuso más arriba, de determinadas tensiones. En este sentido SERRANO DE TRIANA, «La función actual de la seguridad en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Actualidad Administrativa*, n° 31 pp. 1785 y ss., recuerda que son varias las tensiones a las que se ve sometido el principio de seguridad jurídica: de un lado, el equilibrio entre certeza y certidumbre; de otro lado, la tensión entre libertad individual y libertades colectivas; por último, el alcance de la legalidad y de la jerarquía normativa en cada ordenamiento.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que es en el Estado de Derecho donde la seguridad jurídica ha asumido su principal papel y como consecuencia de ello, se encuentra en íntima conexión con el principio de legalidad y se convierte en «*la exigencia dirigida al Derecho positivo de crear...certeza ordenadora*»³¹.

Pero no sólo implica esa exigencia, sino que, según expresa LEGUINA VILLA, el principio de seguridad jurídica ha adquirido una triple dimensión en el devenir de la sociedad actual: en primer lugar, como conocimiento y certeza del Derecho positivo; en segundo lugar, como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general, en cuanto garantes de la paz social; y, finalmente, como previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de las conductas de terceros³².

II. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. UN ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA

Entre los múltiples intentos de conceptuar la seguridad jurídica dicho concepto se ha intentado vincular a otros términos como son certeza u orden, firmeza y confianza. Y es que la seguridad jurídica, a diferencia de otros valores o principios reconocidos constitucionalmente, no parece tener en sí misma un contenido concreto. Efectivamente la misma es reconocida constitucionalmente, pero su alcance viene determinado por la realización de otros principios y valores que conforman el Estado de Derecho.

Se trata, ciertamente, de un concepto básico de la Teoría del Derecho que, fuertemente vinculado a las formas de manifestarse de éste, a las instituciones jurídicas, muestra una necesidad del individuo que se hace especialmente patente en la medida en que éste vive en sociedad e independientemente de que lo consideremos presupuesto o fin, pues múltiples son las posiciones que sobre este punto podemos encontrar. Supone la necesidad de que el individuo obtenga del Derecho certeza en sus actuaciones frente a las actuaciones de otros individuos, que le permita conocer las consecuencias de las mismas y simultáneamente confianza en que el Derecho protegerá esas mismas actuaciones, conformadas de acuerdo a la legalidad. En esta línea de vincula-

³¹ Son palabras de HEINRICH HENKEL. Cfr.: *Introducción a la filosofía del Derecho*, (Traducción de E. Gimbernat) Ed. Taurus, Madrid, 1968, p. 544.

³² J. LEGUINA VILLA, «Principios Generales del Derecho y Constitución», *R.A.P.*, n° 114, p. 34.

ción a la idea de legalidad, PÉREZ LUÑO presenta a la seguridad jurídica como el presupuesto del Derecho, «*pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales*»³³.

De gran importancia es la aportación que el citado autor lleva a cabo para descubrir el concepto de seguridad jurídica. Con esta finalidad distingue entre dos acepciones: seguridad jurídica en sentido estricto, esto es, como «*exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones*»; y la seguridad jurídica en sentido subjetivo, como certeza del Derecho, esto es, «*como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva*»³⁴. Ahora bien, en este sentido subjetivo hemos de tener en cuenta que se exige no sólo la certeza del Derecho objetivo, lo cual se lleva a cabo como veremos a través de alguno de los mecanismos que recoge el artículo 9.3 CE, sino también certeza en el conocimiento de los derechos y obligaciones, certeza en las consecuencias de los propios actos. Así, la seguridad jurídica entendida como certeza supone, de un lado, la exactitud en la regla de Derecho aplicable y en su contenido. De otro lado, también, en la previsibilidad o predictibilidad de la actuación tanto propia como ajena.

Asimismo, la seguridad jurídica ha sido puesta en relación, desde el punto de vista de los sentimientos, como la ausencia de duda y la ausencia de temor a la que hace referencia Elías DÍAZ³⁵. Implica, desde esta perspectiva, un doble aspecto: desde el punto de vista del sentimiento, o punto de vista subjetivo, supone la confianza de los ciudadanos en el sistema jurídico (esta dimensión conforma ese algo más que garantiza el art. 9.3); desde un punto de vista objetivo, supondrá la certeza del Derecho aplicable y de las consecuencias jurídicas que se derivan de las propias acciones.

De modo que tanto la dimensión objetiva —esto es, el cumplimiento de unas exigencias indispensable para la creación y la aplicación de las normas jurídicas que conlleva la certeza en el Derecho—, como la dimensión subjetiva —previsibilidad de las consecuencias jurídicas que se derivan de la actuación del Derecho y la confianza en la actuación de las instituciones públicas— se van a ver reflejadas, según veremos, en el artículo 9.3 de la Constitución española.

³³ A la consideración de la seguridad como presupuesto añade su conceptualización como *función del Derecho que asegura la realización de las libertades*, Véase: A.E. PÉREZ LUÑO: *La seguridad...*, op. cit., p. 28.

³⁴ Véase A.E. PÉREZ LUÑO: *La seguridad...*, op. cit., pp. 29 y 30. Haciendo uso de la distinción que realiza este autor podemos decir que el notariado encuentra su razón de ser en la seguridad jurídica, entendida en su doble aspecto. Como iremos viendo, en sentido objetivo es una institución del sistema jurídico que se dirige a la seguridad jurídica. En sentido subjetivo trata de dar certeza a las relaciones jurídico privadas personales que tienen lugar en el tráfico jurídico.

³⁵ La ausencia de duda hace referencia a la certeza, la ausencia de temor.

Especialmente interesante es el concepto de seguridad jurídica que ofrece el consejero del Tribunal de apelación administrativo de París. MEREILLE parte de que el reconocimiento de este principio permite al ciudadano considerar como una situación fiable el alcance jurídico de las decisiones de las que ha sido inducido a tomar para definir la seguridad jurídica como «*la posibilidad reconocida al operador económico, fiscal, y a todos los administrados, de maniobrar en un ambiente jurídico seguro porque al abrigo de la incertidumbre y las mutaciones repentinas se dirigen las normas de Derecho... No podemos evidentemente confundir esta seguridad con la firmeza de las normas jurídicas: a menudo, la modificación del Estado del Derecho positivo responde también a una exigencia de la justicia y no simplemente de la eficacia*»³⁶.

En realidad, e independientemente de la consideración de la seguridad jurídica como fin, función o esencia del Derecho, lo que no puede escapárenos es la consideración de ésta como el presupuesto de las libertades y derechos fundamentales, y no solo como la consecuencia de éstos. El tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho implicó, entre otras muchas cosas, un sistema de derechos fundamentales plenamente garantizados que requiere esta nueva perspectiva³⁷. De hecho, la incorporación del principio democrático a la idea de Estado comporta que la idea de seguridad se constituya en legitimación del mismo como libre ejercicio de los derechos y libertades, en un contexto de paz social y de tranquilidad existencial

Y es que, desde este punto de vista, podemos apreciar una evolución en el concepto al ritmo marcado por la distinta evolución del Estado. Aun siendo la seguridad un concepto histórico como hemos podido ver, la seguridad no podrá calificarse de jurídica propiamente hasta el advenimiento del Derecho moderno. Frente a una seguridad, la propia de la Edad Media, basada en el monismo ideológico y en la rigidez social, el tránsito a la modernidad produce una evolución en la idea de seguridad que se acrecienta con la crisis del iusnaturalismo.

³⁶ Véase: M. HEERS, «La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration de principe de confiance légitime?», en *Revue française de droit administratif*, n° 5, septiembre-octubre, 1995, p. 963, dice así: «...la reconnaissance d'un principe de sécurité juridique permet au citoyen de prendre pour une donnée fiable la portée juridique des décisions qu'il est amené à prendre. ..On ne peut bien évidemment confondre cette sécurité avec la fixité des normes juridiques: bien souvent la modification de l'état du droit positif répond elle aussi à une exigence de justice et pas simplement d'efficacité». Añade, a esta necesaria conciliación de una cierta seguridad jurídica y de la aparición de nuevas necesidades, que este principio cubre numerosas exigencias oponibles a las autoridades públicas, que expresan los distintos corolarios del principio de seguridad jurídica, entre los que el más célebre es ciertamente el respeto a los derechos adquiridos.

³⁷ Véase, por todos, el estudio de A.E. PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Marcial Pons, 1984, pp. 223 y ss.

Ello conduce a convertir la seguridad jurídica, de una característica no buscada, sino tan sólo derivada casualmente del Derecho, a su consideración como el fin principal del mismo iniciándose una idea positivista de la seguridad jurídica³⁸.

Lo cierto es que prescindiendo de valoraciones filosóficas, la seguridad empieza a poder calificarse de jurídica desde la perspectiva de la legalidad que supuso el constitucionalismo moderno y con ello de la consideración del Derecho como sistema. A ello contribuirá posteriormente la supresión de los privilegios y de las normas especiales, designándose al ciudadano como destinatario genérico de las normas jurídicas. Es lo que se ha denominado «la realización de la seguridad a través de la legalidad»³⁹. Se parte, desde este punto de vista, de la idea de que la ley, por su carácter general y racional, puede dar respuesta a las distintas situaciones de la vida social. Se relega al precedente y a la creación judicial del Derecho, infravalorándose la costumbre, porque se prescinde de lo singular que ha de quedar integrado y subsumido en la decisión general.

2. LA SEGURIDAD JURÍDICA: VALOR O PRINCIPIO

Junto al contenido y alcance de lo que significa la seguridad jurídica, también ha sido objeto de una cierta discusión doctrinal la consideración de la misma, bien como valor, bien como principio informante del Estado de Derecho lo que, sin duda, no es una mera disquisición teórica⁴⁰.

³⁸ Puede verse, a este respecto, el trabajo de J.L. PÉREZ-FRANCESCH: «El Estado y la seguridad», dentro del volumen colectivo *Seguridad y Seguridad Jurídica*, Editorial Instituto Superior de Estudios de la Gobernabilidad y la Seguridad, Madrid, 2002, pp. 11 y ss.

³⁹ No obstante, ello no supone un abandono de la búsqueda de la justicia. Es más, numerosos autores consideran dicha seguridad jurídica como un primer modo de realización de la justicia. Idea que viene incluso de la mano de iusnaturalistas como LEGAZ LACAMBRA, reminiscencia de la clásica idea de BACON de que no puede ser justa la ley si primero no es cierta. Propuestas armonizadoras en este sentido son formuladas por RECASENS SICHES, LÓPEZ MEDEL (para quien la seguridad es la barandilla de la escalera que nos conduce a la seguridad) o RODRÍGUEZ PANIAGUA. Así, el posterior tema objeto de polémica sería la forma de obtener este segundo pero superior orden de aspiraciones. Frente a la opinión de CARNELUTTI, para quien «la certeza estricta tiene el precio terrible del sacrificio de la justicia», CAPOGRASSI afirmaba: «¿cacaso a menor certeza hay mayor preservación de la justicia?». Cfr. J. LÓPEZ MEDEL, «Seguridad jurídica y socialización», en *Anales de la filosofía del Derecho*, Tomo X, 1963, p. 14; F. CARNELUTTI, «La certezza del Diritto», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1943, I, p. 90; G. CAPOGRASSI; en el prefacio de *La certezza del Diritto*, de F. LÓPEZ DE ONATE, op. cit., p. 9.

⁴⁰ Si bien de distintas sentencias del TC, puede desprenderse el valor normativo de los valores, considerando que su infracción es motivo para plantear un recurso de inconstitucionalidad (Cfr. SSTC. 97/1984, de 19 de octubre, 26/1987, de 27 de febrero, 116/1987, de 7 de julio). En la STC 3/1981, de 2 de febrero, considera sin embargo que la eficacia jurídica de los valores es mediata, a través de los preceptos aplicables al caso concreto. Y es que la doctrina jurisprudencial no ha resuelto claramente el perfil de los valores como lo ha puesto de relieve

Algunos autores, como COING, LEGAZ LACAMBRA o DÍEZ-PICAZO, han utilizado los términos indistintamente –como ha realizado en más de una ocasión el propio Tribunal Constitucional–, pero, sin embargo, otros, como HERNÁNDEZ GIL, alejan los respectivos significados. El citado autor en concreto considera a los valores como ideas que se encuentran por encima de las normas y de los principios generales del Derecho, no participando de su virtualidad reguladora. En consecuencia, la seguridad jurídica es un principio ya que goza de eficacia normativa aun cuando su cometido, debido a la amplitud de su contenido, es también el de informar al ordenamiento jurídico. Si bien los autores que le atribuyen el carácter de principio lo hacen con una «segunda finalidad», esto es, con el fin de poder reconocerle un papel normativo directo que, por regla general, se niega a los valores. De modo similar MEZQUITA DEL CACHO, aun asignándole carácter de valor, hace hincapié en dicho aspecto al asegurar que esa calificación se realiza «...sin que ello suponga perder la categoría de principio»⁴¹.

De esta forma, la gran mayoría de la doctrina incluye la seguridad entre los valores del ordenamiento –así, MEZQUITA DEL CACHO, SÁNCHEZ AGESTA, ELÍAS DÍAZ, RECASSENS SICHES, LEGAZ LACAMBRA o COSSÍO–, pero lo cierto es que, desde prácticamente todas las posiciones doctrinales, se observa que la diferencia entre ambas posiciones se encuentra en el grado de concreción de la norma. Como ha puesto de relieve PAREJO ALFONSO: «La distinción entre valores y principios resulta ser así más bien de grado: los primeros son las normas más abstractas y

el trabajo de L. PAREJO ALFONSO, «Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *Libro homenaje al profesor Villar Palasí*, op. cit., pp. 923 a 976. En cuanto a la doctrina científica, también es vacilante. Para HERNÁNDEZ GIL –en armonía con la STC 3/1981–, los principios informan el ordenamiento jurídico, suplen sus deficiencias y son de aplicación directa, mientras que los valores requieren de las normas para ser susceptibles de aplicación. Para otros, como TORRES DEL MORAL, los valores son Derecho directamente aplicable «de un modo específico negativo, mediante la remoción de su contrario. Más que aplicar positivamente la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo, lo que se hace es subsana, corregir, promover y eliminar sus violaciones y sus ataques». Algunos otros plantean obviar la cuestión desde otra perspectiva. Es el caso de GARCÍA DE ENTERRÍA, quien engloba a las dos figuras en lo que denomina principios constitucionales: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 68 o L. PRIETO SANCHÍS, «Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional», *Revista del poder judicial*, nº 11. Julio 1984, pp. 83 y ss. y A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos...*, op. cit., pp. 291 y ss., quienes consideran a los valores como normas de normas o normas de tercer grado, a los principios como normas de segundo grado y a las normas de aplicación directa como normas de primer grado. En un planteamiento similar se encuentra G. PECES-BARBA: *Los valores superiores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 36. Véase: A. TORRES DEL MORAL: *Principios de Derecho Constitucional español*, Vol. I, Ed. Atomo, 1988, p. 48. Y A. HERNÁNDEZ GIL: *El cambio político español y la Constitución*, Ed. Planeta, Barcelona, 1982, pp. 407-410. De todas las interpretaciones, tanto doctrinales como constitucionales, podemos concluir, sin olvidar la existencia de opiniones contrarias, la consideración de los valores como normas.

⁴¹ Cfr. J.L. MEZQUITA DEL CACHO: *Seguridad jurídica y sistema ...*, Vol. I, op. cit., p. 219, quien además le atribuye un especial nivel de acción a la justicia y a la seguridad jurídica.

abiertas (cláusulas generales), los segundos tienen un contenido ciertamente indeterminado, pero más preciso o concreto que el de los anteriores»⁴².

La dificultad de calificar a la seguridad jurídica no es fácil de obviar. Si atendemos a la Constitución, ésta no lo incluye entre los valores superiores. Si atendemos a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, éste le atribuye una mayor abstracción que a los principios jurídicos, como se deduce de los principios en que se concreta. De aquí se deriva que no es extraño que se le conceptúe como valor constitucional ordinario, valor instrumental, secundario, fundante, valor de forma...en relación a otros principios como la justicia, la dignidad humana, o la libertad⁴³. Puede que para el Derecho natural sea el último de los valores, pero no cabe duda de que para el Derecho positivo es de gran importancia, pues en la seguridad encuentra su fundamento. Por escaso que sea su rango jerárquico entre los valores no cabe sino afirmar con HELLER —quien afirmaba que *«la institución del Estado aparece justificada por el hecho de ser una organización de seguridad, y sólo por ello»*— que es la causa del sistema jurídico. Como admitió el propio Tribunal Constitucional, la preeminencia del valor de justicia no puede alcanzarse mediante la ignorancia del contenido esencial de la seguridad jurídica: para permitir el desenvolvimiento adecuado del tráfico jurídico y garantizar la confianza de los ciudadanos en su funcionamiento, la justicia material ha de ceder paso a la seguridad jurídica (STC 147/1986, de 25 de noviembre).

En consecuencia, sea fin o causa la seguridad jurídica, lo cierto es que el Derecho está emplazado para desplegar una función de garantía o de instancia, esto es, asegurar el comportamiento humano frente al temor a las acciones de los demás individuos o grupos y frente a la *imposibilidad de elegir en cada momento arbitrariamente las propias acciones asumiendo en la incertidumbre las eventuales consecuencias o reacciones que provoquen*⁴⁴.

⁴² Cfr. L. PAREJO ALFONSO: *Constitución y valores del ordenamiento*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 140, quien, siguiendo a J. STICK, considera que los primeros pertenecen a lo impredecible permitiendo por tanto mayor variedad de concreciones normativas y los segundos a lo indeterminado, por lo que sus características normativas acotan el ámbito de disponibilidad en orden a su concreción normativa. El mismo autor clasifica, en lo que consideramos igualmente un modo de eludir la distinción entre valores y principios y a su vez de acercar el distanciamiento entre ambos en orden a su concreción como normas, entre valores no positivizados y positivizados. Distingue entre estos últimos los constitucionales, que a su vez clasifica en superiores y normales, y los ordinarios. Aun cuando no califica el principio de seguridad jurídica consideramos que se incluiría entre los valores constitucionales normales. L. PAREJO ALFONSO: *Constitución y valores...*, op. cit., p. 134.

⁴³ J. CASTÁN TOBEÑAS: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Ed. Reus, Madrid, 1947, p. 178, califica la seguridad jurídica como valor de forma frente a la justicia como valor de fondo.

⁴⁴ Véase L.L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Seguridad jurídica y actuación administrativa», *Documentación Administrativa*, nº 218-219, abril-septiembre 1989. La denominación de este propósito del Derecho como función de garantía o de instancia procede de la teoría normativa.

3. LA SEGURIDAD JURÍDICA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El tránsito a la modernidad, como se puso de relieve anteriormente, supuso un paso más en la calificación de la seguridad como jurídica. Y es que la positividad del Derecho viene a ser un elemento a citar entre las principales exigencias doctrinales de la seguridad jurídica⁴⁵. Ahora bien, ello no quiere decir que la seguridad jurídica se agote en dicha positividad y su consiguiente legalidad —a la que hace mención tanto el art. 9.1 CE como el art. 9.3 CE—, aun cuando estén íntimamente relacionados: «*Si la seguridad jurídica equivale a predictibilidad, está claro que cuanto mayor sea la extensión del grupo normativo habrá más seguridad jurídica*»⁴⁶. La seguridad jurídica, sin embargo, va más allá de ello como demuestra la mención específica que recibe en el artículo 9.3 CE.

La seguridad jurídica, como principio inexcusable e ineludible del Estado de Derecho, encuentra su proyección plena, según ya se ha expuesto, en el artículo 9.3 de la Constitución española de 1978. En efecto, junto a principios como el de interdicción de la arbitrariedad, la jerarquía normativa, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales..., nuestra Constitución proclama expresamente el principio de seguridad jurídica⁴⁷, aunque sin la consideración de éste como derecho fundamental y, por ello, con la inevitable consecuencia de no ser directamente invocable, como tal, a través del recurso de amparo⁴⁸ sin que

⁴⁵ Ello lleva a MEZQUITA DEL CACHO a distinguir entre la seguridad protojurídica o de la prelegalidad y la legalidad como iniciación de la seguridad jurídica. Véase: *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Tomo I, op. cit., pp. 60 a 87. Igualmente PÉREZ LUÑO, antes de diferenciar en dos grupos las exigencias de la seguridad jurídica menciona la positividad como su primera base. Cfr. A.E. PÉREZ LUÑO *La seguridad...*, op. cit., p. 30.

⁴⁶ Véase: J.L. VILLAR PALASÍ y E. SUNÉ LLINAS, «El Estado de Derecho y la Constitución, art. 9», en *Comentarios a las Leyes políticas, Constitución española de 1978*, dirigidos por Óscar ALZAGA, Ed. Edersa, Tomo I, p. 312.

⁴⁷ No obstante, junto al principio de seguridad jurídica, en numerosas ocasiones el texto constitucional se refiere a la seguridad. El artículo 24, el 31, el 32, el 41... ponen el acento en asegurar una posición jurídica o fáctica concreta. En palabras de SERRANO DE TRIANA, «La función actual de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Actualidad Administrativa*, n.º 32, p. 1788, la seguridad jurídica puede haber sido recibida, un tanto dispersamente, pero generosamente, por el constituyente, que en su escasa sistematización la convierte en un factor plurioperativo con los restantes factores jurídicos que han tenido un reconocimiento apartado en el texto constitucional.

⁴⁸ Véanse a este respecto las SSTC 120/1988, de 20 de junio y 199/1990, de 10 de diciembre. La Sentencia de 16 de septiembre de 1994 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia establecía que:

«TERCERO.—El recurrente alega como violados los arts. 9.3.º, 14 (igualdad), 24 (indemnización y presunción de inocencia) y 25.1.º (principio de legalidad en materia sancionadora). *A priori* y, antes de cualquier otra consideración, conviene advertir de que no es encuadrable dentro del proceso especial y sumario que previene la Ley 62/1978, de 26 diciembre (protec-

las omisiones o deficiencias técnicas de una norma constituyan tachas de inconstitucionalidad (STC 150/1990, de 4 de octubre), lo que no significa, sin embargo, que no opere, como ha establecido la STC 32/1987, de 12 de marzo, como garantía de los derechos fundamentales y específicamente respecto del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 12/1989, de 25 de enero).

No obstante, antes del texto constitucional y por la propia significación del principio, fiel reflejo del Estado liberal de Derecho, el mismo ya venía siendo recogido en numerosas Constituciones (CE de 1812, CE 1869, Proyecto de Constitución Federal de 1873, CE de 1876, artículo 17 del Fuero de los Españoles...) que reflejan, en sus distintas acepciones, el binomio seguridad individual-seguridad del Estado⁴⁹.

En consecuencia, sobre la base de la convicción de la necesidad connatural al hombre de conocer de forma previa las consecuencias de sus actos, la Constitución española de 1978 recoge en el artículo 9.3 el principio de seguridad jurídica en forma expresa, sirviendo de contrapunto a la declaración del artículo 9.2 que expresa, de otro lado, el deseo del legislador constituyente de promover el cambio social⁵⁰.

Lo cierto es, sin embargo, que la mención a ésta contenida en la Constitución española de 1978 se realiza con una cierta duplicidad que ha dado lugar, precisamente, a la polémica sobre su calificación bien de valor bien de principio a la que anteriormente se aludió⁵¹. En efecto, a la seguridad jurídica hace referencia la Constitución, primero en el preámbulo donde afirma que «*La nación española deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad...*». Después en el artículo 9.3 donde nos dice: «*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos in-*

ción jurisdiccional de los derechos fundamentales), las alegaciones fundadas en la violación de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad que contiene el art. 9.3.º de la CE, pues el ámbito del proceso que nos incumbe queda limitado a los derechos comprendidos en los arts. 14 a 29 y a la objeción de conciencia del art. 30, todos ellos de la CE, conforme se infiere del art. 10 de la expresada ley, en relación con lo previsto en la disp. transit. 2.ª.2.º de la LOTC».

⁴⁹ A. SERRANO DE TRIANA, «La función actual de la seguridad...», op. cit., p. 1789.

⁵⁰ Por ello que la eventual existencia de conflicto necesariamente ha de resolverse en favor del equilibrio y así, en nuestro ordenamiento constitucional, el art. 9.3 –donde se contempla la seguridad jurídica junto a otras garantías del Estado de Derecho– supone una corrección importante del alcance normativo contenido en el art. 9.2 –en que se recoge el mandato a los poderes públicos para promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas– que está precisamente inspirado por un hábito diverso: el sentido del progreso social».

⁵¹ Prueba de la armonización de la corriente positivista e iusnaturalista es la Constitución española de 1978 que junto a la proclamación de los valores superiores en el art.1 enuncia los «valores positivos» en el art. 9.

dividuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Vemos, así, que la Constitución le confiere a la seguridad jurídica rango constitucional con todo lo que ello conlleva, de entre lo cual hay que destacar el carácter vinculante para todos los poderes públicos y por ende, entre ellos, el poder legislativo. Ello implica ya una primera e importante consecuencia: la supremacía del Derecho sobre el poder. Pero como podemos observar el citado precepto alude no sólo a la legalidad *stricto sensu* sino, además, a la noción más global de «seguridad jurídica»; noción que, a su vez, es omnicomprendensiva de las relaciones jurídicas existentes entre el Estado y los ciudadanos o exclusivamente entre los particulares.

Hoy día, y tras la STC 27/1981, de 20 de julio, cualquier interpretación que de la seguridad jurídica se realice debe tomar como base la doctrina constitucional que deriva de la citada sentencia, aunque la misma no haya estado exenta de controversia⁵². El alto tribunal al enfrentarse al conjunto de principios recogidos en el artículo 9.3 CE dirá que:

«Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el artículo 9.3 de la Constitución –legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad–, no son compartimentos estancos, sino que al contrario cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva para promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho. En especial lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, ...»

Pero el Tribunal Constitucional llega aún más lejos al afirmar que la seguridad jurídica es un principio genérico, es una suma de los principios citados pero no se agota en éstos. Esto es, la seguridad jurídica es legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y algo más. Sigue así diciendo:

«...pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica

⁵² Decimos polémica ya que ciertamente la definición de seguridad jurídica contenida en la misma no suscitó por amplia e imprecisa una unanimidad total. Véase respecto de esta crítica F. SAINZ MORENO, «Seguridad Jurídica» en *Enciclopedia Jurídica Básica* –IV–, pp. 6108 y ss.

es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad»⁵³. (F.J. 10).

Partiendo de esta afirmación del Tribunal Constitucional el citado precepto merece una especial crítica. Si la seguridad jurídica es la suma de los principios citados y algo más, ¿por qué la misma no ha sido mencionada en un lugar preferente en el citado artículo 9.3 C.E.?, ¿por qué es mencionada la seguridad jurídica entre todos los demás principios como si de uno más se tratara cuando en realidad los engloba a todos ellos? Sin duda, hubiera sido preferible que este precepto hubiera utilizado fórmulas más claras, entre las que podemos mencionar la propuesta de MEZQUITA DEL CACHO⁵⁴. Otra posibilidad hubiera sido mencionar la seguridad jurídica sin hacer referencia a los principios en los cuales se concreta. Lo cierto es que, cuando menos, sorprende que siendo la seguridad jurídica uno de los elementos básicos en la conceptualización del Derecho y punto clave en la configuración del Estado como un Estado de Derecho, éste no haya sido recogido en el artículo primero junto a los valores superiores del ordenamiento jurídico; y no sólo eso, sino que el legislador lo cite en quinto lugar con posterioridad a principios que tienen su origen en el mismo.

Prescindiendo de ello, la doctrina del Tribunal Constitucional avala, en consecuencia, la consideración de que el principio de seguridad jurídica es expresivo, a su vez, de una serie de garantías que configuran en su conjunto el contenido esencial del concepto político-social de Estado de Derecho y que pueden extractarse en las siguientes: 1) La certeza y certidumbre del Derecho; 2) El principio de legalidad; 3) El principio de jerarquía normativa; 4) El principio de irretroactividad de lo no favorable; 5) La interdicción de la arbitrariedad⁵⁵. Aun-

⁵³ Vuelve aquí el TC a hacer referencia al valor de la justicia. Con este fundamento jurídico, lo cierto es que parece que la seguridad jurídica es un «principio» instrumento para obtener la justicia. Sin embargo, considera en otras de sus sentencias la contraposición con el principio de justicia, sobre el cual no podemos profundizar más (véase STC 63/1982, de 20 de octubre y STC 46/1990, de 15 de marzo; esta última destaca cómo el ámbito de la seguridad jurídica es promover la certeza, no entrar en conflicto con otros valores constitucionales respecto de los cuales se ha de buscar el equilibrio. No se trata pues de un valor absoluto individualizado, como bien destaca A.G. CHUECA SANCHO, «Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 10, nº 3, 1983, p. 878. Sí queremos, no obstante, recordar que el Tribunal se declara por la prevalencia de la seguridad jurídica, «*aun respetando las exigencias del valor justicia y, en consecuencia, anulando las decisiones judiciales tomadas con desconocimiento de los derechos de defensa reconocidos constitucionalmente*» (Cfr. SSTC 43/1982, de 6 de julio, y 147/1986, de 25 de noviembre).

⁵⁴ El repetidamente citado autor propone que el precepto tras mencionar todos aquellos principios de la seguridad jurídica hubiera incluido la siguiente cláusula: «*y demás exigencias de la seguridad jurídica*»; propuesta que, sin duda, desde un punto de vista técnico hubiese sido más acertada.

⁵⁵ F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, pp. 169 y ss. concluye que la fórmula del artículo 9.3 consiste en:

que tampoco debe olvidarse que, como se ha destacado por algunos autores, la seguridad jurídica no resulta ser sino un despliegue o desenvolvimiento natural del principio de legalidad⁵⁶.

No está de más insistir, sin embargo, en que la salvaguarda de dichas garantías no puede significar sin más una indefinida situación de no inmutabilidad del ordenamiento (SSTC 70/1988, de 19 de abril y 227/1988, de 29 de noviembre). Pues hemos de observar que el propio Tribunal Constitucional no agota ahí la formulación del principio, que indica en caso contrario no necesitaría de formulación expresa, sino que añade un dato, a mi juicio muy relevante, y que implica que dicha seguridad jurídica habrá de ser equilibrada en tal forma que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad. Es decir, la aplicación de dicho principio requiere un ejercicio de la proporcionalidad, la búsqueda de un equilibrio adecuado entre las necesidades de cambio social y político y la necesidad, como explicamos con anterioridad, de preservar y generar la necesaria confianza y certeza respecto de la actuación de nuestras instituciones públicas.

De esta forma, HEERS estima que no podemos confundir esta seguridad con la no variabilidad de las normas jurídicas, pues la modificación del Estado de Derecho positivo responde también, muy a menudo, a una idea de justicia y no simplemente de eficacia⁵⁷. Como expresa la STC 227/1988, de 29 de noviembre, «*la seguridad jurídica no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas*». Pero sí obliga a buscar un equilibrio. Así lo expresa el Tribunal Constitucional:

«Cualquier proyecto legislativo de esta índole, máxime si implica la transformación de un sistema que contiene un componente sustancial de naturaleza pública estatutaria, es capaz de movilizar dialécti-

a) La certeza del Derecho, que intrínsecamente debe ser claro y preciso, y, formalmente, publicado.

b) La regla de la irretroactividad, salvo norma expresa en contrario y con las limitaciones ya vistas (STC 97/1990, de 24 de mayo).

c) La jerarquía normativa que impide una alteración arbitraria que vincula especialmente la actuación administrativa; pero también la actuación de los jueces, sometidos al imperio de la ley (art. 117.1). Hay aquí una exigencia de seguridad jurídica en materia de interpretación judicial que impide, como regla, la creación judicial del Derecho al modo como fue propuesta por la «escuela libre del Derecho» (*Rechtsfindung*).

⁵⁶ LAVILLA ALSINA, *Seguridad Jurídica y Función del Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1999, p. 33.

⁵⁷ M. HEERS, «La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime», *RFD adm*, 11 (5), 1995, p. 963, «On ne peut bien évidemment confondre cette sécurité avec la fixité des normes juridiques: bien souvent la modification de l'état du droit positif répond elle aussi à une exigence de justice et pas simplement d'efficacité».

camente, en sentido opuesto, dos principios constitucionales, el de la igualdad y el de la seguridad, suscitando una tensión entre los mismos que es preciso afrontar mediante la búsqueda del equilibrio deseable que, sin que padezcan ni uno ni otro de estos principios consiga, al mismo tiempo, posibilitar la función reformadora de la Administración Pública, permitir la alternativa legítima de las diversas opciones constitucionales, que determina el pluralismo político y promover la Justicia sin incurrir en arbitrariedad».

La aplicación, por tanto, del principio de seguridad jurídica, su virtualidad fáctica y su propia posición en el contexto constitucional, exigen buscar, en forma permanente, el adecuado equilibrio por todos los poderes públicos⁵⁸. Equilibrio necesario y contexto constitucional propio de interpretación en el que juega un papel primordial el mandato de progreso social contenido en el artículo 9.2 de la Constitución española⁵⁹.

En la misma línea, búsqueda del equilibrio entre la seguridad y los necesarios cambios económicos y sociales, se pronunciaba el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, en los Casos *Schlüter y Balkan*, nº 5/73 y 9/73, respectivamente, aludía a que:

«si las instituciones deben velar, en el ejercicio de sus poderes, para que las cargas impuestas a los operadores económicos no superen lo que sea necesario para conseguir los objetivos que la autoridad está obligada a realizar, de ello no se deduce que esta obligación deba ser medida con relación a la situación particular de un grupo determinado; semejante evaluación, dada la multiplicidad y complejidad de las situaciones económicas, sería no solamente irrealizable, sino que constituiría también una fuente perpetua de inseguridad jurídica».

Y, asimismo, nuestro Tribunal Constitucional vino en la STC 234/2001 a sancionar que el necesario cambio legislativo ha de armonizarse con las «razonables y fundadas expectativas de éstos en el Or-

⁵⁸ LAVILLA ALSINA, *Seguridad Jurídica...*, op. cit., p. 30, destaca cómo los principios generales del Derecho (y con especial fundamento los constitucionalizados) han de estar presentes en la creación, interpretación y aplicación de las normas, de manera que la actuación de todos los poderes públicos (incluidos el legislativo y, *a fortiori*, el judicial) ha de orientarse y regirse por el reconocimiento, el respeto y la protección de tales principios». Asimismo, puede verse, específicamente respecto de la seguridad jurídica, p. 43, con cita de la STC 133/1989, de 19 de julio.

⁵⁹ Como expresa la STC 227/1988, de 29 de noviembre, «la seguridad jurídica no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas». Precisamente es, en los momentos de cambio social, político y económico (con el correlato que en los ordenes ejecutivo legislativo y judicial se manifiestan), cuando la tensión entre el principio de seguridad jurídica y otros principios y valores del orden constitucional se manifiesta con más fuerza y donde, por ello, la protección de la confianza legítima, como principio derivado del de seguridad jurídica, puede ayudar a una «justa conciliación».

denamiento Jurídico aplicable», buscando en este caso la armonía entre el principio de libre configuración legislativa y la seguridad jurídica, y procediendo, por vulnerar el principio de confianza legítima –nominalmente así designado por el Tribunal–, a derogar un precepto legal en el ámbito tributario.

En otros casos, la contraposición planteada al Tribunal Constitucional no vendrá dada por el principio de igualdad o por el de progreso social sino con el valor justicia. La STC 63/1982, de 20 de octubre, lo ponía de relieve:

«Dos principios contrapuestos llevan a dar a esta cuestión respuestas rigurosamente excluyentes. De una parte, el principio de seguridad, que consagra el artículo 9.3 de la Constitución y que lleva a maximalizar la intangibilidad de la cosa juzgada y a mantener la ejecutoriedad de las Sentencias firmes; de la otra, el principio de justicia (artículo 1.1 de la Constitución) y, por extensión, el de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales (artículo 53.1 de la Constitución), que lleva a extremar la preocupación por la justicia del caso concreto y declarar la invalidez de todos los actos de los poderes públicos que los desconozcan o que sean resultado ... de un procedimiento en el que hayan sido ignorados».

Y el Tribunal, sopesando y equilibrando el juego de ambos principios en el caso concreto, optará por dar prioridad al principio de seguridad jurídica aun respetando las exigencias del valor justicia y, en consecuencia, anulando las decisiones judiciales tomadas con desconocimiento de los derechos de defensa reconocidos constitucionalmente.

En otros dos fallos, SSTC 43/1982, de 6 de julio y 147/1986, de 25 de noviembre (se analizaban en dichos fallos la eventual aplicación de la amnistía a las sanciones surgidas en una relación jurídica-laboral y, en el otro supuesto, la prescripción de acciones para pretender el restablecimiento de contratos de trabajo anulados con arreglo a la legislación anterior), el Tribunal va a declarar decididamente, sin embargo, la prevalencia del principio de seguridad jurídica y, según expone LEGUINA VILLA, el Tribunal establecerá varias consideraciones:

- 1.º Que para permitir el desenvolvimiento adecuado del tráfico jurídico y para garantizar la confianza de los ciudadanos en su funcionamiento, la justicia material ha de ceder el paso a la seguridad jurídica.
- 2.º Que pueden existir casos –como el planteado en el proceso de inconstitucionalidad– «en los que no establecer un plazo de prescripción –cualquiera que sea– puede vulnerar la Constitución, por implicar un excesivo sacrificio del principio de seguridad jurídica en beneficio del valor justicia».

3.º Que si la amnistía es una institución excepcional, singularmente en el ámbito de las relaciones laborales, la declaración como imprescriptibles de aquellas acciones que nacían de ellas y que ya habían prescrito es una nueva excepción que se añade a la anterior, comprimiendo aún más el principio de seguridad jurídica⁶⁰.

Dicho esto, no es menos cierto que es inútil, por incorrecto, el esfuerzo de contraponer seguridad-certeza (en la acepción constitucional) con otros valores o principios como la igualdad, la justicia o la eficacia⁶¹. En relación con este último aspecto, la STC 46/1990, de 15 de marzo, resaltaba que el ámbito de la seguridad jurídica es promover la certeza, no entrar en conflicto con otros valores constitucionales respecto de los cuales se ha de buscar el equilibrio⁶² y razona dicha afirmación de la forma que sigue:

«La exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respec-

⁶⁰ J. LEGUINA VILLA, «Principios generales del Derecho y Constitución», *R.A.P.* n.º 114, p. 36.

⁶¹ Olvidando en este último caso, como indica PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública*, Madrid, 1983, p. 143 y ss., que la eficacia administrativa es una eficacia para satisfacer los fines de interés general que la Constitución y las leyes le encomiendan, utilizando los medios que precisamente el ordenamiento les atribuye. Asimismo, puede consultarse L. PAREJO ALFONSO, «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública», *Documentación Administrativa*, n.º 218/219, 1989, p. 32, quien en forma contundente afirma «Por de pronto, la eficacia no exige renuncia a conquista alguna del Estado de Derecho. En nuestro sistema, tal renuncia sería clara y frontalmente inconstitucional, siquiera sea en el plano de la esfera propia del poder público administrativo. El artículo 103.1 de la Constitución, en efecto, es tajante a la hora de definir la eficacia administrativa: ésta se impone como principio de la actuación de la Administración, sin merma alguna del sometimiento pleno de ésta a la ley y al Derecho». En el mismo sentido L.L. HIERRO, «Seguridad jurídica y actuación administrativa», *Documentación Administrativa*, n.º 218/219, 1989, p. 209, que indica que «la eficacia no puede, en su opinión, plantearse valorativamente como alternativa o contradictoria a la seguridad».

⁶² A.G. CHUECA SANCHO, «Los principios generales del Derecho en el Ordenamiento Comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 10, n.º 3, 1983, p. 878, que indica, en referencia al Caso *Schlüter*, n.º 9/1973, «De lo anterior se deduce que el órgano judicial no busca la seguridad jurídica a cualquier costo. Por eso no atribuye al principio un valor absoluto individualizado ni lo aplica desconectado de los intereses generales. Si admitiese su valor absoluto individualizado, ello supondría fosilizar situaciones, con lo cual se llegaría a límites insostenibles».

to a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas. La vulneración de la seguridad jurídica es patente y debe ser declarada la inconstitucionalidad también por este motivo».

Asimismo, debe quedar también claro que no cualquier actuación del legislador contraria a la claridad o la certeza en la aplicación del Derecho vulnera la seguridad jurídica. De esta forma, cualquier omisión o deficiencia técnica de la norma no vulnera la seguridad jurídica (STC 150/1990, de 4 de octubre), tampoco el establecer márgenes de apreciación que sean susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el riesgo de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación (STC 53/1985, de 11 de abril), el empleo de conceptos jurídicos indeterminados cuando el sistema normativo contiene suficientes elementos para delimitar en cada caso concreto cuál sea el alcance de aquel concepto (STC 76/1990, de 26 de abril) o cuando son indispensables por no sustituibles por referencias concretas (STC 71/1982, de 30 de noviembre), o las normas que extraen consecuencias de unos órganos que no se regulan simultáneamente (STC 98/1985, de 29 de julio), la abreviación de períodos transitorios (STC 42/1986, de 10 de abril), ni tampoco, por citar un último ejemplo, las meras antinomias entre preceptos que han de ser resueltas por la jurisdicción ordinaria en el proceso de aplicación del Derecho que le corresponde (STC 121/1992, de 28 de septiembre).

En cualquier caso, sí que es posible concluir que la certeza, respecto a los derechos de los ciudadanos y la confianza en la actuación de las instituciones jurídico-públicas, constituyen el núcleo central de lo que exige, sin merma del necesario progreso social, la Constitución española al referirse a la seguridad jurídica de forma independiente al conjunto de principios que de ésta se derivan y que también aparecen recogidos en el artículo 9.3 CE.

III. LAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA CERTEZA EN LA CREACIÓN DEL DERECHO

El principio de seguridad jurídica, en cuanto definidor de un *status* de certeza en el individuo en sus relaciones con el poder público, se manifiesta, como no podía ser de otra forma, en los más diversos campos y respecto de todos los poderes del Estado: en el campo interpretativo del Derecho ⁶³, en la esfera del procedimiento administrati-

⁶³ En relación a la analogía, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 16 de enero de 1992, declaraba que: «La analogía, como técnica integradora de la norma

vo⁶⁴, en la más específica del procedimiento administrativo sancionador⁶⁵, en la esfera tributaria⁶⁶, presupuestaria⁶⁷ o, por dar cuenta de un último ejemplo, entre los muy diversos que podrían ponerse, en el

jurídica, debe aplicarse con extrema cautela, pues en caso contrario se vulneraría el principio de legalidad, que es el fundamento básico en el Derecho administrativo. Por tal razón (arts. 103.1 y 106.1 CE), la actividad administrativa únicamente puede fundamentarse en la legalidad vigente, y con aplicación estricta de los supuestos que contempla cada una de las normas aplicables, con el fin de no perjudicar el anterior principio y también para garantizar el principio de seguridad jurídica; la analogía puede tener su aplicación en supuestos no exactamente previstos por el legislador, pero muy similares a los previstos, y que, en función de la labor integradora del Juez, puede aplicarse siempre que ello no suponga una creación de norma jurídica nueva que atente contra el contenido de la que se pretende aplicar». Y la de 1 de abril de 1993, también del mencionado tribunal, utilizaba el citado principio para deslindar la norma aplicable, argumentando que: «En caso de evidente contradicción, como es el caso que nos ocupa, el Tribunal llega a la conclusión de que debe prevalecer siempre la Ordenanza que regula la materia específica y no una, aun cuando sea posterior, pero que se refiera a la misma materia de forma indirecta, y ello por exigirle un mero principio de seguridad jurídica y estabilidad en las disposiciones administrativas, pues en caso contrario podría producirse una grave confusión sobre cuál de las Ordenanzas en cuestión es la verdaderamente aplicable para cada supuesto en concreto que se presente en la vida práctica».

⁶⁴ Así, la sentencia de 20 de marzo de 1996 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco determinaba que: «El principio de seguridad jurídica determina el respeto de cuantas garantías tiene establecidas el legislador en materia de procedimiento en favor de los interesados, principio cuya aplicación supone en el caso la identificación de las actividades publicitarias prohibidas que han sido objeto de la acción restablecedora municipal que pretende el pago de los gastos derivados de la limpieza de fachadas, y que aunque, sin duda, prolijo y de no cómoda plasmación en el expediente, no resulta imposible si se parte de la base de que han podido computarse detalladamente las horas precisas para su eliminación, mientras que, de otra parte, resulta garantía mínima de toda actividad redundante en la exigencia de responsabilidad patrimonial, como la que se lleva a cabo, por más que el expediente no detente carácter sancionador. Tal exigencia deriva, con carácter inmediato y de la legalidad ordinaria, de lo establecido en el art. 81 LPA –hoy reiterado y acentuado por el art. 78.1 LRJAP–, en el sentido de que la Administración desarrollase de oficio o a petición del interesado los actos de instrucción adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse resolución».

⁶⁵ La sentencia de 28 de febrero de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña argumentaba que: «Los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE (Cfr. TC SS 18/1981 de 8 Jun. y 76/1990 de 20 Abr.)».

⁶⁶ Puede verse como ejemplo más característico la STC 150/1990, de 4 de octubre, que estima que «las normas cuya interpretación u omisiones se presten a confusión, generarían en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos (de lo cual) podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica».

⁶⁷ SSTC 76/1992, de 14 de mayo, 116/1994, de 18 de abril y 195/1994, de 28 de junio, donde el tribunal opina la necesidad de salvaguardar el principio de seguridad jurídica, ya que «la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la ley de presupuestos generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional».

ámbito procesal⁶⁸. Lo que no resulta sino una consecuencia lógica, e incluso necesaria, de su carácter estructurante del ordenamiento jurídico y de su aplicabilidad a la total actividad de todos los poderes públicos.

Sin perjuicio de ello, la seguridad jurídica se exterioriza, en forma más intensa y específica, a través de determinados subprincipios de este principio marco que constituyen, a la postre, la concreción en el terreno de la realidad cotidiana del citado «macroprincipio» que cumple, desde este punto de vista, una función de género a especie. De esta forma, STEIN ha puesto de manifiesto como la seguridad jurídica, que efectivamente es un concepto muy amplio, no opera sino a través de los diversos mandatos o subprincipios que en él se contienen –y respecto de los que debe medirse la actuación estatal– entre los que señala específicamente: el principio de claridad de la ley y el de la protección de confianza⁶⁹.

Cuatro son, de esta forma, las grandes esferas en que la seguridad jurídica opera: una primera, que se centra en el proceso previo de creación y articulación del Derecho a fin de conseguir la certeza de éste y la mayor calidad técnica del mismo (evitar normas contrarias entre sí, el fenómeno de la dispersión normativa, evitar vacíos normativos, etc...); una segunda, que se centra en el mismo momento de creación de la norma a fin de no afectar a situaciones o derechos ya consolidados (la retroactividad denominada propia en la jurisprudencia constitucional); una tercera, en la labor de interpretación del Derecho que, como ha destacado LAVILLA ALSINA, ha estado siempre presente en la doctrina y jurisprudencia españolas y que se traduce en una serie de reglas-principios tales como la *reformatio in peius*, el respeto a los actos propios, etc...⁷⁰; y una última, que conecta con lo hasta aquí expuesto, que es posterior al momento de la emanación de la norma o del acto del poder público y que pretende asegurar una cierta estabilidad en la actuación de éste, un equilibrio entre la necesidad de transformación

⁶⁸ La sentencia de 18 de mayo de 1989 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana aplicaba el mismo en el siguiente sentido: «La jurisprudencia propende a tratar las causas de inadmisibilidad con una clara cautela, tendiendo a que las mismas sólo sean declaradas en casos extremos y con un aqulamiento de los supuestos concretos, pues toda pretensión tutelante de derechos materiales debe prevalecer sobre aptitudes procedimentales yugulantes, procurando que las mismas queden soslayadas cuando exista alguna posibilidad hermenéutica que permita rechazarlas y prestar la tutela solicitada; de este modo, en la tensión dialéctica de los valores jurídicos primarios –seguridad jurídica, como expresión de la legalidad formal, y la justicia material– serán las circunstancias del caso concreto las que, en última instancia, motiven la conciencia judicial para dar prioridad efectiva a uno u otro valor».

⁶⁹ T. STEIN, Seguridad jurídica en el orden jurídico de la República Federal de Alemania», *Temas, Contribuciones* 3/1997, pp. 7 y ss.

⁷⁰ LAVILLA ALSINA, op. cit., p. 68, quien estima que el principio de seguridad jurídica despliega sus efectos en tres áreas: en la creación de las normas, en la interpretación de éstas y en su aplicación.

social –fundada, en el caso del poder legislativo, en el principio de libre configuración legislativa en conexión con el principio democrático– con las legítimas expectativas de los ciudadanos y la sociedad en su conjunto en el mantenimiento y permanencia de lo ya realizado o declarado que garantice, en fin, como razona la STC 36/1991, de 14 de febrero, «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho».

1. LA ARTICULACIÓN DE LOS DISTINTOS PRINCIPIOS INTEGRADOS EN LA SEGURIDAD JURÍDICA: ESPECIAL REFERENCIA A SU DELIMITACIÓN EN EL ÁMBITO DEL PODER EJECUTIVO⁷¹

Estas distintas manifestaciones del principio de seguridad jurídica también requieren de un cierto esfuerzo dogmático para sistematizar las relaciones entre los mismos y delimitar, en último término, su ámbito de actuación, sobre todo tras la recepción del principio de confianza legítima en nuestro ordenamiento.

En efecto, desde nuestro punto de vista, el principio de protección de confianza se desenvuelve más precisamente en el último campo aludido en el epígrafe anterior y su finalidad no va a ser otra que la de erigirse en un parámetro de actuación en el proceso decisional de los poderes públicos (de todos los poderes públicos y no sólo de la Administración pública⁷²), a fin de poder prever, con cierto margen de seguridad, las distintas operaciones e inversiones de carácter económico o el mantenimiento o evolución de cualquier otra situación jurídica con respecto a la actuación de los distintos poderes del Estado. Más allá de los operadores económicos, los ciudadanos con relación a sus situaciones jurídicas y expectativas legítimas requieren también, y ello no es sino una consecuencia necesaria del Estado de Derecho y una obligación exigible a un Estado social, de la coherencia en el ejercicio del poder y de la estabilidad en la adopción de decisiones por éste frente a la acción, eventualmente incontrolada, desconsiderada o sin las cautelas suficientes, de los poderes públicos.

Ciertamente, con una función similar, aparecen otros principios que son también manifestación del principio de seguridad jurídica

⁷¹ Las reflexiones contenidas en este apartado pueden encontrarse en un trabajo previo del autor de estas líneas: «El principio de confianza legítima y su incorporación al ordenamiento jurídico español», *Noticias de la Unión Europea*, n° 205, 2002, pp. 45 y ss.

⁷² En cuanto a la incidencia del principio en el ámbito legislativo pueden consultarse numerosas resoluciones jurisdiccionales (por todas se puede consultar las SSTs de 11 de febrero y de 26 de noviembre de 1999, Ar. 1790 y 1376). En cuanto al ámbito judicial se refiere es del mayor interés el voto particular del Magistrado De la Vega Benayas existente en la STC 95/1993, de 22 de marzo, que mantiene que el cambio de jurisprudencia sólo puede tener efectos prospectivos.

cómo son la irretroactividad, la buena fe, el respeto a los derechos adquiridos, etc..., que por ello exigen una necesaria concreción y delimitación de los mismos. Esta tarea no es fácil y requerirá, como ya está sucediendo, el esfuerzo y la reflexión continuada en el tiempo, pero si parece cierto que ya en la actualidad disponemos de una mayor perspectiva y podemos añadir otros datos a los ya conocidos.

Si efectivamente, y como ha puesto de relieve COVIELLO⁷³, la confianza legítima suele aparecer citada con otros principios ello no quiere decir, como podría extraerse en una primera aproximación, que la misma tenga una función de acompañamiento de otros principios más sustantivos como parece concluir dicho autor. Dicho proceder jurisprudencial creo que encuentra sus causas en dos elementos importantes: el primero, en la gestación del principio en el campo europeo que ha desbordado el inicial campo de aplicación del mismo en el Derecho alemán adquiriendo una dimensión más amplia y por ello precisada de delimitación con otras manifestaciones de la seguridad jurídica; la segunda, porque la doctrina y la jurisprudencia siendo loable la actuación de ambas, hemos debido, y en esa tarea aún seguimos, aprehender el *acqui* comunitario e insertarlo debidamente y con prudencia en nuestras instituciones jurídicas, lo que tiene como consecuencia una cierta confusión entre instituciones jurídicas que exige, con posterioridad, su delimitación y adaptación al contexto constitucional y legal del país concreto.

Cabe en primer término, y en el marco de esta línea de reflexión, referirnos al principio de irretroactividad que encuentra un ámbito de actuación perfectamente definido que no es otro que el de la denominada retroactividad propia, es decir, la prohibición, salvo estrictas excepciones, de la aplicación de la ley a situaciones ya concluidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma y que, por ello, se diferencia en su ámbito de aplicación del referido principio de protección de la confianza que encuentra su ámbito de acción más propio en el campo de la denominada retroactividad impropia que, *a sensu contrario* de la anterior, implicaría la aplicación de la ley a situaciones no concluidas y en las que, por ello, se invierte la regla general antes enunciada. Pues bien, sin entrar ahora en la doble posición mantenida en nuestra doctrina sobre la denominada irretroactividad impropia, y su admisibilidad como protección de confianza⁷⁴, ha de subra-

⁷³ La cita a este autor se corresponde con lo expuesto en el libro de J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común*, Editorial Civitas, Madrid, p. 2275 (comentario al artículo 106).

⁷⁴ Puede verse, desde este punto de vista, con relación al principio de confianza legítima la posición negativa a su admisibilidad defendida por J. GARCÍA LUENGO, «¿Retroactividad normativa o protección de la confianza, a propósito de la STC de 31 de octubre de 1996», *Libro Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, p. 2514 y ss.,

yarse, como ya se reflexionó con anterioridad, que la traslación a nuestro ordenamiento del principio de confianza legítima desde el Derecho alemán lo ha sido tras su paso por la jurisprudencia comunitaria lo que, desde nuestro punto de vista, ha desbordado los límites iniciales del principio reducido en su inicial ámbito de aplicación al marco de la revisión de oficio como ha puesto de relieve la jurisprudencia comunitaria⁷⁵.

Con relación a los derechos adquiridos y su necesario respeto, la protección de confianza, como ha subrayado SANZ RUBIALES⁷⁶, va más allá de aquellos en la medida en que este último alcanza a las expectativas jurídicas de los particulares, ciertamente legítimas como ha puntualizado la jurisprudencia, pero, en definitiva, a derechos no consolidados de forma absoluta lo que delimita, por tanto, también un campo de acción propio frente a la protección de éstos. No estamos en el caso de la confianza legítima por ello, ha de aclararse, frente a un derecho ya consolidado sino, más exactamente, frente a la existencia de una conducta, manifestada en ciertos actos del poder público, que ha hecho generar cierta confianza en que se actuaría en un determinado sentido a un sector de ciudadanos o colectivos determinados.

tomando como base la propia evolución de la doctrina alemana y su crítica a la irretroactividad impropia, que entiende que el principio de protección de confianza ha nacido en un contexto constitucional distinto y que no puede adaptarse a dicha problemática que pone en peligro gravemente el principio de libre configuración legislativa propio del Estado democrático. Y una posición positiva a su admisión en este ámbito legislativo defendida principalmente, entre nosotros, por el propio autor de estas líneas, PAREJO ALFONSO, VELASCO CABALLERO o SANZ RUBIALES. Debe aludirse, aparte de las razones que se exponen en el texto, que la concepción de GARCÍA LUENGO, bien estructurada y defendida sin duda, no repara, a mi juicio, en el carácter no absoluto de ese principio de libre configuración legislativa que debe ser entendido, en sus límites, con relación a las circunstancias que determinan, como se ha explicado, una evolución del pensamiento en nuestro Derecho público.

⁷⁵ En lo concerniente a su aplicación en el campo legislativo, la retroactividad indirecta o material (*unechte Rückwirkung*), es decir, la entrada en vigor inmediata de las disposiciones legislativas con una modificación de la situación de los destinatarios de la norma no es, en principio, contraria a la Ley fundamental de Bonn (*Grundgesetz*); sin embargo, el principio de protección de confianza puede limitar el poder del legislador si los inconvenientes que han de sufrir los destinatarios de la norma priman sobre la importancia del objetivo perseguido por ésta y, en consecuencia, se considera como una confianza protegible. En concreto, en el ámbito de las libertades del empresario y, más en concreto, de la libertad profesional, OSSENBÜHL ha señalado que cualquier reglamentación nueva en este campo obliga a establecer reglamentaciones transitorias razonables («Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 32, 1991, p. 25, publicado anteriormente, bajo la misma denominación en *AöR –Archiv del öffentlichen Rechts–*, vol. 115, n° 1). En relación con dicho tema pueden consultarse la siguiente jurisprudencia: BVerfGE, 21, 173 (asesores fiscales); 25, 236 (dentistas); 31, 275 (derechos de autor); 32, 1 (examen académico); 36, 281 (derecho de patentes); 71, 138 (cotos privados de pesca)...

⁷⁶ I. SANZ RUBIALES, El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario», *Revista de Derecho Comunitario*, n° 7, 2000, p. 102 y ss., quien alude, acudiendo a la doctrina anglosajona, a su caracterización como intereses o como derechos de propiedad fuertemente limitados por el interés público.

Las dificultad de aplicación del mismo vendrá dada precisamente en la relevancia que otorguemos a las expectativas legítimas que mantienen los ciudadanos respecto de la actuación de los poderes públicos⁷⁷.

Ciertamente, la problemática en su definición y aceptación surge con el principio de buena fe respecto del cual, asimismo, toda la doctrina española coincide en la dificultad de su delimitación⁷⁸. Variada ha sido la reacción de la doctrina española a este respecto. PAREJO ALFONSO ha estimado que «Entre uno y otro no existe, pues, tanto una diferencia de sustancia cuanto de alcance, siendo el radio de acción del de buena fe más corto que el que pretende abarcar el más novedoso de la confianza legítima...» para concluir, sin embargo, que «puede concebirse como una derivación, con perfil propio, del principio de buena fe en el campo de las relaciones jurídico públicas»⁷⁹. GONZÁLEZ PÉREZ, por su parte⁸⁰, entiende que «en el ámbito del Derecho administrativo, el principio de buena fe ha permitido otorgar al administrado una protección similar a la que ha otorgado fuera de nuestro Ordenamiento jurídico el principio de confianza legítima...» concluyendo que ni los requisitos para su apreciación ni las esferas en que pueden aplicarse uno y otro son sustancialmente distintas⁸¹.

Lo cierto es que los intentos de solución a esta cuestión son, si puede utilizarse la expresión en este contexto, un tanto complejos y lo son porque ambos principios tienen un mismo fundamento y razón de ser: la confianza y, en ocasiones, ha de producirse un adecuado equilibrio, a su vez, con el principio de legalidad⁸². El asentamiento

⁷⁷ Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la CEE. Asunto *CAM*, nº 100/74.

⁷⁸ Incluso se mantiene una importante polémica en la doctrina civilista sobre si se debe admitir la buena fe en sus dos vertientes: objetiva (sujeción del operador jurídico a los estándares socialmente aceptados) y subjetiva (es decir, la creencia errónea, aunque excusable, de que la conducta seguida se adecua al ordenamiento jurídico). Obviamente, en el ámbito público, la segunda es de difícil admisión por la vigencia, más acusada en el mismo, del principio de legalidad.

⁷⁹ L. PAREJO ALFONSO, Prólogo al libro ya citado del autor de este trabajo, p. 18.

⁸⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 54 y ss.

⁸¹ Similar posición a la de este último autor puede encontrarse en F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley...*, op. cit., p. 364, para quien la delimitación de los mismos es sensiblemente dificultosa.

⁸² F. MARÍN RIAÑO, «La recepción del principio de confianza legítima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, nº 2248, 1989, así lo expresa indicando que «El principio de protección de la confianza legítima tiene un contenido realmente chocante para nuestra mentalidad jurídico-administrativa, formada en el respeto absoluto de la legalidad de la actuación administrativa, respeto que actúa como límite al juego de otros principios utilizados por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa como el de la buena fe o el de los actos propios, ya que permite mantener los efectos de determinadas situaciones ilegales, mantenimiento que se justifica por la protección que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación jurídica creada por la Administración. En tales supuestos, la seguridad jurídica prima sobre el principio de legalidad de la actuación administrativa e impide a la Administración remover la situación favorable al Administrado por muy ilegal que sea».

en nuestra dogmática y jurisprudencia del principio de buena fe y su indudable utilidad no ofrece dudas y el replanteamiento de su alcance y definición debe realizarse, por ello, con suma precaución y, por ello, al margen de toda tentación pretendidamente modernizadora⁸³. Reflexión que no implica, sin embargo, que a mi juicio deba ser, como en tantos otros conceptos jurídico-públicos, tarea ineludible reflexionar sobre el mismo si queremos responder con acierto a los cambios que acontecen en nuestra sociedad. No creo tampoco que la cuestión haya de reducirse a un problema de un eventual enfrentamiento de ambos principios ya que, en ambos casos, como se ha dicho, responden en último término a un nuevo alcance y vigor del principio de seguridad jurídica en un Estado, que por las razones anteriormente expuestas, está sujeto indefectiblemente a una notoria y cierta transformación. En su momento estimé, y ahora sigo pensándolo, que es preciso, a pesar de las dudas y recelos que ello suscite, encontrar un campo de acción propio al principio de confianza legítima en el ámbito de las relaciones ciudadano y Administración, delimitar un ámbito de aplicación distinto al principio de buena fe como ya ha acontecido en el ámbito del poder legislativo con el principio de irretroactividad tras la distinción entre la retroactividad propia e impropia. La solución contraria nos lleva inevitablemente a mantener un estado de confusión, claramente visible en numerosas resoluciones judiciales, al que estimo debiera ponerse un cierto final pues el problema no afecta, como pudiera parecer en principio, tan solo a la denominación.

Una solución alternativa a la expuesta es pensar que el principio no añade nada a lo que ya era protegido por la buena fe y que, por ello, no sería precisa su recepción. Pero a estas alturas, y entre otras razones por los distintos ámbitos en que puede jugar el citado principio (ejecutivo, legislativo y judicial), pero también por la propia evolución del Derecho público, estimo que no es la solución más adecuada. Negar su operatividad en el campo del poder ejecutivo por la existencia del principio de buena fe es algo que no podemos compartir por las razones que pasamos a exponer.

⁸³ Es cierto, de otro lado, que la doctrina española (GONZÁLEZ PÉREZ y SAINZ MORENO en forma destacada) había realizado, al analizar el principio de buena fe y su aplicabilidad a la Administración pública, un desarrollo y esfuerzo doctrinal que permitieron a nuestros tribunales y a nuestra doctrina cubrir gran parte del espacio que el principio de protección de confianza legítima presenta en la actualidad en otros ordenamientos europeos, al menos en lo que se refiere al ámbito de acción del poder ejecutivo. Ciertamente, y ahora no ocuparemos de ello, hay campos donde la utilización de los conceptos de confianza legítima y de buena fe aplicados al actuar administrativo presentan similitudes de contenido que, en algunos casos, son prácticamente idénticos y que nos obligarán a reflexionar sobre el campo de acción de cada uno de éstos. Quizá sea esta última circunstancia la que ha permitido a nuestro Derecho administrativo pervivir con un estándar de protección similar y equiparable al resto de los ordenamientos europeos –y en algunos casos notablemente superior– sin necesidad de proceder a una adaptación de sus normas procedimentales.

El pensamiento jurídico público exige en la actualidad una evolución y una adaptación para contemplar una realidad, en cuanto a la posición del individuo en sus relaciones con la Administración, que nos exige replantear el marco y los procedimientos de actuación de esta última. Pero si ello es cierto también me parece indudable que ello no puede ser predicado de la total actividad de la Administración pública. Concebir la total actividad de la Administración pública como única y homogénea, aun en el marco al que se alude de un nuevo Derecho público, me parece una concepción de difícil aceptación precisamente por el desarrollo que en el ámbito del Estado social ha tenido la actividad de ésta.

En principio, me parece fuera de toda duda que, como ha apuntado PAREJO ALFONSO⁸⁴, la sociedad y sus sujetos tienen en la actualidad una relación con el Estado distinta en la medida en que el ciudadano es titular de un conjunto de derechos subjetivos desde los que traba contacto con el Estado, lo que hace aparecer aquella relación como material. Pero no es menos cierto que en la total actividad de la Administración pública no es posible predicar dicha reflexión con la misma intensidad. La posición de la Administración pública, definida por su vocación de servicio al interés general y su necesaria imparcialidad, le hacen estar dotada, y sigue precisándolo, en al menos un amplio sector de su actividad, de un conjunto de potestades públicas que, aunque también requieran la pertinente reformulación, garantizan la más adecuada consecución de los objetivos públicos⁸⁵.

En este sector de actuación a que se ha hecho mención en el párrafo anterior, la relación trabada con el ciudadano tiene un contenido que responde en mayor medida a los patrones clásicos de construcción de nuestro Derecho público y en que el ejercicio del poder implica más bien ejercicio de una habilitación contemplada en la Ley y que, por ello, es definido, en mayor medida por los actos del poder público. Es en este sector de actividad, en que el ejercicio de potestades es inexcusable e imprescindible, donde el principio de confianza legítima adquiere su verdadero sentido y alcance y donde progresivamente su autodefinición, y su afirmación por la doctrina y la jurisprudencia como principio independiente con un campo de actuación propio, va desplazando progresivamente al principio de buena fe. Es éste, por último, un sector de actividad pública en que la actuación de los poderes públicos se objetiva más intensamente, y se cubre por ello

⁸⁴ L. PAREJO ALFONSO, «El Estado como poder y el derecho regulador de su actuación, hoy: algunas transformaciones en curso», *Reforma y Democracia*, n° 15, p. 172.

⁸⁵ Es decir, que la Administración actúe con prerrogativa; elemento este último que determina una diferenciación en la actividad de la Administración que, por ello, no se sujeta a otras ramas del Derecho. Puede verse a este respecto el ATS de 8 de septiembre de 1989 (Ar. 6329).

de elementos propios del Derecho público que, finalmente, señalan cómo más útil al principio de protección de confianza que al de buena fe que hasta estos momentos había cumplido dicha función. De esta forma, el principio de buena fe encuentra un campo de acción más propio y lógico con su propia definición y origen en esa redefinición de las relaciones jurídico-públicas a las que aludíamos con anterioridad, y en las que éstas vienen definidas por la posición fundamental del ciudadano derivada de la dignidad de la persona y el valor del libre desarrollo de la personalidad, y en el que la «confianza», como concepto jurídico a proteger, puede jugar en ambas direcciones, es decir, ser predicable tanto de la actuación administrativa como de la del ciudadano. Y por ello actúa, más claramente, en aquellas relaciones jurídico públicas en que el contenido de la misma viene definido básicamente por el ejercicio de derechos⁸⁶.

Factor este último de bidireccionalidad y aplicación a los dos sujetos de la relación jurídico-pública, sin duda esencial para su delimitación con el de buena fe, en el que podría cuestionarse que opere respecto de la Administración pública que no ejercita derechos sino competencias salvo en los supuestos anteriormente expuestos, y que no concurre con idénticas características en el caso de la confianza legítima. En efecto, en éste nos encontramos en un régimen de prerrogativa o, al menos, una posición de superioridad —precisamente la confianza que se protege lo es por ello— en el ejercicio de un poder conferido por el ordenamiento jurídico que no es trasladable a la buena fe, y en el que aun siendo predicable respecto del ciudadano un comportamiento leal en su relación con ésta, dicho factor juega como requisito de la confianza⁸⁷. La protección de la confianza, mantiene OSSENBÜHL, en un sentido jurídico, significa, por tanto, en el ámbito público, la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado, la

⁸⁶ En el mismo sentido, aunque con distinto alcance y fundamento al aquí propugnado, se mantiene dicha posición en la doctrina alemana por autores como MAINKA, ZUCK o BODE, quienes entienden que la aplicación de la doctrina de la buena fe, en el campo del Derecho público, ha de realizarse en relaciones jurídico-públicas de contornos y perfiles más similares a las del Derecho privado. Puede verse a este respecto, R. ZUCK, «Der Schutz der Rechtsstellung der ehrenamtl. Verwaltungsrichter bei den Verwaltungsgerichten», *DöV*, n° 15, 1960, pp. 580 y ss. Aunque, con cierta confusión por la invocación que se hace del principio de confianza, puede verse la STS de 30 de abril de 1999 (Ar. 4632) en la que se muestra la aplicabilidad natural de la buena fe en estas relaciones jurídico-públicas de naturaleza más fuertemente convencional y donde la Administración se ha despojado de la prerrogativa al establecer convenios. También en las SSTs 17 de febrero de 1998 (Ar. 10219), 6 y 23 de febrero, 11 y 30 de marzo de 1999 (Ar. 1776, 2043, 7648 y 3247, respectivamente).

⁸⁷ Posición similar a la expresada, aunque con sus propios matices, puede encontrarse en L. PAREJO ALFONSO, «El Estado como poder...», op. cit., p. 174, quien entiende que «De ello se sigue la consecuencia, en modo alguno secundaria, de la operatividad del principio de confianza legítima en las dos direcciones de la relación jurídico-pública, sin perjuicio de su especial importancia para el control del poder público (de todo él, incluido el judicial).

adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste, y su ámbito de actuación se extiende tanto al campo de la Administración (*Verwaltung*), como de la legislación (*Gesetzgebung*), como, por último, de la jurisprudencia (*Rechtsprechung*)⁸⁸.

La seguridad jurídica permite, pues, en su manifestación del principio de legalidad, el sometimiento a la ley y al Derecho de los poderes públicos pero también ciertas obligaciones en relación a los ciudadanos. El artículo 9.1 de la CE aludiendo de modo más concreto al principio de la legalidad establece: «*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*»⁸⁹.

Y es que, en efecto, la seguridad jurídica se proyecta tanto en la fase de elaboración de la norma jurídica como en la fase de cumplimiento y aplicación del Derecho. En esta última manifestación tienen una especial relevancia los instrumentos jurisdiccionales y lo que podríamos denominar instrumentos cautelares. De esta forma, SERRANO DE TRIANA ha expuesto que «*Aun en las más acendradas pretensiones de certeza en el mantenimiento de la situación que garantiza la norma, el concepto de la seguridad jurídica debe implicar no sólo que la norma o el cambio sea predecible, como extensión de lo que la norma es, o sea describible o anticipable para el observador jurídico, sino que sea mantenible o predecible incorporando un más amplio contenido de libertad, o un más amplio contenido judicial de protección procesal...*»⁹⁰.

Desde este punto de vista, el principio de seguridad jurídica se proyectaría en el ámbito que nos ocupa más estrictamente, la activi-

⁸⁸ F. OSSENBÜHL, «*Vertrauensschutz...*», op. cit., p. 25, expone que la protección de la confianza es un tema básico en el Derecho privado que ofrece diversos ejemplos. «*Ein solcher Vertrauensschutz durchzieht das gesamte Privatrecht und läßt sich an ungezählten Biespielen, etwa aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder dem Handelsgesetzbuch, demonstrieren*». De esta forma, en el campo del Derecho privado, el instituto jurídico de protección de la confianza ofrece tres aspectos diferenciados: el primero de ellos, el estado de confianza del ciudadano (*Vertrauenszustand*); el segundo, los hechos de los cuales puede derivar la confianza del ciudadano (*Vertrauensanknüpfung*); y tercero, el comportamiento confiado del ciudadano (*Vertrauensverhalten*).

⁸⁹ J.L. VILLAR PALASÍ y E. SUÑÉ LLIÑAS, «*El Estado de Derecho ...*», op. cit., p. 292, consideran que la expresión legal que se refiere a la sujeción de los ciudadanos al ordenamiento jurídico, aparte de ser una obviedad, nada tiene que ver con el principio de legalidad. Si bien es cierto que el Estado moderno y la consideración del mismo como un Estado de Derecho supuso la sumisión del poder público al Derecho, mediante el principio de separación de poderes y el reconocimiento de derechos y libertades a los ciudadanos, creemos que, si bien la sumisión de los ciudadanos no supone una novedad en el panorama del Derecho, sí es necesario su declaración constitucional en cuanto que es imprescindible para la vida en sociedad. Ello pone de manifiesto que el principio de legalidad va más allá de la sola reserva de ley y la preeminencia de ésta.

⁹⁰ A. SERRANO DE TRIANA, «*La función de la seguridad jurídica en la doctrina del TC*», en *Libro homenaje al profesor Jose Luis Villar Palasi*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 1261. Es interesante su alusión al conflicto existente entre el principio de seguridad jurídica y la necesidad de cambio de la norma escrita como manifestación del continuo cambio de la vida social a la que ha de responder. Se plantea así el conflicto especialmente con respecto a los derechos adquiridos.

dad de la Administración pública, en el campo normativo (a similitud, y con mayor fundamento, a como lo realiza en cuanto límite al principio de libre configuración legislativa en el campo legislativo) a través de los principios de irretroactividad que en esta materia se aplica, como nos es conocido, de forma absoluta y de confianza legítima en el ámbito que hemos denominado irretroactividad impropia⁹¹. Así lo ha reconocido expresamente nuestra jurisprudencia (tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo), de la que puede ser muestra, resumiendo los pronunciamientos de dichos tribunales la STS de 15 de noviembre de 1999 (Ar. 10039)⁹². Ciertamente, el poder

⁹¹ Ciertamente, no se nos oculta que una muy destacada doctrina, cuya opinión sin embargo no compartimos en su totalidad, encabezada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *Revista de Administración Pública*, n.º 159, 2002, p. 175 y ss., no entiende que el mismo sirva de límite al legislador ya que dicho principio, aun a pesar de su relación con la seguridad jurídica, no tiene rango constitucional. Argumenta dicho autor, desde este punto de vista, que la seguridad jurídica es un postulado de muy amplia proyección, informador de todo el ordenamiento jurídico –y por ello en el que puede incardinarse el principio de protección de confianza–, pero que en modo alguno implica revestir de rango constitucional la totalidad de sus aplicaciones.

Y es que, al menos desde nuestro punto de vista, dicho principio, por su vinculación con la seguridad jurídica en el que actúa en una relación de género a especie sí tiene un engarce constitucional, y de esta forma sí impone obligaciones positivas al legislador (cuestión distinta es cuáles sean dichas consecuencias y si las mismas han de traducirse necesariamente o no en responsabilidad patrimonial del Estado legislador, lo que sí coincide ha de tener una interpretación restrictiva), ya sea no otorgando una libertad de elección a éste para la regulación de las situaciones transitorias, o en otras manifestaciones complementarias a éstas destinadas a equilibrar el necesario cambio social y económico con las expectativas razonablemente fundadas de los ciudadanos.

⁹² La sentencia citada establece en el fundamento de derecho tercero la siguiente doctrina: «La retroactividad de las normas en nuestro ordenamiento viene marcada por determinados preceptos y criterios jurisprudenciales. El artículo 2.3 del Código Civil contiene una norma de aplicación subsidiaria, al establecer la irretroactividad de las leyes, si éstas no dispusieran lo contrario. El artículo 9.3 CE eleva a rango constitucional la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Y, en fin, el artículo 62.2 LRJ-PAC establece la sanción de nulidad para los reglamentos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos.

No existe, por tanto, una interdicción general de la retroactividad de las normas, pero en todo caso, cualquiera que sea el criterio interpretativo que se adopte en relación con el mencionado artículo 2.3 CC, ya se entienda que establece una regulación subsidiaria común para cualquier disposición escrita con carácter de generalidad, como ha entendido esta Sala en múltiples Sentencias (SSTS 22 de noviembre de 1980, 13 de noviembre de 1981, 26 de enero de 1982 [RJ 1982\301], 29 de febrero de 1982 [RJ 1982\30] y 15 de abril de 1997 [RJ 1997\3086]), o se mantenga la tesis que la entiende referida sólo a las disposiciones con rango de ley y que existe una prohibición absoluta de retroactividad para los reglamentos, lo cierto es que resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (cfr. STS 26-2-1999 [RJ 1999\1823]).

Por otra parte, es bien conocida la diferencia de los distintos niveles o grados de retroactividad. Tanto de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional –que tiene una primera manifestación en la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983\6), y luego múltiples re-

ejecutivo puede y debe, materializando las opciones políticas en cada momento existentes, innovar hacia el futuro las normas reglamentarias en aquellos ámbitos donde a este poder en virtud del principio de reserva de ley le está permitido. Otra cosa será, y por las mismas razones que ya se dijeron respecto del poder legislativo, que esa capacidad de innovación sea absoluta y pueda ejercitarse sin límite y sin ninguna consecuencia, ya sea en forma de exigencia de periodos transitorios o a través de indemnizaciones, respecto de las expectativas legítimas de los ciudadanos. Lo que no tiene necesariamente, reiterémoslo, que implicar negar la capacidad de éste para innovar el Ordenamiento Jurídico con los límites y requisitos establecidos para ello.

En el campo de la actuación administrativa no normativa, por su parte, la manifestación del principio de seguridad jurídica se produciría, desde mi punto de vista, a través de los principios de buena fe, respeto a los derechos adquiridos y confianza legítima, operando este último en aquellos supuestos en que no es posible aplicar estrictamente una bilateralidad en las exigencias de actuación del poder público y de los ciudadanos y en los que no se protege un derecho consolidado sino una «expectativa legítima». Otras manifestaciones de la confianza

referencias en sucesivas sentencias— como con la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 14 y 22 de junio de 1994 [RJ 1994\4597 y RJ 1994\5022], 5 de febrero de 1996 [RJ 1996\1039] y 15 de abril de 1997 [RJ 1997\3086]), 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 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 (SSTC 42/1986 [RTC 1986\42], 99/1987 [RTC 1987\99], 227/1988 [RTC 1988\227], 210/1990 [RTC 1990\210] y 182/1997 [RTC 1997\182], entre otras, y SSTS de 18 de marzo de 1995 [RJ 1995\2500], 15 de abril de 1997, y 17 de mayo de 1999» referencias en sucesivas sentencias— como con la Jurisprudencia de esta Sala (SSTS 14 y 22 de junio de 1994 [RJ 1994\4597 y RJ 1994\5022], 5 de febrero de 1996 [RJ 1996\1039] y 15 de abril de 1997 [RJ 1997\3086]), 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 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 (SSTC 42/1986 [RTC 1986\42], 99/1987 [RTC 1987\99], 227/1988 [RTC 1988\227], 210/1990 [RTC 1990\210] y 182/1997 [RTC 1997\182], entre otras, y SSTS de 18 de marzo de 1995 [RJ 1995\2500], 15 de abril de 1997, y 17 de mayo de 1999».

como concepto jurídico a proteger como el principio *allegans propriam turpitudinem non auditur*⁹³ o la prohibición establecida de *venirem contra factum proprium non valet*⁹⁴ no estarían sino en una relación de género a especie, o como requisitos cualificados de los mismos, respecto de los principios anteriores y habrían de considerarse manifestación específica de los mismos y, en último término, del principio de seguridad jurídica.

2. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO CERTEZA EN LA CREACIÓN DEL DERECHO Y LA CRECIENTE INCAPACIDAD DEL LEGISLADOR PARA DAR RESPUESTA A ESTE FENÓMENO

Si el fin de la seguridad es proporcionar certeza mediante la garantía de un marco jurídico dentro del cual el hombre pueda realizar sus proyectos, podemos decir que el hombre requiere saber a qué atenerse y confiar en el esquema jurídico establecido (es lo que se denomina seguridad jurídica en sentido objetivo y subjetivo). La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, haciéndose eco de esta necesidad, establece en su STC 108/1986, de 29 de julio, que la seguridad jurídica se percibe socialmente como una permanencia en las referencias normativas; y, en su alteración, como un mantenimiento de las situaciones generadas antes de la provocación del conflicto. Pero no debe olvidarse que supone, también, claridad jurídica, es decir, que el Derecho sea comprensible para el ciudadano y, precisamente por ello, sea previsible la actuación estatal.

Esto supone en cuanto a exigencia a los poderes públicos con capacidad normativa creadora –siguiendo a PÉREZ LUÑO– dos exigencias básicas: en primer lugar, lo que denomina corrección estructural: esto es, la garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico. Lo que implica la proyección en el ordenamiento jurídico del célebre *nullum crimen nulla poena sine lege* y esta primera exigencia la desglosa en distintos requisitos: *lege promulgata*, *lege manifesta*, *lege plena*, *lege stricta*, *lege previa* y *lege perpetua*; en segundo término, la corrección funcional que implica la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus

⁹³ Como requisito y manifestación de los citados principios puede consultarse la STS de 23 de noviembre de 1984 (Ar. 5956).

⁹⁴ Al respecto, el ATC 16/2000, de 17 de enero, aclara que la inadmisibilidad del *venirem factum proprium* adquiere perfiles específicos en el ámbito del Derecho público, distintos a los que rigen en el Derecho privado, de tal forma que sólo puede serlo con las necesarias matizaciones que no los desvíen de los principios rectores que constituyen su fundamento último, que son los principios de protección de confianza y la protección de la buena fe. En el mismo sentido el ATC 77/1993, de 1 de marzo.

destinatarios y la regularidad de la actuación de los órganos encargados de su aplicación; dimensión que conecta inmediatamente con el principio de eficacia del Derecho⁹⁵.

La cuestión referida en el párrafo anterior es especialmente significativa en el ordenamiento jurídico administrativo, dadas las singulares características de éste, que hacen que dicho aspecto adquiera perfiles propios en términos de coherencia y seguridad legislativa. GARCÍA DE ENTERRÍA, refiriéndose concretamente al fenómeno, ha puesto de relieve que «*El cambio normativo es, pues, frenético. El legalismo, desenfrenado, abocado a una inestabilidad permanente. Ninguna posibilidad de confiar en una conclusión o retoque último, al menos provisional, que permita suspender por un tiempo la promulgación de nuevas normas, ninguna esperanza de una codificación que consagre un cuerpo normativo completo y cerrado que elimine las iniciativas legislativas casuísticas e indefinidas. Es un dato esencial del ordenamiento administrativo, sobre el que merece la pena detenerse*»⁹⁶.

Y más adelante, reflexiona dicho autor, sobre la vinculación de la norma y la justicia en los siguientes términos: «*La norma ha perdido en buena parte su antigua vinculación con la Justicia y la ha sustituido por una muy estrecha vinculación con unas concretas circunstancias de suyo cambiantes. Este giro es verdaderamente capital y obliga a adaptar a él los planteamientos tradicionales. Las circunstancias determinantes y su eventual cambio se convierten así en protagonistas de primer orden a la hora de afrontar no sólo los problemas relativos a la aplicación de la norma, sino también, y muy especialmente, los referentes a la producción misma de la norma, al control de su validez, a la determinación de su vigencia, y por supuesto, a los términos en que es posible su impugnación*»⁹⁷.

⁹⁵ Cfr. A.E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad ...*, op. cit., pp. 31-37. En parecido sentido se pronuncia Victorio MAGARIÑOS BLANCO en su discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, al afirmar que el fin de la seguridad, esto es, la certeza tiene una cuádruple dimensión: que las normas jurídicas no sean arbitrarias, sobre la existencia de las normas y su significado (publicidad, claridad y coherencia normativa) que las leyes sean duraderas (estabilidad); y la certeza de que se cumplirán (control de legalidad): *La seguridad jurídica y el Estado de Derecho en España*, Real Academia Sevillana de legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1992, p. 15.

⁹⁶ El mismo autor, en la contestación al discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Landelino Lavilla Alsina, Madrid, 1999, ha puesto de relieve que «la inseguridad jurídica, en su forma actual, es un fruto de la legalización del Derecho» y pone de relieve que la fe en la legalidad que proporcionó la Revolución francesa pronto dio paso a un recelo casi general frente a una invasión progresiva de la actividad normativa del Estado. Y expresivamente escribe que «De garante de la libertad, hoy la norma escrita, con su profusión, con imperfección técnica, con su arbitrarismo, cuando arbitrariedad (que también, y por ello el mismo art. 9.3 de la Constitución se ha creído obligado a proscribirla en el ejercicio de los poderes públicos) se ha convertido en una verdadera amenaza para esa misma libertad».

⁹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1981, pp. 63 y ss. Y en esta misma línea de reflexión denuncia GARCÍA DE ENTERRÍA, en

Incremento normativo que, junto a la degradación de las normas en muchas ocasiones convertidas en leyes-deseo o anuncio y la creciente y en cierta medida inevitable utilización de conceptos jurídicos indeterminados en los presupuestos fácticos de la normas, se ha producido además en varias direcciones: en primer término, por la proliferación de actores en la creación de normas internacionales, nacionales, territoriales, institucionales y entes reguladores independientes; pero, en segundo lugar, por la extensión de las mismas que ha pasado a ser sensiblemente superior. Así, y específicamente en su Memoria de 1992, el Consejo de Estado hacía recuento de las normas promulgadas en 1991, significando que, únicamente en el ámbito estatal, se habían producido 13 leyes orgánicas, 31 ordinarias, 6 decretos-leyes y 1.849 decretos⁹⁸. Un incremento de casi un 400 por 100 respecto de la producción normativa que se realizaba veinte años antes. Puede siquiera mantenerse que con tan abrumador crecimiento de normas es posible preservar la máxima latina *sine lege certa, sine iure certo*⁹⁹.

Y precisamente este incremento de normas, fruto también en cierta medida de la incapacidad de la legalidad para dar una respuesta general y acabada a todas las situaciones sociales, ha llevado en algunos países (Estados Unidos a través de la *sunset legislation*, pero también en Suecia, Alemania o Inglaterra) a dirigirse a un control específico de la creación de normas mediante la supervivencia de algunas de éstas limitada temporalmente, a menos que sea prolongada su vigencia me-

la contestación al Discurso referenciado en la nota anterior, «La fácil disponibilidad de los poderes normativos, la generalización de las llamadas «Leyes Ómnibus», de las que son ejemplo característico las Leyes llamadas de Acompañamiento de las anuales de Presupuestos, o de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social (resultado paradójico de la crítica que hizo el Tribunal Constitucional a la práctica de incluir en las Leyes de Presupuestos innovaciones legislativas no legitimadas en el contenido que a dichas Leyes asigna el art. 134.2 de la Constitución), como respuesta a la voluntad imperiosa de cambiar las leyes eludiendo el lento y formal procedimiento parlamentario por Comisiones especializadas, la multiplicación de centros con poderes normativos, tanto en el espacio nacional como en el transnacional, el apoderamiento de la función de crear Derecho por burocracias más sensibles a veces que a los valores de fondo del Derecho a las simples comodidades de gestión de sus servicios, todo esto ha situado al inerte ciudadano ante una verdadera granizada de Leyes, de Reglamentos, de Instrucciones, Circulares, de normas de varia condición y efectos, que, inevitablemente, le atribulan y le desconciertan».

⁹⁸ Igual de denso era el panorama autonómico –205 leyes y 4801 decretos– en dicho período con una agravante y es que, en múltiples ocasiones, la repetición de normas con mínimos cambios conduce a una gran confusión.

⁹⁹ Y es que, como ha indicado con acierto el Consejo de Estado, es una «aspiración razonable, al concebir y llevar a efecto los planes de producción normativa, la de conseguir el mayor grado posible de estabilidad en beneficio del conjunto del ordenamiento y de su más eficaz recepción social y en evitación de las perturbaciones que, para el funcionamiento de los servicios administrativos la certidumbre de los administrados, se siguen del ritmo de cambio de las normas aplicables, sin dar tiempo, en ocasiones, a que las anteriores acrediten sus virtudes o sus defectos y a que se consolide una práctica administrativa conocida y un clima general de confianza demandado, sin duda, por un buen orden de convivencia».

dianete un examen específico, o a adoptar medidas codificadoras como las recientemente establecidas en Estados Unidos o Francia¹⁰⁰.

Haciéndose eco del problema, la jurisprudencia constitucional ha realizado continuos llamamientos a una labor normativa que supere las insuficiencias con que se presenta la actual, sin perjuicio de advertir en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, de que la seguridad jurídica «no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico existente en un momento histórico dado en relación con derechos o actuaciones determinadas» y de subrayar que el cambio legislativo no es sino una respuesta a las transformaciones del orden social (SSTC 70/1988, de 19 de abril y 99/1987, de 11 de junio). Pero, sin perjuicio de ello, como decimos, la STC 46/1990, de 15 de marzo, matiza que el legislador, para que los ciudadanos sepan a qué atenerse «debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que, acerca de la materia sobre la que se legisla, los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones jurídicamente confusas» y afirma que la seguridad jurídica «requiere certeza en la regla de derecho y proscrib[e] fórmulas proclives a la arbitrariedad» (STC 71/1982, de 30 de noviembre). Y también se ha preocupado de señalar, específicamente en materia fiscal y dado el continuo cambio de la normativa en el sector, la necesidad de dotar de estabilidad, junto con claridad y certeza, a las normas tributarias como base de la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico (STC 173/1996 y 182/1997), de recriminar al legislador la utilización de vías de producción legislativa no propias de la materia como ocurrió con las leyes presupuestarias en las que como nos es conocido se incluían todo tipo de modificaciones del ordenamiento jurídico (SSTC 76/1992, 178/1994 y 195/1994)¹⁰¹, de advertir que aun cuando las normas pue-

¹⁰⁰ De ellas ha dado cuenta E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 61 y ss. Y destaca el autor en dicho libro cómo el concepto de ley, tal cual fue gestado en la idea de Rousseau, ha entrado en crisis tanto por el valor destacado que representa la Constitución como por la desvalorización del concepto de ley por su desmedida proliferación.

¹⁰¹ Lo que, sin embargo, no ha sido un límite para admitir que a través de las denominadas «leyes de acompañamiento» se introduzcan las más variadas reformas legislativas. Y, al respecto, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2003, partiendo, eso sí, de que las mismas no tienen restricción material alguna, no obstante advierte de que una modificación sustancial de las normas que serían susceptibles de ser clasificadas en el concepto atípico de «Derecho codificado» —dentro del cual podrían incluirse, en una primera aproximación, las leyes orgánicas, principales o básicas y que constituyen cabeza de grupo de los distintos sectores del ordenamiento—, puede ser susceptible de ser considerada como contraria al principio de seguridad jurídica en el supuesto de que no se advierta la justificación suficiente para introducir en la ley de acompañamiento una modificación legislativa cuya eficacia y certeza está en gran parte subordinada a su consideración en relación con el resto del sistema o subsistema en el cual pretende realizarse y cuyos efectos son susceptibles de proyectarse sobre un sector importante del ordenamiento.

dan otorgar a la Administración competente un margen de apreciación ello no puede implicar que permitan la arbitrariedad por ausencia de criterios (STC 132/1989, de 18 de julio)¹⁰², de subrayar el deber del legislador y del Poder ejecutivo –cuando éste hace uso de la potestad reglamentaria a tales efectos– de precisar los preceptos que revisiten el carácter de básicos (SSTC 69/1988, de 19 de abril y 179/1992, de 13 de noviembre) y de orgánicos (STC 5/1981, de 13 de febrero), etc...

El propio Consejo de Estado ha realizado continuos llamamientos a la seguridad jurídica y a la perfección en la técnica legislativa poniendo de relieve que «el principio *iura novit curia* ha pasado a ser una mera presunción, bastante pretenciosa por cierto, si es que alguna vez fue verídico» y subraya con acierto que la degradación normativa «repercute en la seguridad jurídica, que es una garantía constitucional para los ciudadanos; riesgo que se produce cuando no se sabe con certeza cuáles son las normas que están vigentes, cuando es difícil localizarlas y cuando, aun teniéndolas a mano, no se entienden»¹⁰³.

Lo anterior no es obstáculo alguno para afirmar que, sin embargo, el principio de seguridad jurídica ha de encontrarse en armonía con el derecho a la tutela judicial efectiva que exige cierto grado de densidad normativa para poder hacer efectivo el control judicial de la Administración; exigencia que, además, se deriva sin violencia conceptual alguna del principio de legalidad¹⁰⁴.

Sin embargo, como ya pusiera de relieve HECK, también es preciso ser consciente de que la capacidad de percepción del legislador es insuficiente, la posibilidad que éste tiene para asentar el ordenamiento jurídico del futuro es muy limitada, ya que el mismo no es absolutamente previsible ni perceptible pues los problemas de la vida están sujetos a un cambio constante. De otro lado, los medios expresivos del legislador son incompletos. Aun cuando éste pudiera aprehender to-

¹⁰² También en Alemania la jurisprudencia constitucional se ha preocupado de realzar el mandato de precisión que han de contener las normas jurídicas a fin de garantizar la seguridad jurídica, sin perjuicio de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como márgenes de discrecionalidad a la Administración. Véase, respecto de este punto, T. STEIN, «Seguridad jurídica en el orden jurídico de la República Federal de Alemania», *Contribuciones*, n.º 3, 1997, Argentina (CIEDLA).

¹⁰³ Y puesto de relieve el problema el Consejo de Estado requiere:

1.º Llamar la atención del Gobierno sobre el grave problema de la proliferación e inestabilidad de las normas jurídicas, sobre todo en materia administrativa y fiscal, recordando el principio *legem patere quam fecisti*.

2.º Ofrecer al Gobierno su colaboración, en el ejercicio de la función consultiva, para procurar la calidad de las disposiciones generales que le sean consultadas.

3.º Sugerir al Gobierno que encargue a alguna de sus dependencias –como se ha hecho en algún otro país– el estudio riguroso de este fenómeno, haciendo caso omiso de dogmatismos que el tiempo se encarga de desmitificar.

¹⁰⁴ Entre nosotros puede verse en este punto el trabajo de M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 237 y ss.

dos los supuestos, aún seguiría siendo incapaz de reproducir o expresar sus ideas de un modo inequívoco y completo¹⁰⁵.

El paradigma, vigente desde el siglo XIX, de encuadrar dentro de la ley todos los posibles campos del espíritu, en el análisis realizado por GARCÍA PELAYO, reduciendo a una unidad ontológica y gnoseológica la realidad —y ello tanto en el campo económico, como social o de las ciencias naturales—, ya tenía precedentes en la escuela escolástica, pero ahora se basa en la razón humana¹⁰⁶, aunque los presupuestos en que se basaba dicha consideración están en crisis desde hace tiempo. Y es que, ciertamente, el mundo actual y su rápida evolución ponen de manifiesto que, como ha subrayado PAREJO ALFONSO en una cierta reflexión, es necesario superar algunos paradigmas clásicos en relación a dicha situación y específicamente apunta a dos: la vigencia indefinida del Derecho y la idea de la centralidad de la ley en la dirección estatal de la vida social y ello porque la ley, expone, «se ha ido convirtiendo cada vez más en puro instrumento de configuración de las condiciones de la vida social, es decir, en técnica al servicio del cumplimiento de las heterogéneas y cambiantes tareas estatales» y ello lógicamente, razona el autor referido, ha inscrito el factor temporal en la lógica de la legislación, haciendo de la adecuación al tiempo social una verdadera condición de la funcionalidad de ésta¹⁰⁷.

Y precisamente es ahí, en esta incapacidad del poder legislativo, donde la labor del juez en la creación e interpretación del Derecho —*judge made law*— ha adquirido una especial carta de naturaleza en el mundo actual, donde como de todos es conocido el Tribunal de Justicia en la Unión Europea es un actor sumamente relevante en la generación de principios comunes a la acción pública de los Estados miembros. En este sentido, al final de este siglo se vuelve a realzar en la modelación de instituciones jurídicas el papel de los jueces y tribunales al aplicar e interpretar el Derecho. En el ámbito geográfico comunitario es especialmente significativa dicha reflexión, pues la labor desempeñada por el Tribunal de Justicia de la CEE en la creación de principios generales de Derecho comunes a los Estados miembros viene determinando no sólo la legislación comunitaria, sino también,

¹⁰⁵ Phillip HECK, *El problema de la creación del Derecho*, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 50 y ss.

¹⁰⁶ M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pp. 68 y ss., para quien tanto partiendo de supuestos filosóficos como de las condiciones reales, haya una tendencia a considerar como imposible la predeterminación de las situaciones y, por consiguiente, de las reglas a ellas aplicables, junto a la falta de fe en la función estructuradora de la ley y del precepto jurídico que ya no son la expresión única de la realidad, sino simplemente uno de los elementos de la realidad que puede ocupar un lugar subordinado.

¹⁰⁷ L. PAREJO ALFONSO, «El tiempo y el Derecho: los valores de estabilidad y la innovación en el Derecho Público», *Revista Tachirensis de Derecho*, nº 10, 1998, pp. 159 y ss.

mediante un efecto de interacción sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, la propia legislación de los Estados miembros¹⁰⁸.

Función del juez, en el momento actual, que no necesariamente entra en pugna con el modelo constitucional. En Alemania ese recobrado papel del juez ha sido puesto de relieve por el Tribunal Constitucional de aquel país, quien destacaba en la sentencia BverfGE 34, 269 que «Frente a las regulaciones positivas del poder estatal puede existir, en determinadas circunstancias, algo más en Derecho, que encuentra su fuente en el orden jurídico conforme a la Constitución como método dotado de sentido y capaz de operar como complemento de la ley escrita; encontrarlo y plasmarlo en decisiones jurisprudenciales es tarea de los jueces... La actividad judicial consiste no sólo en el conocimiento y la manifestación de decisiones del legislador. La tarea de la jurisprudencia puede demandar, especialmente, aflorar a la luz y materializar en decisiones concepciones de valor, inmanentes al orden jurídico conforme con la Constitución, pero que no se han reflejado en los textos de las leyes escritas, mediante un acto de conocimiento estimativo, al que no faltan elementos volitivos... Esa tarea y facultad de «hallazgo creativo del Derecho» nunca —al menos bajo la vigencia de la Ley Fundamental— le han sido discutidas, en lo fundamental al juez».

Y que en el caso español, y atribuyéndole una función de salvaguardia de la seguridad jurídica, le ha sido asignado por el propio Tribunal Constitucional en aquellos supuestos de antinomia o inconsistencias entre preceptos ya que éstas han de ser resueltas por los tribunales en el proceso de aplicación del Derecho que les corresponde (STC 121/1992, de 28 de septiembre).

CHITI, en la doctrina italiana, ha puesto de manifiesto este decisivo papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a veces ciertamente criticado, que «ha adquirido un carácter particularmente creador, tanto más en aquellos sectores —como el de los principios generales del Derecho— en los cuales no existe una expresa disciplina comunitaria. Se ha hablado de una función cuasi legislativa de la Corte, de su rol de *creative law making* y las sentencias comunitarias han terminado por asumir también en el orden interno caracteres fundamentalmente similares al de las fuentes del Derecho»¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Véase, al respecto, J.P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés Européennes*, París, 1966; J. BOULOUIS, «À propos de la fonction normative de la jurisprudence: remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice», en *Mélanges Waline*, I, París, 1974; H. RASMUSSEN, *On Law and policy in the European court of justice: a comparative study of judicial policy making*, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986; M. CAPPELLETI, «Is the European Courts of Justice Running Wild?», *European Law Review*, 1987; F. MANCINI, «La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee», *Rivista Trimestrale Diritto Procesale Civile*, 1989.

¹⁰⁹ M.P. CHITI, «Los señores del Derecho comunitario: la Corte de Justicia y el desarrollo del Derecho administrativo europeo», *Revista de Derecho Administrativo*, 1992, n° 11 (Argentina), p. 452.

Y es que, en definitiva, en el mundo actual la aspiración connatural al legislador de conseguir los dos ideales en la creación del Derecho –la determinación plena de la norma y su plena adecuación– que están, o deberían estar, en la base de toda norma se hacen más difíciles de conseguir. Y el único remedio es, junto a mejorar la técnica normativa a fin de mejorar la lógica, la sistemática y el rigor dispositivo¹¹⁰, considerar y valorar la función de otros actores y fuentes del Derecho que pueden ayudar en esta labor de otorgar certeza a la actuación de los actores económicos y sociales y, con ello, coadyuvar a preservar en el tiempo la norma ya nacida.

Nuevamente, de forma similar a lo ocurrido en la alta edad media, el Derecho viejo, es decir, las máximas jurídicas destiladas a través de la labor de los tribunales y específicamente en el ámbito europeo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, parecen ser el buen Derecho, al menos en el campo del Derecho público donde la norma ha renunciado, en numerosos sectores, a articular un orden abstracto de justicia y responde más a elementos contingentes y ocasionales. En este sector del ordenamiento jurídico será tan importante crear el Derecho como destilarlo a través de la sucesiva aplicación de éste por los tribunales. Crear instituciones al poner en conexión la sociedad con el Estado, el individuo con el poder, y servir de equilibrio entre ambas instancias convierte de nuevo al Derecho viejo, al Derecho jurisprudencial, en un Derecho bueno que ha de ser objeto de consideración y estudio como productor de reglas jurídicas que condicionan la actuación de los poderes públicos.

Si en el momento de la Codificación y en los orígenes del constitucionalismo, precisamente cuando el Estado comienza una lenta e inexorable separación de la sociedad, la creación de Derecho es lo deseable y, consecuentemente con dicha idea, la racionalidad se impone frente al uso, en momentos históricos como los actuales, en que Sociedad y Estado se confunden en muchos puntos y se puede hablar de una interconexión entre los mismos acompañada de un vendaval normativo, el Derecho jurisprudencial, en definitiva el Derecho del caso concreto, adquiere un renovado papel a la sombra de la actuación de los tribunales de justicia.

Es, pues, en un momento histórico de nacimiento de un nuevo *ius commune* en el ámbito europeo, donde de nuevo aparece, como en el Derecho romano histórico y en la concepción jurídica anglosajona,

¹¹⁰ L. LAVILLA ALSINA, *Seguridad Jurídica...*, op. cit., p. 50, así lo pone de relieve significando que esa es la única fórmula para que el Derecho dé respuesta adecuada a las aspiraciones de cada uno por conocer sus derechos y obligaciones, prever el alcance de sus acciones u omisiones y hallar en la vida social –juridificada– la tranquilidad y la certeza que le hagan sentirse libre.

un renovado papel, o al menos un reforzado papel de la jurisprudencia en una situación semejante, según nos advertía COSSÍO, a la de los juristas romanos que «antes de haber pasado por el tamiz de las escuelas italianas (fueron los glosadores y los postglosadores los que, en virtud de un procedimiento de abstracción, se preocuparon de reducir a principios generales de Derecho toda la riqueza de soluciones contenida en la obra de Justiniano), o a la de los jueces germanos antes de recibir el Derecho romano»¹¹¹.

Si en el momento de la Codificación el positivismo jurídico implicó concebir la Ciencia del Derecho como un problema de interpretación del texto de la norma escrita, el momento actual de exacerbada proliferación normativa ha dado paso a recuperar la primacía de los principios generales del Derecho. Como ha puesto de relieve GARCÍA DE ENTERRÍA, «...los métodos precodificadores de la jurisprudencia, los que pusieron en marcha los juristas romanos y que nunca han dejado de estar presentes en la conciencia de los hombres del Derecho...»¹¹².

Pero junto a este actor, no menos importante resulta, y dado que el verdadero problema de la avalancha normativa se presenta en el Derecho público, una nueva consideración del papel de la Administración pública y el fomento de nuevas formas de actuación de ésta. Y es precisamente en este ámbito, y desde esta perspectiva, donde la frenética producción normativa podría armonizarse con el principio de seguridad jurídica tanto a través de técnicas concretas como en el fortalecimiento de nuevas formas de actuación de los poderes públicos.

Y es que, en efecto, el Estado moderno de Bienestar surgido en nuestro país, y construido en los últimos veinte años, requiere el desarrollo de técnicas que como la planificación aportan seguridad jurídica al tráfico y a la actuación de los distintos actores económicos y sociales. La estructuración de la actuación pública futura, que entre otras manifestaciones podrá tener lugar mediante la generación de normas que por ello serán previsibles en sus efectos y consecuencias, es un elemento que coadyuva a la realización del principio aquí estudiado. Se trata, en estos casos, de una configuración preventiva de la comunidad y no simplemente como una reacción frente a las situaciones de crisis. En este contexto, y como ha puesto de relieve HOPPE, el Derecho de la planificación supone una autovinculación del legislador derivado de los principios de igualdad y de prohibición de la arbitrariedad, de forma tal que en la promulgación de las diferentes leyes son las normas que establecen los principios las que gozan de prima-

¹¹¹ A. COSSÍO Y CORRAL, «La concepción anglosajona del Derecho», *Revista de Derecho Privado*, vol. XXXI, 1947, p. 234.

¹¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y Seguridad Jurídica...*, op. cit., p. 101 y ss.

cía y con ellas han de ser contrastadas las normas realizadoras de principios¹¹³.

De otro lado, y en cuanto a la segunda línea de actuación, el exceso de una actuación administrativa formal fundamentada en normas previas que imponen obligaciones imperativas de conducta a los ciudadanos, y que está en la base de la proliferación normativa, requiere en el que ya se ha denominado Estado cooperativo un replanteamiento de la misma en orden a buscar una participación activa de los ciudadanos en la conformación de las condiciones sociales necesarias para que los derechos fundamentales y las libertades públicas sean efectivas. STARCK, junto a otros autores en la doctrina alemana¹¹⁴, lo ha puesto de manifiesto y es que, en efecto, hoy día asistimos, y seguramente éste será un camino a fortalecer, al desarrollo de formas de actuación indirecta –también denominada informal– de la Administración que renuncia al acto ejecutivo y a la imperatividad de la norma como fórmula precisa para la consecución de los objetivos que se pretenden¹¹⁵. De esta forma, mecanismos negociados de aplicación del Derecho, de incentivación de la actuación de los sujetos destinatarios de la acción administrativa, nuevas fórmulas de resolución de conflictos, nueva consideración de los contratos administrativos, etc..., constituyen también un necesario complemento en esta labor de reducción del número de normas y de preceptos al constituir fórmulas dirigidas a la sustitución del mandato soberano unilateral que buscan la cooperación voluntaria de los agentes económicos y sociales estén o no organizados¹¹⁶.

Por último, la mejora del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias es un punto también necesitado de reflexión. El procedimiento a seguir para la elaboración de los reglamentos estatales es el regulado en el artículo 24 de la Ley del Gobierno:

De absolutamente sorprendente –así ha sido calificada por GARCÍA DE ENTERRÍA– puede calificarse la reforma producida en esta ley, y específicamente, en lo que se refiere a la exigencia hasta entonces vi-

¹¹³ W. HOPPE, «Planificación», *Documentación Administrativa* n.º 235-236, pp. 214 y ss.

¹¹⁴ Ch. STARCK, «Droits fondamentaux, État de droit et principe démocratique en tant que fondements de la procédure administrative non contentieuse», *Revue Européenne de Droit Public*, número especial, 1993.

¹¹⁵ Es preciso, sin embargo, tener en cuenta en cuanto déficit de control de la actuación pública y del respeto del principio de igualdad, los riesgos que implica dichas formas de actividad. Al respecto, puede consultarse H. SCHULZE-FIELTIZ, «¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?», *Documentación Administrativa* n.º 235-236, pp. 89 y ss.

¹¹⁶ En esta línea de actuación el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea ha realizado una reflexión sobre la mejora de la normativa comunitaria en que, junto a recomendaciones de tipo formal, reflexiona sobre los mecanismos para alcanzar soluciones subrayando que la vía legislativa constituye a menudo tan sólo una parte de una solución más amplia que combina normas formales con otros instrumentos no vinculantes.

gente de acompañar una tabla de vigencias a la producción normativa de nuevo cuño, y que, como nos es conocido, ha desaparecido en la reforma legal operada en 1997. Aunque, ciertamente, era normalmente inobservado dicho requisito, su eliminación no supone sino el reconocimiento, según ha expresado el autor antes aludido, de que «la Administración, con su omnipresente potestad reglamentaria y aun como formuladora de proyectos de ley, introduce con normalidad nuevas normas de cuya necesidad y aun de cuyo alcance real, por referencia a la regulación existente, ella misma no es ni siquiera consciente, y puede concluirse ahora que ni siquiera le interesa serlo»¹¹⁷.

La jurisprudencia recaída con motivo de la infracción de los trámites para la aprobación de los reglamentos tampoco ha sido muy estricta. En general, para los reglamentos estatales y autonómicos, sólo se ha considerado como vicio determinante de la nulidad la omisión del informe de la Secretaría General Técnica u otro órgano equivalente y, en alguna ocasiones, la omisión de la audiencia de las entidades representativas de intereses cuando no esté debidamente justificada su omisión. Asimismo, es una regla general que no cabe invocar un defecto o vicio del procedimiento de elaboración que no perjudica el interés de la parte que lo invoca, salvo que constituya una causa de nulidad (STS de 16 de febrero de 2000, RJ 1889).

Y es que, ciertamente, los tribunales no han mostrado excesivo celo en la exigencia de una técnica legislativa adecuada como condición de emanación de la norma. Incluso el propio Tribunal Constitucional ha rechazado que corresponda a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes, de tal forma que las omisiones o deficiencias técnicas de las mismas no son, en sí mismas, tachas de inconstitucionalidad ni puede aceptarse que la Constitución imponga en cuanto a la técnica legislativa una solución única y exclusiva al legislador (SSTC 109/87, 226/1993, 195/1996 y 273/2000). Y, sin embargo, se quiera o no son precisas ciertas actuaciones entre las cuales pueden citarse, a título de ejemplo, la clarificación del concepto de enmienda que ha permitido la introducción de legislación de urgencia en el Senado (puede verse en torno a este punto la equívoca jurisprudencia establecida por la STC 194/2000) o la introducción en normas, cuyo contenido material es absolutamente distinto, de disposiciones de coyuntura para resolver problemas puntuales.

Pero es precisamente en dicho procedimiento de elaboración, en el adecuado ejercicio del mismo queremos decir desde el punto de vista material y no sólo formal, donde pueden soslayarse muchos de los graves déficit apuntados con anterioridad. El propio Tribunal Supremo lo ha puesto de manifiesto en su sentencia de 17 de marzo de 1994 indicando respecto de dicho punto que «...la norma jurídica producida por la Administración, dentro de su actividad reglamentaria, ha de ser lo

suficientemente clara y precisa, para que no dé lugar a que en su aplicación por su ambigüedad, se pueda llegar a unos efectos y resultados no queridos ni contemplados en las leyes que dan cobertura jurídica a aquellas o, puedan dar lugar a diversas y diferentes soluciones, en algunos casos contradictorias, según la ideología del sujeto que las interprete y aplique, así como la ocasión de que ello se realice».

En este sentido, PALMA FERNÁNDEZ ha sintetizado, respecto de la actividad normativa, las exigencias que su surgimiento comporta en términos de seguridad jurídica en las siguientes: 1º Certeza de la norma vigente en forma tal que su mera presencia no sea motivo de duda en cuanto a su ubicación o inclusión sistemática; 2º Claridad del texto de la norma, lo que implica la identificación nítida de los destinatarios de la norma, el acercamiento a su realidad y la implantación de mandatos, prohibiciones y autorizaciones dentro de un lenguaje sencillo y comprensible; 3º Capacidad reguladora autosuficiente en su ámbito, que ha de traducirse en que la misma sea completa en su propia formulación, estricta para el campo de actividad sobre el que se vierte y definida de modo preciso en relación a su objeto; 4º Ausencia de motivaciones pedagógicas; 5º Consecuencia de un depurado proceso de elaboración¹¹⁸.

Por su parte, KRIELE también ha hablado de la existencia de unas máximas en el arte de legislar, recogidas del Tratado de Hale, y en las cuales se exige al reformador del Derecho que dé noticia de hasta dónde y por qué el Derecho debe ser modificado o completado, es decir, qué inconvenientes resultan de mantener la vigencia de la norma actual o qué defecto tiene ésta. En segundo lugar, que formule con exactitud la propuesta de reforma e intente valorar previsoramente, agotando al máximo la experiencia, no sólo las ventajas, sino también los inconvenientes, mediatos e inmediatos, de la reforma. En tercer lugar, que sopesen todas las ventajas e inconvenientes de la situación legislativa existente comparándolas con las de la proyectada y si, después de este examen, la reforma resulta razonable debe, con todo, mantener la situación existente si la seguridad jurídica lo exige. Valoraciones todas ellas a las que éste añade la de ponderación imparcial de las ventajas y costes, de permanecer en armonía con las imágenes que el pueblo tiene de la justicia y deduce de la presunción de razonabilidad del Derecho y de orientación imparcial hacia la libertad y la igualdad un consejo importante: tanta limitación de la libertad como sea necesaria, tan poca como sea posible¹¹⁹.

¹¹⁸ J.L. PALMA FERNÁNDEZ, *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Colección Estudios y Debates nº 68, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 44 y ss.

¹¹⁹ M. KRIELE, «Máximas para el arte de legislar», III Jornadas de Derecho Parlamentario *La función legislativa de los Parlamentos y la técnica de legislar*, Congreso de los Diputados, 2000, pp. 19 y ss.

Especialmente relevante para la superación del actual estado de situación es la mejora de la técnica legislativa –sobre la que, afortunadamente, ya existen colecciones como la realizada por el Grupo GRETEL, Libros sobre Técnica Legislativa–, tal y como se apuntó con anterioridad y como ha destacado SALVADOR CORDECH, y en el que la dogmática alemana ha desempeñado un papel relevante a través de los catálogos de directrices o del denominado cuestionario azul como programa de metódica legislativa¹¹⁹. Y, por supuesto, junto a ésta, la mejora del lenguaje jurídico que, como ha preconizado SAINZ MORENO, resulta una exigencia constitucional insoslayable para el Estado democrático que plantea una triple dimensión: semántica (significado de los términos); argumentativa (convencimiento y aceptación); y, en último lugar, estructural (transparencia del poder público)¹²⁰.

¹²⁰ P. SALVADOR CORDECH, «Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa», III Jornadas de Derecho Parlamentario *La función legislativa de los Parlamentos y la técnica de legislar*, Congreso de los Diputados, 2000, pp. 45 y ss.

¹²¹ F. SAINZ MORENO, «Lenguaje jurídico», III Jornadas de Derecho Parlamentario *La función legislativa de los Parlamentos y la técnica de legislar*, Congreso de los Diputados, 2000, pp. 89 y ss.