

Principios constitucionais informadores do ordenamento xurídico e a súa presenza nas técnicas de elaboración de normas xurídicas. Especial referencia ao principio de seguridade xurídica.

Autor: JORGE BUJÁN GARRIDO

Tesis doctoral UDC / Año 2015

Director: JAIME RODRÍGUEZ –ARANA MUÑOZ

Tutor: JAIME RODRÍGUEZ –ARANA MUÑOZ

Departamento DEREITO PÚBLICO ESPECIAL - Programa de doutoramento
LIBERDADES PÚBLICAS E DEREITOS FUNDAMENTAIS -- regulado polo RD
185/1985.



UNIVERSIDADE DA CORUÑA



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

D. JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Director de tesis de **D. JORGE BUJÁN GARRIDO**, con **DNI 35.562.379 D**,

DECLARA

Que informa favorablemente la autorización para la presentación de la tesis titulada “Principios constitucionais informadores do ordenamento xurídico e a súa presenza nas técnicas de elaboración de normas xurídicas. Especial referencia ao principio de seguridade xurídica”.

En A Coruña, a 23 de setembro de 2015

Fdo: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

DEDICATORIA.-

A mi hijo Rodrigo por su comprensión y complicidad en este Proyecto.

RESUMEN

El Estado de Derecho constitucional implantado en España mediante la aprobación de la Constitución de 1978, establece la sujeción de los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, recogiendo reglas, principios y valores que concretan la configuración del Estado de Derecho, el sistema de fuentes y el procedimiento de producción de normas jurídicas. El presente trabajo pretende determinar, y estudiar, sobre la base de la Doctrina constitucional y jurisprudencial recaída en este ámbito, la virtualidad de los principios jurídicos recogidos en el Art. 9.3 de la Constitución española, como límites formales y materiales en relación al ejercicio de la potestad normativa llevada a cabo por el legislador estatal y por las Administraciones Públicas, en un contexto de producción normativa caracterizado por la abundancia, la volatilidad y la falta de confianza en la normativa, que dificulta el efectivo conocimiento por parte de los ciudadanos, como verdaderos destinatarios de las mismas, de tal suerte que queda lesionado su Derecho a acomodar su comportamiento a las exigencias normativas.

RESUMO.-

O Estado de Dereito constitucional implantado en España mediante a aprobación da Constitución de 1978, establece a suxeición dos Poderes públicos á Constitución e ao resto do Ordenamento xurídico, recollendo regras, principios e valores que concretan a configuración do Estado de Dereito, o sistema de fontes e o procedemento de produción de normas xurídicas. O presente traballo pretende determinar, e estudar, sobre a base da Doutrina constitucional e xurisprudencial recaída neste ámbito, a virtualidade dos Principios xurídicos recollidos no artigo 9.3 da Constitución Española, como límites formais e materiais en relación ao exercicio da potestade normativa levada a cabo polo lexislador estatal e polas Administracións Públicas, nun contexto de produción normativa caracterizado pola abundancia, a volatilidade e a falta de confianza na normativa, que dificulta o efectivo coñecemento por parte dos cidadáns, como verdadeiros destinatarios das mesmas, de tal sorte que queda lesionado o seu dereito para acomodar o seu comportamento ás esixencias normativas.

ABSTRACT

The state governed by the rule of constitutional law implemented in Spain by adopting the 1978 Constitution establishes that all public authorities are subject to the Constitution and the rest legal system, establishing rules, principles and values that specify the configuration of the rule of law, the system of sources and the law making process. This research work aims to identify and study, on the basis of the existing constitutional doctrine and case law in this area, the virtuality of the legal principles contained in Art. 9.3 of the Spanish Constitution, as formal and material limits in relation to the exercise of the regulatory authority held by the legislature and the government, in a context of normative production characterized by volatility and lack of confidence in legal system, which makes the actual knowledge on the part of citizens, as true recipients thereof, in such a way that is injured her right to accommodate their behavior to the regulatory requirements.

PREFACIO O PRÓLOGO

El motivo que me llevó a realizar el presente trabajo de investigación fue comprobar cómo en el ejercicio de mi actividad profesional como abogado, la actuación de las Administraciones Públicas se desarrolla en un contexto de ejercicio de autoridad sin considerar a los ciudadanos como la razón de ser de su función servicial, privando en muchas ocasiones del acceso a la información pública y otras relegando a una mera formalidad el Derecho de participación ciudadana en la elaboración de disposiciones de carácter general e igualmente omitiendo su deber de resolver.

En el plano legislativo he detectado que la forma en la que se viene legislando en España no es la más respetuosa con las finalidades perseguidas por el Derecho, existiendo el riesgo de conculcación de los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, debido a la desmesurada o alta productividad normativa que, con independencia de un lenguaje inadecuado, produce una confusión en el individuo respecto del Derecho.

Asimismo, he podido apreciar que los jueces y tribunales que están sujetos al imperio de la Ley, pero por encima de ella están sujetos a la Constitución, desarrollan una actividad mecánica en el aplicación del Derecho, limitándolo a la Ley y, en su caso, a la disposición reglamentaria que sea de aplicación, manteniendo una posición positivista del Derecho, sin prestar la atención que en mi opinión se debiera a las disposiciones constitucionales integradas por principios, reglas y valores.

Considero que la labor juzgadora debe extremar la garantía de que el ciudadano conozca los motivos fácticos y jurídicos en virtud de los cuales su pretensión puede ser estimada o desestimada de tal forma que el juzgador ha de interpretar las reglas o normas clásicas de conformidad con el contenido que establecen los principios constitucionales, al objeto de garantizar la efectividad del valor de la justicia, de la igualdad y de la libertad.

En efecto, los principios están llamados a delimitar la actuación de los Poderes Públicos cuando esta incida sobre la eficacia de los Derechos de los ciudadanos, de tal suerte que si los mismos son extralimitados habrá que afirmar que la actuación en cuestión vulnera el orden jurídico constitucional de tal suerte que los principios constitucionales serían meras directrices de vago contenido y carentes de fuerza jurídica para vincular la actuación de los Poderes Públicos.

El panorama descrito alerta al más lego en Derecho de encontrarse ante un situación que quiebra los cinismos parámetro de legalidad y seguridad, generando una situación de manifiesta inseguridad jurídica por cuanto instala al ciudadano en una situación de incertidumbre que le puede provocar una lesión en un Derecho fundamental.

Con el presente trabajo se pretende una investigación sobre una base doctrinal y jurisprudencial de constatar la realidad jurídica que envuelve la verdadera eficacia de los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico concretados en el artículo 9 CE respecto de la actuación de los poderes públicos en el ejercicio de su función normativa, legislativa y reglamentaria, en tanto que tendrá una incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos.

La actividad investigadora se dirige especialmente a detectar posibles desajustes entre la normativa legislativa y administrativa con el texto constitucional. Se parte de la base que con la aprobación de la Constitución española de 1978, en atención a su supremacía normativa y a su rango de fuentes del ordenamiento jurídico, fuente originaria, fuente creadora, toda la actividad de los Poderes Públicos sin excepción ha de tener conformidad con las exigencias constitucionales de las que forman parte los principios informadores del ordenamiento.

ÍNDICE

CAPITULO I.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SU INCORPORACIÓN EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.-	4
1.1.- INTRODUCCIÓN.-	4
1.2.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.-	11
1.2.1.-Conceptualización.-	11
1.2.2.- Presencia en el Iusnaturalismo.-	24
1.2.3.- Situación en el Positvismo. La Codificación.-	37
1.3.- EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO.	45
1.3.1.Transición del Estado de Derecho Liberal al Estado de Derecho Constitucional.-	45
1.3.2.-El Constitucionalismo Americano. El Constitucionalismo Inglés.-	54
1.4.- LA HETEROGENEIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS CONSTITUCIONALES.-	59
1.4.1.-Heterogeneidad Normativa: los valores, los principios y las reglas.-	59
1.4.2.-Relación entre valores, principios y reglas.-	72
1.5.- EL NEOCONSTITUCIONALISMO.-	75
CAPÍTULO II.- LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA IMPREGNACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-	86
2.1.- INTRODUCCIÓN.	86
EL ESTADO DE DERECHO, DEMOCRÁTICO Y SOCIAL.	86
2.2.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.-	91
2.3.- LA FUERZA NORMATIVA Y LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.	97
2.4.- LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL PODER LEGISLATIVO.-	102
2.4.1.-La importancia de los valores en la Constitución.-	105
2.4.2.- El Principio de la Dignidad de la Persona.-	117
2.5.- EL SISTEMA NORMATIVO EN LA CONSTITUCIÓN.	121
2.5.1.- La Heterogeneidad de las Normas Constitucionales.-	121

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

2.5.2.- Los Principios Generales del Derecho y las Garantías Jurisdiccionales.-	127
2.5.3.- Virtualidad de los Principios Constitucionales. “Constitución y Leyes”.-	132
2.5.4.-Las Reglas y los Principios.-	134
2.5.5.-El Control de Constitucionalidad.-	138
CAPITULO III.- LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS PREVISTOS EN EL ART. 9.3 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.-	149
3.1.- EL CONTEXTO DEL ART. 9 CE Y SU POSICIÓN EN LA CE.-	149
3.2.- EL CONTENIDO DEL ART. 9.3 CE.-	151
3.3.- LOS PRINCIPIOS DEL ART. 9.3 CE.-	157
3.3.1.-El Principio de Legalidad.-	157
3.3.2.-El Principio de Publicidad de las Normas.-	158
3.3.3.-El Principio de Jerarquía Normativa.-	169
3.3.4.-El Principio de Irretroactividad de las Disposiciones Sancionadoras no Favorables o Restrictivas de Derechos Individuales.-	170
3.3.5.-El Principio de Seguridad Jurídica.-	176
3.4.- INTERPRETACIÓN DEL TC. UNA VISIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.- TC.	193
3.4.1.-El Principio de Igualdad.-	193
3.4.2.-El Principio de Irretroactividad.-	195
3.4.3.- El Principio de Interdicción de la Arbitrariedad.-	198
3.4.4.- El Principio de Seguridad Jurídica.-	203
3.5.- LA PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL ART. 9.3 EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN.-	210
3.5.1.-El Principio de Buena Fe.-	211
3.5.2.- El Principio de Equidad.-	220
3.5.3.- El Principio de Confianza Legítima.-	235
3.5.4.- Doctrina de los Actos Propios.-	250
CAPITULO IV.- LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN ESPAÑA.-	258
4.1.- INTRODUCCIÓN.-	258
4.2.- LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA LEY.-	265

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

4.2.1.-La Constitución como Norma Suprema.-	265
4.2.2.-La sujeción de los Poderes Públicos a la Constitución.-	275
4.2.3.- Libertad del Legislador para legislar sobre cualquier materia.-	277
4.3.- LA LEY EN EL MARCO CONSTITUCIONAL.-	279
4.3.1.-Concepto y significado.-	279
4.3.2.- La Titularidad de la Potestad Legislativa.-	291
4.3.3.- El contenido de la Ley. Límites a la labor del Legislador.-	296
4.3.4.- La Subordinación de la Ley a la Constitución.-	303
4.3.5.- Límites en el Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Legislativa.-	306
4.3.6.- Doctrina Constitucional sobre leyes singulares y la seguridad jurídica.....	308
4.3.7.-La Técnica Normativa como elemento de garantía de la Seguridad Jurídica.-	312
4.3.7.1.- Situación actual del panorama normativo.-	312
4.3.7.2.- Concepto y Significado.-	320
4.3.7.3.- La incidencia en el procedimiento de elaboración de Leyes.- 323	
4.3.7.4.- Doctrina Constitucional sobre la Técnica Normativa.-	338
4.4.- LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.-	341
4.4.1.- Concepto y características de los Reglamentos.-	341
4.4.2.- Requisitos y límites de los Reglamentos. –	355
4.4.2.1.- Requisitos.-	355
4.4.2.2.- Los Límites.-	356
4.4.2.2.1.- La Constitución ni las Leyes.-	356
4.4.3.- Principios.-.....	358
4.4.3.1.- Principio de Legalidad.-	358
4.4.3.2.- El Principio de Publicidad.-	359
4.4.3.3.- El Principio de Jerarquía Normativa.-	360
4.4.4.- El Procedimiento de elaboración de Reglamentos. Una mínima técnica normativa.-	361

4.4.5.- El procedimiento para elaboración de Reglamentos en la Administración Local.	371
4.4.6.- La visión del Consejo de Estado sobre la Técnica Normativa.-	373
4.4.7.- Doctrina Jurisprudencial sobre la presencia de los Principios Administrativos como límites.-	384
4.4.7.1.- El Principio de Audiencia y Participación Pública.-	384
4.4.7.2.- Los trámites del Procedimiento Administrativo.-	388
4.4.7.3.- El Principio de Publicidad de las Normas Jurídicas.-	399
CAPÍTULO V.- CONCLUSIONES.-	403
CAPÍTULO VI.- BIBLIOGRAFÍA	419
CAPÍTULO VII.- ANEXOS	428
CAPÍTULO VIII.- INDICE GENERAL.-	430

LISTADO DE ABREVIATURAS

ANGED	Asociación Nacional de Medianas y grandes Empresas de Distribución
Art.	Artículo
ATC	Auto Tribunal Constitucional
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CI	Constitución Italiana
CP	Código Penal
EAC	Estatuto Autonómico de Cataluña
EAV	Estatuto de Autonomía Valenciano
FJ	Fundamento Jurídico
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
LOAPA	Ley Orgánica de Armonización del proceso Autonómico, 12/1983 de 14 de Octubre.
LOFCA	Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas, 8/1980 de 22 de Septiembre.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985 de 01 de Julio.
LOTG	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 2/1979 de 03 de Octubre.
LOU	Ley Orgánica Universitaria, 6/2001, de 21 de Diciembre.
LPC	Ley del Procedimiento Común, 30/1992 de 26 de Noviembre.
LRBRL	Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, 7/1985 de 2 de Abril.

LRJAE	Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, del 26/07 de 1957.
LRJPAC	Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, 30/1992, de 26 de noviembre.
LRSV	Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones, 6/1998 de 13 de Abril.
Pág.	Página
RTC	Reglamento Tribunal Constitucional
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central Territorial
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vid.	Véase

**CAPITULO I: LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SU
INCORPORACIÓN EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.-**

CAPITULO I.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y SU INCORPORACIÓN EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.-

1.1.- INTRODUCCIÓN.-

La presencia de los principios generales del Derecho en los distintos ordenamientos jurídicos se ha visto profundamente determinada por la implantación del sentimiento, o idea constitucional en los distintos países. La implantación en las sociedades de un modelo constitucional ha supuesto como denominador común la limitación del Poder Público. El deseo de constituir estos límites al ejercicio del poder se ha visto reflejado de formas distintas en el desarrollo de la historia, especialmente respecto de la forma de atribuir a las personas unos Derechos derivados de su condición humana. El punto de origen del movimiento constitucional, basado en la idea de someter el poder, el Rey o el Estado, a la Ley, se sitúa en Inglaterra en 1215, en donde surgió la Magna Carta, fruto de un acuerdo entre Juan sin Tierra y sus Barones, implantándose el principio según el cual la Ley está por encima del Rey, o sea, del Estado. En ella el monarca se habría comprometido a respetar lo acordado, de tal forma que se establecieron limitaciones al ejercicio del poder del Rey. Esto supuso el reconocimiento de ciertos Derechos a la otra parte interviniente en el pacto, según GARRORENA¹ *“preludiando a las modernas declaraciones*

¹ A. GARRORENA MORALES, Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2014, p. 25.

de Derechos, razón por la cual se las ha considerado a veces como un precedente de tales documentos constitucionales”.

Situado de esta manera el origen del surgimiento de la idea constitucional en 1215, con el acuerdo de la Magna Carta, se puede afirmar, siguiendo a GUIDO FASSÓ², que con ella nació la tradición constitucional que determinó en el siglo XVII la formulación de la doctrina del Estado constitucional y su moderna instauración. Como explica el autor, esta tradición constitucionalista fue determinada por el principio formulado en el siglo XIII por ENRIQUE DE BRACTÓN, según el cual la Ley está por encima del Rey o del Estado. Esta Constitución, a diferencia de lo ocurrido en la Constitución americana, o francesa no fue el producto de un hecho concreto, sino el resultado del paso del tiempo que fraguó con la Magna Carta.

El Derecho inglés, Common Law, la Ley, no era el Derecho vigente, a la que estaba sometido el Rey, según FORTESCUE Y BRACTÓN, *“es un Derecho nacido de la conciencia popular y declarado, antes de aplicado, por los jueces, quienes lo descubren en la Constitución del país y en los precedentes judiciales, no en el Derecho del soberano”*³. Como señala el autor, el Common Law, se constituyó en límite al poder del Estado y en Ley suprema, la Ley de la razón. En el continente, la Ley de la razón era el Derecho natural

²GUIDO FASSÓ, Historia de la Filosofía del Derecho. II. Pirámide, Madrid, 1982, p.19.

³ GUIDO FASSÓ, Op. Cit, 1982, p. 20.

de Cicerón o de Santo Tomás quien había acogido en su doctrina el principio aristotélico de la soberanía de la Ley.

En el siglo XVI la Universidad de Salamanca era el centro de la cultura escolástica, en dónde destacó la figura de FRANCISCO DE VITORIA, quien habla de un Derecho de gentes, que dice coincidente con el Derecho natural o derivado de él, como un Derecho observado por igual en todos los pueblos, establecido por la razón natural entre todos los hombres, definiéndolo como aquel Derecho que la razón natural ha establecido entre todos los pueblos, refiriéndose al Derecho natural racional. En VITORIA aparece la teoría contractualista que será un elemento común en la segunda escolástica, desarrollada en relación al origen de la forma de Gobierno, y no de la sociedad pues para los escolásticos es aristotélicamente natural. El contractualismo abarcará el pensamiento de los autores del siguiente siglo. DE VITORIA, junto con el PADRE MARIANA, de la escuela de Salamanca, tuvieron una gran influencia en la formación de la esencia y sentido de los Derechos humanos⁴.

Para comprender el surgimiento del constitucionalismo en el siglo XVII, es necesario conocer el pensamiento del iusnaturalismo moderno, en el que destaca la figura de GROCIO, a partir del cual el Derecho natural será una norma humana puesta por autonomía y actividad del sujeto, libre de todo presupuesto objetivo y explicable mediante la razón, esencial instrumento de la subjetividad humana⁵. La antigua idea del contrato social asume la forma

⁴ J. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Derecho Administrativo y Administración Pública en Tiempos de Crisis. Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 217.

⁵ GUIDO FASSÓ, Op. Cit, 1982, pp. 74 y ss.

explícita de acuerdo de voluntades individuales para la tutela de los intereses de los individuos. El interés de los iusnaturalistas de esta época apunta más a los Derechos subjetivos innatos que a las normas naturales objetivas. Este iusnaturalismo moderno se caracteriza por el racionalismo que concibe una Ley como puesta por la naturaleza, por la esencia peculiar del hombre que es la razón, definiéndose así como iusnaturalismo racionalista. La concepción racionalista es el elemento nuclear del movimiento del constitucionalismo.

Es la doctrina iusnaturalista moderna la que ideológicamente será el germen de las grandes revoluciones liberales, las revoluciones atlánticas, la inglesa de 1688, la americana y la francesa del siglo XVIII. El Estado será concebido como una libre y voluntaria creación de los individuos para la protección y garantía de sus Derechos naturales.

La concepción del constitucionalismo, como limitación del poder frente a los ciudadanos es consecuencia del contractualismo basado en la justificación del paso del Estado de naturaleza al Estado como sociedad organizada. De tal suerte que los hombres salen del Estado de naturaleza, reuniéndose en sociedad mediante un pacto, "*pactum unionis*", seguido de otro con el que se someterán a una autoridad, surgiendo la organización política, "*pactum subiectionis*"⁶.

La consecuencia ha sido el surgimiento de las conocidas como las revoluciones liberales, concretamente la revolución inglesa entre 1640 y 1688, la llamada revolución americana casi cien años después del triunfo de la

⁶ GUIDO FASSÓ, Op. Cit, 1982, p. 84.

revolución inglesa, siendo significativa por el profundo cambio en la forma de comprender y organizar la vida pública, y la última revolución la francesa.

Como se afirmó, la idea del constitucionalismo no es concebible sin el racionalismo, presupuesto necesario para que surgiera el Derecho constitucional, mediante un acto racional por el que una sociedad jurídica y políticamente organizada quiere dirigir libremente su destino.

Los autores denominados contractualistas, concebían el paso del Estado de naturaleza, en el que se encontraban los hombres sin sometimiento a autoridad alguna, al Estado organizado por normas, como una especie de contrato suscrito entre los hombres y una autoridad, el Estado. Entre otros autores, destacan HOBBS, SPINOZA, PUFENDORF, LOCKE, ROUSSEAU, etc. Trataban de justificar, por medio de un pacto o contrato, el paso del Estado de naturaleza, al Estado organizado normativamente, políticamente estructurado. Este pacto suponía en algunos casos la pérdida total de los Derechos de las personas, como en HOBBS, y en otros la pérdida de algunos, como ocurre en LOCKE. La renuncia a estos Derechos se hacía para conseguir unas condiciones de seguridad, y de paz que no existían en el Estado de naturaleza en el que todos eran libres e iguales. De ese Estado de naturaleza se pasa a la sociedad civil.

En efecto, en la nueva sociedad, según la teoría de LOCKE, convivirían la Ley natural, en la que no existían más límites que aquellos que resultasen de los Derechos de los demás, propia del Estado de la naturaleza, y la Ley del Estado, cuyo origen no sólo se encontraría en el consenso de los hombres,

sino también en la positivación de la Ley natural sobre la que los individuos fundan sus Derechos, la que ha de otorgar estabilidad y garantía.

En este nuevo estado el poder, la Ley, estaba sujeta a límites, entre los que se encontraba el principio esencial de toda forma de iusnaturalismo, consistente en que la Ley positiva no podía ir en contra de la Ley natural, de tal suerte que el Estado debería respetar los Derechos subjetivos innatos, otro límite vendría constituido por la prohibición de gobernar mediante Decretos extemporáneos y arbitrarios, quedando igualmente prohibido transferir el poder de hacer Leyes a otras manos, y retirar o quitar a cualquier hombre parte de su propiedad sin su consentimiento. Se estableció la obligación de administrar Justicia, promulgando Leyes estables y con jueces preconstituidos y públicamente investidos de autoridad, surgiendo el principio de generalidad y certeza del Derecho, garantía de la imparcialidad en la aplicación del mismo⁷. Este modelo de LOCKE fue el seguido por el constitucionalismo americano, en el cual los Derechos de las personas eran innatos, tratándose de un Derecho anterior a la constitución de la sociedad civil, del Estado.

Los autores contractualistas afirmaban que la constitución del Estado, implicaba el tránsito del Estado de la naturaleza al Estado organizado a través de normas, superando así la anarquía, la lucha del hombre contra el hombre, haciéndose necesario la constitución del Estado normativo, creando un ser superior que garantizase la tranquilidad. Se trataba de idea que era común en todos los autores contractualistas.

⁷ GUIDO FASSÓ, Op. Cit, 1982, pp.143 y ss.

ROUSSEAU resuelve este tránsito mediante un Estado democrático a partir del cual se reconocen Derechos. Se concibe ese tránsito por medio de un contrato social, por medio del cual nacen los Derechos, así, existe la propiedad cuando el Estado la reconozca. El Estado es el que tiene que reconocer los Derechos de los ciudadanos.

LOCKE es más iusnaturalista, en su Estado estatal reconoce Derechos, como ocurre en las primeras diez enmiendas de la Constitución americana. Así ocurre en la de Virginia, y de Filadelfia, en cuyos preámbulos se reconocen Derechos inalienables, que el Estado tiene que reconocer, innatos de la persona. Nuestra actual concepción de los Derechos humanos tiene que ver con eso, con el reconocimiento de unos Derechos que el individuo tiene por el mero hecho de ser persona. Son Derechos anteriores al Estado. El Estado social perfecciona un estado de cosas anterior, en el Estado de naturaleza anterior, reconociendo Derechos. El Estado de naturaleza de HOBBS se supera con un Estado monárquico, el LEVIATÁN, Estado de poderes.

El constitucionalismo supone la existencia de una decisión racional, en virtud de la cual, sometiéndonos a esa Ley, con resignación de libertades individuales por un sentimiento común, obtendremos un bien común.

Una de las características del constitucionalismo es la variedad de normas que integran los textos constitucionales, reglas, principios, valores, cuyo contenido y estructura interna son muy distintos. Las reglas son las normas-mandatos, contienen un presupuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Los principios tienen un contenido más abstracto, al carecer de esa estructura disponen de cierta relatividad en su aplicación, por eso albergan

más de una respuesta, que les permite dictar aquella que sea más justa al caso. Los valores son otro tipo de normas, que representan ideales, marcan o fijan la tendencia del ordenamiento jurídico, son impredecibles, a diferencia de los principios. La presencia de esta variedad de normas nos permite apreciar que las constituciones se han apartado del positivismo, concepción normativa del Derecho, inclinándose claramente hacia un Derecho racionalista, relacionado con la justicia, la moralidad, aspectos concretados en los valores superiores que los textos constitucionales integran. En efecto, el constitucionalismo moderno puede calificarse como un Derecho de principios, en el que tendrá un protagonismo notable la figura del juez, quien al aplicar el Derecho, ha de interpretarlo y resolver de conformidad con las reglas y los principios, de tal forma que permita garantizar los valores previstos.

Este Derecho de principios, superado el positivismo, supone el regreso del iusnaturalismo racionalista, situando en primera línea del Derecho a la justicia, por cuanto exige una resolución judicial racional. Esto nos obliga a acercarnos al complejo mundo de los principios generales del Derecho, aunque hoy algunos se encuentren positivizados, e incluso en algunos casos constitucionalizados, siguen siendo principios como recuerda nuestro tribunal constitucional.

1.2.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.-

1.2.1.- Conceptualización.-

Los principios generales del Derecho, ya lo hemos dicho, son los grandes protagonistas del nuevo escenario jurídico que implantó el Estado de

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

Derecho constitucional, al encontrarse los textos constitucionales invadidos por principios, unos recogidos expresamente, y otros de forma implícita que deben obtenerse mediante la interpretación sistemática del texto, en ocasiones vinculados a la propia naturaleza de la condición humana. En efecto, estos principios, a los que nos hemos referido, no sólo son aquellos que se encuentran recogidos expresamente, ya que nuestra Constitución al igual que las otras de su momento, contiene un sinfín de principios cuya virtualidad hace que se proyecten más allá que la propia literalidad del texto.

Los principios generales del Derecho podrían definirse como *“aquellos criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación, que expresados en reglas y aforismos, tienen virtualidad y eficacia propia con independencia de las normas formuladas en el plano positivo. Su carácter de criterios fundamentales deriva de expresar principios de justicia de valor elemental y naturaleza objetiva, y su condición de fuente informativa del ordenamiento explica que puedan adaptar peculiaridades, que sin romper su tónica general y abstracta, disciplinan la estructura jurídica de un determinado grupo humano y social”*.⁸

Los principios son definidos en el Diccionario de la RAE⁹ como *“Causa, origen de algo. Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”*.

Los principios generales del Derecho han sido definidos por distintos autores, sin que hubiese habido unanimidad respecto de la función que cumplirían respecto del ordenamiento jurídico. Así, unos les reconocen una

⁸ Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, 2001, p. 1.165.

⁹ Diccionario de la Lengua Española, RAE, Espasa Calpe, Madrid, 2006, p. 1834.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

función originaria, de fuente primaria del Derecho, y otros reconocen que cumplen una función integradora del Derecho orientada a evitar la producción de lagunas en el ordenamiento jurídico, de tal forma que se garantice su plenitud, esta concepción es claramente positivista. Por el contrario, la concepción racionalista aristotélica les reconoce un valor de función creadora del Derecho, en el medio de ambas funciones se encontraría la interpretativa, al considerarles parte del ordenamiento jurídico, a pesar de no estar integrados de manera formal, forman parte de él, sirviendo de fundamento a las regulaciones normativas particulares, recogiendo de forma abstracta el contenido de un grupo de ellos, sirviendo, a mayores, para integrar las lagunas legales e interpretar las normas jurídicas.

“ARISTÓTELES enseñaba que el carácter común de todos ellos es funcionar como la fuente del ser o la generación o el conocimiento y el Estagirita les asignaba varios significados, entre otros, punto de partida, el mejor punto de partida, elemento primero, causa primitiva, premisa”¹⁰. Claramente le atribuye las tres funciones, con la condición “generadora” se está haciendo alusión a su función creadora de Derecho, fuente del Derecho.

El Profesor REBOLLO PUIG los conceptúa como “las ideas directrices de un ordenamiento jurídico, las que inspiran, orientan, relacionan y estructuran sus distintos elementos”.¹¹

¹⁰ I. MATA, “Los principios en el derecho argentino (su aplicación a la celebración de los contratos administrativos)”, en *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano*, Netbiblo, Castilla y León, 2008, p. 32.

¹¹M. REBOLLO PUIG, *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, p.1.525.

Para REALE los principios generales del Derecho constituyen “*las bases teóricas y las razones lógicas* del ordenamiento jurídico que recibe de ellas su sentido ético, su medida racional y su fuerza vital o histórica”. La vida del Derecho es elemento esencial de diálogo en la Historia¹². Estos autores le atribuyen una función vertebradora del ordenamiento jurídico, informa el ordenamiento, lo preside internamente.

RODRÍGUEZ BOENTE afirma que los principios proceden de las normas del Derecho positivo, de modo que hay que extraerlos, vía inducción o abstracción, de tales normas. Esta idea nos situaría ante generalizaciones de otras normas, cumpliendo los principios la función de colmar las lagunas o vacíos, sirviendo de criterio para interpretarlas¹³. Este planteamiento supone la asunción de la tesis positivista clásica de los principios generales del Derecho.

En frente de esta postura se encontraría la de aquellos que sostienen los autores iusnaturalistas, que consideran que los principios generales del Derecho proceden del Derecho natural, y la doctrina que entiende que el origen de los principios habrá que buscarlo en el origen del poder creador que detentan los jueces.

¹² M. REALE, *Introducción al Derecho*, Pirámide, Madrid, 1984, pp.144 y ss.

¹³ S.E. RODRÍGUEZ BOENTE, *Los Principios Generales del Derecho*, Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2008, p.8.

Para RODRÍGUEZ BOENTE los principios son instrumentos de autointegración del Derecho, que se encuentran implícitos en las normas integradoras del ordenamiento jurídico.

PRIETO SANCHÍS, niega la existencia de los principios generales, asumiendo una concepción positivista, al entender que el positivismo niega su existencia como fuente del Derecho, independiente de las normas a las que están llamados a auxiliar. El profesor entiende que si diera una respuesta afirmativa entonces estaría abrazando al iusnaturalismo, pues, en su opinión, el Derecho como fenómeno empírico no puede expresarse más que a través de la Ley, o de la costumbre. Entiende que bajo los llamados principios generales del Derecho, no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por la vía del razonamiento o de la argumentación, suponiendo que se puedan obtener normas a partir de normas. Los principios generales del Derecho, al igual que ocurre con el argumento analógico, constituyen un caso de creación del Derecho en sede interpretativa, circunstancia que le lleva a afirmar que las fuentes del Derecho no son en pie de igualdad, la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, sino que será la Ley, la costumbre y sus consecuencias interpretativas¹⁴¹⁵.

No coincido con la postura mantenida por PRIETO, pues si los principios sólo fuesen normas inducidas de otras normas, serían consecuencia de la

¹⁴ L. PRIETO SANCHÍS, Ley, principios, derechos: Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, p.49.

¹⁵ S.E. RODRIGUEZ BOENTE, Op. Cit., 2008, p.41.

interpretación, quedando determinada la existencia de los principios por la interpretación de la norma en cuestión. Este razonamiento supone que el principio no existía con anterioridad a la aplicación de la norma, sino que surgiría con la aplicación de la misma, así, se trataría de una fuente del Derecho no prevista en la Ley, sino en la función llevada a cabo por el juez. La obtención del principio por inducción implica descubrir el principio que se encuentra en la norma, su esencia, de tal forma que el juez descubre el principio que está en la norma, pero no lo crea. Esto supone que los principios se encontrarían presentes en el ambiente jurídico, que habrían penetrado en el ordenamiento aún sin haberlo querido el legislador, como consecuencia de su presencia en la conciencia social de las gentes.

Los principios son realidades jurídicas que se encuentran en el propio germen de la norma, están presentes en el ordenamiento jurídico, y se proyectan en las normas del sistema jurídico, garantizando que éstas se puedan adaptar a la realidad a la que han de ser aplicadas.

Negar la existencia de los principios como fuente del Derecho, como elemento vertebrador del ordenamiento jurídico, supondría impedir la adaptación de las normas a las nuevas realidades sociales, toda vez que se excederían las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en la elaboración y aprobación de las mismas, privando a las normas de la necesaria elasticidad para adaptarse a las nuevas situaciones que puedan surgir. Esta circunstancia sólo quedaría resuelta, siguiendo la postura analizada, cuando el legislador aprobase normas para regular realidades sociales inexistentes, legislando

sobre el futuro y no sobre el presente, desenfocándose, consecuentemente, la finalidad propia del Derecho.

Para PRIETO los principios generales del Derecho serían normas de carácter reformulatorio de la Ley o de la costumbre, y consecuentemente no podrían cumplir la misión encomendada de colmar lagunas de la Ley, o la costumbre.

RODRÍGUEZ BOENTE, entiende que no sería imposible imaginar un supuesto de hecho que no se puede incluir en ninguno de los artículos que regulan, por ejemplo la posesión, pero que si puede ser resuelto aplicando el principio inducido de aquellos de protección al poseedor¹⁶.

PRIETO distingue claramente entre los principios del derecho que se encuentran previstos en las normas jurídicas de forma expresa, de aquellos que no lo están. Respecto de estos últimos, como se ha expuesto, considera que no integran el sistema de fuentes del derecho, al contrario de lo que opina sobre los principios recogidos en los enunciados normativos, de los que afirma que tienen el valor jurídico propio de las fuentes que los reconocen¹⁷.

Los principios generales del Derecho son reglas abstractas, no positivizadas, BERMEJO VERA, en tanto en cuanto no han sido incorporados a una norma jurídica, operan en Derecho como directrices de la aplicación de la norma en la búsqueda de la interpretación y solución más justa, que deben intervenir, no sólo en defecto de norma o costumbre, sino al contrario, siempre

¹⁶ S.E. RODRIGUEZ BOENTE, Op. Cit., 2008, p. 42.

¹⁷ L. PRIETO SANCHIS, Op. Cit. p.51.

que sea necesario. Informan todo el ordenamiento jurídico al que sirven como factor interpretativo por excelencia. Estos principios actúan como parámetro de legalidad y razonabilidad de toda la actuación de la Administración pública, de los tribunales y jueces, como complemento indispensable, en ciertos casos, de la función de control de la sujeción de las Administraciones Públicas a la Ley y al Derecho¹⁸.

Para ESSER, los principios no escritos son los más fuertes, defiende la formación judicial del Derecho¹⁹. Para el profesor DEL VECCHIO, los principios generales del Derecho representan la razón suprema y el espíritu que informa las normas de Derecho positivo. Para este autor, los principios generales del Derecho, deben entenderse como los principios del Derecho natural racionalista. De este modo existe una *ratio iuris* de carácter universal que ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica desde los romanos hasta el momento presente²⁰. Este autor, igual que ocurre con los actuales neopositivistas aristotélicos que se fundamentan en la razón práctica, defiende la naturaleza de las cosas fundamentándose en la razón, lo natural a lo racionalista, del que se deducen principios racionales. Nos habla de la razón jurídica natural para hallar esos principios, que más tarde o más temprano se van a incorporar al Derecho positivo, estableciéndose entre aquellos principios y las normas incorporadas a los Derechos positivos una relación de género a especie. Se mantendrá viva la necesidad de recurrir a esos principios del

¹⁸ J.BERMEJO VERA, Derecho Administrativo Básico, Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 114 y ss.

¹⁹ S.E. RODRIGUEZ BOENTE, Op. Cit., 2008, p. 51.

²⁰ S.E. RODRIGUEZ BOENTE, Op. Cit., 2008, pp. 59 y ss.

Derecho toda vez que el Derecho positivo siempre es, y será un ordenamiento incompleto.

Para LARENZ, los principios generales del Derecho son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible²¹. Es este término “posible”, el que nos instala en el terreno del “deber ser”, la idea de Derecho que se puede identificar con el Derecho natural, que no es conceptualmente Derecho en tanto no sea positivizado²². Este autor sostiene que los principios no se obtienen de las reglas, sino a la inversa, de los principios se extraerán las reglas. Sobre este extremo, RODRÍGUEZ BOENTE sostiene que el principio ha dado lugar a la regla, posibilitando que se obtenga de la misma mediante inducción. Se trataría de un viaje de ida y vuelta, en el que cobra protagonismo de nuevo el principio, cuando se produzca una laguna jurídica, pero ahora, no como un principio social, sino como un auténtico principio jurídico, que se induce de las normas del sistema y que viene a colmar esa laguna jurídica.

Considero los principios como mandatos de optimización que se encuentran en la naturaleza de las cosas, en las costumbres sociales, desde donde transitan a la Ley a través del proceso legislativo. Esta transición es consecuencia de la finalidad de la función legislativa, de atender a las demandas sociales. En este sentido, no parece razonable pensar que un

²¹ K. LARENZ, Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica, Civitas, Madrid, 1985, Traducción de L. DÍEZ PICAZZO, p.32.

²² S.E. RODRIGUEZ BOENTE, Op. Cit., 2008, pp.62 y ss.

principio jurídico pueda ser algo distinto de lo que originalmente era, con anterioridad a la elaboración de la norma, como así se puede advertir de la doctrina positivista que ha sido expuesta, pues equivaldría a afirmar que la norma o regla se habría aprobado con independencia del principio que se encontraba en la necesidad social que originó su creación. En todo caso, esto último nos permitiría afirmar la existencia de los principios como fuente del Derecho, como base del mismo, como germen para la creación de las normas. En efecto, estas normas han de ser la consecuencia de comportamientos o conductas con un notable arraigo social, de tal forma que el legislador lo obtiene de la propia sociedad para crear las reglas, reconociéndosele una presencia ordenadora indiscutible.

Respecto de la cuestión de naturaleza principal, LARENZ, concluye que los principios de un Derecho positivo tienen vigencia del mismo modo que éste, y toman parte del modo de ser del Derecho positivo²³. Adquiere asimismo la vigencia temporal del mismo Derecho positivo en el que ha sido incorporado²⁴.

Para el profesor DE CASTRO los verdaderos principios, los que tienen su fuente en la comunidad, no ofrecen duda alguna sobre su positivización. Incluso los más altos, los del Derecho natural. Para él los tribunales no crean

²³K. LARENZ, Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica, Civitas, Madrid, 1985, Traducción de L.DÍEZ PICAZZO, p.195.

²⁴K. LARENZ, Op. Cit., 1985, p.198.

principios generales del Derecho, sino que están obligados a aplicarlos y a obedecerlos, contribuyendo, ciertamente, a depurarlos y a perfilarlos²⁵.

ESSER y DWORKIN, mantienen una tesis iusnaturalista de los principios, afirmando que los principios generales del Derecho son principios jurídicos, pero no de la Ley, sino más allá de la Ley debido a una concepción integral del Derecho que incluiría mucho más que el Derecho positivo, como los principios morales. Para ESSER juega un papel extraordinario la jurisprudencia, pues realiza una adaptación de la legislación y los principios que la informan, a los cambios. Señala que en el continente el protagonismo corresponde a los Jueces, denominando a su actividad legislación judicial. Supone un desplazamiento del centro de gravedad jurídico del código hacia la casuística orientada por los principios. Para él las fuentes no son los principios, sino los hechos y los actos de la jurisprudencia y la legislación, cuando actúan orientados por los principios.

Para este autor, a través de la interpretación, la jurisprudencia, se actualizan las normas de Derecho escrito, convirtiéndolas en una mina de los principios. Consecuentemente, la fuerza creadora de la jurisprudencia pone las disposiciones del Derecho escrito al servicio de los fines de la época.

Para diferenciar entre normas y principios DWORKIN²⁶ se apoya en una decisión de la audiencia provincial de Nueva York de 1889, sobre un caso en el

²⁵DE CASTRO F. BRAVO, Derecho civil de España. Los principios generales del derecho, Capítulo IV, Civitas, Madrid, 1984, p. 413.

²⁶MICHEL TROPER, La Filosofía del Derecho, Tecnos, Madrid, 2004, pp.83 y ss.

que un hombre había asesinado a su abuela para heredar su fortuna. Había sido arrestado y condenado a prisión, pero pretendía, no obstante, recibir la herencia, toda vez que la abuela estaba muerta y él estaba designado heredero en el testamento. Según las normas y reglas en vigor, su pretensión estaba correctamente fundamentada. Pero, a pesar de ello, el tribunal desestima la pretensión invocando un principio no escrito, según el cual nadie puede beneficiarse del mal que ha hecho. “De lo cual DWORKIN extrae una serie de lecciones:

- *A diferencia de las reglas y las normas, que son promulgadas y que expresan la voluntad de una autoridad, el principio no es establecido, sino descubierto por el juez.*
- *Cuando se obedece, o no, a una norma, adoptando, o no, la conducta prescrita, la obediencia a un principio es susceptible de presentar diferentes grados.*
- *El principio es de naturaleza moral.*
- *El principio no es universal, pues en otros casos uno se puede beneficiar del mal ajeno.*
- *El principio permite suspender la aplicación de una regla válida o aportarle excepciones”.*

“Para DWORKIN²⁷ la existencia de principios jurídicos diferentes de las normas supone una puesta en duda del positivismo. Pues en los casos difíciles, las reglas no proporcionan siempre la solución, teniendo que elegir los jueces

²⁷MICHEL TROPER, Op. Cit., 2004, pp.83 y ss.

entre alguna de ellas de forma discrecional. La tesis de DWORKIN supone que el juez siempre puede encontrar la solución en el Derecho en vigor, por lo que le basta con descubrir el principio aplicable. No siempre se tratará de un principio establecido, por lo que exigirá un esfuerzo de abstracción a partir del conjunto del Derecho. Del mismo modo que los principios constituyen el fundamento de las reglas, en sentido inverso, el conocimiento de estas pueden conducir al descubrimiento de los principios que los fundamentan. Así, para todo litigio hay una solución correcta, una sola buena respuesta, sin que el juez disponga de ningún poder discrecional. DWORKIN entiende que los principios no son establecidos, sino que son descubiertos. Así mismo también entiende que los principios que se encuentran en el Derecho, que forman parte de este, son de índole moral, por lo que critica la teoría positivista de separación entre el Derecho y la Moral²⁸.

En mi opinión los principios permiten resolver casos a los que no da respuesta la norma, y en todo caso, aunque la norma contemplara el supuesto, eso no significa que la consecuencia vaya a ser la justa, pues la norma se aplicará a todos los casos a los que integren el supuesto de hecho en ella previsto, a los que se impondrá la consecuencia jurídica en la norma contemplada, sin considerar las singularidades del mismo. En este sentido los principios del Derecho, tales como el de equidad, o el de proporcionalidad, permitirán adaptar el Derecho a la gravedad del caso.

El uso de estos principios debe evitar llevar al Derecho fuera del ámbito delimitado por criterios objetivos y racionales, debiendo prestarse a una

²⁸MICHEL TROPER, Op. Cit., 2004, pp.83 y ss.

creación del Derecho complementaria, que garantice la efectividad de la seguridad jurídica, y la unidad del ordenamiento.

Los principios generales del Derecho se encuentran, al igual que los valores, íntimamente vinculados al Derecho natural, de tal modo que uno sin el otro es prácticamente imposible concebirlos, debido a la relación del Derecho natural clásico, y el iusnaturalismo con los valores de la justicia, la moral, espejo en los que ha de verse reflejado el ordenamiento jurídico.

1.2.2.- Presencia en el Iusnaturalismo.-

Los principios generales del Derecho que se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico cumplen, desde una concepción positivista, una función meramente supletoria, integradora e incluso correctora de las reglas jurídicas. En este sentido, los principios operan para perfeccionar y mejorar el ordenamiento, siempre y cuando las normas no puedan realizar la función ordenadora que tienen encomendada. Para el positivismo jurídico los principios cumplen la finalidad de otorgar plenitud al ordenamiento.

Para ZAGREBELSKY, *“el ser iluminado por el principio aún no contiene en sí el deber ser, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio²⁹”*. Sigue afirmando que *“En presencia de los principios, la realidad expresa valores y el Derecho funciona como si rigiese un Derecho natural...”*
.... el Derecho por principios encuentra al Derecho natural”.

²⁹G. ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil, Ley derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2011, pp.108 y ss.

Según el pensamiento iusnaturalista, el paso del ser al deber ser resulta posible porque se asume la justicia como valor. La justicia representa el máximo imperativo o la norma primaria presupuesta de la que deriva cualquier otra normatividad.

Según RUIZ VALLIDO, el Derecho natural puede definirse *“como la regla o la facultad de obrar según la proporción marcada por la justicia, entendiendo por justicia la virtud de dar a los demás lo que les corresponde en cuanto se halla a nuestro cargo facilitárselo y de respetarlos en la posesión y disfrute de lo que les pertenece”*³⁰. El autor vincula el Derecho natural a la justicia, pues es el parámetro que determina el alcance de la regla. Con cita a KANT define el concepto de justicia como *“el concierto entre mi libertad y la libertad de todos”*, y citando a Spencer *“que cada hombre sea libre de hacer lo que quiera en tanto no impida la libertad de que igualmente gozan los demás”*.

Afirma que el Derecho *“debe tener siempre como uno de sus presupuestos básicos la realidad social, en el sentido de ser ésta, como señala BELTRÁN DE HEREDIA, la vida misma en toda su infinita riqueza de matices, derivado todo de la propia naturaleza de las cosas”*³¹.

Para este autor *“el legislador en cada momento histórico y en cada comunidad política, regula la convivencia dictando las correspondientes normas; es decir, debe hacer realidad legislativa las abstractas expresiones del*

³⁰ E. RUIZ VALLIDO, Introducción al Estudio Teórico Práctico del Derecho Civil, Ochoa, Logroño, 1984-1985, pp. 24 y ss.

³¹ E. RUIZ VALLIDO, Op. Cit. 1984-1985, pp. 24 y ss.

Derecho natural". Derecho al que se denomina como Derecho positivo, que, con cita a ALBADALEJO, señala que *"ha de inspirarse en el Derecho natural, no contradiciéndolo, sino, al contrario, desarrollando sus principios y reglas a tenor de las circunstancias de cada época y lugar"*.

En estas líneas, el autor, nos ofrece una clara idea sobre la importancia que los principios del Derecho cobran en la creación del Derecho positivo, cuando el legislador debe confeccionar las normas jurídicas considerando la realidad social, atendiendo a la naturaleza de las cosas. Esta concepción ha sido la que permitió reconocer los Derechos Fundamentales consagrados en las constituciones, como atributos de la naturaleza humana, único título exigible para su obtención, en íntima conexión con la dignidad humana. En sentido contrario, estos Derechos habrían sido reconocidos u otorgados por la voluntad del soberano o del legislador. Pero, lo cierto es que estos Derechos se encuentran inherentes, indisolublemente, a la naturaleza humana, preexistentes al surgimiento del Estado como organización política.

El Derecho natural, así concebido, basado en la naturaleza de las cosas, y fundamentado en la razón, es eterno e invariable; y por el contrario, el Derecho positivo es histórico y mudable, al cumplir la función de normativizar las situaciones políticas, económicas y sociales que exijan un tratamiento jurídico, de tal suerte que la legislación positiva siempre se encuentre en contacto con la realidad social, y de esta forma evitar la disociación entre norma jurídica y vida³².

³² E. RUIZ VALLIDO, Op. Cit., 1984-1985, pp. 24 y ss.

El Derecho es entendido como una técnica de organización social que emplea para su conocimiento y aplicación métodos propios de la lógica formal, pero el Derecho es mucho más. Su no reconducción al simple mundo de las normas escritas aprobadas por los Poderes Públicos, permite, precisamente, afirmar que el Derecho no es sólo una técnica para el ejercicio de la acción política por parte del Estado, ya que también entraña un complejo sistema de organización que permite una eficaz defensa de los Derechos de las distintas entidades que se integran en un Estado, y en la sociedad a la que representa políticamente así como de los individuos que la integran.

Para CASTÁN TOBEÑAS, la palabra Derecho, en el sentido clásico y popular, va unida a las ideas de rectitud y justicia³³, que se contraponen a tuerto o torcido, como se opone lo justo a lo injusto, lo legítimo a lo ilegítimo, lo razonable a lo irracional. En el lenguaje actual, sigue indicando el profesor, es un atributo o esfera del obrar humano, refiriéndonos en este supuesto a la norma social que tutela ese obrar de alguno, prescribiendo la correlativa conducta por parte de otro, u otros.

Podemos definir el Derecho natural, siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS, como el conjunto de principios universales de Derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre. Frente al concepto de Derecho positivo, concebido como el complejo de normas que, en un momento determinado, establece e impone a sus miembros una determinada

³³ J. CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo I, Vol. I, Reus, Madrid, 2005, pp.53 y ss.

organización soberana y de los actos que son consecuencia y desarrollo de tales normas³⁴.

El Derecho natural es racional y universal, por ser conforme a las reglas de la naturaleza y a la razón humana, siendo sus normas de todo tiempo, y para todos los países. Al contrario, el Derecho positivo tiene un carácter histórico y nacional.

Para la concepción iusnaturalista escolástica, el Derecho es una especie de ciencia normativa. Constituye un Derecho racional e inmutable, meramente básico³⁵. El Derecho natural no es la Ley, ni el ideal de la Ley, sino los principios supremos y esenciales de ella. Coexiste con el Derecho positivo, y el ideal de la Ley, debiendo conformarse la legislación positiva a los principios del Derecho natural, porque no se concibe un Derecho irracional, pero en aquella parte que no derive próximamente del Derecho natural, ni lo contradiga, ha de atenerse al ideal de justicia y al criterio de utilidad que imperen en la sociedad. En opinión del autor, en las últimas décadas se ha despertado un interés extraordinario por el renacer del Derecho natural, centrándose especialmente en la crítica al Derecho positivo legalista. Esta nueva corriente dominante se ha denominado iusnaturalismo moderno.

Efectivamente hoy se ha vuelto a la necesidad de racionalizar el Derecho, consecuencia de las constituciones modernas aprobadas en distintos países, concretamente en España la Constitución constituye un texto normativo

³⁴ J. CASTÁN TOBEÑAS, Op. Cit., 2005, pp. 87 y ss.

³⁵ J. CASTÁN TOBEÑAS, Op. Cit., 2005, pp.88 y ss.

impregnado de principios y valores, que deja entrever como el constituyente se ha inclinado por la incorporación del valor de la justicia, como se aprecia de la redacción dada al Preámbulo y al Art. 1 CE, en cuyo texto se ha sido permeable a la moral.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA,³⁶ el ordenamiento jurídico es una unidad que tiene vida propia, independiente y distinta de la de las propias normas, que son tales, precisamente, en cuanto se integran en él. Concibe el ordenamiento jurídico como una realidad dinámica, pues así es como se podrían entender las mutaciones que en él se producen. A su juicio, las normas pueden cambiar, pero el ordenamiento jurídico permanece, y la causa la encuentra en la permanencia de sus principios.

Afirma que cuando los principios cambian, como ocurrió al promulgarse la Constitución de 1978, entonces, también, cambia el ordenamiento en su conjunto, sin necesidad de que se hubiere producido alguna modificación en las normas. Con la entrada en vigor de la Constitución ha variado absolutamente el criterio en virtud del cual se han de interpretar las normas jurídicas, pues a partir de esa fecha las normas han de ser interpretadas de conformidad con el texto constitucional, al pasar a integrar un ordenamiento jurídico presidido por la Constitución.

³⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1997, pp. 60 y ss.

La unidad del ordenamiento jurídico ha sido perseguida en todos los tiempos, así el positivismo consideraba que el ordenamiento con las normas escritas tenía plenitud, dejando a los principios generales del Derecho relegados a una función meramente interpretativa del caso concreto, una fuente residual de integración. Con el movimiento codificador el positivismo alcanzó su máximo esplendor, coincidiendo su pérdida de protagonismo con las nuevas constituciones modernas. La unidad del ordenamiento depende del sistema de fuentes existente, que han de coexistir en el propio ordenamiento. Estas fuentes no pueden reducirse únicamente a normas escritas, ya que estas serían insuficientes para dar una respuesta a las necesidades sociales. Algo a lo que ha contribuido de forma decisiva el tránsito hacia un estado social, prestacional, intervencionista, que sin duda requería de mecanismos jurídicos más dinámicos.

Dice GARCÍA DE ENTERRÍA,³⁷ que junto a las fuentes que están publicadas, en las *Gacetas* o Boletines Oficiales, juegan un papel muy destacado otras que no han sido publicadas, pero que no por ello dejan de ser fuentes del Derecho. De forma muy destacada cita los principios generales del Derecho. Y esto se evidencia, como explica, al admitir nuestra Constitución que, “*precisamente en lo que atañe a la Administración, no todo el Derecho se encierra en las Leyes art. 103.1*” quien considera que el Derecho “*es una función social*”, y como función que es no puede separarse, en cuanto a los hechos sobre los que recae, la realidad social, “*de una concepción material de*

³⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Op. Cit. 1997, pp. 60 y ss.

la justicia, informada en su totalidad, pero arraigada profundamente en el corazón de los hombres". Concebido así el Derecho, vinculado a la idea de la Justicia, las fuentes extralegales procederán de la sociedad, de la realidad social.

Podría definirse el ordenamiento jurídico, según el profesor RUIZ VADILLO, como el conjunto de normas jurídicas por las que se rige una comunidad, relacionándose de forma tal que el Derecho es el conjunto de preceptos o normas que regulan la convivencia social, las fuentes son los centros de donde nace el Derecho y las normas son los mandatos que emanan y derivan de estos focos o centros. En su opinión cuando nos referimos a las fuentes del Derecho, nos estamos refiriendo a los centros de producción normativa, que se integran no sólo por normas procedentes del Poder Público, sino también surgen normas del ámbito privado, y algunas no escritas, como la costumbre o los principios generales del Derecho. La sociedad a través de actos repetidos y uniformes crea Derecho. Consecuentemente, las normas jurídicas son los preceptos nacidos, bien de la autoridad, normas legales o del pueblo, las normas consuetudinarias, para regular una parcela concreta y delimitada de la vida comunitaria.

Para el profesor citado *"los principios generales del Derecho tienen, una consideración especial, pues nacen de la conjunción de la justicia con los sentimientos jurídicos del país y con la Ley histórica y positiva"*³⁸.

³⁸ E. RUIZ VADILLO, Introducción al Estudio Teórico Práctico del Derecho Civil, Ochoa, Logroño, 1984-1985, pp.73 y ss.

Para COSCULLUELA³⁹ SANTI ROMANO con su teoría pretendía demostrar la existencia de un pluralismo jurídico, rompiendo de esta forma la idea existente de que el Estado monopoliza la producción del Derecho. Afirma el autor que *“en esencia, su doctrina afirma que el ordenamiento jurídico se integra por tres elementos esenciales: el sistema normativo, la organización y la colectividad humana cuya actividad se regula por ese ordenamiento”*.

En opinión de COSCULLUELA, el sistema normativo para SANTI ROMANO no sería más que uno de los tres elementos a los que se ha hecho referencia, y ni siquiera sería el más importante, sino que es la organización el primordial, porque *“garantiza la plena interconexión entre todos los elementos del ordenamiento jurídico”*⁴⁰.

Este profesor considera que *“es falso reducir el Derecho al mundo de las normas escritas; más aún, el ordenamiento se estructura conforme a unos principios generales, cuya fuerza normativa está expresamente reconocida por nuestra legislación y que, como luego analizaremos, trascienden ampliamente a las puras normas escritas, aunque a veces aparezcan recogidos en ellas”*. Para él, *“la organización es la que tiene el poder para producir las normas y para hacerlas cumplir”*. Considera que los tres elementos estarán interconectados por cuanto la organización aparece ordenada por el sistema jurídico, que se encuentra a su vez condicionado, *“a través de los procesos de elección a una estrecha vinculación con los ciudadanos que integran el tercer*

³⁹ L. COSCULLUELA MONTANER, Manual de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1998, pp. 53 y ss.

⁴⁰ L. COSCULLUELA MONTANER, Op. Cit., 1998, p. 53.

elemento". Y por otro lado, a su juicio, "las normas incluyen también participaciones directas de los ciudadanos en sus procesos de elaboración o son creación social directa y plena, como el supuesto de la costumbre"⁴¹. De tal suerte que los tres elementos aparecen plenamente interrelacionados, concluyendo que no es cierto que el Derecho se reduzca únicamente a las normas escritas, sino que el Derecho se refiere a todo tipo de normas que integran el ordenamiento jurídico, entre las que sin duda se encuentran los principios generales del Derecho, hoy positivizados por haber sido incorporados, algunos de ellos, a normas escritas, e incluso algunos se han constitucionalizado por medio de su incorporación, expresa, a la norma constitucional, como ocurre con los principios que se encuentran en el Art. 9.3 CE.

Según el profesor COSCULLUELA, la dimensión política más importante para SANTI ROMANO, es la posibilidad de individualizar, en un estado moderno, una pluralidad de ordenamientos jurídicos, en número igual al de organizaciones existentes en una sociedad. Estos ordenamientos se encontrarían relacionados entre sí, culminando en último término en el ordenamiento estatal, pero aunque sean independientes en su funcionamiento, todos tienen en común la constitución, en la que todos confluyen⁴². Afirma el autor, citando a GONZÁLEZ NAVARRO, que "cada uno de estos ordenamientos tiene una norma de cabecera", que está conectada

⁴¹ L. COSCULLUELA MONTANER, Op. Cit., 1998, pp. 54 y ss.

⁴² L. COSCULLUELA MONTANER, Op. Cit., 1998, p.55.

directamente con la Constitución. Como ejemplos de estas normas de cabecera cita a los Estatutos de Autonomía, la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, la Ley de Colegios Profesionales, etc.

Esta pluralidad de ordenamientos jurídicos se aprecia perfectamente en España, en donde coexisten varios, uno por cada Administración territorial, estatal, autonómica, y municipal, en espacio del Derecho público, ya que habrá que incrementar el número con los que resulten de las corporaciones de intereses profesionales, y del ámbito privado. Como dice el profesor⁴³ citado, aunque todos tienen como norma común la Constitución, cada uno de estos ordenamientos tiene plena independencia en su funcionamiento, claro es, que con los límites que se determinen en las correspondientes normas habilitadoras.

Así, las normas jurídicas se caracterizan, ante todo, por contener un mandato de carácter general que vincula a todos los miembros de una determinada comunidad organizada, en cuanto emanado de las instituciones o grupos sociales legitimados para ello. Tan norma jurídica es hoy en día una Ley emanada de las Cortes Generales españolas, cuanto las costumbres campesinas relativas a ciertos contratos agrarios. La diferencia estriba en la jerarquía que tenga cada norma, encontrándose la Ley por encima de la costumbre, pero en el Estado constitucional, la Ley se encuentra subordinada a la Constitución. Esta circunstancia nos obliga a reconsiderar el sistema de fuentes y la prelación de las mismas que prevé el Código Civil sin que hoy se

⁴³L. COSCULLUELA MONTANER, Op. Cit., 1998, p.55.

corresponda con la realidad. Pensemos que actualmente existe un amplio número de fuentes que crean Derecho y que no se encuentran previstas en el Art.1 del Código Civil⁴⁴.

Los rasgos que caracterizaron a las normas jurídicas fueron su generalidad y abstracción⁴⁵, de tal modo que al menos tendencialmente, para solucionar la generalidad de los conflictos sociales que puedan plantearse, atendiendo de una parte a los destinatarios, los ciudadanos, y, de otra, a la multiplicidad de los supuestos de hecho que puedan darse en la materia regulada por la norma.

La nota de la *generalidad* supone que la norma no se dirige a una persona en concreto y determinada, sino a una serie de personas que se encuentran o pueden encontrarse en el futuro relacionadas con la materia regulada por la norma.

La *abstracción* viene requerida precisamente por la multiplicidad de los supuestos de hecho: la norma jurídica no puede contemplar el supuesto de hecho concreto, o los múltiples supuestos de hecho, sino que debe quedar circunscrita a un *supuesto tipo* que permita su adecuación a una serie hipotética y pormenorizada de supuestos de hecho. Pretender lo contrario

⁴⁴Dispone el artículo 1º.1 del Código Civil, “*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*”.

⁴⁵ C. LASARTE ÁLVAREZ, Principios de Derecho Civil, Tomo Primero, Parte General, Trivium, Madrid, 1996, pp. 63 y ss.

sería absolutamente ilusorio; pues no puede, ni debe, haber tantas normas jurídicas como problemas puedan surgir en la vida. La norma es un precepto que contempla un supuesto de hecho genérico o abstracto, y la adecuación de éste a un litigio o controversia, concretos, ha de llevarse a cabo mediante matizaciones, reservadas a los técnicos en Derecho y, señaladamente, a los jueces a través de sus sentencias.

Coincido con los profesores, COSCULLUELA, GARCÍA DE ENTERRÍA, VIDAL MARÍN, cuando afirman que el ordenamiento jurídico, el Derecho, las normas tienen una íntima conexión con la conciencia social, con la sociedad, con las gentes. De los usos y de las costumbres mantenidas en el tiempo que no han provocado contrariedades, ni individuales ni sociales, es, en mi opinión el lugar de donde habrá que extraer lo que más tarde se convertirá en norma. Por el contrario, una norma que no responda a lo expuesto anteriormente, dará como resultado una norma que carecerá de arraigo social, produciendo la consecuente desafectación en el individuo.

En este sentido considero que los principios generales del Derecho, aquellos que se encuentran presentes en la vida social, en las formas en las que se relacionan los individuos en la sociedad es el *humus* que se encuentra en la atmósfera jurídica, correspondiendo al legislador advertirlo, percibirlo e incorporarlo al ordenamiento jurídico, cuya vocación no es otra que ordenar la vida social, la realidad.

Estos principios del Derecho, independientemente de que se encuentren recogidos en una norma jurídica, o como norma jurídica extralegal, no escrita,

cumplen una función integradora del ordenamiento jurídico, garantizando la plenitud y la unidad del ordenamiento jurídico. en caso contrario no podría garantizarse por razones que no se ocultan, tales como la imposibilidad de llevar a cabo una regulación escrita de todos y cada uno de los problemas sociales que pudieran suscitarse.

Como consecuencia de la operación mental que lleva a cabo el legislador cuando elabora y redacta una norma jurídica, resulta lógico y razonable que los principios jurídicos se incorporen a las normas, impregnando, de esta forma, el tejido normativo de los usos sociales. Esta consecuencia se produce cuando los principios no sólo pueden cumplir una función interpretativa de la norma al servicio del aplicador del Derecho para un caso particular, pues esto supondría agotar el principio en el caso resuelto. En este supuesto, no nos encontraríamos ante un verdadero principio jurídico, sino ante una concepción o ideología del aplicador del Derecho cuando tiene que resolver un caso concreto y resultan insuficientes para resolverlo las normas existentes en el ordenamiento jurídico.

1.2.3.- Situación en el Positivismo. La Codificación.-

Con este movimiento, la palabra *código* pasa a tener un significado preciso y, al propio tiempo, representa un ideal a alcanzar para todas las naciones europeas, las cuales, durante un largo período, verán materializada dicha aspiración. Dicho período puede considerarse abierto con la publicación del Código Civil francés en 1804 y cerrado a comienzos del siglo XX con la aprobación del Código Civil alemán o *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE JURÍDICA.

Para LASARTE ÁLVAREZ⁴⁶ el ideal codificador parte de la idea de proceder a una rigurosa racionalización de la materia jurídica en su conjunto, que permita una mayor claridad en el sistema jurídico propio de cada uno de los países europeos y que, simultáneamente, se adecue a las estructuras sociopolíticas del momento. La idea motriz de la codificación, en su opinión, como proceso cultural e histórico propio del siglo XIX, se caracteriza entonces por las exigencias de claridad y sistematización derivadas del iusracionalismo, reforzadas muy pronto por los ideales sociopolíticos de la concepción liberal-burguesa.

En dicha línea, ha afirmado acertadamente el Prof. HERNÁNDEZ GIL que la codificación fue introducida para coadyuvar el dogma del Estado como pieza clave de la organización política, que traía como consecuencia la unidad o, al menos, la uniformidad del ordenamiento jurídico⁴⁷.

Recuerda JIMÉNEZ CANO, que “*dentro de la concepción clásica de los principios ocuparían especial preeminencia los tria iuris praecepta, honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere, donde el Derecho romano y el natural confluyen*”. Así, indica que “*Los tres preceptos del Derecho son enunciados por primera vez por Ulpiano en sus Instituciones y recogido posteriormente en el Corpus iuris civilis*” y que “*en nuestro país recogido por*

⁴⁶C. LASARTE ÁLVAREZ, Principios de Derecho Civil, Tomo I, Trivium, S.A, Madrid, 1996, pp. 43 y ss.

⁴⁷ C. LASARTE ÁLVAREZ, Op. Cit., 1996, pp. 43 y ss.

*Raimundo de Peñafort en sus Summa iuris y por la Partida 3ª., Título I, Ley 3ª llegando hasta el siglo XIX*⁴⁸.

Este autor con cita de PRIETO SANCHÍS toma como punto de partida la codificación, para realizar un estudio sobre los principios generales del Derecho, concretamente en la justificación de la plenitud del ordenamiento, para lo cual es indispensable la colaboración de los principios generales del Derecho. Así, señala que *“La Codificación, según PRIETO SANCHÍS, «elevó a la categoría de dogma dos reglas o criterios tendencialmente contradictorios, a saber: que el juez no puede negarse a fallar alegando oscuridad o inexistencia de norma aplicable al caso y que el juez representa una boca muda que pronuncia las palabras de la Ley, según célebre definición de MONTESQUIEU, nunca un órgano creador de Derecho. Naturalmente, para hacer compatibles ambos postulados era necesario asentar un tercer dogma, el de la plenitud y coherencia del Derecho, el de la ausencia de lagunas y antinomias. [...] Pero, a su vez, para que este último dogma tuviese alguna apariencia de verosimilitud no bastaba con afirmar un tanto arbitrariamente la omnisciencia y omnipresencia del legislador, sino que resultaba imprescindible, en otras cosas, ofrecer un cuadro completo de las fuentes del Derecho; es decir, asegurar, también en apariencia, que el juez se halla en condiciones de encontrar siempre la norma aplicable al caso”*.

La cuestión central, en los términos expuestos vendría constituida en primer término, si es posible determinar si el cuadro de fuentes del Derecho es

⁴⁸ R. M. JIMÉNEZ CANO, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, 1999/2000, pp. 1 y ss., D.L. M-32727-1998 ISSN 1575-7382.

completo, pues si no fuese así, nos encontraríamos ante lagunas y antinomias, y en este caso se pondría de manifiesto la falta de plenitud del Derecho, del ordenamiento jurídico. En tal supuesto el ordenamiento debería ser completado por los principios generales del Derecho, conscientes de ello, el autor citado señala que: "los *dogmas son recogidos, de una forma u otra, por los Códigos europeos*", citándonos algunos ejemplos, entre ellos:

*"El Código austríaco de 1811 previene en su art. 6 que, Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras, ni según el sentido natural de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la Ley, en los casos semejantes, y los fundamentos de otras Leyes análogas. Si resultase aún dudoso el caso, se decidirá, de acuerdo con las circunstancias, cuidadosamente recogidas y maduradamente pesadas, según los principios jurídicos naturales"*⁴⁹.

El autor citado advierte que en el Código austriaco de 1811, cuando un caso no pueda resolverse por aplicación de la Ley, y tampoco recurriendo a la analogía, habrá que resolverlo conforme a los principios del Derecho natural, y no por aplicación de los principios generales del Derecho.

JIMÉNEZ CANO⁵⁰, cita el Código Civil Albertino de 1837, que sigue el modelo del austriaco citado, el cual recoge en su art. 15 que: "Cuando una cuestión no se puede decidir por la letra ni el sentido natural de la Ley, se tendrá en cuenta lo que decida la Ley en los casos semejantes o en los

⁴⁹R.M.JIMÉNEZ CANO, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, 1999/2000, pp. 1 y ss., D.L. M-32727-1998 ISSN 1575-7382.

⁵⁰R. M.JIMÉNEZ CANO. Op. Cit. 1999/2000, pp. 1 y ss.

fundamentos de otras Leyes análogas; permaneciendo el caso dudoso, deberá decidirse según los principios generales del Derecho, habida cuenta de todas las circunstancias del caso”. En este caso ya se hace alusión expresa a los principios generales del Derecho.

En Italia surgió una discusión doctrinal sobre la fórmula que debiera incorporarse en el Código Civil respecto de la solución que habría que ofrecer en caso de insuficiencia normativa para resolver un caso concreto, centrándose en si la remisión a los principios del Derecho habría de hacerse a los principios generales del Derecho o a los propios del País. En efecto, se concluyó que había que alejarse de los principios del Derecho natural, como ocurrió en el Código Austriaco. La cuestión se resolvió a favor de los principios generales del País, como se expone en la obra citada⁵¹.

Por su parte, el Código Civil español de 1889 señalaba en la redacción original en su Art. 6, párrafo segundo, que *«Cuando no hay Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho»*. Posteriormente, el Título Preliminar de nuestro Código fue modificado por el Decreto de 31 de mayo de 1974 y derogado el Art. 6.2º por el actual Art. 1.4º, disponiendo que *«Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*. Este artículo es válido tanto para la rama civil del ordenamiento, como para las demás

⁵¹R. M. JIMÉNEZ CANO, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, 1999/2000, pp. 1 y ss., D.L. M-32727-1998 ISSN 1575-7382.

ramas del ordenamiento en todo aquello que no regulen expresamente, como consecuencia de lo dispuesto en el Art. 4.3, que establece que las disposiciones de este Código actúan como supletorias en las materias regidas en otras Leyes, y es de aplicación también a los territorios con Derecho civil foral o especial según el Art. 13.1. Este carácter supletorio del Derecho privado, que en estos tiempos no parece que tenga demasiada justificación, es una manera de garantizar la plenitud del ordenamiento. Hoy el punto común y superior de todos los órdenes jurisdiccionales es la Constitución.

Con relación al origen de los principios generales del Derecho, surgieron dos posturas totalmente enfrentadas, la historicista, o positivista, y la filosófica o iusnaturalista.

Para los positivistas, los principios generales del Derecho cumplen una función claramente integradora del ordenamiento jurídico, en defecto de Ley y costumbre aplicables. Son poco receptivos a conferirles un papel mayor que el de integración supletoria, al considerar que los principios propician la inseguridad y la falta de certeza al conferir al Juez, en su aplicación, un amplio margen de discrecionalidad.

JIMÉNEZ CANO, explica que los positivistas consideran que los principios generales del Derecho son principios deducidos del ordenamiento jurídico por analogía, analogía iuris, de tal suerte que se evitan las lagunas, cerrándose el sistema, pues en defecto de Ley y costumbre aplicables al caso, se acude a la analogía.

Según refiere el autor, “*para el profesor DE CASTRO son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación*”. Y para

*El profesor ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, siguiendo a DE CASTRO, los define como las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento jurídico*⁵².

El período codificador concluyó prácticamente en el siglo XIX, pero en nuestro país su finalización concreta y expresa se produjo con la promulgación del RD 160/1997, de 7 de febrero⁵³, por el que se aprueban los Estatutos de la Comisión General de la Codificación, en cuya Exposición de Motivos dispone

⁵² R. M. JIMÉNEZ CANO, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, 1999/2000, pp. 1 y ss. D.L. M-32727-1998 ISSN 1575-7382.

⁵³ En la Exposición de Motivos de este RD, se afirma que esta sociedad se muestra ya muy distante de la época en la que triunfó el ideal codificador, y que nos encontramos en “plena” era de la postcodificación, calificando esta era como de la descodificación. Señalando como causas que originaron un cambio en el sistema de fuentes del Derecho y en el campo de la técnica legislativa, el surgimiento del Estado democrático con la aprobación de la Constitución de 1978, con una compleja red burocrática, y la importancia creciente de las sociedades y organizaciones, que se encuentran afectas entre sí por un delicado sistema de interrelaciones que configuran un auténtico régimen de participación.

También se esgrime como motivo, por parte del legislador, la dinamicidad de nuestra sociedad, que propiciará la proliferación de disposiciones normativas, que son rápidamente modificadas o sustituidas, hecho este último que haría inútil cualquier intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la Ley y cristalizar así un sector jurídico.

Lo anterior, serían razones suficientes para afirmar que los códigos han perdido su posición central y privilegiada en los sistemas jurídicos, y consecuentemente, en su lugar, las Leyes especiales por un lado, como normas necesarias de una sociedad en constante mutación, y el texto constitucional por otro, como fundamento de los valores de un sistema político, han cambiado el sentido de la técnica legislativa.

Se insiste, nuevamente, en que la época actual es la de las Leyes especiales. Indicando que hoy el procedimiento legislativo tiene una mayor complejidad, tanto en su fase administrativa, como parlamentaria, así como de una creciente exigencia de calidad técnica y eficacia temporal en la elaboración de las Leyes.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

que es *“inútil todo intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la Ley y cristalizar así un sector jurídico”*. Esta afirmación recogida en su Exposición de Motivos hizo que no tardasen en llegar críticas a tal afirmación, entre otras, alguna muy autorizada como la del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁴, entendiendo que una cosa es que no sirva la vieja idea de la codificación, debido a la enorme proliferación de normas jurídicas, y otra muy distinta, que no pueda renovarse la antigua idea de codificación con la pretensión de suspender o parar ese proceso de aumento normativo.

Así, si el siglo XIX fue el de la codificación, el nuestro ha sido definido con acierto por Irti como la edad de la descodificación. El tránsito del Estado liberal burgués al Estado intervencionista supuso, entre otros factores, una primacía del Derecho público sobre el Derecho privado, relegando el papel de los códigos *"poco menos que a reliquias del pasado, en beneficio de las Leyes marco, las Leyes programa, Leyes plan y similares"*. Esta circunstancia comportó una acentuada productividad normativa, especialmente en el Derecho público que haría inútil el código, pues la necesidad de regular del Estado todos los ámbitos, adaptándose a las nuevas circunstancias por medio del abusivo uso de los Reales Decretos.

En efecto⁵⁵, *“los juristas se van curando poco a poco de esa enfermedad que KAUFMAN llamó el horror iuris naturalis, comenzándose a admitir la*

⁵⁴E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Justicia y Seguridad Jurídica”, pp. 71 y ss.

⁵⁵ I. MATA, “Los principios en el derecho argentino (su aplicación a la celebración de los contratos administrativos)”, en *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano*, Netbiblo, Castilla y León, 2008, p. 57.

aplicación de los principios del Derecho natural como fuente subsidiaria para suplir las lagunas de la Ley, prosiguiendo con el reconocimiento de su carácter informador del ordenamiento hasta culminar, como en el modelo francés, aceptando que se trata de una fuente autónoma y directa del Derecho administrativo, conforme a la elaboración jurisprudencial’.

1.3.- EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO.

1.3.1. Transición del Estado de Derecho Liberal al Estado de Derecho Constitucional.-

La recepción por parte de los Estados democráticos de la idea de Constitución y su consecuente implantación ha supuesto una notable alteración en la concepción que se tenía sobre el Derecho, identificado mayormente con la Ley como expresión de la voluntad popular. El paso del Estado de Derecho liberal al Estado de Derecho constitucional supuso un cambio sustancial, pues la Constitución se erige como norma jurídica, la suprema norma jurídica, emanada del pueblo, no del parlamento, dificultando su modificación al quedar fuera del alcance del parlamento.

El Estado constitucional va a incorporar la mayoría de los principios fundamentales, que informaban el régimen liberal, principios inalterables o adaptados a las nuevas circunstancias⁵⁶.

⁵⁶C. VIVES PI-SUNYER, Constitución. Conocimiento del Ordenamiento Constitucional, Vicens Vives, Barcelona, 1982, p.12.

Según el profesor FERRAJOLI⁵⁷ *“en el siglo pasado, fascismo y nazismo se apoderaron del poder por vías legales y luego se lo entregaron democrática y trágicamente a un jefe que suprimió la democracia”*. Sigue afirmando que *“Este cambio consistió en la sujeción de la producción del Derecho en su totalidad, incluida la legislación, a normas constitucionales rígidamente supraordenadas a todos los poderes normativos y, con ello, en el perfeccionamiento del modelo paleopositivista del Estado de Derecho”*. Consecuentemente, en el Estado legal de Derecho a pesar de existir un parlamento que ostentaba la potestad legislativa, se trataba de un poder absoluto, toda vez que el producto normativo que de él emanaba no estaba sujeto a ningún límite, pues la Ley era la norma superior del Estado, y en ese sentido no podría pensarse que una Ley fuese a limitar a otra Ley.

Para FERRAJOLI *“En el viejo estado legal de Derecho el poder legislativo de las mayorías parlamentarias era un poder virtualmente absoluto, al resultar inconcebible la posibilidad de una Ley que limitase a la Ley”*.

Es cierto que en esa etapa histórica existían constituciones, que reconocían Derechos Fundamentales, pero estas Constituciones carecían de fuerza normativa, pues el parlamento podía modificarlas cuando lo considerase, y tampoco se encontraban protegidas por ningún tipo de mecanismo, como ocurre en la Constitución española que dispone de mecanismos de protección como la rigidez constitucional que complica la

⁵⁷L. FERRAJOLI, Poderes Salvajes: “La Crisis de la Democracia Constitucional”, Mínima Trotta, Madrid, 2011, pp. 21 y ss.

misma garantizando una durabilidad mayor de la norma, y consecuentemente la permanencia del ordenamiento, pues al contrario las Constituciones, cuando menos del continente europeo, “*eran Constituciones flexibles: Leyes solemnes, pero, al fin, Leyes que el legislador ordinario podía válidamente modificar con otras posteriores*”⁵⁸. Esta cualidad de las Constituciones, distinta de la que hoy caracteriza a las Constituciones modernas, hacía de ellas un texto normativo vulnerable a la voluntad de la mayoría parlamentaria, que era realmente quién podía reconocer, ampliar o reducir los Derechos.

Resultó imprescindible, para limitar el poder del parlamento, que la nueva Constitución se dotase de una serie de mecanismos de protección como por ejemplo, establecer un procedimiento para la modificación del texto constitucional con alta rigidez, garantizando así su permanencia, y la creación de un sistema de fuentes, en la que la Constitución se encontraría en la parte superior, pues en el anterior Estado de Derecho liberal no existían diferentes fuentes, todas tenían la naturaleza de una Ley, motivo por el cual el parlamento por medio de una Ley podría modificar la Constitución⁵⁹.

Por esta razón, FERRAJOLI afirmó que “*Los principios y los Derechos establecidos en ellas operaban, así, de hecho, como límites y vínculos solamente políticos, carentes de una fuerza jurídica capaz de vincular a la legislación*”⁶⁰.

⁵⁸ L. FERRAJOLI, Op. Cit., 2011, p.31.

⁵⁹ C. VIVES PI-SUNYER, Constitución. Conocimiento del Ordenamiento Constitucional, Vicens Vives, Barcelona, 1982, p.6.

⁶⁰ L. FERRAJOLI, Op. Cit., 2011, p.31.

Las Constituciones que han sido aprobadas en épocas recientes en los países, especialmente en Europa, se diferenciaron de las anteriores, concretamente en cuanto a una cualidad determinante, referida a la fuerza normativa del texto constitucional, pues ahora la Constitución es una verdadera norma jurídica, y como tal norma produce efectos vinculantes sobre todos aquellos que se encuentren dentro de su ámbito de actuación, ocupando una posición muy especial y significativa en el ordenamiento jurídico del Estado, se habría colocado en el vértice de la pirámide Kelseniana, de la jerarquía de las fuentes constitucionales, de tal suerte que todo el resto del ordenamiento jurídico quedaría vinculado a la Constitución. La norma constitucional pasa a ser el fundamento del ordenamiento jurídico, creando las instituciones y las fuentes del Derecho, de tal modo que ninguna norma emanada de la Constitución puede contravenirla. Como resultado de lo anterior se producirán en la dimensión constitucional cambios sustanciales, entre los que se puede destacar aquel que afectará al propio ordenamiento jurídico, pues las Constituciones pasarán a desempeñar una función sustancial, ya que serán el referente de validez de las Leyes que apruebe el Parlamento. Esto significa que la Ley, en este nuevo paradigma constitucional, tendrá límites que no podrá traspasar, tanto de carácter formal, referidos al procedimiento de las fuentes, como de carácter material, integrados estos por el propio contenido constitucional, sus normas, sus valores, principios etc.

El profesor FERRAJOLI, ante este cambio experimentado por las normas constitucionales, afirmó que “*situadas, hoy, en el vértice de la jerarquía de las fuentes las normas constitucionales, hizo vinculantes, en relación con la legislación, las expectativas universales, en las que consisten los Derechos establecidos en ellas: como expectativas negativas de la no lesión de los Derechos de libertad y como expectativas positivas de satisfacción de los Derechos sociales*”⁶¹.

Para garantizar la Constitución, protegerla y preservarla de ataques que pudieran proceder del propio ordenamiento jurídico, se ha hecho necesario implementar unos mecanismos de control y defensa de la Constitución, este nuevo escenario vendrá marcado por la existencia de un control de constitucionalidad, realizado por uno o varios órganos, que comprobarán la constitucionalidad de las Leyes. Según esté reservado, este control, a un único órgano, o a más, hablaremos de control concentrado en el primer caso, o difuso en el segundo.

Afirma el profesor ZAGREBLESKY que “los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las Leyes, en las decisiones de los Jueces o en otras manifestaciones parecidas del Derecho positivo con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución”⁶².

⁶¹ L. FERRAJOLI, Op. Cit., 2011, p.33.

⁶² G. ZAGREBELSKY, Op. Cit., 2011, pp.9 y ss.

Sigue afirmando el autor que *“Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del Derecho, de la Constitución, del código, de la Ley, de la Sentencia. La idea es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la <<cosa>> misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña o (ejemplo no menos interesante) en el Estado de Israel. Y, al contrario, cuando la idea no existe o se disuelve en una variedad de perfiles que cada cual alimenta a su gusto, el Derecho positivo se pierde en una Babel de lenguas incomprensibles entre sí y confundentes para el público profano”*. Para el autor esta idea del Derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas.

Para el autor, este cambio de modelo, de un Estado legal al actual, del constitucionalismo, supone un desplazamiento de la posición central del Derecho público, toda vez que hoy los significados de las categorías han de ser contruidos a la sombra de la Constitución. Es necesario que estas categorías integradas en el Derecho constitucional para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis, deben encontrar una combinación, que ya no deriva del dato indiscutible de un centro> de ordenación, sino que se requiere una política constitucional que vaya integrando poco a poco esas categorías jurídicas. Habrá que ir dando contenidos, a la luz de las exigencias de los principios y valores constitucionales. Esto implica un nuevo panorama jurídico.

Se acabó el Estado de legicentrismo. Son estos valores y principios los que conforman la convivencia colectiva⁶³.

El constitucionalismo europeo contemporáneo reconoce a los individuos un patrimonio de Derechos originario, independiente y protegido frente a la Ley, separándose de la concepción revolucionaria francesa y aproximándose a la tradición constitucional norteamericana.

En palabras del profesor GARRORENA MORALES, con el “final de la Segunda Guerra Mundial el constitucionalismo de occidente ha conocido una cuarta y última generación de Constituciones, la francesa de 1946, la italiana de 1947, la alemana de 1948, conocida como Ley Fundamental de Bonn..., cuyo espíritu apunta a la existencia de una nueva forma de concebir a la Constitución. Su prolongación en dos oleadas posteriores de textos constitucionales, los de Portugal y España tras el final de sus regímenes autoritarios, en la década de 1970, y los de los antiguos países del área soviética después de la caída del muro de Berlín en 1989, no ha hecho sino confirmar que estamos efectivamente en presencia de un tiempo nuevo cuyos signos de identidad se aprecian en un doble plano”⁶⁴.

Como signos de identidad de este nuevo constitucionalismo señala dos que se proyectan en planos distintos pero conexos, así, en el plano de los

⁶³ G. ZAGREBELSKY, Op. Cit., 2011, pp. 9 y ss.

⁶⁴ A. GARRORENA MORALES, A. “Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 71 y ss.

contenidos, se evidencia la tendencia a introducir en los textos constitucionales enunciados de principio, como justicia, dignidad, pluralismo.... Este hecho, en opinión del profesor, ha llevado a denominar a este nuevo constitucionalismo como un “constitucionalismo principialista”. Por otra parte, existe una clara intención de completar el catálogo de los Derechos Fundamentales con el reconocimiento de nuevos Derechos que vendrían a constituir así los Derechos de cuarta generación, como el Derecho al medio ambiente, a la calidad de vida, etc.

El segundo⁶⁵ rasgo característico del constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico. Esto constituye un cambio importante respecto a las concepciones del Estado de Derecho. Durante mucho tiempo no se advirtió y tales principios fueron relegados al limbo de las proclamaciones meramente políticas, sin incidencia jurídica práctica.

Los principios de justicia material se han ido enriqueciendo y generalizando a medida que se han hecho evidentes las consecuencias perturbadoras y los costes sociales de los Derechos individuales orientados a la libertad.

El ordenamiento defendía de este modo los valores fundamentales sobre los que se levantaba frente a la anarquía del libre juego de las voluntades

⁶⁵ G. ZAGREBELSKY G, Op. Cit., 2011, pp. 93 y ss.

individuales. En la actualidad se va mucho más allá. Los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que los Poderes Públicos deben perseguir. El cuadro no es estático, vuelto hacia el pasado, sino dinámico y abierto al futuro. El Estado no está llamado sólo a impedir, sino también a promover, empeñando positivamente para este fin sus propias fuerzas y las de los sujetos privados.

El constitucionalismo tiene unos rasgos concretos que lo diferencian del estado liberal anterior, en tal sentido FERRAJOLI, *“un rasgo común a todas las Constituciones es la idea de la subordinación de los poderes públicos, incluido el legislativo, a una serie de normas superiores, que son las que en las actuales constituciones establecen Derechos Fundamentales”*⁶⁶. Lo afirmado por el profesor sugiere concebir la Constitución como una suerte de limitación de un poder, concretamente el poder público, en virtud de la existencia de unos Derechos reconocidos a las personas, comportando un núcleo de indisponibilidad al legislador. Sigue indicando el profesor mentado que *“En este sentido, el constitucionalismo, como sistema jurídico, equivale a un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y, como teoría del Derecho, a una concepción de la validez de las Leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de*

⁶⁶L. FERRAJOLI, Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, Revista Doxa, Madrid, 2012, p.16.

*sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos*⁶⁷.

1.3.2.- El Constitucionalismo Americano. El Constitucionalismo Inglés.-

Los movimientos constitucionales acaecidos en países como Francia, Inglaterra, o en América, han influenciado de forma decisiva el desarrollo de constitucionalismo mundial, y concretamente el español.

Las primeras Constituciones han sido aprobadas en el siglo XVIII, Estados Unidos en 1787 y Francia en 1791, con una notable influencia liberal cuyo objetivo no era otro que regir la organización del Estado y el ejercicio del poder público. Podemos destacar como líneas comunes a estos documentos que se fundamentan en dos principios básicos, la teoría de la separación de poderes y la soberanía popular.

Como se ha dicho en la época a la que nos referimos las constituciones se elaboran y aprueban como consecuencia de un pacto, o contrato social y político cuyo contenido esencial venía constituido por la determinación de la organización del estado, y el reconocimiento de Derechos a los individuos, este último elemento jugará un papel determinante en la configuración y desarrollo de los países, constituyendo un elemento diferenciador en la forma y en el fondo entre tradiciones constitucionales cercanas. De tal suerte que la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano será el núcleo esencial

⁶⁷L. FERRAJOLI, Madrid, 2012, p.16.

para garantizar la libertad del individuo, relacionando los Derechos que son inherentes a su condición de persona humana.

Como nos recuerda ZAGREBELSKY⁶⁸, *“lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del Derecho, de la Constitución, del código, de la Ley, ...”* *“La idea es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la cosa misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña...”*. Lo determinante de una Constitución es la idea que de ella tengamos, lo que ha denominado LUCAS VERDÚ, el sentimiento constitucional, razón por la que el autor afirma *“...que la idea del Derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas”*.

Sobre estos elementos vertebradores del movimiento constitucional, el constitucionalismo moderno se caracterizará por confirmación de la libertad del individuo, y la existencia de unos Derechos humanos, que se atribuyen en virtud de su condición humana que son irrenunciables, sobre los que el legislador no podrá ejercer función alguna que comporte una restricción de los mismos⁶⁹.

La defensa y protección de la libertad del individuo será, podríamos afirmar, el objetivo trascendental del constitucionalismo moderno.

⁶⁸ G. ZAGREBELSKY G, Op. Cit, 2011, p. 9 y ss.

⁶⁹ En este sentido, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 4 de julio de 1776: *“Mantenemos como verdades evidentes, que todos los hombres nacen iguales, que su creador les atribuye determinados derechos inalienables, entre los que se cuentan la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad...”*.

En efecto, el Derecho constitucional⁷⁰ europeo contemporáneo reconoce a los individuos una serie de Derechos con carácter originario, independiente a la Constitución del Estado, los cuales están protegidos frente a las actuaciones que el legislador pueda incorporar en la Ley en su detrimento. Esta es la diferencia más notable respecto de lo ocurrido en Francia, en dónde los Derechos han sido reconocidos por el Estado, una vez constituido.

La Constitución americana se caracterizó por haber concebido los Derechos de las personas, como si de Derechos adquiridos se tratase, con anterioridad al surgimiento del legislador, quedando fuera del alcance legislativo de éste. Conformando un patrimonio subjetivo de los individuos, que debe ser protegido de cualquier amenaza procedente del legislador⁷¹.

La diferencia, como nos recuerda GARRORENA, entre las declaraciones norteamericana y francesa deriva de la circunstancia histórica de que en aquella los Derechos se consideraban no una obra del legislador, sino una realidad a preservar de los riesgos que habrían podido surgir si se hubiese adoptado una cláusula como al *sovereignty of the Parliament* o el *rule of law* inglés, tal y como se había venido configurando al final del siglo XVIII. Los Derechos eran la garantía del *statu quo* y podían concebirse esencialmente como una pretensión de abstención, es decir, como una limitación a la Ley. El otro signo distintivo de este constitucionalismo se proyecta sobre el plano de la eficacia, en el cual los textos constitucionales han pasado a adoptar medidas

⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, Op. Cit., 2011, pp. 9 y ss.

⁷¹ J.A. MUÑOZ ARNAU, "Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español", Aranzadi, Navarra, 1998, p. 32 y ss.

para hacer que la Constitución sea por fin una norma directamente aplicable sin tener que diferir tal eficacia a su desarrollo por normas posteriores⁷².

Esta, sin duda, es la característica más significativa de las Declaraciones americanas, tal reconocimiento de esos Derechos incorporados a la esfera jurídica de los individuos, precediendo al ordenamiento surgido de la Constitución, de tal suerte que el legislador no tiene posibilidad de inmiscuirse en la determinación de los mismos. Como hemos señalado, ha sido una clara influencia del iusnaturalismo racionalista, que reconocía a los individuos un haz de Derechos por la mera participación de la dignidad humana. Inalienables, imprescriptibles, son inherentes a la condición humana, no se requiere ningún título para ostentarlos. En tal sentido LOCKE en su teoría deja claro que el Derecho positivo recaerá sobre el Derecho natural, propio del Estado de naturaleza, sin contravenirlo.

Como dice HAYEK⁷³ cuando los parlamentarios ingleses, en 1767, acordaron que el parlamento podría dictar cualquier Ley que consideraran conveniente, esto fue saludado por los habitantes de las colonias con exclamación de horror, pues entendían que se destruía la esencia de todo aquello por lo que los antepasados británicos habían luchado, suprimiendo el propio aliento de la admirable libertad anglosajona por la que los patriotas y los hombres de bien ingleses habían muerto.

⁷² A. GARRORENA MORALES, "Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 71 y ss.

⁷³ F.A. HAYEK, Los Fundamentos de la Libertad, Unión Editorial, Madrid, 2006, p.238.

En América, el poder judicial encontraba las bases de su expansión en aquello que faltaba en Inglaterra: una *higher Law*, la Constitución, en la que los Derechos se conciben como realidad presupuesta para el Derecho legislativo. Acudiendo a este inagotable *thesaurus*, los Jueces pueden continuamente pertrecharse de argumentos constitucionales que no pueden ser contradichos por un legislador cuya autoridad está subordinada a los Derechos. La contribución de los Jueces estadounidenses a la creación de un Derecho constitucional jurisprudencial, ha sido más importante incluso que el Derecho que está escrito en la Constitución federal⁷⁴.

Con la Constitución de los Estados Unidos se implanta el sistema americano de control de constitucionalidad como mecanismo de defensa y protección del texto constitucional. La creación e implantación de este órgano de control, como sucede en todas las Constituciones modernas como la española de 1978, es una consecuencia de la supremacía constitucional, cuya finalidad es depurar de impurezas el ordenamiento jurídico, declarando, en su caso, la inconstitucionalidad de cualquier Ley que pueda contravenir la norma suprema, o altere el Estado de Derechos reconocido a las personas.

En el sistema americano el control de constitucionalidad se realiza a través de un control denominado difuso, a diferencia de lo que ocurre en Europa en donde dicho control se articula a través de un órgano concentrado, por concentrar el poder de constitucionalidad.

⁷⁴ A. GARRORENA MORALES, "Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 71 y ss.

Este control difuso permite que el examen de constitucionalidad de las Leyes se realice por cualquier instancia jurisdiccional, por cualquier órgano perteneciente al poder judicial. Esta circunstancia es la razón de que se denomine sistema difuso y concreto, o “no especializado” de control de constitucionalidad. Este control es difuso porque permite que los Derechos puedan ser invocados ante cualquier juez o magistrado, quien puede dispensarle protección frente a cualquier poder, sin necesidad de que tenga que instarse la lesión de un Derecho ante una única instancia como ocurre en España. En el control difuso los efectos jurídicos de la resolución judicial se contraen a cada caso concreto, produciendo efectos entre las partes intervinientes, y no erga omnes.

1.4.- LA HETEROGENEIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS CONSTITUCIONALES.-

1.4.1.- Heterogeneidad Normativa: los valores, los principios y las reglas.-

Para MORENO LUCE⁷⁵ *“El Derecho es un instrumento creado por el hombre, que al igual que otros, forma parte del mundo cultural, cuya finalidad es la realización de ciertos valores que le dan sentido a su vida”*, afirma que *“El hombre es un ser que realiza valores”*. GUSTAV RADBRUCH sostiene que *“el bien común-justicia-seguridad jurídica, son considerados los fines supremos del*

⁷⁵M.S., MORENO LUCE, *La importancia de los valores y principios del derecho en la administración de justicia*. <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/6/moreno6.pdf>

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

*Derecho, pero no en una hermosa armonía, sino en aguda lucha el uno con el otro*⁷⁶⁷⁷.

En opinión de la citada autora “El constitucionalismo moderno ha retomado el tema de los principios y valores en un nuevo concepto que difiere del tradicional”, pasando a ser “*la base para que el juez abandone el automatismo tradicional para resolver de acuerdo a la teoría de la ponderación*”.

Para MORENO LUCE “*las constituciones modernas contienen en sus ordenamientos, la expresión de los valores a los que un país aspira a realizar*”, de tal suerte que “*Los valores superiores son los objetivos máximos*”⁷⁸.

La difusión y realce de los valores que se encuentran en las Constituciones constituye uno de los temas más importantes para el constitucionalismo moderno. Pero, al contrario de lo que puede parecer, los valores y los principios siempre han estado presentes en las normas constitucionales, desde las más antiguas; apareciendo como ideales de un pueblo recogidos por el constituyente⁷⁹.

Uno de los más importantes autores contemporáneos, RONALD DWORKIN, afirmó: “Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que

⁷⁶ GUSTAV RADBRUCH, *El hombre en el derecho*, Edit. depalma, Buenos Aires, 1980, p.103.

⁷⁷M.S. MORENO LUCE, *La importancia de los valores y principios del derecho en la administración de justicia*. <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/6/moreno6.pdf>

⁷⁸G. PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, p.56.

⁷⁹M.S. MORENO LUCE, *La importancia de los valores y principios del derecho en la administración de justicia*. <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/6/moreno6.pdf>

se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad”⁸⁰.

La finalidad de los principios es de mayor jerarquía, pues pretende fines más altos que las reglas, justificando, de esa manera, la propia validez del Derecho. “Los principios en sentido estricto suponen la asunción de valores que se consideran como razones categóricas frente a cualesquiera intereses”⁸¹. PRIETO SANCHÍS distingue entre principios y valores en el contexto del constitucionalismo contemporáneo. Los principios “constituyen razones para resolver en un determinado sentido, es decir, la importancia de los principios en el constitucionalismo actual es la influencia que revisten respecto a la Administración de justicia, pues van enfocados a la labor del juzgador, quien debe superar la teoría de la subsunción para sustituirla por la de la ponderación”. Al respecto, sostiene que ROBERT ALEXY considera que “la ponderación es la forma de aplicación del Derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son”⁸².

Estas normas heterogéneas tienen un significado prioritario que les confiere un rango superior al de las normas, pero no sólo por su contenido sino por encontrarse ya regulados en las constituciones. En efecto, al constitucionalizarse, de ideales puros pasan a convertirse en normas en

⁸⁰ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, p. 72. Cita realizada por la autora Marta Silvia Moreno Luce en su Op. Cit.

⁸¹ M.S. MORENO LUCE, Op. Cit. ROBERT ALEXY, citado por LUIS PRIETO SANCHÍS en *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1999, p.21.

⁸² M.S. MORENO LUCE, Op. Cit, Cita a LUIS PRIETO SANCHÍS, p.21.

sentido estricto. Sin embargo, no se puede generalizar, hay principios que son concretos que se convierten en normas, por la misma razón, cuando se incorporan a la Constitución como algo obligatorio, de tal forma que pierden la característica de ser un criterio de valoración del juez, un criterio para la ponderación, como ocurre con el principio de la irretroactividad de las Leyes. En cambio otros principios como el de equidad, no se pueden concretizar y siempre van a ser criterios de valoración, a pesar de su rango constitucional. El soporte del juicio siempre es jurídico, “porque se formula desde el ordenamiento, y en su conformación final incidirán de modo especial factores muy generales y flexibles como son los valores y principios constitucionales”⁸³.

Como señala COVIELLO⁸⁴, *“Las reglas y principios son la aplicación del valor a la norma o al principio general del caso, como podría ser la buena fe. Es decir; el objetivo o el fin lo marca el valor que señala lo que hay que hacer o no hacer; el cómo lo da la regla o el principio. Valor, principio y norma son preceptivos, son mandatos, que tienen distinto grado de especificación. El menor es el primero, el principio tiene un grado intermedio, mientras que la norma es el máximo de especificación del caso previsto por el actor”*.

FREIXES SANJUAN Y REMOTTI CARBONELL⁸⁵ afirman que, *“Los valores enumeran cláusulas generales o finalidades, las reglas contienen*

⁸³M. S. MORENO LUCE, *La importancia de los valores y principios del derecho en la administración de justicia*. <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/6/moreno6.pdf>

⁸⁴ I. MATA, “Los principios en el derecho argentino (su aplicación a la celebración de los contratos administrativos)”, en *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano*, Netbiblo, Castilla y León, 2008, p.34.

⁸⁵T. FREIXES SANJUAN y J.C. REMOTTI CARBONELL, “los Valores y Principios en la Interpretación Constitucional”, REDC, nº 35, 2012, pp. 98 y ss.

disposiciones específicas. Valores y reglas están positivadas, pues constan de forma explícita y concreta y pueden claramente apreciarse a través de la interpretación lingüística, los principios se extraen de las reglas constitucionales, y una vez determinados, tienen proyección normativa, consisten en fórmulas de Derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de reglas jurídicas, esto equivale a afirmar que los principios no siempre constan explícitamente en el texto constitucional, pero pueden fácilmente deducirse del mismo a través de una interpretación estructural y sistemática”.

Los valores y los principios proyectan distintas dimensiones jurídicas sobre el ordenamiento jurídico, así, los primeros son impredecibles, plantean diversas opciones jurídicas libres, lo que les hace ser totalmente interpretables por el aplicador del Derecho, integrándose su contenido por el valor que se le atribuye como digno de materializar. Los principios en cambio son indeterminados y son propicios a la discrecionalidad del intérprete, pero al contrario que los anteriores, se concretan en criterios objetivos que el Derecho proporciona, considerando que la indeterminación reside en el grado de relación del principio con las reglas que de él se puedan derivar, no en relación con el propio principio⁸⁶. Afirman los autores que las reglas constitucionales precisan una interpretación operativa, distinta de la interpretación de los valores

⁸⁶T. FREIXES SANJUAN y J.C. REMOTTI CARBONELL, “los Valores y Principios en la Interpretación Constitucional”, REDC, nº 35, 2012, p 99.

y de los principios, pues el grado de sujeción del intérprete a la regla es mayor que en la interpretación de los principios y de los valores.

En este sentido, el legislador cuando crea reglas jurídicas que tengan que responder a algún valor, o principio, tiene mayor libertad de acción cuando se trata de valores, menos cuando se trata de principios y menos aún cuando se trate de reglas. El juez aplica las reglas de conformidad con los valores, pero a veces se ve obligado a recurrir a los principios para deducir de los mismos una solución adecuada en cada caso concreto. En todos estos supuestos, tanto los valores como los principios desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión del intérprete.

Los principios constitucionales, una vez se hayan incorporado al texto constitucional y han sido determinados, adquieren proyección normativa, e igual que los valores, pasan a ser instituciones jurídicas vinculantes para los Poderes Públicos. Estos principios como instituciones jurídicas se infieren de interpretaciones operativas de las cuales se extraen nuevas reglas jurídicas o se interpretan las existentes.

Siguiendo a estos autores⁸⁷, podemos afirmar que los principios constitucionales tienen las siguientes características estructurales: *“son normas inferidas de una interpretación operativa sobre las reglas constitucionales.*

Constituyen proyecciones normativas a partir de elementos reglados.

⁸⁷T. FREIXES SANJUAN y J.C. REMOTTI CARBONELL, “los Valores y Principios en la Interpretación Constitucional”, REDC, nº 35, 2012, p 103.

Contienen gérmenes de reglas indeterminadas, pero predictibles.

Entre los principios no existe relación jerárquica a nivel estructural'.

Su función constitucional primordial es la informadora de todo el ordenamiento jurídico, actuando como elemento vertebrador del ordenamiento constitucional del que emanan todos los demás. A pesar de su indeterminación, no produce inseguridad jurídica ya que los criterios que tiene que tener en cuenta el intérprete están perfectamente objetivados, permitiendo dictar una sentencia justa adaptada a las circunstancias particulares del caso concreto. Los principios son indeterminados, no impredecibles, como los valores, son directamente eficaces, y permiten extraer las reglas aplicables a un caso concreto.

Estos principios como nos recordó nuestro tribunal constitucional en su sentencia 4/1981, tienen la misma fuerza normativa que la Constitución en la que se encuentran previstos, razón por la que se les reconoce una función negativa, en tanto en cuanto que su presencia exige una interpretación de la norma en el sentido por él indicado, comportando en caso contrario que la norma se declare contraria a la Constitución, pues en tal supuesto la aplicación de la norma lesionaría un Derecho con el que guarde relación tal principio.

El principio se caracteriza por no contener una referencia concreta a un supuesto de hecho, pero a pesar de lo cual, adquiere condición de verdadera norma jurídica cuando su ámbito de eficacia y las circunstancias que condicionan su aplicación hayan quedado determinadas por vía legislativa o

judicial⁸⁸. Señala AGUDO ZAMORA que la verdadera diferencia entre el principio y la norma jurídica es que esta última contiene, a diferencia de aquellos, un supuesto de hecho, pero los principios son manifestaciones de criterios de conducta con trascendencia social, que se imponen por su propia fuerza persuasiva sin referencia a supuestos concretos de aplicación.

Esta diversidad normativa que existe en el panorama actual del Derecho constitucional, en el que la Constitución, es la norma suprema, viene integrada en su mayor parte por principios y valores, amén de algunas reglas, concretamente referidas al ámbito organizativo, supone la equiparación entre los principios y los valores a la Constitución, y entre la Ley y el estado de Derecho liberal, o la relación entre el Derecho constitucional con el Derecho natural, el iusnaturalismo, y el Estado liberal con el Derecho positivo, de tal forma que los principios y los valores se encuentren por un lado, y las reglas por otro.

La importancia de los principios generales del Derecho en la actualidad vendría dada, entre otras cuestiones, por ser los principios normas jurídicas que permiten la realización de los valores y de los Derechos presentes en las distintas constituciones. Las normas-reglas ofrecen en muchos casos una visión de la justicia limitada, al no atender a las distintas singularidades que un caso concreto puede presentar, así, la aplicación de una norma a casos distintos en el fondo posibilita la penetración de desigualdades e injusticias. Las reglas tienen que aplicarse de manera íntegra, subsumiendo el hecho advertido

⁸⁸ M. AGUDO ZAMORA, Manual de Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, 2014, p.194.

en la norma y aplicando la consecuencia jurídica en ella prevista. De tal suerte que si la norma es válida, y concurren los presupuestos previstos se ha de aceptar la consecuencia jurídica, aún a pesar de poder ser desproporcionada o irrazonable, pues no todos los casos son exactamente iguales. Este desenlace puede ser razonablemente corregido mediante la utilización de los principios jurídicos, debido a su carácter no absoluto que los distingue de las reglas, permitiendo alcanzar en casos determinados resultados distintos de los previstos en la norma. Un ejemplo de cómo podría modularse la consecuencia jurídica impuesta, adaptándola a las circunstancias concretas del caso lo podríamos encontrar en la aplicación del principio de proporcionalidad, o del principio de equidad, como tendremos ocasión de exponer en el momento oportuno.

Los principios que se recogen en un texto constitucional, considerando la finalidad del mismo de limitar el poder del Estado, cumplen una función de servir a los Derechos reconocidos en dicho texto, garantizando, de esta forma, su efectividad. Esto ocurre, por ejemplo, con el principio de publicidad de las normas, previsto en el Art. 9.3 CE, respecto del Derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el Art. 24 CE. En efecto, estos principios cumplen una función de protección y preservación de los Derechos Fundamentales con los que se encuentran interrelacionados, como ocurre especialmente con el seguridad jurídica.

Para ZAGREBELSKY *“la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo*

*debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de <<supuesto de hecho>>, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles <<reaccionar>> ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance*⁸⁹.

Los principios, como se ha expuesto, no disponen de una estructura como ocurre en las reglas, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, son indeterminados, pero no impredecibles. Respecto de un supuesto normativo, el principio que resulte de aplicación al caso, si establece una posición frente a la realidad, de conformidad con sus ethos, permitiendo adaptar la norma a las disposiciones constitucionales, y en todas aquellas circunstancias en las que no se encuentren precisadas las concretas eventualidades sociales.

Como afirma ZAGREBELSKY los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad.

⁸⁹ G. ZAGREBELSKY, Op. Cit., 2011, pp. 108 y ss.

Por otro lado, también desde el punto de vista de su carácter relativizable, los principios se distinguen de las reglas. Las reglas son aplicables a la manera del todo o nada, del *aut-aut*. Si se dan los hechos previstos por una regla y la regla es válida, entonces debe aceptarse la respuesta que ésta proporciona, sin escapatoria ni mediación posible. No sucede así con los principios, porque éstos presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia⁹⁰.

El constitucionalismo de principios sostiene fundamentalmente que el sistema jurídico ha de influir en la concepción del Derecho; más concretamente, que exige ensayar una tercera vía entre el viejo Derecho natural racionalista, abstracto y sistematizador y un positivismo que se presenta como la filosofía jurídica necesariamente unida a un modelo de Derecho ya hoy en clara bancarrota⁹¹.

Sobre los principios constitucionales PRIETO SANCHÍS⁹² considera que *“Los principios constitucionales no plantean, o no plantean necesariamente, los mismos problemas que los viejos principios generales del Derecho y, aunque*

⁹⁰ G. ZAGREBELSKY, Op. Cit. 2011, pp. 93 y ss.

⁹¹ L. PRIETO SANCHIS, El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de GUSTAVO ZAGREBELSKY). Anuario de filosofía del Derecho XIII (1996), pp. 125 y ss. [file:///C:/Users/LIKI/Downloads/Dialnet-ElConstitucionalismoDePrincipiosEntreElPositivismo-142371%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/LIKI/Downloads/Dialnet-ElConstitucionalismoDePrincipiosEntreElPositivismo-142371%20(1).pdf).

⁹² L. PRIETO SANCHIS, El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de GUSTAVO ZAGREBELSKY). Anuario de filosofía del Derecho XIII (1996), pp. 125 y ss. [file:///C:/Users/LIKI/Downloads/Dialnet-ElConstitucionalismoDePrincipiosEntreElPositivismo-142371%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/LIKI/Downloads/Dialnet-ElConstitucionalismoDePrincipiosEntreElPositivismo-142371%20(1).pdf).

su falta de simpatía con el positivismo es igualmente clara, responde a motivos muy diferentes". En su opinión, explica, *"La diferencia estriba en lo siguiente: los principios generales del Derecho son, por definición, normas implícitas o normas que se obtienen a partir de otras normas según «un procedimiento lógicamente arbitrario», mientras que los principios constitucionales son o suelen ser normas explícitas, esto es, el significado de enunciados lingüísticos"*. En efecto, la aceptación de los principios generales del Derecho en cuanto que normas implícitas depende de la aceptación de estas dos afirmaciones: primera, que mediante el razonamiento jurídico es posible obtener una norma que es considerada premisa o consecuencia de normas vigentes ; y segunda, que la regla así obtenida constituye de verdad una regla nueva y distinta a las que constituyen su origen, pues si fuese una simple «repetición» acaso los principios servirían para ofrecer una descripción más simple o resumida del Derecho o de algún sector normativo, pero evidentemente no servirían como «fuente» que se aplica en defecto de Ley o de costumbre. Por tanto, afirma el autor, que los principios a los que se refiere el Código Civil suponen un presunto Derecho latente, un Derecho que no se capta del mismo modo que se captan la Ley o la costumbre, pero que, no obstante, al parecer existiría. En suma, algo bastante difícil de comprender desde una perspectiva no metafísica.

Considera PRIETO SANCHÍS⁹³ que *"En cualquier caso, parece evidente que la estructura tradicional de la norma jurídica, donde un supuesto de hecho*

⁹³ L. PRIETO SANCHÍS, "El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de GUSTAVO ZAGREBELSKY)", Anuario de filosofía del Derecho XIII (1996) pp. 125 y ss. [file:///C:/Users/LIKI/Downloads/Dialnet-ElConstitucionalismoDePrincipiosEntreElPositivismo-142371%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/LIKI/Downloads/Dialnet-ElConstitucionalismoDePrincipiosEntreElPositivismo-142371%20(1).pdf).

mejor o peor delimitado se enlaza mediante el nexo deóntico a una consecuencia jurídica también clara, resulta inadecuada para dar cuenta de buena parte de las normas constitucionales". Éstas suelen calificarse de incompletas, vagas, abstractas, generales, de aplicación diferida.

La cuestión se complica aún más cuando las Constituciones, además de principios, contienen valores, como es el caso de nuestra Constitución y de los «valores superiores» del artículo 1.1. Ciertamente, parece que la distinción entre valores y principios se cifra en un criterio cuantitativo o de mayor o menor concreción, pero esa falta de concreción de los valores resulta tan acusada que se ha llegado a hablar de impredecibilidad: «los valores son enunciados que podríamos situar en el campo de la impredecibilidad, en cuanto su proyección normativa se rige por criterios subjetivos . . . que la oportunidad política suministra. Los principios son enunciados que pertenecerían al campo de la indeterminación, en cuanto su proyección normativa se rige por criterios objetivos que el propio Derecho proporciona». No discutiremos si se trata de un problema de impredecibilidad o de escasa «densidad prescriptiva»; basta con decir que algunas normas constitucionales, los valores, ni siquiera describen mínimamente ninguno de los elementos que se consideran típicos de la norma jurídica, presentando, por tanto, en su forma más pura o radical las características atribuidas a los principios.

Por eso, el triunfo indiscutible de los principios y su aplicación constante por parte de los jueces ordinarios y constitucionales obliga a un planteamiento más complejo de la estructura de la norma jurídica. En la medida en que los

principios ya no son pura retórica constitucional, sino normas jurídicas en sentido estricto, la idea de que la norma es un enunciado que conecta un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica a través de una cópula de deber ser parece que requiere ser revisada; al igual que ha de revisarse la tesis de que toda contradicción normativa ha de saldarse o bien con la pérdida de validez de una de las normas, o bien concibiendo que una de ellas opera siempre como excepción de la otra⁹⁴.

1.4.2.- Relación entre valores, principios y reglas.-

Las normas existentes en un texto constitucional, los valores, los principios y las normas-regla, se encontrarían determinadas por el contenido de cada una de ellas, siendo las reglas las que disponen de un contenido más preciso, su aplicación se realiza de forma mecánica, pues se trata de aplicar la consecuencia jurídica prevista en la regla a una situación social que se identifica con el supuesto de hecho en ella previsto. Mediante la subsunción se integra el hecho advertido de la realidad en el supuesto de hecho contenido en la norma, y se aplica la consecuencia jurídica. La regla tiene gran predeterminación, quedando condicionada a las formulaciones que realice el legislador. Son mandatos generales, imponen un determinado comportamiento, agotándose en sí mismas, pues carecen de capacidad para regular supuestos no previstos en ellas, con excepción de los supuestos en los que procede la

⁹⁴ L. PRIETO SANCHÍS, El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de GUSTAVO ZAGREBELSKY). Anuario de filosofía del Derecho XIII (1996), pp. 125 y ss. [file:///C:/Users/LIKI/Downloads/Dialnet-ElConstitucionalismoDePrincipiosEntreElPositivismo-142371%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/LIKI/Downloads/Dialnet-ElConstitucionalismoDePrincipiosEntreElPositivismo-142371%20(1).pdf).

aplicación analógica de la norma a supuestos no previstos en ella pero con los que guarda gran similitud.

En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que Leyes reforzadas por su forma especial. A las reglas se obedece y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, se presta adhesión, y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.

En todo caso, las reglas como mandatos concretos, requieren de una interpretación conforme con los principios y los valores, para ser aplicadas, aunque el grado de vinculación entre las reglas y el juez es mucho más estrecho que el grado de sujeción entre este y los principios o los valores. En este último supuesto el Juez goza de una gran amplitud para su interpretación y aplicación. Pero a diferencia de lo que ocurre con el juez, para la actuación del legislador son las reglas las que confieren mayor capacidad de movimiento, toda vez que su determinación ha de ser referida a los valores y a los principios, cuyos contenidos son más indeterminados que en el caso de las reglas. El legislador podrá establecer distintas reglas en función de un único valor, debido a la indeterminación de su contenido, pues se limitan a fijar finalidades a perseguir por el ordenamiento.

Los valores cumplen una clara función constitucional, en tanto en cuanto imponen una determinada dirección en la interpretación y aplicación de las reglas, debiendo escogerse aquellos resultados o significados que favorezcan mayormente la realización de los mismos. Los valores cumplen una finalidad integradora del ordenamiento constitucional.

Las tres variedades de normas a las que hemos hecho referencia son normas jurídicas, con una clara vocación de vinculación de los poderes públicos. Algo que se aprecia mayormente en los principios, pero sin duda también en los valores.

Los principios son normas jurídicas, cuya proyección normativa se dirige mayormente a los poderes públicos, adquieren una gran importancia no sólo en la función interpretadora del ordenamiento constitucional, pues al recoger los textos constitucionales una serie de principios, estos se vuelven trascendentales para garantizar la interrelación entre los valores y las reglas constitucionales. Son los elementos normativos intermedios entre los valores, las normas más genéricas que se encuentran en la Constitución, debido a su impredecibilidad, establecen finalidades del ordenamiento constitucional, y las reglas, que como se dijo, son las normas constitucionales de mayor concreción. Los principios están llamados a garantizar la obtención de los valores, y en esa función determinan el sentido más adecuado en virtud del cual han de ser interpretadas las reglas.

1.5.- EL NEOCONSTITUCIONALISMO.-

La implantación del Estado de Derecho constitucional y el paso del Estado liberal supuso, como vimos, un cambio sustancial en el ordenamiento jurídico. La diversidad de las normas, concebidas por el positivismo como reglas, en las que el Derecho podía dar respuesta a todas las eventualidades de la vida, ha dado paso a la implantación positiva de valores y principios, de tal forma que el Derecho y la justicia se han unido. Esta circunstancia supuso la relación inseparable de la justicia y el Derecho, algo que con el positivismo era imposible por su concepción normativa del Derecho, pues sólo constituía Derecho aquella decisión que proviniera de una autoridad, sin admitir en esta idea conceptos indeterminados como la justicia o la moral, a los que califican de términos que propician la discrecionalidad o arbitrariedad de los jueces, favoreciendo un activismo judicial.

La incorporación de los Derechos fundamentales en el texto constitucional como límite al ejercicio del Poder Público exigió la incorporación de términos y conceptos más ambiciosos que las reglas jurídicas, las cuales se agotan en los casos concretos, constituyendo una fuente de generar situaciones de injusticia.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico propició el surgimiento de un movimiento que se conoce con el nombre de neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo puede definirse como un movimiento basado en la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico. Los neoconstitucionalistas conciben el Derecho interrelacionado con la moral, a diferencia de lo que sucede con los positivistas que sólo consideran Derecho

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

las decisiones de la autoridad, negando la relación entre el Derecho y la moral. El profesor R. LUIS VIGO⁹⁵, indica que el Estado constitucional genera una nueva teoría, el neoconstitucionalismo.

Los neoconstitucionalistas tienen una concepción racionalista del Derecho, en la que incluyen las exigencias jurídicas que implícitamente se incluyen en los principios, valores, bienes o fines. En opinión del profesor⁹⁶ *“aunque el iusnaturalismo siempre ha hablado de principios, han sido ALEXY Y DWORKIN quienes los han llevado a su edad de oro”*.

Para FERRAJOLI⁹⁷ el constitucionalismo, denominado por algunos sectores para referirse a este nuevo movimiento basado en la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico, el neoconstitucionalismo. Este movimiento puede concebirse de dos maneras distintas, opuestas, como una superación del positivismo jurídico, en cuyo caso estaríamos ante la vertiente o línea del neoconstitucionalismo iusnaturalista, en términos de R. LUIS VIGO⁹⁸, o bien puede concebirse como la expansión o perfeccionamiento del positivismo.

PRIETO SANCHÍS afirma que *“el neoconstitucionalismo parte de unos ciertos presupuestos jurídico-políticos”*. En su opinión, *“al igual que el positivismo se desarrolla en el marco del Estado legislativo de Derecho, el*

⁹⁵R. LUIS VIGO, Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias. p. 852. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3845/33.pdf>

⁹⁶ R. LUIS VIGO, Op. Cit. p.857.

⁹⁷L. FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. Revista Doxa. Madrid. 2012. p.16.

⁹⁸ R. LUIS VIGO, Op. Cit. pp. 858 y ss.

neoconstitucionalismo lo hace en el del Estado constitucional de Derecho, cuyos rasgos esenciales son: a) el reconocimiento de la plena fuerza normativa de la Constitución; b) la “rematerialización” constitucional, esto es, la incorporación al texto de un denso contenido material de principios y Derechos fundamentales que no sólo regulan quién manda y cómo se manda (normas formales de competencia y procedimiento) sino también en buena medida qué puede y no puede mandarse (normas sustantivas); c) la garantía judicial de la Constitución a través de la Justicia ordinaria (lo que me parece fundamental) y, si se quiere, también de la constitucional (lo que, en contra de una idea bastante difundida, resulta accesorio); d) según una opinión común –que yo no comparto del todo- la rigidez constitucional”⁹⁹.

Este autor afirma que *“el único punto en común entre todas las tesis neoconstitucionalistas es que de un modo u otro suponen un distanciamiento del positivismo y/o de lo que fue su contexto jurídico-político, el Estado legislativo de Derecho”¹⁰⁰.*

El profesor PRIETO SANCHÍS considera que la ponderación *“permite y hasta incrementa los márgenes de discrecionalidad judicial”*. Sobre la

⁹⁹ L. PRIETO SANCHÍS, Entrevista en Entrevistas Destacadas. Pensamiento Constitucional. <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/03/22/entrevista-al-dr-luis-prieto-sanchis-espana-neoconstitucionalismo/>

¹⁰⁰ L. PRIETO SANCHÍS, Entrevista en Entrevistas Destacadas. Pensamiento Constitucional. <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/03/22/entrevista-al-dr-luis-prieto-sanchis-espana-neoconstitucionalismo/>

ponderación realiza una serie de matizaciones, “a) que la subsunción también incorpora esos márgenes de discrecionalidad, es decir, que esta última no es un defecto exclusivo o peculiar de la ponderación; b) que, por ello mismo, y dado que para ponderar antes hay que subsumir, la ponderación incorpora esa irremediable discrecionalidad subsuntiva, a la que se suma luego aquella otra que permiten los conocidos principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”. Reconoce el profesor que no sólo en la ponderación existe una vía de acceso de la discrecionalidad judicial, sino también existiría en la subsunción, pero reconoce la necesidad de la ponderación, así “c) ... la ponderación (o un razonamiento similar) es necesaria desde el momento en que se acepta la aplicación directa de principios y Derechos fundamentales, pues, por la propia naturaleza de éstos, sus conflictos no pueden resolverse mediante los criterios tradicionales de resolución de antinomias”. Entiende que la ponderación, no es una “ ... alternativa a la subsunción, sino una alternativa a los criterios de resolución de antinomias (jerárquico, cronológico y de especialidad), criterios que resultan inútiles o carentes de operatividad en los conflictos intraconstitucionales”¹⁰¹.

Destaca el profesor que el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico surge del neoconstitucionalismo por la incorporación de los principios y valores, que suponen una unión entre el Derecho y la moral, impregnando todo el ordenamiento jurídico. En este sentido afirma: “al contrario

¹⁰¹ L. PRIETO SANCHÍS, Entrevista en Entrevistas Destacadas. Pensamiento Constitucional. <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/03/22/entrevista-al-dr-luis-prieto-sanchis-espana-neoconstitucionalismo/>

del mundo kelseniano que propugnaba una diferenciación absoluta, también una distinción entre reglas y principios, habrá que acudir a la ponderación y no a la subsunción. El neoconstitucionalismo toma del modelo norteamericano la libertad, surge el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, pues sus principios y valores impregnan todo el ordenamiento, confrontando con el Estado liberal anterior””El neoconstitucionalismo nos enseñó el criterio de interpretación de las Leyes conforme a la Constitución, ahora habrá que interpretar las Leyes conforme al bloque de constitucionalidad de los Derechos humanos, la presunción de constitucionalidad acomoda la Constitución a la Ley creando confusión entre el interés público y el interés general, el interés general es límite y motor del poder público, por lo que una Ley que limite Derechos humanos ha de ser anulada, podemos distinguir el interés público primario y el interés público secundario, el primario se identificará con el interés general las tendencias del neoconstitucionalismo alcanzan a los Derechos humanos, al interés general”.

Afirma PRIETO que HART “ ... *ataca esta concepción denunciando que la discreción judicial que resignadamente acepta el Positivismo constituye una intolerable inseguridad jurídica, dada la incerteza de las estimaciones subjetivas así como la frecuencia de los casos difíciles; y que la regla maestra de reconocimiento sólo sirve para identificar <<normas válidas en cadena>> (lo que él llama con socarronería <<el test de pedigree>>), lo que conduce fatalmente a la inseguridad cuando faltan las adecuadas*”.

Para el autor, “ ... el Derecho no se compone sólo de normas, sino también de principios morales que fundan Derechos, y cuya vigencia, mientras permanece, ya que pueden ser muy móviles, se evidencia al margen de Leyes y precedentes, por su propio contenido y sin que por ello sean discreción judicial, sino verdadero Derecho, apareciendo tanto en la argumentación de la opinión pública como en la de la dogmática jurídica. Al ser estos principios verdadero Derecho, vinculan al Juez como las normas legales o los precedentes, y hasta en los casos difíciles se hace posible la respuesta jurídicamente correcta desapareciendo la inseguridad de la discreción judicial, cuya admisión representa la de la producción de normas particulares retroactivas¹⁰².

Para el profesor R. LUIS VIGO a partir de la sustitución del Estado de Derecho legal por el Estado de Derecho constitucional, se complica el panorama teórico, refiriéndose expresamente a la caída del muro de Berlín, *“cuando después de la caída del Nacismo se condena a sus jerarcas por cumplir la Ley y violar el Derecho”*, a su juicio, con este hecho se *“supera la sinonimia, identificándose el Derecho con los Derechos humanos cuyo fundamento es la dignidad propia de todo ser humano”*. Para el profesor citado la Ley fundamental de Bonn de 1949 consagra la vigencia de un Derecho superior a la Ley, cuya violación puede derivar responsabilidades jurídicas, con independencia de lo que disponga la Ley.

¹⁰² J.L. MEZQUITA DEL CACHO, *“Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar – 1 Teoría de la Seguridad Jurídica”*, Bosch, Primera Edición Barcelona, nº 989, pp. 55 y ss.

Este profesor distingue dos grupos de autores neoconstitucionalistas, uno mayoritario, en el que se encontrarían R. ALEXY, R. DWORKIN, C. NINO, G. ZAGREBELSKY, y A. OLLERO, entre otros, que identifica como neoconstitucionalistas no positivistas, y otro grupo que conciben el neoconstitucionalismo como el cierre del positivismo, en el se encontrarían autores como L. FERRAJOLI, y en algún sentido L. PRIETO SANCHÍS.

Este movimiento admite que existe un límite al Derecho proveniente de la moral, es decir, reconoce la existencia de contenidos jurídicos que no han sido determinados por una autoridad pública. Reconocen la existencia de los principios generales del Derecho, aunque no se encuentren recogidos en ninguna norma escrita. Como expusimos en el apartado segundo, esta afirmación es clara en R. DWORKIN, cuando habla de los casos difíciles, en los que se ha de atender para su solución, no sólo a las normas jurídicas, pues estas no siempre dan una respuesta adecuada al caso. Para DWORKIN, los Principios son exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad, encontrándose en el Derecho por causa de su valor, con independencia su previsión positiva.

Sostiene el profesor LUIS VIGO que *“no cualquier contenido puede ser reconocido como Derecho, aunque éste haya sido establecido por una autoridad pública”*. En esta ocasión está asumiendo que el Derecho es algo que va más allá de las normas jurídicas, escritas, aprobadas por las autoridades, previendo la posibilidad de incurrir en injusticia.

En palabras del citado profesor *“los principios posibilitan alternativas al jurista en orden a encontrar las mejores respuestas disponibles en el Derecho vigente, permitiendo que se invaliden aquellas reglas que se oponen de manera grave y evidente a la racionalidad y valiosidad contenida y pretendida en los principios”*.

Afirma el profesor que el neopositivismo se ha preocupado de casos fáciles, en los que la respuesta al caso concreto se encontraba en la norma, frente al neoconstitucionalismo no positivista que se ha encargado de los casos difíciles en los que hay que apartarse de las respuestas contenidas en las normas porque resultan claramente irracionales o absurdas axiológicamente, e incluso a la hora de ponderar los principios en búsqueda de las respuestas jurídicas cabe computar el peso en concreto de los principios en juego y la seguridad de las premisas fácticas implicadas, orientado el jurista por la respuesta correcta como idea regulativa.

Los neoconstitucionalistas, primando la defensa de los Derechos fundamentales de la persona, en cuanto su Derecho a la dignidad humana, fundamentan el Derecho como parámetro de validez en el valor de la justicia, que ha de ser buscada por medio de principios y valores, no sólo de normas escritas. Para ello el juez ha de recurrir a todo su saber jurídico, buscando la equidad del caso.

Para los neoconstitucionalistas la justicia es un elemento esencial para llevar a cabo la función de control de constitucionalidad sobre las normas jurídicas incluida la Ley y hasta la misma Constitución.

Concretamente para ALEXY¹⁰³ los principios generales del Derecho son equiparables a las normas, afirmando que son normas, mandatos de optimización. Entiende que esto se aprecia claramente en los principios que se encuentran en la Constitución, tales como la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia. Cuando una norma constitucional expresa estos principios supone una incorporación constitucional de las formas racionales de la sociedad actual. Para el autor no se trata de normas sin contenido, vagas, pues al contrario, se impone una determinada posición, planteándose una actuación de optimización, reconociendo que se produce dentro del valor moral.

Los neoconstitucionalistas reconocen los principios generales del Derecho, pero referenciados a los valores, y en algunos casos reducen la noción del concepto principio a la del valor. El neoconstitucionalismo realiza una justificación de la existencia de los principios en función de la vinculación que establecen con los valores superiores del ordenamiento jurídico, o de aquellos que no encontrándose positivizados por ello no pierden su naturaleza de valor. Como expusimos en el apartado segundo de este capítulo los valores se identifican en función del valor que el bien encierra.

El valor es entonces una cualidad del ser, que nos presenta a éste como *bueno*, en la perfección en orden a satisfacer una necesidad, o, en otros términos, un bien apetecible. Como tal, aquello que se presenta al hombre como *bueno*, como un valor apetecible para su perfección, supone un proceso

¹⁰³R. ALEXY, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, pp. 14 y ss.

que es el juicio de valor. Este proceso implica la aprehensión por la inteligencia del ser y de su cualidad, de su valor.

Es decir, si los valores están en el ser, se sigue entonces que no es el hombre el que *los crea*, sino el que los desvela o descubre a partir del conocimiento de la realidad, porque, justamente, son un aspecto de lo real objetivo.

**CAPITULO II: LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA
IMPREGNACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO.-**

CAPÍTULO II.- LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA IMPREGNACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-

2.1.- INTRODUCCIÓN.

EL ESTADO DE DERECHO, DEMOCRÁTICO Y SOCIAL.

La sumisión del Estado al Derecho se produjo como consecuencia de la victoria de unas ideas, frente a los regímenes anteriores, en los que el poder no estaba sujeto ni limitado por nada, ni por nadie. El Estado es Estado de Derecho cuando el poder se encuentra limitado jurídicamente en su actividad y en el ejercicio del poder de que dispone.

El Estado de Derecho plantea un doble plano, por un lado combatir la arbitrariedad, y por otro, incorporar una idea de justicia que satisfaga las exigencias éticas prevalentes en un país y en un momento histórico determinado¹⁰⁴.

En el Estado de Derecho se consagra un legalismo formal, a lo largo del siglo XIX, existiendo una administración autoritaria. La arbitrariedad es la negación del Derecho *en cuanto a su forma*, lo cual es cosa distinta de la injusticia, hasta el punto de que puede imaginarse una arbitrariedad justa o injusta. Por eso puede afirmarse que la instauración del Estado de Derecho en cuanto legalismo formal no implica sin más un necesario progreso en el terreno

¹⁰⁴ F. GARRIDO FALLA, en Comentarios a la Constitución, Segunda edición ampliada, Civitas, Madrid, 1985, pp. 25 y ss.

de la justicia¹⁰⁵. En tal sentido, y como es sobradamente conocido lo sucedido en Alemania, se puede cumplir la Ley, y al mismo tiempo cometer acciones injustas.

La Constitución española de 1978 garantiza la sujeción del poder del Estado a un orden superior, que emana de la propia sociedad, por esto supone un contraste estructural con el régimen al que acaba de aludirse, pues el poder del Estado se encuentra limitado, sujeto a la Constitución. Los Derechos y libertades individuales que se reconocen en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, tienen un contenido esencial e indisponible para el legislador, actuando como verdadero límite al poder del Estado, de tal forma que si los mismos se vieran lesionados, o se restringieran como consecuencia de la aprobación de una Ley, su tutela podrá recabarse directamente de los tribunales de justicia, y contra las Leyes que los restrinjan se podrá interponer recurso de inconstitucionalidad, Art. 53.1 y 2 CE.

La importancia de que el sujeto titular de la Constitución hubiese sido el pueblo, y no el parlamento supone un elemento de garantía para la Constitución, pues supone que el parlamento no puede llevar a cabo una modificación de la misma, algo que no ocurría en el Estado de Derecho liberal, en el cual el parlamento podía modificar la Constitución al haber sido él quien la aprobó. En otro orden de cosas debe señalarse que el principio de jerarquía normativa también favoreció la protección de la Constitución de posibles injerencias del parlamento, pues al tratarse ahora de la norma suprema, una

¹⁰⁵ F. GARRIDO FALLA, Op. Cit.1985, pp. 25 y ss.

norma de inferior rango como la emanada del parlamento no podría llevar a cabo ninguna modificación constitucional.

La clausula Estado de Derecho significa la sumisión del poder al imperio de la Ley, implicando la sujeción del poder a la Constitución. Consecuentemente, se encuentra sujeto a la Constitución el Parlamento, como ya se indicó, y los distintos Poderes Públicos existentes. Concretamente el Gobierno cuando actúa, bien por medio de la creación de disposiciones generales ejerciendo la potestad reconocida en el Art. 97 CE, en cuyo precepto se recogen expresamente los límites de su ejercicio, la Constitución y la Ley, o cuando actúa dictando actos singulares. Entre los límites del ejercicio del poder se encuentran los principios del Derecho, como consecuencia de la cláusula del Estado de Derecho, así, los contenidos en los Arts. 9.1¹⁰⁶; 9.3¹⁰⁷; 106.1, y 106.2,¹⁰⁸ entre otros.

¹⁰⁶Artículo 9.1 CE: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

¹⁰⁷Artículo 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”.

¹⁰⁸Artículo 106.1 y 2: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

En la Constitución se contiene una cláusula específica dirigida a la Administración pública, recogida en el Art. 103.2¹⁰⁹, en el que se establece la obligación de actuar con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, estableciendo en el Art.117.1 y 3¹¹⁰, que los jueces y magistrados deben actuar vinculados únicamente al imperio de la Ley¹¹¹.

En las SSTC 55/1987 y 67/1984 el tribunal se apoyó en la cláusula del Estado de Derecho para rechazar las vías de hecho de los poderes públicos.

El principio democrático supuso la extensión del principio de igualdad a la participación política, el reconocimiento de los Derechos políticos a todos los ciudadanos cualesquiera que fuera su riqueza, sexo, ideología, religión o creencias.

¹⁰⁹Artículo 103 CE: *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. Estatuto de los funcionarios públicos 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.*

¹¹⁰Artículo 117.1 y 3 CE: *“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. Inamovilidad de los Jueces”.*
“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

¹¹¹ A. GARRORENA MORALES, Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 177 y ss.

Los ciudadanos tienen el Derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Accediendo en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes, Art. 23.1CE¹¹².

El principio democrático significó que los ciudadanos participaran políticamente, por medio de partidos políticos, Art. 6 CE¹¹³. Esta participación implicó la participación, no sólo por medio de partidos políticos, sino también a través de sindicatos y organizaciones empresariales, Art. 7 CE¹¹⁴, entre otros.

El Estado social supuso la incorporación del Estado al mercado económico, pero lo más significativo del Estado social, desde el punto de vista del presente trabajo, ha sido su vertiente reguladora, un Estado regulador, intervencionista. Se implementaron un sinnúmero de políticas públicas, que fueron desde los ámbitos más clásicos de la educación, la sanidad o la seguridad social, a la intervención en el mundo laboral y económico, así como en el

¹¹²Artículo 23.1 CE: “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”.

¹¹³Art. 6.1 CE: “*Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos*”.

¹¹⁴Artículo 7 CE: “*Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos*”.

urbanismo y la vivienda, el medio ambiente, la cultura y los medios de comunicación social, o la especial protección de los ciudadanos que más la necesitan.

2.2.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.-

La aprobación de la Constitución española de 1978, supuso un cambio absoluto¹¹⁵ en el ordenamiento Jurídico español, como consecuencia especialmente debido al carácter de norma suprema y su fuerza normativa. Esto supuso la sujeción del resto del ordenamiento jurídico al articulado de la misma, poniéndose fin, con su aprobación, al tiempo del legicentrismo que hasta el momento existía y que suponía prácticamente la equiparación del Derecho a la Ley, ocupando ésta la posición superior en el ordenamiento jurídico, no existiendo ningún marco de referencia en virtud del cual pudiera llevarse a cabo un control respecto de la validez de las mismas. La consecuencia de este cambio en el ordenamiento jurídico supuso que ninguna Ley podía contravenir los designios constitucionales. Esto significó la existencia de una referencia normativa que permitía declarar, en su caso, la inconstitucionalidad de una Ley. Consecuentemente, la validez de una Ley no dependería únicamente del cumplimiento de unos requisitos formales, sino que su contenido también ha de respetar las determinaciones constitucionales.

¹¹⁵ S. MUÑOZ MACHADO, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo III, Iustel, Madrid, 2005, p.24.

Para aproximarnos a la nueva idea del ordenamiento jurídico implantada por el texto constitucional debemos reparar en el contenido de su preámbulo, en el que se marcan unos nuevos horizontes para la sociedad española, y que expresamente establece:

“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran ... “

El preámbulo nos informa de los valores que se pretenden establecer con la aprobación del texto constitucional, que han de estar presentes cuando se realice la interpretación de alguna norma jurídica, pues ha de interpretarse de la forma que mejor potencie su realización. De la redacción dada por nuestro constituyente se concluye que los demás principios y valores incorporados al cuerpo articular se encuentran en disposición de servir al establecimiento de estos valores.

En lo que sigue, en mi opinión utiliza términos y vocablos de gran compromiso político y jurídico. Se garantiza la convivencia democrática dentro de la Constitución y las Leyes conforme a un orden económico y social justo. Incorporando en nuestro ordenamiento la idea de justicia, que será el valor vertebrador del ordenamiento y el Derecho.

En el Art. 1.1 CE, se define a España como un Estado social y democrático de Derecho, en este sentido hemos realizado un acercamiento al significado de estas cláusulas, que se encuentran en el origen de los preceptos constitucionales. En el mismo artículo se propugna como valores superiores del ordenamiento Jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

Como tendremos ocasión de exponer, tanto en el texto constitucional como por parte de la jurisprudencia constitucional, los términos, valores y principios, se manejan con bastante poca precisión.

Según MUÑOZ MACHADO¹¹⁶ para aproximarnos al ordenamiento jurídico ideado por la Constitución, es capital aludir a los valores recogidos en el Art. 1.1 CE, porque expresa abiertamente que el contexto de las normas no está formado solamente por reglas escritas, sino también por otras proposiciones con enunciados diferentes y con una función distinta dentro del sistema jurídico. Esto conlleva a que el sistema jurídico no está formado solamente por Leyes y otras normas articuladas sistemáticamente, sino también por fórmulas normativas que han de servir de inspiración en el proceso creativo y aplicativo del Derecho.

La Constitución recuerda en varios preceptos su superioridad respecto del resto del ordenamiento jurídico, en particular en los Arts. 9.1 y 86.1 CE; cuyo contenido pone de manifiesto la posición de superioridad del texto constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico. Igualmente los Arts. 96.1 y 147.1, que cobran especial relevancia por cuanto nos permiten conocer la estructura del ordenamiento jurídico. Otro precepto que también evidencia la superioridad del texto constitucional respecto del resto del ordenamiento jurídico es el Art. 103.1, que impone la obligación a la Administración de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. En este precepto el

¹¹⁶ S. MUÑOZ MACHADO, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo III, Iustel, Madrid, 2005, pp. 24 y ss.

constituyente ha querido distinguir plenamente la existencia de un Derecho distinto del de la Ley, esto es, podríamos afirmar que toda Ley es Derecho, pero no que todo Derecho es Ley. El precepto 9.3 tiene un especial interés por cuanto recoge los principios que han sido definidos por el tribunal constitucional como el vehículo o el camino hacia la garantía de los valores superiores, suponen limitaciones al Poder Público, cuya vulneración podría comportar la declaración de inconstitucionalidad de la Ley.

La Constitución¹¹⁷ española innova el ordenamiento jurídico estableciendo el sistema de fuentes normativas, determinándolas desde un punto de vista orgánico y competencial, estableciendo la relación entre ellas, disponiendo los sujetos que las pueden aprobar y el procedimiento a seguir para la aprobación de las mismas. Esta nueva regulación supone, en parte, una derogación del sistema de fuentes previsto en el Código Civil. En relación con la ordenación constitucional del sistema de fuentes se vincula la vigencia de una Ley a su publicación, conforme dispone el Art. 9.3 de la CE, que exige la publicidad de las normas.

El Art. 9.3 CE comporta unas determinadas consecuencias jurídicas, aunque no estén previstas de forma expresa pueden extraerse con cierta facilidad, toda vez que los principios en él recogidos, como recordó la STC 27/1981, estos principios no son compartimentos estanco, sino que cobran su verdadero valor unos en relación con los otros, pues se entrelazan e

¹¹⁷ S. MUÑOZ MACHADO, Op. Cit., 2005, pp. 24 y ss.

interaccionan entre si. Una consecuencia, derivada del principio de seguridad jurídica es la exigencia de que el legislador tiene que procurar elaborar y aprobar Leyes claras, escapando de la oscuridad y garantizando la cognoscibilidad de las mismas. Esta exigencia no se encuentra prevista de manera expresa en ningún artículo de la Constitución, pero se extrae de una interpretación razonable del Art. 9.3 CE.

Con la aprobación de la Constitución ha surgido un fenómeno jurídico social muy importante, que afecta especialmente a los ciudadanos, concretamente a su seguridad jurídica, provocado por la sobreabundancia de normas jurídicas, cuyo origen responde a distintas causas. Entre estas causas podemos citar, la existencia de distintos tipos o clases de normas, los distintos sujetos o centros de producción normativa, como consecuencia del Estado social, que ha propiciado el paso de la contención a la superabundancia, del monopolio parlamentario a la hegemonía del ejecutivo en la producción normativa.

La Constitución ha establecido, respecto de la Administración Pública, un modelo de plena sujeción a la Ley y al Derecho, diseñando un control de su actividad por parte de los tribunales de justicia, así como por parte de otros órganos de naturaleza no jurisdiccional.

Sarmiento Acosta¹¹⁸ destaca de la Constitución haber optado por un modelo jurídico que se alinea con el clásico de Europa continental, que

¹¹⁸ M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Los Límites Del Estado De Derecho: Un Análisis De La Justicia Administrativa*, Andavira, Santiago de Compostela, 2013, pp. 83 y ss.

particularmente consagra la división de poderes, y el régimen administrativo. Esto se prevé fundamentalmente en los Arts. 103, 105 y 106 CE, que configuran una Administración Pública sometida a la Ley y al Derecho, con el correlativo control pleno de toda la actividad administrativa, incluida la potestad reglamentaria.

Estos artículos requieren de una interpretación conjunta con otros preceptos de la propia Constitución, como el Art. 1, que consagra como valor superior la justicia, el Art. 9.3, que establece el principio de legalidad, el Art. 10.1, que prevé la dignidad de la persona, los Derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los Derechos de los demás, como fundamento del orden político y de la paz social, y los Arts. 24 y 117.3, que consagran el Derecho a la tutela judicial efectiva y la reserva exclusiva al poder judicial de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos.

Todos estos preceptos han supuesto una transformación sustancial de la perspectiva que se adopta para configurar la jurisdicción contencioso administrativo, pues los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas son definidos como pilares del ordenamiento jurídico, como valores que tienen que ser respetados por todos, ciudadanos y Poderes Públicos, en el desarrollo de su actividad¹¹⁹. Nuestro máximo intérprete de la Constitución se ha

¹¹⁹M. J. SARMIENTO ACOSTA, Op. Cit., 2013, pp. 83 y ss.

pronunciado sobre la configuración de los Derechos Fundamentales, en sentencia de 11 de abril de 1985, calificando estos Derechos como Derechos públicos subjetivos, así, en las sentencias 3/1991, de 2 febrero; 21/1981, 15 de febrero; y 16/1982, de 28 de abril.

2.3.- LA FUERZA NORMATIVA Y LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.

La Constitución es la fuente del ordenamiento jurídico español, en ella se fundamenta todo el edificio jurídico español, pero al tiempo es también su propia fuente. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, de tal suerte que al mismo tiempo es fuente de la normatividad y norma suprema.

GARRORENA señala que *“El artículo 9.1 CE parece haber querido explicitar esta doble condición de la Constitución al decir que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, enunciado en el cual intenta significar, a la vez, que ella misma forma parte del ordenamiento, es norma, y que posee además una indiscutida posición de preeminencia, supremacía constitucional, sobre el resto de las normas”*.

Esta fuerza jurídica se aprecia de su capacidad para derogar normas, y en este sentido dispone su disposición derogatoria:

“Queda derogada la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, así como, en tanto en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley, la de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de

1958; el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945; el del Trabajo, de 9 de marzo de 1938; la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942; la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1947, todas ellas modificadas por la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, y en los mismos términos esta última y la de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945.

En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.

En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de Constitución. Julio de 1876.

Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta”.

La redacción de esta disposición muestra la eficacia derogatoria de la Constitución respecto de las cuantas disposiciones anteriores a ella se opongan a lo establecido en la misma¹²⁰. Así, lo establece de forma literal el apartado tercero de la disposición derogatoria, y lo ha confirmado el tribunal constitucional, entre otras, en sentencias 9/1981; 59/1993 o 70/1993.

¹²⁰En este sentido lo ha manifestado el TC en SSTC 9/1981, 59/1993, entre otras.

La supremacía de la Constitución, GARRORENA MORALES¹²¹ ha sido puesta de manifiesto por el tribunal constitucional en su Declaración 1/2004, determinando: “...que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento español es cuestión que, aunque no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de mucho de ellos (...) y es consustancial a su condición de norma fundamental”. Manifestaciones de tal cualidad son:

- El que la Constitución sea *la única norma que funda al Estado y al Derecho*; a la postre, esa “*norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico*”, de la que acabamos de oír hablar a la STC 22/1984.

- El que sea además *la norma que determina el sentido de valor de las demás normas*. Por eso el tribunal constitucional tiene dicho que “*la Constitución es una norma (...) cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico*”. STC 9/1981.

- El que posea, asimismo, *un rango superior al del resto del Derecho*, de donde se sigue la necesidad de que las demás normas tengan que ser *interpretadas de conformidad con ella*, SSTC 77/1985, y 156/2004, entre muchas, y hayan de ser además *anuladas cuando la contradigan*.

¹²¹ A. GARRORENA MORALES, Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 177 y ss.

- Y, por último, el que esté afectada de una *mayor vocación de permanencia y continuidad*, lo que, como bien sabemos, se traduce en su *rigidez*, esto es, en su superior resistencia frente al cambio¹²².

La Constitución¹²³ no es sólo una norma, sino que se trata de la primera de las normas del ordenamiento entero, se trata de la norma fundamental, *lex superior*. Las razones que, en su criterio, sostienen tales afirmaciones serian primeramente, su definición del sistema de fuentes formales del Derecho, que supondría que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto en la Constitución una Ley sería válida. En este sentido es la primera de las normas de producción, *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Esta cualidad de la Constitución es la que servirá para poder constatar la constitucionalidad de las normas.

La segunda razón vendría constituida por su carácter de permanencia, hecho que viene avalado por la rigidez constitucional, debido a la implantación de procedimientos mucho más complejos para su modificación, que los previstos para la legislación ordinaria. Esto supone una superlegalidad formal. En otro ámbito también se puede afirmar la existencia de una superlegalidad material, que le asegura una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas, que serán válidas en la medida que no contravengan las determinaciones constitucionales.

¹²² A. GARRORENA MORALES, Op. Cit. 2014, pp. 177 y ss.

¹²³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Thomson- Civitas, Navarra, 2006, pp. 49 y ss.

En tal sentido, para TOMÁS GUI MORI¹²⁴ la desidia, la negligencia o la lentitud de los legisladores, de los jueces, o del poder ejecutivo, no debe ser nunca un obstáculo para que la Constitución se aplique directamente, y “desde ya”, sin necesidad de esperar por supuesto a que aparezcan y se dicten las normas, sentencias o resoluciones que posibiliten la aplicación de la Constitución.

Sigue afirmando el autor que la Constitución es directamente aplicable desde que entró en vigor, y los jueces y funcionarios públicos conscientes tienen la obligación de aplicarla, y los abogados de exigir su aplicación, acudiendo en el ínterin a rellenar esos posibles vacíos no cubiertos por las normas derogadas por la Constitución, con los principios jurídicos constitucionales derivados de la propia Constitución, recogidos, perfilados y depurados por la Jurisprudencia del tribunal constitucional, en este sentido, SSTC 16/1982, de 28 de abril; y 185/1988, de 14 de octubre. Destaca la función de los principios constitucionales de servir muchas veces de disposiciones transitorias desde 29 de diciembre de 1978, hasta que por la actividad del legislador, jueces o funcionarios se vayan rellenando esos vacíos y lagunas derivados de la entrada en vigor de la Constitución.

Como dejó sentado el tribunal constitucional, la Constitución como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios

¹²⁴ T. GUI MORI, *Jurisprudencia Constitucional Íntegra*, 1981-2001, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 273 y ss.

dentro de los cuales aquel puede convertir en Ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad. En la STC 11/81, estableció que la Constitución es un marco de coincidencia suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diverso signo. En tal sentido SSTC 194/89; y 75/92.

2.4.- LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL PODER LEGISLATIVO.-

Como se ha afirmado en nuestro Estado constitucional el poder legislativo se encuentra sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Afirmación que se encuentra recogida en el Art. 9.1 CE.

“La STC 247/2007, FF.JJ. 7 a 10 parece formalmente reiterar la polémica doctrina, vinculada con la idea de una supuesta reserva de Constitución, si bien introduce importantes matizaciones al abordar la cuestión, que no podemos examinar aquí con detalle, de su proyección respecto del legislador estatutario, a quien se reconoce la necesidad de partir de una interpretación de la Constitución de especial amplitud”¹²⁵.

El legislador tiene un amplio margen de actuación dentro del marco constitucional, y en ese sentido no puede ser considerado como un mero ejecutor de la Constitución.

El legislador, en su función legislativa es libre, siempre y cuando se mueva dentro de los límites establecidos por la Constitución. Entendida como

¹²⁵ A. MARRERO GARCÍA ROJO, “La sujeción a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico”, en Comentarios a la Constitución Española, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 134 y ss.

un marco de coincidencias suficientemente amplio, dentro del cual quepan decisiones de muy diferente signo, establece, para elegir la regulación de tal o cual Derecho, o institución jurídica, que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas. En este sentido se ha pronunciado el tribunal constitucional¹²⁶ en varias ocasiones. Esta circunstancia, no menor, nos lleva a afirmar que el legislador cuando legisla no es un ejecutor de la Constitución.

En conclusión la potestad legislativa de las Cortes Generales se caracteriza porque se puede ejercer con toda la libertad permitida por la Constitución, sin que pueda entenderse que la posición de la Ley respecto a la Constitución es, en ningún caso, como la posición del reglamento respecto de la Ley.

Las Cortes¹²⁷ pueden legislar, en principio, sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución, y, en todo caso, lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente, realizando actos propios de éste, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La voluntad y racionalidad del poder constituyente, objetivadas en la Constitución, suponen un límite a la potestad del legislador¹²⁸.

¹²⁶STC 194/1989, de 15 de noviembre, FJ 3.

¹²⁷ STC 76/1983, de 5 de agosto, en cuyo FJ4.

¹²⁸ A. MARRERO GARCÍA ROJO, Op. Cit. 2009, pp. 134 y ss.

La Constitución española cuando establece que todos, ciudadanos y poderes públicos, incluso el legislador se encuentran sujetos a la Constitución, está estableciendo que todos los Poderes Públicos, a diferencia del legislativo, se encuentran sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Cuestión que se evidencia de la redacción dada en el art. 103.1 CE que dispone:

“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

El constituyente ha dejado claro que la Administración debe actuar de conformidad con la Ley, y de conformidad con las normas que son la Ley, como los reglamentos que son normas que integran el ordenamiento jurídico. En mi opinión, creo que en la Constitución cuando se alude a ordenamiento jurídico o a Derecho, como en el art. 103, es para diferenciarlo de la Ley, pero también considero que se está haciendo alusión a los principios generales del Derecho. En efecto, la expresión ordenamiento jurídico contiene una clara invitación a la interpretación institucional del Derecho, como explícitamente se dijo en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956¹²⁹.

¹²⁹ F. GARRIDO FALLA, OP. Cit., 1985, pp. 145 y ss.

2.4.1.- La importancia de los valores en la Constitución.-

Para RODRÍGUEZ-ARANA, *“La Constitución es producto del constituyente, ... Pero la Constitución surge, sobre todo, de la propia sociedad para organizar los poderes del Estado”*. Sigue señalando que: *“Es la propia sociedad quien tiene un sentido de la organización de la vida de la comunidad, y una valoración tácita de los bienes que deben ser protegidos y de las prioridades que deben ser asumidas. El acierto del constituyente consiste en percibir esas valoraciones y en sistematizar su contenido. El éxito de nuestro proceso constitucional fue en realidad un cúmulo de aciertos en el que todos participaron”*¹³⁰.

En las apreciaciones del profesor se encuentran implícitos los dos fines fundamentales de la política, la libertad de los ciudadanos, expresada, en este caso, en la garantía de sus Derechos, y la participación, expresada limitadamente como participación en el poder político.

Precisamente, las bases del concepto liberal y moderno de Constitución se fundamentan en el reconocimiento y garantía de la libertad del ciudadano frente al poder político a través de una serie de principios y técnicas, destacando el respeto a los Derechos Fundamentales y la consagración de la

¹³⁰J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Reflexiones sobre el Poder Público, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 11 y ss.

división de poderes¹³¹. En mi opinión estos son, conjuntamente con alguno más, los verdaderos valores que contiene la Constitución. Así, la libertad frente al poder, con total respeto a la dignidad humana, y a los Derechos Fundamentales con los que se encuentra entrelazado.

Como dice RODRÍGUEZ-ARANA la Constitución, política y jurídicamente, no se agota en su puro texto ni en su misma literalidad. Su eficacia se despliega, ya en la aprobación de nuevas normas, ya en la interpretación y aplicación de las existentes, en función de unos “principios”, formalmente declarados en la misma, pero requeridos de una elaboración y concreción que, básicamente, corresponderá al tribunal constitucional. La proyección de estos valores y principios deben extenderse por todo el ordenamiento jurídico, como forma de desplegar la verdadera eficacia constitucional.

Para G. PECES-BARBA “ ... utilizar la terminología valores superiores, de unos máximos objetivos éticos materiales a realizar por el Derecho, obedece sin duda al propósito de superar el formalismo ético sin caer por ello en posiciones iusnaturalistas, a las que hubiera conducido por ejemplo el uso del término principios, que hubiera sugerido la existencia de conceptos a priori que el Derecho tuviera que garantizar”. A su juicio “el empleo de la expresión “valores superiores” busca superar la antítesis, de permanente latencia en la cultura jurídica contemporánea, ente iusnaturalismo y positivismo;

¹³¹ J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Op. Cit., 2011, pp. 11 y ss.

*pues mientras su sola mención general, y reseña particularizada: la Libertad, la Justicia, la Igualdad y el Pluralismo Político, ya es un desmarque del positivismo metaético, el hecho de su incorporación al texto legal supremo supone una positivación, y una inscripción en una perspectiva histórica concreta, que excluyen el iusnaturalismo*¹³².

Está claro que la definición de España como: 1) Estado de Derecho 2) Estado social y 3) democrático, significa, cuando menos, la incorporación de estos principios rectores a nuestro ordenamiento positivo y su posible utilización como piezas clave para su interpretación. Evidentemente, la Constitución no se queda en esto, el resto del articulado se dedica cabalmente a instrumentar la realización práctica de dichos principios estableciendo, por ejemplo, la subordinación de todos los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, art. 9.1 CE, al control de la actividad administrativa por los tribunales,(art. 106.1 CE, la independencia judicial, art. 117 CE, el poder legislativo democrático, art. 66 y ss. CE, y los principios del Estado social, arts. 39 a 53 CE. Desde el punto de vista jurídico, esto es importante.

Los principios o valores superiores que proclama este precepto, no tienen el mismo grado de concreción, y por tanto no tienen el mismo grado de

¹³² J.L. MEZQUITA DEL CACHO, Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar. Teoría de la Seguridad Jurídica, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 31 y ss.

operatividad jurídica¹³³. Pues aunque no existiese el Art. 6 CE la consagración del pluralismo político que se hace en el artículo 1.1 CE, quizá fuese suficiente para declarar inconstitucional una Ley que estableciese el sistema de partido único; quizá también la escueta mención de la igualdad podría postular la inconstitucionalidad de una Ley sobre segregación racial. Pero la cuestión se haría mucho más difícil en relación con la libertad y sobre todo con la justicia; pues, obviamente, toda norma jurídica se dicta según la visión de la justicia que tiene el legislador en un momento determinado y resultaría arriesgado afirmar que en el futuro cualquier Ley emanada de las Cortes, que encarnan, no se olvide, la soberanía nacional, corre el peligro de ser declarada inconstitucional porque el tribunal constitucional la considere injusta, invocando para ello, como fundamento de Derecho, el texto del artículo 1 de la Constitución¹³⁴.

La Constitución asegura una unidad del ordenamiento basada en un orden de valores materiales expreso en ella, no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es una unidad material expresada en unos principios generales del Derecho, que o bien le toca descubrir al intérprete, o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales, determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Razón por la que ninguna norma puede desconocerlos, teniendo que

¹³³ F. GARRIDO FALLA, Op. Cit. 1985, pp. 25 y ss.

¹³⁴ F. GARRIDO FALLA, Op. Cit. 1985, pp. 25 y ss.

ser interpretadas en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores¹³⁵. Estos valores no son meros principios programáticos, sin fuerza normativa.

Estos valores se encuentran en un lugar destacado de la Constitución, en el Preámbulo, en el Título Preliminar, en el Título I, art. 10. 1, y Capítulo II, Sección 1º, Arts. 14 a 30, declarando el 10.1 que la dignidad de la persona, los Derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Formulando el Capítulo II, Sección 1º, el sistema formal de Libertades y Derechos Fundamentales.

Los principios básicos del sistema constitucional se encuentran recogidos en el Título Preliminar de la Constitución. Se puede distinguir entre valores superiores y principios que informan el ordenamiento jurídico.

Respeto de los valores superiores, Art. 1.1 CE, ya se dice que España, constituido en Estado social y democrático de Derecho, propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Son estos los ideales que nuestra comunidad humana ha decidido erigir como sus máximos objetivos a desarrollar, es por ello que el Estado que se constituye los proclama como horizonte utópico por conquistar. Además, estos valores contribuyen a dotar de legitimidad axiológica a la propia norma superior en el entorno cultural occidental en el que se mueve.

¹³⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Thomson Civitas, Navarra, 2006, pp. 104 y ss.

Estos valores descansan en la idea humana de respeto a la dignidad de la persona, a los Derechos inviolables que le son inherentes, al libre desarrollo de la personalidad, a la Ley y a los Derechos de los demás, Art. 10.1 CE.

A juicio de los autores, a estos valores se les debe reconocer eficacia jurídica, pues tratan de cláusulas normativas generales que establecen fines a alcanzar y que encuentran una protección reforzada en nuestro ordenamiento constitucional¹³⁶.

Según los autores, el constituyente español en el Art. 1.1 de la Ley suprema, ha sintetizado la naturaleza del Estado, los valores que le inspiran, donde reside la soberanía y la forma política del mismo, señalando en palabras de LUCAS VERDÚ, *“este precepto es una norma de apertura constitucional, en cuanto que constituye el Estado, lo configura normativa e institucionalmente, en el nivel fundamental que cimienta todo el ordenamiento jurídico”*¹³⁷.

La utilización de los términos valores y principios se realiza de forma bastante confusa, sorprendentemente también por el tribunal constitucional, como han puesto de manifiesto FREIXES SANJUÁN Y REMOTTI CARBONELL¹³⁸ al señalar que *“en numerosas ocasiones, la doctrina e incluso*

¹³⁶M. AGUDO ZAMORA, O. ZALAZAR BENÍTEZ, y J.L. RASCÓN ORTEGA, Manual de Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 63 y ss.

¹³⁷ M.AGUDO ZAMORA, O. ZALAZAR BENÍTEZ, y J.L. RASCÓN ORTEGA, Op. Cit., 2014, p. 64.

¹³⁸T. FREIXES SANJUÁN y J.C. REMOTTI CARBONELL, “Los Valores y Principios en la Interpretación Constitucional”, REDC, nº 35, 1992, p.98.

la jurisprudencia constitucional, STC 81/1983, entre otras, han utilizado indistintamente los términos «principios» y «valores» identificándolos en el fondo con la estructura normativa de los «conceptos jurídicos indeterminados». Sin embargo, los valores no son idénticos a los principios ni en su estructura ni en su función y la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se muestra insuficiente para realizar la interpretación de valores y principios. Se impone, pues, precisar qué son valores y qué son principios, cuál es su estructura jurídica y qué función constitucional adoptan”.

Uno de los valores incluidos en el Art. 1.1 CE, es el de la igualdad que se trata de un valor preeminente en el ordenamiento jurídico español, que por la dimensión que adquiere en nuestro ordenamiento jurídico, debe colocarse en una posición central, como así hizo el constituyente español.

Su ubicación en el artículo 1.1 CE da una buena idea de su trascendencia, pues este principio fue concebido para actuar en dos planos distintos, pero interrelacionados, como valor superior del ordenamiento jurídico, y como Derecho Fundamental de la persona.

Este principio se presenta como un límite al legislador, al prohibir la discriminación en el tratamiento normativo de situaciones iguales, y frente a los Poderes Públicos, prohibiendo que en aplicación de una norma, por la Administración Pública o por los tribunales, el privilegio y la discriminación de

sujetos y situaciones al tomar en consideración circunstancias personales no previstas por la Ley¹³⁹.

La prohibición de discriminación la concreta el Art. 14 CE en consideraciones tales como por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, pero, más genéricamente, el mismo precepto la extiende a cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El desarrollo legislativo del Derecho recogido en este art. 14 es tremendamente singular. El carácter relacional y no autónomo del principio de igualdad, es decir, el que la igualdad no pueda predicarse en abstracto, sino únicamente respecto de relaciones jurídicas concretas, impide que este principio pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general¹⁴⁰.

Para GÁLVEZ MUÑOZ *"no es posible concebir un desarrollo legislativo unitario y global de este precepto, esto es, aprobar una genérica "Ley de igualdad"*, pues se trata de un principio que no puede concretarse en una Ley concreta, sino que su plasmación, su respeto ha de valorarse en cada una de las normas que regulen una materia concreta. Estamos ante un principio de naturaleza transversal, que impregna todo el ordenamiento jurídico, cuya presencia ha de sentirse en todos los ámbitos del Derecho, en todas las disciplinas, en actuaciones generales y en actuaciones singulares. En este sentido el profesor pone como ejemplo de lo expuesto la Ley Orgánica para la

¹³⁹ L. COSCULLUELA MONTANER, Manual de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1998, pp. 137 y ss.

¹⁴⁰ L. GÁLVEZ MUÑOZ, Sinopsis art. 14. Diciembre 2003.
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>

igualdad efectiva de mujeres y hombres, 3/2007 de 22 de marzo, en la que esa transversalidad se justifica desde la misma Exposición de Motivos de la Ley¹⁴¹.

En este orden de cuestiones, se ha de citar el Art. 9.2 CE, en el que se dispone: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

Este precepto se refiere expresamente al reconocimiento a la igualdad material, como uno de sus contenidos esenciales. Se encuentra relacionado con la configuración del Estado como social, característica que exige la intervención de los Poderes Públicos para garantizar una igualdad de los individuos real y efectiva.

El Estado social de Derecho reinterpreta la igualdad formal propia del Estado liberal de Derecho, pero en esta nueva etapa del Estado se incorpora la dimensión material del principio de igualdad, para poder conseguir una equiparación real y efectiva de los Derechos sociales de los ciudadanos.

Siguiendo a RODRÍGUEZ COARASA¹⁴² expondremos la doctrina que el tribunal constitucional ha fijado sobre la interpretación del principio de igualdad material, estableciendo que se trata de un precepto que compromete

¹⁴¹ L. Gálvez Muñoz. Luis. Op. Cit.

¹⁴² C. RODRÍGUEZ COARASA, Sinopsis sobre el art. 9 CE.
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=9&tipo=2>

la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social. En tal sentido, STC 39/1986, de 31 de marzo.

Se puede imponer, como consideración de principio, la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia norma fundamental. En este sentido se pronuncia la STC 19/1988, de 16 de febrero. El mandato contenido en el artículo 9.2, dirigido a los Poderes Públicos supone una modulación del Art. 14 CE, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial. En este sentido STC 216/1991, de 14 de noviembre.

El principio de igualdad está presente en numerosas Leyes estatales, y de ámbito internacional. Como ejemplos se pueden citar:

El Art. 85 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece que: *“el órgano instructor de un procedimiento administrativo adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a*

los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento".

El Art.12 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de la Libertad Sindical, que *"declara nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales"*.

El art. 84.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local que dispone: *"La actividad de intervención de las Entidades Locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue"*.

Como señala el profesor GÁLVEZ MUÑOZ¹⁴³ *"la visión general del principio de igualdad ante la Ley y no discriminación se encuentra en las grandes declaraciones internacionales de Derechos"*. Como ejemplos cita: los Arts. 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de

¹⁴³Cita como doctrina constitucional fundamental sobre esta materia relativa al derecho y principio a la igualdad se encuentra recogida, *"entre otras en las SSTC 8/1981, de 30 de marzo; 10/1981, de 6 de abril; 22/1981, de 2 de julio; 23/1981, de 10 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 81/1982, de 21 de diciembre; 34/1984, de 9 de marzo; 166/1986, de 19 de diciembre; 114/1987, de 6 de julio; 116/1987, de 7 de julio; 123/1987, de 15 de julio; 128/1987, de 16 de julio; y 209/1988, de 10 de noviembre. También tienen interés, por los resúmenes y las citas que ofrecen, muchas Sentencias posteriores, entre las que destacan la 68/1991, de 8 de abril; 28/1992, de 9 de marzo; 3/1993, de 14 de enero; 147/1995, de 16 de octubre; 46/1999, de 22 de marzo; 39/2002, de 14 de febrero y 87/2009 de 20 abril"*.

diciembre de 1948; los Arts. 2.1º y 2º, 20.2, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. Cita en el ámbito comunitario: el Art. 17 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 4 de octubre de 1950, y los Arts. 20, 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada solemnemente en Niza el 7 de diciembre de 2000 (artículos 20, 21 y 23. Entre otros).

Sin embargo, el tratamiento desigual por la norma no implica discriminación si los supuestos de hecho que regula no son sustancialmente iguales, en cuyo caso pueden existir razones objetivas que justifican e imponen un tratamiento legal desigual. Lo que se prohíbe, por tanto, es la desigualdad de tratamiento injustificada, no razonable, pero la apreciación de una circunstancia diferenciadora en las situaciones reguladas, puede justificar la desigualdad si tiene el debido realce y no se trata de circunstancias arbitrariamente tomadas en cuenta para justificar precisamente el tratamiento normativo desigual, en tal sentido, SSTC 37/1982, de 16 de junio, y 67/1982, de 15 de noviembre. Conculca este principio la apreciación de circunstancias diferenciadoras cuya toma en consideración está prohibida como la propia Constitución, Art. 14, o que no guardan relación alguna con la finalidad de la norma, viniendo a suponer una arbitrariedad que es por ello discriminatoria, STC 144/1988, de 12 de julio. En definitiva, la igualdad sólo impone un tratamiento normativo igual, cuando a su vez existe una igualdad en la situación de hecho regulada y no exista causa justificada para un trato desigual.

2.4.2.- El Principio de la Dignidad de la Persona.-

Uno de los mayores logros que ha supuesto la Constitución de 1978, en mi opinión, ha sido la consagración del principio de dignidad de la persona y de los Derechos que le son inherentes, como fundamento del orden político y de la paz social. Esta fórmula no aparece expresamente reconocida en ninguna de nuestras muchas constituciones históricas, si bien es cierto que se puede encontrar en la Constitución de 1812 un precedente, ya que en su Art. 4 se proclama que *"la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás Derechos legítimos de todos los individuos que la componen"*. Otro Antecedente más claro, aunque de escaso valor jurídico, lo podemos encontrar en el proyecto de Constitución Federal de la Primera República, de 1873, que recoge en su Título Preliminar una serie de Derechos, anteriores y superiores a toda legislación positiva, reconocidos a toda persona, asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultad para cohibirlos, ni ninguna Ley facultad para mermarlos, entre los que se encuentra el Derecho a la dignidad de la vida.

Siguiendo el trabajo de MERINO NORVERTO¹⁴⁴, durante la dictadura franquista, encontramos referencias a la dignidad de la persona en

¹⁴⁴ M. MERINO NORVERTO, sinopsis. Art. 10 CE. Diciembre. 2013.

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2>

dos de las Leyes Fundamentales, en el artículo 1 del Fuero de los Españoles¹⁴⁵ y en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Estado¹⁴⁶.

Como recuerda MERINO NORVERTO¹⁴⁷ el reconocimiento de la dignidad de la persona en virtud de su naturaleza humana, tiene sus primeros reflejos en los textos internacionales sobre Derechos humanos, para posteriormente incorporarse a diferentes Constituciones estatales.

Según la autora, el primer texto internacional en consagrar este Derecho de la dignidad humana, que permitió que las personas pudieran vivir conforme a su dignidad, ha sido la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 10 de diciembre de 1948.

¹⁴⁵Artículo 1 del Fueros de los Españoles: *“El Estado español proclama como principio rector de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana, reconociendo al hombre, en cuanto portador de valores eternos y miembro de una comunidad nacional, titular de deberes y derechos. cuyo ejercicio garantiza en orden al bien común”*.

¹⁴⁶Artículo 3 de la ley Orgánica del Estado, 1/1967, de 10 de enero, : *“Son fines fundamentales del Estado: la defensa de la unidad entre los hombres y entre las tierras de España; el mantenimiento de la integridad, independencia y seguridad de la Nación; la salvaguardia del patrimonio espiritual y material de los españoles; el amparo de los derechos de la persona, de la familia y de la sociedad; y la promoción de un orden social justo en el que todo interés particular quede subordinado al bien común. Todo ello bajo la inspiración y la más estricta fidelidad a los Principios del Movimiento Nacional promulgados por la Ley fundamental de 17 de mayo de 1958, que son, por su propia naturaleza, permanentes e inalterables”*.

¹⁴⁷ M. MERINO NORVERTO, sinopsis. Art. 10 CE. Diciembre. 2013.

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2>

En cuanto a la interpretación de los Derechos y Libertades conforme a los Tratados Internacionales encontramos en la Constitución portuguesa de 1976 una disposición similar al artículo 10.2; nos referimos al artículo 16, apartado 2, que dice:

"Los preceptos Constitucionales y legales relativos a Derechos Fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre."

Este artículo es la pieza angular de todo el sistema de Derechos y Libertades reconocidos en el Título I de la Constitución. Dentro del sistema constitucional es considerado como el punto de arranque, como prius lógico y ontológico¹⁴⁸ para la existencia y reconocimiento de los demás Derechos tal y como se reconoce por el tribunal constitucional. La dignidad de la persona, como valor inherente a la misma, consiste en el Derecho de cada cual a determinar libremente su vida de forma consciente y responsable y a obtener el correspondiente respeto de los demás. La dignidad humana es irrenunciable, indisponible y se conserva hasta el mismo momento de la muerte.

Este artículo consagra otros postulados, íntimamente relacionados con la dignidad de la persona: el libre desarrollo de la personalidad, los Derechos inviolables, que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social. A la vez establece unos límites en el ejercicio de los Derechos: el respeto a la Ley y a los Derechos de los demás.

¹⁴⁸En este sentido se pronuncia la STC 53/1985, de 11 de abril. FJ 3º.

La dignidad de la persona es un Derecho reconocido en el art. 10.1 CE. Tal vez la expresión más bella sobre la dignidad y que resume esta idea, ha sido la que el tribunal constitucional expresaba en el fundamento jurídico segundo de la STC 48/1996: «...*la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, [que] lleva en sí todos los demás [Derechos]...*»¹⁴⁹

Señala PASCUAL LAGUNAS que, “*la concepción de la dignidad como una cualidad moral y espiritual inherente a todo ser humano, aunque de raíces probablemente más antiguas, se consolida en la doctrina cristiana que atribuye la dignidad a todo ser humano por el mero hecho de serlo, dado que cada persona lleva en si misma un reflejo de la divinidad que lo creó. El mismo JÜRGEN HABERMAS, un hombre que se ha autodefinido en numerosas ocasiones como ateo, en su diálogo con J. RATZINGER estima que la traducción filosófica de la idea de que el hombre es imagen y semejanza de Dios, central en la concepción cristiana, es una idea que es necesario respetar y considerar atentamente, en la medida que fortalece las tesis filosóficas de la idéntica dignidad entre todos los seres humanos, uno de los fundamentos básicos del Estado liberal de Derecho. Precisamente, el Gobierno del Tercer Reich, paradigma de política de Estado dirigida a la anulación de la legitimidad moral del Derecho y de las Instituciones Públicas, se distinguió por realizar una intensísima propaganda oficial en contra de la doctrina cristiana de respeto a la vida y a la dignidad de todos los seres humanos*”. A su juicio ha sido esa

¹⁴⁹ E. PASCUAL LAGUNAS, Configuración jurídica de la dignidad humana en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Bosh, Barcelona, 2009, p. 29.

concepción moral de la dignidad, que la identifica como un concepto de carácter estrictamente espiritual, lo que ha dificultado su configuración como institución jurídica.

Afirma PASCUAL LAGUNAS que la dignidad de la persona ha sido identificada como un valor, o un bien común, pero no la de un Derecho, a excepción de lo acontecido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza, en la que la dignidad se configura como un Derecho¹⁵⁰.

2.5.- EL SISTEMA NORMATIVO EN LA CONSTITUCIÓN.

2.5.1.- La Heterogeneidad de las Normas Constitucionales.-

Para FERNÁNDEZ SEGADO¹⁵¹ los principios fundamentales del orden jurídico-político tienen un valor básicamente interpretativo. No es que la positivización de estos principios nos sitúe ante enunciados vacíos, pero es evidente que la plenitud de estas disposiciones sólo puede producirse a partir de otras determinaciones constitucionales. Un ejemplo evidente de lo que decimos lo encontramos en el Art. 9º.2 CE, al proclamar el principio de igualdad sustancial otorga buena parte de su sentido al Estado social. Por lo demás, estos principios fundamentales, como afirma RUBIO LLORENTE, constituyen una directriz básica para la interpretación de la Constitución.

¹⁵⁰E. PASCUAL LAGUNAS, Op. Cit., 2009, p.33.

¹⁵¹ F. FERNÁNDEZ SEGADO, El Sistema Constitucional Español, DYKINSON, Madrid, 1992, pp. 64 y ss.

En cuanto a los preceptos que marcan los fines del Estado, normas de asignación de fines o normas programáticas, como tradicionalmente se las conoce, precisan los fines que la Constitución asigna al Estado, y en nuestra Norma suprema se integran en su mayor parte en el Capítulo 3º del Título I, cuyo rötulo “De los principios rectores de la política social y económica” es ya por sí mismo lo suficientemente significativo¹⁵².

*RUBIO LLORENTE*¹⁵³ entiende que estos preceptos imponen una obligación a todos los poderes públicos, los vinculan, aunque el artículo 53.3 de la Constitución diga otra cosa, y sobre todo obligan al juez a la hora de interpretar cualquier otra norma.

El tribunal constitucional ha señalado que el Art.53.3 CE impide considerar a estos principios como normas sin contenido, obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las Leyes¹⁵⁴.

Afirma *CASCAJO*¹⁵⁵ que los principios rectores no sólo generan obligaciones frente a determinados órganos públicos, sino que comprometen, como no podía ser de otra forma, a toda la acción del Estado en su conjunto y también a los poderes privados. Pero, el tribunal constitucional ha considerado

¹⁵²F. FERNÁNDEZ SEGADO, Op. Cit., 1992, pp. 64 y ss.

¹⁵³F. FERNÁNDEZ SEGADO, Op. Cit., 1992, pp. 64 y ss.

¹⁵⁴ STC 19/1982, de 5 de mayo.

¹⁵⁵F. FERNÁNDEZ SEGADO, Op. Cit., 1992, pp. 64 y ss.

como muy improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los Poderes Públicos, en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios rectores por lo general se concreta¹⁵⁶¹⁵⁷.

El profesor LUCAS VERDU¹⁵⁸, partiendo de la dualidad conceptual Constitución material-Constitución formal, entiende que los diez primeros artículos de la Constitución recogen una fórmula política que, a su juicio, es la expresión ideológica, jurídicamente organizada en una estructura social. La trascendencia jurídica de dicha fórmula estriba en que en ella se fijan las directrices interpretativas de la Constitución, directrices concretadas en los valores enunciados con rango de superioridad formal y material en el Art. 1.1 CE, y de otra parte en el Art. 9.3 CE, que deben concordarse, en cuanto a garantía de las Libertades y Derechos Fundamentales, con lo dispuesto en el Art. 53 CE. Estos principios, aunque no pueden alegarse directamente como Derechos subjetivos ante los tribunales, no es obstáculo para que sirvan de guía en la interpretación del texto constitucional. DE CASTRO¹⁵⁹ nos advierte, dentro de la tradición jurídica española más consagrada que debemos atender

¹⁵⁶ STC 45/1989, de 20 de febrero.

¹⁵⁷ F.FERNÁNDEZ SEGADO, Op. Cit., 1992, pp. 64 y ss.

¹⁵⁸ C. J. FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, "La interpretación de la norma constitucional" en, La Constitución Española y las Fuentes del Derecho, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. 1979, Op. Cit., pp. 791 y ss.

¹⁵⁹ C. J. FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, Op. Cit. 1979, pp. 791 y ss.

antes a la exactitud de los principios que a la perfección del sistema; y, recordando a LEHMANN, advierte que el pensamiento jurídico es pensamiento investigador de fines y quien no proceda así, añade, no es jurista.

Para el autor reviste una especial trascendencia la vinculación de los valores, propugnados como superiores por la Constitución, al ordenamiento jurídico, Art. 1.1 CE, y la explícita inserción de la Constitución en el ordenamiento Jurídico, Art. 9.1 CE. Al margen de simplificaciones kelsenianas, como observa NAWLIASKY, un cambio de Constitución debiera traer consigo la pérdida de vigencia de todas las normas derivadas, pero esto no ocurre, en razón de una voluntad tácita del nuevo legislador de conservar las Leyes que no deroga por razones prácticas o de continuidad estructural del Estado.

Desde estas premisas se concluye que la vigencia y la eficacia del ordenamiento jurídico no derivan de la norma fundamental, tal como afirmaba KELSEN, pero tampoco son un mero hecho como pretenden los positivistas. Como reconoce REALE, siguiendo a HOLMES principalmente, son cualidades immanentes al sentido de la experiencia jurídica como experiencia axiológica.

El Derecho se configura así como una de las expresiones fundamentales del espíritu humano en su incesante proceso de objetivación ordenadora y racional del mundo en que vivimos, representando “sistemas de respuestas sucesivas” a los problemas que surgen en el devenir histórico.

“Tales sistemas de respuestas sucesivas son fruto de lo que nuestro tribunal supremo ha denominado, así en sentencia de 27 de mayo de 1949, el “significado total del ordenamiento jurídico” el cual, a nuestro juicio, desde su

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE JURÍDICA.

permanencia institucional, al proyectarse en cada supuesto normativo concreto, opera como interpretación normativa de la realidad social. Realidad que, por otra parte, es un criterio interpretativo de la norma constitucional inexcusable; y ello en cuanto que la inserción de la Constitución misma en el ordenamiento jurídico, reconocida en el precitado artículo 9.1, ha constitucionalizado materialmente la definición que de dicho ordenamiento explícita el Título Preliminar del Código Civil, aprobado por Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, referido a las normas jurídicas, su aplicación y eficacia. La consideración de “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” dichas normas, como prevé el artículo 3º.1., de dicho Código, adquiere un gran significado para el jurista, a la hora de integrar la “ratio iuris” del ordenamiento, del que la Constitución es parte, al tiempo que le condiciona y le imprime unidad lógica”¹⁶⁰.

En suma, la vinculación de la Constitución al pueblo que la ha adoptado, por ser permanente es esencialmente histórica, y, por tanto, sujeta a la evolución de la conciencia social. En otros términos, la interpretación constitucional así entendida favorece un proceso de mutaciones constitucionales que concilie la estabilidad del texto fundamental y los requerimientos del contexto social¹⁶¹.

¹⁶⁰ C. J. FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, Op. Cit., 1979, pp. 791 y ss.

¹⁶¹ C. J. FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, Op. Cit., 1979, pp. 791 y ss.

El texto constitucional está caracterizado por la gran variedad de normas que contiene, una heterogeneidad normativa¹⁶².

Un análisis de la estructura de las normas constitucionales permite afirmar, según MUÑOZ MACHADO, que algunos preceptos están formados como reglas y otros como principios. Son ejemplos de normas-reglas el Art. 17 CE en el que se establece que la prisión preventiva no puede durar más de 72 horas, o bien la prohibición de registro domiciliario sin la autorización judicial en el Art. 18.2 CE, y también tienen la naturaleza de regla las normas que regulan la organización del Estado. Las reglas mantienen una estructura reincidente, enuncian un supuesto de hecho y establecen una consecuencia jurídica, los principios tienen contenidos menos precisos, se expresan como mandatos de optimización, en terminología de R. ALEXY optimización de determinados valores, de modo que al interpretarlos y aplicarlos se dé a aquellos la mayor efectividad posible.

Los valores están recogidos en el Art. 1.1 de la CE, y los principios de forma expresa en el Art. 9.3 CE., aunque existen referencias a principios a lo largo de prácticamente todo el texto, como ocurre en el capítulo III del Título I, que concretamente se titula de los principios rectores de la política social y económica, o en el Art. 103 CE al referirse, en su primer apartado a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, en su apartado tercero alude a los principios de mérito y capacidad. En el Art. 117.5 CE, se recoge el principio de unidad jurisdiccional,

¹⁶² S. MUÑOZ MACHADO, Op. Cit., pp.405 y ss.

en el Art. 124 CE, se regula el principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica en la organización del ministerio fiscal, y en el Art. 132 CE, se refiere a los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad del dominio público.

2.5.2.- Los Principios Generales del Derecho y las Garantías Jurisdiccionales.-

Los principios generales del Derecho al informar el ordenamiento jurídico deben orientar la labor interpretativa de las distintas normas que lo integren. La Constitución como norma suprema impone la interpretación de las normas jurídicas, de cualquier orden jurisdiccional de conformidad con sus determinaciones, favoreciendo la optimización de los Derechos Fundamentales. Los jueces de cada una de las jurisdicciones, al aplicar el ordenamiento, estarán aplicando los principios generales del Derecho.

Los principios, en cuanto se consagran en la Constitución suponen el reconocimiento de Derechos, y pueden servir de base a una pretensión procesal deducida ante el tribunal constitucional. Al asumir el tribunal constitucional la función defensora de la Constitución, asumirá también la defensa de los principios generales del Derecho en ella consagrados, a través de los cauces procesales previstos en la Constitución¹⁶³.

“La elaboración de una Constitución conlleva, en cualquier situación y momento, el establecer una determinada jerarquización del conjunto y normas que forman el ordenamiento jurídico positivo del Estado de que se

¹⁶³C. J. FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, Op. Cit., 1979, pp. 791 y ss.

trate. Ello es consecuencia directa, tanto de la concepción kelseniana de la Constitución como vértice de la “pirámide jurídica” que forma la totalidad de ese ordenamiento, como de la idea del “Estado de Derecho”, que incluye entre sus pronunciamientos políticos capitales la fijación y jerarquización de las distintas formas de normas jurídicas”.

Nuestra Constitución también recogió este proceso general, partiendo de la expresa proclamación del “Estado de Derecho” y de los principios de “legalidad” y de “jerarquía normativa”, dedica uno de sus Capítulos a “la elaboración de las Leyes”, distinguiendo entre las distintas modalidades de producción de normas con rango legal.

En ciertas materias la Constitución es de aplicación directa, el juez se encuentra sujeto a la Constitución, y en algunos casos, como ocurre con las Leyes anteriores a la Constitución y contrarias a ésta, el juez debe aplicar la Constitución directamente. En estos supuestos no existe la obligación de esperar a que el tribunal constitucional declare la inconstitucional de la norma de aplicación al caso. Esta situación se produce, por lo menos, en dos supuestos concretos, en materia de Derechos Fundamentales, y en materia de organización y habilitante de los poderes constitucionales. El Art. 53.1 CE, con origen en el Art. 1.3 Ley de Bonn, vincula a todos los poderes públicos, cuyo contenido se aplicará de forma directa, sin necesidad de que se apruebe una Ley intermedia. Este precepto faculta a los ciudadanos a recabar la tutela ante los tribunales ordinarios, o bien a través de la presentación del recurso de amparo ante el tribunal constitucional. De tal forma que si tribunal constitucional

sólo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica, la tutela prestada única y exclusivamente tendrá como parámetro la Constitución.

GARCÍA DE ENTERRÍA dice que la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obliga a interpretar el ordenamiento en cualquier momento de su aplicación, de la forma que resulte de los principios y de las reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate¹⁶⁴. El principio de interpretar las normas y los actos conforme a la Constitución deriva de su carácter normativo y de su rango supremo.

Este principio se encuentra inserto en el propio proceso de inconstitucionalidad de una Ley, pues con anterioridad a declarar su inconstitucionalidad, el tribunal tiene el deber de intentar encontrar una interpretación concordante entre la Ley y la Constitución. Este principio tiene su origen en evitar la situación de incertidumbre que se produciría con la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, y el vacío normativo que se crearía respecto del ámbito que regulaba esa Ley.

Afirma GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁶⁵ que el valor normativo de la Constitución es inmediato y directo, y se extiende a toda la norma. Recuerda lo

¹⁶⁴E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson, Civitas, Navarra, 2006, p.101.

¹⁶⁵E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Op. Cit.*, 2006, pp. 69 y ss.

dispuesto en el Art. 9.1 CE, al afectar su fuerza normativa a todos los ciudadanos y a los Poderes Públicos. de este precepto no sólo se concluye el carácter vinculante de la Constitución, sino que al venir referida esa sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, se está estableciendo una clara situación de primacía entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

En España la defensa de las normas constitucionales se encuentra atribuida al tribunal constitucional, de tal forma que cuando una Ley es objeto de un recurso de inconstitucionalidad, por lesionar un Derecho Fundamental, ha de plantearse ante el tribunal constitucional. Lo anterior, no supone que este órgano sea el único que ha de velar por la efectividad de la Constitución, pues esta es una tarea que corresponde a todos, también a los jueces y tribunales, Art. 9.1 CE, así, cuando conozcan un caso concreto han de velar por la correcta aplicación de los preceptos constitucionales. A tales efectos, el Art. 5 LOPJ establece:

“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo,

pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

4. En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el Derecho aplicable y el orden jurisdiccional’.

Los órganos pertenecientes a la justicia ordinaria han de velar igualmente por la defensa de la Constitución, incluso se les confiere la posibilidad de presentar una cuestión de constitucionalidad cuando consideren que la norma que deben aplicar pudiera contravenir la Constitución.

En este sentido se encuentra redactado el Art. 163 CE, que dispone:

“Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

En el Preámbulo de la Ley Orgánica del tribunal constitucional se recoge expresamente la colaboración que ha de prestar la justicia ordinaria para velar por la defensa de la Constitución, disponiendo:

“La protección y garantía de los Derechos Fundamentales no es una tarea única del tribunal constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los Derechos Fundamentales se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. De este modo se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los Derechos Fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los Derechos Fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico”.

2.5.3.- Virtualidad de los Principios Constitucionales. “Constitución y Leyes”.-

La Constitución, política y jurídicamente, no se agota en su texto ni en su misma literalidad, sino que su eficacia se proyecta sobre la aprobación de nuevas normas jurídicas, sobre la interpretación y aplicación de las existentes, en función de unos “principios”, formalmente declarados en la

misma, pero requeridos de una elaboración y concreción que, básicamente, corresponderá al tribunal constitucional.

Esos principios se encuentran formalmente declarados en el texto constitucional. Los más generales, agrupados y proclamados como tales, como “valores políticos” consustanciales al concepto de democracia, o como “principios” jurídicos, y otros a propósito de preceptos concretos.

Haciendo uso de una técnica muy depurada, la Constitución distingue en su Título I entre “Derechos Fundamentales”, “Libertades Públicas” y “Principios Rectores”, cuya distinción práctica más importante es la facultad para exigir en cuanto a los “Derechos” y “Libertades” la tutela judicial y la actuación de los Poderes Públicos.

La Constitución, material y virtualmente es más que su propio texto, el cual se encarga de ratificarlo al recoger la clásica expresión, en muy repetidas ocasiones, de sumisión a la Constitución y a la Leyes, haciendo referencia inequívoca al ordenamiento jurídico como un todo¹⁶⁶. El Profesor RODRÍGUEZ-ARANA, destacó que la Constitución no se agota en sus propios términos, sino que tiene más proyección que su propio texto.

En mi opinión la Constitución española va más allá del propio texto, de los propios términos en ella contenidos, pues tiene una dimensión absoluta sobre todo el ordenamiento jurídico, al encontrarse integrada en su mayoría por

¹⁶⁶ C. J. FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, Op. Cit., 1979, pp. 791 y ss.

normas-principios permite que se vaya regenerando, oxigenándose el texto y adaptándose a la realidad social venidera. Considero que el texto constitucional transmite su capacidad de adaptación y de frescura al resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico, como consecuencia de la obligación que tiene el intérprete de aplicar dichas normas en sentido favorecedor y conforme al texto constitucional. Esta cualidad hace que las normas puedan seguir dando respuestas a las necesidades sociales sin necesidad de un continuo cambio normativo, algo que favorece la seguridad jurídica.

2.5.4.- Las Reglas y los Principios.-

Para FREIXES SANJUAN Y REMOTTI CARBONELL¹⁶⁷ los principios Constitucionales, una vez determinados, adquieren proyección normativa y, al igual que los valores, son instituciones jurídicas vinculantes para los Poderes Públicos. Desde SAVIGNY los principios jurídicos se configuran como instituciones con valor normativo, admitiéndose que en Derecho además de reglas y de valores existen principios que precisamente identifican a cada ordenamiento concreto.

La Constitución asegura la unidad del ordenamiento jurídico esencialmente sobre un orden de valores materiales, y de principios dados de forma expresa. Y no sobre la base de simples reglas formales de producción de

¹⁶⁷T. FREIXES SANJUAN, y J. C. REMOTTI CARBONELL, “*Los Valores y Principios en la interpretación Constitucional*”. REDC, nº 35, 1992, p. 101.

normas jurídicas. Este orden de valores no tiene carácter meramente programático, sino que posee eficacia normativa plena ya que es la base entera del ordenamiento, que presta a éste su sentido y preside toda su interpretación y aplicación. En el texto constitucional podemos distinguir entre valores superiores, Derechos constitucionales, y principios que informan el ordenamiento jurídico.

Los valores superiores, son los que la comunidad humana ha querido como sus máximos objetivos a desarrollar.

De la Constitución, como fuente primaria de nuestro ordenamiento jurídico, tanto de sus preceptos expresos como de las ideas que la informan, derivan una serie de principios generales que, en defecto de Ley concreta, de analogía o de costumbre habrán de ser aplicados, además de actuar siempre como informadores del sistema jurídico, con arreglo al Art. 1º.4 del Código Civil y a la propia Constitución, incidiendo de manera decisiva en la elaboración de las nuevas Leyes que habrán de ajustarse a su espíritu y a su normativa específica, so pena de ser declaradas inconstitucionales en su totalidad o en la parte que se produzca la contradicción. Arts. 161 y 164 CE, principios que, por supuesto, vinculan incondicionalmente a los jueces y tribunales y al ejecutivo.

Sin pretensiones exhaustivas, podemos citar, entre otros muchos y además de los que emanan del propio Preámbulo de la Constitución, a los que ya hemos hecho referencia, los contenidos en los artículos siguientes: 1.1, que propugna como valores superiores del ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; el 9.3, ya citado; el 10.1, en virtud del cual la

dignidad de la persona, los Derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los Derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social; el 14, los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social y el Art. 53.3: El reconocimiento, el respeto, la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Segundo informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes Públicos. Además otros muchos relativos al Derecho al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen, Art. 18.1, a la libertad de pensamiento, ideas y opiniones, Art. 20.1a) así como el reconocimiento de determinados límites a dicha libertad Art. 20.4¹⁶⁸..

Un buen número de textos constitucionales han procedido a establecer lo que podríamos estimar como una gradación jerárquica de sus propios preceptos, de forma que se ordenan con rangos diferenciados. Esta jerarquización ha llegado al extremo de admitir la posible inconstitucionalidad de normas constitucionales.

El tribunal constitucional de Baviera, después de reconocer la existencia de principios constitucionales fundamentales, de naturaleza tan elemental y expresión de un Derecho que precede a la Constitución, que el mismo constituyente está vinculado a ellos, admitía la posibilidad de considerar

¹⁶⁸ E. RUIZ VALLIDO, Introducción al Estudio Teórico Práctico del Derecho Civil, Ochoa, 1984-5, pp. 64 y ss.

nulas aquellas normas de la Constitución que no ostentando este rango, no concordaran con los referidos principios.

Los principios fundamentales del orden jurídico-político tienen un valor básicamente interpretativo. No es que la positivización de estos principios, así, por ejemplo, el artículo 1º.1 de la Constitución, al definir a España como un Estado social y democrático de Derecho, nos sitúe ante enunciados vacíos, pero es evidente que la complitud de estas disposiciones sólo puede producirse a partir de otras determinaciones constitucionales. Un ejemplo evidente de lo que decimos lo encontramos en el artículo 9º.2, que al proclamar el principio de igualdad sustancial, otorga buena parte de su sentido al Estado social. Por lo demás, estos principios fundamentales, como advierte *RUBIO LLORENTE*, constituyen una directriz básica para la interpretación de la Constitución.

En cuanto a los preceptos que marcan los fines del Estado, normas de asignación de fines o normas programáticas, como tradicionalmente se las conoce, precisan los fines que la Constitución asigna al Estado, y en nuestra Norma suprema se integran en su mayor parte en el Capítulo 3º del Título I, cuyo rötulo, De los principios rectores de la política social y económica, es ya por sí mismo lo suficientemente significativo.

RUBIO LLORENTE entiende que estos preceptos imponen una obligación a todos los poderes públicos, los vinculan, aunque el artículo 53.3 de la Constitución diga otra cosa, y sobre todo obligan al Juez a la hora de interpretar cualquier otra norma.

A este respecto, el tribunal constitucional ha significado que el artículo 53.3 impide considerar a estos principios como normas sin contenido, obligando a tenerlos presentes en la interpretación, tanto de las restantes normas constitucionales, como de las Leyes, en este sentido STC 19/1982, de 5 de mayo.

Como advierte *CASCAJO*, los principios rectores no sólo generan obligaciones frente a determinados órganos públicos, sino que comprometen, como no podía ser de otra forma, a toda la acción del Estado en su conjunto y también a los poderes privados. El tribunal constitucional ha considerado muy improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los Poderes Públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios rectores por lo general se concreta. STC 45/1989, de 20 de febrero¹⁶⁹.

2.5.5.- El Control de Constitucionalidad.-

En España con la jurisdicción constitucional se pretende someter la acción política y los órganos del Estado a la disciplina constitucional, impuesta por la Constitución española.

¹⁶⁹ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 64 y ss.

La Constitución al ser origen y principio del sistema normativo, en cuya virtud se dictan las demás normas, goza de una mayor permanencia, identificándose como Lex Perpetua.

La superioridad normativa y ser la referencia de la validez normativa se traduce en una supralegalidad formal y material, esto es, las normas jurídicas, como se ha avanzado, no sólo han de respetar el sistema de producción que la Constitución establece, sino también el conjunto de valores o límites que en la misma se contienen, sin que esté permitido disponer de los contenidos esenciales de los Derechos y Libertades Fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos, los cuales han de ser promovidos de forma positiva en el ámbito de los valores superiores previstos en el art. 1.1 CE. Lo contrario implica el surgimiento de un conflicto entre la Constitución y la Ley, del tipo que sea, resolviéndose a favor de la Constitución como consecuencia del valor de norma suprema. Para estos casos, la Constitución está provista de una serie de mecanismos a través de los cuales se procede a su defensa, expulsando del ordenamiento jurídico a la norma que la vulneró.

Estos mecanismos de defensa constitucional se articularán cuando surja una amenaza para la integridad o superioridad normativa. Entre los medios de defensa constitucional se encuentran dos principalmente, la rigidez del texto constitucional, que supone que cualquier modificación que se quiera acometer debe seguir un procedimiento complejo, especialmente si la reforma pretendida afecta al bloque de constitucionalidad, integrado por los Derechos

Fundamentales. El segundo mecanismo de defensa viene constituido por la justicia constitucional.

El tribunal constitucional, a través de las competencias conferidas, debe controlar las actuaciones de los poderes públicos, toda vez que se encuentran sometidos al mandato constitucional, en tal sentido se pronuncian los Arts. 9.1¹⁷⁰ y 53.1¹⁷¹ CE. La actividad legislativa es controlada bien de forma directa, Art. 161.1.a) CE¹⁷² a través del recurso de inconstitucionalidad, bien de forma indirecta, Art. 163 CE¹⁷³, a través de la cuestión de inconstitucionalidad y por medio de los procedimientos de inconstitucionalidad previstos en los Arts. 55.2 LOTC¹⁷⁴ y 161.2¹⁷⁵ CE.

¹⁷⁰Redacción del artículo 9.1 CE: *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*.

¹⁷¹Redacción del artículo 53.1 CE: *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”*.

¹⁷²Redacción del artículo 161.1.a) CE: *“El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. . . .”*.

¹⁷³Redacción del artículo 163 CE: *“Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”*.

¹⁷⁴Redacción del artículo 55.2 LOTC: *“En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes”*.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

El tribunal constitucional, respecto de las funciones de control de constitucionalidad actúa como si de un legislador negativo se tratase cuando declara la inconstitucionalidad de una Ley, anulando la norma, a la inversa de aquello que realiza el legislador. Con anterioridad a declarar la inconstitucionalidad de una Ley, el tribunal debe establecer el significado de un texto y comprobar su adecuación al contenido de la Constitución, y sólo en el supuesto de que esto no fuese posible procedería a declarar la inconstitucionalidad de la Ley. Esta labor interpretativa del tribunal constitucional comporta serios riesgos respecto de la labor legislativa, pues cuando debe determinar el sentido y el significado de una norma o de un precepto para acomodarlo a la Constitución, es probable que esta no coincida con lo que había querido el legislador. Este supuesto supone que el tribunal incorpore elementos normativos, en su función interpretadora, al cuerpo legislativo, erigiéndose en legislador.

Señala GONZÁLEZ RIVAS¹⁷⁶ que el tribunal constitucional *aplica los criterios y razones jurídicas sobre controversias jurídicamente formuladas que hacen referencia a limitaciones constitucionalmente establecidas al poder, al ámbito de acción libre de los distintos órganos que integran el Estado y son, en consecuencia, controversias que pueden tener matizaciones políticas, en*

¹⁷⁵Redacción del artículo 161.2 CE: "El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses".

¹⁷⁶ J. J. GONZÁLEZ RIVAS, Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, La Ley, Madrid, 2010, pp. 53 y ss.

cuanto que la disputa sobre el ejercicio, la distribución y el uso del poder constituyen el núcleo de la política”.

Se recoge en el preámbulo de la Ley del tribunal constitucional:

“Las funciones atribuidas al Tribunal Constitucional por la Constitución se desarrollan en la ley orgánica reguladora de la institución de acuerdo con el mandato de su artículo 165: la protección de la supremacía constitucional, y la consiguiente depuración del ordenamiento de las normas contrarias a los mandatos constitucionales, se complementan con la protección de Derechos fundamentales, así como la resolución de conflictos territoriales. La pretensión del constituyente de dotar de la mayor eficacia al órgano de control de constitucionalidad es comprensiva de todas y cada una de las mencionadas facetas. La presente reforma pretende reordenar la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional”.

Al tribunal constitucional le incumbe señalar el contenido de los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad, y el pluralismo político. Estos principios, previstos en el título preliminar, fijan las directrices cuya interpretación desarrolla el tribunal constitucional, y constituyen los valores superiores propugnados en la forma de un Estado social y democrático de Derecho.

Este tribunal es único e independiente en su jurisdicción, además de controlar el ajuste de las Leyes a la Constitución, tiene encomendada la función de controlar las vulneraciones de los Derechos Fundamentales que se cometan

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

por los Poderes Públicos, la actuación de las Administraciones Públicas. Tal y como recordó el propio tribunal constitucional en su sentencia 76/1983, de 5 de agosto, le corresponde custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación del poder constituido, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquel¹⁷⁷.

El examen de constitucionalidad de una Ley puede realizarse desde dos perspectivas distintas, una formal, y otra material. Con la primera estaríamos haciendo alusión a la comprobación del cumplimiento de todos los trámites previstos en el procedimiento de elaboración. El examen de constitucionalidad de la Ley desde una perspectiva material se correspondería con el ejercicio de las facultades de control respecto del parlamento, mucho más amplias que en el examen formal. No solo se valora el texto escrito, sino que se examinan el conjunto de valores, principios organizativos, y relaciones sociales que integran lo que constituye la fórmula política de la Constitución. La observancia de los requisitos formales se reduce por el contrario, a la simple constatación de la concurrencia o ausencia.

En todo caso, se ha de partir de la premisa inexcusable de que el tribunal constitucional al examinar la constitucionalidad de una Ley realiza un juicio jurídico, que asegura la supremacía del texto constitucional, enjuiciando la conformidad con la misma de la Ley.

¹⁷⁷J. J. GONZÁLEZ RIVAS, Op. Cit., 2010, pp. 53 y ss.

Cuando el tribunal constitucional conoce de un recurso contra una Ley, puede declarar no sólo la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, sino también la de aquellos otros de la misma Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia, Art. 39.1 LOTC. En tal sentido ha declarado el propio tribunal, por medio de sentencias, entre otras muchas, 11/1981, de 8 de abril y, 23/1982, de 13 de mayo. El recurso de inconstitucionalidad no es una vía de impugnación que pueda dirigirse de manera indiscriminada contra un bloque de legalidad o contra una parte del sistema normativo o del ordenamiento jurídico, sino que el recurso se dirige al enjuiciamiento de textos legales y de fórmulas legislativas determinadas¹⁷⁸.

Señala el autor que aunque nuestro sistema de control de constitucionalidad de las Leyes es distinto al norteamericano, sistema importado a nuestro continente, en el que se observa una influencia Kelseniana, y austríaca, no cabe duda de que el origen de nuestro sistema de control constitucional se encuentra en los Estados Unidos con Marshall, que inició el tratamiento del control de la constitucionalidad.

A diferencia del sistema americano, en España el sistema de control de constitucionalidad de una Ley se encuentra concentrado en un solo órgano, *ad hoc*, ajeno a la jurisdicción ordinaria, de clara inspiración austriaca y kelseniana.

¹⁷⁸J. J. GONZÁLEZ RIVAS, Op. Cit., 2010, pp. 56 y ss.

Dispone el Art. 27 LOTC:

“Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados. 2. Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas. b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución. c) Los Tratados Internacionales. d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales. e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa. f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas”.

En el Art. 28 LOTC, se establece que el tribunal para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.

De conformidad con lo establecido en el Art. 29.1 a) y b), la declaración de inconstitucionalidad sólo se podrá promover mediante:

- a) El recurso de inconstitucionalidad.
- b) La cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o tribunales.

Fuera de estas dos actuaciones no podrá obtenerse la declaración de inconstitucionalidad de una Ley. El recurso de amparo sólo tendrá efectos dentro del proceso y sobre el objeto sometido a enjuiciamiento. En este sentido el Art. 55.1 de la Ley dispone:

”La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los Derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos”.

Respecto de la impugnación de las Leyes, la legitimación para poder accionar en instancia constitucional se encuentra restringida a:

“Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley, Tratados Internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes

Generales: a) El Presidente del Gobierno. b) El Defensor del Pueblo. c)

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

Cincuenta Diputados. d) Cincuenta Senadores. 2. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto”.

**CAPITULO III: LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS PREVISTOS EN EL
ART. 9.3 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.-**

CAPITULO III.- LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS PREVISTOS EN EL ART. 9.3 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.-

3.1.- EL CONTEXTO DEL ART. 9 CE Y SU POSICIÓN EN LA CE.-

La redacción de este precepto es innovadora, pues no existen antecedentes en la historia constitucional española con una redacción igual o similar. Sí encontramos en el Derecho Comparado algunos ejemplos de preceptos similares, así, el Art. 20.3 de la Constitución alemana, el cual dispone que:

"El poder legislativo está sometido al ordenamiento constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la Ley y al Derecho".

También podríamos incluir aquí el Art. 5 de la Constitución francesa, el cual establece:

"El Presidente de la República velará por el respeto a la Constitución y asegurará por su mediación el funcionamiento regular de los poderes públicos así como la continuidad del Estado".

A excepción de estos dos artículos no encontramos ningún otro en el que se recoja una redacción similar.

Este artículo ha de ponerse en relación con el Art. 9.1, al contener este un requisito esencial de todo Estado de Derecho que consiste en el sometimiento de los ciudadanos y, sobre todo, de los Poderes Públicos al

Derecho. De su redacción se desprende que la Constitución ocupa un lugar preferente en el ordenamiento jurídico.

La Constitución es la norma suprema y no una mera declaración programática, de forma que, "lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los Poderes Públicos, y por consiguiente también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella, Arts. 9.1 y 117.1 C.E"¹⁷⁹.

Se trata, en suma, de una "norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico"¹⁸⁰.

La supremacía de la Constitución trae las siguientes consecuencias, así, supone que el resto de las normas jurídicas deben estar en consonancia con sus mandatos, pues, en caso contrario, serán declaradas inconstitucionales, está sujeta a un procedimiento de reforma de gran rigidez, como garantía de su estabilidad jurídica; y, por otra parte, todas las normas jurídicas deben interpretarse de conformidad con los preceptos constitucionales de tal forma

¹⁷⁹ STC 16/1982 de 28 de abril

¹⁸⁰ STC 31 de marzo de 1981.

que siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme a ella, debe admitirse la primera¹⁸¹.

El principio de supremacía constitucional, consagrado en el Art. 9.1 CE, vincula tanto a los ciudadanos como a los Poderes Públicos si bien de forma distinta. En tal sentido se ha pronunciado el tribunal constitucional¹⁸² estableciendo que mientras que los ciudadanos tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos, los Poderes Públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución.

3.2.- EL CONTENIDO DEL ART. 9.3 CE.-

La consagración de unos principios de tanta relevancia como los recogidos en el Art. 9.3 CE, dentro del Título Preliminar de la Constitución, no ha podido responder a una casualidad, al contrario, la posición y contenido de este precepto se encuentra vinculado a garantizar la efectividad de los valores superiores concretados en el Art. 1.1 CE. En un Estado democrático y de Derecho, un Estado constitucional, en el que no sólo se está sujeto al poder de las Leyes, sino que todos, ciudadanos y Poderes Públicos, se encuentran sometidos a la Constitución, tal y como recuerda el Art. 9.1 CE, debido a la fuerza normativa del texto constitucional. A diferencia de lo que ocurría en el

¹⁸¹ STC 122/1983, de 22 de diciembre.

¹⁸² STC 101/1983, de 18 de noviembre.

Estado legal anterior, en el que la Constitución sólo tenía un valor programático de contenido político, las constituciones modernas tiene valor de norma jurídica, sin que se trate de una norma cualquiera, sino que se trata de la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, a la que han de acomodarse todas las demás normas del ordenamiento. En este sentido, los principios estructurales del Art. 9.3 CE vienen a garantizar el contenido de los valores superiores¹⁸³.

El Art. 9.3 CE, dispone:

“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”.

Este precepto positiviza unos principios que son esenciales para garantizar el sistema político diseñado en la Constitución, que se encuentran estrechamente relacionados con la efectiva realización de los valores superiores del ordenamiento jurídico español que contiene el Art. 1.1, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político¹⁸⁴.

¹⁸³ En sentido, se ha pronunciado la STC 27/1981, de 20 de julio, FJ10.

¹⁸⁴ Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a la Constitución como orden de valores SSTC 25/1981, 8/1983 y 35/1987, entre otras.

El cuerpo normativo de la Constitución se encuentra conformado por normas jurídicas, reglas, y también, en gran medida por principios, a los que el tribunal constitucional ha reconocido valor normativo, entre estos, los recogidos en el Art. 9.3 de la Constitución ocupan una singular posición. En tal sentido se ha pronunciado la STC 48/2003, de 12 de marzo, se afirma¹⁸⁵ (FJ7) que:

“Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, [...] (*principios*) todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos, Art. 9.1 CE,, incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos”.

El tribunal constitucional ha determinado en varias ocasiones que lo que realmente se contiene en el Art. 9.3 CE, son auténticos principios generales del Derecho, así, la STC 10/1989, de 24 de enero, FJ3, estableció que constituyen mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador, STC 237/1993, de 12 de julio, FJ2¹⁸⁶.

¹⁸⁵ A. MARRERO GARCÍA ROJO, “Los principios garantizados en la Constitución” en Comentarios a la Constitución Española, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 148 y ss.

¹⁸⁶ A. MARRERO GARCÍA ROJO, Op. Cit. 2008, pp. 148 y ss.

FERNÁNDEZ SEGADO¹⁸⁷ afirma que en el Art. 9º.3 CE se enumera los que pueden considerarse como principios informadores del ordenamiento jurídico. Lejos de considerarlo una enumeración anárquica y desordenada, afirma que estos principios manifiestan una gran multiplicidad de conexiones. En este sentido se ha pronunciado el tribunal constitucional en sentencia 27/1981, de 20 de julio ya citada, afirmando que *“los 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 nuestro Estado”*.

El profesor FERNÁNDEZ SEGADO¹⁸⁸, *“estas interrelaciones suelen confluir, como manifiesta VILLAR PALASÍ, en dos grandes condensadores: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica”*. La interrelación a la que se hace referencia, se plasmaría como sigue:

“El principio de legalidad se relaciona con:

1/ El principio de jerarquía normativa, pues el principio de legalidad postula una jerarquización de las normas jurídicas, con arreglo a la cual, las normas se diversifican en diferentes categorías que se escalonan en atención a su rango jerárquico.

¹⁸⁷ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 88 y ss.

¹⁸⁸ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Op. Cit.*, 1992, pp. 88 y ss.

2/ El principio de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos. Es patente que si los Poderes Públicos han de acomodar su actuación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, debe quedarles vedada toda actuación arbitraria. Y

3/ El principio de responsabilidad de los poderes públicos, consecuencia necesaria de los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad, pues resulta una obviedad que los Poderes Públicos vienen obligados a responder de los daños y perjuicios causados por su actuación antijurídica.

El principio de seguridad jurídica se conecta, a su vez, con:

1/ El principio de publicidad de las normas, pues es patente que sería de todo punto imposible la seguridad jurídica si las normas no pudieran ser conocidas. Y

2/ El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de Derechos individuales, en cuanto que la seguridad jurídica quedaría gravemente constreñida de admitirse con carácter general la retroactividad in peius de las Leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de Derechos”.

De esta clasificación se concluye que el principio de seguridad jurídica se encuentra mayormente relacionado con el principio de publicidad de las Leyes, y el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de Derechos individuales. Y el principio de legalidad se

encontraría más relacionado con el principio de jerarquía normativa, con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, y con el principio de responsabilidad de los Poderes Públicos.

Señala el profesor SEGADO que *“estos principios reflejan una tradición muy arraigada en los ordenamientos liberales, que una inequívoca preocupación garantista, pues con ellos, en definitiva, lo que se pretendía, y aún pretende, es garantizar la situación jurídica de los ciudadanos frente a la actuación de los Poderes Públicos”*.

Esta garantía que parece haber establecido el constituyente para proteger a los ciudadanos respecto de la actuación de los poderes públicos, únicamente podrá ser causa de inconstitucionalidad de una Ley, cuando se vea alcanzado, lesionado un Derecho Fundamental al cual estos principios garantizan su efectividad. Estos principios no se conciben como Derechos, sino como elementos necesarios para que los Derechos puedan materializarse, y es por esa razón que la lesión de estos principios por parte de los poderes públicos no da lugar a la presentación de un recurso de amparo ante el tribunal constitucional, o en su caso de inconstitucionalidad frente a una Ley que los hubiera vulnerado. Tal y como ha determinado el tribunal constitucional¹⁸⁹ estos principios son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador¹⁹⁰.

¹⁸⁹ STC 8/1981, de 30 de marzo.

¹⁹⁰ F. FERNÁNDEZ SEGADO, Op. Cit., 1992, pp. 88 y ss.

3.3.- LOS PRINCIPIOS DEL ART. 9.3 CE.-

3.3.1.- El Principio de Legalidad.-

Este principio contiene la exigencia de sujeción de los Poderes Públicos al imperio de la Ley en cuanto expresión de la voluntad popular. Este principio ha de interpretarse en los términos actuales, pues en un Estado constitucional el poder legislativo queda sujeto a las determinaciones constitucionales, y es en este sentido en el que ha de ser interpretado, confiriendo un significado a la Ley que se equipare con Derecho, pues de lo contrario el poder legislativo quedaría excluido de la observancia de tal principio, lo que iría en contra del sentido que el mismo adquirió al haber sido ubicado en el Título Preliminar. En mi opinión debe ser interpretado sistemáticamente y en los términos dispuestos en el Art. 9.1 CE.

Sin duda alguna este principio adquiere toda su dimensión respecto de la Administración Pública, en estrecha relación con el Art. 103 CE. En este sentido se entenderá la discusión doctrinal sobre la vinculación positiva o negativa de actuación de la Administración a la Ley.

Como recoge la STC 108/1986, de 26 de julio:

“Estamos ante un dogma básico de todo sistema democrático, tal y como ha precisado el Tribunal Constitucional”¹⁹¹.

¹⁹¹ F. FERNÁNDEZ SEGADO, Op. Cit., 1992, pp. 88 y ss.

3.3.2.- El Principio de Publicidad de las Normas.-

La trascendencia de la exigencia de publicidad de las normas ha sido destacada por el tribunal constitucional, incluso con cierta extensión y descenso a los detalles normativos vigentes en el momento en el que se dictan las correspondientes resoluciones. Así, en la STC 179/1989, de 2 de noviembre, se afirma (FJ2) que:

“La Constitución, en su Art. 9.3, garantiza el Principio de la 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 Art. 9.3: pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus Derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y 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 de difusión 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.

A partir de esta declaración general sobre el principio de publicidad de las normas, que no tiene la naturaleza de Derecho Fundamental tutelable en un recurso de amparo, ATC 647/1986, de 23 de julio, FJ 1, el tribunal constitucional ha realizado una serie de importantes afirmaciones, desde el

punto de vista práctico, en relación con cuestiones concretas vinculadas con el señalado principio. Esencialmente, podemos referirnos a las que siguen:

a) Normas Autonómicas y Diarios Oficiales de las Comunidades Autónomas.- STC 179/1989 – ATC 579/1989, de 28 de noviembre.

b) Reglamentos parlamentarios Autonómicos y Diarios Oficiales de las Comunidades Autónomas. – STC 179/1989.

c) La publicación de las resoluciones jurisdiccionales del tribunal constitucional y el principio de publicidad de las normas.

Siquiera de manera indirecta, el tribunal constitucional ha establecido una conexión entre el principio de publicidad de las normas, reconocido en el Art. 9.3 de la Constitución, y la necesaria publicación o publicidad de sus resoluciones jurisdiccionales. En efecto, la condición de intérprete supremo de la Constitución del alto tribunal, unida a la circunstancia de que las normas jurídicas deben ser interpretadas de modo conforme con la Constitución han llevado a tal solución. Se dice así en la STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 6, que existe una exigencia constitucional específica de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales de este tribunal, que se concreta, por un lado, en que, junto con la más obvia y expresa obligación formal de publicación de determinadas resoluciones en el Boletín Oficial, resulte también implícita una obligación material de dar la mayor accesibilidad y difusión pública al contenido de todas aquellas resoluciones jurisdiccionales del tribunal que incorporen doctrina constitucional, con independencia de su naturaleza y del proceso en que se dictan; y, por otro, en que la publicidad ha de ser de la resolución íntegra.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

d) Un caso muy concreto y polémico. La publicidad de las reservas a los Tratados Internacionales y de su retirada.

La cuestión fue abordada por la STC 141/1998, de 29 de junio, que afirma en su FJ6.

La doctrina se ha reiterado posteriormente. Así, en la STC 292/2005, de 10 de noviembre, en la que se añade (FJ5) que el art. 32 del citado Decreto 801/1972, exige la publicación, no sólo de las retiradas de las reservas, sino también de cualquier acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España. Ha de destacarse, sin embargo, que cuatro magistrados formularon su discrepancia con lo resuelto por la considerada sentencia, fundando su argumentación, en amplia medida, en aspectos relativos a la supuesta existencia de una retirada de reserva a un Tratado Internacional y a las exigencias de publicación en España de determinadas actuaciones de instituciones o autoridades extranjeras o de ámbito internacional.

e) Actos jurídicos de las corporaciones locales. STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ.8¹⁹².

¹⁹² A. MARRERO GARCÍA ROJO, Op. Cit. 2008, pp. 148 y ss.

El principio de publicidad puede considerarse como un requisito ineludible del principio de seguridad jurídica, ya que mediante su publicidad, las normas pueden ser conocidas por los órganos de aplicación del Derecho y también por los ciudadanos, que se hallan de esta forma en condiciones de conocer de antemano las consecuencias jurídicas de sus propios actos. Como dice VILLAR PALASÍ, el principio de publicidad se impone necesariamente, dado que si el Derecho no fuera público no habría pauta cierta de conducta, y la misma expresión “Derecho” quedaría reducida a poco más que una entelequia.

Expuesto lo que antecede, conviene recordar que las normas tienen una validez objetiva, debiendo aplicarse a todos con independencia de que las conozcan o no. A este respecto, el artículo 6.1 del Código Civil ha venido a establecer una previsión fundamental para el ordenamiento jurídico: la de que la ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento. Queda de esta forma fijada una presunción “*iuris et de iure*” de conocimiento de las Leyes, con lo que la publicidad de las normas se orienta no tanto en la dirección de un conocimiento efectivo y real de la norma por el ciudadano, cuanto en la de posibilitar ese conocimiento.

Es precisamente en orden a posibilitar un conocimiento generalizado de la norma antes de su entrada en vigor, a lo que se orienta la *vacatio legis*, plazo subsiguiente a la publicación de la norma durante el que ésta no es aplicada. De conformidad con el artículo 2º.1 del Código Civil, 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.

Con la publicación de la norma es cuando se produce la verdadera incorporación de la norma al ordenamiento jurídico del Estado, permitiendo, de esta manera, a los ciudadanos y a los operadores jurídicos la posibilidad de conocer la existencia y el contenido de la norma jurídica escrita. Prematuramente surge un punto claro de conexión entre este principio y el de seguridad jurídica, que se materializa en el preciso momento en el que surge la posibilidad del conocimiento de la norma por parte de los ciudadanos, los destinatarios de la misma. Lógicamente, sin que se publique la norma no es posible que la misma sea exigida, pues aún no es conocida por los destinatarios. Sólo una vez publicada sería accesible, y consecuentemente, se produciría la certeza, y la confianza en el Derecho, la previsibilidad. Estas coincidencias obligan a afirmar que la publicación de las normas constituye una garantía del principio de seguridad jurídica. En tales términos se ha pronunciado nuestro tribunal constitucional afirmando que el principio de publicidad de las normas 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 podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de estos de ejercer y defender sus Derechos, y la efectiva sujeción de los mismos y de 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 de difusión

general que de 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 conocimiento¹⁹³.

El artículo 9º.3 de la Constitución establece que ésta “garantiza... la publicidad de las normas...”. Por su parte, el artículo 9.1, referido en concreto a las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, establece que el Rey ordenará su inmediata publicación.

Ya con anterioridad a la aprobación de la Constitución, el Código Civil establecía como presupuesto necesario y requisito “sine qua non” de la vigencia de las Leyes su publicación, su completa publicación, en el Boletín Oficial del Estado, denominado hasta 1936, Gaceta de Madrid o la Gaceta, Art. 1º del Código Civil en su redacción originaria de 1889, y Art. 2º.1 de la redacción actual dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo.

En los regímenes modernos, a diferencia de lo que ocurría en los totalitarios, no es posible la existencia de disposiciones normativas secretas, siendo necesario que toda norma jurídica escrita sea publicada con la finalidad de que su mandato normativo, sea cognoscible a los ciudadanos.

La publicación de una disposición normativa, además de facilitar el acceso a su conocimiento, también permite conocer de forma concreta la fecha en la que dicha disposición entró en vigor, extremo que cobra especial importancia para fijar el régimen jurídico que será de aplicación a un caso

¹⁹³Entre otras resoluciones sirvan de ejemplo: ATC 59/2004; STC 151/94; y 141/98.

concreto, que pudiera haberse producido con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada Ley, o norma.

Este requisito indispensable para que una norma forme parte del ordenamiento jurídico, que adquiera eficacia, sea aplicable y exigible a los ciudadanos, impide que la mera aprobación de una Ley en Cortes, o la firma de un Decreto en Consejo de ministros, transmitidas por los propios servicios de prensa a los medios de comunicación social, según ocurre en nuestros días con extraordinaria frecuencia, no revisten la formal manifestación de normatividad que se exige de una disposición de carácter general¹⁹⁴.

En todo caso, con la aprobación de la Constitución de 1978, y una vez producida la efectiva consolidación de las Comunidades Autónomas, las disposiciones estatales se publican en el Boletín Oficial del Estado y las autonómicas en el correspondiente Boletín Oficial de la Comunidad de que se trate.

Como hemos dicho, de conformidad con lo previsto en el Art. 2.1 del Código Civil, la publicación de la Ley ha de realizarse de forma completa¹⁹⁵, lógico por otra parte, pues ha de convenirse que una publicación parcial de un texto normativo supondría una técnica conculcadora del principio de seguridad jurídica, pues los destinatarios de la misma, ciudadanos y aplicadores del

¹⁹⁴C. LASARTE ÁLVAREZ, Principios de Derecho Civil, Tomo Primero, Parte General y Derecho de la Persona, Trivium, Madrid, 5ª Edición, 1996, pp. 97 y ss.

¹⁹⁵ Artículo 2.1 del Código Civil: « *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*».

Derecho, quedarían privados de la posibilidad de conocer realmente el texto de la misma. En este sentido, se ha pronunciado nuestro tribunal constitucional declarando la inconstitucionalidad de la Ley en su sentencia 3/2003, de 16 de enero, en concreto la Ley del Parlamento Vasco 1/2002, de 23 de enero, por la que se aprueban para el año 2002 determinadas medidas presupuestarias para esta Comunidad Autónoma, por ser contraria, entre otras razones, a lo estipulado en el Art. 9.3 CE¹⁹⁶. La declaración de inconstitucionalidad de la norma, y consiguiente nulidad, se fundamenta, por lo que ahora interesa, a la incorrecta publicación, por haber sido incompleta, razón por la que fue declarada contraria al principio de seguridad jurídica y al principio de publicidad.

¹⁹⁶En la STC 3/2003, de 16 de enero, el Tribunal declara la Inconstitucionalidad y nulidad de la Ley 1/2002, de 23 de enero, del Parlamento Vasco. Entiende el Tribunal en su FJ 10.º, respecto de la cuestión que aquí nos ocupa, que: la ley recurrida también conculca el principio de seguridad jurídica, ya que si éste *“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”*, es congruente entender que dicho principio también resulta vulnerado *“cuando una norma como la Ley 1/2002, que no es la de los presupuestos generales a la que aluden los arts. 134.2 CE, y 21.1 LOFCA y 44 EAPV, recoge el grueso del contenido que la Constitución y el bloque de la constitucionalidad reservan a la Ley de presupuestos”*. De igual forma, vulnera este principio el hecho de que la Ley 1/2002 no fuera publicada en su integridad, *“situación contraria al principio de seguridad jurídica y también al de publicidad, como elemento inherente de aquella [...] Y no sana este vicio [...] el hecho de que los aplicadores de la Ley impugnada se encuentran restringidos al Gobierno Vasco, que es quien debe aplicarla, y al propio Parlamento, que es quien la aprueba y a quien corresponde la función de control de la acción del gobierno, porque la Ley 1/2002, como toda disposición de carácter general (incluidas las normas presupuestarias), va dirigida a los ciudadanos, siendo éstos quienes deben alcanzar el conocimiento de su contenido”*.

En opinión de HERNÁNDEZ MARÍN la promulgación de una norma no es un elemento constitutivo de una Ley, pues presupone certificar que la Ley existe, sin aportar nada al documento de la misma. En sentido similar, entiende que tampoco aporta nada nuevo a la Ley. Estos serían actos simultáneos, que recaerían sobre la Ley, y si la Ley era Ley antes de estos actos, seguirá siéndolo después, por lo que habrá que entender que ambos actos no inciden en la existencia de la Ley¹⁹⁷. Sigue indicando el autor, en relación con la publicación de una norma, para quién un documento es Ley cuando es aprobado por las Cortes Generales, que no sería precisa publicación. Considera que los dos únicos aspectos que se han de tener en cuenta para considerar un documento como una Ley son, por una parte que en su encabezamiento aparezca la palabra Ley, o Decreto, y por la otra, hay que atender al órgano que la expide o aprueba.

A su entender, la publicación de un documento legal es un requisito necesario para que se incorpore al mundo jurídico.

Es interesante el auto¹⁹⁸ emitido por el tribunal supremo, cuya cuestión a deliberar era la naturaleza de las relaciones de puestos de trabajo, en la que encontrando fundamento en la necesidad de publicarse en el BOE, para concluir su naturaleza de acto administrativo, indica que una disposición general que no venga condicionada para su vigencia por la exigencia general

¹⁹⁷ R. HERNÁNDEZ MARÍN, El Proceso De Creación De Derecho. <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142033.pdf>. Pág. 454.

¹⁹⁸ ATS de 21 de mayo de 2015. Sala III. Sección 1.

de publicación en el correspondiente Boletín, supone de por sí una tal anomalía en el sistema, que para poder darse, precisaría de la existencia de una disposición de la Ley que así lo establezca de modo inequívoco. Lo contrario supone moverse en un espacio de ambigüedad e incerteza incompatibles con las exigencias del principio constitucional de seguridad jurídica.

El Art. 2.1 Código Civil. establece como regla general, que una vez publicada la Ley, habrá un periodo durante el cual la Ley no se encontraría vigente, no podría exigirse su cumplimiento. Este periodo se denomina “*vacatio legis*”, y por regla general tendrá una duración de veinte días, salvo que la Ley expresamente disponga una “*vacatio legis*” diferente. En tal caso, si el legislador lo considera oportuno, y así lo hace constar en el propio texto normativo, en su disposición final, puede modificar el periodo previsto inicialmente en el Código Civil. sin necesidad de justificación alguna por su parte. Como viene siendo habitual, en más de alguna ocasión, el legislador ha considerado adecuado establecer que la Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial, eliminando por completo la posibilidad de que exista un plazo de “*vacatio legis*” por mínimo que este fuera.

En este último supuesto el legislador ha sido, ciertamente, muy poco considerado con las exigencias del principio de seguridad jurídica, en los términos que ha sido interpretado por el máximo intérprete de la Constitución. Igualmente, parece razonable pensar que esta forma de proceder es poco respetuosa con el principio de publicidad de las normas, pues cuando menos, durante la primera jornada de vigencia de la Ley el ciudadano se ha visto

privado del Derecho a conocer el contenido de la norma. Basta recordar lo manifestado por el tribunal constitucional en la sentencia a la que nos acabamos de referir, 3/2003, de 16 de enero, pues con claridad meridiana, en su FJ10º, señala que *“como toda disposición de carácter general, incluidas las normas presupuestarias, va dirigida a los ciudadanos, siendo éstos quienes deben alcanzar el conocimiento de su contenido”*.

En congruencia con lo interpretado por el tribunal constitucional sobre estos principios, de seguridad jurídica y de publicidad, en función del lugar en el que se encuentran en el propio texto constitucional, considerados como principios necesarios para materializar los valores de justicia, igualdad y libertad, considero que esta forma de proceder del legislador, o de la Administración autora de una disposición reglamentaria, sería contraria a las exigencias de los principios de seguridad jurídica y de publicidad de las normas. Sobre este particular entiendo que el Código Civil no puede interpretarse de forma contraria a la Constitución.

En todo caso, y por aplicación de lo previsto en el Art. 2.1 Código Civil en el que se recoge una cláusula general en virtud de la cual las Leyes entran en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, siempre que en la propia norma no se contenga de forma expresa otra cosa. Así, una vez publicada la norma, y transcurrido el plazo de *“vacatio legis”*, la misma iniciará su vigencia.

Las Leyes, igual que todas las normas jurídicas nacen con una vocación de permanencia y estabilidad, exigiendo el ordenamiento jurídico la vigencia

indefinida de la norma válida; vigencia indefinida que sólo será posible hasta que dicha norma sea sustituida o modificada por otra norma. Precisamente, en cuanto a la modificación, entendida esta expresión en el más amplio sentido, el uso de una técnica legislativa inadecuada puede conllevar también la afectación del principio constitucional de seguridad jurídica. En el mundo de las Leyes desbocadas en el que vivimos, donde las normas se van sucediendo de forma compulsiva, modificando unas a otras, deviene ardua la tarea de identificar donde se encuentra la regulación jurídica vigente sobre una materia e, incluso, por tanto, conocer o saber lo que es o no es Derecho, circunstancia esta que se agrava aún más cuando el legislador emplea una deficiente técnica legislativa.

3.3.3.- El Principio de Jerarquía Normativa.-

El principio de jerarquía normativa para FERNÁNDEZ SEGADO supone la existencia de una variedad de normas llamadas a estar relacionadas entre sí, tratándose, consecuentemente, de un principio en el que se relacionan las normas que regulen sobre una misma materia, y siempre que no sea el principio de competencia el que deba presidir la relación normativa.

El texto constitucional parte de la subordinación del Reglamento a la Ley, y en tal sentido este principio responde claramente para resolver los problemas que surgen entre los conflictos que pueda haber entre la Ley y el Reglamento.¹⁹⁹

¹⁹⁹J.A., SANTA MARIA PASTOR, Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo, La Ley, Madrid, 2010, p.569.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE JURÍDICA.

Este principio supone que, cuando ante varias normas aplicables a un supuesto concreto, ha de inclinarse por aquella que sea de rango superior.

Así, en la STC 51/1983, de 14 de junio, se afirma FJ2, sin demasiadas explicaciones añadidas, que el principio de jerarquía normativa debe entenderse incluido en el principio de legalidad, siquiera sea en la vertiente de éste relativa a la materia tributaria, en los términos de los Arts. 31.3 y 133.1 y 3 CE. Por su parte, en el ATC 292/1983, de 15 de junio, se reitera FJ2, en concreta relación con el principio que ahora nos ocupa, lo ya expuesto con carácter general en el sentido de que su vulneración no es susceptible de ser remediada en la vía del recurso de amparo ante el tribunal constitucional²⁰⁰. En este sentido, en la STC 62/2001, de 1 de marzo, se proclama, de modo rotundo en el FJ3.

3.3.4.- El Principio de Irretroactividad de las Disposiciones Sancionadoras no Favorables o Restrictivas de Derechos Individuales.-

La primera de las precisiones que exige este principio es la definición de qué se entiende por Irretroactividad. *FEDERICO DE CASTRO* la definió con suma claridad y concisión: Irretroactividad significa que la Ley se aplicará al futuro y no al pasado. Una Ley es, pues, retroactiva cuando sus efectos se proyectan sobre hechos, actos o relaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor.

²⁰⁰ A. MARRERO GARCÍA ROJO, Op. Cit. 2008, pp. 148 y ss.

Por su lado, el tribunal constitucional se ha encargado de precisar que, a los efectos del Art. 9º.3 CE, sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, en este sentido se pronunció la STC 99/1987, de 11 de junio), que lo que se prohíbe en el Art. 9º.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores..., STC 42/1986, de 10 de abril.

El principio de irretroactividad ya aparecía recogido por el artículo 2º.3 del Código Civil, a cuyo tenor: *Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario*. Quiere ello decir que el Código Civil establece un principio general de irretroactividad que evidentemente admite excepciones, en cuyo defecto ha de entenderse que la norma tan sólo posee efectos *pro futuro*.

La Constitución proclama el mismo principio de irretroactividad, si bien circunscribe los efectos de la retroactividad "*in peius*" de las Leyes a las disposiciones sancionadoras o a aquellas otras restrictivas de Derechos. Fuera de ello, nada impide constitucionalmente, que el legislador dote a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno. De esta forma lo ha entendido el tribunal constitucional en sentencia 27/1981, de 20 de julio, que estima que la interdicción absoluta de la retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de situaciones dadas, contrarias a la concepción que fluye del Art. 9º.2, STC 8/1982, de 4 de marzo. En definitiva, la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibile petrificación del

ordenamiento, SSTC 27/1981, 6/1983, de 4 de febrero, 99/1987, de 11 de junio y, entre otras muchas, 227/1988, de 29 de noviembre²⁰¹.

Tradicionalmente se viene considerando el rechazo de la arbitrariedad como el aspecto o manifestación negativa del principio de seguridad en el ámbito jurídico. De suerte que, aún lamentando su falta de mención expresa en la vigente Constitución española, puede considerarse incluido tanto dentro del principio de seguridad jurídica como, más específicamente, en el de Jerarquía normativa, Art. 9.3 CE, ya que este último constituye, desde un punto de vista formal, el instrumento técnico más apropiado para garantizar la seguridad jurídica, y simultáneamente, impedir la arbitrariedad de los órganos del Estado, tanto en el desarrollo de funciones normativas como cuando se dirigen a aplicar el Derecho vigente. Con todo, y aún reconociendo las mayores posibilidades que por facilidad de aprehensión y efectividad siempre ofrecen, en general, los instrumentos de carácter formal, cual es el principio de jerarquía normativa, en la defensa de los valores jurídicos, no debe perderse de vista que, pese a su carácter más abstracto y por ello mismo más controvertido, son los aspectos sustantivos materiales los que, en último término, dan vida a las instituciones jurídicas. En este sentido, el mayor relieve que en este estudio otorgamos a los mecanismos de carácter formal en la lucha contra la arbitrariedad, y en particular el respeto al principio de la jerarquía entre las fuentes normativas, no debe llevar a pensar que desconocemos o marginamos el papel que en esta lucha corresponde a los

²⁰¹F. FERNÁNDEZ SEGADO, Op. Cit., 1992, pp. 88 y ss.

principios generales del Derecho, tanto cuando los mismos están positivizados, en cuyo caso nos encontramos en el supuesto anterior, como cuando extienden su acción de bóveda protectora e informadora del ordenamiento jurídico, como afirma F. DE CASTRO.

El orden jerárquico de las normas, como dice SAINZ DE BUJANDA, constituye a la vez, una exigencia constitucional del principio de legalidad y un resorte técnico ineludible del de seguridad. De suerte que pudiendo extenderse la arbitrariedad de los órganos del Estado tanto a la esfera de creación como a la de aplicación del Derecho, es lógico que contemplemos la acción del principio de jerarquía normativa como mecanismo generador de seguridad y, simultáneamente, limitativo de la posible arbitrariedad de los órganos del Estado, en uno y otro ámbito.

En la esfera creadora de normas jurídicas, el principio de jerarquía normativa impone una gradación o escala que, por referirse a todos los órganos del Estado, obliga, en primer lugar, a la sumisión de las Leyes orgánicas y ordinarias a la Constitución y, consiguientemente, a la subordinación de las disposiciones normativas dictadas por las Comunidades Autónomas a las Leyes ordinarias y orgánicas. El control de la constitucionalidad de las Leyes está encomendado, en todo caso, al tribunal constitucional, Arts. 153.a) y 161.1.a). Cabe asimismo deducir de la letra del

Art. 161.2 que el tribunal constitucional podría conocer los conflictos planteados entre la legislación estatal y la legislación de la Entidades Autónomas²⁰².

F. CARNELUTTI²⁰³ adopta una posición conservadora moderada en la que parte de la afirmación de principio de que la frecuente mudanza de las Leyes es perturbadora para el Derecho y para la seguridad que el mismo debe inspirar al ciudadano, en cuanto que trastorna las previsiones normales de éste sobre los resultados de sus actos y los de sus conviventes.

La aspiración de la estabilidad en la Legalidad ha tenido ya reflejo en los textos constitucionales, patentizando una vez más la sensibilidad que el constitucionalismo moderno tiene por la seguridad jurídica en general, de la que la estabilidad legal constituye uno de los principales aspectos.

La Constitución Española de 1978 toma clara postura acerca de la cuestión, a dos niveles lógicamente diferentes:

El primero, correspondiente a la legalidad general, no admite excesivos condicionamientos, ya que es a través de esta tarea legislativa como el Estado ha de atender a solucionar cualquier necesidad social, de aparición con frecuencia imprevista. Pero al menos, las normas constitucionales sobre la iniciativa legislativa tasada y sobre el trámite de los proyectos y las proposiciones de Ley, regulados en los Art. 87 a 90 CE, sustrae estas posibilidades de los grupos de presión, corporativos, etc.; y al monopolizarlas

²⁰² E. GONZÁLEZ GARCIA, "Principio de la Legalidad Tributaria en la Constitución Española de 1978" en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Volumen II, Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1979, pp. 983 y ss.

²⁰³ F. CARNELUTTI *Discorsi intorno al Diritto*. Padova, ed. Cedam, 1937, pág. 167 y ss

en las estructuras democráticas del Estado preserva sin duda la estabilidad de la Legalidad producida a través de las mismas. Estas garantías se combinan con las que establecen los Art. 81 a 86 CE, que a su vez resguardan aquella estabilidad frente a los excesivos riesgos que ofrecería la frecuente mudanza de predominios de partidos antagónicos, mediante reforzar la mayoría parlamentaria para la aprobación de Leyes orgánicas; así como señalan los requisitos de las delegaciones legislativas y los Decretos-leyes y delimitan el alcance de las Leyes de Bases y Textos Refundidos.

El segundo nivel, correspondiente a la propia legalidad constitucional, es objeto de cuidadosa delimitación; ya que si toda estabilidad legal es un bien jurídico, la de esta suprema expresión de la misma que es el texto constitucional, constituye, como quintaesencia que es del ordenamiento jurídico de una sociedad política un bien de imprescindible garantía. Por esta vela el Título X de la propia Constitución, que se ocupa de la reforma constitucional, dedicando al tema los Arts.166 a 169 CE, que aseguran esa estabilidad también a otros dos niveles. El máximo, dos tercios de cada Cámara, disolución de ambas y ratificación por igual *quórum* de cada una de las renovadas; más referéndum necesario, es el que se señala para las propuestas de revisión total, o parciales que afectaren a la quintaesencia de la quintaesencia; es decir, al contenido del Título Preliminar, parte del cual está constituido por los valores superiores y los principios informadores, o del capítulo segundo, sección primera del Título I, Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, o del Título II, la Corona. El mínimo, para las demás revisiones que no tengan esa cualificada trascendencia, se fija en tres quintos

de cada Cámara en caso de acuerdo entre ambas, ya directo, o ya mediante intervención de una Comisión Paritaria; y en su defecto, en mayoría absoluta del Senado y de dos tercios del Congreso, requiriéndose ratificación por referéndum sólo en el caso de que dentro de un plazo de quince días siguientes a la aprobación, lo solicitare un décimo de cualquiera de ambas Cámaras. Cierra el Título la fundamental disposición que veda la reforma constitucional en tiempo de guerra o de alarma, sitio o excepción²⁰⁴.

3.3.5.- El Principio de Seguridad Jurídica.-

Ya se indicó que el Derecho pretende la ordenación de la convivencia social y tal ordenación, para ser efectiva, exige ineludiblemente la presencia de una cierta seguridad. Las ideas de orden y seguridad forman parte de la noción del Derecho, pues nunca se puede hablar de Derecho si no existe un cierto orden y una determinada seguridad. La seguridad es un valor jurídico cuya realización por parte del Derecho aparece como una tarea urgente e inexcusable. Pero no sólo un valor jurídico en el sentido de la pura expresión de *un deber ser*, esto es, como algo que el Derecho debe conseguir.

Claro es que una aplicación extensiva de este principio impediría la derogación de la legislación vigente y su sustitución por otra nueva con soluciones no previstas. Advirtamos, desde ahora, que este es un riesgo no cubierto por el principio de seguridad jurídica; en esta materia basta con la irretroactividad en la forma antes explicada. Por eso, hemos de concluir que se

²⁰⁴ J. L. MEZQUITA DEL CACHO, Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar, teoría de la Seguridad Jurídica, Bosch, Primera Edición Barcelona, 1989, pp. 172 y ss.

trata de un principio genérico que se diluye casi exclusivamente en el resto de los principios enumerados en el Art. 9.3 CE.

De modo que la seguridad jurídica consiste en:

- 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.
- 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. 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 del Derecho libre. *RECHTSFINDUNG*²⁰⁵.

El principio de seguridad jurídica puede entenderse como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes, STC 147/1986, de 25 de noviembre.

Desde otra perspectiva, se ha dicho como recuerda *VILLAR PALASÍ*, que seguridad jurídica equivale a *predictibilidad*, o lo que es igual, a poder predecir de antemano las consecuencias jurídicas de nuestros propios actos.

²⁰⁵ F. GARRIDO FALLA, en Comentarios a la Constitución, Segunda Edición Ampliada, Civitas, Madrid, 1985, pp. 158 y ss.

Desde esta óptica, seguridad jurídica es tanto como saber a qué atenerse o, como dicen los tratadistas ingleses, *legal security means protection of confidence*.

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en un valor absoluto por cuanto, en tal caso, daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso. Proyectando esta doctrina hacia el sistema tributario, nuestro máximo intérprete de la Constitución ha entendido, STC 126/1987, de 16 de julio, que el principio de seguridad jurídica, consagrado por el artículo 9º.3, no puede entenderse como un Derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal.

En esta misma línea, el tribunal constitucional ha rechazado que pueda invocarse el principio de seguridad jurídica para hacer valer ante él, y frente al legislador, Derechos adquiridos, STC 108/1986, de 26 de julio.

De tal posicionamiento puede desprenderse que el principio de seguridad jurídica vincula al legislador, de tal modo que una norma legal incierta o que cause incertidumbre deberá reputarse ilegítima desde la óptica constitucional, como se infiere de la doctrina constitucional, STC 99/1987, de 11 de junio.

La seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene tal principio, SSTC 4/1981; 99/1987; 227/1988.

La idea que venimos repitiendo sobre la función estructural y funcional del principio de seguridad jurídica, ha sido incorporada en la Constitución de 1978, siendo revelador de la trascendencia que el constituyente le confirió a este principio con su incorporación en el Preámbulo²⁰⁶.

La jurisprudencia del tribunal constitucional ha tendido a paliar la defectuosa formulación del artículo 9.3 al propugnar una interpretación unitaria de la seguridad jurídica, a través de la conjugación sistemática de sus diversos aspectos y manifestaciones. En función de ello recuerda que los principios de: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el artículo 9.3, 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 a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho. De lo que se infiere un concepto de seguridad jurídica como 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 permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad.

²⁰⁶ Preámbulo de la Constitución española. “ La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran . . . “

Esa concepción unitaria, acumulativa y omnicomprensiva de la seguridad jurídica no excluye la posibilidad de invocar cada una de sus manifestaciones o requisitos de forma autónoma, como una categoría normativa dotada de significación propia. Se advierte, por parte de nuestra más alta instancia jurisdiccional, que los principios consagrados en el artículo 9.3 CE como atributos de la seguridad jurídica, no son compartimientos estancos, sino intercomunicables, cobrando cada uno de ellos valor en función de los demás... Pero eso no quiere decir que no tenga valor por sí mismo y que su consideración sea superflua²⁰⁷.

El principio de seguridad jurídica proyecta una dimensión especial en su relación al ejercicio de la potestad sancionadora, cobrando especial importancia el aspecto relativo a la certeza de la norma, entendida como previsibilidad sobre los efectos de su aplicación. 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. En este orden de exigencias 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, SSTC 50/1990; 111/2004.

El Derecho fundamental a la legalidad sancionadora, Art. 25.1CE, en relación con el principio de seguridad jurídica, exige que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora sea la propia resolución

²⁰⁷ A. E. PÉREZ LUÑO, La Seguridad Jurídica, Ariel Derecho, Barcelona, Edición Febrero 1991, pp. 13 y ss.

administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación, Arts. 54.1.a) y 138.1 LRJPAC, identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano, en virtud de que concretas normas con rango legal se le sanciona, sin que esté excluido, como acaba de exponerse, que una norma de rango reglamentario desarrolle o concrete el precepto o los preceptos legales a cuya identificación directa o razonablemente sencilla al sancionado tiene un Derecho que se deriva del Art. 25 CE, STC 161/2003.

Existe una vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, que incorpora el mandato de taxatividad o de Ley cierta, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones, entre otras, SSTC 142/1999; 123/2001. Este mandato es una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica, SSTC 273/2000; 196/2002, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las Leyes sancionadoras con el máximo esfuerzo posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones, STC 62/1982. La garantía material conlleva la exigencia de que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, SSTC 116/1193; 53/1194; 151/1997; 124/2000; y 113/2002. Esta garantía conlleva la inabmisibilidad de formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión

prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador, SSTC 34/1996; 100/2003.

El principio de legalidad sancionadora impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las Leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente, pero similares a los que si contempla, no permitiendo, por consiguiente, la aplicación analógica peyorativa de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y son objetivamente perseguibles, STC 137/1997.

El principio de seguridad jurídica puede entenderse como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes, STC 147/1986, de 25 de noviembre.

Diversas resoluciones del tribunal constitucional han tenido ocasión de destacar la esencial trascendencia que, al menos desde un punto de vista teórico, reviste el principio constitucional que ahora nos ocupa. Así, ya en la STC 133/1989, de 19 de julio, se alude al valor de la seguridad jurídica, que está proclamado, junto con otros principios constitucionales en el Art. 9.3 CE, y que aunque no es, por eso, un valor constitucional invocable a través del recurso de amparo constitucional, ello es sin perjuicio de que haya de informar

el ordenamiento jurídico y presidir la conducta de los Poderes Públicos. Como se señala en la STC 165/1999 de 27 de septiembre, aunque la seguridad jurídica no se configura en nuestro texto constitucional como un Derecho subjetivo y, menos aún, de naturaleza fundamental a efectos de una más intensa tutela jurisdiccional a través del recurso de amparo, no debe olvidarse su carácter de denominador común de tantas categorías jurídicas, contribuyendo a perfilarlas e incluso a entenderlas. Se ha distinguido en su contenido una doble vertiente, la subjetiva, relativa a la certeza de la norma, y la objetiva, reconducible a la idea de previsibilidad, pero sin desconocer la existencia de otros componentes en el principio, STC 273/2000, de 15 de noviembre.

También se ha señalado que el principio garantiza la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes, STC 147/1986, de 25 de noviembre, supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho. STC 36/1991, de 14 de febrero²⁰⁸.

La verdadera seguridad jurídica sólo surge de la conciencia colectiva de la juridicidad del Sistema.

²⁰⁸ A. MARRERO GARCÍA ROJO, "Los principios garantizados en la Constitución" en Op. Cit. 2009, pp. 159 y ss.

*La seguridad jurídica se ha consolidado como noción medular de la Teoría General del Derecho*²⁰⁹.

La legalidad constituye así el nuevo y más firme basamento de la seguridad por el Derecho, pero al mismo tiempo inaugura una nueva seguridad en el Derecho; ya que a partir de ahora, y desde la autoconsciencia de su función de seguridad, el Derecho se ofrece al ciudadano no sólo como un instrumento revestido, para cumplir ese objetivo, de una certeza suficiente, ofreciéndose al ciudadano como seguro en sí mismo por lo que respecta a esos fines²¹⁰.

Pese al rasgo de complementariedad apuntado en el párrafo anterior, el conflicto más importante que se plantea entre los elementos de la idea del Derecho se da entre la justicia y la seguridad jurídica. Por un lado, la seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto; y, por otra parte, la aplicación uniforme de un Derecho injusto, su aplicación igual y sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que constituye la médula de la justicia.

Según RADBRUCH, y siendo la seguridad jurídica una forma de la justicia, cuando hay un conflicto entre ambas, entre una Ley que falla en su contenido, pero que es positiva, y un Derecho justo, pero que no ha adquirido

²⁰⁹ J. L. MEZQUITA DEL CACHO, Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar, Teoría de la Seguridad Jurídica, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 31 y ss.

²¹⁰ J. L. MEZQUITA DEL CACHO, Op. Cit., 1989, pp. 64 y ss.

la consistencia de una Ley, *estamos ante un conflicto entre la justicia aparente y la verdadera*²¹¹.

La seguridad jurídica es un principio de Derecho que se entiende y se basa en la certeza del Derecho, tanto en el ámbito de su conocimiento como en su aplicación, y representa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público a la hora de desarrollar una determinada actividad en las relaciones con los demás ciudadanos, y organizaciones públicas y privadas.

La palabra seguridad, como se sabe, proviene del latín *securitas*, y equivale a tanto a estar seguros de algo y libre de cuidados. De acuerdo con ello, cuando se habla de seguridad jurídica se está uno refiriendo a la garantía de que la persona, los bienes y los Derechos de cualquiera que actúe de una determinada manera no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, tendría asegurada la protección y reparación de los mismos²¹².

Ha sido reiteradamente analizado por el tribunal constitucional para llegar a un concepto del mismo que la STC 234/2012, de 13 de diciembre, con cita de la STC 136/2011, de 13 de septiembre, según el cual este principio debe entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los

²¹¹G. RADBRUCH, *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las Leyes*, En G. RADBRUCH, E. SCHMIDT, H. WELZEL, *Derecho Injusto y Derecho Nulo*, Trad. e introducción J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, Aguilar, Madrid, 1971, p.13.

²¹² G. MOLINER TAMBORERO, *La garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación*, *Tribuna abierta*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 35-2013. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3904/documento/tribuna.pdf?id=4786>

intereses jurídicamente tutelados, STS 15/1986, de 31 de enero, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación en la aplicación del Derecho, STC 36/1991, de 14 de febrero, o como la claridad del legislador y no la confusión normativa, STC 46/1990, de 15 de marzo habiendo recalcado igualmente la importancia de este principio al señalar cómo «sin seguridad jurídica no hay Estado de Derecho digno de ese nombre, pues «es la razonable pre visión de las consecuencias jurídicas de las conductas de acuerdo con el ordenamiento y su aplicación por los tribunales, la que permite a los ciudadanos gozar de una tranquila convivencia y garantiza la paz social y el desarrollo económico». Esta garantía de seguridad tiene dos vertientes, claramente reconocidas en las sentencias constitucionales antes recogidas en definitiva: la objetiva, referida a la certeza sobre la norma; y la subjetiva, referida a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los Poderes Públicos. Es lógico que cuando se hable de la seguridad jurídica la referencia normal sea a la que debe dar cualquier sistema jurídico normativo, y por ello cuando se trata de ver en qué se traduce el contenido de ese principio se haga referencia concreta al principio de irretroactividad de «la Ley», a su publicidad previa, a la tipificación legal de los delitos y de las penas, a la necesidad de respetar «la cosa juzgada», al respeto debido a la caducidad de las acciones y la prescripción de los Derechos, etc., pues todo ello en su conjunto es en lo que se concreta el elemento objetivo integrante de la seguridad que se debe garantizar. Pero aunque, por supuesto, la garantía máxima de seguridad viene determinada por lo dispuesto en la normativa rectora de cualquier actividad privada, no es posible olvidar que, en la medida

en que las Leyes son susceptibles de interpretación por cuanto no siempre tienen la claridad que sería de desear, o en la medida en que deben ser aplicadas a supuestos concretos no siempre susceptibles de fácil acomodación a las previsiones de aquéllas, cuando hablamos de seguridad jurídica es inevitable hacer referencia concreta a aquel aspecto subjetivo de la misma, o sea a la seguridad que debe dar igualmente la interpretación y aplicación de aquellas normas hecha por quienes tienen encomendada aquella función, que no son otros que los jueces y tribunales de conformidad con el artículo 117.2 CE, o sea en la razonable expectativa de que las normas van a ser interpretadas y aplicadas en un sentido concreto de donde deriva la exigencia de que esa interpretación y aplicación garantista de las normas tenga uniformidad y continuidad, puesto que sólo con ello se puede generar seguridad en el aspecto subjetivo. El presente trabajo no tiene por objeto abordar las exigencias de seguridad derivada de la certeza de las normas con sus exigencias objetivas, sino que sobre este particular existen numerosas aportaciones doctrinales, entre las que pueden citarse como más recientes las que su objeto se concreta en determinar cómo funciona o debería funcionar un sistema jurídico para que desde la actividad jurisdiccional se consiguiera dar esa garantía de aplicación uniforme del Derecho en qué consiste la seguridad jurídica en el aspecto subjetivo antes indicado²¹³.

²¹³ G. MOLINER TAMBORERO, La garantía de seguridad jurídica en las sentencias de casación. Tribuna abierta. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 35-2013. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3904/documento/tribuna.pdf?id=4786>

Se pone así de manifiesto una concepción de la seguridad jurídica en términos de Derecho positivo y que englobaría tanto su vertiente formal como su vertiente material. La jurisprudencia constitucional no ha sido ajena a esta doble acepción de la seguridad jurídica. Así, puede leerse en la STC 37/2012: «(...) en asuntos similares al presente, debe declararse que no cabe apreciar aquí incidencia en la vertiente objetiva, certeza ni en la subjetiva previsibilidad del principio de seguridad jurídica (...)»²¹⁴

Desde una perspectiva material, la seguridad jurídica se concretaría, como ya ha quedado dicho, en la estabilidad del ordenamiento jurídico y, por tanto, en la confianza de los ciudadanos en que el contenido de aquel no va a ser modificado de forma arbitraria. Como pone de manifiesto GARCÍA NOVOA, el principio de seguridad jurídica incluye la pretensión de estabilidad de la norma jurídica, expresión formal de la confianza del ciudadano en el Derecho, lo que debe servir para reprobar los cambios normativos excesivos. Por decirlo con otras palabras: en lo que se refiere a su vertiente material, la seguridad jurídica se circunscribiría a la previsibilidad en la aplicación del Derecho por parte de los poderes públicos; previsibilidad que proporciona a los ciudadanos la necesaria certidumbre sobre cuál va ser el comportamiento de los demás ciudadanos. Desde esta perspectiva, pues, bien podemos afirmar que la

²¹⁴De manera similar, en la STC 273/2000 puede leerse: «(...) en el presente caso son los aspectos relativos a la certeza de la norma y la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos los que reclaman nuestra atención. Comenzaremos analizando la primera de estas vertientes, que podemos denominar objetiva, del principio de seguridad, para abordar posteriormente el examen de la conformidad del precepto legal cuestionado con la vertiente subjetiva».

seguridad jurídica deviene esencial para la existencia de un verdadero orden social, esto es, de una convivencia social ordenada. El tribunal constitucional tampoco ha pasado por alto esta vertiente material del principio de seguridad jurídica. Así, en la STC 83/2005 puede leerse que la seguridad jurídica ha de entenderse como «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho»²¹⁵ y en la STC 273/00 afirma el tribunal que dicho principio «protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles (...)»²¹⁶.

Ahora bien, la estabilidad y la consiguiente confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico no puede conllevar la inamovilidad del mismo, debiendo adaptarse a la realidad social.

Es de destacar que en el ámbito del Derecho Administrativo tiene especial relevancia el principio de confianza legítima por virtud del cual se protege la confianza de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no se va a ver alterada de forma arbitraria. Como señala PALMA FERNÁNDEZ, en los casos en que exista una confianza legítima en el final del procedimiento cuando éste ha sido tramitado y sostenido por una determinada regulación jurídica, no puede invocarse un cambio de criterio de la Administración Pública competente para afectar al particular mediante una alteración del proyectado acto administrativo. Este principio de confianza legítima procede del Derecho alemán y fue asumido por la

²¹⁵ También, entre otras, la STC 36/91 y 37/2012.

²¹⁶ También, entre otras, la STC 150/90, 182/97 y 234/2001.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Asimismo, en el ordenamiento jurídico español se ha introducido por el legislador y por la jurisprudencia del tribunal supremo. En efecto, en el artículo 3.1 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se establece expresamente que las Administraciones Públicas «deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima», señalando el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 por la que se introdujeron dichos principios en la mentada LRJAP y PAC que el principio de confianza legítima es un principio derivado del principio de seguridad jurídica. Por su parte, en la sentencia de 16 de mayo de 2000 afirma el tribunal supremo: "... Para examinar si esto es así es menester utilizar varios criterios.

Entre ellos reviste singular interés el relacionado con la observancia del principio de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, la seguridad jurídica y el equilibrio de prestaciones. Estos conceptos, utilizados por las sentencias de esta Sala últimamente citadas, están estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima enunciado por el tribunal superior de justicia de las comunidades europeas.

La virtualidad de este principio puede comportar la anulación y, cuando menos, obliga a responder en el marco comunitario, de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables generadoras de

esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias, ni les reconoce un Derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja».

LÓPEZ DE OÑATE denunciaba que la Legalidad de hoy adolece de certeza, mas no tanto por insuficiencia, que en los ordenamientos de hoy se ataja con fórmulas de cierre mediante invocación a la analogía, cuanto por complejidad, oscuridad tecnicista y por inestabilidad derivada de excesiva mudanza. Cuando no por su misma hipertrofia, bien sea por abundancia, o bien por extensión o prolijidad. CUENCA ANAYA, además de referirse a estos mismos puntos de crítica, añade la del puro formalismo aparential en el respeto a los principios generales, mientras con frecuencia y facilidad sorprendentes, se les violenta en la entraña²¹⁷.

Sin embargo, en muchas ocasiones esto dista bastante de la realidad y el uso de una inadecuada técnica legislativa en lo que a la derogación se refiere conlleva o puede conllevar que el principio de la seguridad jurídica se vea afectado.

Pero, como venimos diciendo, lo más frecuente es que la Ley no tenga límite temporal de aplicación y, por consiguiente, su vigencia se proyecte al futuro mientras que no se dicte una nueva Ley que la contradiga o derogue. En

²¹⁷J. L. MEZQUITA DEL CACHO, Op. Cit., 1989, pp. 207 y ss.

tal sentido, establece el artículo 2º.2 del Código Civil que las Leyes sólo se derogan por otras posteriores.

Derogar, pues, significa dejar sin efecto, sin vigor, una Ley preexistente por publicarse una nueva disposición normativa que contempla o regula los mismos supuestos o materias que la antigua. Naturalmente, la derogación depende en exclusiva de cuanto disponga la nueva Ley, que puede:

- a) Dejar absolutamente privada de efecto y vigencia la Ley anterior, *derogación total*; o
- b) Establecer la *derogación parcial* de la Ley preexistente; la cual, en lo demás seguirá rigiendo.

Optar por una u otra clase de derogación es una cuestión técnica que no permite grandes generalizaciones. Depende de muchos factores extensión y cualidad de la Ley anterior, relativa compatibilidad con la nueva, oportunidad política de airear o soterrar el cambio legislativo, etc. Que se resiste a consideraciones escolásticas y sistemáticas. De ahí que el artículo 2º.2 del Código Civil se limite a decir que 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.

El precepto transcrito manifiesta que la derogación puede tener lugar de dos formas fundamentales:

- a) *Expresa*. Cuando la Ley nueva indica, explícitamente, relacionándolas o identificándolas, las Leyes anteriores que quedan derogadas,

o bien cuando el legislador opta por la cómoda fórmula de establecer que cualquier disposición que se oponga a la nueva regulación queda derogada.

b) *Tácita*. Aunque la nueva Ley no disponga nada respecto de la derogación de las preexistentes, es obvio que una misma materia no puede ser regulada por dos disposiciones normativas contrastantes; y que, en tal caso, aunque el legislador no haya manifestado la eficacia derogatoria de la nueva disposición, ésta se produce por imperativo del artículo 2º.2 del Código Civil²¹⁸.

3.4.- INTERPRETACIÓN DEL TC. UNA VISIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.- TC.

3.4.1.- El Principio de Igualdad.-

El Principio de igualdad en la Ley: no resulta vulnerado por la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género.-

La STC 76/2008, de 3 de julio, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el primer inciso del artículo 153.1 del Código Penal, redactado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. El inciso cuestionado sanciona “con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del Derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un

²¹⁸ C. LASARTE ÁLVAREZ, Principios de Derecho Civil, Tomo Primero, Parte general y derecho de la persona, Trivium, Madrid, 5ª Edición, 1996, pp. 117 y ss.

día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años” a quien “por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”.

La duda central de la cuestión planteada se refiere a la existencia de un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al Art. 14 CE. Dado que el tipo penal descrito supone una autoría exclusivamente masculina, resultará que la pena privativa de libertad imponible en su caso a un varón que maltrate del modo descrito en el artículo, a quién es, o fue su pareja afectiva femenina será de seis meses a un año, mientras que el mismo maltrato en los demás supuestos, maltratos de una mujer o maltratos de un varón hacía otro, o hacia los demás sujetos del Art. 173.2 CP tendrá en todo caso un marco penal inferior: el límite mínimo de la pena alternativa de prisión será de tres meses, Art. 153.2 CP.

Sobre esta cuestión ya se había pronunciado la STC 59/2008, de 14 de mayo. En esta sentencia se analiza la posible vulneración del Art. 14 CE, en su doble vertiente: principio general y prohibición de discriminación.

El tribunal descarta que en este caso se plantee un supuesto de interdicción de la discriminación, ya que el sexo de los sujetos activo y pasivo no constituye un factor exclusivo y determinante del tratamiento diferenciado.

La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas se dirigen a la parte más débil de la relación.

Tampoco en este caso se ha vulnerado el principio de igualdad. El principio general de igualdad del Art. 14 CE exige que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación. En este supuesto el tribunal considera que la regulación está justificada desde el punto de vista de su finalidad y es adecuada en atención a ésta, por lo que considera que la regulación de la Ley en cuestión es conforme con la Constitución²¹⁹.

3.4.2.- El Principio de Irretroactividad.-

El principio de irretroactividad de disposiciones desfavorables: no prohíbe una regulación transitoria. En tal sentido se pronunció la STS de 14 de diciembre de 2010. El tribunal *a quo había* estimado parcialmente el recurso

²¹⁹A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, "Fuentes del Derecho", RJA, nº 41, 2008, pp. 148 y ss.

contencioso-administrativo interpuesto contra un Decreto del Gobierno de Canarias, anulando su disposición transitoria primera, apoyándose en que establecía una aplicación retroactiva de los criterios establecidos en el Decreto impugnado a las solicitudes en curso en el momento de su entrada en vigor, que limitaban los Derechos de libertad de empresa y libertad de establecimiento, de modo que se producía una vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables o limitativas de Derechos consagrado en el art. 9.3 CE. Al respecto señaló el tribunal autonómico que “los principios de buena fe, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, proclamados en el art. 9 CE, obligan a otorgar protección a quienes legítimamente han podido confiar en la estabilidad de ciertas situaciones jurídicas regularmente constituidas en base a las cuales pueden haberse adoptado decisiones que afecten no sólo al presente, sino también al futuro condicionando éste, lo cual no sólo es legítimo hacerlo, sino que es lo que cabe esperar de eso que se ha dado en llamar la conducta del buen padre de familia. De aquí, que lo que rotundamente no puede aceptarse es que una norma, ni reglamentaria ni legal, produzca una brusca alteración en una situación regularmente constituida al amparo de una legislación anterior, desarticulando por sorpresa una situación en cuya perdurabilidad podía legítimamente confiarse. Por ello, esos cambios sólo pueden admitirse cuando así lo imponga el interés público y, en todo caso, ofreciendo medios y tiempo razonable para replantear las situaciones individuales afectadas”, concluyendo que en este caso se establece una retroactividad máxima de la regulación, sin que se

produzca un equilibrio de los intereses en juego, por lo que la disposición debe considerarse nula.

Frente a esta argumentación el recurso de casación se apoyó en la vulneración del Art. 9.3 CE y en la jurisprudencia consolidada del tribunal supremo y del tribunal constitucional sobre la irretroactividad de los reglamentos, acogiendo plenamente el alto tribunal este motivo casacional, al entender que la sala *a quo* vulnera la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el Art. 9.3 CE. En efecto, entiende que no cabe afirmar que la norma reglamentaria impugnada restrinja Derechos y Libertades Fundamentales constitucionalmente garantizados, pues según la doctrina del tribunal constitucional la restricción de Derechos individuales, prohibida por el art. 9.3 CE ha de poder equipararse a la idea de sanción. Por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, o en la esfera general de protección de la persona. Además, el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un Derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen, aunque impide cambios arbitrarios que no sean razonablemente previsibles. En conclusión, afirma el tribunal supremo que no cabe entender que la previsión de un régimen transitorio que pretende la salvaguarda de intereses públicos, vinculados a la ordenación de la actividad comercial con la finalidad razonable de conseguir un nivel de equipamientos comerciales adecuados a las necesidades de la población de la Comunidad Autónoma de Canarias, infrinja la prohibición de irretroactividad de

las normas limitativas de Derechos individuales, o afecte lesivamente a otros principios constitucionales²²⁰..

3.4.3.- El Principio de Interdicción de la Arbitrariedad.-

Este principio se vulnera cuando una norma es discriminatoria o carece de toda justificación, e igualmente cuando la regulación produce una discriminación o carece de toda explicación racional.-

En la STC 135/2012, de 19 de junio, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra la nueva redacción del artículo único 20 de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

En esta Sentencia se plantea la vulneración por parte del legislador estatal del principio de interdicción de la arbitrariedad. Esta posible vulneración exige una doble verificación: en primer lugar, la determinación de si la norma legal cuestionada establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad; y, en segundo lugar, no estableciéndola carece de toda explicación racional, pues supondría una arbitrariedad. Es suficiente que una determinada norma legal posea una finalidad legítima y racional y que el

²²⁰ A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, "Fuentes del Derecho", RJA, nº 52, 2011, pp. 120 y ss.

medio adoptado no sea discriminatorio para que quede ahí agotado el enjuiciamiento de su posible arbitrariedad.

En el caso planteado en la sentencia objeto de análisis, en aplicación de la doctrina expuesta, se concluye que la medida adoptada por el legislador, establecer un principio de preferencia a favor de la empresa que ya opera en la zona geográfica, podrá ser criticable desde un punto de vista técnico o económico, pero no vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad, Art. 9.3 CE, pues ni la medida adoptada establece una discriminación arbitraria, ni tampoco carece de una finalidad razonable. El tribunal aclara que el diferente tratamiento que el precepto establece entre las posibles empresas distribuidoras en función de que dispongan, o no, de autorización administrativa previa para una zona determinada no resulta arbitrario ni carente de finalidad, al perseguir que las empresas tengan que realizar unas menores inversiones y con ello lograr una menor carga económica para el consumidor final²²¹ ..

En la STC 19/2013, de 31 de enero, el tribunal recuerda su jurisprudencia sobre el principio de interdicción de arbitrariedad consagrado por el artículo 9.3 CE en los términos que se exponen a continuación: “el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda justificación, lo que también evidentemente

²²¹ A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, “Fuentes del Derecho”, RJA, nº 57, 2012, pp. 141 y ss.

supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias”.

El tribunal relaciona el principio de interdicción de la arbitrariedad con el de seguridad jurídica, considerando que la observancia estricta de esta línea argumental abocaría a la petrificación del ordenamiento desde el momento en que una norma promulgada hubiese generado en un sector de la ciudadanía o entre algunos Poderes Públicos la confianza en su vigencia más o menos duradera..., y no sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con nuestra doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima, no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento”.

En este mismo sentido la STC 51/2003, de 28 de febrero, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, en relación con el Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, aplicando y consolidando la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia en párrafos anteriores²²².

²²² A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, “Fuentes del Derecho”, RJA, nº 60, 2013, pp. 121 y ss.

Los principios de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica se vulneran por una aprobación de una regulación retroactiva que no reúna condiciones especiales que la justifiquen.

En la STC 74/2010, de 18 de octubre, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 996-2010, considerando el tribunal “que la citada regulación infringe el Art. 9.3 CE, alegando que el precepto impugnado tiene indudable carácter retroactivo, en cuanto permite la práctica de nuevas liquidaciones que sustituyan a las anteriores anuladas, sin que concurren exigencias cualificadas de interés común que puedan resultar prevalentes y justifiquen su legitimidad constitucional. El tribunal hace una remisión más detallada de la argumentación sobre esta cuestión a las SSTC 116/2009, de 18 de mayo; 146/2009, de 15 de junio y 161/2009, de 29 de junio²²³.

En la STS de 15 noviembre de 1999, se afirmó que “la retroactividad de las normas en nuestro ordenamiento viene marcada por los 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 Art. 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

²²³ A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, “Fuentes del Derecho”, RJA, nº 50, 2010, p. 135.

que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de Derechos”

En la STC 182/1997, de 28 de octubre, se plasma la doctrina del máximo intérprete de la Constitución respecto de los principios de irretroactividad de las normas restrictivas de Derechos individuales y de seguridad jurídica.

El tribunal constitucional ha declarado que no existe una prohibición constitucional de la legislación retroactiva que pueda hacerse derivar del principio de irretroactividad tal como está consagrado en el Art. 9.3 CE, pues el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las Leyes que el Art. 9.3 de la norma suprema garantiza no es general, sino que está referido exclusivamente a las Leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de Derechos individuales.

En efecto el Art. 9.3 señala que “la Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de Derechos individuales (...)”.

Sobre la retroactividad de las normas el Art. 2.3 Código Civil, en perfecta consonancia con el 9.3.º CE, establece con nitidez que las Leyes carecen de eficacia retroactiva si no dispusieren lo contrario, lo que, en principio parece que obliga, no sólo a declarar su irretroactividad en los casos en que ella no se establezca, sino incluso a interpretar el tema restrictivamente en los supuestos en que así se contemple.

Sin embargo puede afirmarse que no existe una interdicción general de la retroactividad de las normas, antes al contrario, fuera de las materias

respecto de las que el Art. 9.3 CE veta totalmente la retroactividad, es posible que se dote a la Ley del ámbito de retroactividad que el legislador considere oportuno, disponiendo éste, por consiguiente, de un amplio margen de discrecionalidad política²²⁴. En todo caso, cualquiera que sea el criterio interpretativo que se adopte en relación con el mencionado art. 2.3 Código Civil, en este sentido se pronuncia la STS de 15 noviembre de 1999, ya se entienda que establece una regulación subsidiaria común para cualquier disposición escrita con carácter de generalidad, SSTS de 15 de abril de 1997 y 26 de febrero de 1999, o se sostenga 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, en principio, las normas reglamentarias retroactivas que sean claramente restrictivas de Derechos individuales.

3.4.4.- El Principio de Seguridad Jurídica.-

El principio de seguridad jurídica: no se infringe cuando se remite a los planes la concreción de conceptos jurídicos indeterminados. En este sentido se pronuncia la STC 19/2013, de 31 de enero, estableciendo que el principio de seguridad jurídica se entiende vulnerado cuando el contenido o las omisiones de un texto normativo producen confusión o dudas que generan en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos.

²²⁴STC 150/1990, FJ 8.º

Según la doctrina del tribunal constitucional, el principio de seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando “la claridad y no la confusión normativa”, de tal manera que “solo 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 normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica”.

En la STC 238/2007, de 21 de noviembre, se plantea la posible infracción de este principio en el proceso de adjudicación del Fondo de Compensación Interterritorial. El Gobierno de la Nación comunica a las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía beneficiarias del Fondo de compensación interterritorial la cifra que, de conformidad con sus previsiones, va a constituir la base de cálculo del citado instrumento; posteriormente se suele producir algún desfase en más o en menos derivado de fijar la cifra definitiva de la inversión pública del Estado y de sus organismos autónomos. A juicio del tribunal, esta regulación en modo alguno afecta al principio de seguridad jurídica, ya que las Comunidades Autónomas receptoras del citado Fondo pueden conocer de forma anticipada y precisa la cifra que les permite proyectar sus inversiones. No existe, pues, falta de claridad o confusión normativa en los preceptos impugnados que puedan generar en sus destinatarios, las Comunidades Autónomas y, desde el día 1 de

enero de 2002, también las Ciudades con Estatuto de Autonomía, una incertidumbre insuperable acerca de la conducta que deban adoptar, sino una forma de actuar de los poderes públicos implicados que, aun cuando pueda admitir ofrecer otras alternativas, carece de relevancia constitucional. En este sentido, STC 248/2007, de 13 de diciembre²²⁵.

El principio de seguridad jurídica: no se vulnera por una inclusión regulatoria en una Ley de acompañamiento, estableciéndose de esta manera en la STC 102/2012, de 8 de mayo, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra determinados preceptos de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, relativa a la regulación del trasvase Tajo-Segura. El tribunal recuerda su Jurisprudencia sobre esta cuestión, en virtud de la cual la publicación de una disposición en el Boletín Oficial del Estado es suficiente para garantizar el conocimiento de la norma. En este sentido, el tribunal declara que en este caso podrá considerarse que el procedimiento utilizado manifiesta una mala técnica legislativa, pero no que infringe el Art. 9.3 CE, y añade que no corresponde al tribunal constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las Leyes. Sobre esta cuestión también tiene interés la STC 120/2012, de 5 de junio²²⁶.

²²⁵A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, "Fuentes del Derecho", RJA, nº 39, 2008, pp. 132 y ss.

²²⁶ A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, "Fuentes del Derecho", RJA, nº 57, 2012, pp. 141 y ss.

El principio de seguridad jurídica: protege la expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho.

En la Sentencia a la que se hace referencia en el apartado anterior se analiza la posible infracción del principio de seguridad jurídica, garantizado en el Art. 9.3 CE, en relación con la redacción del artículo 3, apartado 2, del Decreto del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias 280/2007, de 19 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Campamentos de Turismo. Este precepto establece que “se entiende por acampada libre, la instalación eventual de tiendas de campaña, caravanas u otros albergues móviles con intención de permanecer y pernoctar en lugares distintos a los campamentos de turismo autorizados”.

Los recurrentes alegan que la citada definición de “acampada libre” vulnera el principio de seguridad jurídica debido a la “incerteza” u “oscuridad” de la expresión “intención de permanecer” que aplica el artículo 3.2 del Decreto del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias 280/2007, de 19 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Campamentos de Turismo.

El tribunal supremo rechaza que esta regulación sea contraria al principio de legalidad por acoger “conceptos o términos indeterminados que amparan un halo de incerteza” en las relaciones de los conductores de autocaravanas con los Poderes Públicos. En este sentido, recuerda la jurisprudencia constitucional relativa al alcance del principio de seguridad jurídica, en virtud de la cual este principio procura la claridad y no la confusión

normativa, esto es, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál debe ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho. Por este motivo, 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 normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica²²⁷.

El principio de seguridad jurídica: se considerará vulnerado en el ámbito tributario cuando una norma establece un caso de retroactividad auténtica sin que concurren razones suficientes de interés general, como recuerda la STC 176/2011, de 8 de noviembre, en la que se resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Esta Ley había sido objeto de recurso previamente, recurso que fue resuelto por STC 136/2011, de 13 de septiembre. No obstante, la STC 176/2011 aborda algunas cuestiones que no habían sido planteadas en el recurso anterior, en concreto la vulneración del Art. 9.3 CE por la disposición transitoria duodécima de la Ley impugnada, la cual, a juicio de los recurrentes, otorga una eficacia retroactiva plena o

²²⁷ A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, "Fuentes del Derecho", RJA, nº 58, 2012, pp. 98 y ss.

auténtica a la nueva redacción dada al Art. 17.2.a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La Ley 55/1999, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, fue aprobada el día 29 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 30 de diciembre de 1999, fijando su entrada en vigor, según su disposición final segunda, para el 1 de enero del año 2000. La disposición transitoria duodécima de esta Ley, bajo el título de régimen transitorio de la modificación introducida en el artículo 17.2 a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias establecía, en su primer párrafo, que “la modificación introducida en el artículo 17.2.a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, por el artículo 1 de esta Ley, será aplicable a los rendimientos devengados desde el día 1 de octubre de 1999”.

Por lo tanto, la disposición en cuestión entraba en vigor el 1 de enero del año 2000 pero se iba a aplicar a los rendimientos devengados desde el día 1 de octubre de 1999. A juicio del tribunal constitucional se trata de un caso de retroactividad auténtica, por afectar a situaciones ya consumadas: la norma impugnada entró en vigor el día 1 de enero de 2000, esto es, con posterioridad al devengo del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente al ejercicio 1999 que se produce, con carácter general, el día 31 de diciembre de cada ejercicio.

El tribunal constitucional establece que para determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos hay que analizar, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto, y muy especialmente los principios de capacidad económica y seguridad jurídica. En particular, en los supuestos de retroactividad “auténtica”, según el tribunal, sólo cualificadas excepciones podrían oponerse al principio de seguridad jurídica. En consecuencia, pueden considerarse conformes con la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando <<existan claras exigencias de interés general.

En este caso el tribunal considera que la norma cuestionada ha llevado a cabo, retroactivamente, una alteración en la determinación de la deuda tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas sin la concurrencia de nítidas y cualificadas exigencias de interés general que justificasen el efecto retroactivo otorgado. Este dato conduce a estimar que se ha producido la vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el Art. 9.3 CE. En consecuencia, el tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo primero de la disposición transitoria duodécima de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social²²⁸.

²²⁸ A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DíEZ SASTRE, “Fuentes del Derecho”, RJA, nº 55, 2012, pp. 134 y ss.

3.5.- LA PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL ART. 9.3 EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN.-

En la Ley del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, se recogen los principios relativos a la actividad de las Administraciones Públicas, tanto de forma aislada, como considerada conjuntamente. Estos principios han de presidir la actividad de cada Administración Pública, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 3.1 LRJPA. Entre estos se encuentran, el principio de objetividad en la satisfacción de los intereses generales, concretado en el Art. 103 CE y en los Arts. 28 y 29 LRJPA, los cuales vienen a exigir imparcialidad en la actividad administrativa. El principio de eficacia, que establece la exigencia de conseguir los objetivos propuestos de la mejor manera posible, encontrando su complemento en el principio de eficiencia, que supone el reflejo del principio económico del menor coste para satisfacer un objetivo.

Como se ha afirmado en distintas ocasiones, la actividad de la Administración Pública se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico, proyectándose, de esta forma, en el ámbito administrativo la máxima expresión del Estado de Derecho, representando los principios de objetividad y de eficacia la idea de Estado democrático y social.

En el Art. 3 LRJPAC se hace referencia, también, a los principios de buena fe y de confianza legítima, que guardan estrecha relación con el principio de seguridad jurídica, y por supuesto con aquellos que se encuentran recogidos en el Art. 9.3 de la CE.

3.5.1.- El Principio de Buena Fe.-

Este principio, originariamente, con anterioridad a su positivación en el Art. 7.1 Código Civil, se venía aplicando, rigiendo las relaciones jurídico privadas como consecuencia de su exigencia por parte de los particulares en el ámbito de las relaciones que mantenían entre ellos.

La Ley 4/1999, modificatoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su Exposición de Motivos recoge:

“Se introducen dos principios de actuación de las Administraciones públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil”.

Con esta regulación el legislador viene a reconocer expresamente la eficacia y la vigencia de este principio al incorporarlo en el ordenamiento positivo administrativo. Se trata de un principio que ya se encontraba presente en el ordenamiento jurídico, como ocurría y ocurre con los principios generales del Derecho, que rigen nuestras conductas aunque no se encuentren positivados.

La positivización de este principio se produjo con la aprobación del Decreto 1836/1974, de 31 mayo. Texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, en cuyo preámbulo se recogen los motivos justificativos para su incorporación al código, afirmando la existencia de indiscutibles concomitancias entre el principio del ejercicio de los Derechos conforme a la

buena fe y la prohibición del fraude y del abuso²²⁹, llegando a afirmar el profesor que este hecho representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico.

Concretamente en su preámbulo se recoge:

”En la configuración del fraude prepondera la idea de considerar el ordenamiento jurídico como un todo; por eso es reputada fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento. Por otra parte, si frente a la norma elegida aparece otra tratada de eludir, habrá de aplicarse la última. Ello quiere decir que la consecuencia correspondiente no queda circunscrita a la nulidad del acto a través del cual pretendiera lograrse un resultado fraudulento, sino que ha de comprender también la efectiva aplicación de la norma pertinente, aunque no queden excluidas ciertas consecuencias anulatorias.

Desde hace tiempo se ha advertido como el tradicional principio de que la actuación del Derecho propio no desborda la esfera de la licitud carece de validez absoluta en cuanto es posible un ejercicio conducente a la lesión de los Derechos de otro y a la consiguiente ilicitud. Tal acontece cuando el ejercicio es abusivo o antisocial. Ambas hipótesis, sin perjuicio de diferencias de matices, permiten un tratamiento conjunto, porque siempre se parte del

²²⁹J. GONZÁLEZ PÉREZ, El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Discurso leído el día 18 de enero de 1983, en el acto de su recepción como Académico de número, p.13.

desbordamiento de los límites normales del ejercicio y del daño para tercero, si bien el hecho provocador de tal situación puede proceder tanto del dato subjetivo representado por la intención del agente -que no ha de consistir, sin embargo, en un comportamiento doloso y culposo, porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil- como de otros datos de naturaleza distinta cuales son el objeto o las circunstancias concurrentes. Importa señalar como la consecuencia derivada de la sanción del abuso del Derecho no queda reducida a la indemnización del daño. En su caso, procede adoptar también las medidas impeditivas de la persistencia en el abuso. De esta manera se obtienen las ventajas de la ejecución en forma específica y puede quedar efectivamente restablecida la normalidad.

Junto a la prohibición del fraude y del abuso viene proclamado el principio de ejercicio de los Derechos conforme a la buena fe. Existen indiscutibles concomitancias entre aquellas prohibiciones y la consagración, como modulo rector del ejercicio de los Derechos, de la buena fe, no obstante las más amplias manifestaciones de esta. Sin pretender una alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, ha parecido pertinente enunciarla como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico”.

GONZÁLEZ PÉREZ, en el discurso al que nos hemos referido, afirmó que *“La buena fe, se ha dicho-, como las buenas costumbres, es siempre una vía de comunicación del Derecho con la moral”.*

Como se ha dicho, la verdadera positivación de este principio informador de la actuación de las Administraciones Públicas se produce con la aprobación de la Ley 4/1999, quedando la redacción del Art. 3.1 de la siguiente manera: *“Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”*.

Una simple lectura del precepto nos permite afirmar que este principio debe ser respetado, teniendo que informar todas las actuaciones que realicen las Administraciones Públicas. Lo afirmado se encuentra en perfecta sintonía con los objetivos que se fijan en la Exposición de Motivos, al señalar que: *“La regulación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común constituye una pieza clave en las relaciones de la Administración con los ciudadanos y en la satisfacción de los intereses generales a los que la Administración debe servir por mandato constitucional, 103.1 CE”*.

Este principio guarda una estrecha relación con el principio de confianza legítima con el que llega incluso a confundirse. Estos principios son una especie de particularización proyectiva del principio de seguridad jurídica, a pesar de ser considerados, cada uno, una categoría autónoma, que discurren por caminos distintos.

Es usual que el principio de buena fe se encuentre vinculado a la doctrina de los propios actos y a la de la equidad, conllevando frecuentemente su infracción al abuso del Derecho, al fraude de Ley, como así se puso de manifiesto por nuestro legislador en el año 1973²³⁰.

Una de las primeras sentencias en las que un tribunal de la jurisdicción contencioso administrativo ha aplicado este principio fue con ocasión de la STS de 12 de marzo de 1975, en la que el tribunal recuerda la doctrina jurisprudencial contraria al principio de buena fe que debe regir las relaciones de la Administración con los administrados, en un caso en el que la Administración que indujo a error a un administrado sobre la vía procesal procedente se ampare en el error para pedir la inadmisibilidad del recurso²³¹.

El principio jurídico de la buena fe protege un bien, el valor ético social de la confianza jurídicamente válida, frente a cualquier lesión objetiva que pueda sufrir, con independencia de que hubiese sido causada con o sin malicia. En este sentido, habría que afirmar que un acto es contrario a la buena fe cuando produce esa lesión, con independencia de la intención del causante²³².

²³⁰ Decreto 1836/1974, de 31 mayo, Texto articulado del Título Preliminar del Código Civil.

²³¹ F. SAINZ MORENO, La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados, Comentarios Monográficos, Dialnet, Unirioja.es/descarga/articulo/1059146.pdf. p. 299.

²³² F. SAINZ MORENO, La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados, Comentarios Monográficos, Dialnet, Unirioja.es/descarga/articulo/1059146.pdf. p. 314.

Este principio debe estar presente en las relaciones de la Administración con los ciudadanos, quien ha de confiar legítimamente que la Administración no ejercerá sus Derechos y prerrogativas más allá del límite trazado por las exigencias del interés general, y siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico²³³. La posición institucional que ostenta la Administración hace legítima la confianza del ciudadano. La presunción, en general, beneficiará a la parte débil de la relación, que se verá favorecido por los valores que este principio tiene atribuidos y representa.

Este principio es de plena aplicación al ámbito de la contratación pública, tal y como así se constata en la STS de 17 de mayo de 2012, en cuyo FJ15º establece:

“El principio de buena fe, que contempla expresamente el artículo 3.1 in fine de la Ley 30/92 y que resulta plenamente aplicable en el ámbito de la contratación administrativa, está aludiendo a un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una específica conducta deducida de unos hechos, y se concreta en una acción basada en una confianza legítima y en un proceder lógico y razonable, y no abusivo o fraudulento, que conduce a actuar de determinada manera en la creencia racional y fundada de estar obrando correctamente. En este sentido, la Sala ha venido manteniendo -por todas, en las sentencias de 22 de marzo de 1991 (recurso 2467/1988) y 17 de febrero de 1999 (recurso 3440/1993)- la necesidad de respetar el principio constitucional de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9.º3 de la

²³³ Memento Práctico, F.LEFEBVRE, Administrativo, 2005-2006, Madrid, 2005, p.17.

Constitución, amparado por la buena fe del administrado y la confianza legítima, o fundada esperanza, creada en el destinatario de una actuación administrativa como consecuencia precisamente de un acto externo y concreto de la Administración o de sus agentes, del que puede desprenderse una manifestación de voluntad de la misma, con la consecuencia obligada de inducirle a realizar determinada conducta”.

En la STC 5/1983, de 4 de febrero, el alto tribunal moduló su sentencia en virtud de la presencia de los principios de seguridad jurídica, y de buena fe. En virtud de lo dispuesto en el Art. 55 LOTC, el tribunal no sólo ha modulado sus fallos atendiendo a la seguridad jurídica, y de buena fe, sino que en ocasiones se ha amparado en este último principio para limitar la extensión de su declaración de nulidad, aunque en el fondo late y se siente la presencia del principio de seguridad jurídica. La seguridad jurídica ha actuado en las sentencias modulando el fallo bajo la invocación de los intereses en juego, que es una manera de resolver también a través del prisma de la seguridad jurídica²³⁴.

En la STS de 4 de diciembre de 2014, FJ7º, se determina la anulación de una norma reglamentaria por vulnerar los principios de jerarquía normativa, de seguridad jurídica, y de la protección de la confianza legítima. Al efecto dicha sentencia establece.

²³⁴ F.J.EZQUIAGA GANUZAS, La argumentación en la justicia constitucional, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pp.399 y ss.

“Justamente, como el examen del motivo precedente permite constatar, existe una íntima vinculación entre la infraestructura hidráulica autorizada por el Estado y el planeamiento territorial a cuya ejecución coadyuva la realización de la indicada infraestructura. Subraya dicha conexión el propio artículo 2 del plan, antes transcrito: “... no puede resultar indiferente que, con posterioridad a la aprobación de la Ley 10/2001, el Estado viniera a acordar mediante el Real Decreto Ley 2/2004, de 18 de junio, la derogación, justamente, de su artículo 13; precepto que legitimaba la realización del trasvase entre cuencas intercomunitarias, Y todavía mayor relieve alcanza a los efectos de apreciar la concurrencia del defecto alegado –la infracción del principio de jerarquía y, con ella, la invalidez del propio PAT- reparar en el momento de aprobación del Decreto Ley antes mencionado (se publicó al día siguiente de su aprobación el día 19 de junio; por otra parte, se convalidó en el Congreso el 29 siguiente y ese mismo día se ordenó su publicación, produciéndose ésta -la publicación de la convalidación- el 3 de julio). Así, pues, con anterioridad a la aprobación del PAT (Decreto 78/2005, de 15 de abril); en realidad, antes de que el citado PAT fuese incluso sometido a información pública. El DOGV número 4.893, de fecha 29 de noviembre de 2.004 publicó la Resolución de fecha 4 de noviembre de 2.004 del Conseller de Territorio y Vivienda que sometía a información pública el PAT. Y tal y como se hizo constar expresamente en el anuncio de su exposición pública, el Consell de la Generalitat Valenciana había ordenado su redacción -mediante el Decreto 113/2004, de 2 de julio-, indicando: “Este mandato obedeció a que la Generalitat ha valorado el proyecto de transferencias autorizadas por el artículo

13 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional en el ámbito de la Generalitat Valenciana , como estratégico para el desarrollo equilibrado y sostenible del territorio de la Comunidad Valenciana.

La solución recogida en este proyecto de transferencias de recursos hídricos desde la cuenca del Ebro a diversas cuencas, entre las que se encuentran las del Júcar y Segura en la Comunidad Valenciana, aprobado, se considera especialmente idónea frente a otras posibles alternativas, tanto desde el punto de vista económico, como social y, sobre todo, ambiental".

Así, pues, al tiempo de su aprobación, el PAT carecía del fundamento legal sobre el que se hacían descansar las reservas de suelo dispuestas por el mismo para la ejecución de una obra prevista en una disposición derogada.

No cumple sino concluir, con base en ello, que carecía de la cobertura requerida que venía a legitimarlo. La vulneración del principio de jerarquía normativa en el ámbito del planeamiento urbanístico y territorial se produce, no sólo cuando un plan entra en contradicción con la norma a que está sujeto, sino también cuando carece de la cobertura normativa que precisa; y esto es lo que sucede, precisamente en el supuesto que estamos enjuiciando.....

Al margen del último esfuerzo realizado en el mismo sentido apelando a las previsiones del propio plan (artículo 25), algo sobre lo que por tratarse de una cuestión autonómica no nos corresponde entrar a elucidar, en todo caso, se trata de un extremo controvertible, entre otras razones, porque no

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

pasaría ello de constituir una especie de autoatribución de competencia por el propio plan, es lo cierto que, si efectivamente dicho corredor pudiera destinarse a otras infraestructuras distintas, debería especificarse en el PAT a qué infraestructuras concretas y con qué finalidad se destinaría . Contraviene las exigencias de seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima e interdicción de la arbitrariedad, Art. 9.3 CE, restringir de forma indefinida los Derechos de los particulares y/o de las propias Administraciones Públicas, con la previsión de un corredor destinado a albergar unas futuras y eventuales infraestructuras que no se sabe cuáles son o cuáles serán”.

En esta sentencia, el tribunal, no sólo ha apreciado la vulneración del principio de publicidad de las normas, pues aunque fuese por un escaso margen temporal, lo relevante fue la aprobación del reglamento sin la cobertura necesaria, careciendo la administración, en ese momento, de la necesaria habilitación normativa. La consecuencia de esta actuación irregular, nula de pleno Derecho, fue la privación a los ciudadanos de unos Derechos, ya que los terrenos sólo podían destinarse a los concretos fines para los que fueron adquiridos.

3.5.2.- El Principio de Equidad.-

El Derecho romano, en su evolución posterior aunque no tardíamente, fue un Derecho de equidad. En él hubo una equidad legal y una equidad judicial. La equidad legal se produjo plenamente en la época postclásica y justineana, que consistió en que la Ley tenía que ser justa para ser Derecho positivo. Si la Ley no era justa entonces no era Derecho y

procedía su inaplicación, pues el juez, en esa época, no sólo era el juez del caso concreto, sino que también lo era de la Ley. Si consideraba la Ley contraria a la equidad, por ser desproporcionada en las consecuencias, en más o en menos de lo deseable, *lege ferenda*, desajustada a los tiempos, inadecuada al modelo social, excesivamente tolerante, inaceptablemente sancionadora, tenía que descartarla. El juez realizaba una eventual amputación legal del ordenamiento jurídico, mediante la no aplicación en el caso juzgable, por injusta, de una norma general. En Europa, los Derechos vigentes desconocen esta modalidad tan progresista de la equidad.

La equidad judicial suponía que el pretor podía y debía atemperar el rigor de una Ley justa en el momento de su aplicación para que encajase en las peculiares circunstancias relevantes del supuesto de hecho. Es decir, el juzgador podía, sólo para el caso concreto, deformar la Ley, estirar su alcance, restringirlo, ampliar o minorar su eficacia, desvirtuar su contenido, modificar su finalidad, reducir sus sanciones. Este sentido de la equidad sí está previsto en nuestro Derecho positivo, cuando el juez debe ponderar todas las circunstancias relevantes del supuesto, mediante la utilización de la equidad en la fase de aplicación de la Ley. El Derecho romano partió de un bilateralismo, que consistió en dos Derechos paralelos, diferentes y conexos, el *ius praetorium* o *ius honorarium* y el *ius civile*. Con el tiempo, muchas instituciones del Derecho pretorio pasaron a formar parte del Derecho civil, que al principio era un Derecho rígido, llegando a convertirse en un Derecho flexible. En ese

momento equidad y Derecho fueron una única cosa, en tiempos de Justiniano²³⁵.

El Derecho inglés, a diferencia del Derecho romano, parte de un único Civil Law, que es rígido y legalista. Pero, a partir de un momento, es usual acudir al Rey a pedir justicia cuando ésta no se ha logrado obtener en los tribunales ordinarios. El Rey juzga en equidad y rectifica las consecuencias inaceptables en el caso concreto derivadas de la aplicación rigurosa de la Ley. Se crea el tribunal de la cancillería, ya que el Canciller del Rey es quien asume la labor jurisdiccional por delegación del monarca. El Derecho en equidad así creado por el Canciller es el Common Law. Actualmente, los países continentales de Europa son férreamente legalistas, de modo que en ellos la equidad se valora por muchos sectores como un elemento nocivo de distorsión del sistema jurídico y además se la mira con recelo y desconfianza por considerar que puede dinamitar la seguridad jurídica, mediante la atribución a los jueces de un poder casi omnímodo en contra de la Ley. Es decir, esos países prefieren la injusticia al peligro del caos, y adoptan así un modelo de Derecho rígido. Sin embargo, la experiencia, obtenida de la práctica forense mediante la observación de casos juzgados con máxima legalidad pero con manifiesta injusticia, va inclinando el baluarte antes inaccesible de la Ley hacia la equidad y convirtiendo poco a poco la rigidez del Derecho continental en una incipiente relativa flexibilidad adaptativa del Derecho. Lo que supone un

²³⁵ J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La Equidad en el Derecho Privado, Derecho y Justicia*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 13 y ss.

acercamiento del indicado Derecho al *Common Law* y, en cierto modo, una recuperación parcial del *ius aequum* y de la cultura jurídica del pueblo romano. El vehículo de esta renovación es el Derecho judicial, medio y método de aplicar la equidad, que pergeña unas reglas y criterios equitativos imprecisos y evolutivos según las nuevas necesidades para conseguir la realización de un Derecho justo²³⁶.

Como diría ORSINI²³⁷, el juez no se separa del Derecho, en cuanto hace aplicable a un supuesto singular el principio del que es portadora la norma cuya abstracción la hace, en el caso, inadecuada para dar satisfacción a aquel principio. Afirma RIVERO que *“El desequilibrio que introduciría la simple subsunción de los hechos en la norma, no sería tolerable para el principio que el legislador introdujo en la norma misma”*.

La equidad en la actualidad, legalmente considerada, es un método de aplicación de las Leyes, sin que se le reconozca, cuando menos de forma expresa, una mínima naturaleza normativa, como así ocurre con los principios generales del Derecho, con los que, a mi entender, tiene todo que ver.

La equidad, en su acepción más difundida actualmente, consiste en la modulación, o adaptación del Derecho a un supuesto concreto, flexibilizando la rigidez de la Ley para adaptarla a las propias peculiaridades del caso. En efecto, una interpretación y aplicación equitativa de la Ley para el enjuiciamiento de un caso concreto implicaría el tránsito de la generalidad de la

²³⁶ J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, Op. Cit. 2009, pp. 13 y ss.

²³⁷ E. RIVERO Y SERN y M. FERNANDO PABLO, *“Los principios jurídicos del Derecho Administrativo”*. La Ley, Madrid, 2010, p. 234

norma a la particularidad del caso, pues de lo contrario, una aplicación estricta de la norma al caso, supondría descontextualizar el propio caso de las circunstancias que lo envuelven y que lo singularizan respecto de los demás casos previstos en la norma general que se puedan dar. Esta concepción de la equidad es la que se encuentra en el Art. 3.2 Código.Civil, cuando impone a los jueces y tribunales el cometido de ponderar equitativamente las Leyes en el momento de su aplicación.

Esta idea de equidad parece que es a la que se refiere el profesor Rivero cuando nombra la equidad particular, señalando *“La equidad particular, presupone que el ordenamiento no puede, humanamente, prefigurar una solución para todo supuesto y caso concreto si no es mediante normas que, reagrupando los posibles supuestos en tipos análogos, generalicen las soluciones, por medio de la abstracción”*. Continúa indicando que *“La norma jurídica no se enjuicia en su contenido, por contraposición a un Derecho ideal, sino que se acepta como «justa»*. Pero aplicada a casos singulares puede producir resultados que repugnan por su falta de coherencia y equilibrio. De esa forma, no hay oposición entre Derecho y «equidad». Ésta se integra en aquél y el conflicto se plantea, en todo caso, entre la generalidad y abstracción de la regla y el resultado a que debe conducir en un caso particular, cuyas notas particulares no han podido ser contempladas dada la generalidad de la norma. Se trata, a fin de cuentas, de la noción de ARISTÓTELES, de la *vieja epiqueia*²³⁸.

²³⁸ E. RIVERO Y SERN, y M. FERNANDO PABLO, Op. Cit., 2010, pp. 234 y ss.

La equidad particular, según el referido profesor, vendría a cumplir tres funciones distintas, que identifica con el tradicional texto de PAPIANO: *adiuvandi, vel suplendi, vel corrigendi iuris civilis*, la sustitutiva, la integrativa, y la interpretativa del Derecho estricto.

La sustitutiva sustituiría la aplicación de una norma por una regulación equitativa del supuesto contemplado por aquélla, afirmando que sólo sería posible en un sistema de Derecho administrativo desarrollado, cuando el ordenamiento lo permitiese expresamente, como ejemplo cita el mecanismo de arbitraje en el que, la aplicación de la disciplina normativa de una materia es sustituida, con consentimiento del ordenamiento, por medios equivalentes a los supuestos de equidad sustitutiva del Derecho privado, en los que la elección, Derecho estricto o solución en equidad, se remite a las partes.

La equidad integrativa supone que el Derecho ha previsto una regulación, incompleta, permitiendo que se integre mediante la equidad. Y finalmente, la equidad interpretativa que supondría un medio de ponderación del resultado de la aplicación del Derecho estricto y de los demás medios de interpretación²³⁹.

El profesor no tiene duda sobre la posible aplicación de la equidad, en los términos señalados, por parte de la Administración Pública, como poder público que es, y que ostenta la prerrogativa de la autotutela que sustituye a la labor que inicialmente tiene atribuida el juez.

²³⁹ E. RIVERO Y SERNA, y M. FERNANDO PABLO, Op. Cit., 2010, p. 235.

La equidad se encuentra concebida en el Derecho positivo como un medio de interpretación y aplicación del Derecho, que debe ser utilizado por el juez cuando tenga que resolver un caso concreto, cuando se presente una laguna en el ordenamiento jurídico, así, atendiendo a esta finalidad la equidad actuaría como un indispensable aliado de la plenitud del ordenamiento. En tal sentido, concluiremos que la equidad no integra las distintas fuentes del Derecho, a diferencia de lo que ocurría en el período álgido del Derecho romano en el que era considerada como una verdadera fuente²⁴⁰. En el Derecho español, el Título Preliminar del Código Civil no considera la equidad como una fuente del Derecho. LASARTE ÁLVAREZ nos dice que *“en ocasiones, cabe que se resuelva un conflicto aplicando, no las normas formalmente creadas y reconocidas como jurídicas, sino encomendando al juzgador que resuelva el asunto de acuerdo con los criterios de justicia que a su entender produzcan la mejor solución”*²⁴¹. Afirma que cuando un conflicto se resuelve de esta manera, atendiendo a la concepción de lo justo y de lo bueno que tiene el aplicador del Derecho, se dice que se está fallando en equidad.

La equidad, como mecanismo de aplicación de la Ley, tiene como objetivo que en el caso que se juzgue se pueda alcanzar un resultado incoherente, absurdo irrazonable, algo que repugne en justicia, como consecuencia de una aplicación mecánica de la Ley, permitiendo que el Derecho positivo se acomode a las exigencias de la justicia.

²⁴⁰ J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, Op. Cit. 2009, p. 15.

²⁴¹ C. LASARTE ÁLVAREZ, Principios del Derecho Civil, Tomo Primero, Trivium, Madrid, 1996, pp. 106 y ss.

Consecuentemente, será la idea de justicia la que determine el sentido de la resolución de un conflicto, previsto por ejemplo en la Ley de Arbitraje²⁴².

La equidad así concebida podría definirse como un correctivo de las imperfecciones del ordenamiento jurídico positivo.

La positivación de la equidad en el Derecho español se produce en 1974, con la reforma del Título Preliminar del Código Civil, en el que se consagra una equidad que el juez debe utilizar para ponderar con ella la aplicación de las normas, advirtiendo que el juzgador sólo resolverá con un criterio puro y exclusivo de equidad cuando una disposición legal expresamente se lo permita o se lo ordene. No hay ninguna referencia respecto de cómo actuar en equidad ante la existencia de una laguna legal, algo que se soluciona acudiendo a la prohibición de no fallar que tienen los jueces, incluso ante casos difíciles, pues en estos casos la decisión del juez sólo puede dar lugar a una sentencia de equidad.

GONZÁLEZ PÉREZ Y GONZÁLEZ NAVARRO²⁴³ entienden que las funciones de la equidad no se limitan a las contenidas en el Art. 3.2 Código.Civil, afirmando que su misión es templar el rigor de las leyes positivas, y corregir o suplir sus deficiencias. La contraposición entre Derecho escrito y

²⁴² Ley 60/2003 de Arbitraje, de 23 de Diciembre. Hace referencia a la equidad en su Exposición de Motivos apartado VII, en los artículos 34 y 15, y en su Disposición Adicional Única.

²⁴³ J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, Op. Cit, p. 1681.

equidad se corresponde con la antítesis entre el principio de seguridad y el de adaptación. Si se vincula la idea de equidad a la de los principios generales del Derecho, la equidad puede aparecer como un límite a unas potestades cuyo ejercicio ilimitado en el tiempo puede ser contrario al principio tan elemental del ordenamiento como el de seguridad jurídica.

El principio de equidad así considerado tiene una estrecha relación con el principio de buena fe, al actuar cada uno de ellos en el plano que le corresponde, la equidad lo hará en el momento de aplicar e interpretar la norma para resolver un caso concreto, y la buena fe operará respecto del acto jurídico concreto que se somete a enjuiciamiento²⁴⁴.

Para RIVERO la promulgación en España de la Ley de 27 de diciembre de 1956, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo supuso una ocasión para la apertura definitiva del Derecho Administrativo a nuevos modos ordinamentalistas que significaron el reconocimiento de los principios en el campo del Derecho administrativo, a través de los cuales el juez de lo contencioso pudo dictar soluciones equitativas.

La utilización de la equidad se ha consolidado jurisprudencialmente en un doble sentido, como medio de interpretación de normas, y como principio general del Derecho, como reconoce la STS de 21 de octubre de 1957 al considerar a la equidad fuente supletoria ante la ausencia de ley o costumbre, mientras que la sentencia del mismo tribunal de 26 de mayo de 1964 estableció

²⁴⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, Op. Cit., pp. 1682 y ss.

que, *ante una laguna legal*, hay que acudir a la equidad *para conseguir una justa y humana resolución*²⁴⁵.

La función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa encomendada a los tribunales de este orden, ha reconocido al principio de legalidad como único parámetro, prácticamente, para resolver los problemas suscitados, relegando a la equidad para aquellos supuestos en los que se produzca un conflicto de normas.

Con la aprobación de la Constitución de 1978 se abrió un nuevo horizonte debido a que los principios y los valores presentes en el texto constitucional impregnan todo el ordenamiento jurídico de su esencia, permitiendo la resolución de problemas concretos con fundamento en la justicia de equilibrio, en definitiva en la equidad.

Hoy es necesario que los juristas se conciencien de que la Administraciones deben actuar no solamente con las miras puestas en la más estricta legalidad, sino también haciendo importantes observaciones y consideraciones sobre la equidad en sus actos y resoluciones. El Derecho es un equilibrio relativo, inestable, evolutivo, pero constante entre Ley y justicia. La equidad, preside todo el Derecho conjuntamente con la Ley. Este es el sentido que tiene la referencia a la equidad en el vigente Título Preliminar del Código Civil, de tal que no sólo ha de existir en las relaciones jurídicas de naturaleza civil, sino en todas las relaciones jurídicas.

²⁴⁵ E. RIVERO YNSER, Op. Cit., p. 242.

En el Derecho administrativo la equidad ha penetrado en sus instituciones legales: así, p.ej., en la revisión de precios de los contratos administrativos de larga duración, especialmente en los de obras, servicios y suministros. Esa revisión se corresponde con la que practican en el Derecho privado los tribunales de justicia a petición de parte, por razón de una extrema onerosidad sobrevenida.

El Derecho penal ha asumido la versión canónica de la *aequitas* romana. Con el cristianismo la equidad romana pierde su sentido pagano y es la aplicación buena y justa de la norma, presidida por la caridad, que es el *praeceptum maius*. Se trata de la equidad del *bonus iudex*. La equidad es, a veces, indulgencia en la versión cristiana de los padres de la Iglesia católica. Para el Código canónico la equidad es *benigna interpretatio o iustitia dulcere misericordiae temperata*. En el Derecho penal moderno esta concepción cristiana de la equidad como *benignitas, humanitas y pietas* ha configurado importantes instituciones legales como, p.ej., la pena correctiva, la libertad condicional, la redención de penas por el trabajo desarrollado en la prisión, los medios previstos legalmente para conseguir la reinserción social de penado y *el in dubio pro reo*.

En el Derecho laboral la equidad se manifiesta, igual que en el Derecho especial del consumo en el que la Ley protege al consumidor como parte débil de su relación con el productor, como tutela legal al trabajador dependiente en sus relaciones jurídicas con el patrono, de lo que es un buen ejemplo la ineficacia de la renuncia previa del operario, realizada en una transacción, a

Derechos laborales que le corresponden a cambio de ventajas futuras a satisfacer por el empresario.

La equidad tiene muchas veces por sí sola fuerza generativa de instituciones legales, que se fundan exclusivamente en ella como la razón de ser de su existencia. Así ocurre, p.ej., con la desviación de poder en el Derecho administrativo, que se de una figura legal impulsada solamente por la equidad como criterio de justicia para controlar judicialmente los actos administrativos discrecionales, pues sin ese instrumento de control, estos actos podrían degenerar en pura arbitrariedad de la Administración, al no ser susceptibles de un control de legalidad. Otras veces, la equidad no tiene por sí sola capacidad creativa de nuevos institutos del Derecho y entonces se combina para constituirlos con un principio general. Así, p. ej., con el de equivalencia de las prestaciones recíprocas, como es el caso de la revisión de precios de los contratos administrativos, o de la modificación del contrato civil o mercantil por razón de excesiva onerosidad sobrevenida, no previsto legalmente en el Derecho español, pero de aplicación por nuestros tribunales de justicia con fundamento en la equidad. En estos supuestos, resulta curioso la conjunción de la equidad con el principio general de conservación del negocio jurídico, y con el principio de equivalencia, tratando que la revisión del contrato ayude suficientemente a la parte perjudicada por la excesiva onerosidad sobrevenida, para que pueda seguir cumpliendo la obligación, reequilibrando en lo posible la equivalencia de las prestaciones recíprocas de los contratos conmutativos de larga duración, que había desaparecido precisamente por la incidencia en las bases contractuales de ese evento negativo, y así revitalizar el convenio.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

Ese esfuerzo, legal o jurisprudencial según los casos, para devolver al contrato su vitalidad jurídica inicial rectificando sus cláusulas se funda en la equidad como criterio de justicia. Con el convenio se pretende que siga operativo, porque así se consigue evitar la paralización de la producción de la riqueza, que resultaría inevitablemente del frenazo del tráfico jurídico derivado de una ineficacia en cadena de contratos, que pueden estar conectados entre sí al formar parte de lo que se han llamado actos en masa.

Se compone de reglas imprecisas y evolutivas para la aplicación de las normas, constituye un método específico para su adaptación al caso concreto siempre sujeto a la más estricta legalidad. En ciertos casos en los que la Ley se remite a la equidad o en los que no hay Ley aplicable al supuesto de hecho, esas reglas no son aplicación de normas, sino criterios de resolución absolutamente imprescindibles, en cuanto que es necesario fallar, falta la disposición aplicable y no cabe encontrarla ni siquiera en la analogía. La introducción de una referencia a la equidad en el nuevo título preliminar del Código Civil de 1974 es un reconocimiento legal implícito de la imperfección del ordenamiento jurídico positivo, que pone de manifiesto la necesidad de completarlo con otras reglas y criterios de resolución del conflicto de intereses juzgables y la declaración subconsciente de un inevitable necesario acercamiento del Derecho continental al *Common Law*.

Por ello, a principios de la última década del siglo pasado se promulgó la Ley de defensa de la competencia con el fin de evitar actitudes monopolísticas, que, al evitar la sana rivalidad competitiva de los mercados,

mermaran la calidad de los productos en perjuicio del consumidor. En este punto, es en donde se puede observar cierta asimilación con el Derecho angloamericano.

En el Derecho público es, además de proporción, un medio de compensar las potestades y las prerrogativas de la Administración frente a la debilidad de los particulares y de los justiciables. Por lo tanto, la equidad en el Derecho público obedece a la *aequitas compensationis* que invoca Alejandro (D. 4, 31, 5 y 6; 5, 21, 1). La función compensatoria de la equidad en el Derecho público, amén de su papel ponderativo en él de los intereses en conflicto, explica otra diferencia. En efecto, el juez debe aplicar de oficio con equidad las normas de Derecho público, para corregir un contrato mediante su revisión, moderar una cláusula penal, anular o reducir una cláusula abusiva puesta en un contrato de adhesión en perjuicio del consumidor, pero es necesario que el interesado lo pida, principio rogatorio.

En la actualidad puede afirmarse que la equidad se encuentra totalmente incorporada al ordenamiento jurídico administrativo, como se colige de las sentencias de nuestros tribunales, en las que el sentido de la resolución se encuentra determinado por la lesión a la equidad.

La STS de 19 de diciembre de 2013, en su FJ 6º, con relación al principio de equidad establece: esta Sala cree conveniente recordar que la equidad, según establece el artículo 3.2 del Código Civil, es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende

humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico. Como también considera pertinente subrayar que comprende la conducta procesal de los recurrentes y el estimable móvil que les impulsa de procurar que las anomalías acaecidas puedan beneficiar a quienes hayan podido ser partícipes de las mismas; pero a ello ha de oponerse lo siguiente: en la demanda formalizada en la instancia no se identificó a ningún aspirante aprobado en quien hubiese de reconocerse su implicación personal en las anomalías; y basta que un sólo aprobado pueda sufrir injustificadamente los perjuicios de la anulación de su nombramiento para que resulte razonable valorar la posibilidad de evitar esas graves consecuencias.

En la STS 2291/2015 de 13 de mayo de 2015, el tribunal anuló un acuerdo del Consejo de Ministros por entender que era contrario a la equidad. En su FJ 4º, señala: *“Y con base en tales circunstancias debe concluirse lo siguiente: (a) la finalidad principal de la institución de la revisión de oficio es salvaguardar la legalidad, dejando sin efecto situaciones jurídicas que puedan resultar contrarias a la misma; (b) esto último no resulta ya necesario porque el recurrente tiene acreditados unos estudios que, según la normativa vigente, son equivalentes a la titulación que es exigida para ser Guardia Civil; y (c) la importancia de los intereses personales y familiares que resultan afectados por la nulidad aquí combatida, ponderados en relación con lo que se ha dicho sobre la actual equivalencia que corresponde a sus estudios y sobre la*

trayectoria profesional acreditada, hace que la nulidad deba considerarse, por desproporcionada y no necesaria, contraria a la equidad".

La STS 1471/2014, de 4 de abril de 2014, en su FJ 6º, recuerda que sería contrario a la equidad si unos propietarios de terrenos tuvieran que ceder y costear dos veces la urbanización, estableciendo, *"Por todas, entre otras consideraciones, no resulta irrelevante determinar si los propietarios ya cedieron y costearon la urbanización, porque si es así el más elemental principio de equidad proscribiera que deban volver a ceder y costear otra urbanización, como tenemos dicho de manera reiterada (así, por todas, en nuestra Sentencia de 3 de julio de 2007 (RC 7738/2003))".*

3.5.3.- El Principio de Confianza Legítima.-

El principio de confianza legítima informa las relaciones entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas, concretamente se encuentra dirigido a paliar los efectos negativos o perjudiciales que la Administración, como consecuencia de sus actos o signos expresos y concluyentes, puede producir en la esfera de los administrados. Esta circunstancia ha tenido un claro reflejo legal y jurisprudencial en el principio de confianza legítima.

GONZÁLEZ PÉREZ Y GONZÁLEZ NAVARRO²⁴⁶ consideran que el principio de confianza legítima es una manifestación del principio de buena fe, encontrándose su origen en el Derecho alemán, después asumido por el

²⁴⁶ J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, Op. Cit., p.1687.

tribunal de las Comunidades Europeas, cuya aplicación no sólo ha de tener lugar cuando se produzca una convicción psicológica en el beneficiario, sino también cuando se fundamente en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de intereses en juego, la revocación o dejación sin efectos del acto esperado, generará en el patrimonio del particular, quién habría confiado razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar.

El principio de confianza legítima garantiza la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas, en el marco del Estado de Derecho, entre la Administración y el ciudadano. Este principio implica un ciudadano se pueda ver afectado en sus Derechos o intereses como consecuencia de un cambio inesperado de la Administración pública, esto es, que el ciudadano que ha depositado su confianza en un determinado proceder o modo de actuación de la administración, se vea sorprendido, viendo lesionadas las expectativas razonables que habría depositado en el actuar de la Administración, como consecuencia de su actuación.

Este principio tiene su origen en el Derecho comunitario, incorporado al ordenamiento jurídico español por medio de su inclusión en el Art. 1.1 Ley 4/1999, de modificación de la LRJPAC, finalmente incorporado en el Art. 3.1 LRJPAC. Con independencia de esta circunstancia, y al tratarse de un principio

comunitario resultaba de obligada observancia para nuestras autoridades²⁴⁷, al ser el derecho comunitario vinculante para todos los Estados miembros.

Este principio también se encuentra relacionado con el principio de seguridad jurídica, como recuerda constante jurisprudencia. Este principio se refiere fundamentalmente a la actuación de la Administración Pública, a la forma y al fondo de la actuación, encontrándose dentro de la ética pública, y muy relacionado con la objetividad que que constitucionalmente se exige a los poderes públicos, objetivada en distintos principios, como el de lealtad institucional, imparcialidad, etc²⁴⁸.

El tribunal de justicia europeo²⁴⁹ ha definido este principio con base en la doctrina de los actos propios, determinando que las autoridades han de ser fieles a su conducta anterior, que generó real y efectivamente una confianza en el ciudadano que le llevó a actuar de una determinada forma.

En este sentido la STJCE²⁵⁰ ha reconocido que cuando una situación se mantiene durante mucho tiempo, ante el persistente silencio de la

²⁴⁷Asunto 316/86, de 26 de abril de 1988, Hautzollant Hamburg, Rec. 2.213.

²⁴⁸ J. B. LORENZO DE MEMBIELA, "El principio de confianza recíproca como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública", El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 24, Sección Comentarios de jurisprudencia, 2004-2005, Madrid, p. 4176.

²⁴⁹SSTJCE, asuntos 205 a 215/82, de 21 de septiembre de 1983.

²⁵⁰ STJCE *Chomel* de 27 de marzo de 1990, en cuyos fundamentos recoge: "«[...] El silencio practicado por un organismo comunitario [...] no puede estimarse que sea una confirmación de los derechos del peticionario... la técnica del silencio no permite consagrar situaciones contrarias a la legalidad, pero en todo caso, cuando el silencio de la Administración es muy persistente, se prolonga indebidamente durante mucho tiempo, puede dar lugar a que surja en

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

autoridad, podría mantenerse debido a que esta circunstancia generó en el ciudadano la confianza de que actuaba legalmente²⁵¹.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de confianza legítima se encuentra previsto en el Art. 3.1 LRJPAC, relacionado con los principios de buena fe, de prohibición de ir contra los propios actos y con el de seguridad jurídica.

La eficacia del principio de confianza legítima se encuentra condicionada por la concurrencia de unas circunstancias concretas que han sido determinadas por la jurisprudencia comunitaria, como puede apreciarse en las SSTJCE de 26 de abril de 1988, *Hauptzollant Hamburg*; y de 20 de septiembre de 1990, *Comisión contra Alemania*, en las que se afirma que para que exista una situación protegida por el principio de confianza legítima, es necesario que la Administración Pública ofrezca seguridades específicas respecto de la regularidad de la conducta que se quiere consolidar, sin que se considere suficiente la mera promesa, exigiéndose que las expectativas generadas, o las esperanzas depositadas en una actuación, han de estar fundadas, no pueden ser meras expectativas. La situación, o el Derecho, en el que se ha depositado la confianza razonable ha de ser conforme a la Ley, y las expectativas en las que se funde la confianza han de ser razonables, ciertas, sin que sea previsible una modificación de la actuación de la Administración.

el interesado la legítima confianza en que la actividad que desarrolla es acorde con la legalidad y consentida ...”

²⁵¹ A. MUÑOZ MACHADO, «Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española», REDA, Nº 75, 1992, p.346.

En estos términos se ha pronunciado la STS 1673/2015, de 27 de abril de 2015:

“Establece recordando lo dicho en su sentencia de 7 de abril de 2014, FJ 3º, que el principio que exige proteger la confianza legítima no resulta novedoso ni extravagante en nuestra jurisprudencia. Son varias las sentencias que le han dado operatividad en distintos ámbitos para amparar a administrados que han actuado bajo la cobertura del mismo. Pueden así consultarse las sentencias de 23 de noviembre de 1984; 30 de junio de 2001; 26 de abril de 2010; 28 de noviembre de 2012 y 22 de enero de 2013. Las dos penúltimas dictadas en materia tributaria, que no hacen sino adoptar los criterios ya sentados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a la que el principio que nos ocupa vincula a todos los poderes públicos: si la creencia del administrado que lo sustenta se basa en signos externos y no en meras apreciaciones subjetivas o convicciones psicológicas y, ponderados los intereses en juego, la situación de quien legítimamente se ha fiado de la Administración es digna de protección, en este sentido Sentencias de 26 de abril de 1988 , KRÜECHEN (316/96); 1 de abril de 1993, LAGEDER y otros (asuntos acumulados C-31/91 a C-44/91); 5 de octubre de 1993, DRIESSEN y otros (asuntos acumulados C-13/92 a C-16/92); 17 de julio de 1997 , AFFISH (C-183/95); 3 de diciembre de 1998, BELGOCODEX (C-381/97); y 11 de julio de 2002 , MARKS & SPENCER (C-62/00)”.

Como hemos visto con anterioridad, no podemos pensar en una eficacia ilimitada de este principio, como recuerda la sentencia de 13 de junio

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

de 2011, en su FJ 2º, pues ni el principio de buena fe, ni el de confianza legítima pueden justificar la petrificación de criterios administrativos contrarios al ordenamiento jurídico. En la citada Sentencia, recordábamos lo dicho en la de 15 de abril de 2002, FJ 8º, que el principio de protección de la confianza legítima significa que la autoridad pública no puede adoptar medidas que frustren la esperanza inducida por la razonable estabilidad de sus decisiones, en función de las cuales los administrados han ordenado su comportamiento. En otros términos, su virtualidad puede provocar la anulación de un acto administrativo, o la obligación de responder por la alteración de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas en su mantenimiento, cuando la mudanza se produce sin mediar las debidas previsiones correctoras o compensatorias, y sin conocimiento anticipado o sin las medidas transitorias suficientes y proporcionadas al interés público para que los sujetos puedan acomodar su conducta, en similares términos, STS de 25 de octubre de 2004, FJ 3º.

La mera expectativa de un ciudadano en que las circunstancias se mantengan inalteradas no resulta suficiente para que resulte aplicable este principio, ni tampoco el principio de seguridad jurídica o el de confianza legítima, que garantizan que las situaciones de ventaja económica que comportan un enriquecimiento que se estima injusto deban considerarse irreversibles, SSTS de 15 de abril de 2002, y 11 de noviembre de 2010.

es sumamente ilustrativa la STS 1720/2015, de 29 de abril de 2015.

En cuyo FJ 8º concluye:

“Por último, la demanda se cierra con un séptimo "motivo" en el que los recurrentes apelan al "principio europeo de confianza legítima" para apoyar su pretensión de nulidad. Tras afirmar que la entrada en vigor "de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico y la consecuente Orden IET//107/2014 [...] ha agravado considerablemente la ya debilitada situación económica de los pequeños productores de energías renovables", alegan que no pudieron "[...] prever al instalar sus plantas a partir del año 2007 [que] se les impondría la obligación de financiar el déficit de tarifa y los desequilibrios temporales" y que, de haberlo previsto, "no hubieran realizado su inversión en las condiciones que lo hicieron".

La alegación es similar a otras del mismo signo analizadas por esta Sala en recursos anteriores, siempre con un planteamiento subyacente basado en la supuesta inmutabilidad del régimen retributivo aplicable a las retribuciones reguladas de los productores de energía eléctrica a partir de fuentes renovables. Así se observa en la propuesta de cuestión prejudicial que sugiere la parte cuando nos invita a plantear si el principio de confianza legítima debe *"ser interpretado en el sentido de que se opone a un cambio en el régimen retributivo de una instalación de energías renovables, una vez que la inversión para la construcción de esa instalación ya ha sido realizada y se le ha reconocido una determinada retribución durante un número cierto de años"*.

Ya hemos dado respuesta negativa a esta cuestión en sentencias precedentes, como la de 12 de abril de 2012, a las que alude el Abogado del Estado en su contestación a la demanda y la propia recurrente en su escrito de

conclusiones. A ellas deben añadirse las recientemente dictadas respecto de la Orden IET/221/2013 y el Real Decreto-ley 2/2013 (entre ellas la de 26 de marzo de 2015) a cuyo contenido nuevamente hemos de remitirnos. Tras analizar, caso por caso, las respectivas pretensiones, rechazamos el planteamiento en cuya virtud el régimen retributivo inicial de los productores de energía eléctrica en "régimen especial" sería inmune, en la práctica, durante un período de treinta años, a los cambios normativos ulteriores, ya se trate incluso de nuevos impuestos o de otras obligaciones surgidas a raíz de las circunstancias económicas y situaciones jurídicas sobrevenidas (por lo que aquí importa, la existencia de los desajustes temporales que han de ser financiados).

La STJUE de 1 de julio de 2014, dictada en el asunto C-573/12 , a la que se refiere la parte recurrente en su escrito de conclusiones y con la que se da respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , por un órgano jurisdiccional sueco, destaca cómo la regulación nacional de los sistemas de apoyo a las energías renovables no están armonizados, gozando por lo tanto cada Estado de libertad normativa para su configuración. Afirma el tribunal de justicia, a este respecto, lo siguiente:

En la sentencia de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-201/08 , Plantanol GmbH & Co. KG) el Tribunal de Justicia concluyó afirmando que *"los principios generales de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima no se oponen, en principio, a que, en lo tocante a un producto como el*

que es objeto del asunto principal, un Estado miembro suprime, antes de la fecha de expiración prevista inicialmente por la normativa nacional, el régimen de exención fiscal que le fuera aplicable". Añadió, acto seguido, que correspondía, no obstante, al órgano jurisdiccional remitente "examinar, mediante una apreciación global efectuada in concreto, si se han respetado dichos principios en el asunto principal teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes relativas a éste".

Para el tribunal de justicia las exigencias inherentes al "principio de seguridad jurídica, que tiene por corolario el principio de protección de la confianza legítima", se concretan inicialmente en la claridad, precisión y suficiente publicidad de las normas de Derecho. Pero aquel principio "no exige que no se produzcan modificaciones legislativas, sino que más bien requiere que el legislador tome en consideración las situaciones especiales de los operadores económicos y prevea, en su caso, adaptaciones a la aplicación de las nuevas normas jurídicas".

En cuanto a la posibilidad de invocar el principio de protección de la confianza legítima, sigue afirmando el tribunal de justicia en su sentencia de 10 de septiembre de 2009, "[...] *está abierta a todo operador económico en relación con el cual una autoridad nacional haya infundido fundadas esperanzas. No obstante, cuando un operador económico prudente y diligente puede prever la adopción de una medida que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar tal principio si se adopta esa medida. Además, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una*

situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades nacionales".

Más en concreto aún, el tribunal de justicia sostuvo en relación con la confianza que un *sujeto pasivo podría tener en cuanto a la aplicación de una ventaja fiscal que "cuando una directiva en materia fiscal deja amplias facultades a los Estados miembros, una modificación legislativa adoptada con arreglo a la directiva no puede considerarse imprevisible"*. Y entre los criterios para juzgar si la supresión de la concreta exención fiscal controvertida en aquel litigio vulneraba, o no, el principio de confianza legítima, el Tribunal admitía como factores relevantes el hecho de que "[...] la supresión de la exención fiscal en favor de los productos mezclados [...] estuviera motivada, aunque sólo fuera en parte, lo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente, por la necesidad de poner fin a tal sobre compensación" y que "la supresión del régimen de exención fiscal aplicable a los biocarburantes como el referido en el asunto principal se había anunciado mediante el acuerdo de coalición celebrado el 11 de noviembre de 2005 por la nueva mayoría gubernamental [...]". El fallo de la Sentencia fue, como ya ha quedado dicho, que los principios generales de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima no se habían vulnerado por el hecho de que la República Federal de Alemania hubiera suprimido anticipadamente (en el año 2007) una exención fiscal que según la normativa nacional anterior debía permanecer en vigor hasta el año 2009.

Sobre estas mismas premisas, de las que no se apartan ni la Sentencia del mismo tribunal de justicia de 12 de marzo de 2013, dictada en el recurso C-129/12 (la parte se refiere a ella, sin duda por error, con la misma fecha de 2102), ni la antes citada sentencia de 1 de julio de 2014, dictada en el asunto C-573/12, procede la desestimación del motivo final de la presente demanda. Aunque la recurrente cita, en conclusiones, de modo algo sesgado parte del apartado 103, entre otros, de la sentencia de 1 de julio de 2014, las referencias al principio de seguridad jurídica que contiene la respuesta del tribunal de justicia a la cuarta cuestión prejudicial (apartados 120 a 132) planteada en aquel supuesto no ofrecen ningún elemento de análisis que permita acoger la argumentación actora. No es razonable aducir que se quebranta el principio de protección de la confianza legítima por el hecho de que en el año 2007 no fuera previsible la ampliación de los sujetos obligados a la financiación del déficit en 2014, ni la doctrina del tribunal de justicia sobre dicho principio tiene este significado.

Por otra parte, la introducción en la LRJPAC de los principios de buena fe y confianza legítima, a través de la reforma operada por la Ley 4/1999, no ha hecho sino consagrar en el ámbito legislativo lo que ya había sido recibido y declarado anteriormente en numerosas sentencias por la jurisprudencia de la sala tercera del tribunal supremo. Como quiera que estos principios son alegados cada vez con mayor frecuencia por los ciudadanos en sus relaciones con la Administración y ante los tribunales de justicia, conviene reseñar la doctrina fijada en la STS de 26 de febrero de 2001, donde se recuerda que:

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

«El principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio». Ahora bien, «este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos Derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los «actos propios» sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta.» (FJ 6.º).

La STS 1673/2015 de 27 de abril, en su FJ4º estableció:

“Como dijimos en nuestra Sentencia de 7 de abril de 2014 (casación 3699/12, FJ 3º), el principio que exige proteger la confianza legítima no resulta novedoso ni extravagante en nuestra jurisprudencia. Son varias las sentencias que le han dado operatividad en distintos ámbitos para amparar a

administrados que han actuado bajo la cobertura del mismo. Pueden así consultarse las sentencias de 23 de noviembre de 1984 (repertorio de jurisprudencia 1984/5956), 30 de junio de 2001 (casación 8016/95), 26 de abril de 2010 (casación 1887/05), 28 de noviembre de 2012 (casación 5300/09) y 22 de enero de 2013 (casación 470/11), las dos penúltimas dictadas en materia tributaria, que no hacen sino adoptar los criterios ya sentados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a la que el principio que nos ocupa vincula a todos los poderes públicos (i) si la creencia del administrado que lo sustenta se basa en signos externos y no en meras apreciaciones subjetivas o convicciones psicológicas y, (ii) ponderados los intereses en juego, la situación de quien legítimamente se ha fiado de la Administración es digna de protección, sentencias de 26 de abril de 1988 , KRÜECHEN (316/96); 1 de abril de 1993, LAGEDER y otros (asuntos acumulados C-31/91 a C-44/91); 5 de octubre de 1993, DRIESSEN y otros (asuntos acumulados C-13/92 a C-16/92); 17 de julio de 1997 , AFFISH (C-183/95); 3 de diciembre de 1998, BELGOCODEX (C-381/97); y 11 de julio de 2002 , MARKS & SPENCER (C-62/00)]. Dicho principio, que se encuentra hoy positivado en el artículo 3.1, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, está relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares. No obstante, conviene tener presente, como advertíamos en la sentencia de 13 de junio de 2011 (casación 1028/09, FJ 2º), que ni el principio de buena fe ni el de confianza legítima pueden justificar la petrificación de criterios administrativos contrarios al ordenamiento jurídico. En la citada sentencia,

recordábamos lo dicho en la de 15 de abril de 2002 (casación 10381/97, FJ 8º), esto es, que el principio de protección de la confianza legítima comporta, como ya hemos apuntado, que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que frustren la esperanza inducida por la razonable estabilidad de sus decisiones, en función de las cuales los administrados han ordenado su comportamiento. O, en otros términos, su virtualidad puede provocar la anulación de un acto de la Administración o la obligación de esta última de responder de la alteración de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas en su mantenimiento, cuando la mudanza se produce sin mediar las debidas previsiones correctoras o compensatorias, sin conocimiento anticipado o sin medidas transitorias suficientes y proporcionadas al interés público para que los sujetos puedan acomodar su conducta, en igual sentido la sentencia de 25 de octubre de 2004 (casación 8145/99 , FJ 3º)]. Por el contrario, la mera expectativa de que las circunstancias se mantengan inalteradas no resulta suficiente para la operatividad del mencionado principio; ni el principio de seguridad jurídica ni el de confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica que comportan un enriquecimiento que se estima injusto deban considerarse irreversibles [véanse las sentencias de 15 de abril de 2002 (casación 10381/97, FJ 8 º) y 11 de noviembre de 2010 (casación 5770/06 , FJ 4º)]’.

En la STS de 17 de febrero de 2015, en su FJ4º, “*El principio de confianza legítima, que rige las relaciones jurídico-públicas surgidas entre la Administración y los ciudadanos, y que, como señalan las sentencias de esta Sala de 25 de enero de 2004 y 7 de abril de 2007 - recursos de casación*

4467/2001 y 5066/2004 - proporciona el marco de actuación de los particulares caracterizado por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica, y cuya normatividad en nuestro ordenamiento jurídico público se reconoce en las cláusulas del artículo 103 de la Constitución, no se menoscaba por la resolución objeto del recurso contencioso-administrativo del que dimana el presente de casación que acuerda la caducidad de la concesión, al limitarse la autoridad administrativa a aplicar una causa de caducidad, por un hecho imputable al interesado, tipificado en el artículo 79 de la Ley de Costas .

En todo caso, interesa señalar que el principio de confianza legítima adquiere un especial significado en relación con la limitación de las potestades de revisión de los actos administrativos, y ya hemos dicho que no es el supuesto de autos, en el que las facultades de la Administración para el control de la legalidad en el dominio público marítimo terrestre son imprescriptibles”.

En la STC 173/1996, de 31 de octubre, en su FJ 5º B) se determina con total claridad la vinculación del principio de confianza legítima al principio de seguridad jurídica, así establece:

“...el aumento significativo de las cuotas fijas ya devengadas de la tasa fiscal del juego ha sido en esta ocasión absolutamente imprevisible. Y, como hemos dicho antes, el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroactividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el art. 9.3 C.E”.

3.5.4.- Doctrina de los Actos Propios.-

Sobre esta doctrina, que guarda una íntima relación con el principio de buena fe, con el de confianza legítima, y con el seguridad jurídica, podemos citar al respecto la STS de 5 de enero de 1999, en la que se confirma que:

“... En la S.T.C. de 21 de abril de 1988, nº 73/1988 , se afirma que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los Derechos objetivos. El principio de protección de la confianza legítima ha sido acogido igualmente por la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, en las sentencias de 1 de febrero de 1990 (fº.jº. 1 º y 2º), 13 de febrero de 1992 (fº.jº. 4 º), 17 de febrero, 5 de junio y 28 de julio de 1997. Un día antes de la fecha de esta sentencia se ha publicado en el BOE la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Uno de los artículos modificados es el 3º, cuyo nº 1, párrafo 2º, pasa a tener la siguiente redacción: “Igualmente, deberán (las Administraciones Públicas) respetar en

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”, expresándose en el Apartado II de la Exposición de Motivos de la citada Ley lo siguiente: “En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el Derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente ».

En la STS de 16 de septiembre de 2002, se afirma:

” Además, la doctrina invocada de los “actos propios” sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el sólo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos que sean realmente declarativos de Derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 , 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley

30/1992 , modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos”.

Como comprobarse, esta doctrina se proyecta en una doble dirección, favoreciendo al ciudadano en su relación con la Administración, o a favor de ésta, toda vez que el principio de los propios actos encuentra un límite de operatividad cuando se esgrime frente a la Administración, y es que se requiere que los actos realizados por la Administración con anterioridad, y en los que se fundamentaría la pretensión del particular, no podrían ser contrarios a Derecho, pues los actos nulos o disconformes con la legalidad no vinculan. En este sentido se pronunció el TS en sentencia de 27 de septiembre de 2012, señalando:

“Más bien parece que la alegación se dirige al invocar el principio de igualdad, que, sin embargo, como es sabido y de acuerdo con la doctrina mantenida al respecto tanto por el Tribunal Constitucional (Sentencias 1/1990 y 157/1996) como por el Tribunal Supremo de 10 de julio de 1999 (recurso 448/1996), sólo puede invocarse dentro de la legalidad y no para reclamar la extensión a unos casos de actitudes administrativas adoptadas para otros distintos cuando esa extensión representaría la vulneración o desconocimiento del ordenamiento jurídico, como ocurriría en el presente supuesto.

En el mismo plano debe situarse la alegación de la codemandada sobre el desconocimiento de sus propios actos por la Administración autonómica, que se estaría basando en la existencia de otras actuaciones anteriores no ajustadas al ordenamiento jurídico “.

En relación a la doctrina de los actos propios, recuerda la STS de 5 de noviembre de 2013, que: "En la reciente STS de 3 de Julio del 2013 se ha señalado que "El principio de vinculación por actos propios, surgido originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, estando la misma doctrina estrechamente ligada al principio de buena fe y de protección de la confianza legítima, que han sido positivizados en el artículo 3.1 LRJPA, y que ha sido acogido igualmente por la jurisprudencia del tribunal supremo, SSTS de 1 de febrero de 1990; 13 de febrero y 4 de junio de 1992; 28 de julio de 1997, así como, de la Sala Segunda SSTS de 13 de junio de 2000 y 21 de diciembre de 2001, supone que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente. En concreto, en la STS de 26 de febrero de 2001, se dijo que "Tanto la doctrina del tribunal constitucional como la jurisprudencia de este alto tribunal, STS de 1 de febrero de 1999, considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores

hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "*venire contra factum proprium*". Ahora bien, este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos Derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los "actos propios" sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta".

En la STC 237/2012, de 13 de diciembre, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, se alegaba la vulneración del principio de confianza legítima de aquellos ciudadanos que tenían puestas sus expectativas en el desarrollo y la aplicación del Plan Hidrológico Nacional.

El Tribunal mantiene que dicho principio deberá ponderarse junto con otros principios y valores, pero que no constituye un obstáculo infranqueable para el legislador, tampoco para el legislador de urgencia, so pena de incurrir en el riesgo de petrificación del ordenamiento jurídico. Para el tribunal, es claro que el panorama de las normas jurídicas vigentes en cada momento incide en la forma según la cual los ciudadanos programan sus conductas. También lo es que determinadas modificaciones de algunas Leyes pueden generar perjuicios a los ciudadanos y dar lugar, en su caso, a la correspondiente indemnización. En este sentido, el tribunal concluye que lo que no cabe es equiparar esa eventual garantía de indemnidad con un pretendido Derecho subjetivo a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico²⁵².

La finalidad del principio de protección de confianza no va a ser otra cosa que la de erigirse en un parámetro de actuación en el proceso decisonal de los Poderes Públicos a fin de poder prever con cierto margen de seguridad las distintas operaciones o inversiones de carácter financiero, o, con carácter general, el mantenimiento o evolución de cualquier otra situación jurídica con respecto a la actuación de los distintos poderes del Estado. La protección de la confianza supone la defensa de los Derechos del ciudadano frente al Estado, la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste, y su

²⁵² A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, "Fuentes del Derecho", RJA, nº 59, 2013, p. 125.

ámbito de actuación, de tal forma, se entiende tanto al campo de la Administración como de la legislación²⁵³.

²⁵³ F.A. CASTILLO BLANCO, “La interpretación y aplicación del Ordenamiento Jurídico. Especial referencia al abuso del Derecho”. INAP, Madrid, 2007, pp. 206 y ss.

**CAPITULO IV: LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES EN LA
PRODUCCIÓN NORMATIVA EN ESPAÑA.-**

CAPITULO IV.- LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN ESPAÑA.-

4.1.- INTRODUCCIÓN.-

Con la aprobación de la Constitución española de 1978, España se constituyó en un Estado social y democrático de Derecho²⁵⁴. La cláusula de Estado de Derecho comporta la sumisión del Estado al Derecho, apartándose de los regímenes anteriores, en los que el poder público no se encontraba sujeto a un poder superior, careciendo las normas legislativas aprobadas de un parámetro referencial de validez de las mismas, quedando residenciado este únicamente en la competencia de la autoridad que la aprueba. En efecto, nuestra Constitución de 1978 garantiza la sujeción del poder del Estado a un orden superior, emanado de la propia sociedad, concretado en las determinaciones constitucionales.

El objetivo del Estado de Derecho constitucional se proyecta en una doble dimensión, por un lado pretende combatir la arbitrariedad, y por otro, establecer una idea de justicia que colme las expectativas éticas prevalentes en un país y en un momento histórico determinado²⁵⁵.

²⁵⁴ Artículo 1.1 CE: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

²⁵⁵ F. GARRIDO FALLA, en Comentarios a la Constitución, Segunda edición ampliada, Civitas, Madrid, 1985, pp. 25 y ss.

La exigencia recogida en el Art. 9.1 CE, establece la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. En este sentido se pronuncia la STC 1/1981, de 26 de enero, en cuyo FJ2º define el principio de constitucionalidad, “ ... *entendido como la vinculación a la C.E de todos los poderes públicos ...*”

La Constitución como norma suprema del ordenamiento, y fuente de todas las fuentes normativas cumple, entre otras, una función de control de la producción normativa, garantizando la aprobación de normas de conformidad con el orden constitucional.

El texto constitucional crea y regula los poderes del Estado, consagra Derechos y Libertades Fundamentales cuyo núcleo esencial es indisponible para el legislador, estableciendo límites al ejercicio del Poder Público. En tal este STC 11/1981, de 8 de abril.

La carta constitucional tiene naturaleza normativa, en virtud de la cual, los ciudadanos y los Poderes Públicos se encuentran sujetos a ella, Art. 9.1 CE. Esta fuerza normativa es una cualidad de todo el articulado, de tal modo que los principios generales del Derecho al estar en el texto constitucional, también tienen fuerza normativa, son normas jurídicas de orden superior a las demás normas del ordenamiento jurídico. En efecto, la Constitución es una norma jurídica, pero no una norma más, sino la norma superior del ordenamiento jurídico, como así nos recuerda la STC 21/1981, de 15 de junio.

En la Constitución se establece el sistema de fuentes normativas, y se contiene el procedimiento que ha de seguirse para su válida producción, se

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

encuentra en la parte más alta de la pirámide kelseniana, es la norma normarum. Es el origen y el principio del sistema normativo español, es el título que legitima la aprobación de las normas que se dictan, y está dotada de una mayor permanencia que las demás normas, por ser muy rígido el procedimiento de modificación, gracias a esta cualidad se denomina “Lex Perpetua”.

La superioridad normativa, y ser el referente de validez de las demás normas, le atribuyen a la Constitución una supralegalidad formal y material. Consecuentemente las normas jurídicas no sólo han de respetar el sistema de fuentes, el procedimiento de producción normativa dispuesto en la Constitución, sino que también se ha de respetar el conjunto de valores o límites que en la misma se disponen. En el caso contrario, cuando una norma no respeta el sistema de fuentes, las reglas para su elaboración, o resulta contraria a los valores o límites que contiene, surge un conflicto entre la Constitución y la Ley, que ha de ser resuelto a favor de la Constitución por ser la norma suprema. La Constitución está provista de una serie de mecanismos de protección que garantizan su integridad jurídica, expulsando del ordenamiento jurídico la norma que la vulneró.

La Constitución cuando define el Estado como Estado de Derecho está determinando la sujeción de la Administración a tres principios que afectan a la

Administración de modo directo, y consecuentemente al Derecho administrativo, el de legalidad, de tutela judicial, y el de garantía patrimonial²⁵⁶.

La sujeción de la Administración a la Constitución, y al Derecho se colige no sólo del contenido previsto en el Art. 9.1 CE, que alcanza a todos los que se encuentren en territorio nacional, particulares o Poderes Públicos, precepto que se ve reforzado por el Art. 103 CE, que dispone:

“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley.

La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su Derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

El principio de legalidad, como es bien conocido, exige que la Administración actúe con total sujeción al ordenamiento jurídico. En nuestro ordenamiento se concreta en el Art. 9.1 CE, reforzado por la cláusula

²⁵⁶ J.A. SANTAMARÍA PASTOR, Principios De Derecho Administrativo General I, Iustel, Madrid, 2009, p.53.

incorporada en el art. 103 CE. Esto exige la sujeción a la propia Constitución y a la Ley, pero también a lo dispuesto en las normas reglamentarias.

La tutela judicial efectiva, es consecuencia del principio de legalidad, pues este exige que existan unos mecanismos de control a través de los cuales pueda asegurarse eficazmente la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico. Art. 24 CE.

La cláusula de Estado social se encuentra muy ligada a lo dispuesto en el Art. 103 CE, que contiene la obligación de actuar observando el principio de eficacia, cuya razón de ser se encuentra en la exigencia constitucional dirigida a los Poderes Públicos para que realicen su actividad conformadora de la sociedad, corrigiendo las desigualdades, y mejorando las condiciones de vida de los ciudadanos. En este sentido la STC 22/1984, recuerda que el Derecho no está sólo para enjuiciar negativamente, ex post, los resultados ineficaces, sino también para establecer de antemano los sistemas que conduzcan normalmente, a una acción eficaz. La eficacia es un principio jurídico con idéntica naturaleza y valor que los restantes principios recogidos en el Art. 103.²⁵⁷, estableciendo un condicionamiento efectivo de la actividad de todos los poderes públicos cuando actúen sobre la Administración, ya sea regulándola o enjuiciándola, y cuando sea la propia Administración la que actúe²⁵⁸..

²⁵⁷ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, Op. Cit., 2009, p. 69.

²⁵⁸ STC 178/1989.

La cláusula de Estado democrático. Art. 1.1 CE, establece como una de sus primeras exigencias el sometimiento a las instancias políticas. La Administración ha de subordinarse a las instancias políticas, que representan formalmente al titular de la soberanía. Su papel fundamental consiste en actuar como organización ejecutora de los mandatos normativos provenientes del parlamento. Es una estructura de apoyo directo al supremo órgano ejecutivo en su tarea de la gobernación del Estado. Destaca también la organización jerárquica, y los criterios de objetividad e imparcialidad. Debe actuar de conformidad con las normas del parlamento, pero con sujeción a criterios de racionalidad, sin atender a los de ideología de los grupos políticos. Ambos criterios están íntimamente vinculados al Derecho de igualdad.

Los Poderes Públicos, tanto el poder legislativo como la Administración Pública, deben sujetar su actuación a las determinaciones establecidas en la Constitución, y el Derecho de tal suerte que toda su actividad quedará impregnada de la legalidad constitucional. En el caso de la Administración la actuación también quedará impregnada de la legalidad administrativa, integrada por los reglamentos vigentes, que no puede dejar de observarlos, aunque sea la titular del Reglamento, al amparo del principio de inderogabilidad singular de las disposiciones reglamentarias.

Como hemos visto en el Capítulo II, con la aprobación de la Constitución de 1978 se ha producido la constitucionalización del ordenamiento jurídico, quedando impregnado éste de la esencia constitucional, de los valores y principios que contiene. En virtud de su fuerza normativa queda determinada la

actuación de los poderes públicos, teniendo que proceder de la manera que mejor satisfaga las exigencias de los principios y valores, propiciando su efectividad.

En la elaboración de las normas jurídicas es dónde los Poderes Públicos han de extremar la diligencia para no comprometer ninguno de los preceptos constitucionales, pues en ese momento de producción normativa es en donde los principios y los valores han de estar más presentes, de tal forma que si se elabora una norma respetando los límites representados por los principios, como ocurre con los contenidos en el Art. 9.3 CE, la norma gozará de mejor calidad normativa, garantizando su virtualidad a lo largo de su vigencia y aplicación a los casos concretos que sea de aplicación.

La fase de elaboración de las normas jurídicas, es un momento esencial para valorar la oportunidad y el acierto de la misma, evaluar la relación con las demás normas del ordenamiento jurídico con las que pueda entrar en conflicto, etc., esta fase tan importante en la que se engendra el producto jurídico no está exenta de cumplimiento de las exigencias constitucionales, ya que se debe disponer de toda la información que sea necesaria para garantizar su efectividad. En el ámbito legislativo será necesaria una labor que permita constatar que la norma no vulnerará el principio de seguridad jurídica, ni incurrirá en retroactividad evitable, aunque en ocasiones se tendrá que elaborar con efecto retroactivo, es aconsejable respetar los Derechos adquiridos de conformidad con la normativa anterior, garantizando que la norma no resulte arbitraria, y en la medida de lo posible comprometerse con una publicidad de la

norma efectiva, real, que no sólo se limite a cumplir la formalidad de su inserción en el boletín oficial.

En el ámbito de la Administración Pública se deben observar igualmente las limitaciones señaladas respecto del ejercicio de la potestad legislativa. Al tratarse de una norma de rango inferior a la Ley, no sólo ha de observar las limitaciones derivadas de la Constitución, sino que deberá observar también las que se deriven como consecuencia del principio de jerarquía normativa, al no poder contravenir la Ley, ni las materias reservadas a la Ley, formal o materialmente, ya que está vedado a los reglamentos regular una materia que se ha de regular mediante una Ley. Como veremos son muchas más las cautelas que ha de tener el titular reglamentario si pretende que la norma garantice su validez, eficacia, y efectividad.

4.2.- LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA LEY.-

4.2.1.- La Constitución como Norma Suprema.-

Como hemos tenido ocasión de exponer, la Constitución española es la norma suprema del ordenamiento jurídico español, es el origen del ordenamiento español. Es la fuente del ordenamiento jurídico español, pues en ella se fundamenta toda la arquitectura jurídica. Esto nos lleva a afirmar, conscientes de que no hay otra norma por encima de ella, que es al mismo tiempo fuente de la normatividad y la norma superior.

La disposición derogatoria contenida en la Constitución, nos permite ser conscientes de su fuerza normativa, disponiendo:

“Queda derogada la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, así como, en tanto en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley, la de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958; el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945; el del Trabajo, de 9 de marzo de 1938; la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942; la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1947, todas ellas modificadas por la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, y en los mismos términos esta última y la de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945.

En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.

En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de Constitución. Julio de 1876.

Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta”.

La STC 4/1981, de 2 de febrero, en su FJ 1º establece que:

“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-. Y 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.

Esta pérdida de vigencia se encuentra expresamente preceptuada por la Disposición Derogatoria de dicha norma fundamental, que dice en su número 3: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

La lectura de esta disposición evidencia que las Leyes anteriores que se opongan a lo dispuesto en la Constitución quedan derogadas. El primer juicio que hay que hacer, por tanto, es el de disconformidad -en términos de oposición- de tales Leyes con la Constitución, única forma de determinar si se ha producido, como consecuencia, la derogación”.

El extracto de la sentencia reproducido determina con claridad meridiana que la redacción de la disposición derogatoria resulta evidente.

Esta fuerza normativa, tal y como recoge la misma sentencia se hace extensible a todos los artículos que la integran, incluyendo, como no podía ser de otra manera a los principios generales del Derecho que han sido incorporados al texto constitucional. Relata la sentencia en el mismo fundamento tercero:

“Es necesario determinar ahora si la afirmación anterior debe matizarse por el hecho de que la impugnación de los preceptos se fundamente en muy buena medida en su pretendida contradicción con un principio general de la organización del Estado plasmado en nuestra Constitución, que es el de

autonomía; principio que podría entenderse tiene un carácter meramente programático, en el sentido de suponer un mandato al legislador, pero sin valor aplicativo inmediato alguno.

Pues bien, entendemos que los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico - como afirma el Art. 1.4 del Título Preliminar del Código Civil- que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las Leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea, en su Art. 53.2, un sistema especial de tutela de las libertades y Derechos reconocidos -entre otros- en el Art. 14 que se refiere al principio de igualdad, no es sino una confirmación de carácter específico del valor aplicativo -y no meramente programático- de los principios generales plasmados en la Constitución.

En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma.

Sin perjuicio de la afirmación anterior, conviene poner de manifiesto la especial dificultad que presenta esta valoración en el caso de un recurso de inconstitucionalidad abstracto -es decir, sin conexión con un supuesto concreto- en el que se trata de enjuiciar la conformidad de una regulación específica con

un principio general cuyo alcance indubitado es difícil de precisar con exactitud, dado que -en definitiva- la autonomía es un concepto jurídico indeterminado que ofrece un margen de apreciación muy amplio.

De aquí que, dadas las especiales características que presenta el recurso, sea necesario apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución y declarar tan sólo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquellos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable por ser imposible el llevar a cabo tal interpretación.

Una vez declarada la inconstitucionalidad y la derogación de tales preceptos, no por ello podrá afirmarse que la legislación de régimen local se ajusta -de forma positiva- a los principios inspiradores de la Constitución, ya que ha sido dictada con anterioridad a la misma y -por consiguiente- sin poder tener en cuenta tales principios ni, en especial, la nueva distribución territorial del poder prevista en el Título VIII de la Constitución. Por ello debe afirmarse que tal ajuste se producirá cuando el legislador dicte una nueva legislación de régimen local, de acuerdo con el mandato implícito que puede deducirse de los arts. 148.1.2º. y 149.1.18.º de la propia Constitución.

Mientras tanto, si en el futuro se plantearan casos concretos que permitieran apreciar nuevos matices en orden a justificar la oposición -o la disconformidad- a la Constitución de alguno de los preceptos cuya inconstitucionalidad no se declara ahora, el Juez o Tribunal correspondiente podría promover la cuestión de inconstitucionalidad con relación al precepto

que le suscitara la duda, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal'.

En este extracto de la sentencia se puede constatar que el tribunal constitucional confiere a los principios generales del Derecho que se encuentran en la Constitución la misma fuerza normativa que al resto del texto constitucional. Incluso llega a afirmar, hecho que permite vislumbrar la intensa fuerza que los principios constitucionales cobran en este ordenamiento constitucional, que una vez se hubiera declarado la inconstitucionalidad y la derogación de tales preceptos, *“no por ello podrá afirmarse que la legislación de régimen local se ajusta, de forma positiva, a los principios inspiradores de la Constitución, ya que ha sido dictada con anterioridad a la misma y, por consiguiente, sin poder tener en cuenta tales principios ni, en especial, la nueva distribución territorial del poder prevista en el Título VIII de la Constitución. Por ello debe afirmarse que tal ajuste se producirá cuando el legislador dicte una nueva legislación de régimen local, de acuerdo con el mandato implícito que puede deducirse de los Arts. 148.1.2º y 149.1.18.º de la propia Constitución”.*

El tribunal constitucional determina que la norma no es conforme a los principios porque estos no fueron tenidos en cuenta por el legislador cuando elaboró la norma, tal no encontrarse en vigor la Constitución en la que tales principios se contienen. En mi opinión, el alto tribunal exige la necesidad de acreditar que la norma se elabora teniendo en cuenta las exigencias de los principios constitucionales. En sentido similar se han pronunciado las SSTC 9/1981, 59/1993, y 70/1993.

Como ha recordado el máximo intérprete de la Constitución en STC 9/1981, de 31 de marzo, en su FJ 3º:

“La Constitución es una norma -como se ha señalado-, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico.

Esta naturaleza singular se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores, que han de ser valoradas desde la Constitución, produciéndose una pluralidad de efectos que este Tribunal puso ya de manifiesto en su Sentencia de 2 de febrero de 1981, recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 186/80 («B.O.E.» de 24 de febrero de 1981), partiendo del doble carácter de Ley posterior y Ley superior que posee la Constitución.

El carácter de Ley posterior da lugar a la derogación de las Leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma, de acuerdo con su Disposición Derogatoria núm. 3, es decir, a la pérdida de vigencia de tales normas para regular situaciones futuras.

La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella. Inconstitucionalidad sobrevenida que afecta a la validez de la norma y

que produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación.

Esta significación retroactiva, por lo demás, había sido ya puesta de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a Leyes ordinarias (Sentencia de 13 de diciembre de 1966, entre otras) al señalar, desde otra perspectiva, que la retroactividad de las Leyes va implícita en algunas de ellas, lo que puede ocurrir con disposiciones que condenen como incompatibles a sus fines morales y sociales situaciones anteriormente constituidas u otras que tengan como objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo concediéndole efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta.

Pues bien, es claro que la Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de Derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en esta materia ha de tener efecto retroactivo, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de Leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución.

Esta doctrina de carácter general habrá de ser concretada caso por caso, teniendo en cuenta las peculiaridades del mismo, ya que el acto posterior puede estar dotado de mayor o menor autonomía, proceder o no de los poderes públicos, afectar o no a intereses o Derechos de terceras personas, y o tras circunstancias que podrían pensarse. Por ello no resulta posible ni

conveniente ahora el proseguir con el desarrollo de esta doctrina, ya que lo indicado es suficiente para proceder a solucionar el caso concreto suscitado”.

En este Fundamento jurídico el tribunal constitucional califica a la Constitución como “ es una norma, ... ,cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico”. Afirmando que: “La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”.

El tribunal constitucional determina su naturaleza de Ley suprema del ordenamiento cuando afirma: “La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella. Inconstitucionalidad sobrevenida que afecta a la validez de la norma y que produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación”.

En consecuencia, la naturaleza de Ley suprema de la Constitución se aprecia de:

- a) la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y
- b) en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella.

Esta Inconstitucionalidad sobrevenida, afecta a la validez de la norma, produciendo efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación.

Otro rasgo o cualidad que el tribunal constitucional predica de la Constitución es que *“tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de Derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en esta materia ha de tener efecto retroactivo, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de Leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución”*.

Tener la cualidad de ser quien establezca y fundamente un orden de convivencia política general de cara al futuro, es una condición que sin la menor duda nos sitúa ante una norma jurídica de enorme compromiso social y humano, al considerar que este orden de convivencia se constituye de forma singular en materia de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Son de tal importancia para el constituyente los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, que prevé un régimen especial de retroactividad del texto constitucional, para evitar que durante la vigencia de este nuevo marco constitucional no sólo no se produzcan actos que pudieran ir contra estos Derechos constitucionales, que incluso prohíbe que los actos nacidos con anterioridad de conformidad con el ordenamiento anterior puedan ser materialmente ejecutados. Esto nos ofrece una idea de la trascendencia que en

la Constitución cobran estos Derechos en la actualidad, algún autor del neoconstitucionalismo afirmó que estos Derechos conforman un bloque que de constitucionalidad de tal importancia que podría erigirse en parámetro de validez, no sólo de las Leyes, sino también respecto de las nuevas Constituciones que se aprueben.

4.2.2.-La sujeción de los Poderes Públicos a la Constitución.-

Como se ha afirmado anteriormente, citando a GUI MORI²⁵⁹, la desidia, la negligencia o la lentitud de los legisladores, de los jueces, o del poder ejecutivo, no debe ser nunca un obstáculo para que la Constitución se aplique directamente, “desde ya”, sin necesidad de esperar a que aparezcan y se dicten las normas, sentencias o resoluciones que posibiliten la aplicación de la Constitución. Esto significa, como recuerda el autor, que la Constitución es directamente aplicable desde que entró en vigor, y los jueces y funcionarios públicos conscientes tienen la obligación de aplicarla, y los abogados de exigir su aplicación, acudiendo en el ínterin a rellenar esos posibles vacíos no cubiertos por las normas derogadas por la Constitución, con los principios jurídicos constitucionales derivados de la propia Constitución, recogidos, perfilados y depurados por la jurisprudencia del tribunal constitucional.

En tal sentido se ha pronunciado la STC 16/1982, de 28 de abril, en cuyo FJ 1º, establece:

²⁵⁹ T.GUI MORI, *Jurisprudencia Constitucional Íntegra*, 1981-2001, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 273 y ss.

“Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (Arts. 9.1 y 117.1 de la C. E.). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales (dejando al margen la oportunidad o pertinencia de cada alegación de cada precepto en cada caso), quienes, como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los Derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (Art. 53.1 de la C. E.), entre los que se cuentan, por supuesto, los contenidos en el Art. 24, cuya vulneración se cuestiona por el demandante en amparo”.

De lo expuesto se concluye que la Constitución es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, como ya se afirmó en el apartado anterior, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los Poderes Públicos, incluyendo a los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella. No hay duda de que los preceptos constitucionales son alegables ante los tribunales, quienes, como todos los Poderes Públicos, están vinculados al cumplimiento y respeto de los Derechos y Libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución.

4.2.3.- Libertad del Legislador para legislar sobre cualquier materia.-

Como ya se ha expuesto, nos referiremos a esta circunstancia de forma breve, recordando que en nuestro Estado constitucional el poder legislativo se encuentra sólo sujeto a la Constitución, al ser la única norma que se encuentra por encima de la Ley. Por esta razón, el legislador tiene un amplio margen de actuación dentro del marco constitucional, dispone de plena libertad para y en ese sentido no puede ser considerado como un mero ejecutor de la Constitución. Tal conclusión se alcanza de la redacción dada al Art. 9.1 CE, cuando establece que todos, ciudadanos y poderes públicos, incluso el legislador se encuentran sujetos a la Constitución. Una interpretación sistemática de la norma nos permite afirmar la diferencia que el constituyente realiza del legislador como Poder Público de la Administración, al disponer en el Art. 103.1 CE:

“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

Como ha recordado nuestra alta instancia constitucional el legislador, en su función legislativa es libre, siempre y cuando se mueva dentro de los límites establecidos por la Constitución. Entendida como un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan decisiones de muy diferente signo, establece, para elegir la regulación de tal o cual Derecho, o institución jurídica, que considere más adecuada a sus propias preferencias

políticas. En estos términos se ha pronunciado la STC 194/1989, de 15 de noviembre, en su FJ 3º:

“ El legislador no es un mero ejecutor de la Constitución (STC 209/1987, fundamento jurídico 3.º), sino que actúa con libertad dentro de los márgenes que ésta le ofrece, y siendo la Ley expresión de la voluntad popular, este Tribunal debe ejercer sus competencias, como hemos dicho en varias ocasiones, «de forma tal que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas» (STC 108/1986, fundamento jurídico 18), pues «la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas» (STC 11/1981, fundamento jurídico 7.º). En un Estado democrático y pluralista como el nuestro (art. 1.1 C.E.) caben diversas opciones igualmente legítimas acerca de Instituciones como la que nos ocupa, esto es, cuando la Constitución ha dejado varias posibilidades abiertas al legislador orgánico u ordinario para configurarlas”.

De la redacción contenida en el párrafo de la sentencia extractado se colige que el legislador, cuando legisla, no es un ejecutor de la Constitución. De tal suerte que la potestad legislativa de las Cortes Generales vendrá caracterizada por la libertad de que dispone su titular dentro de los márgenes establecidos en la Constitución.

Este hecho, como ya habíamos indicado, permite a las Cortes Generales legislar sobre cualquier materia, sin que sea necesaria la obtención de ningún

título para ello. Esta libertad conoce un límite como nos recuerda la STC 4/81, pues el legislador no puede colocarse en la posición del constituyente.

Como se ha constatado en este apartado la incidencia de la Constitución sobre las Leyes aprobadas es evidente, aunque exista libertad del legislador para legislar la materia que desee, esta potestad de legislar ha de realizarse en el marco de la Constitución, respetando el contenido de la misma, esto no supone solamente atender a la literalidad del texto, pues el verdadero significado de nuestra Constitución viene determinado por la heterogeneidad de normas de las que está integrada, cobrando especial importancia las normas de principios, y los valores, pues estas se proyectan más allá de lo que en un primer momento puede parecer, pues cada uno ha de ser interpretado en función de los demás atendiendo a las particularidades del caso.

4.3.- LA LEY EN EL MARCO CONSTITUCIONAL.-

4.3.1.- Concepto y significado.-

La Ley, en el seno del sistema constitucional español, es la norma escrita de mayor rango, que prevalece frente a cualquier otra fuente normativa, a excepción de la Constitución. Ninguna norma puede resistirse al contenido de la Ley por ser expresión de la voluntad popular, como se recoge en el Preámbulo de la Constitución²⁶⁰. Precisamente esta característica de la Ley

²⁶⁰ Párrafo segundo del Preámbulo de la Constitución: “*Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular*”.

como expresión de la voluntad popular, es la que la sitúa en el lugar superior del ordenamiento constitucional.

Actualmente se sigue conservando la idea de ROUSSEAU²⁶¹, que la Ley es la expresión de la voluntad popular, para significar que el órgano que aprueba las Leyes es realmente el que encarna la representación política de la comunidad, y que por tanto sus mandatos son originarios, no pueden estar sometidos a las decisiones de ningún otro Poder Público. Esta idea es ciertamente compatible con la supremacía de la Constitución al situarse ésta por encima de los poderes constituidos, de los cuales uno es el poder legislativo²⁶².

Con la aprobación de la Constitución de 1978 la Ley es el mandato jurídico originario aprobado por el Parlamento, no susceptible de un control distinto que el de la constitucionalidad.

En el Derecho continental europeo las Leyes no están sujetas a control del poder judicial, únicamente se sujetan al control para verificar su constitucionalidad realizado por el tribunal constitucional, que tiene el monopolio de este control como recuerda la STC 23/1998, de 22 de febrero. Esto supone el reconocimiento, en el plano de la valoración jurídica de las normas, de la primacía funcional del poder legislativo sobre los demás poderes constitucionales, de ahí que uno de los elementos esenciales de la definición

²⁶¹ J. J. ROUSSEAU, *Contrato Social*, Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 69.

²⁶² F. GONZÁLEZ NAVARRO, "Potestad legislativa del Estado y Potestad reglamentaria. Autonomía de las nacionalidades y regiones". En *la Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, VL. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 1032 y ss.

de la Ley es el órgano del que emana, el Parlamento. Sin embargo, los órganos políticos de representación popular con capacidad para aprobar Leyes no se reducen exclusivamente al Parlamento nacional. Esto sólo sucede en los Estados unitarios centralizados.

Por el contrario, en los Estados de estructura federal o regional, la capacidad para dictar Leyes la tienen también los Parlamentos o Asambleas legislativas de los Estados federados, y Regiones o Comunidades Autónomas. La consecuencia de esta nueva situación surgida en España a partir de la aprobación de la Constitución supuso para la Ley, atendiendo a su vertiente subjetiva, emanada del poder central, que en parte se hubiese difuminado, y sobre este extremo debemos cambiar su definición, en los Estados de estructura compuesta, por el mandato jurídico originario aprobado por los órganos representativos competentes, toda vez que no es sólo el parlamento del Estado el que produce Leyes, quedando también las emanadas de los parlamentos autonómicos o regionales sujetas al control de constitucionalidad²⁶³.

Para PUIG BRUTAU²⁶⁴ la Ley es la norma nacida del poder o de la potestad del Estado para formular normas de Derecho objetivo. Para DÍEZ – PICAZO Y GULLÓN²⁶⁵ las Leyes son “*las normas de origen estatal impuestas y decretadas por la organización política constituida en forma de Estado*”. El autor considera, citando a J. L. DE LOS MOZOS que no todas las normas de

²⁶³ F. GONZÁLEZ NAVARRO, Op. Cit. 1979, pp. 1032 y ss.

²⁶⁴ J. PUIG BRUTAU, Fundamentos del Derecho Civil, Tomo Preliminar, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 166 y ss.

²⁶⁵ J. PUIG BRUTAU, Op. Cit., 1989, pp. 166 y ss.

origen estatal son Leyes en sentido propio, sino la norma de carácter general, solemnemente promulgada por los órganos a los que la Constitución le atribuye la competencia.

Muchos artículos del Código Civil hablan de la Ley, o de las Leyes, en un sentido amplio de normas jurídicas. Por ejemplo, cuando el Art. 6.1 dice que “la ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento”, no hay duda que se refiere a la posible ignorancia de cualquier norma jurídica²⁶⁶.

Para RUIZ VADILLO²⁶⁷ la Ley es *“la regla de Derecho dictada de manera reflexiva y solemne por la autoridad legítima del Estado”*, en expresión de Santo Tomás, cita el autor, *“la ordenación de la razón, dirigida al bien común y solemnemente promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad”*.

Destaca RUIZ VADILLO que con arreglo al Art. 1º.1 Código Civil la Ley es la primera fuente del ordenamiento jurídico y a ella hemos de acudir con preferencia a cualquier otra. En su opinión la palabra Ley, tal como viene utilizada en el Código Civil, y en otros cuerpos legales, admite una interpretación amplia, equivalente a toda norma que emana de una autoridad legítima, incluyendo, los Decretos legislativos y los Decretos leyes, las Órdenes ministeriales y las de las restantes autoridades que tienen potestad para dictar

²⁶⁶ J. PUIG BRUTAU, Op. Cit., 1989, pp. 166 y ss.

²⁶⁷ E. RUIZ VADILLO, Introducción al Estudio Teórico Práctico del Derecho Civil, Ochoa, Logroño, 1984-85, p. 55.

normas de obligado cumplimiento dentro del círculo de sus atribuciones, y otra restringida, como equivalente a norma emanada de las Cortes Generales que son quienes ejercen la potestad legislativa del Estado de conformidad con lo dispuesto en el Art. 66 CE, sin perjuicio de la potestad que tienen atribuida las Comunidades Autónomas en el ámbito que le es propio según el Art. 148 CE y los correspondientes Estatutos de Autonomía, según el proceso reglamentariamente establecido.

La Ley es el acto emanado de las Cortes Generales, de forma típica y solemne, observando el procedimiento legislativo establecido en la Constitución, de modo que lo determinante para la definición de la Ley en nuestro Derecho constitucional es el órgano, las Cortes Generales, y el procedimiento a través del cual manifiesta su voluntad. Como señala PÉREZ ROYO, y prácticamente en el mismo sentido DE OTTO²⁶⁸.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS R. FERNÁNDEZ²⁶⁹ la comunidad actúa en la producción de las Leyes a través de los órganos que, según cada sistema constitucional, tienen atribuida su representación política. Esta es la razón por la que en los sistemas constitucionales positivos, los órganos legislativos son siempre los órganos a través de los cuales se actúa el principio de representación política superior. Así, la técnica de la

²⁶⁸ I. TORRES MURO, "La potestad legislativa de las Cortes Generales", en Comentarios a la Constitución Española, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1328 y ss.

²⁶⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Curso de Derecho Administrativo I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 94 y ss.

representación permite que las determinaciones del representante sean imputables al representado.

Como expresión popular y norma superior del ordenamiento jurídico, la Ley no tiene ningún otro límite que las determinaciones constitucionales, pues en caso contrario, como indican los profesores citados, *“ese algo que la limitase sería algo superior a ella en el orden jurídico y toda la construcción técnica de la Ley está montada para atribuirle la superioridad en la creación del Derecho; su carácter superior, supremo, es su propia esencia”*. Afirman que *“es la única norma originaria que decide desde sí misma y por sí misma”*.

Las Leyes deberán ajustarse, en todo caso, a lo dispuesto en las disposiciones constitucionales, sin que ello suponga que se trata de una pura ejecución de los preceptos de la Constitución, pues legislar, implica decidir libremente la regulación a establecer en una materia, dentro del marco de lo dispuesto al respecto en la Constitución como ha establecido en la STC 194/1989, de 16 de noviembre²⁷⁰, en ella reconoce la libertad del legislador en

²⁷⁰En este sentido se pronuncia la Sentencia en sus FJ 2º y 3º: *“La segunda se refiere a la libertad del legislador postconstitucional y a los límites de la jurisdicción constitucional, y, aunque es válida en términos generales, no está de más reflejarla en esta Sentencia habida cuenta de las innegables peculiaridades del caso. La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquel puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad. Como ya dijimos en una de nuestras primeras Sentencias (STC 11/1981, fundamento jurídico 7.º) «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo». El legislador es libre dentro de los límites que la Constitución establece para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional... Las preferencias ideológicas y políticas son legítimas para el legislador y, en cuanto ciudadano, para el*

el marco de la Constitución. El legislador al legislar debe moverse dentro del espacio político-jurídico que confiere la Constitución, pues como ha establecido el tribunal constitucional en él caben prácticamente todas las posiciones políticas.

La definición manejada para describir a la Ley es aquella que se refiere a la Ley como un mandato de carácter general, pero esto no debe significar que la Ley no puede tener un mandato singular. Esto que debiera ser algo excepcional, en estos tiempos esta forma de normar es más habitual de lo deseado, por las implicaciones que tiene sobre el principio de igualdad, al verse respetado cuando se aprueba una Ley general, igual para todos, y no una Ley aprobada para regular casos concretos, apartándose, como norma suprema que es, emanada del Parlamento de la característica primordial, su generalidad. Esta máxima no podrá cumplirse como claramente se advierte si la Ley se dirige a regular situaciones sociales propias de grupos concretos, o

recurrente, pero no deben introducirse por ningún resquicio en nuestro razonamiento Como también dijimos en aquella Sentencia «en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan», y en otro muy distinto debe situarse nuestro razonamiento, «que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos».

FJ 3º: “. . . El legislador no es un mero ejecutor de la Constitución (STC 209/1987, fundamento jurídico 3.º), sino que actúa con libertad dentro de los márgenes que ésta le ofrece, y siendo la ley expresión de la voluntad popular, este Tribunal debe ejercer sus competencias, como hemos dicho en varias ocasiones, «de forma tal que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas» (STC 108/1986, fundamento jurídico 18), pues «la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas» (STC 11/1981, fundamento jurídico 7.º). En un Estado democrático y pluralista como el nuestro (art. 1.1 C.E.) caben diversas opciones igualmente legítimas acerca de Instituciones como la que nos ocupa, esto es, cuando la Constitución ha dejado varias posibilidades abiertas al legislador orgánico u ordinario para configurarlas”.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

en algunos casos para regular situaciones surgidas de carácter individual, como así ocurre con las Leyes singulares o medida. Pero lo cierto es que esta circunstancia, la pérdida del carácter general de la Ley, no supone un vicio que afecte a su validez, o eficacia, como así ha manifestado el tribunal constitucional²⁷¹ en reiteradas ocasiones.

²⁷¹ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, en cuyo FJ11º estableció: *“En la Constitución Española no existe precepto, expreso o implícito, que imponga una determinada estructura formal a las Leyes, impeditiva de que éstas tengan un carácter singular, si bien consagra principios, que obligan a concebir dichas Leyes con la naturaleza excepcional más arriba apuntada, en cuanto que de ellos se derivan límites que pasamos a examinar con la debida separación:*

A) La vocación a la generalidad que, su propia estructura interna, impone a las Leyes viene protegida, en nuestra Ley fundamental, por el principio de igualdad en la Ley establecido en su art. 14; pero este principio no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora. Esto equivale a decir que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud, que la Ley singular supuesto el más intenso de Ley diferenciadora debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta.

Según ello, la Ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone. El control de constitucionalidad opera así en un doble plano, para excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que sólo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad y para asegurar la razonabilidad, en función del fin propuesto, de las medidas adoptadas.

B) La función legislativa tiene por objeto ordinario la producción de normas dirigidas a la ordenación justa y racional de la comunidad y la función ejecutiva el de actuar en atención a un fin concreto de interés general y de ello se desprende que el contenido material de las Leyes

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

singulares es al menos en parte, actividad ejecutiva o de administración y, en su consecuencia, que dichas Leyes constituyen intervención del legislador en el ámbito de poder del gobernante y administrador.

Procede, sin embargo, señalar que la evolución histórica del sistema constitucional de división de poderes ha conducido a una flexibilización que permite hoy hablar, salvo en reservas materiales de Ley y en actividades de pura ejecución, de una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones, admitiéndose pacíficamente que su separación ya no se sustenta en la generalidad de una y singularidad de la otra y que, según se deja ya dicho, es lícito al legislador adoptar decisiones singulares cuando así lo requieran situaciones singulares, al igual que es lícito a la Administración completar la función normativa de aquél mediante el ejercicio de su poder reglamentario.

A pesar de ello, no puede desconocerse que la Constitución encomienda la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales -art. 66.2- y la ejecución al Gobierno -art. 97- y, por tanto, esta separación deber ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro.

En su consecuencia, de la misma forma que el ejercicio por el Gobierno de la potestad legislativa que, a título excepcional, le concede el art. 86.1 de la Constitución para supuestos de «extraordinaria y urgente necesidad» debe utilizarse tan sólo cuando tales supuestos requieren una prontitud de respuesta que no puede dar el poder legislativo de las Cortes, la adopción de Leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada, a una situación singular.

De aquí se obtiene un segundo límite a las Leyes singulares, que es, en cierta medida, comunicable con el fundamentado en el principio de igualdad, en cuanto que esa excepcionalidad exorbitante a la potestad ejecutiva resulta válida para ser utilizada como criterio justificador de la singularidad de la medida legislativa.

C) Los derechos fundamentales no consienten, por su propia naturaleza, Leyes singulares que tengan el específico objeto de condicionar o impedir su ejercicio; dichos derechos son materia reservada a Leyes generales y reducto inmune a medidas legislativas singulares.

Este acotamiento del objeto material de las Leyes singulares no impide, ciertamente, que éstas, por su cualidad de Leyes formales contra la cual no caben acciones judiciales, incidan en la tutela judicial del derecho afectado por la Ley singular; esa incidencia plantea un

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

La doctrina alemana acuñó la categoría de *Leyes medida* (Massnahmegesetz) dentro de la que se han encuadrado muy diversas realidades normativas: las Leyes singulares y las Leyes de plan, como las más relevantes, pero también simples reglamentos. La característica común a todas las Leyes medida es que tienen como presupuesto solucionar una situación real ya existente que se quiere corregir o encauzar con especiales remedios no previstos en la legislación general vigente que sería aplicable a dicha situación, pero que, en todo caso, sólo se van a aplicar a una situación concreta, lo que motiva la aprobación de la norma medida y no a otros supuestos aunque sean análogos²⁷².

Como se recuerda, las *Leyes singulares* constituyen la variedad más importante de las Leyes formales. Se trata de Leyes que ordenan un caso concreto, que escapa así a la regulación que el ordenamiento jurídico pudiera establecer con carácter general y abstracto para casos semejantes. Viene, pues, a suponer para el caso que regula una derogación singular de esa normativa general, lo que la Ley a diferencia del reglamento sí puede hacer. La legislación general no resulta afectada, salvo en lo que se refiere a su

problema de constitucionalidad que, a causa del carácter instrumental del derecho a la tutela jurisdiccional, se presenta estrechamente vinculado con la naturaleza del derecho sobre el que recaiga la medida legislativa singular, siendo, por tanto, el momento apropiado para su resolución aquél en que se analice el contenido de la Ley singular, pues es entonces cuando se podrá determinar cuál es el grado de incidencia que ésta ocasiona en el sistema de defensa judicial que protege al derecho objeto de la misma”.

²⁷² F. GONZÁLEZ NAVARRO, Op. Cit., 1979, pp. 1032 y ss.

aplicación al caso singular que estas Leyes regulan. En todo caso, implica también una innovación singular de una regulación jurídica que sólo se aplicará a aquel caso. Estas características de las Leyes singulares han hecho que tradicionalmente la mejor doctrina las mire con recelo, no se admite que puedan venir a regular Derechos Fundamentales, ya que éstos son materia reservada a Leyes generales. Por ello el tribunal constitucional ha advertido que las Leyes singulares sólo proceden en situaciones excepcionales, y su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta. La STC 166/1986, de 19 de diciembre, en cuyo FJ11^o, determina:

“La vocación a la generalidad que, su propia estructura interna, impone a las Leyes viene protegida, en nuestra Ley fundamental, por el principio de igualdad en la Ley establecido en su Art. 14; pero este principio no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora”.....”. “Según ello, la Ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone. El control de constitucionalidad opera así en un doble plano, para excluir la creación arbitraria de supuestos de

hecho, que sólo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad y para asegurar la razonabilidad, en función del fin propuesto, de las medidas adoptadas”.

Sigue la sentencia señalando que:

” Los Derechos fundamentales no consienten, por su propia naturaleza, Leyes singulares que tengan el específico objeto de condicionar o impedir su ejercicio; dichos Derechos son materia reservada a Leyes generales y reducto inmune a medidas legislativas singulares.

Este acotamiento del objeto material de las Leyes singulares no impide, ciertamente, que éstas, por su cualidad de Leyes formales contra la cual no caben acciones judiciales, incidan en la tutela judicial del Derecho afectado por la Ley singular; esa incidencia plantea un problema de constitucionalidad que, a causa del carácter instrumental del Derecho a la tutela jurisdiccional, se presenta estrechamente vinculado con la naturaleza del Derecho sobre el que recaiga la medida legislativa singular, siendo, por tanto, el momento apropiado para su resolución aquél en que se analice el contenido de la Ley singular, pues es entonces cuando se podrá determinar cuál es el grado de incidencia que ésta ocasiona en el sistema de defensa judicial que protege al Derecho objeto de la misma”.

En atención a lo argumentado por el tribunal podremos afirmar que como en otras ocasiones de la vida pública, lo trascendente es la acreditación de la concurrencia de los motivos suficientes para adoptar una u otra decisión, la obligación de motivar, de dejar constancia de la razonabilidad de la medida.

4.3.2.- La Titularidad de la Potestad Legislativa.-

La potestad legislativa se encuentra prevista en los Art. 66 y siguientes de la Constitución, dentro del Título III dedicado a las Cortes Generales, disponiendo:

“Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.

Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.

Las Cortes Generales son inviolables”.

La redacción del precepto reproducido nos sitúa ante dos grandes cuestiones, la naturaleza representativa de las Cortes Generales y su estructura bicameral. Aunque no es objeto del presente estudio, cuando menos considero procedente referirlo, pues nos recuerda, como así recoge en el **Art. 1.2** del Preámbulo, que la soberanía reside en un solo titular, que es el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. Sin que esta afirmación categórica, admita algún tipo de objeción²⁷³.

La intensa relación que existe entre la Ley, como expresión de la voluntad popular, y la democracia es la que la dota de una fuerza muy especial, que, pese discrepancias sobre su pérdida de posición central del ordenamiento

²⁷³En este sentido se pronunció la STC 103/2008.

jurídico, en beneficio de otros centros de producción legislativa, o que la centralidad la ocupa la Constitución, algo que parece evidente, esto último, pero no por ello la Ley ha perdido toda su importancia en el Estado de Derecho. Mantiene la condición de expresión de la voluntad popular, algo que en un Estado democrático se convertiría en la aspiración de toda norma. En mi opinión esta condición de naturaleza democrática es lo que mantiene en lo alto a la Ley.

Las Cortes generales, como recoge el apartado segundo del precepto, ostenta entre otras funciones y potestades, la potestad legislativa, en este sentido podemos recordar que este poder es un poder constituido, no constituyente, y en tal sentido estará siempre sometido a la Constitución. La STC 247/2007, de 12 de diciembre recuerda que el poder legislativo se encuentra sometido a la Constitución, y que no le está permitido llevar a cabo funciones del poder constituyente, como alterar el sistema de fuentes, o realizar una interpretación de la Constitución contraria a la misma.

La potestad legislativa no es exclusiva de las Cortes Generales, así, el Gobierno en casos muy determinados tiene reconocida la potestad legislativa, en el caso del Art. 82 CE será por delegación de las Cortes Generales, el cual dispone:

“Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior. 2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. 3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno. 4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. Refundición de textos legales 5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. 6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control’.

El Gobierno tiene atribuida la potestad legislativa para casos muy concretos en los que han de concurrir unas determinadas circunstancias, de urgencia y de extraordinaria naturaleza, esta atribución legislativa se encuentra prevista en el Art. 86 CE, que dispone:

“En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-Leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los Derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el

Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. 2. Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”.

La potestad legislativa que ostentan las Cortes Generales, como veremos en otro apartado se encuentra sujeta a limitaciones, no es un poder ilimitado, como ocurría en épocas pasadas, en la actualidad debe sujetarse a distintos límites, todos ellos derivados de la Constitución. Entre estos se encuentra el respeto a la división de competencias operada por la Constitución, entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Estas también tienen reconocida potestad legislativa, Art. 137 CE., *“El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.* Este debe estudiarse en relación con el Art. 152.1 CE, que dispone:

“En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema

de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla. El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea. Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia”.

El ejercicio de la potestad legislativa por los dos parlamentos representativos de la voluntad popular, estatal y autonómico, se relacionan en virtud del principio de competencia, en atención a lo establecido en los Arts. 149 y 149 CE. Sus relaciones se fundamentarán en otra serie de principios como el de cooperación y el de coordinación.

4.3.3.- El contenido de la Ley. Límites a la labor del Legislador.-

La Ley, como expresión de la voluntad popular, puede regular cualquier materia que desee, sin mayor limitación que las restricciones derivadas de la Constitución. Esto ha sido confirmado por la STC 194/1989, de 16 de noviembre, en cuyo FJ2º determina:

“La segunda se refiere a la libertad del legislador postconstitucional y a los límites de la jurisdicción constitucional, y, aunque es válida en términos generales, no está de más reflejarla en esta Sentencia habida cuenta de las innegables peculiaridades del caso. La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquel puede convertir en Ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad. Como ya dijimos en una de nuestras primeras Sentencias (STC 11/1981, fundamento jurídico 7.º) «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo». El legislador es libre dentro de los límites que la Constitución establece para elegir la regulación de tal o cual Derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional”. “Las preferencias ideológicas y políticas son legítimas para el legislador y, en cuanto ciudadano, para el recurrente, pero no deben introducirse por ningún resquicio en nuestro razonamiento. Como también dijimos en aquella Sentencia «en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones

merezcan», y en otro muy distinto debe situarse nuestro razonamiento, «que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos».

En el FJ3º: *“El legislador no es un mero ejecutor de la Constitución (STC 209/1987, fundamento jurídico 3.º), sino que actúa con libertad dentro de los márgenes que ésta le ofrece, y siendo la ley expresión de la voluntad popular, este Tribunal debe ejercer sus competencias, como hemos dicho en varias ocasiones, «de forma tal que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas» (STC 108/1986, fundamento jurídico 18), pues «la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas» (STC 11/1981, fundamento jurídico 7.º). En un Estado democrático y pluralista como el nuestro (art. 1.1 C.E.) caben diversas opciones igualmente legítimas acerca de Instituciones como la que nos ocupa, esto es, cuando la Constitución ha dejado varias posibilidades abiertas al legislador orgánico u ordinario para configurarlas”.*

De los argumentos contenidos en la sentencia extractada se extrae que entre el legislador y la Constitución existe una relación de subordinación, en la que la Constitución dentro del marco normativo deja al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquel puede convertir en Ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad. Esta afirmación supone que el legislador, dentro de ese marco constitucional, tiene plena libertad para convertir en Ley sus preferencias políticas, esto

supone que el legislador no tiene más límite para incorporar un contenido normativo al ordenamiento jurídico que la propia Constitución.

El tribunal constitucional afirma que aún siendo lícitas las preferencias políticas para el legislador, hay que distinguir dos planos, en uno se colocarán las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro muy distinto debe situarse nuestro razonamiento, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. En esta ocasión el tribunal nos está informando que el control de legalidad es un control únicamente jurídico, y sobre estas cuestiones de ajuste a la Constitución son las que justificarán el fallo.

En el fundamento tercero de la sentencia, el tribunal afirma que la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas.

Ciertamente el legislador dispone de amplio margen de actuación política, pero debe ejercerlo dentro de los límites dispuestos por la Constitución.

El principio de igualdad exige al legislador una especial atención en la elaboración de las Leyes, para que estas no se vuelvan contra sus verdaderos titulares, el pueblo es quien ostenta la soberanía popular. En este sentido, en mi opinión el legislador está limitado en su función legislativa por los Derechos Fundamentales, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 CE, que tienen un contenido esencial, aunque este contenido esencial se encuentra siempre en estado de amenaza por la voracidad legislativa.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

El Derecho o principio de igualdad se garantiza en nuestro ordenamiento jurídico por el respeto a las características de generalidad²⁷⁴ y abstracción de la Ley, debido a la relación que estos rasgos guardan con el principio de Igualdad.

Para VÁZQUEZ BOTE²⁷⁵, la generalidad se refiere a *“que contenga una decisión tomada en abstracto, referida a todos los posibles casos y situaciones fácticas que puedan darse en la vida. La igualdad ante la ley sólo adquiere significado y relevancia pensando que el legislador no usa de tan importante medio si no es para beneficio de la generalidad”*.

La generalidad es la esencia de la Ley en el Estado de Derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de Derecho, sin distinción, está necesariamente conectado con los postulados fundamentales del Estado de Derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la Ley.

En este sentido afirma ZAGREBELSKY²⁷⁶ que el Estado de Derecho es contrario a los excesos de poder, es decir, del uso no regulado del poder, para quien la generalidad de la Ley comporta una normatividad media, eso es, hecha para todos, lo que naturalmente contiene una garantía contra un uso desbocado del propio poder legislativo. Sigue señalando, el autor, que la

²⁷⁴ La Generalidad como rasgos identificativo de la Ley fue destacado por ROUSSEAU en su obra del Contrato Social, Op. Cit, 1992, p.69.

²⁷⁵ J. PUIG BRUTAU, Fundamentos del Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 166 y ss.

²⁷⁶ G. ZAGREBELSKY, Op. Cit., 2011, p. 29.

generalidad es además “la premisa para la realización del importante principio de la separación de poderes. Si las Leyes pudiesen dirigirse a los sujetos considerados individualmente sustituirían a los actos de la Administración y a las Sentencias de los Jueces. El legislador concentraría en sí todo los poderes del Estado.

La generalidad de la Ley era, en fin, garantía de la imparcialidad del Estado respecto a los componentes sociales”.

Según ZAGREBELSKY²⁷⁷ la abstracción de las Leyes se encuentra vinculada a la generalidad, la cual puede definirse como la “*generalidad en el tiempo*” y “*que consiste en prescripciones destinadas a valer indefinidamente y, por tanto, formuladas mediante supuestos de hecho abstractos*”.

La abstracción que respondía a una exigencia de la sociedad liberal, y que resultaba tan esencial como la generalidad, trataba de garantizar la estabilidad del orden jurídico y, por consiguiente, la certeza y la previsibilidad del Derecho. Esta circunstancia propicia una garantía a la seguridad jurídica, principio vertebrador de nuestro ordenamiento, que guarda una relación entrelazada con los Derechos Fundamentales. Pues sin seguridad en el ordenamiento no es posible hablar de igualdad, ni de tutela judicial efectiva, esta característica del ordenamiento es necesaria para que se conozca la norma, interpretarla y en función de lo que interese actuar, confiando en que estas condiciones jurídicas se mantengan en un futuro.

²⁷⁷ G. ZAGREBELSKY, Op. Cit., 2011, p.29.

La abstracción, así entendida se encuentra en estrecha relación con el principio de seguridad jurídica, pues supone la seguridad del Derecho en el tiempo, en el futuro, garantizando un rasgo fundamental de la seguridad jurídica, la previsibilidad, o calculabilidad del Derecho. Consecuentemente, las Leyes retroactivas son contrarias a la abstracción de la Ley, pues suponen una alteración del ordenamiento respecto de hechos o acciones cometidas en el pasado. Igualmente serán contrarias a la abstracción las Leyes que se dictan para regular la realidad social durante un tiempo determinado, concreto, al no disponer del carácter de permanencia.

Lógicamente, esta característica de la Ley, la abstracción, será contraria a cualquier cambio repentino de la Ley, así como de la práctica actual de una legislación motorizada que comporta cambios continuos del Derecho, lo que hoy es válido, no lo será mañana.

Considera ZAGRABELSKY que *“la época actual viene marcada por la pulverización del Derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de Leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción, hasta el extremo de las Leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención regulativa en sentido propio: en lugar de normas, medidas”*²⁷⁸. Esta situación tiene una clara y negativa incidencia sobre el principio de seguridad jurídica²⁷⁹, al suponer un clima de

²⁷⁸ G. ZAGRABELSKY, Op. Cit., 2011, p. 37.

²⁷⁹ La Seguridad Jurídica fue definida por el TC en la sentencia 27/1981, de 20 de julio, como *“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*

constante cambio normativo, que dificulta la confianza en el ordenamiento jurídico, la certeza del Derecho, y la previsibilidad del mismo, pues resultará imposible poder prever que nos deparará el Derecho ante los constantes cambios que sufre.

En este momento, las normas generales y abstractas deben ser aplicadas teniendo en cuenta las particularidades del caso; es necesario un proceso de adaptación que tiene lugar a través de la actividad de los jueces. Es cierto que la sentencia es individual porque se refiere a un sujeto o a unos sujetos con nombres y apellidos y, además, es concreta, pues ordena la realización de una determinada conducta o impone una sanción también determinada. Pero es obvio que todo este proceso, por los demás necesario y sin el cual el Derecho no tendría ningún sentido, se realiza teniendo presente las normas generales y abstractas. Aunque el juez no aplica mecánicamente las normas y a pesar de que su labor es creadora en algunos aspectos, no cabe duda que se encuentra vinculado al Derecho, a esas disposiciones generales y abstractas. En conclusión, el tránsito de lo general a lo individual y de la abstracción a la concreción supone la efectiva realización del Derecho, pero no impide que se pueda afirmar que las normas son generales y abstractas²⁸⁰.

jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”.

²⁸⁰ M. SEGURA ORTEGA, Teoría del Derecho, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pp. 80 y ss.

En palabras de HUMBERTO ÁVILA²⁸¹ podemos definir la seguridad jurídica como “ *una norma-principio que exige, de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la adopción de comportamientos que contribuyan más a la existencia, en beneficio de los ciudadanos y desde su perspectiva, de un Estado de confiabilidad y calculabilidad jurídica, con base en su cognoscibilidad, mediante la controlabilidad jurídico racional de las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales, como instrumento garante del respeto a su capacidad de, sin engaño, frustración, sorpresa ni arbitrariedad, plasmar de forma digna y responsable su presente y hacer una planificación estratégica jurídicamente informado sobre su futuro*”.

Una característica importantísima de la Ley es la citada por PUIG BUTRAU²⁸² al afirma que la Ley “*ha de tener un contenido racional y justo*”. Sigue sosteniendo el autor que este requisito de que la Ley sea justa se manifiesta en algo que corresponda, como dice ESSER, “*a la esencia objetiva de toda norma jurídica, en la igualdad en el tratamiento de situaciones iguales*”.

4.3.4.- La Subordinación de la Ley a la Constitución.-

Como vimos anteriormente, la Constitución, en cuanto norma básica del ordenamiento jurídico, norma suprema, y que da origen a las demás Leyes, en el orden jerárquico precede a la Ley, vinculando positivamente su contenido,

²⁸¹ H. ÁVILA, Indicadores de Seguridad Jurídica, p.2. http://www.publicacionestecnicas.com/cmsbook2//biblioteca/documents//LSUBCAT_1781/1372_193333_H-avila.pdf

²⁸² J. PUIG BRUTAU, Op. Cit. 1989, pp. 166 y ss.

sin que el legislador pueda traspasarlo sin incurrir en vicio de validez de la norma, se constituye como un límite, por lo tanto, a la libertad de determinación del legislador. Como se ha dicho, la Ley no puede contradecir los preceptos constitucionales bajo pena de inconstitucionalidad.

El texto constitucional crea y regula los poderes del Estado, consagra Derechos y Libertades Fundamentales cuyo núcleo esencial es indisponible para el legislador, y establece límites al ejercicio del Poder Público. La característica principal de la carta constitucional es su naturaleza normativa, en cuya virtud todos, los ciudadanos y los Poderes Públicos se encuentran sujetos a ella, como recuerda el Art. 9.1 CE. Esta característica es predicable de todos los preceptos del texto constitucional.

En la propia Constitución se establece el sistema de fuentes normativas, con indicación del procedimiento que ha de observarse para su válida producción. Es por ello que se encuentra en la parte más alta de la pirámide kelseniana, es la norma normarum.

Esta superioridad normativa se traduce en una suprallegalidad formal y material, esto es, las normas jurídicas no sólo han de respetar el sistema de producción que la Constitución establece, sino que también ha de respetar el conjunto de valores o límites que en la misma se contienen, quedando prohibido disponer de los contenidos esenciales de los Derechos y Libertades Fundamentales reconocidos a los ciudadanos. Este respeto a los valores y principios constitucionales actúa como límite material del contenido de las Leyes. En el supuesto de que este límite fuese sobrepasado, surgiría un

conflicto entre la Constitución y la Ley, que se resolverá en favor de la Constitución, debido a su valor de norma suprema. Para estos casos, la Constitución está provista de una serie de mecanismos a través de los cuales se procede a su defensa, expulsando del ordenamiento jurídico a la norma que la vulneró.

La Ley ha de producirse dentro del marco establecido por la Constitución, respetando no sólo los límites formales, los contenidos orgánicos y competenciales, relativos a la formación y composición de las Cámaras, al procedimiento legislativo, la distribución de materias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o entre las distintas especies de Leyes, etc, sino que también ha de respetar, especialmente, el conjunto de valores y principios materiales que conforman el texto constitucional, ubicados fundamentalmente en el título preliminar y en el título primero. Ahora bien, como se avanzó, el legislador dentro del espacio constitucional actúa con plena libertad²⁸³ política para la configuración de contenidos normativos de un ámbito más amplio, consciente de la prohibición general de actuar de forma arbitraria, límite a la actuación de los poderes públicos sin excepción que se encuentra prevista en el Art. 9.3²⁸⁴ CE²⁸⁵.

²⁸³ STC 194/89, de 16 de noviembre.

²⁸⁴El artículo 9.3 CE dispone: “La Constitución garantizala interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

²⁸⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 94 y ss.

4.3.5.- Límites en el Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Legislativa.-

El Procedimiento legislativo por vulneración de trámites fundamentales del procedimiento legislativo puede justificar la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, cuando se trate de trámites esenciales.

En la STC 176/2011 de 8 de noviembre, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Esta Ley ya había sido objeto de recurso previamente, recurso que fue resuelto por STC 136/2011, de 13 de septiembre.

El primer bloque de cuestiones nuevas planteadas por los recurrentes en este proceso constitucional se refiere a la existencia de irregularidades en el procedimiento legislativo dirigido a la aprobación de la Ley. Las irregularidades que se alegan son las siguientes: en primer lugar, la no reconsideración por la Mesa del Congreso, dada la heterogeneidad de los contenidos abarcados por el proyecto de Ley del acuerdo de 5 de octubre de 1999 por el que se encomendaba a la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda el estudio del proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social; en segundo lugar, la negativa de la Mesa de la Cámara a solicitar informe previo a otras comisiones competentes en razón de las materias afectadas por el Proyecto de Ley; y, en tercer lugar, la ordenación bajo un solo punto del día y la realización de un debate conjunto de las enmiendas de totalidad con devolución tanto al Proyecto de Ley de

presupuestos generales del Estado como al Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

El tribunal constitucional ha mantenido reiteradamente que no basta con cualquier vicio o inobservancia de los previstos en las normas que regulan el procedimiento parlamentario para declarar la inconstitucionalidad de la norma o disposición con que se pone fin al mismo, siendo necesario a tales efectos que el vicio o inobservancia denunciada afecte esencialmente al proceso de formación de la voluntad de los parlamentarios, de modo que sólo los vicios o defectos más graves provocan un déficit democrático en el proceso de elaboración de una norma que podría conducir a su declaración de inconstitucionalidad, por todas STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 10.

El tribunal constitucional entiende que se trata de unos actos de trámite insertos en un procedimiento parlamentario cuya eventual inobservancia sólo podría alcanzar relevancia constitucional y, por lo tanto, viciar de inconstitucionalidad la Ley resultante si alterasen de modo sustancial el proceso de formación de voluntad de una Cámara.

En este caso, no sólo los vicios citados no fueron denunciados ante la misma Cámara, salvo el de la decisión de atribuir a la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda el estudio del proyecto de Ley, decisión ésta respecto de la que solicitó su reconsideración, sino que los diputados recurrentes se limitan a cuestionar de forma genérica determinadas decisiones de la Mesa del Congreso, sin un mínimo de argumentación que permita poner en cuestión sobre esta base la constitucionalidad de la totalidad de la Ley impugnada. En

consecuencia el tribunal constitucional rechaza que este argumento pueda constituir el fundamento de la inconstitucionalidad de la Ley.

4.3.6.- Doctrina Constitucional sobre leyes singulares y la seguridad jurídica.

En este apartado se pretende ofrecer una visión constitucional desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la sujeción a la Constitución del legislador respecto a determinados aspectos referidos a la tramitación de Leyes.

En la STC 74/2011, de 19 de mayo, el tribunal recuerda que el objeto de las Leyes de Presupuestos del Estado, según doctrina constitucional, a diferencia de lo que en principio sucede con las demás Leyes, no puede ser libremente fijado, sino que posee un contenido mínimo, necesario e indisponible, al que puede añadirse un contenido eventual o posible, de modo que las materias situadas fuera de ese ámbito están constitucionalmente vedadas a las Leyes de Presupuestos del Estado. Esta limitación material deriva, en primer lugar, de la específica función que constitucionalmente se atribuye a este tipo de fuentes, aprobar anualmente los presupuestos generales del Estado incluyendo la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado y ser uno de los vehículos o instrumentos de la política económica del Gobierno; en segundo lugar, de las especificidades de su tramitación parlamentaria, que conllevan ciertas limitaciones de las facultades de propuesta, examen y enmienda de las Cortes Generales, y, por fin, de las

exigencias del principio de seguridad jurídica del Art. 9.3 CE, entendido como certeza del Derecho, debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo origina, o debido a que ese principio de certeza exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido, como la de presupuestos generales, no contengan más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional. En síntesis, puede afirmarse que el contenido mínimo, necesario e indisponible de las Leyes de Presupuestos es el proclamado en el Art. 134.2 CE, es decir, la previsión anual de la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado; el contenido eventual resulta limitado estrictamente a aquellas materias o cuestiones que guarden directa relación con las previsiones de ingreso y las habilitaciones de gasto de los presupuestos o con los criterios de política económica general en que aquéllas se sustenten o que sean complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del presupuesto, excluyendo, en principio, normas típicas del Derecho codificado o disposiciones de carácter general, salvo que guarden relación directa con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan²⁸⁶.

En este caso la STC 238/2007, de 21 de noviembre, entiende vulnerado cuando el contenido o las omisiones de un texto normativo producen confusión

²⁸⁶A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, "Fuentes del Derecho", RJA, nº 53, 2011, pp. 132 y ss.

o dudas que generan en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos. Según la doctrina del tribunal constitucional, el principio de seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando “la claridad y no la confusión normativa”, de tal manera que “solo 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 normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica”. Por todas STC 248/2007, de 13 de diciembre²⁸⁷.

En la STC 102/2012, de 8 de mayo el tribunal entiende que no se vulnera la seguridad jurídica por incluir una regulación concreta en una Ley de acompañamiento. El tribunal recuerda su jurisprudencia sobre esta cuestión, en virtud de la cual la publicación de una disposición en el Boletín Oficial del Estado es suficiente para garantizar el conocimiento de la norma. En este sentido, el tribunal declara que en este caso podrá considerarse que el procedimiento utilizado manifiesta una mala técnica legislativa, pero no que infringe el Art. 9.3 CE, y añade que no corresponde al tribunal constitucional

²⁸⁷ A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, “Fuentes del Derecho”, RJA, nº 39, 2008, pp. 132 y ss.

pronunciarse sobre la perfección técnica de las Leyes. Sobre esta cuestión también se pronunció la STC 120/2012, de 5 de junio²⁸⁸.

En la STC 237/2012, de 13 de diciembre, el tribunal entiende que no se ve vulnerada la confianza legítima por modificaciones legislativas. El tribunal mantiene que dicho principio deberá ponderarse junto con otros principios y valores, pero que no constituye un obstáculo infranqueable para el legislador, tampoco para el legislador de urgencia, so pena de incurrir en el riesgo de petrificación del ordenamiento jurídico. Para el tribunal, es claro que el panorama de las normas jurídicas vigentes en cada momento incide en la forma según la cual los ciudadanos programan sus conductas, y también es claro que determinadas modificaciones de algunas leyes pueden generar perjuicios a los ciudadanos y dar lugar, en su caso, a la correspondiente indemnización. En este sentido, el tribunal concluye que lo que no cabe es equiparar esa eventual garantía de indemnidad con un pretendido Derecho subjetivo a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico²⁸⁹.

En la STC 176/2011, de 8 de noviembre, el tribunal determinó que para concluir si una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos hay que analizar, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto: y muy especialmente los principios de

²⁸⁸ A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, "Fuentes del Derecho", RJA, nº 57, 2012, pp. 141 y ss.

²⁸⁹ A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, "Fuentes del Derecho", RJA, nº 59, 2013, p. 125.

capacidad económica y seguridad jurídica. En particular, en los supuestos de retroactividad auténtica, sólo cualificadas excepciones podrían oponerse al principio de seguridad jurídica. En consecuencia, pueden considerarse conformes con la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando existan claras exigencias de interés general.

En este caso el tribunal considera que la norma cuestionada ha llevado a cabo, retroactivamente, una alteración en la determinación de la deuda tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas sin la concurrencia de nítidas y cualificadas exigencias de interés general que justificasen el efecto retroactivo otorgado. Este dato conduce a estimar que se ha producido la vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el Art. 9.3 CE. Consecuentemente, el tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo primero de la disposición transitoria duodécima de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social²⁹⁰.

4.3.7.-La Técnica Normativa como elemento de garantía de la Seguridad Jurídica.-

4.3.7.1.- Situación actual del panorama normativo.-

En la actualidad afirmar que el panorama jurídico normativo es de difícil manejo, incluso para los profesionales del Derecho, no es una afirmación que sorprenda a nadie, debido a la complejidad del entramado de normas que

²⁹⁰ A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DíEZ SASTRE, "Fuentes del Derecho", RJA, nº 55, 2012, pp. 134 y ss.

hoy conforman el ordenamiento jurídico, que dificultan el conocimiento de las normas por parte de sus destinatarios, los ciudadanos y los Poderes Públicos. Si los ciudadanos tenemos la obligación de sujetar nuestros comportamientos a lo dispuesto en las normas, parece razonable pensar que estas normas han de mostrarse ante los destinatarios en unas condiciones que permitan su conocimiento, y su entendimiento, pues de lo contrario no podrán determinar sus posiciones y conductas ante las exigencias contenidas en las normas.

Las posibilidades de éxito para que un ciudadano acomode sus conductas a lo previsto en las normas, son mínimas, por no decir inexistentes, pues habrá que pensar que nuestro ordenamiento se encuentra nutrido de una ingente cantidad de normas, procedentes de distintos puntos de producción, que se relacionan entre sí por medio de técnicas jurídicas, verdaderamente, complejas, así, el principio de competencia, el de jerarquía normativa, existiendo, además, reglas por las cuales unas normas se aplicarán con preferencia a otras, Ley especial vs, Ley general, Ley posterior vs, Ley anterior. Nos encontramos con normas con vocación temporal, que están llamadas a regular situaciones de forma transitoria, incluso normas que tienen efecto retroactivo etc, el panorama descrito, de forma sucinta, no parece muy propicio para que el ciudadano encuentre tranquilidad jurídica en sus relaciones sociales, pues al contrario, el escenario es proclive, como así ocurre, para que un individuo se encuentre frustrado y sorprendido ante su impotencia para comprender el conjunto de normas que regulan, supuestamente, su vida.

Cuando no es posible conocer las consecuencias de una conducta, no se tiene, o no se comprende la información que le llega, surge una situación personal de incertidumbre, de inseguridad, por el desconocimiento del devenir de los hechos. Al ciudadano se le priva de poder calcular, de forma razonada, las expectativas que pueda tener atendiendo a si actúa de una manera u otra, se le obliga a conducirse por una penumbra normativa constante, permanente, que le generará desconfianza en el sistema jurídico, hecho que propiciará actuar de forma inesperada, encontrándose en ocasiones al margen de lo que la norma le exige, sin que medie intención de trasgredir el ordenamiento. A esta situación, el individuo, ha llegado sin querer ese resultado, por causas ajenas a su voluntad, como consecuencia de una imposibilidad material, insuperable, de conocer y entender la Ley.

El legislador, con conocimiento de que se producen estas situaciones, se dota de una maquinaria jurídica casi indestructible, que desplaza al individuo la responsabilidad del incumplimiento normativo, incorporando cláusulas del tenor, *“la ignorancia de las normas no exime de su cumplimiento”*²⁹¹, con el objetivo de garantizar la eficacia del ordenamiento, impidiendo que el individuo se esconda en la ignorancia para incumplir el mandato normativo. Ciertamente no sería posible mantener un orden social, si no existiese la obligación de cumplir las normas que nos damos, pero también ha de considerarse cierto que ese cumplimiento que reclama una sociedad, que redundará en beneficio de todos y de cada uno de los individuos que la componen, requiere de las

²⁹¹ Art. 1 Código Civil.

medidas, y mecanismos, adecuados para garantizar que el cabal conocimiento de las normas llega a los ciudadanos, para poder afirmar que cuando un individuo no cumple las normas, no pueda escudarse en su desconocimiento, pues este sería la consecuencia de una conducta poco diligente por su parte, que encerraría una intención de instalarse al margen de la norma, de la paz social, pues este es el objetivo que se persigue con el Derecho.

Un legislador, cuando utilizo este término es claro que me quiero referir tanto a los sujetos titulares de poder legislativo, como a aquellos que ostentan poder reglamentario, en fin, a todos aquellos que tienen la posibilidad de innovar el sistema jurídico, de crear normas vinculantes para los individuos, que actúe de forma tal, que dirija esfuerzos en garantizar que los destinatarios de las normas puedan conocerlas y comprenderlas sin necesidad de un esfuerzo inexigible, sin la necesidad de realizar una búsqueda constante por todos los Boletines Oficiales, pues la divulgación de las normas, en la sociedad actual, puede favorecerse por muchos medios, no sólo el institucional, u oficial, como por ejemplo un uso adecuado y razonable de los medios de comunicación públicos, en los que puede informarse de la aprobación de una norma, especialmente de aquellas que más repercusión social puedan tener, al fin y al cabo estos medios son costeados por los ciudadanos, y han de ser destinados a cumplir un servicio público, en el que a mi juicio se encuentra la garantía de la transparencia normativa. Una labor de este tipo por parte del legislador, sería sin duda plausible, pero sería mayor el reconocimiento, si la norma en cuestión, fuera de fácil comprensión, inteligible, y por supuesto que estuviese dirigida a solucionar un problema social, claro, e identificado.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

Lo cierto es que la realidad en la que nos encontramos es muy distinta a la que desearíamos, pues el legislador se ha empeinado, o cuando menos esa es la sensación que transmite, en dificultar la tarea ciudadana de cumplir las normas jurídicas, al limitar los medios de publicidad y difusión de las mismas al Boletín Oficial, redactándolas en términos inaccesibles, pues utiliza un lenguaje oscuro, poco claro, con tecnicismos, con mensajes demasiado largos que dificultan la retención y la comprensión, en fin, un verdadero despropósito para con los individuos. En mi opinión es de tal calibre el desprecio mostrado que se podría afirmar que cuando actúa, lo hace considerando a los individuos como cosas, lesionando su dignidad, pues el desconocimiento de las normas, es en ocasiones, inducido, propiciado, siendo de tal envergadura que sería difícil que no fuese buscado. La consecuencia no es otra que situar al individuo en una situación de menor libertad, y consiguientemente surge una sociedad menos justa y menos igualitaria, al observar como unos individuos acceden correctamente a la información normativa, frente a otros que encuentran serias dificultades para poder conocer realmente el mandato legal, circunstancia que crea un desequilibrio social y jurídico de incalculables magnitudes, en la que el resultado es un alejamiento de los valores superiores consagrados en nuestra Constitución, que distancia nuestra realidad de esos ideales a los que debe tender nuestra sociedad.

Personalmente, considero que estos desequilibrios sociales originados por el desconocimiento de las normas que rigen la vida en comunidad, pueden ser paliados si se actúa con una mayor diligencia en la elaboración de las normas, si existiese un compromiso de mejorar la calidad normativa, si las

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

normas atendieran a las necesidades sociales, a la realidad social a la que han de servir. De lo que se está hablando es de garantizar, por los Poderes Públicos, especialmente por el legislador, una mayor seguridad jurídica²⁹², que ofrezca a la comunidad mayor certeza en el ordenamiento, un mayor grado de

²⁹² La seguridad jurídica en cuanto certeza y conocimiento de la legalidad, que viene garantizada por la Constitución en su artículo 9.3, junto con el principio de legalidad, el de jerarquía normativa, el de la publicidad de las normas, el de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, y, como consecuencia globalizadora de todos ellos, la Constitución protege la seguridad jurídica. Esta seguridad, según el Tribunal Constitucional, por todas, Autos de 27 de abril de 1983, y de 26 de octubre de 1983; y sentencia de 21 de mayo de 1984, consagra la certidumbre del ordenamiento jurídico, y por lo tanto la certidumbre de las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de una determinada actuación. Y también consagra, con todas las matizaciones que se quiera, la previsibilidad de la decisión judicial. Esta seguridad, en cuanto conocimiento y certeza de la legalidad exige que esa legalidad tenga una serie de requisitos sin los cuales es imposible llegar a conseguirla: Se exige que esa legalidad sea pública, que técnicamente esté bien hecha, que sea clara, que sea precisa, etc. El artículo 2.1 del CC dice expresamente que «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». Se exige la publicación, y, en circunstancias normales, también se exige una *vacatio legis* de veinte días, que también puede ayudar a este conocimiento.

Asimismo esa seguridad pide la positividad del Derecho. Todo Derecho (el derecho natural) que no esté de alguna forma positivizado reporta siempre inseguridad y falta de certeza.

Esta seguridad también exige la «no arbitrariedad», en cuanto que ésta presupone un sistema de legalidad que no se respeta, es decir, implica la negación del Derecho en cuanto legalidad. Asimismo se requiere la «no retroactividad» 18, y alguna cláusula más, aunque aparentemente parezca contradictoria, como el artículo 6.1 del CC, que dice que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», pues estoy de acuerdo con Legaz Lacambra cuando dice que «el sentido jurídico de este precepto es cabalmente una afirmación de la idea de seguridad: la vida jurídica sería un caos si la entrada en vigor de la sanción prevista en una norma se hiciese depender del conocimiento que de la misma alegase su infractor y desaparecería todo resto de orden jurídico si nadie tuviese la posibilidad de una certeza sobre su situación, desde el momento que la existencia de las normas reguladoras de la misma se la hiciese depender de un factor tan movedizo» 19. Éstos son los conceptos a los que hace mención Pérez Luño 20 al referirse a la *lege promulgata*, *lege manifesta*, *lege plena*, *lege stricta*, *lege previa* y *lege perpetua*, como requisitos de la seguridad en cuanto certeza.

cognoscibilidad en la norma, permitiendo la previsibilidad del Derecho, generando confianza en el ordenamiento jurídico.

El principio de seguridad jurídica, consagrado en la Constitución, obliga a los Poderes Públicos a tomar las medidas necesarias para que el resultado del proceso legislativo, o reglamentario en su caso, sea lo más accesible posible para los ciudadanos, e igualmente exige que las normas aprobadas no sufran excesivas modificaciones, garantizando en lo posible la permanencia de estas. La excesiva frecuencia con la que las normas son modificadas hace que los individuos no tengan seguridad en relación a las consecuencias que de las mismas se pueden derivar, esta forma de proceder ha sido denominada Derecho líquido, gaseoso.

Existen dos circunstancias que amenazan directamente la seguridad jurídica, por un lado, la existencia de: una dispersión de los poderes normativos, como consecuencia de la distribución territorial del poder, encontrándonos por consiguiente con Leyes estatales, Leyes autonómicas, Leyes que tienen como finalidad armonizar las anteriores, como las Leyes de bases, o las Leyes de desarrollo, normas municipales etc. A los que habrá que sumar las normas aprobadas por la comunidad internacional, y, como consecuencia de la incorporación de nuestro Estado en la Unión Europea, la normativa comunitaria, compuesta por directivas, reglamentos, decisiones comunitarias. De otro lado, la seguridad, también se ve afectada por la sobreabundancia normativa, derivada de una desmesurada producción de normas jurídicas, que tuvo su origen en el Estado de bienestar, conllevando

una reducción de la calidad normativa. Esta alta producción normativa es consecuencia del dinamismo social en el que se encuentra inmerso, debido a los constantes cambios políticos que con frecuencia producen alteraciones sustanciales del ordenamiento.

El ordenamiento jurídico perdió las notas que le caracterizaban en el Estado anterior, la permanencia y la estabilidad, que aportaban seguridad jurídica, garantizando la igualdad ante la Ley, hoy caracterizado por la crisis de la Ley²⁹³.

Como se indicó, asociada a esta sobreproducción normativa se encuentra una mala calidad técnica de las normas jurídicas, algo que se invierte cuando se reduce la producción, surgiendo mayor seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico.

La calidad de las normas mejora utilizando una buena técnica normativa, instrumento al servicio de la seguridad jurídica, como afirmó el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 3.714/1992 de 27 de enero de 2000, que: “la seguridad jurídica, objetivo prioritario de la técnica normativa, requiere ante todo que se sepa cuál es la legislación vigente.”

²⁹³ L. MARTÍNEZ ROLDÁN, El derecho y la crisis de la Ley, Universidad Carlos III, Instituto Bartolomé de las Casas, BOE, Madrid, 2004, p.118.

En España el examen de la viabilidad de las normas ha ido incorporándose, de forma paulatina, a los cuestionarios de evaluación que se acompañan a los proyectos normativos.

4.3.7.2.- Concepto y Significado.-

Según SAINZ MORENO²⁹⁴ la técnica normativa debe conceptuarse como “el arte de construir el ordenamiento jurídico bien estructurado en sus principios e integrado por normas correctamente formuladas, esto es, un ordenamiento que haga efectivo el principio de seguridad jurídica”²⁹⁵.

Para el profesor RODRÍGUEZ-ARANA²⁹⁶ la ciencia de “*la técnica normativa especialmente de la Ley y de las disposiciones administrativas de carácter general, tiene una profunda vinculación con uno de los principios generales del Derecho más elementales, como es el de la seguridad jurídica. Tratándose de un principio esencial en el Estado de Derecho en la medida que la sumisión a unas reglas de juego jurídico conocidas de antemano por todos facilita la buena fe en el tráfico jurídico y dota a las relaciones jurídicas de la fortaleza necesaria para la armonía social*”.

²⁹⁴ “Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural”, La Técnica legislativa a debate, Asociación española de letrados de parlamentos, Tecnos, Madrid, 1994, p.20.

²⁹⁵ X. A. SARMIENTO MÉNDEZ, La Técnica Legislativa y XXV años de Derecho Constitucional: Un Análisis Comparativo En Portugal @ Dereito, Vol. 13, Núm. 1:311-353 (2004).

²⁹⁶ J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “La importancia de la Técnica Normativa en un Estado democrático de Derecho” en La Técnica Normativa: una necesidad para la realización de la justicia, CEU Ediciones, Madrid, 2010, pp. 9 y ss.

Sigue indicando el profesor que *“en un Estado de Derecho las normas jurídicas se confeccionan para que se apliquen. Han de ser claras en lo que atiende a su rúbrica, a su objeto, a sus efectos y a sus destinatarios. Han de ser lo más completas posible, lo más concretas posible y lo más concisas que se pueda. Han de estar redactadas según los más elementales cánones de la producción de normas. Es decir, han de recoger, en la medida de lo posible, los patrones, las reglas propias de la mejor técnica normativa. Y la mejor técnica normativa es aquella en la que más resplandece el Principio de Seguridad Jurídica y sus corolarios necesarios: buena fe y confianza legítima, entre otros”*.

Para el profesor SARMIENTO, el tópico de la técnica normativa en España ha descansado fundamentalmente, desde una perspectiva jurisprudencial, en la interpretación que el tribunal constitucional ha dado al mandato del Art. 9.3 CE, pudiendo encontrar sentencias como la STC 111/2000, de 5 de mayo, en las que se reincide sobre el sentido del principio de seguridad jurídica y sus consecuencias sobre el actuar de los tribunales²⁹⁷.

La unidad del ordenamiento jurídico se ha puesto de manifiesto en la labor que ha realizado el tribunal constitucional en relación a los efectos del principio de seguridad jurídica y a la inmutabilidad de las sentencias cuando el

²⁹⁷ X.A. SARMIENTO MÉNDEZ, Op. Cit., 1:311-353 (2004).

Derecho aplicable ha permanecido sin cambios. En este sentido se pronunció la STC 58/2000 de 28 de febrero²⁹⁸.

La técnica legislativa, puede definirse, siguiendo a VIDAL MARÍN como el oficio, el arte que tiene como principal preocupación que las Leyes, refiriéndonos con este término a todas las normas jurídicas, sean elaboradas con un mínimo de calidad, para permitir su claridad e inteligibilidad. Pero, debemos tener presente que las normas jurídicas cobran sentido cuando se encuentran en relación con el resto de normas que forman parte del ordenamiento jurídico, en el que se integran, y consecuentemente, la técnica legislativa, concebida como el arte de crear normas de calidad, debe elaborar reglas o directrices que se encaminen no sólo a la mejora de la calidad de las normas individualmente consideradas, sino que ha de dirigirse a mejorar la calidad del ordenamiento jurídico en su conjunto, produciendo una mejora de la estructura y de la coherencia del ordenamiento jurídico²⁹⁹. En caso contrario, no será garantía para corregir los problemas que pueden surgir en el ordenamiento jurídico concebido de forma conjunta, es por ello que la técnica normativa no puede ceñirse a las normas individualmente consideradas.

El tribunal constitucional español se ha pronunciado sobre la relevancia que el principio de legalidad puede alcanzar en relación con el principio de seguridad jurídica, en una polémica sentencia de 19 diciembre de 1996.

²⁹⁸ X. A. SARMIENTO MÉNDEZ, Op. Cit., 1:311-353 (2004).

²⁹⁹ T. VIDAL MARÍN, "Técnica Legislativa, Inserción de la Norma en el Ordenamiento Jurídico y Tribunal Constitucional. Teoría y Realidad Constitucional", núm. 31, 2013, pp. 323 y ss.

Sin duda, el principio de seguridad jurídica, aún sin haberse recogido expresamente podría extraerse de la propia definición y significación del Estado democrático de Derecho, en el que se han de garantizar los Derechos y Libertades Públicas, respetando los principios propios del Estado democrático.

También cobra especial trascendencia en el ordenamiento español, y en lo que a la técnica normativa se refiere, el principio de jerarquía normativa, que nuestro tribunal constitucional ha relacionado con el trascendental principio de seguridad jurídica. STC 173/1996, de 31 de octubre.

4.3.7.3.- La incidencia en el procedimiento de elaboración de Leyes.-

En el ordenamiento español se han debilitado mucho los efectos derivados de la ausencia de antecedentes previstos en el Art. 88 CE, a partir de la STC 108/1986 de 29 de julio³⁰⁰. En la sentencia el tribunal, distinguiendo las dos fases que comporta la iniciativa legislativa, la administrativa y la propiamente legislativa que se sustancia en el parlamento, entendió al haber tenido lugar la ausencia del informe en la primera fase, administrativa, que no podía desprender efectos anulatorios en la segunda. Señala, a estos efectos, que la falta de informe sólo sería causa de nulidad cuando prive al parlamento de un elemento de juicio. En tal sentido determinó:

“basta con señalar que el defecto denunciado se habría producido, en todo caso, en el procedimiento administrativo previo al envío del proyecto al Congreso y no en el procedimiento legislativo, es decir, en el relativo a la

³⁰⁰ X. A. SARMIENTO MÉNDEZ, La Técnica Legislativa, Op. Cit., 1:311-353 (2004).

elaboración de la Ley, que se desenvuelve en las Cortes Generales, por lo que mal puede sostenerse que el citado defecto puede provocar la invalidez de este último procedimiento y de la Ley en que desemboca. También está fuera de lugar la invocación a este propósito del Art. 88 de la Constitución, antes transcrito. La ausencia de un determinado antecedente sólo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión, pero, en este caso, el defecto, que tuvo que ser conocido de inmediato, hubiese debido ser denunciado ante las mismas Cámaras y los recurrentes no alegan en ningún momento que esto ocurriese. No habiéndose producido esa denuncia, es forzoso concluir que las Cámaras no estimaron que el informe era un elemento de juicio necesario para su decisión, sin que este tribunal pueda interferirse en la valoración de la relevancia que un elemento de juicio tuvo para los parlamentarios”.

Como afirma VIDAL MARÍN³⁰¹ *“cuando procedemos a escribir sobre la técnica normativa o técnica legislativa estamos, de alguna manera, evidenciando una preocupación por la calidad de las Leyes, como ya había puesto en su momento J. BENTHAM³⁰², por lo que hemos de afirmar que no se trata de un tema antiguo, caduco, sino que por el contrario considero que estamos ante una materia, una temática de total actualidad”,* y si cabe con mayor razón al juzgar por el panorama actual, marcado por un elevadísimo

³⁰¹ T. VIDAL MARÍN, Técnica Legislativa, Inserción de la Norma en el Ordenamiento Jurídico y Tribunal Constitucional, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 323 y ss.

³⁰² Citado por el autor: “Vid. a este respecto Tomografía o El arte de redactar leyes, CEPC, Madrid, 2004”.

número de normas jurídicas que inciden sobre nuestro comportamiento, unas en mayor, y otras en menor medida, pero, a ellas tenemos que sujetar nuestro actuar, cuestión que se revela imposible si no disponemos de la posibilidad material de conocerlas, y comprenderlas.

Con independencia de que las normas deban ser publicadas, hecho que permitirá su conocimiento, siempre y cuando la persona tenga un mínimo de interés en la materia, y mantenga una actitud activa en la búsqueda de la normativa que se hubiese aprobado, siendo conscientes de que esta circunstancia no es la habitual. Pero si lo anterior sería complicado que se produjese, mayor grado de dificultad entrañaría la comprensión y el entendimiento, unas veces por causas imputables al ciudadano, y en otras por causas imputables al poder elaborador de las mismas. Esta complicación de entendimiento, en muchas ocasiones, vendría producida por cuestiones relativas a la propia norma, la redacción del texto, utilización de un lenguaje poco claro, impreciso, muy técnico, utilización excesiva de la técnica de reenvíos, etc, esto hace que la norma sea oscura, impenetrable para el entendimiento del ciudadano, que es la persona a quien va dirigida la norma jurídica, siendo el que tiene que acomodar su conducta o comportamiento a lo ordenado en aquella.

Actualmente el ciudadano, quién contribuye al sostenimiento del Estado, quien tiene que observar el contenido de lo normado por sus representantes públicos, se enfrenta a la difícil tarea de conocer, de adivinar que normas son las que ha de observar y a las que debe sujetar sus comportamientos,

atendiendo a la naturaleza de lo pretendido. Para ello, deberá sumergirse en un mundo normativo inagotable, inabarcable, en el que encontrará normas de distinto rango, que hará que unas prevalezcan sobre otras que también le vinculan, normas que tiene distinto origen, estatales, autonómicas, municipales, comunitarias etc, para cuya tarea deberá conocer como se interrelacionan entre sí. Cuando, por fin, consiga establecer las normas que son de aplicación al supuesto pretendido, deberá interpretar el contenido de las mismas, operación intelectual que entraña una enorme dificultad, incluso para los que nos dedicamos profesionalmente a ello a esa labor, encontrándose con una terminología poco inteligible, opaca, con una redacción oscura, que harán que el ciudadano tenga que contratar los servicios de un profesional del Derecho para poder realizar una actuación concreta, minorando, de esta forma, el riesgo de incurrir en un supuesto de incumplimiento normativo.

Esto que ha sido descrito de forma muy genérica es la realidad en la que hoy se puede encontrar cualquier ciudadano en nuestro país, y que evidencia de forma ilustrativa, el periplo que tiene que realizar para actuar cotidianamente para no infringir una norma, con la consiguiente lesión al principio de seguridad jurídica.

Esta situación encuentra su origen, en la existencia de dos circunstancias muy concretas, la primera podríamos identificar con el exceso de producción normativa, y la segunda con la poca calidad técnica de las normas jurídicas. Es imprescindible mejorar la calidad de las normas, a través de una adecuada técnica normativa, que permita, a su vez, garantizar uno de

los principios básicos en nuestro Estado de Derecho como es el principio de seguridad jurídica.

Como indicamos, la mejora de la calidad de nuestras normas requiere de la utilización de una adecuada técnica normativa, cuya finalidad es evitar la confusión normativa, favoreciendo la cognoscibilidad del Derecho por quienes están obligados a cumplirlo, y por quienes deben aplicarlo, en cuyo sentido podemos citar a los operadores jurídicos, jueces, abogados, y la propia Administración Pública, esta última no sólo se encuentra obligada a aplicarlo en su actuar, cuando se relaciona con los administrados, sino que además se encuentra sujeta al Derecho, sin que su actuación exceda de lo normativamente permitido, Art. 103 CE.

Ciertamente la técnica de legislar debe incidir en la mejora de las normas jurídicas, desde una perspectiva de conjunto con las demás con las que forma un sistema, elevando la calidad del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Sería conveniente preguntarnos el por qué se ha llegado a esta situación de desmesura en la producción normativa, y parece que las razones las podemos encontrar en los siguientes hechos:

La primera se encontraría en la aparición del Estado social y democrático de Derecho, en el que nos encontramos ante un Estado intervencionista.

La segunda la podríamos ubicar en la implantación de un Estado descentralizado, que ha dado como resultado un incremento de centros de producción normativa.

La tercera causa la encontramos en el desarrollo de las relaciones internacionales, que ha supuesto la existencia de centros de poder normativo fuera de nuestras fronteras, cobrando especial importancia la incorporación de España a la Unión Europea, debido a la alta producción normativa de este organismo supranacional.

Como cuarto hecho que podría justificar la excesiva producción normativa, encontramos el cambio que las sociedades actuales experimentan con tanta rapidez, necesitando de continuas y veloces reformas normativas.

La consecuencia de este panorama jurídico es la imposibilidad material de la realización de un principio medular en un Estado de Derecho como es el de seguridad jurídica, tal y como lo definió nuestro tribunal constitucional³⁰³. Esta abundancia de normas sólo produce, más allá de la certeza que se debe exigir en un Estado de Derecho, confusión en la actividad normativa, dificultando al legislador su labor de control efectivo del Derecho al difuminarse, expandirse de forma prácticamente incontrolada, comprometiendo la coherencia del ordenamiento en su función aplicadora, complicando la función jurisdiccional.

Desde una óptica de la Administración Pública, esta situación se revela inasumible, al impedir el conocimiento cierto del Derecho, las normas y reglas

³⁰³ STC 46/1990, de 15 de marzo

se vuelven inciertas, sin un control de su actividad, dando lugar a posibles responsabilidades e incluso arbitrariedades.

El profesor RODRÍGUEZ-ARANA³⁰⁴ afirmó que *“el Principio de seguridad jurídica exige que las normas sean claras, precisamente para que los ciudadanos sepan a qué atenerse. Cuando se fomenta la confusión, cuando se oscurece el régimen jurídico deliberadamente o se incluyen en la parte final de la norma exposiciones más bien propias del título preliminar o del preámbulo, de alguna manera se está afectando negativamente al criterio jurídico de la seguridad jurídica, medida que nos da la intensidad y autenticidad del Estado de Derecho en cada país, en cada sistema jurídico”*.

Esta hemorragia normativa perjudica claramente la efectividad de la seguridad jurídica, impidiendo cumplir con la función que el Estado de Derecho le asigna, garantizando certeza³⁰⁵, concebida como la posibilidad de conocimiento previo de las consecuencias jurídicas por los ciudadanos al realizar sus actos, y confianza de los ciudadanos, entendida como la depositada en el ordenamiento jurídico basada en pautas razonables de previsibilidad, esto es, que los ciudadanos puedan saber a que han de atenerse, de lo que se desprende que esta situación de hiperlexis no permite la realización del propio Estado de Derecho.

³⁰⁴ J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “La importancia de la Técnica Normativa en un Estado democrático de Derecho” en *La Técnica Normativa: una necesidad para la realización de la justicia*, CEU Ediciones, Madrid, 2010, p. 21.

³⁰⁵ A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 43.

La situación de incertidumbre en la que nos encontramos obliga a que se implementen las medidas oportunas y necesarias, para que devuelvan al ordenamiento jurídico la seguridad jurídica que viene reclamando, mediante un control de la calidad de las normas jurídicas que genere certeza en el Derecho. Cuando se afirma que se lesiona o se imposibilita la materialización de la seguridad jurídica, se está indicando que el Estado de Derecho se encuentra enfermo, pues la seguridad jurídica fue concretada como la suma equilibrada de los principios concretados en el Art. 9.3³⁰⁶ CE, para que se pueda promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad³⁰⁷.

Hemos visto anteriormente como el principio de seguridad jurídica muestra dos vertientes, una formal, que se identifica con la certeza del Derecho, es decir, permitir que los ciudadanos puedan conocer previamente las consecuencias jurídicas de sus actos, para lo cual deviene necesario que los textos normativos sean claros, utilizándose un lenguaje sencillo y que sea accesible para los ciudadanos, verdaderos destinatarios de las normas. Con esta claridad y sencillez que deben caracterizar los textos, han de estar

³⁰⁶ Este artículo consagra 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.

³⁰⁷ Doctrina sobre la configuración del principio de seguridad jurídica determinada por el TC, entre otras, en las STC 104/2000 y 96/2002.

redactados el supuesto de hecho recogido en la norma, como la consecuencia jurídica prevista³⁰⁸.

Siguiendo la doctrina de nuestro tribunal constitucional, el principio de seguridad no puede erigirse en valor absoluto, pues si así fuere, tal circunstancia comportaría la congelación del ordenamiento jurídico existente. Por otro lado, no podemos perder de vista que la finalidad del ordenamiento jurídico es regular las relaciones de convivencia, dando respuesta a la realidad social en cada momento³⁰⁹.

Cuando se hubiese creado en los ciudadanos una situación de incertidumbre, que les impida saber los criterios a los que deba ajustar su conducta, y no sean capaces de prever cual será el comportamiento de los Poderes Públicos en la aplicación de la misma, como consecuencia de una indebida utilización de la técnica normativa, podría declararse la inconstitucionalidad del precepto o de la norma, por el tribunal constitucional.

³⁰⁸ El TC en su Sentencia 46/90 determinó respecto de este aspecto de la seguridad jurídica: *“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 (...). Hay que promover y buscar la certeza respecto a que es Derecho y no (...).”*

³⁰⁹ En este sentido se pronunció el TC en sentencia 126/1987, al establecer que la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad entrañaría consecuencias contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2 de la Constitución, como ha puesto de manifiesto este Tribunal, entre otras, en sus SSTC 27/1981 y 6/1983. Por ello, el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.3 de la Norma fundamental, no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal.

En este sentido, este tribunal ha manifestado que cuando el contenido o las omisiones de una norma jurídica hubiera producido confusión o dudas, generando en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica³¹⁰.

En nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en nuestro entorno, podemos comprobar cómo algunos países, especialmente los del Common Law, tienen una gran tradición de dedicación al estudio de la legislación y no sólo de la jurisprudencia.

En la actualidad, no existe demasiada preocupación por una depurada técnica normativa, según NAVARRO FRÍAS el jurista habría abandonado su preocupación por cómo se hace la norma, por la fase prelegislativa, para dirigirla hacia la interpretación y la aplicación del Derecho. Ciertamente ha tenido mucho mayor interés para los juristas la argumentación y la interpretación, que la elaboración del Derecho. Esto supone que los juristas han dejado de prestar atención al legislador para dirigirse hacia el juez, hacia el aplicador del Derecho³¹¹. Señala la autora que la búsqueda del Derecho racional fue un objetivo principal en la actividad de los juristas durante siglos, hasta que, por razones bastante concretas, fue abandonado en un momento

³¹⁰ la STC 37/2012. *Vid.* también, entre otras, 156/2004, 96/2002 y 234/2001.

³¹¹ I.NAVARRO FRÍAS. Técnica legislativa y Derecho, Estudios Penales y Criminológicos. Vol. XXX 2010, Penal, p. 224. https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4159/1/pg_219-268_penales30.pdf.

histórico, coincidiendo con la conclusión de la época de la codificación. Pues en la época identificada como la de las grandes codificaciones, la primera preocupación de los juristas se encontraba en la elaboración de un cuerpo de Leyes racionales. Así, ATIENZA RODRÍGUEZ, señala como uno de los precedentes más significativos de la teoría de la legislación, el movimiento codificador europeo del siglo XVIII³¹².

El periodo codificador concluyó prácticamente en el siglo XIX, pero en nuestro país su finalización concreta y expresa se produjo con la promulgación del RD 160/1997, de 7 de febrero³¹³, por el que se aprueban los Estatutos de la

³¹² I.NAVARRO FRÍAS. Técnica legislativa Op. Cit., Pág. 223.

³¹³ En la Exposición de Motivos de este RD, se afirma que esta sociedad se muestra ya muy distante de la época en la que triunfó el ideal codificador, y que nos encontramos en “plena” era de la postcodificación, calificando esta era como de la descodificación. Señalando como causas que originaron un cambio en el sistema de fuentes del Derecho y en el campo de la técnica legislativa, el surgimiento del Estado democrático con la aprobación de la Constitución de 1978, con una compleja red burocrática, y la importancia creciente de las sociedades y organizaciones, que se encuentran afectas entre sí por un delicado sistema de interrelaciones que configuran un auténtico régimen de participación.

También se esgrime como motivo, por parte del legislador, la dinamicidad de nuestra sociedad, que propiciará la proliferación de disposiciones normativas, que son rápidamente modificadas o sustituidas, hecho este último que haría inútil cualquier intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la ley y cristalizar así un sector jurídico.

Lo anterior, serían razones suficientes para afirmar que los códigos han perdido su posición central y privilegiada en los sistemas jurídicos, y consecuentemente, en su lugar, las leyes especiales por un lado, como normas necesarias de una sociedad en constante mutación, y el texto constitucional por otro, como fundamento de los valores de un sistema político, han cambiado el sentido de la técnica legislativa.

Se insiste, nuevamente, en que la época actual es la de las leyes especiales. Indicando que hoy el procedimiento legislativo tiene una mayor complejidad, tanto en su fase administrativa, como parlamentaria, así como de una creciente exigencia de calidad técnica y eficacia temporal en la elaboración de las Leyes.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

Comisión General de la Codificación, en cuya Exposición de Motivos dispone que es *“inútil todo intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la Ley y cristalizar así un sector jurídico”*. Esta afirmación recogida en la Exposición de Motivos de la propia norma, hizo que no tardasen en llegar críticas a tal afirmación, entre otras, alguna muy autorizada como la del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA³¹⁴, entendiéndose que una cosa es que no sirva la vieja idea de la codificación, debido a la enorme proliferación de normas jurídicas, y otra muy distinta, que no pueda renovarse la antigua idea de codificación con la pretensión de suspender o parar ese proceso de aumento normativo.

La técnica legislativa tiene, a diferencia de la teoría legislativa, como cometido la traducción e inserción en la Ley de la decisión legislativa ya adoptada. Es muy importante esta diferencia que conviene recalcar, pues la teoría legislativa se produciría la búsqueda del contenido que integrará la futura norma, trascendente para poder determinar la necesidad de la norma, e incluso su viabilidad.

En la delimitación del campo propio de la técnica legislativa también es usual distinguirla del resto de las disciplinas que se ocupan de la legislación adscribiendo a la misma un tipo de racionalidad legislativa que se divide en dos, así tenemos los niveles de racionalidad lingüística, y de racionalidad jurídico-formal. El primero de los niveles, el de racionalidad jurídico-formal, se

³¹⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Justicia y seguridad jurídica, p. 71 y ss.

ocupa de que la nueva decisión legislativa se inserte de forma armoniosa en el conjunto del ordenamiento, y el segundo, el de racionalidad lingüística, trata de garantizar el éxito de la Ley como acto de comunicación³¹⁵.

Pero, el hecho de que la técnica legislativa se ocupe primordialmente de mejorar la Ley como sistema y como acto de comunicación, y en este sentido de la *forma* de la Ley, y que, por ello, se concentre en los niveles de racionalidad jurídico-formal y lingüístico, respectivamente, ha llevado en ocasiones a considerarla una actividad avalorativa, o neutral, y despreocupada de los fines de la Ley.

Conviene destacar, en este momento, que pese a que liguemos la técnica legislativa al nivel de racionalidad jurídico-*formal*, en realidad aquella no debe limitarse a la visión en exceso *formalista* que se ha manejado en algunas obras. No debe asumirse una caracterización meramente formal de esta disciplina, que la convierta en una especie de traductor *automático* al lenguaje jurídico del mensaje legislativo, y ello porque pese a que se ocupa de la forma de la Ley, le corresponde también la misión fundamental de hacer fructificar en la misma los principios y los fines que con ella se persiguen³¹⁶.

³¹⁵ I. NAVARRO FRÍAS, Técnica legislativa y Derecho, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXX, 2010, pp. 237 y ss. https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4159/1/pg_219-268_penales30.pdf

³¹⁶ I. NAVARRO FRÍAS, Op. Cit., p. 239. https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4159/1/pg_219-268_penales30.pdf

Los aspectos de forma y contenido de la Ley no pueden entonces separarse de una manera tajante, por lo que la técnica legislativa, pese a estar orientada fundamentalmente a la forma de las Leyes, también tendrá algo que decir acerca de su contenido.

La preocupación por mejorar la calidad, racionalidad y eficacia de los ordenamientos jurídicos ha acrecentado el interés de gobiernos y estudiosos por la técnica legislativa tanto en países que ya contaba con tradición, principalmente Estados Unidos y Reino Unido, y más tarde Austria, Alemania, Suiza e Italia, como en casi todos los países de Europa y de América.

La técnica normativa es definida como el arte de legislar clara y eficazmente, cuyo objeto, según el tribunal constitucional, es detectar los problemas que la redacción del ordenamiento jurídico plantea y formular las directrices para su solución, sirviendo, por tanto, a la seguridad jurídica³¹⁷. Las directrices de técnica normativa tienden a obtener la unidad y la continuidad del ordenamiento, así como la calidad, la publicidad y la viabilidad de las normas que lo integran³¹⁸.

En opinión del profesor SALVADOR CODERCH³¹⁹ la técnica legislativa persigue mejorar y homogeneizar la calidad de las Leyes y otras disposiciones

³¹⁷ STC 46/1990, de 15 de marzo.

³¹⁸ F. SAINZ MORENO, "Técnica normativa", Diccionario Jurídico, Madrid, Espasa, 2001, p.11363.

³¹⁹ P. SALVADOR CODERCH, Técnica legislativa y teorías de la regulación, InDret 2/2004, Barcelona, p. 3. http://www.indret.com/pdf/208_es.pdf

jurídicas en dos aspectos fundamentales: su composición o estructura formal y su redacción o lenguaje.

Ha afirmado RODRÍGUEZ-ARANA que *“la inteligibilidad de las normas requiere del uso de términos propios del lenguaje normativo entendibles por el pueblo, lo que es posible siempre y cuando se busquen y se encuentren, esas expresiones del acervo popular de profunda raigambre jurídica que demuestran que en el lenguaje común existen elementos de naturaleza jurídica cuya utilización en las normas facilitaría la comprensión para la generalidad del pueblo”*.

Insiste el profesor recordando que el principio de seguridad jurídica exige que la norma jurídica *“esté redactada y publicada de una forma clara, de manera que sea cierta, tal y como, por otra parte, apunta la STCE de 16/07/1987”*. Señala citando al profesor SANTAOLAYA *“que el Principio general del Derecho de seguridad jurídica exige que de los términos de la norma se deduzca claramente su valor normativo, su naturaleza jurídica, su posición en el sistema de fuentes, su eficacia, su vigencia, su estructura y su publicidad. Con referencia a las disposiciones administrativas, dice el profesor, que debe quedar bien claro si estamos ante una norma administrativa o si nos encontramos ante un acto administrativo, pues ambas fuentes del Derecho administrativo son polémicas”*.

4.3.7.4.- Doctrina Constitucional sobre la Técnica Normativa.-

El tribunal constitucional reconoció en muchas ocasiones la importancia que tiene el principio de seguridad jurídica en la elaboración de las disposiciones legales, insistiendo que estas deben ser claras e inteligibles para facilitar el conocimiento a los ciudadanos. Al haberme referido en distintas ocasiones a este particular, en este epígrafe sólo me referiré a una sentencia que es un buen ejemplo de lo que nuestro alto tribunal entiende por técnica normativa.

En la STC 36/2013, de 14 de febrero, FJ 3º, declaró:

“...Como hemos señalado en la STC 136/2011, de 13 de septiembre, “el principio democrático consagrado por nuestra Constitución (art. 1.1) impone que la formación de la voluntad de las Cortes Generales se articule a través de un procedimiento cuyos rasgos estructurales ha prescrito el texto constitucional” (FJ 5). La inobservancia “de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras” (FJ 6). No basta, en consecuencia, “cualquier vicio o inobservancia de los previstos en las normas que regulan el procedimiento parlamentario para declarar la eventual inconstitucionalidad de la norma o disposición con que se pone fin al mismo”, pues “tal inconstitucionalidad sólo se producirá si el vicio o inobservancia denunciada afecta esencialmente al proceso de formación de la voluntad de los parlamentarios, de modo que sólo

los vicios o defectos más graves provocan un déficit democrático en el proceso de elaboración de una norma que podría conducir a su declaración de inconstitucionalidad” (FJ 10)”.

En esta ocasión el tribunal constitucional reconoce que una declaración de inconstitucionalidad de una Ley sería posible por vulnerar el principio de seguridad jurídica, sin referirse en su argumento, cuando menos de forma expresa, a ningún Derecho fundamental el cual se vería lesionado como consecuencia de la vulneración de la seguridad jurídica, así, en la STC 136/2011, de 13 de septiembre, en su FJ 9º, establece:

“ Hemos dicho, con relación al principio de seguridad jurídica previsto en el Art. 9.3 CE que ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), o como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4). De tal modo, que si en el ordenamiento jurídico en que se insertan las normas, teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4;

212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15; 104/2000, de 13 de abril, FJ 7; 96/2002, de 25 de abril, FJ 5; y 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 5)".

" Y es que dicha forma de proceder podrá ser, en su caso, "expresión de una mala técnica legislativa, mas de dicha circunstancia no cabe inferir de modo necesario una infracción del mencionado principio constitucional" [STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2 A)]. Como hemos dicho, "el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa" [SSTC 109/1987, de 29 de junio, FJ 3 c); y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 4], razón por la cual, no "corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes"(SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4), habida cuenta de que "el control jurisdiccional de la Ley nada tiene que ver con su depuración técnica" (SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 5; y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 3), ni puede aceptarse que la Constitución imponga soluciones únicas y exclusivas "suprimiendo por entero la libertad de configuración del legislador" [STC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4; y en el mismo sentido, STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2 A)]".

Como se colige del extracto de sentencia reproducido, el tribunal constitucional entiende que el Art. 9.3 CE no contiene Derechos susceptibles de recursos en la sede Constitucional en virtud de lo dispuesto en el Art. 53 CE, afirmando que la técnica normativa, o la mala expresión o redacción de las Leyes no es materia de inconstitucionalidad, a pesar de que sea deseable una mejora de la técnica normativa. El tribunal recuerda que la estimación del recurso y acogimiento de la pretensión debe basarse en que el ciudadano tenga unas dudas razonables insuperables del conocimiento de la norma. En

mi opinión, una vez más el tribunal constitucional lleva a cabo una argumentación que si bien reconoce el mal proceder del legislador, y los efectos perniciosos que de ello se deriven, mantiene una inclinación respecto de la libre función legisladora, son considerando como debiera en atención a su importancia los Derechos de los ciudadanos, omitiendo que las normas jurídicas son el medio de conocimiento, y de comunicación entre los ciudadanos y los mandatos decididos por los Poderes Públicos.

4.4.- LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.-

4.4.1.- Concepto y características de los Reglamentos.-

La potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas puede definirse como la facultad o potestad que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las Administraciones para elaborar normas jurídicas.

Esta facultad se encuentra reconocida expresamente en el Art. 97 CE, en el que se dispone:

“El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes”.

La potestad reglamentaria se refiere a la potestad que tiene el Gobierno de dictar normas propias, de integrar el ordenamiento jurídico por medio de su voluntad expresada a través de un procedimiento previsto por la Ley. En el Estado español la potestad reglamentaria está regulada en la LRJPAC,

ocupando dos artículos, el 52 y el 53, en los que el legislador se ha limitado a reproducir lo previsto expresamente en la Constitución, concretamente en el primer y tercer apartados del Art. 9. En ellos se recoge la obligación de respeto a la Constitución y a las Leyes, respetar el principio de jerarquía normativa, y la publicación de las normas.

De la misma manera que al poder legislativo le corresponde dictar Leyes, al poder ejecutivo le corresponde aprobar reglamentos. Son normas de rango inferior a las Leyes, que se encuentran sometidas al superior imperio de la Ley.

La potestad reglamentaria que se encuentra reconocida al Gobierno en la Constitución, es consecuencia de la voluntad del poder constituyente, obviamente, quien sólo ha considerado reconocer esta potestad a la Administración del estado, al Gobierno, a diferencia de lo que ocurre con las otras Administraciones territoriales respecto de las que se guarda silencio en el texto,

Siguiendo lo recogido en los Arts. 51 y 52 LRJPAC, las disposiciones generales se regirán por los principios de jerarquía o de competencia, y por la reglas de publicidad y de inderogabilidad singular. Esta regulación existía con la anterior Ley de 1957.

El Art. 51 de la ley 30/1992 dispone:

“Las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las Leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de

Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior.

Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las Leyes”.

Al efecto dispone el Art. 52:

“Para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario oficial que corresponda.

2. Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas tengan igual o superior rango a éstas”.

Al respecto, y en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno, debemos de tener presente lo establecido en los Arts. 22 a 26 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en los que se regula el procedimiento para la elaboración de las disposiciones generales.

La potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, puede regular solamente aquella materia que no esté atribuida a la Ley. En España no existe una reserva de materia reglamentaria, pues como hemos dicho en el apartado anterior, la Ley puede regular todas las materias que considere oportunas el

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

legislador, siempre y cuando se realice dentro del marco establecido en la Constitución. En este sentido se ha pronunciado la STC 329/2005 de 15 de diciembre, en su FJ 6º estableciendo:

“ atribución al Gobierno de la potestad reglamentaria en el Art. 97 CE, configura un sistema de fuentes que “no contempla reservas de Reglamento, lo cual implica que a la Ley no le está vedada la regulación de materias atribuidas anteriormente al poder reglamentario (por todas SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21.b; 73/2000, de 14 de marzo, FJ 15; y 104/2000, de 13 de abril, FJ 9)” (STC 332/2005, de 14 de diciembre, FJ 7; en cuanto a los Decretos-leyes, STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 2). Si bien, desde el punto de vista de la técnica legislativa debe reconocerse que la regulación de determinadas materias, de carácter marcadamente técnico, resultaría más propio que fuese objeto de normas reglamentarias que de normas con rango legal (SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 24; 77/1985, de 27 de junio, FJ 16; y 104/2000, de 13 de abril, FJ 9). Finalmente, aún en este punto, cabría añadir que resulta contradictorio reclamar para el Reglamento la regulación de una determinada materia, para denunciar a continuación que la misma “afecta” a los Derechos y libertades de los ciudadanos, y en concreto al Art. 20 CE, cuyo ejercicio sólo podrá regularse por Ley, Art. 53.1 CE”.

El argumento recogido en la sentencia reproducida determina la libertad del legislador para regular cualquier materia por medio de una Ley, al contrario de lo que ocurre con el reglamento. El tribunal señala que cuando la materia a regular se refiere a cuestiones técnicas, en razones de una buena técnica

normativa sería aconsejable su regulación por medio de un reglamento: *“desde el punto de vista de la técnica legislativa debe reconocerse que la regulación de determinadas materias, de carácter marcadamente técnico, resultaría más propio que fuese objeto de normas reglamentarias que de normas con rango legal”*.

Como afirmó el profesor COSCULLUELA³²⁰ *“una disposición reglamentaria no es expresión de la voluntad popular como ocurre con la Ley, no ha sido dictada por los representantes públicos, expresión de soberanía, sino que se trata de una expresión de la voluntad del Gobierno”*. En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, *“toda norma escrita dictada por la administración se llama reglamento”*³²¹, señalando que la diferencia de esta figura normativa con la Ley es de calidad, de grado, debido al carácter supremo de la Ley, dentro de la Constitución.

El reglamento, en tanto que norma de carácter general, emanada de la Administración, tiene valor subordinado a la Ley, a la que complementa. El reglamento cumple una función colaboradora y complementaria respecto de la Ley, de tal forma que si se apartase de esta función incurriría en nulidad de pleno derecho, pues en España no se contemplan los reglamentos independientes, a excepción de aquellos de carácter organizativo, de ámbito interno de la Administración titular.

³²⁰ L. COSCULLUELA MONTANER, Manual de Derecho Administrativo, Civitas, Navarra, 2014, p.107.

³²¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, Curso Derecho Administrativo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 167.

Esta cualidad nos invita a distinguir entre normación básica de las cuestiones fundamentales, en la que existe una reserva de Ley, y por lo tanto, corresponderá siempre a la Ley realizar su regulación, de las normas secundarias pero necesarias para complementar el ordenamiento jurídico.

Esto nos lleva a hablar de la existencia de reglamentos según Ley, los ejecutivos, los extra Ley, o los independientes, y los, en su caso, reglamentos de necesidad, o contra legem³²².

La potestad reglamentaria es un poder jurídico de participación en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma reglamentaria emanada de su ejercicio queda incorporada al mismo. Es una manifestación de voluntad ordenadora de la vida social de los individuos, que requiere una habilitación normativa concreta, concretamente de aquella norma superior a la que está llamada a complementar o desarrollar.

En tal sentido debe señalarse que la potestad reglamentaria no puede tomarse como una potestad absoluta, pues al contrario, se trata de una potestad condicionada, que debe ejercerse dentro de unos límites de respeto a la Constitución y a las Leyes, como recuerda el Art. 97 CE.

Este condicionante del reglamento respecto del cumplimiento del bloque de legalidad es controlable por la justicia ordinaria, más concretamente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, Art. 106 CE. El principio de legalidad, esencial en un Estado de Derecho, exige que

³²² S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas, Navarra, 2012, p. 211.

toda actividad de la Administración, en la que queda incluida la de naturaleza normativa, debe gozar de una habilitación normativa previa, conocida como norma de cobertura.

En nuestro ordenamiento jurídico está prevista la posibilidad de sancionar con la nulidad de pleno Derecho los reglamentos que vulneren el bloque de legalidad, consecuencia prevista en el Art. 62.2 LRJPAC, cuando establece que serán nulas de pleno Derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las Leyes, u otras disposiciones normativas de rango superior, así como aquellas que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de Derechos individuales. Este precepto nos está expresando los límites dentro de los cuales ha de moverse el autor de la norma reglamentaria, cuya omisión o extralimitación hará surgir la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno Derecho³²³.

Cuando una Administración elabore una disposición general debe respetar los límites, básicamente el de legalidad, a los que me he referido, sin desviar la atención en ningún momento del mandato constitucional contenido en el Art. 103, en el que se encuentra recogido el verdadero sentido la actuación pública, aquello que verdaderamente debe perseguir con su actuación, que se resume en la necesidad de servir con objetividad al interés general, pero que encarna la esencia de la Administración.

³²³ STS de 18 de marzo de 1993, en la que se contiene la doctrina sobre la nulidad de las disposiciones administrativas de carácter general.

Son diferentes magnitudes, delimitar una actuación, confiriendo una libertad para dentro de ellos poder decidir, que condicionar el propio contenido de la norma que se elabora. El Art. 103 CE nos está indicando que el ejercicio de las potestades, dentro de sus competencias que ostente, ha de perseguir algo muy concreto, la búsqueda del interés general, razón y fundamento de nuestro Estado de Derecho.

Como señaló COSCULLUELA MONTANER³²⁴, *“podemos afirmar que la potestad reglamentaria tiene una doble atribución, esto es, una atribución al gobierno, y otra a la Administración que de él depende, correspondiéndose la primera con la potestad general o externa, con efectos plenos fuera del ámbito doméstico o interno. Mientras que la segunda, atribución a los demás órganos de la Administración, se contrae al ámbito interno o doméstico”*. Esto ocurre, según el autor, en el ámbito del gobierno del Estado, y en el de las comunidades autónomas, en las que se encuentra reconocida la potestad legislativa, y la reglamentaria para el desarrollo de las Leyes que aprueben, si fuese el caso. Esta potestad reglamentaria de carácter general o externa, también se reconoce a algunas entidades puramente administrativas, como las entidades locales territoriales, que aunque son Administraciones Públicas, sus órganos dirigentes están marcados por la representatividad política.

³²⁴ L. COSCULLUELA MONTANER, Manual de Derecho Administrativo, Civitas, Navarra, 2014, p.108.

La potestad reglamentaria prevista en el Art. 97 CE, fue calificada por el profesor REBOLLO PUIG³²⁵, “... de una autorización general de potestad reglamentaria, desprovista prácticamente de condicionamientos, que es, en suma, el contenido del Artículo 97 CE, exige esa perspectiva amplia”.

El procedimiento específico para la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general, o procedimiento para el ejercicio de la potestad reglamentaria de cada una de las Administraciones Públicas, está expresamente excluido del ámbito del procedimiento administrativo común, tal y como se señaló en el tribunal constitucional³²⁶, en tanto en cuanto está íntimamente relacionado con la potestad de autoorganización de las diversas Administraciones Públicas, abordando las determinaciones del Título II de la L RJPAC. Esto supone una singularidad del procedimiento para la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general.

La LRJPAC sólo contiene, como ya indicamos, dos preceptos que de forma expresa establecen el régimen jurídico sobre disposiciones administrativas de carácter general, los Arts. 51 y 52, en los que se regula el principio de jerarquía y competencia, la publicidad, y la inderogabilidad singular de estas disposiciones, quedando afectados por los supuestos de nulidad recogidos en el Art. 62.2, nulidad de pleno Derecho, cuando vulneren la

³²⁵ M. REBOLLO PUIG, “Juridicidad, Legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria”, RAP, nº 125, Madrid, 1999, p.8.

³²⁶ STC 50/1999.

Constitución, las Leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley y las que establezcan la retroactividad de Disposiciones sancionadores no favorables o restrictivas de Derechos individuales. Tales límites se extraen claramente del Art. 9.3 CE, Art. 1.2 C.C. y Arts. 51 y 115 de la Ley 30/1992.

La potestad reglamentaria, como se afirmó, encuentra su origen en el Art. 97 CE, en donde se atribuye al Gobierno dicha potestad de forma expresa, aunque este reconocimiento normativo hay que hacerlo extensivo a las demás Administraciones Públicas, pues implícitamente tal potestad se encuentra reconocida en los Arts. 106.1 y 153.c) CE, cuya redacción es la siguiente:

El Art. 106.1 CE establece:

“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

El Art. 153.c) CE dispone:

“El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la Administración Autónoma y sus normas reglamentarias”.

En el plano legal la potestad normativa reconocida al Gobierno se encuentra atribuida y regulada en los Arts. 23 y 24 de la Ley del Gobierno. En el caso de las Comunidades Autónomas, esta potestad viene reconocida a su Administración en el correspondiente Estatuto de Autonomía, igualmente tienen

reconocida la potestad normativa las entidades que integran la Administración local, como se encuentra prevista de forma expresa en el Art. 137 CE.

Las Administraciones de ámbito municipal tienen reconocida esta potestad legalmente en el Art. 4 LRBRL, permitiendo el Art. 3.2 de esta misma norma, con remisión a la legislación de cada Comunidad Autónoma la posibilidad de que se reconozca esta potestad a otras entidades de ámbito local que no estén previstas en la CE.

En el ámbito local, las normas tradicionales son las ordenanzas y el reglamento orgánico, cuya competencia se encuentra atribuida al órgano Pleno, quedando para la competencia del alcalde los bandos, que no participan de la naturaleza reglamentaria.

Atendiendo al reconocimiento que nuestro ordenamiento jurídico realiza de la potestad reglamentaria puede hacerse una diferencia en relación a la reconocida al Gobierno, y la reconocida a las demás Administraciones de base territorial, toda vez que la potestad reglamentaria que ostenta el Gobierno del Estado no tiene su origen en la Ley, sino en la propia Constitución, circunstancia que permite afirmar que el Gobierno ostenta una potestad reglamentaria originaria³²⁷. Pero, aunque el origen de esta potestad sea constitucional, su ámbito de actuación es de corte legal. Esta diferencia con las otras Administraciones, no se produce cuando hablamos de la potestad reglamentaria de otros órganos pertenecientes al Gobierno, como pudiera ser

³²⁷A. GALLEGO ANABITARTE y A.MENÉNDEZ REXACH, «Art. 97: funciones del Gobierno», dentro de la obra colectiva dirigida por Óscar ALZAGA VILLAAMIL, Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo VIII, art. 97 a 112, Edersa, Madrid, 1998, pp. 42 y ss. y en concreto p.164.

el caso de la potestad atribuida a los ministros, que encuentra su origen en la Ley.

Como ya hemos señalado, el ejercicio de esta potestad, atribuida o reconocida de forma genérica, exige una habilitación legal para su concreto ejercicio, pues se trata que por medio de este se complemente o desarrolle una disposición legal, a excepción de los reglamentos cuyo ámbito sea de organización interna, en cuyo caso esta norma organizativa de naturaleza reglamentaria carecería de fuerza vinculante respecto de terceros ajenos a esa organización pública.

Como verdaderas normas que son, regulaciones de carácter abstracto y general, cuya vigencia es de futuro, deben ser objeto de publicación, de igual forma que las Leyes, garantizando con ello que puedan ser conocidas por sus destinatarios. En tanto en cuanto no sean objeto de modificación o derogación por otras normas de igual o superior rango, mantendrán su vigencia de forma indefinida, quedando prohibida su reserva o dispensación, o la suspensión, por el principio que establece la inderogabilidad singular de los reglamentos. El reglamento, una vez aprobado y publicado, pasa a formar parte del ordenamiento jurídico, y consecuentemente se ve alcanzado por lo dispuesto en el Art. 9.1 CE.

La fuerza normativa de los reglamentos se encuentra condicionada al cumplimiento de un conjunto de requisitos que afectan a su validez y a su eficacia.

Como normas integrantes del ordenamiento jurídico o sistema normativo, obligan en virtud de lo dispuesto en el Art. 9.1 CE., a los ciudadanos

y a los Poderes Públicos. Obligan también al poder judicial y a cada uno de sus miembros, y a todas las Administraciones públicas, a la que lo dictó y a las restantes Administraciones cuando se coloquen dentro de su ámbito de aplicación.

En el procedimiento de elaboración de los reglamentos tiene gran importancia la participación pública, Art. 105 CE, como se verá más adelante, con la finalidad de garantizar una buena información, y el acierto técnico del reglamento³²⁸.

Las actividades preparatorias del reglamento se encuentran relacionadas en el Art. 24.1 Ley del Gobierno, comprendiendo como actividades de instrucción todas las actuaciones cuyo objeto sea el debate sobre el borrador del reglamento.

El reglamento queda de ordinario vinculado a la Ley, constituyendo una vinculación negativa, no positiva, ya que la Administración puede regular mediante el reglamento los espacios no reservados y no cubiertos por una Ley. En otro sentido, se puede afirmar que existen límites al legislador respecto de los reglamentos, como ocurre en el supuesto del principio de autonomía reconocido constitucionalmente, que impone unos límites a la Ley, en beneficio del reglamento. Un supuesto claro de limitación legal lo encontramos en la garantía constitucional de la autonomía local, que constituye un límite frente a la Ley que ha sido reconocida por el tribunal constitucional, por todas STC 233/1999, en cuyo ámbito se ha dado una dimensión propia a la relación Ley -

³²⁸ J.ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, Principios De Derecho Administrativo General I, Iustel, Madrid, 2009, p.269.

reglamento, al dotar a las ordenanzas locales de un ámbito propio constitucionalmente reconocido y garantizado. Esta nueva proyección de la potestad reglamentaria se fundamenta en la composición democrática de las entidades locales³²⁹.

Tanto los límites formales, como los límites materiales, de los reglamentos, son una manifestación del principio de jerarquía normativa, en cuyo establecimiento ha tenido una intervención directa la Constitución³³⁰, al reconocer a los ciudadanos un Derecho a participar en la elaboración de los reglamentos que les afecten³³¹.

De la definición del reglamento más extendida por la doctrina y la jurisprudencia, destacan, a criterio del profesor MUÑOZ MACHADO³³² como rasgos esenciales su condición de norma escrita, de categoría inferior a la Ley, dictada por una Administración Pública en ejercicio de una competencia atribuida al efecto. Para el profesor hasta la Constitución de 1978 no ha existido en España un régimen ordenado de relaciones entre la Ley y el reglamento, aunque hoy plantee bastantes problemas no resueltos por la doctrina y jurisprudencia.

En la Constitución existe una expresa reserva de Ley de determinadas materias, constituyendo límites para la regulación reglamentaria, al quedar prohibida la regulación de las mismas por medio de un reglamento. Entre

³²⁹ C. ESCUIN PALOP, Curso de Derecho Administrativo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 94.

³³⁰ En este sentido, STC de 8 de junio de 1981.

³³¹ C. ESCUIN PALOP, Op. Cit., 2005, p.100.

³³² MUÑOZ MACHADO, Op. Cit., pp. 852 y ss.

otras, se pueden citar como ejemplos, en el Título Preliminar la reserva de Ley en materia de regulación de partidos políticos, Art. 6, regulación de los sindicatos en el Art. 7; y en el Art. 8.2 regulación de las bases de la organización militar. También existe una reserva de Ley en materia de Derechos y Deberes fundamentales recogidos en el título primero³³³, que excluye claramente una posible regulación reglamentaria sobre estas materias.

4.4.2.- Requisitos y límites de los Reglamentos. –

4.4.2.1.- Requisitos.-

Para los profesores GONZÁLEZ PÉREZ³³⁴ y GONZÁLEZ NAVARRO, la potestad reglamentaria ha de ejercitarse teniendo en cuenta una serie de requisitos, que se encuentran recogidos en la Constitución y en las Leyes, estableciendo una diferenciación de estos requisitos en objetivos, subjetivos y de actividad.

Los requisitos subjetivos se refieren al órgano titular de la norma, quien la dicta, habrá que estar a lo que dispongan las disposiciones generales sobre la atribución competencial en cada Administración,

Respecto de los requisitos objetivos los autores incluyen la prohibición de vulnerar una disposición de rango superior, indicando que tal requisito viene objetivado en los principios de jerarquía normativa y en el de legalidad, ambos constitucionalmente consagrados en el Art. 9.3. Se refieren como otro requisito objetivo a la prohibición de vulnerar la Constitución y las

³³³ MUÑOZ MACHADO, Op. Cit., pp. 852 y ss.

³³⁴ GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, Op. Cit., p. 927.

Leyes. Los reglamentos no pueden regular materias que se encuentran reservadas a la Ley, formal o materialmente.³³⁵

4.4.2.2.- Los Límites.-

4.4.2.2.1.- La Constitución ni las Leyes.-

En la redacción dada en los Arts. 51 y 52 LRJPAC se determinan dos principios del Estado de Derecho en virtud de los cuales se definen las relaciones entre la Ley y el reglamento, el principio de legalidad y el principio de reserva de Ley, que representan la superioridad formal y material de las Leyes respecto de los reglamentos.

“El sometimiento a la Constitución y a las Leyes en el ejercicio de la potestad reglamentaria”³³⁶.-

Tras el sometimiento de todos los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico conforme dispone el art. 9.1 CE, la reiteración que se realiza en el Art. 97 CE parece innecesaria, superflua. Sin embargo no parece que esté de más que el principio de legalidad se recuerde, con motivo de la atribución de una facultad jurídica tan importante como es la potestad reglamentaria. Por otra parte, el Art. 103.1 CE, nos vuelve a recordar que además de la sujeción del Gobierno, también la actividad de la Administración Pública ha de someterse a la Ley y al Derecho.

³³⁵ GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, Op. Cit., p.929.

³³⁶ GARRIDO FALLA, Op. Cit. 1985, p.1369.

Para COSCULLUELA MONTANER³³⁷ la vulneración de alguno de los principios y reglas que integran el régimen jurídico regulador de los reglamentos constituye un vicio de nulidad del reglamento.

Los reglamentos han de observar los principios de jerarquía normativa y de legalidad, implicando el primero la subordinación del reglamento a la Constitución española, a la Ley y a las demás normas jurídicas con rango de Ley. Incurrirá en vicio de nulidad el reglamento que no observe estas limitaciones, las derivadas de la reserva de Ley prevista en la Constitución, o la reserva material de Ley, que se produce por una actuación concreta en virtud de la cual una Ley regula una materia, pasando, a partir de ese momento, a estar sólo regulada por Ley, sin que pueda entrar a regular esa materia el reglamento, salvo que lo realice desarrollando o complementando a la ley. .

Para COSCULLUELA *“los Reglamentos, como ejercicio de la potestad reglamentaria administrativa que implica debe justificar y motivar la discrecionalidad que supone la potestad reglamentaria, pues ésta se encuentra limitada por los Principios generales del Derecho además de por la Ley y la Constitución”*.

“La limitación de los principios generales del Derecho, a criterio del profesor COSCULLUELA está recogida en la Constitución, en los Arts. 9 y 103.1”, al entender que los principios son parte capital del ordenamiento jurídico y del concepto de Derecho diferenciado del de Ley, que emplea el Art.

³³⁷ COSCULLUELA MONTANER, Op. Cit., 2014, pp. 134 y ss.

103. Estos principios, que se deducen del ordenamiento jurídico sin necesidad de que se expresen, en ocasiones también se encuentran positivizados tanto en la Constitución como en la Leyes, particularmente relevante es el Art. 9.3 de la CE.

Uno de los principios generales del Derecho es la interdicción de la arbitrariedad, recogido de forma expresa en el Art. 9.3 de la CE., y que tiene particular relevancia en relación a la potestad reglamentaria por ser la que mayor margen de discrecionalidad incorpora³³⁸.

4.4.3.- Principios.-

4.4.3.1.- Principio de Legalidad.-

El principio de legalidad es una consecuencia derivada del Estado de Derecho,³³⁹ por medio de la cual los poderes públicos quedan sujetos al imperio de la Ley, siendo obligatorio que su actuar se encuentre habilitado por una norma superior, justificando aquello que se conoce como la norma de cobertura derivado de la relación positiva con la Ley, como así nos recuerda la STC 76/83 de 05 de agosto.

En el presente punto se hace expresa referencia a los contenidos de este trabajo referentes al principio de legalidad y la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico.

³³⁸ COSCULLUELA MONTANER, Op. Cit., 2014, pp.134 y ss.

³³⁹ COSCULLUELA MONTANER, Op. Cit., 2014, pp.134 y ss.

El significado del principio de legalidad respecto de la actuación de las Administraciones Públicas, en cuanto a si debiera subordinarse o no a la Ley, ha suscitado dos posturas distintas, una de sentido negativo liderada por BINDUNG, que sitúa a la Administración en un plano similar a los particulares, permitiéndole hacer todo aquello que no está prohibido, siempre que su acción se dirija a la satisfacción de intereses públicos.

Frente a esta teoría se encuentra la teoría de carácter de vinculación positiva a la Ley, representada entre otros por KELSEN, MERKL, MALBERG, ZANOBINI Y ALESSI, y entre nosotros el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, los cuales defienden que la Administración sólo puede actuar en base a una norma previa que se lo autorice y con absoluta vinculación finalista a la Ley y al Derecho.

El principio de legalidad que se recoge en el Art. 9.3 CE, sigue esta última línea, la de la vinculación positiva³⁴⁰.

4.4.3.2.- El Principio de Publicidad.-

Como se ha visto de forma y manera extensa en el apartado referido a la Ley, así como en el Capítulo III del presente trabajo, el principio de publicidad de las normas tiene carácter de Derecho Fundamental para el ciudadano, pues su desconocimiento origina indefensión, pues de un lado este principio no tiene naturaleza de Derecho fundamental tutelable en un recurso de amparo. Así se ha pronunciado el ATC 647/86 de 23 de julio.

³⁴⁰ COSCULLUELA MONTANER, Op. Cit, 2014, pp. 322 y ss.

El Art. 9.3.CE garantiza el principio de publicidad de las normas, surgiendo esta garantía como consecuencia ineludible de la proclamación de España como un Estado de Derecho, que se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica, consagrado en el mismo Art. 9.3, de tal suerte que sólo se podrán asegurar las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus Derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y 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 de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, en tal sentido se pronunció la STC 179/89 de 02 de noviembre.

La LRJPAC se refiere a este principio en el Art. 52.1, en el cual exige la publicación de las disposiciones administrativas, estableciendo que habrán de publicarse en el Diario Oficial que corresponda.

4.4.3.3.- El Principio de Jerarquía Normativa.-

El principio de jerarquía normativa es un principio básico en virtud del cual se pueden definir las posiciones que dentro del ordenamiento jurídico ostente cada norma. Es un principio que como se ha dicho, en el plano administrativo está dirigido a regular la relación del reglamento con la Ley, comportando una nulidad de pleno Derecho cuando el reglamento inobserva este principio y procede a regular una materia que esté reservada a la Ley, o a contradecir el contenido de la Ley o de la Constitución.

Sobre el contenido de este principio me remito a lo expuesto con anterioridad en el apartado tercero, al tratar específicamente los principios ordenadores del Art. 9.3 CE.

4.4.4.- El Procedimiento de elaboración de Reglamentos. Una mínima técnica normativa.-

En el terreno reglamentario, como indicamos, el artículo 97 CE dispone que: el Gobierno de la nación ejercerá la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes. La regulación normativa correspondiente al procedimiento para el ejercicio de la potestad reglamentaria, se encuentra previsto en la Ley del Gobierno.

El procedimiento administrativo para el ejercicio de la iniciativa reglamentaria, se encuentra regulado en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, concretamente en su Art. 24, en el que se puede calificar como el precepto de técnica legislativa, que se dispone:

“La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar”.

En el apartado b) de este art. 24 se establece:

“A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios

y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto”.

Tal y como establece el apartado c), cuando la disposición afecte a los Derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición.

La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados, será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado. Se permite la tramitación abreviada hasta el mínimo de siete días hábiles, siempre y cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Condiciona la supresión del trámite a la exigencia de las graves razones de interés público que concurran, que asimismo deberán explicitarse.

El trámite referido no será necesario cuando las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).

Es importante, y en este sentido se han pronunciado la jurisprudencia, el contenido del apartado f), estableciendo la obligación de: *“Junto a la memoria o informe sucintos que inician el procedimiento de elaboración del*

reglamento se conservarán en el expediente todos los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas”.

Estos proyectos han de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos. Igualmente, si fuere el caso, será necesario informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el Boletín Oficial del Estado. Este apartado no hace sino recoger una obligación impuesta por nuestra constitución, que exige la publicidad de las normas jurídicas, para que adquieran eficacia. Y siendo que los reglamentos han de respetar lo dispuesto en la Constitución y en las Leyes, en mi opinión resulta innecesaria esta previsión normativa.

En la Administración General del Estado existen dos documentos, a excepción de la Ley del Gobierno que ya comentamos, que contienen referencias a la calidad normativa, así, la Resolución de 28 de julio de 2005 de Directrices de Técnica Normativa y el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria de análisis de impacto normativo.

La Resolución de 28 de julio de 2005, de Directrices de Técnica Normativa, marca las directrices de técnica normativa dentro del ámbito competencial de la Administración General del Estado. Es un acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por medio del que se aprueban

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

las directrices de técnica normativa, en las que se establecen un complejo conjunto de reglas de buena técnica.

Este acuerdo, que carece de fuerza vinculante normativa, cuenta entre sus objetivos con lograr un mayor grado de respeto al principio constitucional de seguridad jurídica, mediante la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental con la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones. Este documento permite elaborar las disposiciones con una sistemática homogénea.

Estas directrices se aplican únicamente en el ámbito de la Administración General del Estado, a los anteproyectos de Ley, a los proyectos de Real Decreto legislativo, a los de Real Decreto-ley y a los Reales Decretos, a las propuestas de acuerdo del Consejo de Ministros y a las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado que se publiquen en el Boletín Oficial del Estado.

El Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria de análisis normativo, tiene interés el contenido de su Exposición de Motivos, al afirmar que la mejora de la calidad de las normas se ha constituido en una prioridad para el conjunto de los países de nuestro entorno a lo largo de los últimos años, haciendo referencia expresa a la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, "Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea", en la que la Comisión recomendaba que todos los Estados miembros estableciesen estrategias para legislar mejor y, en particular, sistemas

nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales, se afirma que el objeto de este real decreto es “precisar el contenido de las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de las normas proyectadas, así como de la memoria económica y del informe sobre el impacto por razón de género, que deben acompañar a los anteproyectos de Ley y a los proyectos de reglamento, a los que hacen referencia los Arts. 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que fueron modificados por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, valoración que reiteró la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres”.

Se afirma también, que *“la finalidad última de la Memoria del análisis de impacto normativo será garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para lo cual, entiende que resultará imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias”*.

Se afirma igualmente que *“esta modificación contribuirá a mejorar el panorama normativo que existe actualmente sobre la materia, reuniendo en un solo centro directivo, la Dirección General de Organización Administrativa y Procedimientos, de la Secretaría de Estado para la Función Pública del Ministerio de la Presidencia, la responsabilidad para impulsar y fomentar la realización del análisis de impacto normativo de los nuevos proyectos, y ello sin perjuicio de la colaboración que se pueda recabar de la citada Agencia en materia de fomento de la calidad y mejora de los servicios públicos”*.

En tal sentido, dispone el Art. 1.1 y 2 del Real Decreto:

“1. El presente real decreto tiene por objeto desarrollar las previsiones contenidas en los artículos 22.2 y 24.1.a) y 24.1.b), párrafo segundo, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

2. Las memorias, estudios e informes que se contemplan en los artículos a que se refiere el apartado anterior se incluirán en un único documento que se denominará «Memoria del análisis de impacto normativo», que deberá redactar el órgano o centro directivo proponente del proyecto normativo de forma simultánea a la elaboración de este”.

En el art. 2 del Real Decreto se determina que la memoria del análisis de impacto normativo deberá contener los siguientes apartados:

“a) Oportunidad de la propuesta.

b) Contenido y análisis jurídico, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma.

c) Análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias.

d) Impacto económico y presupuestario, que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas.

e) Impacto por razón de género: se analizarán y valorarán los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto recogidos en la Guía Metodológica a que se refiere la disposición adicional primera”.

Con la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se exige que todas las Administraciones Públicas actúen en el ejercicio de la iniciativa normativa conforme a los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En sus Arts. 4 y ss., se contiene una regulación expresa sobre la necesidad de implementar una correcta técnica de elaboración de normas jurídicas.

En el Art. 4 de la Ley, se dispone:

“En el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios.

En virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general.

En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado.

A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas.

En aplicación del principio de transparencia, los objetivos de la regulación y su justificación deben ser definidos claramente.

Para garantizar el principio de accesibilidad, se establecerán los mecanismos de consulta con los agentes implicados que estimulen su

participación activa en el proceso de elaboración normativa, así como instrumentos de acceso sencillo y universal a la regulación vigente.

El principio de simplicidad exige que toda iniciativa normativa atienda a la consecución de un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo.

En aplicación del principio de eficacia, la iniciativa normativa debe partir de una identificación clara de los fines perseguidos, estableciendo unos objetivos directos y evitando cargas innecesarias y accesorias para la consecución de esos objetivos finales.

En todo caso, los Poderes Públicos procurarán el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación y sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general”.

Tienen una especial trascendencia los instrumentos que se citan en el Art. 5, que concretamente sirven de medidas para poder garantizar el acierto de la norma, e impregnarla de racionalidad. Al efecto dispone el precepto:

“Para contribuir al objetivo de mejora de la calidad regulatoria y a la aplicación de los principios de sostenibilidad y buena regulación, las Administraciones Públicas:

- *1. Impulsarán los instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo*

TESIS

TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE JURÍDICA.

tipo que éstas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados, en relación al objetivo de interés general que se pretenda alcanzar.

- *2. Prestarán la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de sus proyectos normativos, justificando entre otros los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas, fomentando la participación de los interesados en las iniciativas normativas, con el objetivo de mejorar la calidad de la norma. Para ello pondrán a disposición de los interesados todos los canales de comunicación necesarios, especialmente a través de medios telemáticos, y asimismo aportarán la información adecuada para la mejor comprensión y valoración de los efectos esperados de las iniciativas normativas.*
- *3. Promoverán el desarrollo de procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa, disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación”.*

En los Arts. 6 y 7 de la Ley se imponen una serie de medidas con la finalidad de que las Administraciones Públicas revisen periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y a los objetivos de sostenibilidad recogidos en esta Ley. Se establece la necesidad, en el Art. 7 de publicar un informe sobre las actuaciones de mejora regulatoria que hayan realizado, incluyendo una referencia a los avances en el programa de reducción de cargas, así como el programa de trabajo en materia de mejora regulatoria para el período siguiente.

4.4.5.- El procedimiento para elaboración de Reglamentos en la Administración Local.

En el ámbito de la Administración local, el reconocimiento legal de la atribución de esta potestad reglamentaria se realiza en el Art. 4 LRBRL, permitiendo en el Art. 3.2 de esta misma norma, con remisión a la legislación de cada Comunidad Autónoma la posibilidad de que se reconozca esta potestad otras entidades de ámbito local que no estén previstas en la CE.

Dispone el Art. 4 LRBRL:

“En su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas:

Las potestades reglamentaria y de autoorganización”.

El Art. 49 LRBRL, estableciendo el procedimiento para la elaboración de Ordenanzas locales, dispone:

“La aprobación de las ordenanzas locales se ajustará al siguiente procedimiento:

a) Aprobación inicial por el Pleno.

b) Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.

c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno.

En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional'

En el ámbito local, las normas tradicionales son las ordenanzas y el reglamento orgánico cuya competencia se encuentra atribuida al Pleno municipal, quedando para la competencia del alcalde los bandos, que no participan de naturaleza reglamentaria.

En el mismo sentido, en el ámbito local, que posteriormente abordaremos, nos encontramos con la figura de los estudios de detalle, planes parciales y planes especiales de iniciativa particular, que pueden ser igualmente iniciados y formulados por sujetos privados. En todo caso, para que tengan efecto como una disposición general, han de ser asumidas y aprobadas por la Administración competente.

En la STS de 7 de octubre de 2009, se reconoce la competencia de la corporación local para aprobar una ordenanza municipal, por aplicación de la Carta Europea de autonomía local, afirmando la vinculación negativa al principio de legalidad para determinar las competencias de los entes locales. En este sentido, razona el tribunal rechazando la concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva, conforme a la cual la corporación local sólo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello.

Considera el tribunal que hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales corporaciones, que atienda, como es obligado, a una disposición que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de Tratado fue incorporada a nuestro ordenamiento, cuál es la Carta Europea de autonomía local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Sigue recordando el tribunal que, la vinculación positiva, no es tampoco la que mejor se adecúa a algunos pronunciamientos de este tribunal supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas, sin previa habilitación legal, actuar, dictando también ordenanzas, en todas las materias que sean de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

4.4.6.- La visión del Consejo de Estado sobre la Técnica Normativa.-

La potestad reglamentaria es, en efecto, una potestad discrecionalidad; es decir, un poder configurado de tal modo que en su concreto ejercicio la Administración titular del mismo goza de una libertad de elección, mayor o menor, para adoptar sus determinaciones. El estudio de estas potestades como opuestas a las potestades regladas, en las que la vinculación de la Administración es estricta. En este ámbito, han de realizarse los controles oportunos para reducir el ámbito de la discrecionalidad administrativa, utilizando para ello todas las técnicas de control de la discrecionalidad necesarias en el ámbito de la potestad reglamentaria. En esta materia, a

diferencia de lo que ocurre con los actos administrativos, la Ley no exige expresamente motivar las normas reglamentarias.

La jurisprudencia del tribunal supremo sobre esta cuestión es vacilante, pues en ocasiones no duda en apoyarse en las Exposiciones de Motivos o Preámbulos de las disposiciones reglamentarias, con los que identifica la motivación, y en otras ocasiones, se limita a afirmar que la motivación no es exigible para la elaboración de las disposiciones generales. En este sentido se han pronunciado las SSTs de 26 de enero de 1988 y 19 de abril de 1993.

El Consejo de Estado se muestra sin embargo, progresivamente más riguroso en la exigencia de una efectiva justificación de las disposiciones reglamentarias, bien sea en la memoria que debe incorporarse al expediente de elaboración de las mismas, bien en su Preámbulo, así como en la necesidad de exteriorizar de algún modo esa justificación, que es, ciertamente, capital a los efectos del “control judicial de la eventual arbitrariedad de la norma”, como subraya el Dictamen del Pleno de 2 de marzo de 1995, en la misma línea los Dictámenes de 5 de diciembre de 1996 y 6 de febrero de 1997. Observemos que en el Derecho comunitario reglamentos y directivas deben de motivarse de manera circunstanciada, Art. 190 Tratado CE.

“La estructuración de un Sistema de normas primarias y secundarias, con pretensión de totalidad, de coherencia y de permanencia. Y por ello, en la dogmática europea prevaleció el criterio de que la sistematización formal que la Codificación conlleva favorece el máximo alcance de los efectos cerciorantes

de la Legalidad y también la certeza de la estabilidad. Entre dichos efectos hay que destacar como fundamentales los que se refieren:

- Al nacimiento mismo de las Leyes, en virtud de los requisitos de gestación, promulgación y publicación.
- A su extinción, por vía de exigencias y requisitos de derogación formal.
- A la compatibilidad e interferencia entre Leyes (las mal llamadas derogaciones incompletas o imperfectas).

(Las exigencias anteriores se inscriben en un principio de información que es exigencia ética de contrapeso al de irrelevancia de la ignorancia de la Ley o del error de Derecho).

- Al ámbito espacial de su vigencia (Leyes territoriales especiales y leyes sobre efectos extraterritoriales).
- Al ámbito temporal de esa vigencia (vacación legal y entrada en vigor; normas transitorias; irretroactividad normal y retroactividad excepcional, etc).
- Al ámbito personal abstracto de los sujetos destinatarios de las normas, entre los que no puede producirse discriminación por razón alguna, conforme al imperio del principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la Ley.
- Al orden jerárquico debido entre leyes de distinto rango, según la gradación establecida en la Constitución en atención a las diferentes garantías que, por razón de la materia, han de rodear su proceso elaborativo. En algunas cuestiones puede además existir una pluralidad de ordenamientos jurídicos a resultas de la estructura política del país

(federal, confederal o – como es el caso español – autonómica) y la distribución de competencias legislativas (en Derecho español, entre el Estado y las Comunidades Autónomas) puede y suele hacerse entonces, en parte <<por niveles>>, con una reserva para el Estado central, en los Estatutos Autonómicos, de la competencia para la legislación básica; lo cual general otro espacio problemático adicional sobre jerarquía legislativa como cuestión de seguridad jurídica.

- *A los márgenes de creatividad normativa, complementaria y de desarrollo, que le quepa a la Administración a través de la potestad reglamentaria; y bajo qué requisitos, determinados unos y otros en la Constitución; y al conocimiento efectivo de su ejercicio, dado el requisito de publicación oficial de dichas disposiciones.*
- *Al margen de creatividad normativa complementaria que sea posible dejar a la jurisprudencia de los Tribunales, determinado en la propia Constitución y Leyes Orgánicas que la desarrollan.*
- *A la existencia misma de esa jurisprudencia, y de los principios generales declarados por ella, a través del requisito legal de publicación de los fallos judiciales.*
- *A la existencia de las costumbres, a través de las reglas legales o jurisprudenciales acerca de su admisión, extensión y prueba³⁴¹.*

³⁴¹ J. L. MEZQUITA DEL CACHO, Seguridad jurídica y Sistema cautelar – 1 Teoría de la Seguridad Jurídica, Bosch, 1ª Edición, Barcelona, 1989, pp. 82 y ss.

En relación al procedimiento de elaboración de normas jurídicas, el Consejo de Estado, en su memoria correspondiente al año 2011, destaca sobre aspectos de técnica normativa, que son frecuentes las observaciones relativas a la tramitación de los expedientes que se remiten por realizarse ésta de forma errónea, considerando que las disposiciones de carácter general se tienen que elaborar con el debido rigor, cualquiera que sea su rango, pues no se trata simplemente de dar cumplimiento de forma rutinaria a unos requisitos formales que integran el procedimiento de elaboración de las normas sino que éste constituye una auténtica garantía para la legalidad, el acierto y oportunidad, en tal sentido se pronuncia el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, relativo al procedimiento de elaboración de los reglamentos, de la disposición de que se trate.

Refleja el Consejo de Estado que en sus dictámenes sobre anteproyectos de Ley y proyectos de disposiciones reglamentarias que ha observado que en unos casos, faltan algunos informes considerados convenientes o imprescindibles, y en otros, bien el trámite de audiencia fue realizado de forma incompleta, o bien las Memorias, justificativa y económica eran insuficientes. Señala, asimismo, que en alguna ocasión en el procedimiento de elaboración se formularon numerosos borradores, en los se realizaban sucesivas modificaciones, que excedía de meros retoques, pues al contrario, implicaban significativos cambios de criterio o modificaciones sustanciales, que perturbaban el normal desarrollo del procedimiento, y el natural logro de sus objetivos³⁴².

³⁴²Consejo de Estado, Memoria del año 2011, pp. 227 y ss.

Insiste este órgano consultivo en la importancia de las memorias y justificaciones económicas en el seno de elaboración de una disposición general, pues en su actividad revisora de los proyectos ha podido constatar que estas memorias concebidas para justificar la necesidad y oportunidad del proyecto normativo no son lo suficientemente expresivas de su finalidad, contenido y alcance.

Lo realmente importante es cumplir lo querido por el legislador, previsto en el artículo 24.1.a) de la Ley del Gobierno, sin que sea suficiente una apariencia formal de cumplimiento, ya que de esta manera no se lograría el fin querido, de hacer patente, efectivamente, la necesidad y oportunidad del reglamento como garantía del acierto en la decisión, valorando, al efecto, los costes económicos que serán consecuencia de la ejecución de la medida.

La cuestión central a la que se refiere el Art. 24. 1.a) de la ley del gobierno, es informar sobre los efectos que la nueva norma tendrá sobre el gasto público, evitando posibles consecuencias económicas negativas, pues la memoria económica debe tener en cuenta todas las repercusiones económicas que para el sector público pudieran seguirse de la disposición que se pretendiera aprobar³⁴³.

³⁴³ En tal sentido se pronunció el Consejo de Estado con ocasión del dictamen 419/2009, de 16 de abril, recaído en el proyecto de Real Decreto por el que regulaba la memoria del análisis de impacto normativo, que sería el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, y en la Memoria de 2009.

Señala el Consejo de Estado “*que el nuevo sistema de memoria de los proyectos normativos, ha permitido sentar algunos criterios en esta materia crucial tanto desde el punto de vista jurídico como económico*”. Sigue indicando que “*Estos criterios no pueden desconocer el papel que las memorias tienen a la hora de dictar normas, pues se configuran como instrumento fundamental para asegurar la corrección y calidad de éstas*”³⁴⁴.

En la Memoria referida destaca la importancia de que las normas tengan unos determinados niveles de calidad, tanto en su elaboración como en su aplicación y cumplimiento. Por cuanto esta mejora de la regulación tiende a garantizar la participación de los ciudadanos y, en especial, de los interesados en los procesos de elaboración normativa, asegurando que la legislación sea clara, comprensible, proporcional a los objetivos perseguidos y ejecutable, factibilidad. De esta forma se permitirá comprobar que las normas generan los beneficios prometidos con ocasión de su aprobación y no se constituyen en una rémora, bien para la libertad de los ciudadanos, bien para la actividad económica, practicabilidad³⁴⁵.

El trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos por parte del gobierno es un trámite imprescindible, que se encuentra previsto en el Art. 24.1.c) de la Ley del gobierno, en coherencia con lo dispuesto en el Art. 105 CE³⁴⁶.

³⁴⁴ El Consejo de Estado, Memoria del año 2011, pp. 232 y ss.

³⁴⁵ El Consejo de Estado, Memoria del año 2011, p. 233.

³⁴⁶ Artículo 105: *La ley regulará:*

El Consejo de Estado, en distintas ocasiones, ha llamado la atención respecto del incumplimiento del trámite de audiencia en la tramitación del procedimiento de elaboración de una disposición normativa. Así, en la Memoria de 1999 afirma que la audiencia a los afectados permite ponderar los posibles contra-efectos, inconvenientes o inadaptaciones de la regulación proyectada con una función profiláctica o preventiva en el proceso de producción normativa.

Recuerda este órgano consultivo que el trámite de audiencia tiene como finalidad contribuir al acierto y legalidad del texto que se aprueba, propiciando que se tengan en cuenta todos los puntos de vista desde el que la cuestión objeto de regulación puede ser analizada y enriqueciendo dicha disposición mediante las observaciones de los sectores, personas o entidades consultadas³⁴⁷. También señala que en ocasiones no se realiza una valoración motivada de las alegaciones formuladas por los órganos que están llamados a intervenir en la elaboración de la norma mediante la aportación de sus impresiones favoreciendo el acierto de la misma, desvirtuando, de esta

a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.

³⁴⁷ Entre otras STS de 31 de enero de 2012.

manera, la propia finalidad última de la audiencia, que no es otra que mejorar la calidad de la norma, no sólo desde el punto de vista técnico, sino la de asegurar su adecuación a la realidad económica y social que trata de configurar. Tales circunstancias aconsejan que se preste la adecuada atención a las alegaciones, debiendo explicar los motivos por los cuales las propuestas no se hubieran tenido en cuenta.

Un aspecto importante que destaca el Consejo de Estado en sus dictámenes es el que se refiere a la adecuada integración de la norma que se aprueba en el ordenamiento jurídico, atendiendo especialmente al sector concreto al que pertenece y en el que ha de desplegar sus efectos, con la finalidad de que las nuevas normas se enmarquen adecuadamente en un sistema jurídico ordenado, coherente y sin contradicciones, atendiendo a las exigencias del principio de seguridad jurídica.

La elaboración de las normas generales en ocasiones genera problemas de índole técnico normativo, concretamente respecto del régimen transitorio, como así lo ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado en su memoria de 1990.

El procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general estuvo regulado durante casi cuarenta años por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, sustituyó los artículos 129 a 132 de la ya vieja Ley por una doble regulación procedimental, una referida a los proyectos de Ley, Art. 22 y otra específica para la elaboración de los reglamentos, Art. 24. En ambos casos el cumplimiento del procedimiento de elaboración de normas no es sólo un

requisito de carácter formal, sino que, como ha venido destacando el Consejo de Estado, “constituye una garantía para el acierto y oportunidad de la disposición de que se trate”. En esto vienen a coincidir la antigua regulación, que hablaba de garantizar la “legalidad, acierto y oportunidad” de las normas, con la nueva que en lo referente a reglamentos habla de “garantizar el acierto y la legalidad del texto”. Sin embargo, el deseo de los Gobiernos y de las distintas Administraciones de imprimir gran celeridad a la producción normativa, fenómeno del que ya se ha hecho mención, lleva en no pocas ocasiones a un cumplimiento escaso y a veces rutinario, cuando no a una clara vulneración, de las normas establecidas para la elaboración de Leyes o la aprobación de reglamentos. Como señaló el dictamen del Consejo de Estado 1.165/95 de 28 de septiembre de 1995: “Las audiencias, consultas previas, etc. de organismos y entidades permiten obtener una más completa visión del sector social que se pretende regular, detectando mejor los plurales intereses en presencia desde las diversas perspectivas concurrentes. Por lo que hace al ordenamiento español de nuestros días la evolución deseable consistiría en reconocer toda la trascendencia que tiene esta fase previa de elaboración de las normas, aun a riesgo de que se alargue en el tiempo, pero con la contrapartida de dotar de la mayor estabilidad posible a las nuevas disposiciones, que deberían mantenerse en vigor -sin modificación- un tiempo suficiente para que arraiguen en la conducta de sus destinatarios y creen hábitos y pautas efectivas de comportamiento bien consolidadas”.

Se trataría, en definitiva, de refrenar la inclinación modificadora del ordenamiento sujetándola a las pautas legales de procedimiento. De esta forma pueden diagnosticarse mejor las insuficiencias de las normas que se pretenden cambiar y conocerse más ampliamente las perspectivas de los sectores afectados. Se podrían, así, reducir los casos de modificaciones precipitadas, desencadenadas por factores circunstanciales, con respuestas prontas que seguidamente se descubren como insuficientes o inadecuadas³⁴⁸.

Ciertamente cada proyecto de disposición requiere un tipo de informe inicial. Dependerá de la extensión de las modificaciones que se van a introducir, de la antigüedad de los preceptos a sustituir, de si ha precedido o no una modificación legal, etc. Estará también condicionado por la naturaleza del ámbito material sobre el que recaiga la nueva regulación proyectada. En todo caso, como señala la Ley del Gobierno, art. 24.1.f, debe tratarse de una “memoria o informe sucintos”.

Pero, con independencia de las variables circunstancias, en todo caso el informe inicial debería contestar con claridad estas dos preguntas: ¿por qué se necesita la nueva regulación?; ¿es el momento oportuno de acometerla?.

La Ley del Gobierno no concibe el alumbramiento de una norma como algo instantáneo y sin gestación previa, sino como fruto de un proceso. Según señala el artículo 24.1.a) de dicha Ley, a lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para

³⁴⁸ Memoria del Consejo de Estado del año 1999.

garantizar el acierto y la legalidad del texto. Por lo demás, con independencia de los informes, dictámenes y aprobaciones previas, preceptivos, cada proyecto de disposición debería fundarse, en la medida precisa, en informes y estudios de carácter técnico, económico, sociológico, etc., según los casos.

En la antigua Ley de Procedimiento Administrativo se especificaba, art. 129.2 que dichos estudios debían conservarse en el expediente por su interés para conocer el proceso de elaboración de la norma y para facilitar su interpretación. Esta previsión continúa en la Ley del Gobierno, Art. 24.1.f y debería ser cumplida para facilitar, tanto la elaboración de la propia norma, como su sustitución y aun su revisión en sede jurisdiccional.

La experiencia del Consejo de Estado en el despacho de expedientes sobre proyectos normativos le ha permitido comprobar la penuria de estudios e informes previos de carácter técnico que se solicitan en la preparación de disposiciones o, al menos, que se conservan en dichos expedientes. Dichos informes y estudios deberían por lo demás solicitarse y conservarse firmados por sus autores, lo que no suele ser siempre, ni mucho menos, el caso³⁴⁹.

4.4.7.- Doctrina Jurisprudencial sobre la presencia de los Principios Administrativos como límites.-

4.4.7.1.- El Principio de Audiencia y Participación Pública.-

Con respecto al segundo de los apartados, esto es, estudios y consultas que se estimen convenientes, debemos señalar que la STS de 18 de

³⁴⁹Memoria del Consejo de Estado del año 1999, p.94.

junio de 1993, FJ 2.º, ha considerado que debe examinarse la trascendencia concreta de los estudios y de su misión, desde una perspectiva teleológica, esto es, interpretativa del fin de la disposición, por si por el propio significado de la norma y por otros datos de su procedimiento de elaboración, se entiende satisfecha la finalidad a que obedece la exigencia legal referida. La anulación de la disposición de esa falta, supone un exceso de formalismo que no es aceptable. En igual sentido, la STS de 6 de octubre de 1998 recoge en su FJ 3.º que la falta de los estudios e informes previos, no determina la nulidad de pleno Derecho de la disposición afectada, salvo en el supuesto excepcional de que su misión se revele como trascendente, tras un examen teleológico de la disposición afectada.

En toda elaboración de reglamentos, como nos dice CIERCO SEIRA, el principio de audiencia alberga en su seno uno de los valores más arraigados en la conciencia social de todas las épocas: el de poder exponer la postura propia antes de que la autoridad pública adopte una decisión capaz de incidir de manera negativa en la esfera jurídica personal. Oír a la otra parte (*audi alteram partem*), no infligir un daño a nadie sin antes escucharle (*nemine damnatur sine audiatur*), hete aquí una de las columnas del Derecho en general y del Derecho administrativo en particular³⁵⁰.

Estamos ante un principio de gran arraigo en nuestro Derecho administrativo, cuya principal función ha de ser colaborar en la preparación de

³⁵⁰ C. CIERCO SEIRA, "Los principios jurídicos del Derecho Administrativo", Edición nº 1, La Ley, Madrid, 2010, pp. 327 y ss.

la decisión que se ha de tomar, permitiendo acreditar que es la mejor decisión de las posibles. Tiene gran trascendencia en el ámbito de la transparencia de la Administración y el control de la discrecionalidad, que sin duda lo hace merecedor de un lugar protagonista entre los principios generales del Derecho administrativo³⁵¹.

Más recientemente, esta vez en el contexto de la Unión Europea, encontramos una muestra inmejorable de la coincidencia entre los distintos Estados miembros acerca de la conquista irrenunciable que supone el principio de audiencia a los interesados. Este hecho afloró primero en la jurisprudencia del tribunal de justicia, donde los *Derechos de defensa* adquirieron carta de naturaleza y llegaron a convertirse en un principio general del Derecho comunitario; Derechos de defensa que luego pasarían al importante Código Europeo de Buena Conducta Administrativa 2001.

El Código de Buena Conducta Administrativa³⁵² ofrece a los ciudadanos la posibilidad de presentar una reclamación en caso de que la Comisión Europea incumpla lo que en él se establece. Esto significa que puede haber sanción si se vulneran los principios de buena administración que establece el Código. En el Art. 41.2³⁵³ de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

³⁵¹C. CIERCO SEIRA, "Los principios jurídicos del Derecho Administrativo", Edición nº 1, La Ley, Madrid, 2010, pp. 330 y ss.

³⁵²CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. (2000/C 364/01)

³⁵³Art. 41.2. Este derecho incluye en particular:

- *el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,*

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

Europea, se establece que entre las piezas que componen el moderno Derecho a una buena administración se encuentra el Derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente.

El principio de audiencia de los interesados en el procedimiento administrativo se ha visto constitucionalizado en el Art. 105.c, CE. Conviene dimensionar el principio ante el que nos encontramos, que guarda una estrecha relación con el Derecho fundamental previsto en el Art. 24 CE, pues la omisión de este principio por parte de la Administración puede causar una lesión al Derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de la prohibición de no generar indefensión. Sin embargo el tribunal constitucional, de forma reiterada y constante se ha mostrado reacio, con algunas excepciones, fundamentalmente en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, a aceptar una prolongación del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y de la proscripción de la indefensión más allá del proceso judicial y del ejercicio del poder jurisdiccional.³⁵⁴

-el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
- la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

³⁵⁴ C. CIERCO SEIRA, "Los principios jurídicos del Derecho Administrativo", Edición nº 1, La Ley, Madrid, 2010, p. 346.

Este principio se encuentra en la esencia del Derecho a una buena administración, así fue incorporado en la Carta Europea de Derechos Fundamentales referida. Su presencia se percibe en el cuerpo normativo de toda la LRJPAC, sin que pueda identificarse con el momento procedimental en el que el ciudadano puede presentar alegaciones, pues hoy este principio alcanza a otras dimensiones participativas, como el Derecho a obtener copias de documentos, a ser informados.

El tribunal supremo entiende que la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, requiere un informe previo del extinto Ministerio de Administraciones Públicas, cuando la norma reglamentaria pueda afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En todo caso, la exigencia del Artículo 24.3 de la Ley del Gobierno atiende la finalidad fundamental de que el Ministerio de Administraciones Públicas conozca de la elaboración de toda disposición general que pueda afectar a la distribución competencial al objeto de que pueda manifestar su criterio al respecto. En este sentido se ha pronunciado la STS de 14 de noviembre de 2011.

4.4.7.2.- Los trámites del Procedimiento Administrativo.-

La STS de 13 de octubre de 2011, recordando jurisprudencia ya consolidada por la misma sala, afirmó que para que el ejercicio de la potestad reglamentaria sea legítimo debe realizarse dentro de unos límites cuyo control corresponde a los tribunales de justicia. Así, además de la titularidad o

competencia de la potestad reglamentaria, el tribunal considera exigencias y límites formales del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley, Arts. 9.3, 97 y 103 CE, como interna respecto de los propios reglamentos, ex artículo 23 Ley del Gobierno; la inderogabilidad singular de los reglamentos, Art. 52.2 LRJPAC, y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el Art. 105.1 CE y regulado en el Art. 24 Ley del Gobierno.

En relación con el trámite de audiencia dentro de ese procedimiento, la razón última de la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de los reglamentos es contribuir al acierto y legalidad del texto que se aprueba, propiciando que se tengan en cuenta todos los puntos de vista desde el que la cuestión objeto de regulación pueda ser analizada, enriqueciendo, en definitiva, la disposición general, mediante las observaciones de los sectores, personas o entidades consultadas.

Por tanto, en la elaboración de las disposiciones reglamentarias, la observancia del procedimiento tiene un carácter formal ad solemnitatem, de modo que la omisión o defectuoso cumplimiento del mismo arrastra la nulidad de la disposición que se dicte, según jurisprudencia reiterada. Por tanto, el procedimiento constituye un límite importante al ejercicio de la potestad reglamentaria.

Respecto a los trámites procedimentales aplicables a las modificaciones de las disposiciones reglamentarias, el tribunal supremo estableció que si bien

es cierto que la modificación de una disposición general debe, en principio, llevarse a cabo cumpliendo el mismo procedimiento que prevé el Art. 24 Ley 50/1997, ello es exigible en el supuesto en que el trámite correspondiente sea de los que exige la Ley como preceptivos, o de los que siendo de aquellos que discrecionalmente puede o no acordar la Administración que dio la orden de proceder a la elaboración del reglamento, se estime conveniente para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

En relación concreta con el trámite de audiencia pública en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, el tribunal supremo considera que la audiencia es preceptiva en el caso de asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan por Ley la representación a que se refiere el Art. 24 Ley del Gobierno. Sin embargo, hay matizaciones: aquellas asociaciones voluntarias que personándose en el procedimiento invoquen, y pertenezca a su ámbito socialmente legítimo, que la disposición por su objeto afecta a intereses directos, a cuya defensa se ordene la asociación, podrán comparecer en el expediente y en él tener la participación y garantía que es propia de la audiencia prevista en los Arts. 105 a) CE y antiguo artículo 130.4 LPA. En el caso de autos, aunque se esté ante asociaciones voluntarias que no tienen conferida por la Ley la representación de intereses generales, sin embargo los suyos se ven directamente afectados por la disposición reglamentaria impugnada; aunque estas entidades surgen al amparo del Art. 22 CE, no puede desconocerse que, al igual que a los sindicatos el Art. 7 CE, se les atribuye una

especial posición y que la participación en el proceso de formación de los reglamentos es una forma cualificada de hacer los intereses que representan. En consecuencia, en el caso concreto que enjuicia, se debió de abrir un trámite de audiencia a las asociaciones firmantes con el Consejo Superior de Deportes de un Convenio Marco de Colaboración suscrito el 21 de marzo de 2006, cumpliendo de ese modo el compromiso contraído por la Administración con las mismas.

Además, el tribunal entiende que se debió extender ese trámite de audiencia a los interesados, bien directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición, cumpliendo así con el Art. 24 Ley del Gobierno. Esa audiencia pública ha de producirse durante un plazo razonable y no inferior a 15 días hábiles, si bien ese trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de 7 días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. En ese mismo artículo la Ley del Gobierno sólo excusa la omisión de la audiencia cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan, y obliga a quien decida la audiencia a motivar el procedimiento escogido para realizarla. En conclusión, a juicio del tribunal supremo, la ausencia de ese trámite de audiencia pública constituye una causa de nulidad de pleno Derecho.

Se concluye que si la modificación introducida en una disposición administrativa de carácter general es sustancial, es necesario abrir un nuevo trámite de audiencia a las asociaciones, corporaciones o entidades

representativas de intereses legítimos que guarden relación directa con el objeto de la disposición, así como un nuevo informe de la Secretaría General Técnica o dictamen del Consejo de Estado. En caso contrario, se incurre en un vicio de nulidad de pleno Derecho ex artículo 62 de la LRJPAC.

En la STS de 16 de diciembre de 2011, se aborda el análisis de los trámites necesarios en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general. Se recuerda que tanto la memoria económica como la justificativa pueden ser sucintas, pero deben cumplir su finalidad propia, es decir: la memoria económica debe proporcionar al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo éstos con las ventajas que aquéllas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar.

La memoria justificativa pone de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a éstos las razones de la decisión, cumpliendo una función análoga a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en el artículo 3.5 LRJPAC.

Ahora bien, el tribunal recuerda que el deber de motivación constituye una garantía del actuar administrativo, pero que no tiene la misma plasmación jurídica en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que

en el procedimiento administrativo, al engarzarse en aquel caso en los presupuestos constitucionales sobre la justificación de la norma reglamentaria.

Por lo que respecta en concreto a la memoria económica, el tribunal consagra que aunque no quepa exigir una ponderación detallada y exacta de todos los costes que pueda suponer la aprobación de la disposición reglamentaria, al tratarse de datos que no se puedan determinar con absoluta precisión en el momento de aprobarse aquélla, al menos se requiere la elaboración de una estimación aproximada que tenga en cuenta las variables que puedan producirse. De hecho, se han considerado aceptables memorias económicas en las que se afirmaba que el reglamento en cuestión no tendría incidencia en el gasto público si la parte recurrente no ha acreditado que esa apreciación era incorrecta, de donde resultaría la nulidad de la Disposición si habiendo afirmado la memoria que el proyecto no tiene incidencia sobre el gasto público el recurrente hubiera probado lo contrario o cuando no existe memoria económica. En todo caso, el alto tribunal considera esencial determinar el impacto económico global de la aplicación de una disposición general cualesquiera fuere el ámbito concernido, máxime cuando disposiciones de inferior rango muestran los apartados que debe comprender por lo que no se evidencia, a priori, dificultad alguna en su cumplimentación.

El tribunal supremo rechaza los razonamientos estereotipados en una actuación que puede llegar a generar consecuencias económicas negativas, al igual que rechaza una mera remisión a la dotación presupuestaria, ampliable, consignada en los presupuestos generales del Estado. La memoria económica

debe tener en cuenta todas las repercusiones económicas que para el sector público pudiera tener la disposición que se pretendiera aprobar.

En consecuencia, el incumplimiento de las exigencias de la memoria económica, y de la justificativa da lugar a la declaración de nulidad de pleno Derecho, prevista en el artículo 62.2 de la LRJPAC.

La STS de 9 de febrero de 2010 señala que el inciso final del párrafo primero de la letra b) del Art. 24.1 Ley 50/97 impone a la Administración el deber de recabar en el proceso de elaboración del reglamento cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto. Ahí, pese a la expresión se estimen convenientes, no se le concede una potestad enteramente libre, sólo regida por su criterio, sino una que, como todas, queda sujeta a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza el Art. 9.3 CE y al designio de servir con objetividad los intereses generales que como principio rector de su actuación proclama e impone el Art. 103.1 CE. El reconocimiento de una cierta discrecionalidad a la Administración al decidir si han de recabarse o no aquellos estudios y consultas, lo es dentro de los límites de ejercicio de toda potestad discrecional, que admiten el arbitrio legítimo, pero no una decisión basada en la sola voluntad del que decide, esto es, una que se muestra objetivamente, sin asomo de duda, carente de toda razón que la justifique.

La STS de 24 de noviembre de 2009, en el FJ6º aborda directa y abiertamente la cuestión de la fuga o huida del Derecho administrativo y, a su vez, analiza importantes cuestiones procedimentales de las disposiciones de

carácter general de naturaleza organizativa o “cuasi-organizativas”, como son la participación sindical en su proceso de formación, la exigencia de informes a órganos consultivos y el trámite de audiencia, aun tratándose de la modificación de los estatutos de una empresa pública, sociedad mercantil de capital público, esto es, un ente instrumental de la Administración dedicado fundamentalmente a la prestación de servicios y realización de actividades, en el presente caso, medioambientales.

En dicha modificación, entre otros aspectos, se procede a cambiar los estatutos de la empresa, ampliándose el objeto social de la misma a nuevas actividades y servicios. La sentencia, en su fundamentación jurídica, previo reconocimiento de legitimación activa al sindicato recurrente, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica particular de este tipo de normas administrativas, no estrictamente auto-organizativas y con incidencia en el ámbito mercantil, que organizan la forma de actuación de los entes instrumentales de la Administración, cuestión esta última bastante discutida en la doctrina. La sentencia no declara en ningún momento que esas reglas organizativas deban aprobarse necesariamente mediante normas administrativas, sino que tan sólo analiza una norma de la Administración que así se ha aprobado. Esta sentencia contiene importantes matices sobre los distintos requisitos formales exigibles en el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias; alguno de cuyos razonamientos deben ponerse en relación con el especial objeto del caso. Al respecto, afirma el tribunal que “Consideramos nosotros que estamos claramente ante una disposición de carácter general, que innova el ordenamiento jurídico autonómico porque, como ya hemos apuntado, dicho

Decreto modifica el objeto social de la Empresa pública ambiental, para concretarlo e incluir nuevos ámbitos de actuación, al mismo tiempo que define aspectos de su régimen jurídico. En la nueva configuración del objeto social se prevé expresamente que la Empresa pueda desarrollar algunas actividades que tradicionalmente eran desempeñadas, de manera directa, por la Administración, y que en algunos casos, dependiendo de su ejercicio, supone el desapoderamiento de ésta, y por tanto de sus funcionarios, de facultades que implican el ejercicio de potestades públicas, si bien así será según se desarrolle ese objeto social. El texto del artículo 2.1 del Decreto declara que se incluye dentro del objeto social en general "la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente" y, a continuación, enumera un amplio listado de actividades a desarrollar como parte de dicho objeto societario. Dentro de ese objeto social, la mayoría de las actividades nominativamente contempladas no han de suponer un riesgo de privatización de potestades públicas, pero en otros casos puede no ser así. El conflicto estriba en que no nos encontramos, estricta y formalmente, ante una norma atributiva de competencias, debiéndose recordar que desde el punto de vista del Derecho mercantil el objeto social de la empresa constituye el giro que se pretende alcanzar, determinando las actividades que lo integran, con independencia de que finalmente dicho tráfico se materialice, y que, por tanto, las previsiones que se contemplen en el objeto social de la empresa pública no determinan necesariamente que esas actividades no puedan seguir siendo desempeñadas por la Administración de la que depende, pues, desde un prisma mercantil, la empresa pública sólo puede

realizar aquello que esté dentro del giro o tráfico propio de su objeto social, pero el hecho de que ciertas actuaciones estén incluidas en el mismo no significa necesariamente que las desarrolle de manera que incidan en las potestades públicas”. Y concluye: “Ahora bien, que el incumplimiento efectivo de las normas de Derecho público no quede acreditado no implica que la potencial trascendencia de la norma que se impugna y la existencia o, al menos, apariencia de ese riesgo cierto exijan que a la elaboración de la disposición se le dote de mayores garantías formales, garantías que se refuerzan con la negociación colectiva, la participación ciudadana y la intervención de órganos consultivos de naturaleza científico-jurídica”.

La STS de 4 de noviembre de 2011, en su FJ 3º refiriéndose a los reglamentos ejecutivos, resalta en primer lugar la necesidad de que se aprueban mediante Real Decreto. Entiende la Sala que en virtud de lo contenido en los Arts. 4 y 5 Ley 50/1997, del Gobierno, que en materias vinculadas por la reserva de Ley, la remisión de la Ley al reglamento no puede hacerse a cualquier norma reglamentaria. La potestad de dictar los reglamentos ejecutivos de desarrollo y ejecución de las leyes compete al Consejo de Ministros mediante Real Decreto, quedando para los Ministros individualmente considerados la competencia para dictar las Órdenes Ministeriales que se limitan a fijar un último escalón descendente de concreción normativa de los aspectos más estrictamente técnicos y organizativos propios del sector funcional homogéneo que constituye cada Ministerio”.

Considera la sala que tal diferenciación, en cuanto al ejercicio de la potestad reglamentaria, entre los respectivos ámbitos funcionales del Consejo de Ministros, y los Ministros no es caprichosa ni infundada, toda vez que siendo, en efecto, el desarrollo ejecutivo de la Ley una labor que requiere de la integración multidisciplinar de las diferentes áreas de la Administración en un enfoque unitario, su aprobación sólo puede hacerse con plenitud de conocimiento y garantías en el Consejo de Ministros, donde convergen las diferentes perspectivas sectoriales en una unidad de análisis y decisión” (FJ 3º).. Sobre esta base, concluye el tribunal que si un Real Decreto, sedicentemente ejecutivo de una Ley, realmente no contuviera una regulación material reconocible como tal desarrollo y ejecución, sino que se limitase a formular una nueva y sucesiva remisión a las normas reglamentarias inferiores, de manera que fueran éstas las que, de hecho, incorporasen la regulación material de desarrollo, se produciría una subversión del sistema de fuentes descrito, pues por encima del sólo aparente y formal desarrollo de la Ley a través del Real Decreto, la realidad sería que ese desarrollo se habría hecho, en lo que tiene de funcional y operativo, a través de las Órdenes Ministeriales y/o disposiciones de autoridades y órganos inferiores según el orden de su respectiva jerarquía, con el resultado de que para aprehender el contenido funcional del mandato legal, el destinatario de la norma se vería obligado a integrarlo no sólo con la reglamentación operada a través del Real Decreto sino también y sobre todo con esas normas reglamentarias inferiores; con grave afcción de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

La STS de 24 de noviembre de 2009, revisa una actuación municipal realizada careciendo de competencia para ello. El tribunal ratifica la falta de competencia del ayuntamiento de Madrid para aprobar definitivamente una modificación puntual de su Plan General de Ordenación Urbana al exceder su objeto del atribuible al planeamiento secundario o de desarrollo. Concluye así que la competencia para efectuar dicha aprobación definitiva la ostenta en exclusiva la Administración autonómica, y no la municipal.

4.4.7.3.- El Principio de Publicidad de las Normas Jurídicas.-

Sobre la efectividad del principio de publicidad de las normas se ha pronunciado la STS de 14 de octubre de 2009, en la que se insiste en que los actos dictados en ejecución de un plan urbanístico cuya normativa y ordenanzas no han sido publicados son nulos de pleno Derecho, no pudiendo entenderse convalidados con la mera publicación a posteriori de la referida normativa. Afirma así que: “De aceptarse la tesis de la convalidación de las disposiciones urbanísticas de ejecución o desarrollo, propugnada por las Administraciones recurrentes, a pesar de que aquéllas nacieran desprovistas de norma habilitante por no haber ganado eficacia y vigencia ésta por no haberse publicado sus normas urbanísticas, se estaría confiriendo efectos retroactivos a unas disposiciones de carácter general en contra de lo establecido en el Art. 9.3 CE, que consagra la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de Derechos individuales, en cuanto el planeamiento de desarrollo implique deberes para los ciudadanos con anterioridad a la fecha de la publicación de las normas urbanísticas del plan de cobertura”.

Por otra parte considera de aplicación prevalente la normativa básica estatal que impide la convalidación” de dichos actos, Art. 62.2 LRJPAC, sobre la autonómica catalana que prevé expresamente dicho efecto. Y ello atendiendo al siguiente razonamiento: “Para solucionar los conflictos de Leyes está plenamente consolidada en los sistemas jurídicos la técnica de la primacía o prevalencia, y así se aplica entre el ordenamiento comunitario europeo y los Derechos internos de los Estados de la Unión, método previsto en el citado Art. 149.3 CE cuando la materia no viene atribuida a la competencia de las Comunidades Autónomas, sin necesidad, en este caso, de plantear cuestión de inconstitucionalidad de las normas en conflicto, dado que no se trata de una tacha de inconstitucionalidad sino de simple contradicción entre normas, que sólo admite la aplicación de una, por lo que se debe aplicar la prevalente, que, en este caso, es la estatal al no tratarse de una materia atribuida a la competencia exclusiva de Comunidad Autónoma.

En este caso la STS de 18 de noviembre de 2011 aborda la eficacia de una modificación puntual de Normas subsidiarias de planeamiento que no fueron originariamente publicadas. La sentencia sintetiza la doctrina de la sala sobre las consecuencias de la falta de publicación formal de los Planes de urbanismo en función de que el instrumento no publicado sea de planeamiento general o de desarrollo. Como se ha señalado en repetidas ocasiones, la falta de publicación del instrumento de planeamiento no lo hace inválido, sino ineficaz. Ahora bien, si el plan no publicado no es nulo sino sólo ineficaz, la consecuencia es distinta para sus instrumentos de desarrollo, planes de

sectorización, planes parciales, etc., pues, al carecer éstos de soporte normativo de cobertura, devienen nulos de pleno Derecho.

En el caso concretamente enjuiciado la modificación puntual, que regula la ordenación correspondiente a las áreas calificadas con la ordenanza residencial mixta RM, afecta a la propia norma originaria, en este caso ineficaz, pero no constituye desarrollo de la misma. Ello impide asimilar el supuesto al caso antes mencionado de los instrumentos de desarrollo carentes de cobertura normativa por la falta de publicación del instrumento al que se encuentran subordinados. Las modificaciones del planeamiento son disposiciones de contrario imperio, del mismo rango jerárquico que la norma que modifican y a la que, por tanto no se encuentran supeditadas; estando sujetas para su aprobación, por lo general, al mismo procedimiento que el establecido para la aprobación de la norma originaria. Por ello, entre dos normas del mismo rango que se suceden temporalmente no cabe establecer relaciones de dependencia, sino más bien relaciones de vigencia. Así las cosas, la modificación puntual de elementos de un Plan General o de unas Normas Subsidiarias ineficaces, por no publicadas, seguirán siendo, en tanto no se publican, tan ineficaces como el instrumento originario al que modifican, pero no nulas de pleno Derecho. En este mismo sentido se ha pronunciado la STS de 27 de octubre de 2011.

CAPITULO V: CONCLUSIONES.-

CAPÍTULO V.- CONCLUSIONES.-

1.- Los principios generales del Derecho han sido analizados y estudiados por distintos autores, profesores y científicos con reconocidísima autoridad, sin que exista unanimidad en cuanto a su origen, su función y la finalidad de los mismos. Asimismo, han sido tratados desde una triple dimensión, atendiendo a la función que se les reconocen en cada ordenamiento jurídico, así, función creadora, función interpretativa y función integradora del ordenamiento jurídico. Su naturaleza es algo que no parece responder a una única opinión o línea jurisprudencial, utilizándose de manera confusa los términos principios generales del Derecho, principios positivizados y valores, por parte del tribunal constitucional, y de los tribunales de justicia.

Los principios generales del Derecho han sido un referente jurídico en las distintas épocas de la historia, como la que le correspondió protagonizar al iusnaturalismo en los siglos XV al XVII, en la que los principios han desempeñado una función capital.

Los principios generales del Derecho siempre han estado vinculados al Derecho natural, pero esto no quiere decir que no lo hubieran estado también al positivismo, que si lo han estado, y que constituyó un elemento de discrepancias y enfrentamientos en la época del Derecho positivo, el cual negaba la existencia de los principios como fuente del Derecho, y sólo les reconocía una función integradora del ordenamiento, como una abstracción surgida de las normas. Para este pensamiento los principios son producto del ordenamiento jurídico. Consecuencia de su concepción normativa del Derecho

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

no se auspiciarían en los principios o en los valores, al no reconocer otras normas que las legales-escritas.

El positivismo utilizó los principios generales del Derecho como elemento para cumplir la función integradora del mismo, y de esta manera poder garantizar lo que venía afirmando respecto del ordenamiento jurídico, su plenitud.

En mi opinión los principios son fuente del Derecho, algo que nuestro Código Civil expresa claramente, y un elemento esencial, vertebrador e informador del ordenamiento jurídico. Los principios son la esencia propia del ordenamiento, son los que permiten que se adapte a las eventualidades sociales, aportan la frescura que necesitan las normas. Esto es consecuencia de su procedencia de la conciencia social, de los usos sociales repetidos. Como afirmó GARCÍA DE ENTERRÍA el ordenamiento jurídico cambia, cuando cambian sus principios, no sus normas. Esta circunstancia sucedió cuando se aprobó a Constitución de 1978, cambiando el ordenamiento jurídico completamente, propiciando la unión del derecho, la moral, y la justicia como valores superiores, esta fue la causa del cambio.

Este cambio, impregnó todo el ordenamiento de los valores y principios que se encuentran en la Constitución, recobrando el individuo la situación central en el sistema, con el reconocimiento de los Derechos fundamentales, inherentes a la persona por el mero hecho de serlo. Se impregnó todo de la idea de justicia, de los valores, de la dignidad humana.

Surge un movimiento que a la Constitución en el centro del sistema. Esto ha sido el resultado de la fuerza de los principios, del origen social, de la idea de justicia que se encuentra los principios.

2.- Los principios son la verdadera fuente de Derecho, que cumplen una función integradora y una función informadora del ordenamiento jurídico. Estos principios representan la esencia de la norma, del ordenamiento jurídico, encontrándose en el ambiente, procedentes de la conciencia social, de la realidad social. Surgen de forma espontánea en la sociedad, deben su permanencia al valor que aportan a la propia sociedad, a la comunidad, el bien que representan es el propio valor de los principios. Por estas razones considero que los principios generales del Derecho se encuentran íntimamente relacionados con el valor de la justicia.

Los principios generales del Derecho tienen un contenido indeterminado pero muestran una posición ante la vida, ante la sociedad, posibilitando que las normas jurídicas puedan adaptarse a las nuevas necesidades o eventualidades sociales. Se encuentran en el humus del ordenamiento jurídico, en la atmósfera, son el oxígeno que respiran las normas para garantizar su permanencia, pues una norma que no tenga capacidad para adaptarse es una norma que dejará de aplicarse.

Los principios generales del Derecho tienen un carácter permanente y universal, aunque algunos, y ahí coincido con la posición positivista, tienen un ámbito de actuación más local o del país o de la sociedad en cuyo

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

ordenamiento jurídico va a integrarse. Si resaltaría la función que cumplen los principios generales del Derecho en la labor de producción de normas jurídicas, pues estos al encontrarse en la sociedad impregnan el ámbito jurídico desde su proyección de la conciencia social de la que forman parte los representantes públicos y los legisladores, así, los principios están presentes incluso en el momento anterior al inicio de la elaboración de una norma y en ocasiones son los impulsores de la producción normativa..

3.- En mi opinión la idea o movimiento constitucional tuvo un claro origen en el iusnaturalismo racionalista cuyo fundamento se encuentra en dos elementos, la propia naturaleza de las cosas, el ser humano, y la razón, los elementos propios del Derecho natural que se basan en la existencia de principios, de normas o leyes que no necesariamente tenían que ser aprobadas por una autoridad. Estas normas se aplicaban a todos los individuos por igual, eran Leyes permanentes, universales que no se agotaban porque eran Leyes de la naturaleza.

Concluyo que los principios generales del Derecho son esas máximas que surgen de la propia conciencia social, con tanta energía que condicionan el pensamiento de las personas, no requieren una determinación como las normas jurídicas, permitiendo cuando se aplican que se alcancen resoluciones justas. Permiten adaptar la norma a las singularidades del caso concreto, evitando consecuencias desproporcionadas e injustas.

4.-La aprobación de las constituciones modernas comportó la incorporación a las mismas de una normativa heterogénea, que en su mayor parte vendrán compuestas por principios y valores y también por reglas. En efecto, esto supuso la constitucionalización del ordenamiento jurídico, en el que la Ley ha dejado de ser la norma suprema para pasar a convertirse en la máxima expresión popular como norma constituida, que debe respetar las determinaciones que se contienen en la Constitución. Estas determinaciones vendrán integradas, como no puede ser de otra manera por los valores y principios y no solo por reglas, permitiendo la interacción o relación entre el Derecho y la moral, el Derecho y la justicia, los parámetros de normatividad no serán los únicos que integren el Derecho.

Entre las distintas normas que integran el cuerpo normativo constitucional existirá una relación cumpliendo cada una de ellas una concreta funcionalidad dentro del marco constitucional. Las reglas, atendiendo a su estructura clásica, tendrán una virtualidad mucho menor, agotándose con el propio caso o hecho que deben regular, su alcance es muy limitado en atención a la concreción de su contenido. La aplicación de las reglas requiere de los principios y de los valores, pues éstos determinarán el sentido en que han de ser aplicadas, debiendo garantizarse en la medida de lo posible la materialización del bien valioso que representan el valor como finalidad que marca la dirección y el camino de nuestro ordenamiento jurídico.

Los principios constitucionalizados, de igual manera que las otras normas, forman parte del ordenamiento jurídico y desprenden toda la fuerza

propia del texto en el que se encuentran insertos, son los instrumentos que permiten canalizar la garantía de la efectividad de los valores, aunque tienen un contenido indeterminado son predecibles, fijando la posición en la que se ha de dirigir el ordenamiento jurídico, tienen una clara función vertebradora del ordenamiento jurídico e igualmente informadora del mismo. En mi opinión su estructura y su función coincide con la de los clásicos principios generales del Derecho, al encontrarse constitucionalizados tienen la misma naturaleza jurídica que la propia constitución, cumpliendo una función determinativa para la efectividad de los valores constitucionales.

Estos principios no sólo son los que explícitamente se encuentran en el texto constitucional, sino que existen otros que están presentes de forma implícita, surgiendo estos al interpretar sistemáticamente el texto constitucional.

Así, estos principios constitucionalizados no se agotan en sí mismos, si no que gozan de una virtualidad que permitirá el surgimiento de otros principios en ámbitos más concretos del ordenamiento jurídico. Su proyección y dimensión alcanza a todo el ordenamiento jurídico sin excepción.

Los valores son normas jurídicas en tanto en cuanto determinan y limitan la actuación de los poderes públicos carecen de un contenido concreto y son impredecibles. Claramente funcionan en nuestro ordenamiento jurídico como una finalidad u objetivo a perseguir, obligando a todo el articulado existente a propiciar una interpretación que los favorezca y los optimice.

5.- Los principios previstos en una Constitución cumplen una función claramente garantizadora de los Derechos fundamentales, especialmente en relación al principio de la dignidad de la persona. De tal suerte que la vulneración de estos principios supone una injerencia inadmisibles por parte del poder público en la esfera protegida de los Derechos fundamentales. Estos Derechos, en cuanto limitadores de los poderes públicos, cumplen una vertiente claramente principal de nuestro ordenamiento jurídico, pues informan el ordenamiento en cuanto establecen límites del ejercicio del poder, exigiendo que las actuaciones de los poderes públicos vayan dirigidas a favorecer y propiciar el desarrollo positivo de estos Derechos.

Considero que el principio de la dignidad de la persona ocupa un escalón superior dentro de los principios constitucionales, existiendo una prelación de principios en función a la trascendencia del valor de los bienes que están llamados a proteger, sin que suponga una tiranía de principios.

6.- En España, como consecuencia de la aprobación de la Constitución de 1978 se produjo un verdadero cambio en el ordenamiento jurídico, la Ley perdió su posición y pasó a ocupar la superioridad del ordenamiento la Constitución, con ello se produjo una modificación que alcanzó a todos los órdenes jurisdiccionales. En mi opinión, el que más afectado resultó fue el Derecho administrativo. El texto constitucional recoge expresamente un artículo (103) que sin lugar a dudas determina los fines de la Administración pública, confiriéndole una actividad de servicio a los ciudadanos, y al interés

público y general. Al ciudadano por ocupar el centro del ordenamiento jurídico, fundamentado en el artículo 10 de la CE. Consecuentemente, al existir varios artículos que se refieren a la Administración pública, a la elaboración de disposiciones por la Administración pública, a la sujeción de las Administraciones a la Ley y la Constitución, el Derecho administrativo pasa a ser directamente una pieza clave dentro del andamiaje constitucional. La esencia de la Administración se encuentra concretada y determinada en la Constitución.

Una consecuencia que ha traído la constitucionalización del ordenamiento jurídico es la necesidad de los jueces de readaptarse a este nuevo escenario, e igualmente los distintos actores jurídicos, pues los distintos órdenes jurisdiccionales se encuentran invadidos por el derecho constitucional, razón por la que hoy no es suficiente con ser especialista en una rama del Derecho, laboral, penal etc, pues hoy hay que ser constitucionalista primeramente. Todas las normas del ordenamiento se han de interpretar de conformidad con la Constitución.

La Administración pública como Administración del Estado tiene que colaborar en la consecución de los objetivos establecidos, identificados con los valores recogidos en la constitución. Su papel ha de dirigirse a potenciar y propiciar el cumplimiento de los derechos fundamentales, sociales etc. es un poder público, y como tal se encuentra sujeta al cumplimiento de la Constitución.

7.- Con la previsión recogida en el artículo 9.3 de la CE se establecen unos principios informadores del ordenamiento jurídico constitucional dirigidos a limitar el ejercicio del poder público, que han de actuar con total respeto de los Derechos de los ciudadanos. Estos principios pueden reconducirse a dos, el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica, estableciendo el primero, la sujeción al imperio de la Ley de los poderes públicos, y, el segundo, la garantía de que el Estado no pueda sorprender al individuo con normas o reglas que no hayan sido puestas a su disposición o en su conocimiento.

Respecto del principio de seguridad jurídica considero que por parte del Tribunal Constitucional se ha quedado en lo superfluo de lo que significa y representa este principio, realizando interpretaciones que favorecen la pervivencia de la Ley en detrimento del Derecho de los ciudadanos a Leyes claras y precisas. El alto tribunal sostiene que la lesión al principio de seguridad jurídica, no es objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional, que sólo podría comportar vicio de nulidad de la Ley cuando se acredite una lesión efectiva y real a un Derecho fundamental al que dicho principio sirve. La elasticidad de los razonamientos del alto tribunal son ciertamente sorprendentes, partiendo de la base de que el control de constitucionalidad no lo es de técnica normativa, y sin ofrecer el debido interés en intentar frenar los efectos perniciosos de una norma poco clara, de normas que no tienen un objeto concreto, que afectan a una batería de normas correspondientes a materias dispares, como son las Leyes de acompañamiento o de medidas urgentes, cuando la realidad es que este tipo de Leyes lesionan directamente el Derecho a la igualdad ante la Ley, no garantizan por igual el conocimiento de la Ley, comportan una lesión al

Derecho a la tutela judicial efectiva y, en mi opinión, lesiona el Derecho a la dignidad de la persona, pues los ciudadanos son tratados como cosas por el Estado, el poder legislativo.

El Tribunal Constitucional en sus razonamientos se queda en la mera formalidad, afirmando que la Constitución no establece un procedimiento exhaustivo, entendiéndose que sólo se puede incurrir en vicio de nulidad cuando la tramitación de la Ley genera indefensión material a algún parlamentario, cuestión harto difícil, pues siempre puede tener un medio para conocer el procedimiento o la Ley, así, el tribunal siempre concluirá que la indefensión sólo fue formal.

El Tribunal Constitucional en las sentencias en las que el fundamento de la pretensión se encuentra en el artículo 9.3 pondera y favorece la satisfacción aparente, formal, y no material, de las exigencias del principio, al no querer resolver los problemas que esta apariencia constitucional comportan. No se accede a valorar los verdaderos perjuicios o daños que materialmente se generan a los ciudadanos. Si consideramos que el centro de la actividad del Estado es el individuo, se ha de atender las lesiones que sufre realmente en sus Derechos. En este sentido, en mi opinión, el Tribunal está primando la actuación de un poder del Estado cuando no cumple efectivamente el mandato constitucional, a pesar de tener que estar al servicio del individuo.

Se está atentando o consintiendo que se pudiera atentar contra el bloque fundamental de la constitucionalidad, a través de la función legislativa. Esto supone para el ciudadano una pérdida de los elementos estructurales del

principio de seguridad jurídica, el Derecho dejará de ser previsible, decaerá la certeza del Derecho y el ciudadano perderá la confianza en el Derecho, con el consiguiente alejamiento de la actividad de los representantes públicos.

En mi opinión, y sin incurrir en un sacralización de las formas, que parece que es lo que está haciendo el Tribunal Constitucional cuando avala de forma casi incondicional la actuación del poder legislativo, debe dar un paso adelante y valorar, ponderar y resolver en función de si realmente la Ley cumple las expectativas razonables que los ciudadanos deben depositar en ella, y no quedarse solamente en el cumplimiento de los requisitos formales por parte del legislador. En este sentido, el principio de seguridad jurídica tendrá una función para el ordenamiento jurídico y, ello, será la consecuencia de su unión indisoluble con los Derechos fundamentales y los superiores valores del ordenamiento jurídico. Se trata de un principio esencial y fundamental en cualquier Estado de Derecho que supone el respeto y el límite de hasta dónde puede llegar el poder público, y no por otras razones se encuentra nada más y nada menos que en el preámbulo de nuestra Constitución.

La seguridad jurídica cumple un valor de forma indiscutible como elemento vertebrador de todo nuestro ordenamiento jurídico, descendiendo desde la parte más alta de la pirámide jurídica hasta los últimos recovecos o rincones de nuestra sociedad sobre los que pueda recaer un actuación pública. Este principio debe estar presente desde el primer momento en que se inicia la fase administrativa para elaborar una norma jurídica, sin que pueda abandonar a la norma hasta que esta pierda su vigencia. Esto significa que la seguridad

jurídica ha de ser garantizada en el proceso de elaboración de las normas y también ha de estar presente en el acto de aplicación de la norma. En el momento de elaboración de la norma su presencia exige que se disponga por parte del centro productor de toda la información que sea necesaria para garantizar el acierto, la oportunidad y la efectividad de la norma cuando se incorpore al ordenamiento jurídico, de tal forma que no solo ha de centrarse el estudio y el análisis sobre la oportunidad de la norma respecto de ella misma sino que este ha de ser más ambicioso y referirse al conjunto del ordenamiento jurídico en la que se va a insertar y cuya eficacia tendrá incidencia en otras normas pertenecientes al ordenamiento jurídico.

8.- Conectado con el principio de seguridad jurídica se encuentra el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables restrictivas de Derechos. En mi opinión, este es uno de los casos en el que el individuo se puede encontrar más vulnerable ante el poder público, pues la vulneración de este principio supone aprobar una norma que va a desprender efectos sobre actos producidos en el pasado, confiando en el Derecho vigente en el momento del hecho realizado por el ciudadano.

La retroactividad de las normas supone una lesión a la previsibilidad y a la confiabilidad del individuo en el Derecho, sólo tendría eficacia y consecuentemente se declararía la nulidad de la norma cuando la retroactividad no viniese justificada o incidiese en el ámbito penal o sancionador.

El Tribunal Constitucional en sus razonamientos traslada al individuo, no sólo la carga de probar el daño producido o la lesión a los Derechos que hubiese adquirido, sino que crea una ficción en virtud de la cual el individuo debe acreditar que no tenía forma de haber previsto la aprobación de esa norma. Esto supone, aunque sea fuera del ámbito penal exigir la “prueba diabólica”. El individuo conoce el Derecho vigente, amparado por la certeza como característica principal del ordenamiento, acomete un serie de actuaciones, y debe suponer que esa normativa puede cambiar, y para el caso de que esta cambie, el individuo tendrá que asumir las consecuencias derivadas de una normativa posterior, de una irresponsable actuación normativa, a excepción de que se de la situación en la que el hecho que nació conforme al régimen jurídico anterior fuese un acto ya consumado y amparado por el Derecho adquirido. En este caso procedería la indemnización del Derecho y se mantendría la norma. Si el acto aún no agotase sus efectos, en tal caso, el régimen jurídico nuevo podría hacer perder la eficacia al acto sin Derecho a indemnización.

Las consecuencias que se derivan de una normativa con carácter retroactivo son en mi opinión muy graves en un Estado de Derecho, pues producen una falta de confianza del individuo en el ordenamiento jurídico que se traduce en un distanciamiento de los ciudadanos del poder legislativo, llegando a una situación que podría poner en entredicho el Estado de Derecho constitucional en el que nos encontramos.

En mi opinión el principio de irretroactividad de las normas previsto en el artículo 9.3 de la CE no tiene porqué estar determinado en su virtualidad por interpretaciones que los Tribunales hubieran realizado anteriormente sobre la irretroactividad en el Derecho Civil. La CE conforma un nuevo ordenamiento sin que deba verse condicionado por el ordenamiento y la interpretación que sobre este se hubiera hecho anteriormente.

9.- Los principios previstos en el Art. 9.3 se proyectan en su total dimensión sobre la Administración Pública, consecuencia de su pertenencia al poder público del Estado, actuando el principio de seguridad jurídica por medio de los principios de protección de la confianza legítima y el principio de buena fe frente al deber actuar la Administración con objetividad sirviendo al interés general. Estos principios cobran toda su presencia en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales y reglamentarias, en las cuales, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento para la elaboración de las Leyes, se prevé un procedimiento que exige la emisión de informes confiriendo que participen los ciudadanos a fin de que se pueda garantizar el acierto y la oportunidad de la norma. Estos principios se han incorporado al ordenamiento jurídico recientemente, sin que antes se encontrasen positivizados, circunstancia que evidencia la presencia y la fuerza de los principios generales del Derecho más allá del Derecho civil, cuya incorporación al ordenamiento se produjo a través de la labor jurisprudencial que los venía aplicando.

10.- La técnica normativa, vista desde una óptica puramente de la formalidad procedimental, es una asignatura pendiente para nuestros poderes públicos. Esto se pone de manifiesto en los informes y memorias elaboradas por el Consejo de Estado, en los que se refleja que el procedimiento tramitado adolece de muchas deficiencias, pero, en todo caso, se queda solo en la forma, sin que se confiera la importancia que tiene a la participación ciudadana. Una participación real, en la que se pueda constatar que sus alegaciones fueron verdaderamente consideradas para determinar el acierto de la norma.

La prueba más evidente de que la técnica normativa no es algo que se tome en serio es su carencia de naturaleza jurídica, no son normas jurídicas, sólo directrices. Si se le confiriera la naturaleza normativa que la sociedad reclama, de igual manera que ocurre con los trámites para la elaboración de las disposiciones reglamentarias, el resultado sería otro, más favorable a la calidad de las normas, y más garantizador de los Derechos de los ciudadanos, pues son las normas las que permiten a los ciudadanos disponer de una tranquilidad debido a la certeza que el Derecho debe transmitir.

CAPITULO VI: BIBLIOGRAFÍA.-

CAPÍTULO VI.- BIBLIOGRAFÍA

- A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Manual de Administración local, Quinta Edición, El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2006.
- A. CARCELLER FERNÁNDEZ, Derecho urbanístico sancionador, Atelier, Barcelona 2004.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 38, Lex Nova, Valladolid 2008, pp. 121 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 39, Lex Nova, Valladolid 2008, pp. 119 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RDA, Justicia Administrativa, nº 41, Lex Nova, Valladolid 2008, pp. 145 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 49, Lex Nova, Valladolid 2010, pp. 103 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RDA, Justicia Administrativa, nº 50, Lex Nova, Valladolid 2010, pp. 123 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 52, Lex Nova, Valladolid 2011, pp. 113 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 53, Lex Nova, Valladolid 2011, pp. 127 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 54, Lex Nova, Valladolid 2011, pp. 89 y ss.

- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 55, Lex Nova, Valladolid 2012, pp. 123 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 56, Lex Nova, Valladolid 2012, pp. 101 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 57, Lex Nova, Valladolid 2012, pp. 133 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 58, Lex Nova, Valladolid 2012, pp. 85 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 59, Lex Nova, Valladolid 2013, pp. 121 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 60, Lex Nova, Valladolid 2013, pp. 109 y ss.
- A. DE MARCOS FERNÁNDEZ y S. DÍEZ SASTRE, Crónica “Fuentes del Derecho”, RJA, Justicia Administrativa, nº 61, Lex Nova, Valladolid 2013, pp. 107 y ss.
- A. GARRORENA MORALES, Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes. Tercera Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014. Madrid.
- A. HERNÁNDEZ GIL, Saber jurídico y lenguaje. Obras completas. Tomo 6. Espasa Calpe, Madrid, 1989.
- A. MELÓN MUÑOZ, A. et al.; Memento Práctico Administrativo, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2005/2006. Obra Colectiva.
- C. ALVARELLOS GALVE, Manual de Procedimiento administrativo, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1993.

- C. LASARTE ÁLVAREZ, Principios de Derecho civil. Tomo Primero. Parte General y Derecho de la persona. 5ª Edición, Trivium, Madrid, 1996.
- C. TOLOSA TRIBIÑO, y J. GARCÍA GIL, Procedimiento administrativo común y procedimientos especiales de las Entidades Locales, Doctrina, jurisprudencia, casos prácticos y formularios, Tercera Edición, DAPP publicaciones jurídicas, Pamplona, 2005.
- C. VIVER PI-SUNYER, Constitución. Conocimiento del ordenamiento Constitucional, Vicens Vives, Barcelona, 1982.
- E. A. PÉREZ LUÑO, La seguridad jurídica, Ariel Derecho, Barcelona, 1991.
- E. DIAZ, Estado de Derecho y sociedad democrática, Taurus Ediciones, Madrid, 1983.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T. R. FERNÁNDEZ, “Curso de Derecho administrativo I”, Octava edición, Civitas, Madrid, 1997.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Thomson, Civitas, Navarra, 2006.
- E. RUIZ VADILLO, Introducción al estudio teórico práctico del Derecho civil – 14º edición. Ochoa, Logroño, 1984-1985. Magistrado del Tribunal Supremo – Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación – Profesor de Derecho Civil de la Universidad – Con la Colaboración de E. ZULUAGA ARTEGAGA, Prólogo de A. HERNÁNDEZ GIL, Catedrático de Derecho Civil.
- F. A. CASTILLO BLANCO, La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público. Especial referencia al abuso del Derecho, Primera Edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2008.
- F.A. HAYEK, Los fundamentos de la libertad, Séptima Edición, Unión Editorial, Madrid, 2006.
- F. FERNÁNDEZ SEGADO, El sistema constitucional español, Dykinson, Madrid, 1992.
- F. GARRIDO FALLA, et al., Comentarios a la Constitución, Segunda edición ampliada, Civitas, Madrid, 1985. Obra Colectiva.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

- F. LLISSET BORRELL y F. ROMERO HERNÁNDEZ, y J.A. LÓPEZ PELLICER, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Comentarios a la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, y su conexión con el Régimen Local. Segunda Edición, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid 2000.
- F. MUÑOZ CONDE, y M. GARCÍA ARÁN, Derecho Penal, Parte General, Tercera Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- G. BUENO, Panfleto contra la democracia realmente existente. Primera Edición, La Esfera de los Libros, Madrid, 2004.
- G. FASSÓ, Historia de la filosofía del Derecho, La Edad Moderna, Tercera Edición, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982.
- G. MARTÍNEZ-FRESNEDA, et al.; Los reverses del Derecho, Tusquets Editores, Barcelona, 1993. Obra Colectiva.
- G. ZAGREBELSKY, El Derecho dúctil, Ley, Derechos, justicia, Mínima Trotta, Madrid, 2011. Traducción M. GASCÓN.
- J.A. MORENO MOLINA; M. F. MASSÓ GARROTE, F. PLEITE GUAMILLAS, P. DOMINGUEZ ALONSO, Procedimiento y proceso administrativo práctico, Procedimiento general, Segunda Edición, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2012.
- J.A. MUÑOZ ARNAU, Los límites de los Derechos fundamentales en el Derecho constitucional español, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- J.A. PORTERO MOLINA, Constitución y jurisprudencia constitucional. Selección. Tercera Edición corregida y aumentada con nueva jurisprudencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- J.A. SANTAMARÍA PASTOR, et al.; Los principios jurídicos del Derecho administrativo, Primera Edición, La Ley, Madrid, 2010. Obra Colectiva.
- J.A. SANZ MORENO, El universo local, Nación y Estado, Constitución y Autonomías, Comares, Granada, 2005.
-

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS XURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE XURÍDICA.

- J. GONZÁLEZ PÉREZ, y F. GONZÁLEZ NAVARRO, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). TOMO I., Civitas, Madrid, 1997.
- J.L. MEZQUITA DEL CACHO, Seguridad jurídica y sistema cautelar. Teoría de la seguridad jurídica. Primera Edición, Bosch, Barcelona, 1989.
- J. L. VICENTE IGLESIAS, Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, Adaptado a Ley 34/2010, de 5 de agosto, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid. 2011
- J. M^a AYALA MUÑOZ, et al.; Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo, Tercera Edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004. Obra Colectiva.
- J.M. HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, et al, Ley del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003. Obra Colectiva.
- J. MARTÍN QUERALT, y C.LOZANO SERRANO, y F. POVEDA BLANCO, Derecho Tributario, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- J. MESEGUER YEBRA, La tipicidad de las infracciones en el procedimiento administrativo sancionador, Bosch, Barcelona, 2001.
- J. PONCE SOLÉ, et al.; Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial, Editorial Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y Marcial Pons, Madrid, 2010. Obra Colectiva.
- J. PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, Tomo Preliminar, Segunda Edición, Introducción al Derecho, Bosch, Barcelona, 1989.
- J. RALWLS, Teoría de la Justicia, Primera Edición en español, Fondo de Cultura Económica, México. 1979. Traducción de M.D. GONZÁLEZ
- J. RODRÍGUEZ-ARANA, J.; Interés general, Derecho administrativo y Estado del bienestar, Primera Edición, Portal Derecho, Madrid, 2012.

- J. RODRÍGUEZ- ARANA, Aproximación al Derecho administrativo constitucional, Jurídica Venezolana, Caracas, 2007. Cuadernos de la Cátedra ALLAN R. BREWER-CARIAS de Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés. N° 22.
- J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Reforma administrativa y nuevas políticas públicas, Diputación Provincial, Lugo, 2007.
- J. RODRÍGUEZ-ARANA, MUÑOZ, La dimensión ética de la función pública, Primera Edición, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Colección Monografías, Madrid, 2013.
- J. RODRÍGUEZ-ARANA, MUÑOZ, El Derecho a una buena Administración para los ciudadanos, Un modelo global de Administración, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y Netbiblo, S.L, La Coruña, 2013.
- J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Estudios sobre la Constitución, Primera Edición, La Ley, Madrid, 2002.
- J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, et al. Los principios en el Derecho administrativo iberoamericano, Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho administrativo, Junta de Castilla y León y Netbiblo, Valladolid y Salamanca, 2008. Obra Colectiva.
- J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Reflexiones sobre el poder público, Primera Edición, Tórculo Artes Gráficas, Santiago de Compostela, 2011.
- J.J. ROUSSEAU, Contrato social, Espasa Calpe, Madrid, 1992. Prólogo M. TUÑÓN DE LARA y Traducción de los F. RÍOS.
- L.A. DE DIEGO DÍEZ, Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador, Segunda Edición actualizada, Bosch, Barcelona, 2009.
- L. COSCULLUELA MONTANER, Manual de Derecho administrativo, Novena Edición, Civitas, Madrid 1998.
- L. DIEZ PICAZO y A. CULLÓN, Sistema de Derecho civil, Volumen I, Séptima edición, Tecnos, Madrid, 1989.

TESIS DOCTORAL: PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A SÚA PRESENZA NAS TÉCNICAS DE ELABORACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA AO PRINCIPIO DE SEGURIDADE JURÍDICA.

- L. FERRAJOLI, Poderes salvajes, La crisis de la democracia constitucional, Mínima Trotta, Madrid, 2011. Prólogo y Traducción de P.A. IBAÑEZ.
- L. PAREJO ALFONSO, et al.; Documentación Administrativa, La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, Tomo II. Nº 282-283: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2008/2009. Obra Colectiva.
- M. A. CASAS BAAMONDE, et al.; Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, Wolters Kluwer, Madrid, 2009. Obra Colectiva.
- M. CEBRIÁN ABELLÁN, El régimen local tras la reforma de la Ley de racionalización y sostenibilidad, La Ley, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014.
- M. C. HENRÍQUEZ SALIDO, y E. DE NO ALONSO-MISOL, Historia del léxico jurídico, Primera Edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2010. Prólogo de L. GIL SUÁREZ, Magistrado del Tribunal Supremo jubilado.
- M. J. DOMINGO ZABALLOS, et al, Comentarios a la Ley básica de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, Thomson Aranzadi, Madrid, 2003. Obra Colectiva.
- M. REALE, Introducción al Derecho, Sexta Edición, Pirámide, Madrid, 1984.
- M. SEGURA ORTEGA, Teoría del Derecho, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.
- N. BOBBIO, Iusnaturalismo y positivismo jurídico, Trotta, Italia, 2011. Prólogo L. FERRAJOLI. Traducciones DÍAZ E, GARZÓN VALDÉS E, GREPPI A Y RUIZ MIGUEL A.
- OBRA COLECTIVA.; La Constitución Española y las Fuentes del Derecho. Volumen II. Dirección general de lo contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.
- P. GARCÍA MEXÍA, y J. RODRÍGUEZ-ARANA, La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia, Ceu Ediciones, Madrid, 2010.
- R. TRILLO TORRES, et al.; Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. El Derecho, Madrid, 2010. Obra Colectiva.

- S.M. MARTÍN VALDIVIA, Urbanismo y Especulación, Los patrimonios públicos del suelo, Montecorvo, Madrid, 1998. Primer Premio Leandro Alegría de Urbanismo 1997.
- S. MUÑOZ MACHADO, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, Primera Edición, Aranzadi, Madrid, 2004.
- S. MUÑOZ MACHADO, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General II, El ordenamiento Jurídico, Primera Edición, Iustel Portal Derecho, Madrid, 2006.
- TOMÁS MORO FUNDACIÓN. Et al. Diccionario Jurídico, Espasa Calpe, Madrid, 2001. Obra Colectiva.
- V. GARRIDO MAYOL, Las garantías del procedimiento relegislativo: Elaboración y aprobación de los proyectos de Ley, Tirant Lo Blanch, Valencia. Monografías 742.
- X. A. SARMIENTO MÉNDEZ, Dereito Parlamentario de Galicia, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 2001.

CAPITULO VII: ANEXOS.-

CAPÍTULO VII.- ANEXOS

- Se entrega como material complementario en formato electrónico, CD.
Copia fidedigna de la Tesis Doctoral.

CAPITULO VIII: ÍNDICE GENERAL.-

CAPÍTULO VIII.-INDICE GENERAL.-

<u>INDICE GENERAL</u>	<u>PÁGINAS</u>
ACREDITACIÓN DEL DIRECTOR	I
DEDICATORIA	II
RESUMEN	III
PREFACIO O PRÓLOGO	IV
ÍNDICE	
LISTADO DE ABREVIATURAS	1
CUERPO DE LA TESIS	4
CONCLUSIONES	403
BIBLIOGRAFIA	419
ANEXOS	428
INDICE GENERAL	430