

Louisiana Law Review

Volume 63
Number 4 *Louisiana Bicentenary: A Fusion of
Legal Cultures, 1803-2003*
Summer 2003

Article 18

8-1-2003

El principio de seguridad juridica y la discontinuidad del derecho

María Elena Lauroba Lacasa

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev>



Part of the Law Commons

Repository Citation

María Elena Lauroba Lacasa, *El principio de seguridad juridica y la discontinuidad del derecho*, 63 La. L. Rev. (2003)

Available at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol63/iss4/18>

This Article is brought to you for free and open access by the Law Reviews and Journals at LSU Law Digital Commons. It has been accepted for inclusion in Louisiana Law Review by an authorized editor of LSU Law Digital Commons. For more information, please contact kreed25@lsu.edu.

El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho*

*María Elena Lauroba Lacasa***

TABLE OF CONTENTS

I. Introducción. La seguridad jurídica como un principio explícitamente recogido en la Constitución española de 1978	1246
II. La seguridad como exigencia objetiva de conocimiento de la legalidad	1249
A. La publicidad de las leyes	1250
B. La pérdida de vigor de las leyes	1251
1. La derogación	1252
2. Declaración de inconstitucionalidad e inconstitucionalidad sobrevenida	1253
C. La sucesión de las normas. La retroactividad y el derecho intertemporal	1256
1. Concepto de retroactividad manejado	1257
2. Los límites constitucionales a la retroactividad ..	1260
a. Disposiciones sancionatorias	1260
b. La restricción de los derechos individuales ..	1261
c. La retroactividad en materia tributaria	1262
3. Las Disposiciones Transitorias	1262
4. Algunas manifestaciones de inseguridad jurídica características del derecho español	1264
a. Seguridad jurídica y falta de claridad normativa	1264

b. Seguridad jurídica, inflación normativa y pluralidad de fuentes	1266
III. La seguridad jurídica entendida como predicibilidad de la decisión judicial	1268
IV. Seguridad y cambio: la realidad social del art. 3.1 CC ...	1274
V. Apostilla final	1275

I. INTRODUCCIÓN. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO UN PRINCIPIO EXPLÍCITAMENTE RECOGIDO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La «seguridad jurídica» aparece plasmada como concepto explícito en la Constitución española de 1978 (CE). En puridad, existe más de una referencia, con propósito y alcance diferente, en el Preámbulo y en el art. 9.3. Esa mención, que diferencia el derecho español de otros ordenamientos jurídicos, obvia la discusión sobre la pertinencia o no de asumir el principio¹ y hace innecesario acudir a los principios del derecho comunitario o al Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos². Paralelamente, la ubicación en la CE ha propiciado una abundante bibliografía, incluso monográfica, así como algunas sentencias del Tribunal Constitucional (STC), que constituyen el mejor soporte para exponer esta materia.

El Preámbulo contempla la seguridad como “principio inspirador de todo el ordenamiento jurídico.” Cabe identificarlo como uno de

Copyright 2004, by LOUISIANA LAW REVIEW.

* The authenticity of this article was ascertained only by the author.

** Doctor en derecho con una tesis sobre “La coposesión”, es profesor de derecho civil de la universidad de Barcelona desde 1989. Forma parte de un grupo de investigación consolidado que dirige el profesor F. Badosa Coll sobre diversas materias de derecho civil catalán y europeo.

1. Estudios como los de POULAND-DULIAN: “A propos de la sécurité juridique”, *RTDC*, 2001, n.3, pág. 487-504, o NAÔME, C.: “La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la cour de Justice et du Tribunal de première instance des communautés européennes”, *Riv.Dir.europeo*, 1993, pág. 223 ss., nos resultan ajenos. Y particularmente una discusión como la entablada en Francia tras la sentencia de la Cour de Cassation de 21.3.2000 (MOLFESSIS, N.: “Les «avancées» de la sécurité juridique”, *RTDC*, 38, 2000, pág. 660 ss).

2. Asimismo la CE recoge expresamente los derechos a la tutela efectiva (art. 24) y a la igualdad (art. 14, ubicado sistemáticamente como pórtico de los restantes derechos fundamentales), derechos que se alegan para situar las fracturas del principio de “seguridad jurídica.”

los «valores» del ordenamiento jurídico español,³ esto es, como un fin del ordenamiento, e incluso acudir a categorías metajurídicas o fundamentaciones axiológicas. Esta concepción supera la finalidad de nuestro trabajo,⁴ pues el ámbito de análisis se sitúa en el art. 9.3 CE:

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 individuales, la *seguridad jurídica*, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Concebida como principio constitucional, la seguridad jurídica puede considerarse un instrumento normativo fundamental para la realización de los valores superiores del ordenamiento jurídico, o incluso como un valor intermedio según el cual el ordenamiento jurídico ha de garantizar su propia consistencia como sistema normativo para sus destinatarios y operadores.⁵ Ahora bien, el TC no la ha considerado un principio más en una enumeración de diversos, sino el compendio de todos ellos, como destaca la clásica STC 27/1981 de 20 de julio, que constituye un referente indispensable de toda la exposición:

La seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que

3. Así lo defiende PECES-BARB, G., en diferentes textos. Cabe destacar su conclusión en "Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española", *Funciones y fines del derecho (Estudios en Honor del profesor Mariano Hurtado Bautista)*, Universidad de Murcia, Murcia, 1992, quien propone como redacción en vez de la actual del art. 1.1 CE, (pág. 272): "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico a la *seguridad jurídica*, la libertad, la igualdad y la solidaridad."

4. MARTINEZ ROLDAN, L.: "La seguridad jurídica: realidad o ilusión", *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, v.V, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pág. 3352. En la acepción del Preámbulo, "se manifiesta como un estado psicológico de satisfacción, bienestar y tranquilidad que siente la persona al ver garantizados y realizados una serie de valores jurídicos." En general, vid. SERRANO de TRIANA, Adolfo: "La función de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Libro homenaje al profesor José Villar Palasí*, Madrid, 1989, págs. 1243-1293.

5. HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, L.: "Seguridad jurídica y actuación administrativa", *Documentación administrativa*, 1989-II, pág. 199.

permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.⁶

Por tanto, todos los principios son expresión del de seguridad jurídica o, desde otra perspectiva, todos ellos son factores que contribuyen a la consecución de una más plena seguridad jurídica. Esta tiene a un tiempo un carácter polimórfico y sintetizador, pues se presenta como el resultado de un conjunto de técnicas normativas dedicadas a garantizar la consistencia, el cuerpo mismo del sistema. En su formulación, y dado que impregna, con mayor o menor intensidad, todos los principios que conforman el armazón del ordenamiento jurídico, cabe objetar que se considere diluido en los mismos,⁷ de ahí que se haya insistido en su configuración más técnica y estricta, a pesar de su conexión con los valores generales.⁸

En este ámbito, la seguridad jurídica significa fundamentalmente dos cosas: a) cognoscibilidad de las normas jurídicas y b) previsibilidad de las consecuencias de cada conducta y, en concreto, de la actuación de los poderes públicos que han de aplicar esas normas. En otras palabras, la seguridad jurídica, entendida como principio que asegura al ciudadano la certeza de su situación jurídica, se divide en dos grandes manifestaciones: a) seguridad jurídica *ex ante*, esto es, como una garantía tendente a asegurar el proceso técnico de búsqueda y hallazgo del derecho (su interpretación y el conocimiento del derecho) y b) seguridad jurídica *ex post*, como la garantía de estabilidad del resultado de dicho proceso, de forma que se da una pauta para el ciudadano en cada caso concreto.⁹ Así lo

6. Añade la STC 173/1996, de 31 de octubre: "La seguridad jurídica, según constante doctrina de este Tribunal, es "suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tenga este principio (STC 27/1981, 99/1987, 227/1988 y 150/1990)". Por otro lado, establece la STC 71/1982, de 30 de noviembre: "La seguridad jurídica enlaza con el principio de reserva de ley y, en sentido más general, con el de legalidad, y también la seguridad jurídica requiere certeza en la regla de derecho y proscrib[e] fórmulas proclives a la arbitrariedad". Por último, la STC 104/2000, de 13 de abril, remite a la STC 27/81 y recuerda que esos principios constitucionales "no son compartimentos estancos sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y Democrático de Derecho". Todas las Sentencias del TC pueden consultarse en www.tribunalconstitucional.es.

7. GARRIDO FALLA, F.: "Comentario al artículo 9", en *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid, 2001, pág.180.

8. Vid. SAINZ MORENO, F.: v. «Seguridad jurídica», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t.IV, Madrid, 1995, pág. 6110.

9. GARCIA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág.192. GARCIA DE ENTERRIA, E.: "El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador",

concreta, específicamente, la importante STC 104/2000, de 13 de abril:

Hemos dicho, en relación al principio de *seguridad jurídica*, que ésta viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que pueda promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad. Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho, como la claridad del legislador y no la confusión normativa.

Una precisión: el derecho español no recoge explícitamente el principio de la «confianza legítima», que de alguna manera se subsume en la seguridad jurídica, aunque sí ha sido estudiado en sede de derecho administrativo, entendido a menudo como un plus de la seguridad, predicándolo del administrado, y subrayando su carácter jurisprudencial,¹⁰ aunque ha sido recogido legalmente.¹¹ La influencia del derecho comunitario y de otros ordenamientos, y su paulatino asentamiento jurisprudencial pueden consolidarlo como un principio rector, pero no procede condecorarlo, en estos momentos, mayor atención.

II. LA SEGURIDAD COMO EXIGENCIA OBJETIVA DE CONOCIMIENTO DE LA LEGALIDAD

En este ámbito se impone situar el período de vigencia de las normas, acotado por el momento de su entrada en vigor (art. 2.1 CC) y el de su derogación (art. 2.2 CC), así como la relación entre dos leyes en el período transitorio (art. 2.3).

R. Adm. Púb., nº 159, 2002, pág. 173 ss.

10. La STS de 7.4.1991 se refiere al "... principio constitucional de seguridad jurídica que no puede defraudar el principio jurisprudencial de la «confianza legítima» del administrado," proclamado por el Tribunal de la Comunidad europea y asumido por la jurisprudencia de esta sala...". Un análisis exhaustivo en GARCIA LUENGO, *El principio de protección de la confianza...*, op.cit. Para constatar su predicamento en los países de nuestro entorno (un incentivo para su progresiva alegación en el nuestro): CALMES, S.: *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, 2001.

11. El art. 3.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo común, especifica que las Administraciones "deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima."

Pero la salvaguarda efectiva de la seguridad jurídica no se limita a la constatación formal de la existencia de las normas. También debe atender a su contenido intrínseco y a su encaje en el conjunto del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, debe relacionarse con el empleo de técnicas normativas adecuadas. Por último, España se estructura en comunidades autónomas (CCAA), con facultades legislativas y pertenece a la Unión Europea. Ello ocasiona la coexistencia de una pluralidad de fuentes materiales de producción de normas, cuya coexistencia y armonización no siempre es clara.

Por tanto, en este apartado se analiza el art. 2 CC, que sitúa la cronología de la norma como tal (su ciclo vital desde una perspectiva formal), pero también los problemas que genera una mala regulación técnica o la descoordinación entre los diferentes actores legislativos.

A. La publicidad de las leyes

Ex art. 2.1 CC: "Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado si en ellas no se dispone otra cosa." Como se advierte de la propia redacción, la publicación es presupuesto de vigencia de las normas. Se proclama el principio de publicación formal, como mecanismo para que los sujetos puedan conocer efectivamente la existencia y contenido de las leyes. Como prescribe la STC 179/1989, de 2 de noviembre:

La Constitución en su artículo 9.3 garantiza el principio de publicidad de las normas. Esta garantía aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de Derecho y *se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo artículo 9.3.* CE pues sólo podrían asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos y la efectiva sujeción de los ciudadanos a los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento.

El art. 2.1 CC, a pesar de interpretaciones extensivas, tiene como objeto nuclear las leyes estatales. Las normas emanadas de las CCAA presentan un doble mecanismo de publicidad: se publican en el Diario o Boletín Oficial de las CCAA, lo que determina su entrada

en vigor, y en el BOE con mera finalidad de difusión.¹² La exigencia de publicación en el BOE es legal -no constitucional-, de modo que cabría arbitrar otro mecanismo alternativo, siempre que no menoscabase las posibilidades efectivas de acceso: las formas de publicidad de eficacia claramente inferior, o los cambios insólitos o intempestivos, irían en contra del principio de seguridad jurídica.¹³ Asimismo, los Tratados Internacionales suscritos por España entran a formar parte del ordenamiento interno a partir de su publicación íntegra en el BOE (art. 1.5 CC.) Por último, los Reglamentos comunitarios y las Directivas deben publicarse en el Diario Oficial de las Comunidades europeas. Hasta la entrada en vigor del Tratado de la Unión europea (1992) no existía una obligación de publicar las Directivas, obligación que recoge en la actualidad el art. 254 [191] y ése era un argumento que se esgrimía para negar la eficacia horizontal de las Directivas, pese a la insistencia de los abogados generales, trayendo a colación la seguridad jurídica.¹⁴ Aunque la exigencia de publicidad de las normas resulta incontrovertida, todavía se encuentran supuestos en que se impugnan normas por no estar formalmente publicadas en su integridad: *"situación contraria al principio de seguridad jurídica y también al de publicidad, como elemento inherente en aquélla"* (STC 3/2003, de 16 de enero.¹⁵)

B. La pérdida de vigor de las leyes

Si la publicación permite identificar las leyes que están vigentes en el ordenamiento jurídico, la pérdida de vigencia supone su expulsión del mismo. Existen varios mecanismos que generan esa expulsión, entre los que destaca la derogación, como técnica principal, recogida en el art. 2.2 CC. Ahora bien, también cabe

12. Por ejemplo, el art. 33.2 Estatuto Autonomía de Cataluña establece: "Las leyes de Cataluña serán promulgadas, en nombre del Rey, por el Presidente de la Generalidad, que dispondrá su publicación en el «Diari Oficial de la Generalitat» en el término de quince días desde su aprobación y en el «Boletín Oficial del Estado». A los efectos de su entrada en vigor, regirá la fecha de su publicación en el «Diari Oficial de la Generalitat». La versión oficial castellana será la de la Generalitat."

13. SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario del art. 2", *Comentario del CC*, v.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 14.

14. Y así se afirmó en el caso C-91/92 Faccini Dori v. Recreb (vid. Tridimas, Takis: *The General Principles of ECLaw*, Oxford EC Law Library, 1999, pág. 164 (de hecho, era una argumentación pro forma, pues las razones de fondo son otras -vid. DIEZ-PICAZO, L.M^a: "La transposición de directivas en materia de derecho patrimonial por parte de las Comunidades Autónomas". *El futur del Dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret català a Tossa)*, Valencia, 2000, pág. 44 -, pero utilizada).

15. Que apostilla: "Principio éste básico del Ordenamiento jurídico que implica la exigencia de que las normas sean dadas a conocer públicamente mediante su inclusión en los boletines oficiales correspondientes."

hablar de nulidad, en relación a la declaración de inconstitucionalidad; de caducidad en los casos de leyes con un período de vigencia específico, predeterminado por un plazo de tiempo —las leyes temporales— o condicionado a la conclusión de una finalidad concreta o, incluso, en solución específica del derecho catalán, de “sustitución”, entendida como una fórmula derogatoria que pretende apoyarse en la *continuatio iuris* de la regulación que reforma, y enfatizar que las normas reformadas *continúan*, de modo que únicamente cambia el cuerpo legal en que se encuentran ubicadas.¹⁶ Por último, el art. 161.2 CE prevé la «suspensión» de la vigencia de las disposiciones de las leyes autonómicas que impugne el Gobierno por un período máximo de cinco meses, durante el cual el TC deberá ratificar o levantar la suspensión.¹⁷

Veamos los dos primeros supuestos.

1. La derogación

El art. 2.2 CC presta especial atención a la derogación, como mecanismo principal de pérdida de vigencia:

Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.

Por tanto, únicamente pueden derogarlas normas de igual rango (una manifestación del principio de «jerarquía normativa»). Las leyes presentan una vigencia vocacionalmente indefinida, indiferente a su aplicabilidad efectiva, lo que constituye una garantía de dicha aplicabilidad, dado que el juez sólo precisa constatar que no existe una norma contradictoria para proceder a aplicarlas.¹⁸ Asimismo, el precepto permite diferenciar entre derogación expresa y tácita. La primera implica una declaración del legislador explícitamente derogatoria, y puede ser formal (se identifican las normas derogadas) o material, si se emplea una fórmula indeterminada que declare la

16. BADOSA COLL, F.: “Comentari a la Disposició Final 1ª del Codi de Família,, en EGEA-FERRER (dirs.): *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Ed. Tecnos, 2000, pág. 1128 (en general, págs. 1125 a 1129).

17. En general, MARTINEZ-CARDOS, RUIZ, J.L.: “Una visión de la pérdida de vigor de las normas”, *Actualidad civil*, 1999-II, pág. 653 y ss.

18. Con anterioridad a la reforma de 1974, el art. 5 CC prescribía: “Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre, o la práctica en contrario.” La última frase no se reprodujo, no por cambiar de criterio, sino por su propia evidencia.

derogación de cuantas disposiciones se opongan a la que contiene el precepto derogatorio. Por el contrario, es tácita cuando, en defecto de declaración derogatoria, incluso imprecisa, la nueva norma es *incompatible* con los contenidos de normas anteriores. De todos modos, en nuestro derecho existe un principio de no presunción de derogación. Asimismo, la derogación, como procedimiento que expulsa una norma del ordenamiento, no conlleva la recuperación de las que a su vez expulsó la derogada. Para ello es preciso algún tipo de pronunciamiento del legislador.

2. Declaración de inconstitucionalidad e inconstitucionalidad sobrevenida

Corresponde al TC la declaración de inconstitucionalidad de un precepto y comporta su nulidad, ex art. 39.1 LOTC. “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.” La nulidad expulsa la norma o los preceptos que corresponda del ordenamiento jurídico, por ello las SSTC deben publicarse en el BOE para producir efectos generales (art. 38.1 LOTC). Se ha hecho notar que “la derogación priva de eficacia a la norma desde la vigencia de la disposición derogatoria, mientras que la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución conlleva la sanción de la nulidad con ineficacia originaria, si bien dentro de un respeto a las situaciones consolidadas en los términos que se coligen de los arts. 39.1 y 40.1 LOTC” (STC 14/1981, de 29 de abril). Ciertamente, al menos en teoría, la categoría de la nulidad ha de generar efectos *ex tunc*, pero el TC ha sopesado en cada caso las circunstancias que concurren y ha empleado diferentes fórmulas. Como concluía la STC 45/1989, de 20 de febrero: “Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de esa nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.” El pragmatismo se impone a la conceptualización teórica, y la argumentación de que la nulidad, como tal, varía en los diferentes ámbitos es el expediente necesario para evitar males mayores. Un ejemplo lo procura la STC 13/1992, de 6 de febrero, que aducía, para no anular los preceptos inconstitucionales, los graves daños y las perturbaciones a los intereses generales que podía provocar tal anulación.¹⁹

19. “Es imprescindible precisar el alcance concreto que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad de determinadas partidas presupuestarias (...)

Aquí resulta especialmente interesante el supuesto de la "inconstitucionalidad sobrevenida." Ex § 3 Disposición Derogatoria de la CE: "Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución." Esta prescripción, dirigida a los aplicadores del derecho, supone que no las aplicarán si entienden que han quedado derogadas, y que, en caso de duda, interpondrán cuestión de inconstitucionalidad ante el TC para que se pronuncie al respecto. Este es el último recurso, dado que no toda inadecuación a la CE de una ley preconstitucional debe considerarse derogada por inconstitucionalidad sobrevenida, sino sólo cuando no pudiera salvarse por vía interpretativa (STC 34/1981, de 10 de noviembre).

Por tanto, en el caso de las leyes preconstitucionales, es como si excepcionalmente los jueces y los tribunales tuvieran la competencia para enjuiciar la conformidad de las leyes con la constitución, aunque, "al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador -al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una constitución entonces inexistente, -sino que aplican la constitución, que ha derogado las normas anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que -por ello- son inconstitucionales" (STC 4/81, de 2 de febrero).²⁰ No obstante, la inaplicación por los tribunales se vincula al caso concreto, mientras que un pronunciamiento del TC expulsa esas disposiciones del ordenamiento jurídico.²¹

La anulación de tales partidas presupuestarias podría suponer graves perjuicios y perturbaciones, también en Cataluña, a los intereses generales, afectando a situaciones jurídicas consolidadas y particularmente a la política económica y financiera del Estado. Por otra parte, dichas partidas presupuestarias se refieren a ejercicios económicos ya cerrados y que han agotado sus efectos (...) La pretensión de la Generalitat de Cataluña puede estimarse satisfecha mediante la declaración de inconstitucionalidad de aquellas partidas presupuestarias que han invadido sus competencias, sin necesidad de anular los citados preceptos presupuestarios ni menos todavía las subvenciones ya concedidas al amparo de los mismos. Por todo ello, el alcance de Y efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad acordada se limita a los futuros ejercicios presupuestarios posteriores a la fecha de publicación de esta sentencia en el BOE" (otro ej., la STC 195/1998, de 15 de octubre).

20. Y añade: "En definitiva, no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder Legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional. Por último, conviene señalar también que la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida -y consiguiente derogación- efectuada por el Tribunal Constitucional tiene plenos efectos frente a todos, si bien, salvo que el fallo disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la Ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad (...) De esta forma, la Sentencia del Tribunal Constitucional -dado su valor erga omnes- cumple una importante función, que es la de depurar el ordenamiento resolviendo de manera definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse."

21. Art. 38.1 LOTC: "Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los

Cuando ha debido pronunciarse sobre esta materia, el TC ha optado por la simultánea declaración de invalidez y por la derogación:

La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior –criterio jerárquico- y posterior –criterio temporal-. La coincidencia de este doble criterio da lugar –de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la constitución, y de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación” (STC 4/81, de 2 de febrero).

Veamos la trayectoria de dos leyes preconstitucionales que puede resultar útil para situar el derecho español.

a) En primer lugar, el derecho de asociación. Este derecho se reconoce en el art. 22 CE, que atiende a su contenido esencial. El art. 22 CE ha sido directamente aplicado por jueces y tribunales, con plena eficacia derogatoria de la normativa preconstitucional en la medida que contenía disposiciones más restrictivas²². Se entendió sin controversia que la Ley de asociaciones de 1964 estaba parcialmente derogada y los jueces no la aplicaron. La conciencia en la tutela que procuraba el art. 22 ha permitido no legislar sobre el derecho de asociación hasta el 2002 (LO 1/2002, de 22 de marzo).

b) La ejecución extrajudicial de la hipoteca mediante procedimiento notarial, regulada en el art. 129 Ley Hipotecaria. La STS de 4.5.1998 (Sala 1ª) estimó derogado dicho precepto por inconstitucionalidad sobrevenida, al considerar que esta ejecución debía considerarse una actuación jurisdiccional, y por tanto circunscrita, ex art. 117.3 CE, a jueces y tribunales. Esta doctrina –que siguen las SSTS 6 y 20.4.1999, también de la Sala 1ª- supuso un cambio de criterio respecto a resoluciones anteriores del TS (SSTS de 16 y 23.10.1995) que sí defendían la legalidad del procedimiento, aunque estas decisiones procedían de la Sala 3ª.

Todo ello ha determinado la nueva regulación del procedimiento en la Disposición Final 9ª LEC 1/2001: el cuestionado “procedimiento ejecutivo extrajudicial” se ha convertido en “venta extrajudicial del bien hipotecado conforme al art. 1858 CC.” Se ha querido subrayar la diferencia entre la venta de la finca por el propio acreedor y la satisfacción procesal del crédito del acreedor

Poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».”

22. Vid. FERNANDEZ FARRERES, G.: *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 27.

hipotecario mediante una ejecución propiamente jurisdiccional en la que es el juez quien enajena la finca.²³ Dado que la nueva regulación es de 2000, sólo el TC puede evaluar su constitucionalidad.

C. La sucesión de las normas. La retroactividad y el derecho intertemporal

La siguiente cuestión es cómo ordenar los mecanismos de sucesión en el tiempo de las normas, desde la necesidad de conocer cuál es la norma aplicable a cada supuesto de hecho cuando concurren normas derogadas y derogatorias, y evitar colisiones.

El punto de partida es el art. 2.3 CC, considerado la norma de derecho intertemporal por antonomasia: "Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario." Como criterio general, recoge el principio de irretroactividad de las normas. Sin embargo, a diferencia de los preceptos parangonables de otros ordenamientos,²⁴ el art. 2.3 CC reconoce la posibilidad de una regulación en sentido contrario, lo que posibilita afirmar que en realidad contempla "un principio general, de rango subconstitucional, de no presunción de retroactividad,"²⁵ presunción que, como tal, puede ser destruida. Corroboraría esta lectura el art. 9.3 CE, que establece varios casos en que se proscribe al legislador cualquier regulación retroactiva, lo que, a *sensu contrario*, le permite legislar con efectos retroactivos sobre cualesquiera otras materias. La cuestión de la retroactividad/irretroactividad resulta relevante porque se vincula directamente a la seguridad jurídica (por ej., STC 99/1987, de 11 de junio); se entiende como una consecuencia de la necesidad de conocer las leyes para poderlas cumplir.²⁶ Sin embargo, como ha

23. Vid. FUGARDO ESTIVILL, J.: "Consideraciones sobre la prenda y el *ius distrahendi* (En torno a la Ley 22/1991, de 29 de noviembre de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble y el Anteproyecto de Ley de Derechos Reales de Garantía)", *La Notaría*, nov-dic., 2001, pág. 308 ss.; DIEZ-PICAZO GIMENEZ: "Sobre la sentencia de la sala primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, que considera inconstitucional el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria", *Trib. de Justicia*, 1998/8-9, pág. 819 ss; VEIGA COPO, A. B.: "La ejecución extrajudicial de la prenda y la regularidad de las subastas notariales (a propósito de la STS de 21 noviembre 2000)", *Rev. Der. patrimonial*, 2002-2, n° 9, pág. 60.

24. Así, el art. 2 CC francés prescribe: "La Loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif" (en el mismo sentido, el art. 11 Preleggi italiana).

25. DIEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, op.cit., pág. 204. Él considera un error afirmar que "existe un principio general de irretroactividad, con la carga valorativa que ello supone" (el subrayado es nuestro). Vid., no obstante, COCA PAYERAS, M.: "Comentario al art. 2", *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, dir. ALBALADEJO y DIAZ-ALABART, t.I, vol.I, Madrid, 1992, pág. 497.

26. COCA PAYERAS, "Comentario al art. 2", op.cit., pág. 498.

afirmado la STC 150/1992, de 4 de octubre: “fuera de las materias respecto de las que el art. 9.3 veta totalmente la retroactividad, es posible que se dote a la ley del ámbito de retroactividad que el legislador considere oportuno.” Fuera de esos ámbitos, “nada impide constitucionalmente al legislador dotar a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno, entre otras razones, porque la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico” (STC 197/1992).

La diferenciación en el art. 9.3 CE entre «irretroactividad» y «seguridad jurídica» avala la incorrección de pretender ampliar la irretroactividad a otros supuestos en base a la seguridad jurídica: será legítima cualquier norma retroactiva, siempre que no afecte los supuestos del art. 9.3. Correlativamente, se considera que la sujeción a diferentes regímenes no es discriminatoria para los afectados, como ha destacado el TC:

Dada la complejidad que puede presentar un cambio de regulaciones, es el legislador quien debe ordenar las características de la transición normativa, bien estableciendo diversos grados de retroactividad, bien limitando la aplicación de la nueva norma a las situaciones que nazcan tras su promulgación: todo ello según fórmulas y técnicas muy variadas, a la luz de los intereses y bienes que el legislador estime conveniente proteger o preservar. Ello permite justificar, desde la perspectiva del artículo 14, la conservación *pro tempore* de regímenes jurídicos derogados o sustituidos por otros. La diferenciación jurídica (...) no puede tacharse, en sí misma, de discriminatoria, orientada como está a preservar la seguridad jurídica, sin que ello suponga, desde luego, una ilimitada disponibilidad del legislador, al hallarse vinculado por la interdicción de la arbitrariedad que establece el art. 9.3 CE” (STC 89/1994).

En suma, aunque se parta de una declaración de irretroactividad inicial, las leyes pueden establecer su propia eficacia retroactiva excepto en los supuestos del art. 9.3 CE. Aún así, el principio del art. 2.3 CC impone una interpretación restrictiva de la aplicación retroactiva de las leyes en caso de duda. Dos cuestiones requieren un mayor desarrollo: el concepto de retroactividad que se maneja y los límites del art. 9.3 CE.

1. Concepto de retroactividad manejado

La STC 63/1982, de 20 de octubre, alude a “la difícil categoría de la retroactividad”, y resulta evidente la imposibilidad de formular un

concepto unívoco. Supone la aplicación de una norma a hechos o situaciones acaecidos durante la vigencia de una norma anterior, derogada por aquélla.

Todavía hoy resulta útil la distinción clásica entre retroactividad máxima, media y mínima. Se estima de grado máximo si afecta a la relación jurídica y a los efectos nacidos y agotados (consumados) de la ley derogada; de grado medio si se aplica a efectos nacidos durante la ley anterior, pero que deberán ejecutarse una vez entre en vigor la nueva; por último, es de grado mínimo si la nueva ley sólo se aplica a los efectos de la relación jurídica nacida vigente la normativa anterior que se produzcan una vez derogada ésta.²⁷ La doctrina coincide en la identificación de estas situaciones aunque las explica con el soporte de términos y teorías diferentes.²⁸ En una simplificación necesaria, y frente a construcciones clásicas que situaban los límites a partir de los «derechos adquiridos» y las meras expectativas, hoy se ordena en función de los efectos consumados, pendientes o futuros.²⁹ Tomando como referente esa tripartición, resulta incontrovertido que la retroactividad en grado máximo es retroactividad (así, STC 27/1981, de 20 de julio³⁰); sin embargo, los otros grados no siempre se interpretan como tal, en una serie de decisiones fluctuantes, en las que tienen cabida criterios extrajurídicos. De este modo, la STC 32/1987, de 12 de marzo, que estima retroactivo un supuesto de grado mínimo, es objeto de un voto particular en que se afirma que: “La ley es retroactiva si pretende regular actos realizados con anterioridad a su entrada en vigor, pero no lo es cuando regula las consecuencias a posteriori de situaciones

27. De Castro, F.: *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1984 (reimpr. ed. 1949), pág. 648 ss.; REGLERO CAMPOS, F.: “Comentario al art. 2”, en BERCOVITZ, R. (coord.): *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 29.

28. Una explicación pormenorizada obliga a diferenciar periodos de vigencia y de aplicabilidad de las normas concurrentes, que no son necesariamente coincidentes, y delimitan periodos específicos de intersección. Pero excede las coordenadas de este trabajo. Hay que advertir, además, que la doctrina recurre, para intentar solventar la dicotomía retroactividad/irretroactividad, a diferentes terminologías y construcciones deudoras de otros ordenamientos (vid. HERNANDEZ MARIN, R.: “El principio de irretroactividad”, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Vol.V, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pág. 3293 ss.).

29. Vid. CAPILLA, F.: v.«Retroactividad (Derecho civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, pág.5987, COCA PAYERAS, “Comentario al art. 2”, *op.cit.*, pág. 512-514, GIL RODRIGUEZ, J., en PUIG FERRIOL, GETE-ALONSO, GIL RODRIGUEZ, HUALDE: *Manual de Derecho civil*, I, Madrid, 1997, pág. 76 (con el soporte de las SSTs 13.2.1990 y 24.5.1990), y siempre De Castro, *op.cit.*, pág. 648.

30. “La incidencia de la norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a relaciones agotadas. Entonces puede afirmarse que la norma es retroactiva.”

creadas con anterioridad.”³¹ Esta tesis, repetida con posterioridad, debe asociarse con la denominada teoría del «efecto o la aplicación inmediata», que prescribe que aquellos efectos no agotados una vez en vigor la nueva norma, se rigen por ésta, no porque despliegue efectos retroactivos, sino porque se ven afectados por su aplicabilidad. Por tanto, no puede considerarse siquiera retroactiva la aplicación inmediata de la nueva norma a cualesquiera efectos jurídicos que hayan de producirse o simplemente ejecutarse desde el día de su entrada en vigor.³²

Es evidente, no obstante, que la aceptación de este criterio no evita reconocer una cierta retroactividad, incluso considerándola impropia. En definitiva, como afirmaba De CASTRO, “retroactividad e irretroactividad significan aquí dos actitudes respecto al modo cómo resulta afectada una relación jurídica ya existente al cambiar la ley (...) el concepto de la retroactividad no se puede hallar partiendo de la antigua o de la nueva ley, sino teniendo en cuenta la defensa de las situaciones que predica”³³ y añadía que la retroactividad implicaba que esa situación nacida con la ley derogada resultada afectada por la nueva “de modo sustancial.” En base a este criterio, el principio recogido en el art. 2.3 CC, en defecto de manifestación expresa de retroactividad, o si no se deduce con claridad, también permite defender la denominada “ultraactividad de la ley derogada,” esto es, su aplicación a los efectos surgidos de una situación nacida por la ley derogada,³⁴ mientras que la nueva ley, en defecto de disposiciones retroactivas, se aplicaría sólo a las situaciones *ex novo*. Puede objetarse, sin embargo, que la DT 4ª -vid. *infra*- avala el criterio inicialmente expuesto.

Por último, reproducimos otra STC, que completa la exposición anterior:

resulta relevante (...) distinguir entre la retroactividad auténtica o de grado máximo y la retroactividad impropia o de grado medio. En el primer supuesto, que se produce

31. El voto de los magistrados Díez-Picazo y Rubio Llorentey, aducía —con razón— que “se mantiene en esta sentencia un concepto de retroactividad divergente del que se ha mantenido en la jurisprudencia de este Tribunal, en muchas ocasiones anteriores.” Es verdad, asimismo, que se trata de un recurso de amparo, vinculado a la providencia sobre una solicitud de libertad provisional.

32. Recuerda la STC 99/1987, de 11 de junio: “Sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y «afecta a situaciones agotadas», y que «lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad.”

33. DE CASTRO, *Derecho civil*, op.cit., pág. 648.

34. DIEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, op.cit., pág. 211.

cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley ya consumadas, sólo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica. En el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la ley incide en situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el case (STC 182/1997).

Se debe destacar cómo la sentencia sacrifica —y lo reconoce— el principio de seguridad jurídica para la retroactividad en grado máximo únicamente en base al interés general (criterio formulado en la Jurisprudencia alemana,³⁵) mientras que en los restantes supuestos se apuesta por una individualizada ponderación de intereses.

2. *Los límites constitucionales a la retroactividad*

El art. 9.3 CE proscribe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o de las restrictivas de derechos individuales.³⁶ Merece asimismo atención la categoría de las normas fiscales.

a. *Disposiciones sancionatorias*

La proscripción de retroactividad de las disposiciones sancionatorias debe completarse con el art. 25.1 CE: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento." Es

35. Para situar las coordenadas en que se mueven determinados juristas españoles, GRASMANN, G.: "La constitutionnalité des règles de droit rétroactives et rétrospectives dans la jurisprudence allemande: règlement du conflit entre la confiance digne de protection des sujets de droit (nationaux et étrangers) et l'intérêt public", *RIDC*, 4-1989, pág. 1017 ss.

36. DIEZ-PICAZO, L.: v. "Retroactividad de las normas (Derecho constitucional)." *Enciclopedia jurídica básica*, t.IV, Madrid, 1995, pág. 5989. En general, GAYA SICILIA, R.: "El principio de irretroactividad de las leyes en la justicia constitucional", Montecorvo, Madrid, 1987 y LOPEZ MENUDO, F.: "El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional", *studios sobre la Constitución española. Homenaje al prof. Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1990, vol.I, pág. 455 ss.

evidente que se impide cualquier grado de retroactividad, incluso mínimo, si se trata de una norma que recoge tanto la tipificación de la conducta ilícita como la sanción que comporta, si bien determinados aspectos instrumentales pueden ser objeto de aplicación retroactiva en diferentes grados.³⁷

El art. 9.3 CE engloba las sanciones administrativas; en el ámbito civil debe completarse con la DT 3ª CC y, aunque no existen prácticamente sanciones *stricto sensu*, cabe situar las multas coercitivas y las multas por incumplimiento procesal que señala la LEC 1/2000 (arts. 247, 259 o 776.1ª). Su redacción da lugar, asimismo, a la retroactividad preceptiva de las disposiciones sancionadoras favorables, entendida como criterio emanado de la propia Constitución (STC 15/1981, de 7 de mayo).

b. La restricción de los derechos individuales

Los «derechos individuales» deben identificarse con los derechos fundamentales recogidos en las Secciones 1ª y 2ª, Cap. 2º Tít.I CE).³⁸ Esta precisión es relevante pues cabría asimilarlos a meros derechos subjetivos, lo que afectaría el margen decisorio del legislador. Desde el principio se desvinculan de la noción de *derechos adquiridos* - mencionados en la DT preliminar CC,³⁹ que designa aquellos derechos válidamente constituidos y consolidados bajo una legislación específica. La STC 27/81 explícitamente los distingue:

Desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión «derechos adquiridos» y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo primero de la Constitución; fundamentalmente, porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración y a los tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no concierne al Legislativo, ni al Tribunal Constitucional cuando procede a

37. DIEZ-PICAZO, *La derogación...*, *op.cit.*, pág. 214; ID, v. «Retroactividad», *op.cit.*, pág. 5990.

38. DIEZ-PICAZO, v. «Retroactividad», *op.cit.*, p. 5991, incluso defiende que “la prohibición de retroactividad no es sino un complemento del contenido esencial que, en virtud del artículo 53.1 CE, debe ser siempre respetado por el legislador al dictar una regulación que afecte a los derechos fundamentales.”

39. “Las variaciones introducidas por este código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo.”

la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la Constitución. Cuando se trata de la defensa del ordenamiento constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de «derecho individual» no puede confundirse con el *ius quaesitum*; el 9.3 -en todo o en parte- alude a los derechos fundamentales del Título I.

O, como recalca la STC 14/2000, de 13 de abril, para situar el concepto:

... la «restricción de derechos fundamentales» ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual, el límite a dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del Título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (STC 42/1986, de 10 de abril).

c. La retroactividad en materia tributaria

Merece la pena individualizar las normas fiscales o tributarias, porque el TC se ha tenido que pronunciar repetidamente sobre su hipotética retroactividad (algunas de las sentencias más interesantes surgen en esta materia). Además, las leyes tributarias son el único supuesto en que el TC ha considerado la posibilidad de configurar, sobre la sola base del principio de seguridad jurídica, un ámbito autónomo de retroactividad constitucionalmente vedada, el de las leyes fiscales retroactivas. De hecho, la redacción del art. 9.3 en el Anteproyecto de CE mencionaba también, junto a las normas sancionadoras, las “fiscales.” Pero como ha puntualizado el TC:

No existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva (...) Ahora bien, afirmar la retroactividad de las normas fiscales no supone mantener siempre y en cualquier circunstancia su legitimidad constitucional, que puede, en efecto, ser cuestionada cuando la eficacia retroactiva contraría otros principios consagrados en la Constitución, entre ellos el de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, 126/1987 y 197/1992.)

3. Las Disposiciones Transitorias

El art. 2.3 CC es insuficiente para conformar el derecho intertemporal, y debe completarse con las 13 Disposiciones Transitorias (DT) del Código civil, incorporadas en 1889 en la segunda edición del CC. Estas DT pueden clasificarse según su generalidad: la preliminar, las 1ª a 4ª y la 13ª establecen criterios

generales, mientras que las 5ª a 12ª recogen situaciones específicas y son por tanto ajenas a esta exposición.

La importancia de las DT radica en que, más de cien años después, proporcionan directrices todavía válidas: han devenido un instrumento general que, superando las coordenadas del CC, se emplea para aquellas leyes posteriores o reformadoras que carecen de normas propias de derecho transitorio.⁴⁰ Asimismo a las DT se remiten otros textos generales de diversas Comunidades Autónomas.⁴¹ En última instancia, su carácter de “derecho general” transitorio se apoya en la DT 13, que permite su aplicación por analogía.⁴² Debe destacarse que, aunque se formularon como especificación al respeto a los derechos adquiridos, en la medida en que intentan situar los derechos ya nacidos y ejercitados (DT 1ª) y los pendientes de ejercicio (DT 4ª), tienen cabida en las construcciones que parten del efecto inmediato de las normas y en la limitación de la retroactividad a la de grado máximo,⁴³ que se desarrolló *supra*.

Queremos destacar tres enunciados: en primer lugar, la DT 1ª, que contempla la aplicación retroactiva de las leyes que reconozcan nuevos derechos, a hechos anteriores a su entrada en vigor, con el límite de no perjudicar otros derechos adquiridos de igual origen, esto es, en virtud de la ley derogada⁴⁴ (enlaza con el art. 9.3. CE, *a sensu contrario*); en segundo, la DT 3ª, que prescribe que las disposiciones sancionadoras no se aplican a hechos nacidos bajos leyes anteriores que no preveían dichas sanciones y que en caso de coexistir en ambas normas determinadas sanciones, se aplica la más benigna (encaja perfectamente con los arts. 9.3 y 25 CE); por último,

40. STS 16 de abril de 1991 y: “Carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de derecho intertemporal que tengan carácter genérico, se admite, pacíficamente, que, a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto y, siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad y retroactividad de las leyes, son las normas de derecho transitorio del Código civil las que cumplen tal función y a ellas debe acudir...” También RDGRN 7.4.1989.

41. Así, por ejemplo, DT 4ª Ley 4/1995, de Derecho civil de Galicia (“Los demás problemas de derecho intertemporal que se planteen a causa de la entrada en vigor de esta ley se resolverán de conformidad con los principios que informan las disposiciones transitorias del Código civil”); o la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral del País Vasco (DT 1ª), también la Compilación de Derecho civil catalán hasta la reforma de 1993.

42. DT 13: “Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento.”

43. GIL RODRIGUEZ, *Manual de Derecho civil, op.cit.*, pág. 77.

44. Un ejemplo claro lo procura la D.T. 9ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del código civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio: “La atribución de la Patria potestad y su ejercicio se regirán por la presente ley, a partir de su entrada en vigor, cualquiera que sea la fecha del nacimiento del hijo.”

la DT 4^a, que establece que los derechos “nacidos y no ejercitados antes de regir el código”, esto es, a los efectos que nos interesa, en el momento de entrar en vigor la nueva normativa, subsisten como tales, pero su ejercicio y duración ha de regirse con la ley nueva.

4. Algunas manifestaciones de inseguridad jurídica características del derecho español

a. Seguridad jurídica y falta de claridad normativa

Establece la STC 46/1990, de 15 de marzo: “La exigencia del art. 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.” Asimismo, expeditivamente, la STC 150/1990, de 3 de octubre: “Los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma.”⁴⁵

Esa exigencia, teóricamente inapelable, es cada vez más difícil en la práctica. El legislador adopta técnicas poco rigurosas que dificultan el acceso y el conocimiento de la ley, y que han sido objeto de reprobación. El ejemplo paradigmático lo constituye la llamada “Le y de Acompañamiento de los presupuestos” o, técnicamente, “de medidas fiscales, administrativas y de orden fiscal,” que constituye el soporte utilizado anualmente para modificar numerosas disposiciones sustantivas.⁴⁶ Para justificar su existencia es preciso remontarse a las primeras leyes de presupuestos postconstitucionales, las cuales incorporaron modificaciones y reformas de numerosas disposiciones de carácter no estrictamente presupuestario, superando el ámbito propio de la ley que fijaba el art. 134 CE. Consecuentemente, sucesivas SSTC determinaron que con este procedimiento se generaba incertidumbre, pues en la práctica se desbordaban los límites de una ley cuya función y objeto delimitaba el ordenamiento “con la consiguiente violación del principio de la seguridad jurídica” consecuentemente se proscribió la inclusión en la Ley de modificaciones legislativas sobre materias sin conexión suficiente con el programa anual de ingresos y gastos públicos.⁴⁷

45. Desde otra perspectiva, pero como referencia útil, MONOTORO BALLESTEROS, A.: “Incidencia de la seguridad jurídica en la estructura y forma lógica de la norma jurídica,” *AFD*, 1998, pág. 219 ss.

46. CAZORLA PRIETO, L. M^a: *Las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario. Sus problemas de constitucionalidad*, Madrid, 1998.

47. Así, la STC 65/1990, de 5 de abril, para situar los límites jurídicos al

Desde esta advertencia, el legislador ha optado por elaborar, junto a la estricta Ley de Presupuestos, una Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que se tramita por el procedimiento de las leyes ordinarias y que es un cajón de sastre en que coexisten disposiciones de todo tipo, de difícil inteligibilidad incluso para los operadores jurídicos. Así, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modifica, entre otras, las leyes de Contratos de las Administraciones Públicas, de Expropiación Forzosa, de Ordenación de la Edificación, de Costas, Hipotecaria y de Aguas.⁴⁸

En definitiva, como ha declarado el TC, “no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas.” Más allá de la discusión sobre si la Ley de Acompañamiento puede constituir un expediente técnico para eludir el límite del art. 134 CE a la Ley de Presupuestos, lo que interesa destacar es cómo bordea los límites de la cognoscibilidad... Estamos ante una única ley con un contenido tan heterogéneo que perturba el principio de seguridad jurídica aunque formalmente resulte impecable.

De todos modos, y como pragmáticamente se declara en la STC 104/2002:⁴⁹

Sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto jurídico produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre

contenido de las Leyes de Presupuestos se apoyaba en el principio de seguridad jurídica. Dos años después, la STC 76/1992, de 14 de mayo, rechaza la incorporación de determinadas materias, “por afectar al principio de seguridad jurídica debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo origina.” En concreto, identificó como materias no incorporables las “normas típicas del derecho codificado” (en ese caso se vulneran los arts. 66.2 y 134 CE). Como ha señalado GIL CREMADES, R.: “Ley de Presupuestos y seguridad jurídica”, *Rev. Cortes Generales*, n. 27, 1992, pág. 99: “ello implica también un endurecimiento de su doctrina anterior sobre la falta de homogeneidad de las leyes, pues de una simple incorrección técnica ajena a a jurisdicción constitucional, pasa a constituir –al menos en este contexto– un problema constitucional.”

48. El T.R. Ley Contratos Administraciones Públicas, RD Leg. 2/2000, de 16 de junio; la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954; la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, Ordenación de la Edificación; la Ley 22/1988, de 28 de julio de Costas; la Ley Hipotecaria y la Ley de Aguas, RD 1/2001, de 20 de julio.

49. Y previamente, entre otras, en las SSTC 96/2002 de 25 de abril; 212/1996, de 19 de diciembre; 142/1993, de 22 de abril y 150/1990.

la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica.

b. Seguridad jurídica, inflación normativa y pluralidad de fuentes

La denominada *inflación normativa* es otro factor relevante, en la práctica, contra la seguridad jurídica: la multiplicación de normas da lugar a frecuentes contradicciones normativas, efectos sólo parcialmente compatibles o inconexos etc. y genera arbitrariedad, tanto formal como material, que obliga a buscar mecanismos de armonización y sistematización. Ése era del núcleo de esclarecedor ensayo de GARCIA de ENTERRIA: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*.⁵⁰ Entre estos mecanismos destaca la codificación, que en el s.XXI, ajena a los postulados ideológicos de la primera codificación liberal, se convierte en el mejor expediente técnico para la adecuada incardinación e inteligencia de las normas en un ordenamiento jurídico. En nuestros días, como se ha hecho notar, la codificación “se convierte en fuente promotora de la certidumbre de las normas jurídicas e instrumento de la seguridad jurídica.”⁵¹ En este escenario, incluso la insatisfactoria codificación *à droit constant* se presenta como un mecanismo para mejorar la cohesión de un ordenamiento cada día más complejo. Por ello resulta especialmente interesante el proceso codificador emprendido por el legislador catalán, iniciado con la aprobación de una pluralidad de leyes civiles especiales, posteriormente sustituidas por códigos sectoriales y que ahora se pretenden unificar en un código único, y que, con independencia de consideraciones de derecho sustantivo, recurre a la técnica codificadora como mejor sistema de acercamiento del derecho propio a los operadores jurídicos.⁵²

La otra fuente de inseguridad jurídica, característica del estado español, surge de la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos civiles autonómicos y estatal, con la correlativa pluralidad de productores normativos, que tienen en la CE los límites y el alcance

50. Civitas, Madrid, 1999.

51. CAZORLA PRIETO, L M^a: “La codificación como función de los poderes públicos en el estado contemporáneo. El caso español”, *Seguridad jurídica y codificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 53. Es muy interesante la completa monografía, por los conceptos que anuda: «seguridad jurídica» y «codificación».

52. De ahí que resulte sorprendente que, en nuestros días, el gobierno central haya recurrido ante el Constitucional [Recurso nº 2099/2003] la Ley Primera del Código civil de Cataluña (Llei 29/2002, de 30 de diciembre) cuestionando no ya determinados contenidos (pretensión que sería discutible, pero no refutable desde determinadas interpretaciones jurídicas) sino la propia adopción de la técnica codificadora, la propia pretensión de enhebrar un código.

de sus competencias respectivas (art. 148-149). Si en determinadas materias cada CA tiene competencia exclusiva, en otras coexisten facultades concurrentes entre el estado y las autonomías, y materias en que corresponde al estado la fijación de las normas básicas y a las CCAA el desarrollo o la regulación completa de las instituciones, pero con la obligación de atenerse a esas bases. La armonía teórica se ve contestada en la práctica, y se suceden yuxtaposiciones y conflictos que a menudo acaban en el TC. Así, por ejemplo, actualmente la Ley de asociaciones catalana, en vigor desde 1997, está recurrida ante el TC por el gobierno central⁵³ en base a que invade aspectos del derecho de asociación (art. 22 CE) cuyo desarrollo corresponde exclusivamente al Estado; ello no obsta para que en esos momentos la ley catalana se aplique a las asociaciones que tienen su domicilio y desarrollan sus funciones principalmente en Cataluña. Anteriormente, el gobierno central, con la misma argumentación, había recurrido la ley vasca de asociaciones —referente de la ley catalana—. En ese caso, el TC se pronunció básicamente a favor de la competencia del gobierno vasco (STC 173/1998, de 23 de julio). Pese a dicha sentencia el gobierno central no ha retirado el recurso contra la ley catalana.

Como último ejemplo, un supuesto técnico referido a la regulación del derecho a constituir fundaciones, que en España tiene rango constitucional (art. 34 CE). Conforme a ese derecho y a las competencias atribuidas, Cataluña dictó en 1982 una ley de fundaciones sin esperar a una regulación estatal. El legislador catalán era consciente de que la futura ley estatal contendría una relación de artículos con “las condiciones básicas del derecho de fundación”, en su contenido constitucional, a los que debería adaptar su normativa. Doce años después, en 1994, se aprobó la Ley de fundaciones estatal⁵⁴, cuya Disposición Final 1ª enumeraba efectivamente esos preceptos. Entre ellos se incluía la capacidad de las personas jurídico-públicas de constituir fundaciones, posibilidad que había excluido la ley catalana. Desde entonces se amplió la capacidad a las personas jurídico-públicas —a pesar de notorias reticencias— y cuando el Parlamento catalán aprobó en el 2001 una nueva ley de fundaciones⁵⁵ lo recogió expresamente por imperativo de la ley estatal del 94. Pero la historia no acaba aquí: En el 2002 se aprueba una nueva Ley de fundaciones estatal⁵⁶ que no incluye la capacidad de las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones entre los preceptos

53. Ley 7/1997, de 18 de junio. El recurso (3914/1997) afecta a 22 artículos de 38.

54. Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

55. Ley 5/2001, de 2 de mayo, de *fundacions*.

56. Ley 50/2002, de 26 de diciembre.

considerados de carácter básico. Consecuentemente, el legislador catalán, si lo estima conveniente, podría negar a aquéllas, como había hecho en 1982, la capacidad para constituir las. Cambios de criterio de ese tipo, sencillamente arbitrarios, conculcan la deseable coherencia del ordenamiento jurídico y por ende la seguridad jurídica.

Otro desajuste reseñable que también afecta al derecho español se sitúa en el marco de la Unión Europea, en concreto, en la transposición de las directivas comunitarias. Aquí se advierten dos problemas: por un lado, a nivel internacional, cada país transpone la directiva en función de sus propias consideraciones sin que los resultados sean homogéneos; por otro, a nivel estatal, la transposición frecuentemente no supone una reforma, o derogación, de la normativa nacional previa, de modo que coexisten regulaciones paralelas no siempre concordantes en sus efectos (aquí se revela especialmente beneficiosa la técnica de la codificación). Como reconoce la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo:⁵⁷ “Se ha señalado que, cuando se aplica una directiva, algunos legisladores nacionales mantienen al mismo tiempo la legislación nacional existente, creando así una situación de inseguridad jurídica.” La transposición de la Directiva 1999/44/CE revela con claridad esas deficiencias. El legislador español podía reformar el CC, como se ha hecho en Alemania, o elaborar una norma concreta. Temeroso de las repercusiones de la primera opción, demasiado ambiciosa, ha optado por una ley específica (la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo), sin ni siquiera atreverse a una reforma en profundidad de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984.

III. LA SEGURIDAD JURÍDICA ENTENDIDA COMO PREDICIBILIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Desde esta perspectiva, la seguridad jurídica se anuda a una cierta predicibilidad de la decisión judicial. Aquí debe entenderse “como la posibilidad de un cálculo apriorístico razonablemente seguro de la manera y el sentido en que los Tribunales aplicarán las normas legales.”⁵⁸ En expresión de la STC 36/1991, de 14 de febrero: “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho.” Este criterio debe ligarse, asimismo, a un derecho fundamental, el derecho que

57. *Un derecho europeo más coherente. Plan de acción*, Bruselas 12.2.2003 COM (2003) 68 final: pág. 10.

58. BACIGALUPO, E.: “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 447, pág.1 y se ha anudado al «valor superior» de la «libertad» (art. 1 CE).

todo sujeto tiene a obtener “la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” (art. 24 CE).

Cuando se habla de poder judicial y seguridad jurídica, el referente es todavía Kelsen, quien en la *Teoría pura del derecho* dedicaba un apartado a la “Creación de normas jurídicas generales por parte de los tribunales de justicia: el juez como legislador” y yuxtaponía «flexibilidad del derecho» y «seguridad jurídica». Él se centraba en el papel de los “precedentes.” Recordaba la existencia de dos tipos de sistemas jurídicos técnicamente diferentes: en el primero, la creación de normas jurídicas estaba reservada a un órgano legislador central, y los órganos judiciales se limitan a aplicar a los casos particulares las normas generales creadas por aquél. Este sistema “tiene el inconveniente de la falta de flexibilidad. Sin embargo, tiene la ventaja de la seguridad jurídica que consiste en que la resolución de los tribunales es hasta cierto grado previsible...” Lo oponía al sistema en que los tribunales han de decidir según su apreciación libre que se distinguía por su gran flexibilidad y, consecuentemente, falta de toda seguridad jurídica. Un mecanismo para superar esa absoluta inseguridad jurídica es la sujeción a los precedentes, nacidos de resoluciones que adquirirían la condición de normas generales, y que procedían, por lo general, de tribunales de justicia de última instancia.⁵⁹

Habitualmente, la discusión se estanca en la consideración de si la jurisprudencia es o no fuente de derecho. En el derecho español, el art. 1.6 CC establece que “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.”⁶⁰ Por tanto, la excluye de la relación de fuentes, pero la califica de complementaria. En la práctica, el juez español no es la “boca que pronuncia la ley,” sino que tiene un margen de discrecionalidad en su aplicación y ha jugado un papel determinante en numerosas materias, como la responsabilidad extracontractual (*torts*).

Deben, por tanto, tenerse en cuenta dos elementos: por un lado, el art. 117.1 CE que establece que los jueces “están sometidos únicamente al imperio de la ley,” negando efecto obligatorio a la jurisprudencia, y por otro, la propia asunción por la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC), de su importancia. Como afirma la

59. Kelsen, H.: *Teoría pura del derecho*, II, Edicions 62/Diputación de Barcelona, pág. 83. Lo vinculaba, directamente, al principio del «Estado de derecho».

60. Y completa el art. 1.7 CC: “Los jueces y los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.”

Exposición de Motivos de la LEC: "en un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante —sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del derecho objetivo—, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica."⁶¹ Consecuentemente, cabe recurso de casación cuando (art. 477.3 LEC) "la resolución del recurso presente interés casacional", esto es, cuando "la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo."⁶²

Con este sistema se potencia la voluntad de conseguir criterios uniformizadores, y se destaca el valor de la jurisprudencia, pero aunque se consiga la uniformidad en un buen número de sentencias, numerosos conflictos no llegan al TS, por ejemplo en razón de su cuantía. En definitiva, cómo compatibilizar el principio de seguridad jurídica con la existencia de resoluciones diferentes, incluso contradictorias, para supuestos semejantes.

En primer lugar, es incontrovertido que la jurisprudencia no determina las resoluciones de los tribunales inferiores, cuyos titulares únicamente están sujetos al imperio de la ley; no opera la "sujeción vertical," más allá de que pueda prosperar el sistema de recursos existente. Ello puede generar una perturbación de la seguridad jurídica, dado que el soporte jurisprudencial preexistente *vaticinaba* otra solución, pero se presupone que esa variación surge de una interpretación más acorde de la ley con el caso.⁶³ El juez, como intérprete y aplicador de la ley que se sirve de los criterios, medios y procedimientos de interpretación comúnmente admitidos en el ámbito jurídico, puede formular diferentes decisiones válidas.

61. Se dice también, en relación al recurso "entre las sentencias que dicte el Tribunal Supremo en virtud de este instrumento y las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional en su ámbito propio, no faltará una doctrina jurisprudencial que sirva de guía para la aplicación e interpretación de las normas procesales en términos de seguridad jurídica e igualdad, compatibles y armónicos con la libertad de enjuiciamiento propia de nuestro sistema y con la oportuna evolución de la jurisprudencia."

62. "... o resuelva puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido."

63. Como ha declarado la STC 120/1987: "La función judicial, que se traduce y se refleja fundamentalmente en las resoluciones y sentencias de los jueces y tribunales, no es automática o de pura subsunción, sino reflexiva; no es fruto de un mero voluntarismo, sino de resoluciones contrastadas por los hechos, por las normas (sujeción a la ley) y en definitiva por la Constitución. De ahí la posibilidad del cambio en las decisiones."

En nuestro ordenamiento, esta cuestión se ha situado de nuevo en el ámbito de la CE, pues los sujetos perjudicados han denunciado la violación, no ya del art. 24 (tutela judicial efectiva) sino del art. 14, esto es, del derecho a la igualdad. El TC ha elaborado una doctrina en que relaciona seguridad jurídica y cambio de criterio. Su construcción doctrinal se centra en dos supuestos que pueden generar una desigualdad arbitraria: las decisiones contradictorias dictadas por órganos judiciales diferentes (a) y las decisiones contradictorias procedentes de un mismo órgano judicial (b).

a) El TC parte de que no cabe pretender la igualdad entre resoluciones procedentes de diferentes órganos judiciales. Así “La discriminación constitucionalmente impedida sólo podrá entenderse verificada cuando las resoluciones que quieran traerse a la comparación procedan del mismo órgano jurisdiccional. Si, por el contrario, nos hallamos ante diferentes órganos juzgadores, la discrepancia entre sus decisiones sobre supuestos jurídicamente iguales deparará, ciertamente, una distinta aplicación de la ley a causa de interpretaciones también diversas, pero sin que dicha distinción en la concreción de las reglas de derecho pueda referirse a una u otra de las resoluciones contrastadas, cada una de las cuales es, respecto de las demás, diferente pero no discriminatoria” (STC 183/85, de 20 de diciembre). Debe advertirse que el TC ha ido restringiendo qué debe entenderse por un mismo órgano, hasta el punto de que las Secciones de una misma Audiencia son consideradas órganos distintos⁶⁴ y prima la libertad de los jueces titulares. Se ha objetado que el mismo criterio debería aplicarse a los distintos colegios decisorios a través de los cuales actúan las Salas del TS o de los Tribunales Superiores de Justicia en vez de enfatizar en esos supuestos que la composición personal no afecta a la unidad del órgano.⁶⁵

b) En este caso, lo que revisa el TC es la coherencia del juez con sus propias decisiones o, dicho de otro modo, la fidelidad del órgano a su precedente, (el “autoprecedente.”) Aquí el TC, para entender vulnerado el art. 14 CE, considera que deben concurrir una serie de requisitos. En primer lugar, la resolución debe proceder del mismo órgano judicial (el apartado anterior). En segundo, debe acreditarse, al comparar la resolución que se impugna con otras decisiones precedentes, la desigualdad de trato que procura dicho tribunal. En tercero, no debe existir un fundamento suficiente y razonable que justifique el abandono o cambio de criterio mantenido en resoluciones anteriores. Por último, la vulneración del derecho a la

64. Así, SSTC 122/2001, de 4 de junio; 102/2000, de 10 de abril, 183/1991, de 30 de septiembre.

65. RUBIO LLORENTE, F.: “La igualdad en la aplicación de la ley”, en GARCIA S.MIGUEL, L. (ed.): *El principio de igualdad*, Madrid, 2000, pág. 56.

igualdad en la aplicación de la ley debe generarle al recurrente un trato desigual al que han tenido otras personas (vid. SSTC 70/2003, de 9 de abril y 46/2003, de 3 de marzo).

De todos los requisitos, debemos destacar el tercero, la necesidad de justificación del cambio. El TC, que en ningún caso es una cuarta instancia, únicamente debe examinar si ese cambio es arbitrario o fundamentado, esto es, si aparece suficientemente motivado en el fallo emitido por el tribunal.

El siguiente paso es dilucidar en qué consiste esa motivación. A tal efecto, la STC 63/1984, de 21 de mayo, determinó:

Dicho cambio de criterio ha de aparecer suficientemente motivado, lo que ha de hacerse con carácter general mediante una expresa referencia al criterio anterior y a las aportaciones de las razones que han justificado el apartamiento de los precedentes y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado, pues ello constituye la garantía tanto de la evitación de la arbitrariedad como la de la promoción de la seguridad jurídica que reclama que los ciudadanos posean una razonable convicción acerca de la correcta interpretación y aplicación de la legalidad, y puedan ajustar a ella su comportamiento sin verse obligados a deducirla de una siempre y a veces infructuosa reinterpretación de una línea jurisprudencial mudable.

Ahora bien, esta STC, emblemática en muchos aspectos, también incorpora la posibilidad de las denominadas motivaciones implícitas.⁶⁶ En definitiva, en este momento, se considera suficientemente respetado el principio de igualdad si el juez se apercibe del cambio de criterio y lo constata, sin entrar en mayores consideraciones. Concluye la STC 71/93:

lo que prohíbe el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario de criterios generales de la interpretación y aplicación de normas jurídicas, llevada a cabo por una resolución judicial que responde de manera particular y aislada al concreto supuesto planteado, en contradicción injustificada con dichos criterios generales. Lo que equivale a sostener ... que el cambio es legítimo,

66. Que desarrolla justamente la STC 64/84, de 21 de mayo:

Si bien es cierto que la manifestación explícita del cambio de criterio constituye el medio más idóneo para garantizar el carácter no discriminatorio de la nueva decisión judicial adoptada, también lo es que el hecho de que tal motivación no figure de modo expreso en la sentencia no supone necesariamente vulneración del principio de igualdad establecido en la CE. El cambio de criterio y su fundamentación pueden deducirse de la propia resolución judicial.

cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, siendo ilegítimo el que constituye tan sólo una ruptura ocasional de una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o que se actúa con posterioridad.

Y mantienen otros pronunciamientos posteriores que, para que exista fundamento suficiente y razonable:

no es preciso que resulte de modo expreso de la propia resolución, bastando con que existan elementos externos que revelen que el cambio de criterio no es fruto de la inadvertencia o de la mera arbitrariedad o una simple respuesta individualizada diferente de las seguidas anteriormente, sino manifestación del acogimiento de una nueva solución o criterio jurisprudencial general y aplicable a los casos futuros por el órgano judicial, evidenciable, por ejemplo, por la existencia de posteriores pronunciamientos coincidentes con la doctrina abierta por la Sentencia o resolución impugnada (STC 46/2003, de 3 de marzo).

Teóricamente esta tesis es impecable, pero casos que se parecen como gotas de agua se resuelven por los mismos órganos y hasta por las mismas personas de forma diferente.⁶⁷ Dado que el TC sólo constata que formalmente se ha argumentado, algunos autores han denunciado que está en juego otro valor esencial en juego, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad.⁶⁸

La conciencia de estos problemas ha dado lugar a propuestas diversas: por ejemplo, que el propio TC exija al TS, cuando sea éste el que mude de criterio, una argumentación más completa que la que se exige a los órganos inferiores;⁶⁹ también se ha propuesto adoptar un mecanismo similar a la cuestión prejudicial que regula el art. 234 TUE para la aplicación del derecho comunitario o a la cuestión de inconstitucionalidad que se presenta al TC (arts. 35-37 LOTC), esto es, mecanismos por los que el juez somete la cuestión relevante para la decisión de la causa a la consideración de órgano que centraliza las competencias para definir el sentido de la norma aplicable.⁷⁰

67. El TC, en su voluntad de concordia y de análisis únicamente formal, ha admitido incluso las alteraciones de un mismo tribunal, que interpreta, sin optar taxativamente por una de ellas, de dos maneras diferentes una misma norma (STC 42/1993).

68. SUAY RINCON, J.: "Principio de la igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional", *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t.I, Madrid, 1991, pág. 875.

69. LOPEZ GUERRA, L.: "La fuerza vinculante de la Jurisprudencia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 442, 8.6.2000, pág. 4.

70. BACIGALUPO, "Jurisprudencia y seguridad jurídica," *op.cit.*, pág. 3.

IV. SEGURIDAD Y CAMBIO: LA REALIDAD SOCIAL DEL ART. 3.1 CC

Es incontrovertido, y así se ha afirmado desde los primeros pronunciamientos, que seguridad jurídica no puede significar petrificación. La voluntad de estabilidad o certeza no debe identificarse con la imposibilidad de reformar las normas o de afectar situaciones previas. Como especifica la STC 227/1988, "El principio de seguridad jurídica no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado." Por el contrario, la seguridad jurídica debe entenderse como un instrumento del estado de derecho que afianza la libertad del legislador, en los cauces determinados por la CE y las leyes.

Desde esta óptica, la proscripción que impone la seguridad jurídica es la transformación arbitraria. Las mutaciones normativas, o en la aplicación del derecho, se corresponden con la necesidad de adaptarse a las exigencias sociales. Así lo recuerda la STC 99/1987: "la potestad legislativa no puede permanecer inerte ni inactiva ante la realidad social y las transformaciones que la misma impone, so pena de consagrar la congelación del ordenamiento jurídico," de ahí el margen de actuación del legislador.

El art. 3.1 CC establece como un criterio de interpretación la realidad social del tiempo en que las leyes deben aplicarse. La preservación de la seguridad jurídica únicamente impone que las transformaciones se apoyen en esos elementos, y no en la mera discrecionalidad del legislador o del aplicador del derecho. Un ejemplo lo procura la evolución de la tutela de los transexuales del Tribunal Europeo de Derechos humanos, En los asuntos Rees (1986) y Cossey (1990) contra Reino Unido consideraba que las disposiciones inglesas no contravenían el Convenio de Roma, a pesar de que un transexual no podía rectificar la referencia registral referida al sexo.⁷¹ Las sentencias de 11.julio.2002 cambian de criterio justificándolo en esa necesidad de adaptarse a la nueva situación social.⁷²

71. Dado que al posibilitar el cambio de nombre ya se estaba garantizando la protección de la intimidad del transexual. Eso no le impedía condenar a Francia (Botella v. Francia, Sentencia de 25.3.1992).

72. Asunto I contra el Reino Unido y Christine Goodwin contra Reino Unido: "Sans que la Cour soit formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents (...). Cependant, la Convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit tenir compte de l'évolution de la situation dans l'Etat défendeur et dans les Etats contractants en général et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jouer quant aux normes à atteindre (...) Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude

V. APOSTILLA FINAL

Al iniciar esta exposición ceñíamos el análisis de la seguridad jurídica al art. 9.3 CE obviando referencias a su función en el sistema de valores etc. Ahora bien, la tan citada STC 27/81 concluye señalando que la seguridad jurídica despliega una función de promoción “en el orden jurídico, de la justicia y la libertad, en libertad”. Apoyándose en esta declaración, se ha defendido que también integra el valor de una cierta estabilidad material y de confianza en los compromisos que el estado ha adquirido. En ese sentido, por ejemplo, se pronuncia RUBIO LLORENTE en un voto particular en la STC 208/1988, de 10 de noviembre, en que critica el sentido absolutamente restrictivo que se ha dado al principio de seguridad jurídica desde la STC 27/1981.

En la “seguridad jurídica” como “seguridad existencial” se apoyan diversos juristas para considerar inconstitucional, por ejemplo, las disposiciones materiales que supusieran un recorte considerable de prestaciones propias del estado del bienestar, que reconoce el art. 1 CE (“Estado social y democrático de Derecho”). Desde esa definición, “que incluye una razonable perspectiva de una determinada conducta prestacional de los poderes públicos, toda afectación de ese marco representará un elemento ineludible de desconfianza, y de falta de certeza en todo el ordenamiento.”⁷³ Queríamos mencionar estas consideraciones, porque integran el ámbito de discusión de un sector de nuestra doctrina, aunque desbordan las coordenadas y propósitos de nuestra exposición.

risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration.”

73. LOPEZ-GUERRA, L.: “Notas sobre el principio de seguridad jurídica”, *Estudios de Teoría del Estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t.II, UNAM-UC Madrid, 2000, pág. 1167.

