

Santiago Muñoz Machado

TRATADO DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
Y DERECHO PÚBLICO GENERAL

TOMO IV
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA



Boletín Oficial del Estado

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Y
DERECHO PÚBLICO GENERAL

IV
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

**TRATADO
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Y DERECHO PÚBLICO
GENERAL**

IV
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Cuarta edición: octubre de 2015
Primera edición con esta estructura y formato



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© Santiago Muñoz Machado

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición

<http://cpage.mpr.gob.es>

NIPO (encuadernación en cartonné): 007-15-105-0

NIPO (encuadernación en rústica): 007-15-104-5

ISBN (Tomo IV): 978-84-340-2219-5

ISBN (obra completa): 978-84-340-2215-7

Depósito Legal: M-24706-2015

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE GENERAL

I. Significado y constitucionalización del concepto de ordenamiento jurídico	11
1. <i>La idea de ordenamiento en la Constitución</i>	11
2. <i>La defectuosa regulación constitucional de la pluralidad de fuentes</i>	18
3. <i>La ordenación constitucional de la dinámica del sistema normativo: aspectos generales</i>	31
4. <i>Las patologías del sistema normativo escrito y el problema del conocimiento del Derecho vigente</i>	37
A) <i>La crisis del ideal codificador.</i>	37
B) <i>Situación y correcciones de un sistema normativo caótico.</i>	45
C) <i>Los fundamentos constitucionales de la exigencia de certeza, claridad y predecibilidad de las normas escritas . . .</i>	51
5. <i>La posición de los principios generales del Derecho</i>	56
A) <i>La significación actual de los principios en el ordenamiento jurídico.</i>	56
B) <i>La fijación o determinación de los principios generales. . .</i>	60
C) <i>La cuestión del rango de los principios generales . . .</i>	72
6. <i>Costumbres, prácticas y usos con relevancia normativa . . .</i>	74
A) <i>Revisión crítica de la dogmática de la costumbre en el Derecho Público</i>	74
B) <i>Excurso sobre las prácticas, usos y precedentes con valor normativo de los órganos del Estado.</i>	84
C) <i>Legalización de las costumbres y costumbres independientes.</i>	92
D) <i>Las nuevas formas de creación social del Derecho: usos y prácticas normativas de origen privado y relevancia administrativa.</i>	98
7. <i>La jurisprudencia</i>	103
A) <i>El antiguo debate sobre la jurisprudencia como fuente . . .</i>	103
B) <i>La posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes .</i>	111

C)	La ordenación de la jurisprudencia: la vinculación de los Tribunales	116
II.	Vigencia, validez y eficacia de las normas	121
1.	<i>La significación jurídica de los conceptos</i>	121
2.	<i>El inicio de la vigencia: la publicación de las normas</i>	129
A)	Los precedentes y los problemas de la consagración constitucional de la garantía de publicidad de las normas escritas	129
B)	Naturaleza, requisitos y efectos de la publicación	136
3.	<i>Aplicabilidad, normas programáticas y eficacia directa</i>	142
4.	<i>El ciclo de la vigencia y las proyecciones de la eficacia</i>	148
A)	Suspensión, anulación y eficacia prospectiva	148
B)	Derogación, ultraactividad y reviviscencia.	156
a)	Técnica, clases y justificación constitucional de la derogación	156
b)	La ultraactividad ordinaria de las normas derogadas y la excepcional reviviscencia	164
5.	<i>Retroactividad e irretroactividad</i>	168
A)	Políticas legislativas y relevancia constitucional de la irretroactividad	168
B)	La significación del concepto de retroactividad	175
C)	Los límites constitucionales a la retroactividad de las normas: el papel del principio de confianza	181
D)	Retroactividad y responsabilidad	191
6.	<i>La aplicación territorial de las normas</i>	196
A)	De la delimitación del territorio en general	196
B)	La posible extraterritorialidad de algunas regulaciones de entidades infraestatales	201
7.	<i>El principio de buena fe como criterio básico para la aplicación de las normas</i>	205
III.	La ordenación de las relaciones internormativas	212
1.	<i>El principio de jerarquía</i>	212
A)	La formación del principio	212
B)	Régimen jurídico y aplicaciones de la jerarquía	218
2.	<i>El principio de competencia</i>	225
A)	La competencia como clave de bóveda de los ordenamientos complejos.	225

B)	Relevancia constitucional del principio y técnicas para hacerlo efectivo	228
C)	La dinámica de las competencias legislativas y sus efectos de desplazamiento e invalidación de normas en conflicto	233
D)	La exclusividad y la técnica de las reservas normativas.	240
E)	La compartición, la concurrencia y el principio de subsidiariedad como criterio relativo al ejercicio de las competencias.	249
3.	<i>El principio de prevalencia.</i>	254
A)	Precedentes y transformaciones del principio. Su significación.	254
B)	Ámbito y efectos del principio de prevalencia	260
C)	Regímenes singulares del principio de primacía: la concreción legislativa del reparto de competencias y sus garantías en los sistemas de justicia constitucional difusa	266
4.	<i>El principio de supletoriedad</i>	270
A)	Las propuestas fundamentales de interpretación del artículo 149.3 CE	270
B)	La jurisprudencia constitucional: consideraciones sobre las críticas doctrinales	274
C)	Las funciones y aplicaciones de la cláusula de supletoriedad.	282
	Bibliografía	287
	Índice analítico y onomástico	309

I. SIGNIFICADO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. LA IDEA DE ORDENAMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN

El concepto de ordenamiento jurídico, empleado de forma tan profusa como polisémica por la legislación ordinaria, se utiliza seis veces de modo directo en la Constitución de 1978. En otras ocasiones emplea unas expresiones de contenido probablemente parangonable, como Derecho o legalidad.

La cita de estos preceptos es muy útil para aproximarse al concepto de ordenamiento jurídico, según la Constitución:

— El artículo 1.1 establece que «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».

La doctrina ha escrito y debatido bastante sobre qué significación jurídica cabe atribuir a dichos valores, sobre todo por relación a los «principios», que también la Constitución consagra. Probablemente, como expondremos con más detención al estudiar las características normativas de la Constitución, la distinción teórica pueda establecerse remarcando el carácter básico, axiológico y estructurante de los valores por relación a la función instrumental de los principios, que son normas que prescriben que algo sea alcanzado en la mayor medida posible (son «mandatos de optimización» en la terminología de R. ALEXY). Pero, siguiendo la jurisprudencia constitucional, puede comprobarse que «valores» y «principios» son conceptos que se manejan sin demasiada precisión y aceptando su intercambiabilidad (SSTC 21 y 27/1981, 63/1982, 122/1983, 18/1984, 83/1984, etc.).

Para aproximarse a la noción constitucional de «ordenamiento jurídico», la alusión a los «valores superiores», en el artículo 1.1 antes transcrito, es capital, porque expresa abiertamente que el universo de las normas no está formado solamente por reglas escritas, sino tam-

1.
Referencias en la CE al concepto.

2.
Valores del ordenamiento.

3.
Valores y principios.

4.
No solo reglas escritas.

bién por otras proposiciones con enunciados diferentes y con una función distinta dentro del sistema jurídico. O, dicho con mayor claridad, que el ordenamiento 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.

5.

La Constitución es parte del ordenamiento.

— Cuando el artículo 8.1 CE precisa que «Las Fuerzas Armadas», tienen, entre otras misiones constitucionales, la de «defender... el ordenamiento constitucional», está, sin ninguna duda, jerarquizando las normas que forman parte del ordenamiento general y dando preeminencia, entre ellas, a las incluidas en la Constitución. La misma distinción jerarquizada entre «la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico», se deriva de la prescripción del artículo 9.1 CE. Aunque este importante precepto, en cuyo análisis no nos detendremos ahora, también expresa otras ideas cruciales, como la del carácter normativo y vinculante de la Constitución misma.

6.

La más principal.

El artículo 86.1 contiene otra alusión al ordenamiento jurídico que también es reflejo de la posición jurídica especial que, aun dentro de la norma constitucional, tiene alguna de sus regulaciones. No es que se establezca una jerarquía de normas incluso entre las que forman parte de la Constitución, sino que se reserva la regulación de algunas instituciones a normas aprobadas *ad solemnitatem* siguiendo procedimientos tasados. De aquí que los Decretos-leyes que puedan ser aprobados por el Gobierno no puedan «afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado».

7.

El ordenamiento de las instituciones.

— Los otros dos preceptos que restan, en los que la Constitución utiliza directamente la noción de «ordenamiento jurídico» son los artículos 96.1 y 147.1. Los dos son también muy relevantes para conocer la estructura del ordenamiento jurídico porque expresan como junto al ordenamiento principal del Estado, y vinculados a él de diferente forma, existen otros ordenamientos: uno internacional o supranacional, cuyas normas se formulan con separación, pero que, cumplidos determinados requisitos «formarán parte del ordenamiento interno» (artículo 96.1). Y otros infraestatales, derivados de la Constitución, cuya norma principal son los Estatutos de autonomía que, sin perjuicio de ser las normas fundantes del ordenamiento autonómico, también el Estado los reconoce y ampara «como parte integrante de su ordenamiento jurídico» (artículo 147.1).

8.

Pluralidad de ordenamientos.

En fin una de las ocasiones en que la Constitución no usa la expresión «ordenamiento jurídico», pero emplea otra a la que cabe recono-

cer una significación parecida, es en el artículo 103.1 que impone que la Administración actúe «con sometimiento pleno a la ley y *al Derecho*». Derecho aquí, como resulta evidentemente de la propia formulación del precepto, es una referencia a un complejo normativo que trasciende y se diferencia del que resultaría de la mera suma de leyes u otras normas escritas.

También el concepto constitucional de «legalidad» (*v.gr.*, artículo 9.3) no alude a la simple agrupación de leyes. La legalidad, tal y como la Constitución la concibe, está formada por las propias normas de esta (la constitucionalización de la legalidad, llamamos a este fenómeno), por los valores y principios que forman parte del sistema jurídico, por las reglas de toda clase que lo integran y, en fin, por las que la jurisprudencia fija o crea al aplicar la legalidad a situaciones concretas.

En la legislación ordinaria, además de la repetición de expresiones semejantes a la del artículo 103.1 CE citado, utilizándose la noción «Derecho» como esencialmente equivalente a la de «ordenamiento jurídico» (artículo 2.1 LOFAGE), dos leyes administrativas sobresalen sobre todas por el acertado manejo del concepto: la LRJAP de 26 de noviembre de 1992 y la LJCA de 13 de julio de 1998. En las dos, el ordenamiento jurídico es un parámetro obligado para determinar la validez de los actos administrativos (artículo 63.1 LRJAP: «Son anulables los actos de las Administraciones Públicas que incurran en cualquier *infracción del ordenamiento jurídico*, incluso la desviación de poder»). Artículo 70.2 LJCA: «La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier *infracción del ordenamiento jurídico*, incluso la desviación de poder»).

Entre todas las leyes administrativas que usan el concepto de ordenamiento jurídico, sin duda la LJCA ha sido la más expresiva e innovadora. Ya hizo alusión al mismo el texto de dicha ley aprobado el 26 de diciembre de 1956 que, además de incorporarlo a su articulado, explicaba su sentido en la Exposición de Motivos en términos que merecen ser recordados: utilizar —decía— únicamente lo establecido en las leyes para medir la validez de los actos o disposiciones administrativas, «equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe en las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones».

Además de estos casos de empleo de la noción de ordenamiento jurídico, en la legislación ordinaria pueden encontrarse docenas de

9.
Equivalencia
con «Derecho».

10.
Paragón
con «legalidad».

11.
Referencias
a los conceptos
en la legislación
ordinaria.

12.
La infracción
del ordenamiento
jurídico.

13.
El concepto
de ordenamiento
en la LJCA.

14.*Equivalencia con grupo normativo.*

ellos. Normalmente con muchísima menos precisión que en los supuestos citados. Algunas veces el concepto que nos ocupa no parece significar otra cosa que el conjunto de las normas que regulan una determinada materia (v.gr. Preámbulo y artículos 49 y 118 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social); a su vez estos conjuntos de normas, cuando regulan una determinada institución fijando su organización y régimen jurídicos, constituyen el «ordenamiento jurídico» de la misma (Preámbulo de la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003). El ordenamiento se concibe fragmentado, según la naturaleza, pública o privada de las normas que lo integran, de modo que algunas leyes manejan el concepto de «ordenamiento jurídico privado» (artículo 85 ter, de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local; artículo 2.1 de la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado). También se acoge una denominación específica para un ordenamiento supranacional, el europeo, al que se denomina «ordenamiento jurídico europeo» (Ley Orgánica 16/2003, de 28 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General), etc.

15.*Público y privado.*

Con un sentido más acomodado a la noción de ordenamiento como un complejo de reglas escritas, principios y valores, aludiendo incluso a la interpretación establecida jurisprudencialmente para el conjunto, artículo 418.4 de la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Y en los mismos términos técnicos de la LRJAP, ya citada, la Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003, en la que el concepto ordenamiento jurídico se emplea reiteradamente con la significación general expresada [apartado VII del Preámbulo y artículos 30.2, 34.1.d), 44, 217.1.f), 218.1, 219.1].

16.*El concepto en otras leyes.*

Es destacable que frente al manejo habitual de la expresión «ordenamiento jurídico» como alusiva al conjunto de normas existentes o aplicables a un determinado sector, la jurisprudencia, sobre todo la del Tribunal Constitucional, que también utiliza profusamente la idea de ordenamiento jurídico, pone especialmente énfasis en destacar la importancia de las «pautas axiológicas que inspiran nuestro ordenamiento jurídico», las «pautas valorativas» que lo informan, el seguimiento de los valores que lo integran, la interpretación conforme a la Constitución de «todo el ordenamiento jurídico»; los principios procesales de «tradicional arraigo»; la «utilización de pautas interpretativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional vigente», etcétera (*vid.* estas expresiones en SSTC 229/2003, de 18 de diciem-

17.*Ordenamiento en la jurisprudencia del TC.*

bre; 220/2003, de 15 de diciembre; 202/2003, de 17 de noviembre; 166/2003, de 29 de septiembre; 157/2003, de 15 de septiembre, y 129/2003, de 30 de junio, entre otras muchas que aparecen citadas en estas mismas Sentencias).

Dejando al margen los supuestos en los que la legislación alude al ordenamiento jurídico sin darle una significación técnica específica, la Constitución y las principales normas que emplean el concepto, le atribuyen dos rasgos principales:

El primero, que aparece destacado con más fuerza, es el de agrupar todas las normas que rigen en un determinado momento una institución u organización política o social. De dicho conjunto normativo forman parte las reglas escritas, contenidas en la Constitución, las leyes y los reglamentos, y también los principios, los valores, las costumbres existentes e incluso la jurisprudencia que contribuye a integrar e interpretar el conjunto.

Desde esta perspectiva el ordenamiento se concibe de forma estática. Interesa al concepto reflejar una determinada estructura del Derecho vigente, que no es solo escrito, sino completado por principios y prácticas que informan toda la legislación.

En este sentido se usa inequívocamente el concepto de ordenamiento en los artículos 1.1 y 9.1 de la Constitución, o en los artículos 63 LRJAP y 70.2 LJCA.

La segunda presentación del ordenamiento en los textos examinados pone énfasis en su condición ordenada y sistemática. Este rasgo, que es aún más principal que el anteriormente citado para definir el ordenamiento jurídico, aparece, sin embargo, bastante difuminado en la mayor parte de los textos. Y, sin embargo, es esencial, porque la expresión ordenamiento está emparentada, sobre todo, con la idea de orden. Es el orden de las normas lo que se pretende destacar al usarla. Algunos idiomas, no tienen otra palabra que la de orden (y ninguna equivalente a ordenamiento, como en español e italiano) para explicar la idea: es «ordre juridique» en francés, «legal order» en inglés, «rechtsordnung» en alemán.

Desde este punto de vista el ordenamiento se presenta también como un conjunto de reglas escritas, de principios, valores, costumbres y prácticas e interpretaciones asentadas, pero interconectadas y en continuo movimiento y transformación. Su estructura es compleja, pero ordenada en un sistema que permite la superposición, el cruce y

18.
Rasgos.

19.
Agrupación de normas.

20.
Concepciones estáticas.

21.
Agrupación ordenada y sistemática.

22.
Idea de orden.

la desaparición de reglas y principios conforme a criterios perfectamente medidos, ciertos y previsibles.

23.

Idea del sistema.

Algunas alusiones al ordenamiento en la Constitución iluminan su configuración como sistema ordenado de normas. Así cuando los preceptos constitucionales muestran que la unidad global del ordenamiento del Estado no es obstáculo para el reconocimiento de un ordenamiento supraestatal (artículo 96.1) o de ordenamientos secundarios o autónomos (artículo 147.1). Estas alusiones permiten comprender que la Constitución reconoce la existencia de diferentes planos de normas jurídicas, aceptando la convivencia de subsistemas normativos dentro del sistema general. Además, también se vislumbra en estas alusiones la posición superior de la Constitución, lo que implica reconocer su condición de norma jurídica y, además, de norma superior, a la que todas las demás se subordinan.

24.

Posiciones doctrinales.

Las exposiciones doctrinales más influyentes acerca de la significación del ordenamiento jurídico han pretendido explicar, sobre todo, la mecánica de que se sirve, como sistema que es, para asegurar la convivencia y la sucesión ordenada de normas.

25.

Doctrina kelseniana.

La primera es la de H. KELSEN, sin duda. La unidad del ordenamiento está concebida en su obra ateniéndose a una lógica consecucional implacable. El ordenamiento es un *ordo normarum* que pertenece al mundo del *sollen* (deber ser), y que es, naturalmente, distinto del *ordo rerum*, que se atiene a la realidad de las cosas y refleja el mundo del *sein* (del ser). El ordenamiento, en la concepción kelseniana, se enuncia *more geométrico* (V. FROSINI): «es una estructura jurídica compuesta por varios planos de normas jurídicas. Su unidad es producto del nexo resultante del hecho de que la validez de una norma, producida conforme a otra norma, reposa en esta última, cuya producción, a su vez, es determinante de otras; un procedimiento consecutivo que termina en la norma fundamental presupuesta».

En las brillantes páginas de su *Reine Rechtslehre*, KELSEN explica este orden implacable de las normas de modo exacto:

26.

Teoría general de KELSEN.

«Como se indicó, la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma superior tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse de una norma

superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*). Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un sistema normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y al mismo orden... Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden.»

En definitiva, toda norma, comenzando por las concretas e individuales, como la sentencia judicial, reenvía a otra superior que la legitima. Escalando por este mismo sistema de normas, habilitantes unas de las otras, se termina en la *Grundnorm*, que marca el vértice del sistema. Representa el hipotético fundamento de todo el ordenamiento. Es hipotético porque tiene que partir de la aceptación teórica de que por encima de ella no puede haber ninguna otra norma que la justifique o habilite, ya que en tal caso, perdería su condición de norma principal y fundante.

En contraste con la concepción kelseniana del ordenamiento, S. ROMANO ofreció otra visión del mismo en su obra *L'ordinamento giuridico*, publicado en Florencia en 1918. Frente a la idea del sistema jurídico como un orden de las normas, ROMANO propone que el ordenamiento es una realidad mucho más compleja y rica. Aun partiendo de la misma preocupación por asegurar la unidad, niega que el Derecho pueda ser concebido como una maquinaria engranada exclusivamente por normas. El Derecho está estrechamente vinculado a la sociedad. Toda forma de organización social tiene su Derecho. Puede haber una sociedad sin normas, pero no sin Derecho.

Así como KELSEN hace depender la validez de las normas de su pertenencia al ordenamiento, ROMANO también justifica la unidad y el carácter jurídico de las normas en la pertenencia a la institución de la que son elementos. La unidad del ordenamiento queda asegurada por su estructura organizativa, por el impulso que recibe en el proceso de formación social. No es ninguna consecuencia obtenida en virtud de un proceso de abstracción, sino un hecho, presente y operante en la conciencia social. Una idea esta que el propio ROMANO ilustra con el símbolo del árbol: la organización social, que es el criterio alrededor del cual se ordena el Derecho, es igual de esencial que el tronco de los árboles, a partir del cual se generan y ordenan las hojas.

27.

*Escala de normas
habilitantes.*

28.

*Teoría de Santi
ROMANO.*

29.

*Comparación entre
KELSEN y ROMANO.*

Las dos concepciones doctrinales del ordenamiento jurídico que acaban de recordarse concluyen también en caracterizarlo con las notas de la complejidad o pluralidad de las normas que lo integran y la unidad sustancial del conjunto, que tiene que constituirse como un sistema ordenado.

Esos mismos rasgos son los que, según hemos visto, sirven para caracterizar el concepto de ordenamiento jurídico en la Constitución. Sin embargo, por sí mismos, dicen poco de su estructura y dinámica. Los preceptos constitucionales antes transcritos no dan demasiadas pistas sobre la estructura completa del ordenamiento, más allá de evidenciar que no se trata de un simple compendio de normas escritas. Y, sobre todo, lo explicado hasta ahora apenas es útil para comprender cómo se consigue el orden en el marco de un complejo normativo en continuo movimiento, es decir, para mostrar cuáles son, en concreto, las técnicas jurídicas que sirven para reconducir el conjunto a la unidad.

2. LA DEFECTUOSA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PLURALIDAD DE FUENTES

La regulación de las fuentes del ordenamiento jurídico ha estado establecida tradicionalmente en el Título Preliminar del Código Civil.

Hasta la reforma de 1974, la noción, como ha subrayado L. DIEZ-PICAZO, tenía una significación más escolar y teórica que normativa. Las fuentes se encontraban citadas, más bien de una forma indirecta, en el artículo 6. Establecía este precepto que incurre en responsabilidad el juez que rehúse fallar a pretexto de oscuridad, silencio o insuficiencia de la ley, añadiendo que cuando faltase una ley exactamente aplicable al caso, debería aplicarse la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho.

El enunciado actual del artículo 1.1 del Código Civil no es diferente en cuanto a los términos en que concibe las fuentes del ordenamiento; el problema, después de aprobada la Constitución de 1978, es la radical inidoneidad del Código Civil para regular eficazmente las fuentes de producción normativa y las relaciones entre ellas. Como bien se comprende, lo que el Código Civil pueda establecer respecto de la relación ley-reglamento, o de la relación ley-costumbre, o de la tipología de leyes que puede aprobar el legislador, podría quedar absolutamente volatilizado por una decisión de cualquier ley ulterior, que tiene el mismo rango que el Código para decidir sobre su papel en el marco del ordenamiento jurídico general. Lo mismo puede decirse de la tipología general de las normas.

30.

La sede del CC.

31.

Formulación indirecta en el primitivo artículo 6 del CC.

32.

La configuración de las fuentes en el vigente CC.

Es en la Constitución, por tanto, donde deben encontrarse las reglas sobre producción normativa. En esto la posición de la doctrina kelseniana es, en nuestro criterio, absolutamente indiscutible. Al menos en cuanto que solo la Constitución, como norma superior, puede definir de modo estable los tipos de fuentes que integran el ordenamiento jurídico, las relaciones entre ellas y las consecuencias jurídicas de la vulneración de los principios que disciplinan dichas relaciones. Aunque la Constitución haya mantenido la tradición de atribuir a la legislación civil la fijación de las reglas «relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas», así como las «normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho», esta remisión, contenida en el artículo 149.1.8.^a, está hecha a los solos efectos de asegurar la competencia exclusiva del Estado respecto de las materias indicadas, negando cualquier atribución al respecto a las Comunidades Autónomas (aunque salvando los derechos civiles, forales o especiales existentes en algunas Comunidades Autónomas), pero sin asignar por tal circunstancia a la ley civil superioridad alguna sobre las demás leyes ordinarias. No existe esta jerarquización entre leyes y, en todo caso, tampoco puede sostenerse la intangibilidad de la regulación contenida en el Código Civil justificándola en que la Constitución ha atribuido a dicho Código, precisamente, la regulación de las fuentes del ordenamiento. No es así, con toda evidencia. La atribución en cuestión está hecha al legislador estatal, que puede ejercerla a través de cualquier clase de ley que, todo lo más, habrá que considerar de naturaleza civil en cuanto que penetre en la regulación jurídica de las fuentes.

La Constitución, desde su posición de supremacía, material y formal, asume la regulación de la producción normativa y la ordenación básica del sistema de fuentes. Naturalmente, desde muchos decenios antes de la aprobación de la Constitución vigente, la Ciencia del Derecho conoce muchas técnicas y aforismos que se han utilizado por la doctrina y la jurisprudencia tradicionalmente, o incluso se han positivizado en normas, como el Código Civil, que han sido utilizadas para determinar el valor relativo de las fuentes y resolver los conflictos que se generan cuando los contenidos de dos o más normas colisionan entre sí.

Desde luego, en cuanto se hayan incorporado a la jurisprudencia, dichas reglas tendrán el valor que a la propia jurisprudencia se reconozca en cada sistema jurídico. En el nuestro, la del Tribunal Constitucional, como veremos más adelante, tiene un indudable carácter creativo y vincula a todos los demás órdenes jurisdiccionales (artículo 5 LOPJ). La de los tribunales ordinarios, también es una incontestable

33.

Limitado valor del CC. La Constitución es la que debe establecer las reglas sobre producción jurídica.

34.

La significación del artículo 149.1.8.^a La remisión a ley del Estado.

35.

La ley civil no es superior a otras.

36.

La Constitución establece los criterios esenciales.

37.

Práctica doctrinal, principios jurisprudenciales. Su valor.

fuente de creación de normas, inclusive relativas a la resolución de conflictos entre ellas. Pero, tanto una como otra clase de jurisprudencia, no puede resistirse a las determinaciones del legislador, que puede sustituirla y cambiarla por otras reglas, sin más límite que acomodarse a los principios de la Constitución.

38.
*Reglas
constitucionales
sobre producción
de normas.*

Es notorio, de todas formas, que la única regulación estable de la producción normativa y la dinámica del sistema está en la Constitución misma. En ella encontramos: A) normas relativas a la estructura del ordenamiento general y de los subsistemas normativos u ordenamientos secundarios; B) una regulación básica de la tipología de las normas escritas, principalmente de las que tienen rango de ley; C) un conjunto de principios que han de utilizarse para organizar las relaciones entre normas escritas.

Nos referimos ahora a los dos primeros grupos de reglas y analizaremos separadamente el tercero en un apartado ulterior.

39.
*El ordenamiento
es una unidad
que abarca todas
las normas.*

A) De las referencias constitucionales al ordenamiento jurídico, ya hemos dicho que puede deducirse la idea de que aquel se concibe como una unidad que abarca la totalidad de las normas que pueden utilizarse para regular o resolver cualquier relación o situación. La parte fundamental de dicho compendio lo forman las reglas y los principios. La mayor parte de estos últimos están contenidos en la propia Constitución o pueden ser derivados de otras normas contenidas en la misma. A esta concepción global del ordenamiento se refieren, por ejemplo, el artículo 9.1, cuando indica que los ciudadanos y los poderes públicos «están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», o el artículo 103.1 cuando establece que la Administración actúa «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Este último concepto de Derecho parece de todo punto idéntico, en dicha utilización concreta, al de ordenamiento jurídico que emplean otros preceptos.

40.
*La Constitución,
norma fundante.*

En el ordenamiento jurídico general, la norma fundante y básica es la Constitución. No hay ninguna regla anterior o externa a la misma que pueda oponérsele, y todas las demás que forman parte del ordenamiento jurídico dependen para su validez de que respeten las reglas establecidas en la Constitución.

41.
*Ordenamiento
principal y
subsistemas
normativos.*

Dicho ordenamiento jurídico general comprende también otros ordenamientos secundarios, o subsistemas normativos, algunos de los cuales originados con arreglo a pautas de producción normativa y de legitimación externas a la Constitución y no dependientes de la misma por lo que concierne a su validez, y otros estrictamente subordinados, nacidos a partir de normas elaboradas conforme a procedimientos

establecidos en la Constitución y dependientes, respecto de su validez, de su adaptación a las normas contenidas en aquella.

El principal ordenamiento externo a la Constitución es, desde luego, el internacional. Sus normas fundamentales son los tratados y convenios internacionales, pero también las costumbres y las prácticas arraigadas en las relaciones internacionales entre Estados soberanos. Para que el Estado pueda obligarse por medio de tratados o convenios, se requiere la previa autorización de las Cortes Generales cuando aquellos se refieren a alguna de las materias que menciona el artículo 94 CE, o tienen un contenido modificador de las leyes internas. Cuando los tratados contienen estipulaciones contrarias a la Constitución no pueden celebrarse sin una modificación previa de la misma (artículo 95.1 CE). Pero, finalmente, cuando se celebran válidamente, pasan a formar parte del ordenamiento interno una vez publicados oficialmente en España. A partir de entonces sus disposiciones solo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las reglas generales del Derecho Internacional.

En todo caso, los tratados y convenios internacionales son formados siguiendo procedimientos regulados en el Derecho internacional (Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1964), y su validez depende del respeto de normas integradas en el Derecho internacional que, a estos efectos, constituye un ordenamiento externo e independiente del ordenamiento estatal.

Aunque, ciertamente, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 acepta que los recursos de inconstitucionalidad puedan tener por objeto los tratados internacionales [artículo 27.2.c)] parece claro, como estudiaremos con detenimiento más adelante, que la declaración de inconstitucionalidad podrá referirse a la compatibilidad con la Constitución de la ley que autorice la celebración del tratado, por haberlo hecho sin la previa adaptación del propio texto constitucional. Pero no podrá el Tribunal Constitucional declarar la invalidez del tratado, porque la Constitución misma no puede servir de parámetro para determinarla. La validez de las normas internacionales no depende, en efecto, de su adecuación a normas superiores del ordenamiento interno, sino de la estricta observancia de los principios de Derecho Internacional. Dicho de otra manera, no existe una subordinación a la Constitución de las normas internacionales, aunque sí de las normas estatales que hacen factible su incorporación al ordenamiento interno.

42.

Ordenamiento externo.

43.

Conexión a través de los tratados.

44.

Las reglas sobre formación y validez de los tratados son externas.

45.

Declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes que autorizan tratados.

46.

El ordenamiento internacional es incompleto.

El Derecho internacional es, no obstante, un ordenamiento esencialmente incompleto. Entre otras razones menos fundamentales, porque precisa ser complementado por las normas internas para hacer posible su aplicabilidad en el territorio del Estado. Sin este complemento, son válidas pero inaplicables. Ineficaces también para crear o modificar situaciones o relaciones jurídicas de cualquier género.

47.

Ordenamiento europeo es externo.

Otro ordenamiento externo al del Estado, creado también siguiendo las mismas pautas establecidas para los tratados y convenios internacionales, es el Derecho comunitario europeo. La incorporación al ordenamiento interno del Derecho comunitario se produce, en principio, siguiendo las mismas fórmulas técnico-jurídicas que acaban de examinarse. Esto es, las Cortes Generales pueden autorizar, en este caso mediante ley orgánica, la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (artículo 93). El ordenamiento comunitario europeo se parece al internacional general en un aspecto esencial: sus normas fundacionales, los denominados tratados constitutivos o Derecho originario, se forman siguiendo los procedimientos establecidos en el Derecho internacional; igualmente, la validez de sus normas no tiene más parámetro de referencia que las disposiciones superiores de su propio ordenamiento, que son externas e independientes de las del Estado. Tal y como hemos dicho para el Derecho internacional en general, las normas de Derecho comunitario que contradigan otras de Derecho interno, incluida la Constitución, no son inválidas. Pero, junto a estos signos de identidad con el Derecho internacional general, el ordenamiento comunitario se diferencia de él en un punto esencial: es un ordenamiento completo, cuya eficacia en el ordenamiento interno de los Estados procede de la propia fuerza de las normas que integran aquel. Es decir, que, a este respecto, no es un ordenamiento incompleto. La eficacia de sus normas no depende de que otras de carácter interno hayan determinado su aplicabilidad, sino que resulta directamente de ellas mismas. Una vez que se han celebrado los tratados a que se refiere el artículo 93, tanto sus normas, como cualesquiera otras de carácter derivado, aprobadas como complemento o desarrollo de aquellos, gozan de eficacia directa siempre que los propios tratados así lo prevean expresamente o pueda deducirse de su contenido y finalidad. El Tribunal de Justicia comunitario contribuyó decisivamente a la implantación de ese principio desde la Sentencia *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, seguida y precisada luego por una jurisprudencia muy firme (Sentencias *Lüttike* de 16 de junio de 1966; *Reynes*, de 21 de junio de 1974; *Salgoit*, de 19 de diciembre de 1968; *Walrave*, de 12 de diciembre de 1974, etc.).

48.

El artículo 93 CE.

49.

La normas europeas se rigen por normas de su ordenamiento propio.

50.

Diferencia del ordenamiento europeo con otros externos: eficacia directa.

En cuanto a los subsistemas normativos u ordenamientos secundarios contemplados directamente por la Constitución, el más importante de todos es, indudablemente, el de las Comunidades Autónomas. La articulación técnica de este ordenamiento subordinado con el del Estado está expresada con suma precisión en el artículo 147.1 CE. Establece dicho precepto que «dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico». Es claro que la norma de cabecera del ordenamiento autonómico es el Estatuto de Autonomía. A partir de ella pueden aprobarse normas de diferente rango que lo completen hasta los límites que resultan del reparto constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que, naturalmente, solo permiten la producción normativa autonómica en determinados ámbitos, acotados con mayor o menor precisión. Todas estas normas tienen una posición subordinada en relación al Estatuto. A su vez el Estatuto hunde su propia raíz en la Constitución, que propicia su aprobación como norma y ampara su observancia. Dada esta circunstancia, la Constitución cumple la doble función de ser la norma principal del ordenamiento general del Estado y también la norma de referencia última del ordenamiento autonómico.

Las circunstancias descritas permiten la articulación de las normas que integran el ordenamiento principal y los subsistemas normativos autonómicos, considerando que la totalidad de las que integran uno u otro están sometidas a la Constitución y dependen, para su validez, de que no la contradigan. El principio de jerarquía ordena, por tanto, esta relación. Sin embargo, las normas que integran el ordenamiento principal y los ordenamientos secundarios no están organizadas en régimen de supra y subordinación, sino de separación. Cada una de las disposiciones que producen las instituciones legitimadas para hacerlo son válidas en la medida que se mantienen dentro del orden de competencias establecido en la Constitución y en los Estatutos. Su invalidez no depende, por tanto, de que respeten el contenido de otras normas infraconstitucionales, sino de que se mantengan dentro del ámbito acotado que corresponde a la competencia de la institución que la aprueba.

Más adelante veremos con detenimiento el funcionamiento y régimen de estos principios, y también que la articulación de las relaciones entre las normas integrantes del ordenamiento principal y los secundarios es complementada por la Constitución con otras reglas que operan para resolver conflictos, cuando no baste la apelación a las reglas

51.

Ordenamientos secundarios: régimen.

52.

Articulación técnica: el Estatuto, norma bicéfala.

53.

Función del principio de jerarquía.

54.

... y de competencia.

55.

Otras reglas.

de jerarquía y competencia, o para suplementar las insuficiencias de los ordenamientos secundarios.

56.

El ordenamiento local.

Las posibilidades constitucionales de que también el conjunto de normas que aprueban las corporaciones locales constituyan un subsistema normativo suficientemente sistemático y completo son, desde luego, mucho más reducidas que las que la propia Constitución habilita para el caso de las Comunidades Autónomas. Entre otras razones, concernientes a las diferencias constitucionales existentes entre la autonomía de las Comunidades Autónomas y la de los municipios (esta última consagrada en el artículo 140 CE), porque las corporaciones locales no cuentan con potestades legislativas en ninguna de las materias de su competencia, sino solo la posibilidad de dictar normas con valor reglamentario.

57.

Las características de las normas que integran el ordenamiento local.

Puede convenirse que la potestad reglamentaria local no se sitúa siempre, en relación con las leyes del Estado y las Comunidades Autónomas, en una posición de mero desarrollo o complemento, como es propio de los reglamentos ejecutivos. Los municipios, provincias e islas se organizan democráticamente, por determinación expresa de los artículos 140 y 141 de la Constitución. Son entidades representativas, autónomas, elegidas con la mediación de los partidos políticos, que actúan ateniéndose a reglas democráticas. Todas estas circunstancias determinan que las normas locales, aunque no sean formalmente leyes, puedan considerarse materialmente tales, en la medida en que permiten a aquellas entidades intervenir, sin la habilitación específica de una ley previa, en relación con asuntos que están parcialmente reservados a las leyes. No es lo mismo la reserva de ley entendida en relación con la organización burocrática de otras Administraciones Públicas, estatales o autonómicas, que carecen de todo carácter representativo, que su consideración en relación con las asambleas representativas locales, que cuentan con una legitimación directa obtenida de los ciudadanos a través de las urnas.

58.

Fuerza de las normas locales.

Esta peculiar posición constitucional de las entidades locales hace imprescindible aceptar ciertas intervenciones que afectan a las libertades públicas o a derechos constitucionales, sin que sea imprescindible una habilitación legal que determine estrictamente, de modo previo, su contenido. En este sentido no es lo mismo la regulación general de los derechos y libertades que, según el artículo 53.1 CE, reclama una ley formal, que las intervenciones administrativas con efectos sobre los derechos de los ciudadanos. Estas, en la medida en que conciernan a asuntos atribuidos por las leyes a la competencia de las entidades locales, pueden ser asumidas por las mismas, dentro del marco gene-

ral de las leyes que regulan su actividad o la materia específica sobre la que intervienen. Cuando lo hacen normativamente, la autonomía local que la Constitución consagra, les deja un espacio abierto más amplio habitualmente del que disponen las Administraciones Públicas cuando dictan reglamentos de mera ejecución de las leyes. Estas importantes matizaciones del alcance de la autonomía local han sido establecidas por el Tribunal Constitucional especialmente a partir de la Sentencia 132/2001, de 8 de junio, en la que se valora la legitimidad de una sanción impuesta por un ayuntamiento, aplicando una ordenanza municipal. Considera el Tribunal Constitucional que aunque se trate de una sanción administrativa, indudablemente limitativa de derechos, y aun considerando que el artículo 25.1 prescribe que la regulación esencial de las infracciones y sanciones administrativas debe ser hecha por el legislador, esta reserva puede matizarse en el caso de las ordenanzas locales. En la Sentencia indicada, siguiendo criterios que ya había establecido el Tribunal en su Sentencia 233/1999, de 16 de diciembre (aceptó, en ese caso, que «la colaboración normativa de los ayuntamientos, en relación con los tributos locales, era mayor que el que podía delegarse a la normativa reglamentaria estatal»), se deja un amplio margen operativo para las regulaciones establecidas por ordenanza municipal, conectando dicho margen con el principio constitucional de autonomía.

En todo caso, para lo que ahora nos interesa, aunque es indudable que las corporaciones locales son organizaciones que cuentan con su propio ordenamiento jurídico, la relación de dicho ordenamiento con los ordenamientos estatal y autonómicos es mucho más íntima que la que se establece entre estos dos últimos. La diferencia principal radica en que habitualmente tanto las competencias de las entidades locales, como la regulación básica de las materias a las que se refieren dichas competencias, se contienen previamente en leyes estatales y autonómicas. Estas son, por tanto, las normas primarias del ordenamiento a las que están subordinadas todas las demás que puedan aprobar las entidades locales.

Basta con la aplicación del principio de jerarquía para resolver los conflictos entre normas locales con normas estatales o autonómicas. El principio de competencia solo puede jugar excepcionalmente contra la legislación estatal o autonómica, en los supuestos en los que estas normas vulneren abiertamente la autonomía local que consagran los artículos 140 y 141 de la Constitución. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional fue modificada por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, precisamente para incorporar un recurso específico contra leyes,

59.

La fuerza de las ordenanzas y la flexibilización de la reserva de ley.

60.

Menor fuerza pasiva de las normas locales.

61.

Límites a la delimitación legal de competencias locales.

en defensa de la autonomía local, para el que están legitimados, en su caso, municipios y provincias (artículo 75 bis 1 «podrán dar lugar al planteamiento de los conflictos en defensa de la autonomía local las normas del Estado con rango de ley o las disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada». A la legitimación precisa para interponer el recurso y su tramitación básica se refieren los artículos siguientes).

62.

Tipología de las normas en la CE.

B) El segundo aspecto de la regulación de las fuentes del Derecho que contiene la Constitución se refiere a la tipología de las normas. Sobre todo a las normas con rango de ley. Comprenden estas en el texto constitucional manifestaciones bastante variadas: leyes orgánicas —artículo 81—, leyes de bases y leyes de delegación para la refundición de textos —artículos 82 a 85—, decretos-leyes —artículo 86—, leyes autorizatorias de tratados internacionales —artículos 93 y siguientes—, leyes de presupuestos —artículo 134—, leyes de Comunidades Autónomas —artículos 143 y siguientes—, leyes de transferencia o delegación a las Comunidades Autónomas —artículo 150, 1 y 2—, leyes de armonización —artículo 150.3—, etc.

En punto a la regulación de la tipología de las normas escritas, el conjunto de preceptos constitucionales correspondientes no arroja un saldo totalmente satisfactorio. Por diversas razones:

63.

Imprecisión respecto de las formas.

Primero, porque no se ha acertado a establecer una relación cerrada de todas las formas que las leyes pueden revestir. Ley es cualquier acto aprobado con tal denominación por las Cortes Generales o por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. El concepto de ley es, en nuestra Constitución, predominantemente formal, aunque algunos autores, como RUBIO LLORENTE, hayan intentado reconstruir a partir de los datos constitucionales un concepto material de ley, que tendría indiscutibles efectos beneficiosos para la ordenación general del sistema normativo. No obstante, el concepto de ley en la Constitución es, como decimos, formal, tal y como, por otra parte, es absolutamente general en el constitucionalismo europeo de nuestro tiempo. Siendo esta la opción dominante en la Constitución, el legislador ha quedado habilitado con una enorme discrecionalidad para decidir la forma de las leyes: serán estas, habitualmente, generales, como se corresponde con la tradición constitucional inaugurada con la propia Revolución francesa, pero nada impide al legislador la aprobación de leyes singulares; tendrán, ordinariamente, vigencia indefinida, pero ninguna regla constitucional se opone a la aprobación de leyes a término o de plazo fijo. Serán eficaces desde el momento de su publica-

64.

Noción formal.

65.

La ley es normalmente, general.

ción, pero el legislador goza de una amplia libertad para decidir otra cosa, incluso para aprobar leyes de carácter experimental o cuya eficacia quede condicionada por acontecimientos o circunstancias externas a la propia regulación que contienen. Las leyes, en fin, regularán de manera ordenada (el orden, que es un principio, como hemos visto, vinculado a la idea de ordenamiento, es una obligación primaria del legislador, perfectamente derivable de la Constitución) materias o bloques temáticos homogéneos, de modo que sus previsiones sean comprensibles, previsibles, razonables y dotadas de suficiente certeza, pero nada parece oponerse en la Constitución abiertamente a la posibilidad de que el legislador apruebe leyes ómnibus, cargadas de contenidos temáticos diversos, abigarradas de conceptos dispares, asistemáticas, difíciles de interpretar y prácticamente imprevisibles en cuanto a su duración y efectos. Este es el caso de la ley conocida ordinariamente como «de acompañamiento» a los Presupuestos generales de cada año, en la que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas que están siguiendo su ejemplo, vuelcan en forma de norma sus políticas coyunturales, con el efecto de reformar masivamente docenas de leyes del ordenamiento vigente.

En segundo lugar, la imagen del ordenamiento escrito que ofrece la Constitución es bastante incompleta. Tal conclusión se deduce de la simple consideración de la mínima atención que su texto presta al reglamento. Apenas existe una mención, casi de pasada, a dicha figura normativa en el artículo 97, que atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno, y otra en el artículo 106.1, para atribuir su control a los tribunales. Las demás son más indirectas. Y las citadas es notorio que no resuelven ni una mínima parte de los problemas constitucionales que plantea la potestad reglamentaria y, sobre todo, por lo que ahora nos interesa, son perfectamente inútiles para explicar la significación que tiene el reglamento como norma en el ordenamiento jurídico actual.

En cuanto a la delimitación de la potestad reglamentaria, lo único que deja claro la Constitución es que, con carácter originario, solamente está atribuida expresamente al Gobierno. Pero, sin duda, el mismo carácter originario, en cuanto que puede derivarse directamente de principios establecidos en la Constitución, puede considerarse que tiene, entre otras, la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, vinculada en ambas ocasiones al principio constitucional de autonomía.

Por otro lado, nada dice la Constitución respecto de los límites del poder reglamentario derivado, habilitado desde las leyes ordinarias a

66.*Vigencia y eficacia.***67.***Claras, previsibles y razonables.***68.***Leyes ómnibus.***69.***La imagen constitucional del ordenamiento es incompleta.***70.***El reglamento.*

favor de otros órganos de la Administración Pública distintos del Gobierno.

En ambos aspectos, el contraste con la regulación de la potestad reglamentaria que contiene, en sentidos completamente contrapuestos, la Ley Fundamental de Bonn o la Constitución francesa vigente, es más que manifiesto. En esta segunda se regula un poder reglamentario autónomo, por relación a la ley, cuyo contenido material se define directamente en la Constitución (artículos 34 y 37). En la Ley Fundamental de Bonn, se ha acotado exactamente la potestad reglamentaria en términos que clarifican su papel en el sistema normativo general. De acuerdo con el artículo 80 de dicha Ley Fundamental, el poder reglamentario solo existe dentro de los ámbitos, respecto de las materias y con los límites establecidos caso por caso en las leyes, que deben habilitar específicamente a los órganos ejecutivos para usarlos. Esta potestad reglamentaria así atribuida es delegable si la ley de habilitación lo permite, pero solo en tal caso. Al margen de estas posibilidades, las Administraciones Públicas, así como otros establecimientos y corporaciones de Derecho Público, pueden dictar normas de organización, pero, para distinguirlas de los reglamentos (que siempre son normas que tienen efectos *ad extra* de la organización administrativa y regulan situaciones que afectan a los derechos de los ciudadanos), suelen denominarse disposiciones administrativas, o estatutarias, cuya singularidad radica en que despliegan sus efectos en el seno de la organización administrativa y sirven, justamente, para establecer la disciplina de su funcionamiento.

El otro aspecto en el que la regulación constitucional resulta manifiestamente insatisfactoria es por las escuetas consecuencias que pueden sacarse de sus normas para conocer la significación que el reglamento tiene en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. La regulación a través de normas del ejecutivo, se convirtió desde la mitad del siglo xx en un fenómeno explosivo, con una capacidad de multiplicación asombrosa. El número de reglamentos que puebla actualmente cualquier ordenamiento jurídico es siempre una cifra varias veces superior al de las leyes. Por el contenido de las normas, el legislador ha hecho entrega al ejecutivo de la responsabilidad de regular las cuestiones de mayor complejidad técnica o económica, que son casi todas las que forman parte de la acción de los poderes públicos en los estados complejos de nuestro tiempo.

No hay criterios constitucionales claros, como veremos un poco más adelante, para tomar posiciones jurídicas seriamente fundadas sobre si dichas opciones regulatorias tienen soporte constitucional.

71.

Reglamentos autónomos y ejecutivos.

72.

Explosión de las normas reglamentarias.

En tercer lugar, la defectuosa descripción en la Constitución de los componentes normativos escritos de nuestro ordenamiento jurídico, se muestra también a través de su cerrado silencio, omitiendo cualquier explicación directa, de uno de los fenómenos más importantes que afectan en la actualidad a cualquier sistema normativo. Se trata, en concreto, de la progresiva integración en el ordenamiento general, de reglas producidas fuera del mismo (por ejemplo, a través del empleo de la técnica del reconocimiento mutuo de legislaciones, que obliga a un Estado a aceptar como válidas las normas aprobadas en otro), y también a la creciente incorporación al ordenamiento general de normas de carácter técnico o económico, nacidas en el marco de organizaciones sociales, de naturaleza empresarial o no, siempre de carácter privado. Estas normas alimentan las reglas que deben ser observadas por los ciudadanos y empresas que operan en determinados sectores de mercado. Expresan, al mismo tiempo, un retraimiento del legislador por lo que concierne al ejercicio de sus funciones tradicionales y un avance compensatorio de la sociedad civil, que asume la responsabilidad de facilitar los procesos de integración de la normativa escrita que forma parte del ordenamiento jurídico vigente.

C) Una última, pero no menos significativa, característica de la regulación constitucional de la estructura normativa del ordenamiento, es su evidente silencio respecto de la posición de los principios generales del Derecho, de la costumbre y de la jurisprudencia.

La omisión de cualquier referencia a los principios generales del Derecho es, en nuestro criterio, bastante adecuada a la naturaleza de dichos principios. Si estos se caracterizan por inspirar la creación y la aplicación de las reglas jurídicas y también por formarse paulatinamente a partir de los ideales de justicia, de las prácticas y de las convicciones que los juristas sostienen con ocasión de aplicar las reglas que conciernen a cada una de las instituciones que forman parte del ordenamiento, se comprende que su naturaleza originaria de normas no escritas puede resultar contradictoria con un exceso de positivación.

No obstante, avanzaremos ahora dos constataciones sobre los principios generales que serán desarrolladas en un apartado ulterior: la primera, que muchos principios generales han sido recogidos por la propia Constitución; un buen número de ellos expresamente (*v.gr.*, igualdad, seguridad jurídica, irretroactividad de las normas desfavorables —artículo 9.3—, etcétera), y otros pueden ser deducidos de sus normas porque forman parte integrante de la regulación que pretenden (*v.gr.*, en la consagración de cualquier derecho fundamental existe

73.

Defectuosa descripción constitucional de la significación jurídica de los ordenamientos externos.

74.

Falta de referencia a los principios generales.

75.

Constitucionalización de principios.

un aspecto puramente subjetivo, y otro objetivo; este último se construye a base de principios casi siempre. La segunda idea es que, para que lleguen a tener aplicabilidad práctica, los principios tienen que llegar a ser concretados o asumidos bien por el legislador o por la propia Administración y lo serán habitualmente por la jurisprudencia, que es la que lleva a cabo ordinariamente la tarea de positivizar los principios.

76.

Falta de mención a la costumbre.

Por lo que concierne a la costumbre, en la Constitución no existe ninguna mención directa. Lo cual no quiere decir que el constitucionalismo actual, que contiene los criterios jurídicos al servicio de sociedades urbanas con alto nivel de desarrollo, haya abandonado la costumbre como fuente, por ser más propia de sociedades rurales infradesarrolladas.

77.

Costumbre con relevancia constitucional.

El aludido silencio no supone, en primer lugar, que la costumbre no tenga un papel señalado incluso en relación con las normas constitucionales. Destacaremos en el volumen siguiente cómo no son infrecuentes los cambios constitucionales producidos sin reformas expresas, sino sobre la base de repetición de prácticas de relevancia constitucional, que suelen denominarse, desde la aparición de una famosa obra de G. JELLINEK, mutaciones constitucionales. El constitucionalismo francés solía llamar, a estas tendencias reformadoras informales, costumbres constitucionales justamente. Y esta es la denominación que utiliza también alguno de los pocos trabajos que los juristas españoles han dedicado monográficamente a este asunto (P. GONZÁLEZ-TREVIJANO).

78.

Costumbres sin fuerza constitucional.

Por lo que concierne a las costumbres sin relevancia constitucional, la determinación del papel que pueden cumplir en el ordenamiento jurídico está remitida, en la Constitución, a lo que la ley determine. Esta remisión es indirecta, como ya se ha indicado, porque está incluida en un precepto referido al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En concreto el artículo 149.1.8.^a, que atribuye al legislador estatal «la determinación de las fuentes del Derecho».

79.

Relaciones con la ley.

Esta remisión conlleva consecuencias bastante evidentes en lo que concierne a la relación entre la ley y la costumbre. Así como la ley no podría negar la existencia de los principios generales como fuente del Derecho, porque, por un lado, los más importantes aparecen recogidos en la propia Constitución y, por otro, son, por definición, suprapositivos, de modo que trascienden de lo que las leyes establezcan, la costumbre, por el contrario, no puede oponerse a lo establecido en la ley, y solo puede tener la función normadora que la ley le atribuya. En

la hipótesis, que coincide con la regulación actual del artículo 1 del Código Civil, de que se reconozca a la costumbre la categoría de fuente, su papel normativo puede ser concretado por la ley delimitando su posición complementaria, que es la única posible en un ordenamiento que subordina el papel de la costumbre como fuente a lo que la ley determine. Queremos decir que, en tal contexto, no caben las costumbres contra ley ni tienen sentido las costumbres *secundum legem* (como destacó DE CASTRO hace muchos años), y las costumbres *praeter legem* cumplirán habitualmente la función normativa que las leyes les permitan.

Por último, la más seria de las omisiones constitucionales, en relación con la estructura del ordenamiento jurídico, es la falta total de cualquier referencia a la significación de la jurisprudencia. La Constitución parece influida, en este punto, por el criterio de la más afirmada corriente dogmática en el Derecho continental europeo, según la cual la jurisprudencia no es fuente del Derecho, ya que el papel de los jueces y tribunales no es el de crear normas jurídicas, sino solo la de aplicar la ley a casos concretos (así creen ver expuesto el papel de la jurisprudencia, los defensores de tal tesis, en el artículo 117.1 CE). En nuestro criterio, sin embargo, la posición de la jurisprudencia ha cambiado radicalmente en los actuales ordenamientos constitucionales. Al haber perdido la ley la posición central que tuvo en los ordenamientos sin Constitución (es decir, en aquellos ordenamientos en los que la Constitución no tiene una posición superior a la de la ley ni un sistema de garantías jurisdiccionales al servicio de su integridad), la interpretación de las normas, leyes incluidas, se hace por los tribunales considerando y aplicando principios, muchas veces supralegales, por los que están vinculados. Esta circunstancia, entre otras, enfatiza la tarea creativa de las resoluciones judiciales y exige, inevitablemente, que la jurisprudencia tenga que ser ordenada, porque sus resoluciones son la manifestación más segura del Derecho realmente aplicado en cualquiera de los sistemas jurídicos actuales y, desde luego, en el nuestro.

Desarrollaremos estas cuestiones un poco más adelante.

3. LA ORDENACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DINÁMICA DEL SISTEMA NORMATIVO: ASPECTOS GENERALES

Así como la Constitución no define de modo completo la estructura del ordenamiento jurídico, tampoco explica agotadoramente su dinámica.

80.

Omisión de cualquier referencia a la jurisprudencia como fuente.

81.

Creación de Derecho por la jurisprudencia.

82.

Escasez de reglas constitucionales.

Pero sí contiene reglas suficientes como para entender cómo opera la sucesión de normas y las relaciones básicas entre ellas.

Aunque todos estos aspectos de la regulación constitucional serán objeto de análisis específicos en los apartados sucesivos, parece conveniente contar con una exposición de conjunto como punto de partida.

La primera regla es que la vigencia de las normas depende de su publicación. La Constitución ha establecido este principio con respecto de su propia vigencia como norma, en su disposición final (la entrada en vigor se establece el día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*), y ha recogido en su artículo 9.3 una garantía constitucional de «la publicidad de las normas». No hay en el texto constitucional ninguna regla específica sobre *vacatio legis*, como en el artículo 1.1 del Código Civil. Por ello, la regulación del Código puede ser modificada por cualquier ley, que no encontrará ningún obstáculo constitucional para decidir sobre su propia vigencia, aplazándola o condicionándola como le parezca bien al legislador en cada momento.

83.

La vigencia depende de la publicación.

También escasean en la Constitución las reglas sobre la extinción de la vigencia de las normas y sus consecuencias. De entre aquellas reglas, la más clara, aunque tampoco expresamente formulada, es la que se refiere a la extinción de la vigencia de las normas por invalidez. En efecto, de la atribución del control de la constitucionalidad de las leyes y otras normas al Tribunal Constitucional (artículo 161), o de la asignación a la jurisdicción contencioso-administrativa de la competencia para controlar las disposiciones reglamentarias [artículos 106.1 y 153.c)], puede seguirse que un supuesto típico de extinción de la vigencia es la invalidez declarada por los tribunales. Pero nótese que, aun así, la Constitución no determina expresamente cuáles sean los efectos de la invalidez: no elige, específicamente, entre la negación de cualquier efecto de la norma desde el momento en que entró en vigor (*ex nunc*), o desde que el Tribunal declara la invalidez (*ex tunc*), o incluso la posibilidad de que la norma anulada tenga efectos prospectivos y siga aplicándose hasta ser sustituida en el futuro. La mayor parte de estas opciones, ciertamente con efectos normativos muy importantes todas ellas, pueden dejarse a los tribunales. La jurisdicción contencioso-administrativa tiene mucho más acotadas por la Ley reguladora de 13 de julio de 1998 las posibilidades de determinar libremente los efectos de la nulidad, en cambio, el Tribunal Constitucional, como veremos más adelante, ha jugado en su jurisprudencia con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de establecer dichas consecuencias.

84.

Extinción de la vigencia.

85.

Extinción por invalidez.

86.

Indeterminación de los efectos de la invalidez.

El segundo modo básico, y más general, de que las normas pierdan su vigencia es la derogación. Las normas se derogan por otras que expresamente lo determinen o que contengan una regulación incompatible con las anteriores. Esta es una regla general que está recogida en el Código Civil (artículo 2.2: «las leyes solo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiere derogado»). Pero la Constitución no trata de la derogación. Verdaderamente, que no puedan sobrevivir en el ordenamiento normas incompatibles parece a cualquier jurista un principio incontestable. Desde luego, es lo que se corresponde con la buena ordenación sistemática del ordenamiento. Pero no es la única manera de organizarlo. En nuestro Derecho histórico era completamente frecuente que las leyes posteriores no derogaran las anteriores incompatibles, sino que se acumularan unas a otras y se decidiera sobre la aplicabilidad de las mismas en términos de preferencia, sin que ello supusiera la pérdida de la vigencia de la norma desplazada. Algo parecido sigue ocurriendo todavía en la relación entre las normas comunitarias europeas y las normas internas: pueden regular acumuladamente la misma materia y la aplicación preferente de las comunitarias, cuando existen, no determina la derogación de las internas.

Visto el problema en términos de una lógica normativista estricta, también puede decirse que no existe ninguna razón para que el legislador que ha aprobado la ley posterior, sea capaz de producir normas con más fuerza que el legislador que ha dictado la ley anterior, de modo que aquella sea capaz de derogar esta.

Estos son algunos de los problemas teóricos tradicionales que plantea la derogación, que trataremos luego. El fundamento general de la derogación de las normas hay que buscarlo inexorablemente en la Constitución, que es el texto que ordena la producción normativa y, por tanto, el único con fuerza suficiente para decidir sobre el modo en que se suceden las normas en el tiempo. En nuestra Constitución, sin embargo, no existe una regla sobre derogación, como ya se ha señalado. Ante esta omisión, o bien entendemos que la *Derogationsnorm* es una regla implícita, como propuso A. MERKL, o un arreglo derivable de otros principios constitucionales. L. M. DíEZ-PICAZO, la ha considerado una consecuencia de la inagotabilidad del poder legislativo, que obliga a aceptar su papel creativo y, por tanto, la eliminación de las normas que se opongan a sus deseos de innovación. Sin duda que esta

87.

La Constitución no trata expresamente de la derogación.

88.

La derogación no es la única manera de ordenar normas incompatibles.

89.

¿Tiene más fuerza la ley posterior?

90.

Fundamento constitucional de la derogación.

91.

Regla implícita.

92.

Inagotabilidad del poder legislativo.

93.

Consecuencia de la apelación al orden.

consideración es estimable y justificativa de la potestad de derogar. Pero, quizá por delante de dicha regla, deba situarse, mucho más simplemente, la consagración constitucional del concepto de ordenamiento jurídico, que ya hemos analizado, del que, entre otras consecuencias, resulta principalmente que el conjunto de las normas que lo integran tiene que ser *un sistema ordenado*: la única manera posible de conseguir este resultado es que no se acumulen en el ordenamiento normas vigentes incompatibles entre sí. Ciertamente, como ha argumentado N. BOBBIO, no existe en las Constituciones actuales ninguna obligación expresa que imponga al legislador el deber de producir normas coherentes, que no contengan antinomias con las anteriores. Si tal deber existiera sería imposible la renovación del ordenamiento jurídico. Pero es equivocado, en nuestra opinión, deducir de la inexistencia de tal deber, y de la circunstancia natural de que las leyes nuevas suelen contradecir a las anteriores que regulan la misma materia, que el deber de coherencia, que está implícito en la constitucionalización de la idea de ordenamiento jurídico, no integre, al menos, una verdadera norma constitucional habilitante de la derogación (*Derogationsnorm*).

94.

En el orden y la coherencia está la base de la Derogationsnorm.

Por otra parte, también la certeza y la previsibilidad del Derecho escrito, que son componentes esenciales del principio de legalidad, conlleva inevitablemente la facultad del legislador de derogar las normas incompatibles depurando, de esta manera, el ordenamiento.

95.

Consecuencias de la certeza y previsibilidad exigibles a las normas.

Un buen ejemplo de esta exigencia lo está ofreciendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario, cuando impone (a pesar de que las normas internas contrarias a otras comunitarias no quedan derogadas por estas, sino simplemente desplazadas de su aplicación) que los legisladores internos depuren el ordenamiento jurídico derogando ellos mismos sus propias normas incompatibles con las comunitarias (especialmente a partir de la Sentencia *Comisión v. Italia*, de 15 de octubre de 1986).

96.

Insuficiencias de la técnica de la derogación.

Pero la técnica de la derogación es incapaz de explicar de modo completo el fenómeno de la sucesión de las normas en el tiempo. Entendida de modo estricto, puede parecer que el ordenamiento se compone de diferentes capas normativas perfectamente delimitadas, de manera que las normas nuevas sustituyen a las anteriores y cumplen la función de regular de modo completo todas las situaciones concernientes a la materia que regulan. Sin embargo, para que ello fuera así, sería preciso que las normas nuevas desplegaran su vigencia no solo hacia el futuro, como es lo normal, sino que también fueran aplicables a situaciones y relaciones originadas y hechos acontecidos antes de su entrada en vigor. Lo cual no es posible porque la Constitución lo impide.

Por lo pronto, la seguridad jurídica no permite que, con carácter general, las normas nuevas tengan efectos sobre el pasado. De modo que de dicho principio cabe derivar una presunción general de irretroactividad de las normas. No obstante, como la seguridad jurídica no puede convertirse tampoco en un baluarte contra la renovación del ordenamiento jurídico, el progreso de la sociedad y el cumplimiento del deber constitucional que tienen los poderes públicos de «remover los obstáculos que impidan o dificulten» la plena efectividad de la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos (artículo 9.2 CE), la retroactividad es posible cuando el legislador lo considera necesario para atender dichos principios y valores. Esta habilitación tiene, sin embargo, el límite específico establecido en el artículo 9.3 CE, que prohíbe la «retroactividad de las decisiones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales».

La única manera teóricamente posible de que la sucesión de normas en el tiempo se lleve a término de tal modo que las leyes nuevas extingan totalmente los efectos de las anteriores, es que aquellas fueran siempre retroactivas. Como no pueden serlo, sin embargo, porque existen prohibiciones constitucionales a la retroactividad de determinados tipos de normas, hay que afirmar que esta impone un sistema de sucesión de las normas en el tiempo basado en la ultraactividad de las normas derogadas. Quiérese decir que las normas que dejan de estar vigentes por incompatibilidad con otras publicadas anteriormente, o por decisión del legislador, siguen produciendo sus efectos más allá de la entrada en vigor de la norma nueva, sirviendo para regular, al menos, hechos, situaciones o relaciones originadas en el tiempo en que el texto derogado estuvo vigente.

Esta opción constitucional es muy relevante porque supone admitir que el ordenamiento jurídico es diacrónico, en cuanto que acumula y permite la convivencia de normas producidas no solo en períodos históricos distintos, sino la aplicación simultánea en el tiempo de normas derogadas y normas vigentes. Esta es una consecuencia directamente derivada de la presunción general de irretroactividad. El funcionamiento del sistema diacrónico puede organizarse con más detalle en las normas de Derecho intertemporal que suelen incluir las leyes nuevas. Dichas reglas intertemporales disciplinan con precisión el alcance y la duración de los efectos de las normas derogadas.

Resumidamente indicadas, las anteriores son las escuetas referencias que pueden deducirse de la Constitución en punto a la vigencia y eficacia de las normas.

97.

La necesidad de la retroactividad.

98.

Ultraactividad de las normas derogadas.

99.

Carácter diacrónico del ordenamiento.

100.
Aplicabilidad territorial.

Su aplicación territorial se encuentra, como los principios que acaban de analizarse, también definida de un modo indirecto. Las normas estatales se aplican en todo el territorio del Estado no porque lo diga la Constitución de modo directo, sino porque así puede deducirse de algunos de sus preceptos. Principalmente los que determinen los efectos generales de la Constitución (artículo 9.1) y la significación de la potestad legislativa del Estado (artículos 66 a 92), y, sobre todo, las que precisan las competencias materiales del Estado, fijadas en el artículo 149 CE. Del mismo modo indirecto se precisa la aplicación territorial de las normas autonómicas: es el territorio de la provincia o provincias que forman parte de la Comunidad Autónoma (territorio aquel definido todavía conforme a los criterios del Real Decreto de 30 de noviembre de 1833), según resulta del artículo 143.1 CE y concordantes. Por lo que concierne, en fin, a las corporaciones locales, el ámbito territorial de aplicación de las normas, es el que se corresponde con los términos municipal y provincial, según puede deducirse también de lo que establecen los artículos 140 y 141 CE.

101.
Principios constitucionales para la ordenación de la dinámica general de las normas.

La Constitución contiene algunos otros principios relevantes sobre la dinámica general del ordenamiento jurídico, para cuya exposición más detallada nos remitimos a epígrafes ulteriores de este mismo volumen.

102.
Jerarquía.

Son en concreto: a) el principio de jerarquía que, de modo indirecto, como ya hemos señalado, aparece implícito en muchas prescripciones constitucionales, sobre todo cuando proclaman la superioridad normativa de la Constitución; pero expresamente, el texto constitucional lo consagra como un principio central del ordenamiento en su artículo 9.3; b) el principio de competencia que cumple un papel central en un ordenamiento que admite, por una parte, la integración de sistemas normativos externos, como el internacional y el comunitario europeo, y también el desarrollo de subsistemas normativos, como el autonómico y el local. Las relaciones entre las normas que integran estos ordenamientos solo algunas veces es de jerarquía (por ejemplo, relación entre las normas autonómicas y la Constitución). Habitualmente la ordenación de las relaciones internormativas se basa en el principio de competencia; c) la Constitución acepta, al admitir la incorporación del ordenamiento comunitario europeo, la aplicación de principios, que ella no recoge directamente, y que son complementarios del de competencia: por ejemplo, la regla de la subsidiariedad en el ejercicio de competencias normativas, el reconocimiento mutuo de legislaciones, la primacía del Derecho comunitario (que tiene en este ámbito un contenido competencial del que carece el principio de pre-

103.
Competencia.

104.
Subsidiariedad.

valencia en el ordenamiento interno); d) el principio de supletoriedad del Derecho estatal, consagrado en el artículo 149.3, sirve para la integración del ordenamiento autonómico, aunque no puede entenderse como un título competencial, según explicaremos; y e) el principio de prevalencia, también consagrado en el citado artículo 149.3, que es una regla de conflicto que sirve para resolver sobre la aplicabilidad del Derecho estatal, cuando no sea suficiente la aplicación de las normas sobre competencia.

105.
Supletoriedad.

106.
Prevalencia.

4. LAS PATOLOGÍAS DEL SISTEMA NORMATIVO ESCRITO Y EL PROBLEMA DEL CONOCIMIENTO DEL DERECHO VIGENTE

A) La crisis del ideal codificador

El sistema normativo que se desarrolla en toda la Europa continental, a partir de la Revolución francesa, pivota alrededor de la ley. El artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 entronizaba la ley y explicaba las razones para hacerlo: «la ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o a través de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin ninguna otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos».

107.
El sistema normativo se centra en la ley desde la Revolución.

La fórmula que se recoge en el precepto transcrito, según la cual la ley es «expresión de la voluntad general», procede en línea directa de la filosofía de J. J. ROUSSEAU. Preguntándose el filósofo ginebrino en su *Contrato Social*, sobre «qué es al fin una ley», había establecido la siguiente respuesta: «mientras nos contentemos con vincular esta palabra a ideas metafísicas, continuaremos razonando sin entender; y por más que se explique una ley de la naturaleza, no por ello se sabrá mejor qué es una ley del Estado... Pero cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, no se considera más que a sí mismo; y se forma entonces una relación, la del entero objeto desde diferentes puntos de vista, sin ninguna división. Entonces la materia sobre la cual se estatuye es general, al igual que la voluntad que estatuye. Y es este acto lo que yo llamo ley».

108.
La Ley «expresión de la voluntad general» en la filosofía rousseauiana.

A ley general, situada en el centro del sistema normativo, se le reconoce una posición jerárquica superior en relación con cualquier

109.

La superioridad jerárquica de la ley general.

110.

Ley general frente a cosmos de privilegios.

111.

El ideal de las leyes organizadas como Códigos.

112.

Los derechos, en la Europa continental radican en la ley más que en la Constitución.

113.

El Código asegura la certeza del Derecho y la consagración de la igualdad.

114.

El movimiento codificador europeo.

otra disposición del ordenamiento jurídico. Pero la elevación de la ley a dicha situación central, también tendrá otras consecuencias fundamentales. La primera de todas, superar el cosmos de regulaciones particulares y privilegiadas del Antiguo Régimen, que componían un ordenamiento caótico e inmanejable, estableciendo a cambio regulaciones basadas en la ley única y general, segura y de conocimiento accesible, aplicable a todos por igual. Y, en segundo término, la formulación del ideal de que las normas legales se organicen en un único cuerpo o texto, donde se sistematicen y ordenen de un modo claro, comprensible y accesible a los ciudadanos.

De esta manera la idea de ley se identificará con la de código y la de código con el Derecho mismo.

Es notoria la significación que las propuestas codificadoras tendrán a partir de entonces en el constitucionalismo europeo. Frente al constitucionalismo norteamericano, basado en la rigidez del texto fundamental, protegido por controles judiciales frente a su violación, en Francia y en toda la Europa que sigue su ejemplo, los derechos no resultan garantizados por la Constitución, sino principalmente por la ley. En Estados Unidos los derechos estarán en la Constitución desde el principio; en la Europa continental estarán, en cambio, en el Estado (FIORAVANTI). Y el Estado los garantizará principalmente a través del código. En el código se puede establecer un Derecho del Estado cierto y estable, aplicable por los jueces de modo seguro. El código significa la certeza del Derecho, y también la expresión regulatoria de los derechos de los ciudadanos. Siendo el código una norma general de aplicación universal, supone también la consagración del principio de igualdad, que obtiene en el código su garantía, asumiendo así el papel que no llegaron a cumplir, dada su naturaleza de normas flexibles, las Constituciones y Declaraciones de Derechos europeas decimonónicas.

Lo que sigue a estos ideales en materia de codificación no lo recordaremos ahora. Pero es conocido que a partir del reinado de Federico II de Prusia (1740-1786), el pensamiento ilustrado empezó a traducir la aspiración codificadora en realizaciones efectivas. Federico II no llegaría vivo a ver la publicación del *Allgemeines Landrecht*, publicado en 1794, que se mantuvo vigente hasta la publicación del Código Civil alemán en 1900. Unos años después de los códigos prusianos y de la codificación de María Teresa de Austria, llegaría el momento a la gran codificación francesa, que tiene un símbolo máximo en el Código Civil de 1804, hoy todavía vigente.

En España, la Constitución gaditana se sumó directamente al mismo impulso codificador. Decía su artículo 258, que «el Código Civil, el Criminal y el de Comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». Pero los trabajos efectivos de codificación se retrasaron tanto, por causas que hemos explicado en otro lugar de esta obra, que no es sino al final del siglo XIX cuando se concluye la aprobación de los grandes códigos: la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, la de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 y el Código Civil de 1889. De estos grandes textos, solo hubo antecedentes decimonónicos serios en relación con la codificación penal (Códigos de 1822 y 1848), y la codificación mercantil (Código de Comercio de 1829).

Es de notar que aunque inicialmente (como se refleja palmariamente en el Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil de 1821) la codificación debería extenderse también al «Derecho Público interior» del que formaba parte todo el referido a la organización y acción de la «Administración General del Estado», nada se llegó a hacer a tal respecto. Por el contrario, durante la primera mitad del siglo predominó el sistema de publicación de las leyes mediante lectura solemne en público, más que por su inserción en el *Boletín Oficial*, que se empezará a imponer, paulatinamente, desde los años próximos a la mitad de la centuria. Además la publicación se haría en los *Boletines Provinciales*. Estas circunstancias hacían extraordinariamente difícil el conocimiento del Derecho. Como estudiaremos más adelante, la *Colección legislativa* no se creó hasta 1847 y la publicación centralizada de las normas no se impuso definitivamente hasta la publicación del Código Civil, al final del siglo. Se comprenden por ello las durísimas críticas a la situación formuladas por la doctrina de la época. Afirmaba, hacia 1860, GÓMEZ DE LA SERNA que «la Colección legislativa está muy lejos de llenar todas las condiciones que debe reunir para que pueda merecer tal nombre...». ORTIZ DE ZÚÑIGA, unos años después describía la situación diciendo: «Agréguese a todas las dificultades que se ofrecen al fallar las contendas jurídicas de cualquiera de los territorios de España, de otra de no escasa importancia cual es la garantía de reunir una colección completa de esta pesada carga de cuerpos legales; y aun dado el caso de conseguirlo, el poder asegurar que se tiene a la vista toda nuestra legislación vigente...». Se queja específicamente también de que muchas leyes y disposiciones no se insertan en la *Colección legislativa*. Y R. ORTIZ DE ZÁRATE urgía respues-

115.
El impulso
codificador
en España desde
la C. de Cádiz.

116.
Los Códigos
del XIX.

117.
El desfallecimiento
de la codificación
del Derecho
Público.

118.
Las dificultades
para el
conocimiento
del Derecho
en el siglo XIX.

119.
Críticas doctrinales
a la publicidad
de las normas.

tas al «estado lastimoso y embrollado de nuestra legislación» redactando códigos que «la saquen del caos».

120.

La ilusión por las normas claras y bien hechas.

Junto a este empeño, la otra gran ilusión del pensamiento ilustrado y revolucionario es el de las normas claras y técnicamente bien hechas. Se trata de que la ley tenga la autoridad añadida, a efectos de su cumplimiento, de ser fácilmente comprensible y accesible para todos.

121.

Sobre cómo hacer leyes, según MONTESQUIEU.

MONTESQUIEU estableció en el Libro XXIX de *El Espíritu de las Leyes*, titulado «*De la manière de composer les lois*», algunas recomendaciones sobre cómo debían redactarse las leyes. Aseguraba que el estilo de redacción debería ser conciso; las palabras a utilizar tendrían que ser las que los hombres emplean habitualmente para expresar las mismas ideas. Le parecía impertinente la utilización de expresiones vagas, o un lenguaje metafórico o figurado. Las leyes, decía el barón de BRÉDE, no deben emplear más palabras que las necesarias; deben evitar toda clase de sutilezas e incluso las cláusulas abiertas. Por demás, han de ser estables, de modo que no cambien a menos que concurren razones bien justificadas. También es necesario explicar los motivos por los que las leyes se hacen, que deben ser dignos de la propia ley; las leyes inútiles no hacen otra cosa que debilitar a las que son necesarias.

122.

La preocupación por la correcta redacción de las leyes en el siglo XVIII.

La preocupación de MONTESQUIEU por la correcta redacción de las leyes es bastante común en el período en el que él escribe (MURATORI había publicado en 1742 su libro *Dei defetti de la giurisprudenza*, donde se argumenta contra la incongruente y atormentada redacción de las normas, que considera la fuente de los continuos problemas de interpretación y del creciente poder de los jueces). Federico de Prusia había leído en 1750 en la Academia de Ciencias de Berlín unas *Dissertations sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*. Las voces «legislador», «juez» y «ley», de la *Enciclopedia*, insisten en la misma preocupación. El amor a las leyes bien hechas es el ideal que anima al Club de los Nomófilos, que se reunía en el tiempo de la Revolución en la Capilla de Santa María, en el barrio de Saint-Antoine.

123.

La manera de racionalizar el caos legislativo es establecer sistemas codificados: BENTHAM.

J. BENTHAM insistirá en sus escritos, mientras se desarrolla la Revolución y en los años posteriores, sobre la importancia de garantizar la simplicidad del Derecho. Es reiterativa la preocupación por racionalizar el caos jurídico de su tiempo, superándolo con un sistema normativo adecuado, basado en el código, al que el filósofo atribuye tres virtudes esenciales: la sistematización, la publicidad y la técnica legislativa correcta. Están expresados estos ideales en varias de sus obras (especialmente en *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, en su *Idea General de un Cuerpo Completo de Legislación*

y, por lo que concierne a la redacción de las normas, en su curiosa *Nomography or the Art of Inditing Laws*). A pesar del prestigio y la indiscutible influencia del pensamiento de BENTHAM, los legisladores de los decenios sucesivos empezaron a abandonar enseguida sus fundamentadas recomendaciones.

Si hubiera de hacerse un ensayo completo de los fundamentos del abandono del ideal codificador y de la aspiración de claridad y corrección literaria de las leyes, habría que recorrer detenidamente el período de tiempo que media entre la formulación revolucionaria y constitucional de aquellos ideales, y el retorno al caos legislativo en los ordenamientos jurídicos vigentes.

Las primeras quiebras tuvieron que ver con la pérdida de protagonismo de la ley. Las más enfáticas adhesiones al programa legislativo, claro y accesible, descrito, se hicieron considerando no solo que la ley sería la norma superior del ordenamiento jurídico, sino también la forma ordinaria y única de crear Derecho. La ideología revolucionaria excluye que pueda existir junto a la ley cualquiera otra clase de normas. Por tanto, queda absolutamente vedada la producción de normas a los tribunales (en el Antiguo Régimen había sido una práctica de los tribunales la formulación de los denominados *arrêts de réglément*, que el pensamiento revolucionario abomina). Pero también se excluye inicialmente el poder reglamentario. La función legislativa se atribuye monopolísticamente a la Asamblea (Capítulo III, Sección I, artículo 1 de la Constitución de 1791: la Nación «delega exclusivamente en el cuerpo legislativo el poder de proponer y decretar las leyes»). Sin embargo, este monopolio de la normación dura poco, tanto en Francia como en España. En la propia Constitución francesa de 1791, la más preocupada de todas por la conservación de la reserva absoluta al legislador de la función de aprobar normas, quedó abierta la posibilidad de que el poder ejecutivo formulase «proclamaciones» (artículo 6 de la Sección 1 del Capítulo IV, del Título III: se prohíbe al ejecutivo «hacer ninguna ley, incluso provisional, sino tan solo proclamaciones conforme a las leyes para ordenar o reclamar su observancia»). Como ha estudiado minuciosamente M. VERPEAUX, de la simple habilitación para hacer aquellas «proclamaciones», acabó surgiendo un verdadero poder reglamentario, que las Constituciones sucesivas comenzaron a reconocer más explícitamente, hasta llegar a la Carta otorgada de 1814, donde se recupera plenamente el poder reglamentario del ejecutivo, al que ya se faculta para hacer «los reglamentos y ordenanzas para la ejecución de las leyes».

124.

El abandono del ideal codificador.

125.

Pérdida de protagonismo de la ley.

126.

Prohibición del poder normativo de los tribunales.

127.

La apertura a favor del poder reglamentario.

128.

La atribución de potestades normativas al ejecutivo en la Constitución de 1812.

En España, aun partiendo también del monopolio del poder legislativo en favor de las Cortes Generales, que proclama el Decreto de 24 de septiembre de 1810, la Constitución de 1812 no tiene el menor inconveniente en la atribución al poder ejecutivo de la facultad de «expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes».

129.

Desarrollo del poder reglamentario.

El poder reglamentario del ejecutivo ha sido, desde entonces, una constante en la historia constitucional del continente europeo. Sin ninguna quiebra duradera. De lo que se sigue que el primer elemento que contribuye a romper la ordenación sistemática y la claridad expositiva de la legislación, es la misma proliferación de normas de rango inferior a la ley que, inmediatamente, serán muchísimo más importantes en número que las aprobadas por los Parlamentos.

130.

Pérdida del carácter general y abstracto de la ley.

El segundo gran desfallecimiento, por orden cronológico, de las pretensiones de orden y claridad de la producción normativa está aparejada a la pérdida del carácter general y abstracto de la ley, que empieza a sustituirse, especialmente por razones de orden económico, y desde los primeros años del siglo XX, por leyes singulares, habitualmente temporales, que regulan problemas jurídicos concretos.

131.

Leyes-medida.

La primera teorización sobre la importancia de esta transformación, fue la de C. SCHMITT, que desarrolló en sus escritos el concepto de «medida». Las «medidas» son, según SCHMITT, «acciones individualizadas... adoptadas a la vista de una situación concreta que se considera anormal, y por tanto superable, pero que no pretenden una vigencia por tiempo indefinido».

132.

Ley y medida en C. SCHMITT.

Lo que preocupa a SCHMITT es, fundamentalmente, argumentar sobre si las medidas son actuaciones puramente fácticas o normas jurídicas. En su ensayo *Legalidad y legitimidad* y otros correspondientes a la etapa final de la República de Weimar, insistió en la distinción entre ley y medida. SCHMITT llega a aceptar la existencia de medidas con eficacia hasta para producir modificaciones constitucionales, aunque sean provisionales: las medidas pueden, de hecho y con carácter excepcional, ignorar determinados preceptos constitucionales.

133.

Evolución de la doctrina de la ley-medida en Alemania.

La doctrina de las leyes-medida recibiría, años después, un nuevo impulso en la obra de E. FORSTHOFF (a partir del estudio que publica en 1955 en el homenaje a W. JELLINEK). Elabora el concepto de medida por relación al de ley. Lo característico de la medida es estar dirigida a una finalidad determinada, usando medios subordinados al objeto pretendido. Frente a la medida, la norma jurídica es siempre portadora de ideas que condensan concepciones dominantes sobre la Justicia, y tras-

cienden del caso concreto. La medida, dice FORSTHOFF, es acción, opera regulando situaciones singulares que, en atención a la complejidad de los fenómenos económicos y sociales modernos, requieren la atención del legislador. De esta manera el legislador se introduce en dominios que habían estado atendidos exclusivamente por el ejecutivo. FORSTHOFF utiliza la distinción para tratar de equilibrar la posición del poder ejecutivo y la potestad legislativa del Parlamento. Al primero le debería corresponder la adopción de las medidas necesarias para atender las situaciones económicas y sociales, mientras que el segundo tendría la función de dictar leyes configuradas al modo clásico, es decir, elaborar ordenaciones justas y racionales, objetivas y generales, no establecidas precisamente a la vista de algún fin concreto.

Los dos argumentos expresados (desarrollo fulgurante del poder reglamentario y asunción por el legislativo de la tarea de formular regulaciones de coyuntura, concretas y no generales, temporales y no indefinidas) justificaron los primeros y más clásicos abandonos del ideal de la ley clara, duradera y codificada.

Desde mediados del siglo xx, y muy especialmente, para nuestro caso, desde que se aprobó la Constitución de 1978, la complejidad del sistema normativo escrito se ha incrementado por otras múltiples razones, que ahora nos limitamos a enunciar resumidamente:

Primero, la multiplicación de las regulaciones, de rango legal y reglamentario, sobre todos los sectores de la actividad económica y social. Los poderes públicos han elevado su intervención normativa sobre la economía y, al mismo tiempo, en los modernos Estados de Bienestar, han organizado toda clase de prestaciones a favor de los ciudadanos. Unas y otras acciones se expresan primariamente en normas. El ideal codificador, nunca pudo tener presente una explosión normativa de tal envergadura. Ello es fácil de comprender si se considera que el objetivo central de la primera codificación fueron las regulaciones civiles, penales y mercantiles, y las grandes leyes procesales.

En segundo lugar, se han ampliado las fuentes de producción normativa. A las leyes y reglamentos dictados por el legislativo y el ejecutivo estatales, se han sumado nuevas normas que tienen las siguientes procedencias: a) internacional, que se traduce en tratados, convenios e incluso costumbres asentadas y prácticas que resultan vinculantes para los Estados; b) normas comunitarias europeas, integrantes del denominado Derecho originario contenido en los tratados, o del Derecho derivado, del que forman parte todas las disposiciones dictadas por las instituciones comunitarias desde su implantación; c) normas

134.

El incremento de la complejidad del sistema normativo.

135.

El incremento de la intervención normativa sobre la economía y la actividad social.

136.

Ampliación de las fuentes de producción normativa.

137.

Internacionales.

138.

Comunitarias.

139.
Autonómicas.

derivadas de la estructura federalizante o regional del Estado: nuestro sistema de autonomías ha supuesto la generalización de las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas, que aprueban disposiciones con rango de ley equiparables a las del Estado; por debajo de ellas, los ejecutivos autonómicos ejercen la potestad reglamentaria en

140.
Locales.

términos cuantitativamente abrumadores; d) las normas con valor reglamentario aprobadas por los órganos constitucionales del Estado (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, etc.); e)

141.
Potestad reglamentaria derivada.

las normas aprobadas por las corporaciones locales, que estas dictan, en el marco de lo que las leyes permiten, pero como consecuencia del reconocimiento constitucional de su autonomía (artículos 140 y 141 CE); asimismo las aprobadas por otras instituciones autónomas como

142.
Normas de origen privado.

las universidades; f) normas de valor reglamentario dictadas por otros órganos de la Administración, que carecen de potestad reglamentaria originaria (directamente atribuida por la Constitución), pero que son

143.
Soft law.

habilitadas por las leyes para aprobar disposiciones reglamentarias; destacan entre ellas la potestad reglamentaria de las autoridades o agencias independientes; g) las normas de origen privado, consistentes en regulaciones económicas o técnicas, inicialmente sin valor vinculante, pero que reciben fuerza obligatoria por el hecho de la remisión a ellas de otras normas jurídico-públicas; h) en fin, habría que sumar al repertorio, la masa cada vez más importante de normas que integran el denominado *soft law*, o legalidad blanda, que, sin tener la eficacia de las normas, recogen pautas de comportamiento o criterios de organización, que han de ser seguidos por las empresas y establecimientos que quieran tener el reconocimiento al que aspiran bien en los mercados, bien en sus relaciones con las Administraciones Públicas.

144.
Carácter diacrónico del ordenamiento: consecuencias.

En tercer lugar, a la multiplicación de normas escritas, hay que añadir el carácter diacrónico con que está concebido el ordenamiento jurídico en nuestra Constitución. Dicha circunstancia supone que mantengan efectos normas que ya están derogadas, y que, sin embargo, siguen siendo de aplicación a situaciones anteriores a su pérdida de vigencia. Esta ultraactividad, que siempre implica un límite a la eficacia de las leyes nuevas, es de tal relevancia, en los modernos ordenamientos jurídicos, que, en algunos sectores, los debates jurídicos ante los tribunales se producen más habitualmente en relación con la interpretación de normas derogadas que con los problemas aplicativos de las vigentes (señaladamente en el marco de la legislación tributaria, habida cuenta de los continuos cambios que introduce el legislador en la regulación de los tributos). Incluso no es extraordinaria que en algunos ámbitos materiales, cuando las regulaciones del Derecho intertemporal dejan de tener aplicación, tampoco llegue a tenerla la ley

145.
La aplicación de las normas derogadas.

nueva, que o ha devenido obsoleta para regular las nuevas situaciones, o ya ha sido sustituida por el legislador.

B) Situación y correcciones de un sistema normativo caótico

El ordenamiento escrito tiene, por la razones explicadas, una composición multipolar. Las fuentes de producción de las normas son muchas. Pero, al mismo tiempo, los legisladores de nuestro tiempo han dejado de ser los discretos dispensadores de normas generales y estables. Su actitud ante los problemas de la vida cotidiana es de una absoluta incontinencia, con cargo a la cual fabrican continuamente recetas normativas, siempre efímeras, que se suceden en el tiempo a un ritmo vertiginoso. Queda pulverizada de esta forma la idea de ley general, abstracta y única. Se siembra el ordenamiento de leyes *gadget*, de Derecho efímero, de leyes disipables; se profundiza la inflación legislativa; crece el número de las leyes manifiesto, dictadas con un simple interés de cumplir formalmente un programa político. Se inclina, el legislador, por las leyes de usar y tirar.

En este contexto, es evidente que se ha roto el modelo clásico de norma, y también su estatalidad: el origen de las normas con rango de ley se focaliza ahora en múltiples puntos que las expiden vertiginosamente y de modo casi simultáneo. Es evidente que no solo sobreabundan las leyes, sino que no hay materia que no sea objeto de una norma escrita, con lo cual se ha alcanzado una verdadera hipertrofia legislativa. Es asombrosa la nueva génesis de los legisladores, las leyes no son generales y estables, las leyes no proceden de la única voluntad del legislador (menudean las que constituyen pactos de todo tipo, algunos reconocidos en la Constitución —artículo 37.1: convenios colectivos de trabajo—; o Estatutos de Autonomía —artículo 143 y siguientes—. Otros son pactos de naturaleza casi contractual sobre los que las normas posteriores obtienen una legitimación reforzada: Pactos Autonómicos de 1981 y 1992; convenios urbanísticos; etc.). Han perdido muchas leyes incluso su característica típica de la imperatividad, que se sustituye por formulaciones descriptivas o por simples recomendaciones cuya conversión en normas obligatorias requiere la aprobación de otras disposiciones ulteriores y complementarias, etc.

La doctrina, en verdad, no ha escatimado adjetivos para describir esta insondable galaxia normativa. Se ha hablado del legislador hiperactivo, asistemático y descuidado. Del legislador atento a los intereses de grupos de presión; de la explosión, marea, avalancha, inflación, orgía, hipertrofia, polución de la legislación. Del fenómeno de las nor-

146.

Composición multipolar del ordenamiento escrito.

147.

El Derecho efímero y las leyes de usar y tirar.

148.

Ruptura del origen estatal de las normas.

149.

Hipertrofia legislativa.

150.

Pactos normativos.

151.

La galaxia normativa.

mas fugaces, por la brevedad de su vigencia; de las reglas intrusas, que aparecen sin fundamento en leyes que tienen otros propósitos. De las normas ad hoc; de las leyes virtuales, que no se derogan y siguen vagando fantasmalmente; de las leyes simbólicas e incluso de las leyes espectáculo (F. J. LAPORTA).

152.

Los nuevos poderes normativos.

153.

El avance del poder reglamentario.

154.

La sustitución del ideal de Código por sus contrarios.

155.

Cuantificación del crecimiento de las disposiciones escritas.

156.

Existen 200.000 normas vigentes y aplicables en España.

157.

Soluciones para conocer una legislación inmanejable.

Los dos motivos fundamentales de la hipertrofia normativa son, primero, la aparición de poderes normativos nuevos (internacionales, europeos, Comunidades Autónomas y locales, autoridades independientes, normas de origen privado, etc.); y, segundo, el fenomenal desarrollo que en las últimas décadas ha tenido el poder reglamentario. La superabundancia de normas reglamentarias significa también que se ha producido un verdadero vaciamiento del contenido material de las leyes; el legislador utiliza la técnica de remitirse a los reglamentos para que completen sus regulaciones, renunciando a ellas, unas veces por su complejidad económica o técnica, otras por la rigidez consustancial con el procedimiento legislativo. Todo lo cual, en fin, concluye en una total ausencia de sistema, de orden y racionalidad, de incremento de la dispersión y la fragmentación, según subraya la doctrina más crítica, lo que produce una ruptura total de los ideales que representaba el Código y su sustitución por los contrarios estrictos.

J. SANTAMARÍA PASTOR ha hecho un paciente recuento, utilizando las bases de datos disponibles, del crecimiento del número de disposiciones en el período que va desde la aprobación de la Constitución hasta el inicio del siglo XXI. Entre 1978 y 2002 se habrían producido 220 leyes orgánicas, 993 leyes ordinarias, 323 decretos-leyes y 44 decretos legislativos; ello por lo que concierne a las normas con rango de ley. En el mismo período de tiempo se habrían dictado, con valor reglamentario, 11.578 reales decretos, 21.293 órdenes y 24.354 disposiciones de diferente clase. Acumulando estas disposiciones a las anteriores que se mantienen vigentes, el citado autor ha estimado que el número de textos aplicables en España en la actualidad debe estar alrededor de los 250.000. Se descompondría esta cifra en 9.816 leyes estatales y 150.230 reglamentos aprobados por la Administración del Estado. A estos habría que añadir las procedentes de las Administraciones autonómicas y locales, lo que permite especular sobre la suma indicada que no andará lejos de la real.

Naturalmente un universo normativo de tal importancia resulta difícilmente manejable por los operadores jurídicos. De aquí que la doctrina de todos los países constituidos como Estados de Derecho se haya planteado las soluciones que deben adoptarse para remediar la situa-

ción actual y retornar, en la medida de lo posible, a un sistema normativo constituido por normas identificables, comprensibles y estables.

Las recetas que se han propuesto son múltiples, de modo que difícilmente podríamos agotar su exposición en este lugar. Pero las agruparemos del siguiente modo:

— En primer lugar, estarían las que pretenden mejorar los procesos de producción normativa, tanto a escala legal como reglamentaria. En cuanto al procedimiento legislativo, son muchas las revisiones que se pueden introducir en la práctica dominante: los Parlamentos, las Cortes Generales entre nosotros, abusan de los procedimientos especiales, concebidos en los reglamentos parlamentarios para textos normativos o situaciones excepcionales. Debe enfatizarse la importancia de utilizar siempre el procedimiento legislativo ordinario, que es el único que permite debates reflexivos y evita los apresuramientos y las urgencias innecesarias. Igualmente es imprescindible evitar fórmulas de legislar contrarias a la reflexión con que deben ser dictadas las leyes, y a su vocación de estabilidad, como ocurre con las regulaciones ómnibus, convertidas ahora en nuestro país en una práctica que acompaña cada año a las leyes de presupuestos, en base a la cual se producen simultáneamente modificaciones masivas de decenas de normas.

— En segundo lugar, es necesario que la aprobación de normas nuevas, o la reforma de las precedentes, vaya acompañada de una verdadera evaluación de la necesidad y la posible eficacia de los proyectos que se elaboren. Pueden ser ejemplares, entre muchas ideas semejantes desarrolladas a tal efecto, las exigencias, que se implantaron en la República Federal alemana a partir de 1984 y 1989, en relación con las iniciativas legislativas del Gobierno. Se dispuso entonces el sometimiento a análisis de la necesidad, eficacia y comprensibilidad de todos los proyectos. A este efecto debía responderse a diez grandes cuestiones que, a su vez, se desagregaban en otras múltiples. Las básicas son (E. BÜLOW): si hay algo que hacer; cuáles son las alternativas; si la federación debe actuar; si hay que hacer una ley; si hay que actuar inmediatamente; si las dimensiones del proyecto de regulación se corresponden con las necesidades; si procede limitar el plazo de vigencia; si la regulación será comprensible y suficientemente próxima a los ciudadanos; si la regulación es practicable; y si se da una relación proporcionada entre el coste y los beneficios. Los proyectos, a los efectos indicados, tienen que someterse a un informe del Ministerio de Justicia, que se extiende a la verificación de la necesidad, juridicidad, compatibilidad y comprensibilidad de la norma, así como sus discrepancias con el Derecho Constitucional.

158.

Mejorar los procesos de producción normativa.

159.

Reinvidicación del procedimiento legislativo ordinario frente a los especiales.

160.

Evaluación de la necesidad y la eficacia esperada de los proyectos.

161.

Test sobre la necesidad y utilidad de las normas nuevas.

162.

Cuestionario sobre evaluación de los proyectos en España.

En España se hizo una aproximación a estas técnicas en un «Cuestionario de evaluación que deberá acompañarse a los proyectos normativos que se eleven al Consejo de Ministros», que se aprobó mediante un Acuerdo de dicho Consejo de 23 de enero de 1990. Pero no hay constancia publicada de los resultados de esta metodología preventiva.

163.

El viejo ideal de las leyes bien hechas.

— En tercer lugar, está el remedio, sobre cuya imperatividad constitucional trataremos en el epígrafe siguiente, de retomar el viejo ideal de las leyes bien hechas, por cuanto concierne a la ordenación de los mandatos que la ley contiene y a la manera de redactarlos. Y, junto a ello, recuperar también la inexcusable técnica de precisar, con ocasión de cada nueva ley, sus efectos sobre la legislación anterior. Sobre esta cuestión, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, que estableció por primera vez un procedimiento específico para la elaboración de disposiciones de carácter general, ordenó en su artículo 128.3 que «no podrá formularse ninguna propuesta de disposiciones sin acompañar al proyecto la tabla de vigencia de disposiciones anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas». Esta previsión suponía una contribución del proceso de producción normativa a la seguridad y certeza de las normas, obligando al propio autor de las disposiciones nuevas a que se pronunciara expresamente sobre qué normas anteriores consideraba incompatibles. La doctrina ha constatado que, sin embargo, esta exigencia de establecer las «tablas de vigencias», apenas fue atendida en la práctica. Por cierto que con el beneplácito de la jurisdicción contencioso-administrativa, que no apreció nunca que dicho defecto fuera constitutivo de ninguna irregularidad invalidante de la norma. Tal vez el desuso, por un lado, y el mencionado conformismo, por otro, fueron la causa de que con ocasión de la nueva regulación del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general establecido por la Ley de Gobierno de 27 de noviembre de 1997, se suprimiera totalmente la exigencia de la fijación de la tabla de vigencias. Lo cual ha supuesto un sorprendente retroceso, en cuanto supone la renuncia a un imperativo inexcusable de orden (algunas leyes autonómicas han recuperado la obligación de incluir tablas de vigencia en relación con sus propias normas reglamentarias. La fórmula de las tablas de vigencia solo se ha mantenido tradicionalmente en el marco de los reales decretos legislativos que aprueban textos refundidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.5 de la Constitución.

164.

Recuperación de la técnica de las tablas de vigencias.

— En cuarto lugar cabe situar, por último, el restablecimiento del ideal codificador. Con ocasión de la regulación de una institución

165.

El valor invalidante de la falta de precisión sobre la derogación de las normas.

tan calificada como la Comisión General de Codificación, el Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, se manifestó pesimista respecto de las posibilidades de retomar el viejo espíritu: «nuestra sociedad —decía el Preámbulo de aquella norma— se muestra ya muy distante de aquella época en que triunfó el ideal codificador. Nos encontramos en plena poscodificación, o mejor de la descodificación... la dinamicidad de nuestra sociedad impulsa la proliferación de disposiciones normativas, que son rápidamente modificadas o sustituidas, y ello hace inútil todo intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la ley y cristalizar así un sector jurídico...».

En verdad, algunas coordenadas de los tiempos de la codificación ya no existen y es imposible reinventarlas. Por una parte, la codificación se centró en el Derecho Penal, en el Civil y Mercantil y en las grandes leyes procesales. Nunca se esforzó en comprender también las regulaciones administrativas, que constituyen el segmento del ordenamiento jurídico que más ha crecido desde entonces. Respecto de ellas no ha habido más compendio, que los que elaboraron algunos juristas insignes. Por ejemplo, la *Librería de Jueces* que publicó Manuel SILVESTRE MARTÍNEZ en 1763, o el *Febrero*, publicado entre 1778 y 1781 por José FEBRERO BERMÚDEZ, cuya edición siguen y amplían, hasta llegar a once volúmenes en 1842, GARCÍA GOYENA y AGUIRRE. Aunque, ciertamente, en el Discurso Preliminar del proyecto de Código Civil de 1821 se establecía que la codificación no debía de comprender solamente el Derecho que «comúnmente se llama Privado, sino que abrazaría también el Derecho Público interior, o sea, la Administración General del Estado en los ramos eclesiástico, militar, judicial y político con todas sus dependencias», tales pretensiones fracasaron por completo, como ya hemos explicado en un apartado anterior. Los únicos hitos de semejante aliento codificador están en compilaciones privadas como el *Diccionario de legislación y de jurisprudencia* de ESCRICHE, editado en 1838, e incluso la *Biblioteca de escribanos*, publicada en 1846 por M. ORTIZ DE ZÚÑIGA. A la postre las exposiciones globales empezaron a ser sustituidas por compilaciones ordenadas como diccionarios. M. MARTÍNEZ ALCUBILLA empezó a publicar su *Diccionario de Administración* en 1858 y acabó en 1862 los cinco volúmenes que comprendía. Su senda fue seguida por FREIXA y CLARIANA en 1870, y luego por el *Diccionario manual del Derecho Administrativo español*, que publican en 1870 F. COS GAYÓN y E. CÁNOVAS DEL CASTILLO.

Por otro lado, es completamente inútil, como algunos pretenden, reclamar del legislador la máxima abstinencia. La función legislativa está para ejercerse cuantas veces el órgano que es titular de la misma

166.
Restablecimiento
del ideal
codificador.

167.
¿Edad de la
descodificación?

168.
El abandono
histórico de la
codificación
legislativa.

169.
Las compilaciones
de la legislación
administrativa
por autores del XIX.

170.
Compilaciones
privadas.

171.
ALCUBILLA, FREIXA,
CÁNOVAS.

172.
¿Minimalismo
legislativo?

lo considere pertinente, y no hay límite constitucional alguno con base al cual recomendar tal minimalismo legislativo. Es connatural con el cambio político de los titulares del poder legislativo, que la legislación se renueve. Es el trasunto del principio democrático que también la Constitución consagra.

173.
Es imposible
extender
la compilación
a todos los
ordenamientos.

En fin, considerando que los focos de producción de normas jurídicas son, como ya se ha indicado, múltiples, es ilusorio pretender imponer a todos los legisladores la disciplina de la compilación o la codificación. Por mucho que se consiguiera implantarla en el ordenamiento jurídico general del Estado, nada asegura su establecimiento en el ordenamiento comunitario europeo, en el autonómico, en los múltiples ordenamientos locales, etc.

174.
Técnicas
recopilatorias
en EE.UU.

Con todos estos condicionamientos y precisiones es, sin embargo, posible, recordar que en diversos Estados se ha dado un fuerte impulso a las compilaciones de normas. No hechas, ahora, con el espíritu sistemático que inspiró la legislación decimonónica, sino con el intento de incorporar a un sistema racional estable las normas aplicables a los sectores más relevantes, desde un punto de vista económico o social. En Estados Unidos se ha seguido la práctica de los *Restatements*, que son compilaciones de leyes y de jurisprudencia, en ediciones continuamente consolidadas, debidas al esfuerzo de asociaciones de especialistas, y bajo el control del *American Law Institute*. También en Estados Unidos existe el *US Code* que recoge las leyes federales y el *Code of Federal Regulations* que reúne las normas reglamentarias. El *Code* citado se elabora bajo la supervisión de un *Revisor of Statutes* designado por el Congreso. Tanto el aludido *US Code* como el *Code of Federal Regulations* están divididos en cincuenta títulos.

175.
Los Códigos
administrativos
franceses.

En Francia ha venido funcionando desde hace decenios una Comisión Superior de Codificación que ha elaborado más de una treintena de códigos en materias objeto de regulaciones administrativas y sociales. Tales Códigos, que se someten al estudio del Parlamento, terminan siendo aprobados por el mismo, con lo que adquieren el valor de leyes.

176.
Las propuestas e
ideas comunitarias
sobre codificación.

Las mismas preocupaciones por la codificación, entendida en el sentido moderno que se va indicando, se ha manifestado en el ámbito del Derecho comunitario desde mediados de los años noventa (Resolución del Parlamento Europeo de 20 de enero de 1995). El Consejo de Edimburgo de 8 de junio de 1998 aprobó a tal propósito una Resolución «relativa a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria». Y la Constitución europea de 2004, contenía igualmente

diversos preceptos en los que también se subrayaba la preocupación por la codificación.

C) Los fundamentos constitucionales de la exigencia de certeza, claridad y predecibilidad de las normas escritas

Las soluciones anteriormente expuestas no pueden tener por sí solas los efectos taumatúrgicos que los más optimistas llegan a atribuirles. Pero sin duda que pueden mejorar en buena medida la situación confusa y abigarrada que el sistema normativo presenta en la actualidad.

Lo que hemos de plantearnos ahora es si la obligación de claridad y coherencia del sistema normativo resulta impuesta por principios jurídicos concretos, de raigambre constitucional, o son solamente mejoras razonablemente deseables a cuya adopción, sin embargo, no está vinculado el legislador en modo alguno.

La confusión existente en el universo de las normas tiene, como subraya la doctrina insistentemente, dos proyecciones: la primera la dificultad de conocer el Derecho vigente; la segunda, su imprecisión y falta de claridad.

Desde el primer punto de vista, el problema del conocimiento del Derecho no es una cuestión nueva. Hace muchísimos años que el incremento exponencial de las normas que integran el sistema jurídico hace imposible su conocimiento incluso por los especialistas. Ante ello, a algunos juristas les ha causado estupor que el artículo 6 del Código Civil haya mantenido la máxima de que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento. Si esta prescripción se entiende como una obligación de conocer todo el Derecho, sería realmente absurda. Escribiendo sobre este problema, y teniendo ya a la vista lo que establecía a tal propósito el artículo 2 del Código Civil (cuyo texto repite ahora el vigente artículo 6), J. COSTA afirmó que el establecimiento de una presunción *iuris et de iure* de conocimiento de todo el Derecho «constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia».

La máxima procede del proyecto de 1851 redactado por GARCÍA GOYENA que, según él mismo explicó, seguía en esto lo establecido en el artículo 7 del Código de la Luisiana y el artículo 2 del Código austríaco, por contraste con otros Códigos Civiles, como el francés, que nada decían sobre tal extremo (probablemente por estar resuelto el problema por el artículo 1 del mismo Código, como explicó M. PLANIOL,

177.

Proyecciones constitucionales de la confusión: dificultad de conocer el derecho, imprecisión falta de claridad.

178.

¿Qué significa hoy la máxima «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento?»

179.

El origen de la máxima: proyecto del Código de 1851.

pues, una vez que ha sido impuesta por la autoridad pública, la ley es aplicable incluso a los que no la conocen, que son los más numerosos).

180.
Error de hecho y error de Derecho.

F. DE CASTRO analizó si el origen de la regla incorporada al artículo 2 de la versión original del Código Civil (hoy artículo 6) arrancaba de los textos de Derecho Romano. El error de hecho era en ellos excusable, porque aun el hombre más diligente puede incurrir en él. Sin embargo, el error de Derecho se consideraba inexcusable, porque considerando la omnipresencia de los juristas en la sociedad romana y el hábito de consultarles, nadie podía decir, salvo que actuara con un absoluto descuido, que desconocía el Derecho. La máxima que analizamos estuvo vinculada, por tanto, a la inexcusabilidad o no del error.

181.
Excusa de cumplimiento y obligatoriedad y primacía de la ley.

Pero la formulación moderna de la regla de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento está más bien relacionada a la proclamación de la primacía de la ley como expresión de la voluntad general. Lo que se trata al establecerla es la necesidad de cumplimiento de las leyes, con absoluta independencia de las circunstancias personales de cada ciudadano. Es esta una consecuencia vinculada al carácter imperativo de las leyes.

182.
Remisión a lo que la ley determine.

En este marco contemporáneo, la admonición ha sido matizada con diversos paliativos, como ha señalado L. DíEZ-PICAZO. En la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1973-1974, se añadió que «el error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que la ley determine», con lo cual se volvió a establecer la vinculación entre la ignorancia y el error de Derecho. El error de Derecho es también un vicio de consentimiento que puede invalidar la voluntad contractual (artículo 1266 CC), y también puede hacer nacer situaciones protegidas por la buena fe (artículo 433 CC). En el ámbito del Derecho Penal, también existen las figuras denominadas «error de tipo» y «error de prohibición», etcétera.

183.
El incumplimiento no es el fundamento de la necesidad de sistematicidad y orden normativo.

Lo dicho basta para poder concluir que el principio de que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento no puede ser el fundamento de la necesaria sistematización y ordenación de la normativa escrita. Probablemente un ordenamiento simple y accesible es más fácil de conocer. Pero, en los tiempos actuales, ni el más abreviado de los ordenamientos jurídicos permitiría imponer con todas sus consecuencias el «escarnio» y la «tiranía» (J. COSTA) de presumir, *iuris et de iure*, que de todos los ciudadanos (o incluso los especialistas) lo conocen.

La obligación de ordenación, claridad y sistemática, de existir, hay que buscarla en la Constitución. A este respecto, es cierto como ha señalado N. BOBBIO que la coherencia no es, al menos desde la pers-

pectiva de la teoría general, una condición de validez de las normas; estas se incorporan al ordenamiento con independencia de que sean incompatibles con otras normas. Otra cosa es que la falta de coherencia determine la ineficacia de algunos de los preceptos contradictorios. También puede ser exacto que, como señaló H. KELSEN, la unidad del ordenamiento es principalmente formal, pero no necesariamente material. Pero, aun aceptando todo lo anterior, es solo parcialmente cierto que, como ha pretendido L. M. DIEZ-PICAZO, no exista ninguna norma constitucional que imponga el deber de legislar de un modo ordenado y coherente. Esto no significa que el legislador esté obligado a evitar las antinomias. Ni siquiera podría decirse que las antinomias sean una patología inhabitual del sistema normativo, sino algo consustancial a cualquier ordenamiento complejo. Pero, aun partiendo de la evidencia de que es imposible que exista una coherencia absoluta en las relaciones internormativas, no puede descartarse que el legislador esté constitucionalmente obligado, hasta el límite de lo razonable, a formular sus proposiciones normativas de un modo claro y adecuado para formar conjuntos normativos coherentes.

Esta obligación se deriva directamente, en ocasiones, de la necesidad de respetar los principios de jerarquía (artículo 9.3) y competencia (artículos 140, 141, 148 y 149 CE), pero, desde una perspectiva más general, resulta de los siguientes requerimientos constitucionales:

En primer lugar, de la incorporación a la Constitución del concepto de ordenamiento jurídico, de cuya significación ya hemos tratado, que no se resume con la referencia a un conjunto o compendio de normas, sino, sobre todo, *al orden de dicho conjunto, a su sistematicidad*. Las normas que se incorporan al ordenamiento tienen que ser elaboradas y aprobadas por el legislador considerando la indicada exigencia. De ella puede deducirse, a nuestro juicio, su obligación de prever, con toda la exactitud razonablemente posible, los efectos de las normas nuevas sobre el Derecho vigente, de modo que aquellas ocupen un lugar definido y no sean fuente de confusión, en la medida de lo posible, en el ordenamiento en el que se integran.

En segundo lugar, el principio de legalidad, según lo configura la Constitución en algunos sectores del ordenamiento (especialmente en materia punitiva penal y sancionadora administrativa), exige que la ley describa exactamente el supuesto de hecho y defina la acción prohibida, de modo que sea posible a los destinatarios de la norma programar su conducta y saber anticipadamente las consecuencias del incumplimiento (por ejemplo, SSTC 133/1987, 196/1991 y 25/2002). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 7 del Conve-

184.

Coherencia y validez.

185.

Existe una obligación constitucional que impone la ordenación y claridad de la legislación.

186.

Fundamentos del orden de las normas.

187.

La significación constitucional del concepto de ordenamiento jurídico.

188.

La claridad está insita en la noción de legalidad.

189.

No es ley una norma legal redactada de modo impreciso.

nio de 1950 en el sentido de que una norma sancionadora no puede considerarse «ley» a menos que esté redactada con suficiente precisión (Sentencias *Müller y otros v. Suiza*, de 24 de mayo de 1988; *Kokkinakis v. Grecia*, de 25 de mayo de 1993; *G. v. Francia*, de 27 de septiembre de 1995; *Larissis y otros v. Grecia*, de 24 de febrero de 1998, etc.). Una ley, por tanto, que no cumpla con el requisito de la precisión puede ser considerada inconstitucional. La doctrina de la «*void for vagueness*» también se maneja habitualmente por el Tribunal Supremo norteamericano. Resulta de ella que las leyes deben estar formuladas de tal manera que «hombres de inteligencia común deben necesariamente aventurar cuál es el significado y discrepar acerca de su aplicación» (Sentencia *Connall v. General Cons. Co.*, de 1926).

190.

La precisión como criterio para el control de la discrecionalidad.

En tercer lugar, la misma precisión viene reclamada por la moderna doctrina y la jurisprudencia a los efectos de delimitar la discrecionalidad administrativa. El legislador no tiene libertad absoluta ni para atribuir potestades discrecionales a la Administración en cualquier materia, ni para decidir qué contenido de poder habilita a favor de la misma. Esto es claro cuando, por ejemplo, se trata de materias reservadas a la ley: la norma legal atributiva de poderes discrecionales a la Administración solo será constitucionalmente legítima cuando contenga las determinaciones esenciales, principales o básicas, que van a presidir dicha intervención administrativa. Cuando las leyes contienen regulaciones restrictivas de los derechos y libertades, es exigible que tengan la suficiente densidad normativa como para que sus aplicaciones administrativas sean previsibles y no permitan un ejercicio de las potestades atribuidas de un modo no igualitario o injusto. El Tribunal Constitucional ha aplicado tanto a la regulación de las sanciones administrativas como a las penales el mismo mandato de determinación. Se trata, en estos casos, de procurar que los ciudadanos puedan programar sus comportamientos sin temor a sanciones por conductas cuya tipificación no está clara y depende de actos aplicativos singulares de la Administración (SSTC 133/1987, 101/1988, 93/1992, 120/1996). Aunque el mandato de determinación parte de aceptar que las normas son necesariamente abstractas y que el lenguaje legal es habitualmente vago y versátil, el Tribunal Constitucional estima que la indeterminación de los conceptos no puede producir el efecto de que su aplicación dependa de decisiones libremente adoptadas por la Administración. En materia tributaria, por ejemplo, las SSTC 185/1995 y 233/1999, han repetido la doctrina de que «en estos casos la ley debe establecer los criterios o límites que sean idóneos para impedir que la actuación discrecional de la Administración en la apreciación de los factores técnicos se transforme en actuación libre o no sometida a límite».

191.

Definición legal clara y suficiente del contenido de las potestades.

En cuarto lugar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha extraído muchas consecuencias respecto de la claridad y coherencia de las normas al interpretar, por ejemplo, la expresión «prevista en la ley» que utiliza en el apartado 2 del artículo 8 del Convenio. Ha dicho el Tribunal al respecto (Sentencias *Silver*, de 25 de marzo de 1983; *Marlone v. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984; *Olsson v. Suecia*, de 24 de marzo de 1988; *Gillow*, de 24 de noviembre de 1986; *Rotaro v. Rumanía*, de 4 de mayo de 2000, etc.) que el principio indicado exige «que la ley sea accesible; el ciudadano debe poder disponer de suficiente información, según las circunstancias, sobre las normas jurídicas aplicables a determinado caso. Por otro lado, solo se puede considerar ley la norma que se exprese con la suficiente precisión para permitir al ciudadano que ajuste su conducta, y que pueda, en su caso con los adecuados asesoramientos, prever razonablemente, según sean las circunstancias, las consecuencias que pueda ocasionar una acción determinada». En otro orden de consideraciones, el Tribunal ha deducido de la expresión «prevista en la ley», ya citada, consecuencias importantes respecto de la «calidad de la ley». También sobre los límites de la atribución de facultades discrecionales a la Administración, que no pueden mermar la exigencia de previsibilidad de sus decisiones, etc.

Una última consideración es necesaria antes de concluir: el problema de la claridad y coherencia del sistema jurídico, de su accesibilidad y cognoscibilidad, ha dejado de ser exclusivamente imputable al legislador. La utilización por este de conceptos vagos y generales es, como ya se ha indicado, inevitable algunas veces. Por otra parte, la constitucionalización de la legalidad ha traído, entre otras consecuencias, que todo el sistema normativo infraconstitucional tenga que ser interpretado conforme a la Constitución, teniéndose que utilizar a tal efecto los principios y valores que ella misma proclama. Lo que significa que, en nuestro sistema jurídico actual, la jurisprudencia cumple un papel decisivo para la concreción y fijación de las reglas de Derecho, o también para su establecimiento o positivación.

Lo cual, no solo no mejora los problemas existentes, sino que aun los agranda, ya que, además de ordenar la legislación, en los ordenamientos actuales, y desde luego en el nuestro, es preciso organizar adecuadamente la jurisprudencia. La predecibilidad y certeza del Derecho depende, en gran medida, de que las leyes sean claras y estén coherentemente establecidas en un sistema racionalmente formado, pero en no menor grado resultará imprescindible que los ciudadanos puedan predecir en qué sentido se pronunciarán los tribunales, cuando les

192.

La reserva de la ley se vulnera si la ley no es fácil de conocer o no es suficientemente precisa.

193.

La ley debe permitir la previsión razonable de las consecuencias de las conductas que adoptan los ciudadanos.

194.

El papel de la jurisprudencia para precisar la legalidad.

195.

La judicialidad y certeza también exigen organizar y conocer la jurisprudencia.

planteen la solución de alguna controversia. Esto significa que es inexcusable evitar las contradicciones en que incurren los tribunales entre sí y los continuos cambios de orientación de su jurisprudencia.

La elevación del papel de la jurisprudencia, en relación con las normas escritas, en los actuales sistemas constitucionales europeos, reclama la incorporación de la técnica del precedente, de modo que se asegure la estabilidad y la claridad de las reglas de Derecho que fijan, crean o desarrollan los tribunales. Volveremos a referirnos a esta necesidad en un apartado ulterior (*infra*, 7).

5. LA POSICIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

A) La significación actual de los principios en el ordenamiento jurídico

El Estado constitucional de Derecho ha terminado con la concepción histórica de la legalidad dominada exclusivamente por la ley formal. Algunas leyes administrativas habían anunciado el cambio para advertir que la Administración no solo está sometida a la ley, sino «al ordenamiento jurídico» (artículo 70.2 LJCA de 1998), ampliación procedente del texto de 1956 de la misma Ley, en cuyo Preámbulo, como ya conocemos, dejó el legislador dicho que «lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones». Se hacía, sin duda, una referencia en el párrafo transcrito a la doctrina de los principios generales del Derecho, que empezó a ser aplicada enseguida por la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero el derrumbamiento del sentido legicentrista de la legalidad se produjo finalmente con la Constitución de 1978, que elevó al máximo rango normativo la regla de que los poderes públicos «están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (artículo 9.1). Y la Administración, en particular, sometida «a la ley y al Derecho». Dentro del ordenamiento jurídico, ocupa un lugar preeminente la ley, pero el referente normativo principal para la actuación administrativa es actualmente la Constitución. Y esta norma no está solamente integrada por reglas, sino también por valores y principios que no solo inspiran el ordenamiento constitucional, sino toda la producción jurídica y la dinámica misma del sistema normativo.

Las limitaciones que presenta un ordenamiento jurídico constituido solamente por reglas escritas, la dificultad de conocerlo, interpretarlo e integrar sus lagunas justifica la apelación a una legalidad integrada tam-

196.

La legalidad no está formada sólo por leyes formales.

197.

El derrumbamiento del sentido legicentrista de la legalidad.

bién por principios y afincada en valores de justicia que puedan proyectarse siempre a los procesos de creación y aplicación de las leyes.

Los principios generales del Derecho se reconocieron inicialmente como fuente a la codificación civil. El primero de los códigos decimonónicos que los mencionó fue el austríaco de 1811, que se limitaba a invocar la analogía, en la hipótesis de insuficiencia de las leyes, añadiendo que, cuando el caso siguiera siendo dudoso, «se decidirá según los principios del Derecho natural, habida consideración de las circunstancias diligentemente recogidas y maduramente ponderadas». En Italia el Código Albertino de 1837 y, más tarde, los Códigos de 1865 y 1942 invocaban el carácter supletorio, en defecto de leyes, de «los principios generales del Derecho» («principios del ordenamiento jurídico del Estado» era la expresión utilizada en el Código de 1842).

En nuestro Código Civil, la referencia a los principios generales del Derecho se hizo, desde la primera redacción, en el artículo 6.2. Decía el precepto que «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho». Los proyectos precedentes de 1821, 1836, 1851 y la Ley de Bases de 1888 no habían hecho ninguna referencia a los principios generales, de modo que la doctrina de la época tuvo que debatir mucho sobre los fundamentos de la aparición de dicho concepto, que F. DE CASTRO explicó bastantes años más tarde, con toda minuciosidad, enmarcándolos en nuestra propia tradición histórica.

La reforma del Título Preliminar del Código Civil, aprobada el 31 de mayo de 1974, explicó mucho mejor la posición de los principios en el ordenamiento jurídico. De la modesta función supletoria, que le atribuyó inicialmente el artículo 6.2 antes citado, se pasa a una concepción mucho más amplia, basada en la idea, que también expuso F. DE CASTRO, de que los principios tienen, en verdad, la triple función de «fundamento del orden jurídico», «orientadores de la labor interpretativa» y «fuente en caso de insuficiencia de la ley y la costumbre». Esta concepción de los principios es la que la indicada reforma de 1974 ha trasladado al vigente artículo 1.4 del Código Civil, que expresa: «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

En el ámbito del Derecho Público, los principios generales del Derecho empezaron a tener una especial significación desde mediados del siglo xx, cuando se tomó plena conciencia del derrumbamiento

198.

Los principios en la codificación civil.

199.

El Código Civil español y los principios.

200.

La triple función de los principios.

201.

El desarrollo de los principios en el Derecho Público.

general del ideal codificador, al que nos hemos referido en los apartados anteriores, y de la necesidad de encontrar, para sustituirlo, un orden de principios que sirvieran para proteger las instituciones y garantizar debidamente los derechos y libertades de los ciudadanos, frente al aluvión desbordado de las normas escritas, siempre cambiantes, muchas veces inconexas y habitualmente impredecibles. El extraordinario éxito que los principios generales tendrán en el ámbito del Derecho Público resulta fácil de comprender, ya que comparando el ordenamiento jurídico público con la codificación civil, es notorio que aquel no tuvo nunca ni la sistemática ni el orden que impregnó toda la codificación del Derecho Privado. De esta manera, en el ámbito del Derecho Público la apelación a la técnica de los principios generales era especialmente necesaria.

Aunque la utilización masiva de los principios generales del Derecho es anterior a la consagración definitiva del Estado constitucional de Derecho en toda Europa y, desde luego, entre nosotros, el constitucionalismo vigente ha contribuido decisivamente a robustecer su posición y a ampliar su papel en el marco del ordenamiento jurídico general.

Los principios generales se han incorporado de modo expreso a la Constitución, aunque, en el caso de la nuestra, el concepto se ha empleado con diversas significaciones. Además la Constitución ha proclamado unos «valores superiores», cuya diferenciación con los principios no es tarea sencilla en términos jurídicos. Más adelante, retomaremos el problema de la distinción entre valores y principios y las técnicas jurídicas que han de utilizarse para la aplicación de unos y otros.

A los valores se refiere el artículo 1.1 CE: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». A los principios alude con carácter general el artículo 9.3: «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». A lo largo del texto constitucional, el término «principios» aparece utilizado, con otras muchas proyecciones y significaciones. El Capítulo III del Título Primero se titula «De los principios rectores de la política social y económica»; el artículo 103.1 recoge los «principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación»; el artículo 103 alude a los principios de mérito y capacidad; el artículo 107 consagra

202.

*Valores y principios
en la CE.*

203.

*Utilización
del concepto
«principios»
en la CE.*

el «principio de unidad jurisdiccional»; el artículo 124 invoca el principio de «unidad de actuación y dependencia jerárquica» del Ministerio Fiscal; el artículo 132 alude a los «principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad del dominio público».

La jurisprudencia constitucional se ha visto envuelta en muchas dificultades para aclarar de modo satisfactorio la diferencia entre valores y principios, por un lado, y la diferente significación con que la Constitución emplea el concepto de principios.

Desde luego les reconoce un valor informador de todo el ordenamiento jurídico (Sentencia 21/1981, de 7 de julio, seguida luego por muchísimas otras; por ejemplo, Sentencias 27/1981, 103/1983, 65/1090, 66/1990, 67/1990, etc.). Pero también es habitual que emplee con la misma significación el concepto de valores y de principios. No ha llegado, la jurisprudencia constitucional, a fijar de modo completo una doctrina clara relativa al modo en que los principios tienen que ser utilizados y los criterios que tienen que seguirse para decidir la eventual preferencia aplicativa de unos sobre otros.

Por su parte, la doctrina, a los efectos de fijar las distinciones y aclarar los principios aplicativos publicados, se muestra últimamente bastante de acuerdo con aceptar la exposición que formuló R. ALEXY en su teoría de los derechos fundamentales.

Los principios son normas que prescriben que un valor o un bien jurídico debe ser realizado en la mayor medida que resulte posible, considerando el entorno y las circunstancias del caso. Como su aspiración es realizar un valor, pueden considerarse, a los efectos de su aplicación, como «mandatos de optimización», según los ha denominado el citado R. ALEXY. De lo que se trata es de que el contenido del principio se realice en la mayor medida posible, pero también son constitucionalmente aceptables diversos grados de cumplimiento. Este cumplimiento parcial de los postulados del principio, los diferencia de la estructura técnica de las reglas, que siempre está organizada sobre la base de la previsión de supuestos de hecho, cuya presencia determina la aplicación inmediata de las consecuencias jurídicas previstas en aquellas. Las colisiones entre reglas exigen el desplazamiento de alguna de las que están en contradicción. Las que implican principios pueden determinar la aplicación preferente de unos sobre otros, pero no la invalidación del principio desplazado. El método que ha de usarse para la aplicación de los principios es habitualmente la ponderación, que determinará cuál de los principios afectados tiene que ser aplicado. En esta operación de ponderación podrán concurrir en los

204.

Diferencias entre valores y principios.

205.

Diferencias entre reglas y principios.

206.

Principios y ponderación.

valores que también la Constitución consagra. Esta invocación permitirá favorecer la aplicación de aquellos principios que, en el contexto concreto en el que han de ser aplicados, mejor favorezcan valores constitucionales como la democracia, la libertad y el pluralismo.

La ponderación de valores es una cuestión compleja que ha ocupado mucho a alguna jurisprudencia constitucional comparada, como la alemana o la norteamericana. Casi siempre esas líneas jurisprudenciales utilizan técnicas próximas a la conocida como *balancing test*. El Tribunal Supremo norteamericano empezó a utilizarlo al hilo de la interpretación de la Primera Enmienda, sobre todo en relación con la libertad de expresión, para convertirlo más tarde en una referencia común en toda operación de interpretación constitucional. Una de sus consecuencias es el reconocimiento de posición preferente de algunos principios, o, directamente, de algunas libertades cuya regulación tiene una estructura principal inequívoca (prensa, reunión, asociación, religión). La jurisprudencia constitucional alemana también se ha ido orientando hacia una jerarquización de principios, poniendo por delante la dignidad humana, y organizando luego una escala alrededor de los derechos de libertad y de igualdad (DÜRIG).

B) La fijación o determinación de los principios generales

Presentada en el epígrafe anterior la significación que los principios generales del Derecho tienen en el ordenamiento del Estado constitucional, tenemos que retomar ahora una cuestión clásica en la dogmática de los principios generales, como es la cuestión de saber de dónde proceden y cuál es el modo en que se explicitan, determinan o positivizan.

La cuestión ha dado lugar a innumerables aportaciones doctrinales que tal vez puedan resumirse, simplificando, en dos corrientes: las que consideran que los principios generales tienen un fundamento extra-positivo, que se sitúan por encima y al margen de los procedimientos ordinarios de creación del derecho por el legislador; y, de otro lado, las que estiman que los principios generales no son otra cosa distinta que el conjunto de criterios o convicciones que utilizan los operadores jurídicos ordinarios (doctrina, tribunales, la propia Administración) para interpretar e integrar el contenido de las normas jurídicas y aplicarlos conforme a los valores jurídicos comúnmente compartidos.

En la actualidad no existe ningún criterio objetivado de creación de los principios generales. Pero la presencia de estos en el ordenamiento es, sin embargo, indiscutible. Antes de por cualquier otra razón, como

207.

El método de la ponderación.

208.

La formación y origen de los principios.

209.

Fuentes suprapositivas y experiencia jurídica.

210.

Constatación práctica.

hemos visto, porque aparecen recogidos en la propia Constitución. Pero también porque basta con acudir a la práctica de los aplicadores del Derecho para constatar que la doctrina, la jurisprudencia y la Administración utilizan conceptos de valor general que pueden calificarse de principios generales.

En la actualidad, no puede haber ninguna duda de que la afirmación de los principios generales en el ordenamiento jurídico no es otra cosa que la consecuencia de la *communis opinio* de los operadores jurídicos sobre la existencia de ideas, valores y reglas que han de inspirar la creación de las normas y contribuir a su correcta interpretación y aplicación.

Los modos de manifestación de los principios generales, las formas de su determinación, explicitación o positivación han sido objeto durante mucho tiempo de un debate doctrinal que, en la actualidad, debe entenderse resuelto en favor de la máxima pluralidad posible. De modo que debe entenderse que la manifestación de los principios se produce a través de la jurisprudencia, de la legislación, de la doctrina o de la obra conjunta de todos estos operadores jurídicos.

Según los sistemas y las épocas, sin embargo, es visible una mayor o menor inclinación a centrar la manifestación de los principios en alguna de dichas fuentes de expresión. Entre la doctrina española, PUGIBRUTAU, siguiendo ideas que proceden de J. ESSER, sostuvo que los principios generales llegan a determinarse o concretarse en el momento en que los recoge la jurisprudencia.

En el ámbito del Derecho Público esta concepción jurisprudencial de la creación de los principios es la que se desarrolló en Francia, cuya doctrina administrativista está fuertemente influenciada por la jurisprudencia del *Conseil d'État*.

B. GENEVOIS ha explicado que el *Conseil d'État* empezó a utilizar la noción de principios generales desde mediados del siglo XIX, pero inicialmente lo hizo sin construir ninguna teoría de conjunto que permitiera comprender la razón de la utilización de reglas no escritas para complementar los contenidos de la legislación. Los primeros principios generales utilizados por el Consejo de Estado estaban en íntima conexión con las ideas implantadas con la Revolución de 1789 (V. M. LETOURNEUR). Por esta razón, quizá resulte tan obvio como indiscutible que el primer principio general que consagra la jurisprudencia del *Conseil d'État* sea el de igualdad ante la ley, la gran conquista de la Revolución (igualdad ante los impuestos: *Arrêt Abdaulhousse* de 13 de

211.

Communis opinio de los juristas.

212.

Modos de presentación.

213.

Teoría de la constatación jurisprudencial.

214.

La creación jurisprudencial de los principios en Francia.

215.

Las ideas de la Revolución como fuente.

noviembre de 1936; igualdad ante los servicios públicos: *Arrêt Société l'Alcool dénature de Coubert* de 1 de abril de 1938).

216.
El Código
napoleónico
como fuente.

En seguida, sin embargo, la fuente revolucionaria de extracción de los principios generales se completará con el Código Civil. De sus normas también deducirá la jurisprudencia administrativa principios aplicables a la resolución de los contenciosos: por ejemplo, el principio de no retroactividad se incorpora a la jurisprudencia invocando el artículo 2 del Código napoleónico, y el de cosa juzgada el artículo 1351. Pero la jurisprudencia en materia de principios generales más creativa no será la que tenga en cuenta prescripciones ya establecidas en la legislación, sino la que extraiga por inducción de las reglas escritas principios que son esenciales para explicar el sentido de una institución, de una rama jurídica, o del sistema normativo completo. El Consejo de Estado buscará en su jurisprudencia los valores que han servido para inspirar al legislador. Su doctrina empezará a referirse al «espíritu general de la legislación». Y el método servirá para inducir principios tan importantes como la libertad sindical, la de enseñanza o la imparcialidad de los tribunales de concursos.

217.
El desarrollo
durante el régimen
de Vichy.

Durante el régimen de Vichy (1940-1944), la creación jurisprudencial de principios generales alcanzó una de sus épocas más fecundas. El *Conseil d'État* empezará a referirse con frecuencia a los «*principes généraux du Droit, applicables même en l'absence de texte*», lo que le permitió orientar sus decisiones solucionando controversias sin necesidad de contar con un respaldo expreso en los textos escritos. Este período creativo del *Conseil d'État* permitió subrayar a la doctrina que el Consejo había consolidado una teoría especialmente atrevida en un régimen de Derecho escrito como el francés, la teoría de los principios generales del Derecho, cuya sustancia consistía en entender que «existen reglas de Derecho no escritas que tienen valor legislativo y que, por consiguiente, se imponen al poder reglamentario y a la autoridad administrativa, en tanto no hayan sido contradichas por una disposición de ley positiva» (T. BUFFANDEAU).

218.
Orientaciones del
Conseil d'État.

A partir de la Constitución de 1958, los fondos de donde se extraen los principios generales del Derecho se enriquecieron y diversificaron en la jurisprudencia. El *Conseil d'État* empezó a utilizar, junto a las fórmulas antiguas, la noción de «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», aludidos sin mucho detalle en el Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946. En todo caso, los principios empezaron a tener entonces apoyatura en un texto de valor constitucional; la jurisprudencia sobre los principios sentados en la Revolución de 1789, se completaba ahora con estos otros principios

219.
Apoyatura
constitucional.

fundamentales reconocidos en las leyes de la República, o también con los principios «particularmente necesarios en nuestro tiempo». Este proceso de concreción jurisprudencial de principios generales que sirven para determinar las fuentes de inspiración del legislador, para interpretarlo y para suplir las insuficiencias de sus regulaciones, ha planteado a la doctrina francesa el enojoso problema de resolver en qué consiste el proceso de definición de un principio general. Para alguna doctrina resulta evidente que la función del juez radica en la constatación de la existencia de un principio y en su consecuente declaración. Los jueces y tribunales, o el *Conseil d'État*, los descubren (los *arrêts* del *Conseil d'État Dame Paynet* de 8 de abril de 1973, y *Confédération Nationale des Groupes Autonomes de l'Enseignement Public*, de 13 de diciembre de 1980, han sido considerados por B. GENEVOIS como ilustrativos de dicho método). Otra corriente doctrinal sostiene que la determinación o fijación de los principios generales del Derecho por la jurisprudencia no evidencia otra cosa que la *creación de Derecho por los jueces*. Si todos los jueces y tribunales tuvieran que declarar y utilizar los principios generales en cuanto que los descubren, no tendría el menor sentido que el Consejo de Estado sopesara los pros y contras de tomar o no en cuenta un principio general (*Arrêt Ville de Toulouse* de 23 de abril de 1982), o que no use principios que ya han sido aplicados por el Consejo Constitucional (cfr. *Arrêt* del CC de 26 de junio de 1969 y del Consejo de Estado de 27 de febrero de 1970). Precisamente considerando la enorme disponibilidad que los textos legales dejan a los jueces para que completen las reglas que han de servir de base a sus decisiones, alguna significativa doctrina no ha dudado en hablar del poder normativo de la jurisprudencia (M. WALINE, D. DUPEYROUX, B. GENEVOIS).

El carácter pretoriano del Derecho Administrativo francés, muy directamente influido por la doctrina del *Conseil d'État*, explica la casi absoluta concentración de los procesos de formación y consolidación de los principios generales en la labor de la jurisprudencia del indicado Consejo. Sin embargo, ni en Francia siquiera, y desde luego tampoco en nuestro sistema jurídico, puede afirmarse que los principios generales se determinen o positivicen únicamente en virtud de la acción de la jurisprudencia. Más bien se trata de un trabajo conjunto de la totalidad de los operadores jurídicos, entre los que es difícil repartir la influencia más decisiva, ya que la aportación de cada uno de ellos es visible en cada principio general si se rastrea adecuadamente su historia.

La comunicación a tal respecto entre la doctrina, la jurisprudencia y la legislación es visible en algunas leyes administrativas tan importan-

220.

Carácter creativo o declarativo de la jurisprudencia sobre principios.

221.

El papel conjunto de los juristas.

222.
La influencia de la doctrina en la consolidación de los principios.

tes como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y en las modificaciones establecidas mediante la Ley 4/1999, de 13 de enero. Además de otros ejemplos a los que luego aludiremos, como el que ofrece el principio de confianza legítima, consagrado ahora en el artículo 3 de dicha Ley, la comunicación de los esfuerzos de los operadores jurídicos es palmaria en la regulación de los «principios de la potestad sancionadora» que sistematiza el Capítulo primero del Título IX de la Ley mencionada (legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y prescripción), y los principios del procedimiento sancionador, recogidos en el Capítulo II del mismo Título (procedimiento debido, derechos de defensa, presunción de inocencia, etc.).

Antes de ser acogidos por la Ley, todos estos principios fueron consagrados por la jurisprudencia contencioso-administrativa a partir de los años setenta. Y, a su vez, dicha jurisprudencia fue indiscutiblemente tributaria de las críticas que la doctrina había desarrollado durante la década anterior sobre el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración (L. MARTÍN-RETORTILLO, R. PARADA VÁZQUEZ, A. NIETO, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, etc.). De la jurisprudencia pasaron a la legislación ordinaria, y desde la legislación ordinaria llegaron a obtener reconocimiento en la Constitución de 1978. En sus preceptos se somete la potestad sancionadora administrativa a los mismos principios que a la potestad punitiva general (artículo 25.1: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o *infracción administrativa*, según la legislación vigente en aquel momento»). Estas verificaciones dejan absolutamente claro que los principios generales no proceden de una fuente natural o extrapositiva sino que son la decantación de valores, de soluciones repetidas con ocasión de la aplicación de grupos de normas escritas, de formas de entender la justicia y el sentido del Derecho por sus operadores ordinarios.

223.
El sentido de las instituciones y del sistema jurídico.

Algunas veces la determinación de estos principios resulta imprescindible para comprender las reglas que disciplinan una determinada institución jurídica (la expropiación forzosa, la responsabilidad administrativa o la posición de la potestad reglamentaria), otras necesarios imprescindibles para entender el funcionamiento de un sector entero del ordenamiento (la proporcionalidad en el Derecho sancionador, o la progresividad en materia tributaria), y otras serán imprescindibles para explicar la esencia del sistema jurídico entero (la igualdad, la democracia, la libertad).

Podemos todavía ampliar algo más la exposición acerca de los procesos que los operadores jurídicos concluyen hasta alumbrar y dar vigencia efectiva a los principios generales. Utilizaremos, para ello, tres ejemplos concretos: el principio de interdicción de la arbitrariedad, el de proporcionalidad y el de confianza legítima.

a) El principio de interdicción de la arbitrariedad tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, un origen doctrinal inequívoco. Procede, sin discusión posible, de un trabajo publicado en los años sesenta por E. GARCÍA DE ENTERRÍA que trataba precisamente de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Dicho principio fue recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, también por la indiscutible iniciativa de otro administrativista, L. MARTÍN-RETORTILLO, senador, a la sazón, en las Cortes constituyentes. Alguna doctrina ulterior (F. RUBIO LLORENTE), ha puesto en duda, siguiendo criterios dogmáticos establecidos por autores alemanes a partir de LEIBHOLD, que dicho principio aporte alguna especialidad en relación con el de igualdad, que también consagra el artículo 14 de la Constitución. Esta objeción ha sido contestada en términos concluyentes por el propio E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y también por T. R. FERNÁNDEZ, aludiendo al refuerzo dogmático y práctico que el principio de interdicción de la arbitrariedad supone en relación con el principio de igualdad, al exigir de los poderes públicos un comportamiento que les impone no solo conductas adecuadas a Derecho sino también la motivación de sus decisiones y la racionalidad de las opciones que les guían. Pero lo importante es que esta comunicación entre la doctrina y la legislación constitucional refleja también un estado de opinión de los demás operadores jurídicos sobre la significación e importancia de dicho principio general para interpretar el ordenamiento e integrar los vacíos e insuficiencias de las normas escritas. En efecto, a partir de la consagración positiva de la interdicción de la arbitrariedad, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han hecho uso de dicho principio general para aplicarlo al control de las decisiones de todos los poderes públicos. Su aplicación a las decisiones legislativas ha resultado, hasta ahora, más limitada. El Tribunal Constitucional mantiene la doctrina, establecida por ejemplo en su Sentencia 142/1993, que sigue lo resuelto en la Sentencia 108/1986, de que «el juicio de arbitrariedad respecto del legislador solo aparecería si la norma impugnada careciera de explicación racional». El juicio sobre la racionalidad de la decisión es fundamental para determinar si se ha atendido el legislador al principio de interdicción de la arbitrariedad. Para resolver cuándo una decisión legislativa no es racional, o también razonable, utiliza el Tribunal Constitucional otros parámetros complementarios, como la falta de proporción de la medida, en cuanto

224.

El proceso de creación de los principios: dinámica.

225.

El ejemplo del principio de interdicción de la arbitrariedad.

226.

Formación doctrinal.

227.

Aplicaciones en la jurisprudencia: a la ley...

implique un sacrificio excesivo o innecesario de derechos que la Constitución garantiza (STC 66/1985), o el respeto al principio de igualdad (por ejemplo, STC 181/2000, de 26 de junio, y muy expresivamente con anterioridad, la anterior STC 176/1993, donde el Tribunal establece que «en resumen el principio de igualdad no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador»).

La aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad a las resoluciones judiciales también es, en la jurisprudencia constitucional, constante. Uno de los parámetros que sirven para determinar habitualmente la infracción del principio es la insuficiencia de motivación. Como subraya la STC 155/2002, de 22 de julio, para que una sentencia cumpla la condición de estar motivada, no solo es preciso que explícite los criterios jurídicos que la fundamentan, sino que es también necesario que «tal motivación esté fundada en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia» (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2.º; 119/1998, de 4 de junio, FJ 2.º; 25/2000, de 25 de enero, FJ 2.º; 82/2001, de 26 de enero, FJ 2.º, etc.). Complementando estas mismas argumentaciones sobre la interpretación del principio general de interdicción de la arbitrariedad, la STC 155/2002 ha explicado que «una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando aun constatada la existencia formal de una argumentación, no es expresión de la administración de justicia, sino mera apariencia de esta por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo» (también SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4.º; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2.º; 64/1997, de 17 de marzo, FJ 3.º; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7.º).

Las fórmulas usadas para el control de las decisiones judiciales para verificar su adecuación al principio de interdicción de la arbitrariedad tienen otras muchas proyecciones en las que no hemos de entretenernos ahora. Citaremos dos más. Primero, la aplicación de dicho principio para evitar que los órganos judiciales puedan apartarse en sus resoluciones de los precedentes establecidos en otras anteriores, cuando tal desvinculación del precedente sea arbitraria, esto es, sea irreflexiva, no

228.

*... a las resoluciones
judiciales.*

229.

*Otras aplicaciones
a las resoluciones
judiciales.*

razonada o razonable, o no tenga vocación de futuro (por ejemplo, SSTC 57, 122 y 193/2001, que recogen una línea jurisprudencial firme establecida en otras muchas sentencias anteriores). Y, segundo, la consideración de que la falta de calidad del razonamiento jurídico puede constituir una vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad. Esto ocurre cuando las resoluciones judiciales, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes, erróneas, sobre hechos mal seleccionados o falsos, o son fruto de un error patente (entre muchas sentencias que recogen esta doctrina cfr. SSTC 214/1999, 102, 133, 200 y 295/2000, 134/2001, 164 y 217/2002, etc.).

Por lo que concierne a la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad a las decisiones administrativas, todos los tribunales han encontrado en dicho principio un test para la verificación de la adecuación a Derecho de la actividad administrativa, que cumple en la actualidad, en nuestro Derecho, un papel de extraordinaria importancia.

El criterio más habitualmente empleado para determinar la arbitrariedad de la decisión es la falta de motivación o la insuficiencia de la misma (en la jurisdicción ordinaria muy especialmente a partir de las SSTS de 30 de junio de 1982, 15 de octubre y 26 de noviembre de 1985 y 3 de diciembre de 1986, etc.).

Pero junto a la adecuación de la motivación, la jurisprudencia constitucional y administrativa utilizan todo el conjunto de tests que ya hemos mencionado. En concreto, la correcta interpretación de los hechos en que se funda la decisión es un criterio decisivo para determinar la existencia de arbitrariedad. A este respecto, aunque la jurisprudencia reconoce habitualmente a las exposiciones sobre hechos que formulan las autoridades y agentes administrativos, una presunción de certeza o de razonabilidad, tradicionalmente apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos administrativos, también es habitual en la jurisprudencia encontrar la declaración de que dicha presunción es *iuris tantum* y desvirtuable, por tanto, si se acredita que ha concurrido arbitrariedad, desviación de poder o patente error en la selección o calificación de los hechos (STC 153/1993). También proyecta la jurisprudencia el test de la arbitrariedad a las decisiones administrativas excluyendo que las potestades de que goza la Administración le puedan permitir sostener interpretaciones arbitrarias de las normas (SSTC 42/1987, 219/1989, 93/1992, entre otras muchas), o resoluciones abiertamente discriminatorias (por ejemplo, STS de 19 de junio de 2002). Considera, en fin, la jurisprudencia que se incurre en arbitrariedad cuando la Administración se ha dejado

230.

Aplicación a las decisiones administrativas.

231.

Los tests para la constatación de la arbitrariedad.

influir por criterios irrelevantes o no ha tomado en consideración los que realmente lo eran para el caso. Los tribunales pueden controlar en este sentido que la alternativa elegida por el órgano administrativo no sea irracional o absurda (en este sentido es muy conocida la posición de los tribunales ingleses expresada por Lord GREENE en el famoso caso *Wednesbury* de 1948).

232.
El ejemplo del
principio de
proporcionalidad.

b) El principio de proporcionalidad ha tenido una acogida en la legislación positiva menos elevada que el principio de interdicción de la arbitrariedad, y el trabajo de su conservación y su enorme vigencia en la interpretación y aplicación actual de las normas cabe atribuirlo al esfuerzo conjunto de la jurisprudencia y la doctrina.

233.
Jurisprudencia
comunitaria.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los últimos años, maneja repetidamente el principio: por ejemplo, Sentencias de 12 de julio de 2001 (*Tate and Lyle*), 2 de octubre de 2001 (*Martínez y De Gaulle*), 11 de diciembre de 2001 (*Kvitsjoen v. Comisión*), 15 de enero de 2002 (*Weidacher*), 22 de enero de 2002 (*Canal Satélite Digital*), 12 de marzo de 2002 (*Omega Air*), 19 de marzo de 2002 (*Comisión v. Italia*), etc.

234.
Jurisprudencia
constitucional.

En la jurisprudencia constitucional es constante, también, la utilización de dicho principio para el control de las decisiones de todos los poderes públicos (entre una jurisprudencia amplísima, SSTC 160/1988, FJ 6.º; 190/1987, FJ 6.º; 6/1988, FJ 3.º; 50/1995, FJ 7.º; 173/1995, FJ 2.º, etc.). Por lo que concierne a la jurisprudencia administrativa, la utilización del principio de proporcionalidad a efectos del control de las decisiones administrativas es habitual desde hace muchos años, aunque se ha fortalecido después de la aprobación de la Constitución (por ejemplo, SSTS de 6 de diciembre de 1986, 7 de febrero y 29 de diciembre de 1987, 30 de abril y 22 de julio de 1988, 8 de julio y 19 de octubre de 1989, 18 de abril de 1990, 3 de diciembre de 1991, 28 de abril de 2000 y 2 de octubre de 2002).

235.
Jurisprudencia
administrativa.

236.
Los tests de la
proporcionalidad.

En todos estos ámbitos jurisprudenciales, así como en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la aplicación del principio de proporcionalidad a las decisiones administrativas se hace utilizando un triple test que concierne sucesivamente a la idoneidad de la medida, a su necesidad y a la adecuación de los fines que se persiguen con ella. El primer test obliga a elegir entre las medidas más eficaces disponibles para alcanzar el fin que el órgano administrativo se propone. El segundo indaga sobre la necesidad de la medida, considerando si existen algunas otras opciones menos gravosas, que afecten menos a los derechos o intereses individuales implicados o supongan un menor

sacrificio para los intereses públicos. Y el tercer test o verificación exige, en fin, que la decisión administrativa, para adecuarse a la regla de la proporcionalidad, no produzca desventajas que no puedan compensarse con los beneficios que esperan obtenerse con los fines que la decisión persigue.

El principio de proporcionalidad no ha alcanzado, como el de interdicción de la arbitrariedad que hemos examinado, su consagración constitucional directa y positiva. Es decir, ningún precepto constitucional se refiere a él directamente. En la legislación administrativa, sin embargo, el principio se incorporó primero al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (artículo 6) cuyos términos fueron luego ratificados por la LRBRL de 1985. Esta simple referencia legal bastó a la jurisprudencia contencioso-administrativa para considerar que el principio de proporcionalidad tenía carácter general y era aplicable a la actividad de todas las Administraciones Públicas.

Después de aprobada la Constitución, dicha jurisprudencia administrativa ha considerado que el principio hay que entenderlo comprendido en lo establecido en el artículo 106.1 de la Constitución. Argumenta el Tribunal Supremo que aunque dicho precepto alude solamente al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican, reclama necesariamente que exista armonía entre los medios utilizados y los fines perseguidos, es decir, que implícitamente consagra el principio de proporcionalidad. La jurisprudencia constitucional, por una parte, también ha considerado que dicho principio de proporcionalidad se incardina en reglas y valores asentados en la propia Constitución, aunque no aparece expresamente mencionado. Proclama habitualmente que es un principio que cabe inferir de otros preceptos constitucionales y que, desde luego, puede usarse como criterio de interpretación para enjuiciar «las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales» (STC 55/1996, de 28 de marzo, y toda la jurisprudencia constitucional antes citada).

c) Por último, aludiremos al proceso de formación y consolidación del principio de confianza legítima. Hasta hace relativamente pocos años, dicho principio era perfectamente desconocido en nuestro Derecho. Pero su descubrimiento doctrinal y su rápido desarrollo e implantación jurisprudencial, y ulteriormente legislativa, tenían, también entre nosotros, el mismo terreno abonado que ha permitido su firme implantación, primero en el Derecho alemán y ulteriormente en el Derecho comunitario europeo, de donde nosotros lo hemos importado.

237.

Fundamento legal y constitucional del principio.

238.

Artículo 106 CE y actuación proporcional.

239.

El ejemplo del principio de confianza legítima.

240.
Incorporación a la
jurisprudencia
del TS.

241.
Estimulación
doctrinal.

242.
La «marcha triunfal»
del principio
en Alemania.

243.
Incorporación,
desde la
jurisprudencia
comunitaria
a la del TS.

La primera sentencia del Tribunal Supremo que se refirió al principio de confianza legítima para el control de una decisión administrativa, fue la de 28 de febrero de 1989. Realmente no utilizaba expresamente el concepto «confianza legítima» tal y como se ha configurado ulteriormente en sede jurisprudencial y doctrinal, sino que de un modo más indirecto, hacía alusión a que la denegación de una subvención a un administrado había quebrantado su «*fides* o confianza». Un comentario doctrinal de esta sentencia, hecho con el conocimiento de la relevancia del principio de confianza legítima en el Derecho comunitario (F. MARÍN RIAÑO), destacó que aquella Sentencia podía suponer la recepción de tal principio en nuestro Derecho. Esta colaboración doctrinal seguramente sirvió para centrar más la significación del principio de confianza manejado por la jurisprudencia, de modo que sentencias sucesivas se referirán por extenso y con mucho mayor detalle a la significación y funciones del principio de confianza legítima. Aunque en nuestro ámbito se recibe a través de la jurisprudencia comunitaria, el origen último del principio está en el Derecho alemán (en particular, suele citarse como primera referencia la del Tribunal Superior administrativo de Berlín de 14 de noviembre de 1956), que ha hecho de la *Vertrauensschutz* un principio crucial cuya consolidación, en expresión de F. OSSENBÜHL, ha constituido una verdadera «marcha triunfal». La jurisprudencia comunitaria lo recogió de la alemana utilizándolo desde los años ochenta en innumerables sentencias (Sentencias del Tribunal de Justicia *Hauptzollant Hamburg*, de 26 de abril de 1988; *Comisión v. Italia*, de 20 de septiembre de 1990; *Chomel*, de 27 de marzo de 1990; *Sofrimport*, de 26 de junio de 1990; *Mulder*, de 19 de mayo de 1992, etcétera). Esta jurisprudencia la recoge nuestro Tribunal Supremo, como expresamente reconoce en su Sentencia de 19 de enero de 1990. Dos sentencias inmediatas del mismo Tribunal, de 27 de enero de 1990 (ponente GONZÁLEZ NAVARRO) y la de 1 de febrero del mismo año (ponente MARTÍNEZ SANJUÁN) consolidarán definitivamente dicho principio en el ordenamiento español. La mecánica del principio, según la explica la segunda de las dos últimas sentencias citadas, exige su aplicación «no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa 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 —interés individual e interés general— la revocación o la dejación sin efectos del acto hace crecer el patrimonio del beneficiario que confió razonablemente en dicha situación administrativa unos perjuicios que no tiene por qué soportar».

A partir de la consagración jurisprudencial del principio, sus proyecciones han sido múltiples. Se utiliza para determinar la existencia de responsabilidad de la Administración cuando cambia de criterio de un modo inesperado, imprevisible y perjudicial para los administrados (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1993, 17 de febrero de 1998, 26 de noviembre de 1999, 29 de febrero de 2000, 13 de junio de 2000, etc.); igualmente se aplica a la corrección de sanciones administrativas impuestas apartándose sin justificación de criterios establecidos en ocasiones precedentes, o cuando se sancionan conductas que han sido inducidas por la propia Administración (SSTS de 18 de abril de 1993 y 28 de julio de 1997). En la jurisprudencia constitucional, el principio de confianza legítima aparece habitualmente vinculado con los de seguridad jurídica y retroactividad de las normas (SSTC 197 y 205/1992, 173/1996, 182/1997, 273/2000, etc.).

Pero el principio al que más íntimamente vincula la jurisprudencia el de confianza legítima es el de buena fe. Inicialmente la jurisprudencia contencioso-administrativa utilizó la referencia al principio de buena fe contenido en el artículo 7.1 del Código Civil. Pero la conexión definitiva entre ambos principios se ha producido al tiempo que se establecía la definitiva legalización del principio de confianza legítima, circunstancia que se produjo con ocasión de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El nuevo artículo 3.1 reconoce expresamente los principios de buena fe y de confianza legítima como rectores de la actividad administrativa entera. Los dos, a su vez, son considerados en la Exposición de Motivos de la aludida Ley de reforma, como «derivados del de seguridad jurídica». Y la misma vinculación entre buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima aparece argumentada con enorme frecuencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente a partir de dicha reforma (entre otras muchas, por ejemplo, Sentencias de 16 de mayo de 2000, 19 de enero, 13 de julio y 21 de diciembre de 2001, 22 de abril, 14 y 16 de junio de 2002, etc.).

La conclusión de lo expuesto sobre el proceso de formación y consagración de principios hoy capitales en nuestro Derecho como los de interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad y confianza legítima, excluye definitivamente cualquiera de las dos tesis que más arraigo han tenido hasta ahora sobre la creación o determinación de los principios generales: primero, no es en modo alguno admisible seguir pensando que procedan de ninguna fuente suprapositiva, ni que se incardinan en principios de derecho natural que constituyan una especie de *primum verum* indisponible para los operadores jurídicos. Segundo, la consagra-

244.

Aplicaciones del principio de confianza legítima.

245.

El principio de buena fe.

246.

Vinculación con la seguridad jurídica.

247.

Conclusiones sobre la formación de los principios.

ción de los principios no depende tampoco de su afirmación por la jurisprudencia, como sigue siendo creencia extendida entre la doctrina francesa y ha sostenido entre nosotros alguna doctrina civilista. La conclusión de nuestro análisis no deja dudas, según creemos, de que la afirmación y aplicación de los concretos principios generales operativos en el ordenamiento jurídico, son el fruto combinado de las creencias y valores que utilizan todos los operadores jurídicos en el proceso de creación, interpretación y aplicación del Derecho, bien sea para afirmar categorías que permiten entender el sistema jurídico completo o algunas de sus ramas, bien para integrar el significado y comprender el funcionamiento de algunas de sus instituciones concretas.

C) La cuestión del rango de los principios generales

La positivación de los principios generales que acaba de analizarse está en íntima relación con la asignación de un rango concreto a los mismos en el sistema de las fuentes. Este debate es muy característico de la doctrina francesa del Derecho Administrativo. Las posiciones de los diferentes autores no son unánimes y están vinculadas a la concepción que cada uno tenga sobre el modo en que se fijan o determinan aquellos principios. Como la convicción dominante, según lo ya explicado, es que dicha tarea de positivación corresponde a la jurisprudencia, casi nadie duda del origen jurisprudencial de los principios. Pero, aun así, su posición en el ordenamiento jurídico sería distinta si los jueces y tribunales se limitan a encontrar dichas reglas no escritas y a declarar su existencia o si, por el contrario, las crean ellos mismos con su jurisprudencia. Es decir, si la función que cumplen es meramente interpretativa del Derecho existente, o creativa de reglas nuevas. En el primer supuesto, habría que admitir que los principios que resultan de la interpretación de otras normas tienen que tener el rango mismo de dichas normas. En otro caso, si los principios son de creación jurisprudencial, habrá que reconocérseles el rango que la jurisprudencia tenga en un sistema normativo dado. De lo anterior se desprende que existan posturas doctrinales favorables a reconocer que los principios se sitúan en el mismo nivel que la Constitución, y también otras mucho más matizadas. Entre estas la de R. CHAPUS que, desarrollando conceptos que están en la obra de CARRÉ DE MALBERG, ha sostenido que los principios generales tienen que jerarquizarse, como cualquier otra norma, en razón a la autoridad que la dicta. Usando este criterio, y considerando que los principios son de creación jurisprudencial, el citado autor recuerda que el juez está sometido a la ley y la Administración sometida al juez. Por tanto los principios alumbrados por la

248.

La posición de los principios en el sistema de fuentes.

249.

Valor constitucional, legal e infralegal.

jurisprudencia tendrían una posición intermedia entre la ley y el reglamento. En definitiva, para el autor citado, tendrían «*valeur infralégislative et supradécrétale*».

Este empeño en asignar un rango fijo a los principios generales en el sistema de las fuentes es, sin embargo, en nuestro criterio, completamente inútil en la actualidad. Al menos, no tiene ningún sentido pretender asignar a los principios generales una posición jerárquica única y estable en el sistema de las fuentes. Teniendo en cuenta la triple función de «fundamento del orden jurídico», «orientadores de la labor interpretativa» y «fuente en caso de insuficiencia de la ley y la costumbre», que cabe asignar a los principios generales, especialmente subrayada en la reforma del Código Civil de 1974 (artículo 1.4), parece lógico concluir, como hizo F. DE CASTRO en su momento, que la jerarquía es una categoría técnica que no resulta de aplicación a los principios generales, dada su posición y funciones en el ordenamiento. Están, en efecto, por encima de la producción legislativa en cuanto que le sirven de fuente de inspiración y también actúan de modo auxiliar y subordinado cuando, a partir de ellos, se completan operaciones de interpretación o de complementación del Derecho escrito.

En la actualidad, sin embargo, la cuestión del rango de los principios generales es bastante más fácil de resolver de lo que ha venido pretendiendo toda la doctrina que hemos mencionado. Dado el proceso de constitucionalización y de legalización de los principios generales más importantes, resulta actualmente inescusable concluir que los que están recogidos en la Constitución tienen el rango de la Constitución misma y, por tanto, se sitúan en la posición más preeminente y por encima de toda la legislación ordinaria. Algunos que no están expresamente reconocidos en la Constitución pero que cabe deducir de sus prescripciones (como el principio de proporcionalidad del que hemos tratado en el apartado anterior), tendrán también la misma posición constitucional indicada. Algo más complejo es establecer el rango de otros principios reconocidos en la legislación ordinaria, pero que no están expresamente mencionados en la Constitución, como pueda ser el caso de los principios de buena fe y de confianza legítima recogidos en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992 tras su reforma por la Ley 4/1999. Ninguna duda cabe de su supremacía sobre las normas reglamentarias y su carácter vinculante para toda la actuación de la Administración Pública. Pero también es posible reconocer a aquellos principios valor constitucional si se consideran vinculados, como lo están, según hemos estudiado también, con el principio de seguridad jurídica, cuyo rango constitucional está expresamente consignado en el artículo 9.3 CE. La

250.

La jerarquía es una categoría no aplicable a los principios.

251.

Equiparación con la norma que los acoge.

252.

Principios constitucionales.

regla general es, por tanto, que tienen rango constitucional aquellos principios que han sido recogidos expresamente en la Constitución o que la jurisprudencia ha deducido de interpretaciones de preceptos constitucionales en los que deben entenderse incluidos, muy especialmente de los relativos a derechos fundamentales, en cuya estructura técnica siempre existe una vertiente objetiva, nutrida indeclinablemente por uno o más principios generales. De rango infraconstitucional y legal o, en su caso, meramente reglamentario, serían aquellas proposiciones principales respecto de las que no es posible establecer una conexión directa con otros valores, principios o reglas constitucionales. Dado el alcance casi universal de las regulaciones constitucionales, normalmente los principios no constitucionalizados tendrán que ver con la organización y funcionamiento ordinario de las Administraciones Públicas. Solo en este caso (y aun así muy limitadamente; téngase en cuenta la constitucionalización de principios como el de eficiencia del gasto público —artículo 31.2 CE— o los de descentralización, desconcentración, coordinación, eficacia, mérito y capacidad en el artículo 103 CE, etc.) el legislador podría modificar o apartarse de los principios generales que rijan una determinada organización o institución.

253.
Principios legales.

En verdad, dada la función inspiradora que los principios generales tienen de todos los procesos de creación de normas, su posición supraordenada a todo el Derecho escrito es una característica esencial de los mismos. Así como, según vamos a ver enseguida, la existencia de la costumbre como fuente depende de su reconocimiento por una norma de rango legislativo, los principios generales existen y cabe entenderlos constitucionalizados en su mayoría, aun con independencia de su reconocimiento expreso. Asimismo, sus funciones en el ordenamiento jurídico se mantienen establemente con independencia de que la legislación positiva las explicita.

254.
*Posición superior
derivada a todo el
Derecho escrito.*

6. COSTUMBRES, PRÁCTICAS Y USOS CON RELEVANCIA NORMATIVA

A) Revisión crítica de la dogmática de la costumbre en el Derecho Público

255.
*Dificultad técnica
del tema.*

En los estudios de Derecho Civil sobre la costumbre es completamente habitual que los autores se refieran a ella como una materia «oscura», «embrollada» (O. V. BULOW), difícil, en cuya explicación la doctrina se desenvuelve con extraordinaria desorientación (F. DE CASTRO).

Esta persistente idea sobre la dificultad de tratamiento del tema de la costumbre tiene muchas explicaciones comprensibles.

En primer lugar, está la propia transformación de la costumbre como fuente del Derecho. En los dos últimos siglos se ha acelerado el proceso de codificación y de legalización general del Derecho, con la consecuencia de que cada vez se ha estrechado más el papel que las costumbres pueden cumplir en sistemas jurídicos en los que las iniciativas regulatorias proceden siempre de un legislador con aspiraciones de universalidad. Pero, aun desde la posición marginal que el legislador va dejando a la costumbre, sigue planteándose hoy el problema permanente de su relación con la ley: si es aquella una fuente equiparable o subordinada a la ley. La historia del Derecho muestra la amplia gama de equilibrios que han existido en las diferentes épocas. En el Derecho Romano imperial parece sentado que se admitió una equiparación entre la ley y la costumbre, lo que se justifica con un famoso fragmento de JULIANO (Digesto I, 3,32), donde se advierte que «rectamente está admitido que no solo por el sufragio del legislador, sino también por el consentimiento tácito de todos se derogan las leyes». Este equilibrio fue matizado por los primeros glosadores a favor de la ley: asumido por el emperador todo el poder, decía IRNERIO que no podía darse ya un *consensus populi*, como en la época romana, capaz de derogar las leyes. Pero los postglosadores tendrán que apoyarse en la glosa de ACCURSIO para justificar el valor jurídico de los estatutos y los derechos de las ciudades frente al Derecho imperial. Para ello se valdrán del texto de JULIANO y destacarán de él, especialmente, como justificación de la fuerza de la costumbre, el consentimiento del pueblo. Por ello mismo las legislaciones municipales y el Derecho consuetudinario podrán aplicarse con preferencia respecto de la legislación imperial. En el Derecho canónico se establecen soluciones más matizadas: el Decreto de Graciano mantuvo la distinción entre los principios básicos de la Iglesia y la costumbre: la prelación de fuentes sitúa en lugar preferente, sin embargo, al Derecho natural, a las disposiciones de los Concilios generales, a las leyes canónicas y leyes humanas y, como complemento, operaría la regla de que «el uso cede a la autoridad; el mal uso sea vencido por la ley y la razón».

En segundo lugar, las exposiciones doctrinales sobre el papel de la costumbre han sido hechas, a veces apasionadamente, en desarrollo de concepciones más generales sobre el Derecho y la posición que cumplen, en su creación, los representantes del pueblo que detentan el poder al asumir la titularidad de los órganos del Estado, o el pueblo directamente, que se manifiesta convirtiendo en reglas jurídicas sus

256.

Transformación de la costumbre como fuente del Derecho.

257.

Historia de la relación de la costumbre con la ley.

258.

Derecho Romano y glosadores.

259.

La fuerza de la costumbre y el consentimiento del pueblo en los postglosadores.

260.

Costumbre y teoría del Derecho.

propias convicciones y orientaciones sobre organización de las relaciones sociales. El contraste más vivo en este punto lo ofrecen las posiciones respectivas sobre el papel de la costumbre que asume, por un lado, el racionalismo positivista, que triunfó con la Revolución francesa y que considera a la ley el centro del sistema jurídico, la norma máxima y la fuente única del Derecho (con marginación expresa inicial de las normas del ejecutivo, de la jurisprudencia y de la costumbre), y lo que años después sostendrá (con origen en Alemania pero con radiaciones a toda la Europa continental) la Escuela histórica del Derecho, con SAVIGNY a la cabeza, defensores encendidos de la importancia central del Derecho no escrito y de la costumbre, por tanto, como fuente originaria del Derecho, expresión del espíritu del pueblo. La costumbre es, como diría PUCHTA, «para el pueblo que la establece, el espejo donde se reconoce».

261.
En el racionalismo positivista.

262.
En la Escuela histórica: significación.

263.
Requisitos.

En tercer lugar, y al margen ya de la posición que, en teoría general o en la práctica, tenga la costumbre en un sistema jurídico, está el problema de su identificación, de la determinación de los requisitos que permiten asegurar su existencia. Para que pueda hablarse de costumbre tiene que existir un uso o práctica social, que además reúna los siguientes requisitos:

264.
Práctica generalmente asumida.

a) Tiene que haber sido generalmente asumida, lo que plantea el problema de determinar el número de personas que es preciso que, en cada caso, asuman la misma conducta para poder concluir en la existencia de costumbre. Algunos de los problemas que esta constatación plantea pueden ser resueltos con relativa facilidad. Por lo pronto no se trata de usos o prácticas implantadas en todo el territorio del Estado, sino de costumbres locales, ya que la codificación dejó vigente tan solo las costumbres del lugar (antiguo artículo 6 CC), así como los usos del comercio (artículo 2 C. de C.) y los regímenes consuetudinarios de las provincias y los pueblos y los existentes en los regímenes forales mantenidos en vigor. De manera que para que exista costumbre local bastará con que la siga la mayoría de los que están en el lugar, o participen de una determinada situación (en este consentimiento mayoritario se basan también los usos profesionales, comerciales y semejantes, que no se desarrollan por colectivos identificados por su asentamiento territorial, sino por la comunidad de su actividad o sus intereses). La identificación de si la práctica es o no mayoritaria es un problema complejo, que tendrá que ser objeto de prueba por quien alegue la existencia de una costumbre que no haya sido suficientemente reconocida por el legislador, la jurisprudencia o la Administración; además, la práctica o uso en que consista la costumbre tiene que

265.
El ámbito local de referencia.

266.
Prueba del carácter mayoritario de la práctica.

ser uniforme, lo cual plantea también problemas enjundiosos: piénsese, por ejemplo, en la aplicación de este requisito a la celebración de una procesión religiosa en localidades cuya población no participa o, si lo hace, interviene con diferentes convicciones y propósitos.

b) El segundo requisito básico es la reiteración y la duración. Respecto de este extremo se discuten tradicionalmente dos cuestiones: la primera se refiere al número de ocasiones en que tiene que repetirse un uso o manifestarse una práctica social para convertirse en costumbre. La discusión al respecto viene de BARTOLO y del abad PANORMITANO y no se ha cerrado nunca sobre bases muy claras, las *Partidas* añadieron el criterio de que la costumbre hubiera sido reconocida al menos en dos juicios. La segunda cuestión es la de los efectos de la paralización o suspensión de la práctica. Se considera que la interrupción no es decisiva para la supresión de la costumbre si está justificada por circunstancias imprevisibles o insuperables para la comunidad que sigue una determinada práctica (en la jurisprudencia del *Conseil d'État* francés, como ha mostrado G. TEBOUL, es habitual este modo de razonar en relación con la interrupción de celebraciones y manifestaciones religiosas o de festejos taurinos populares; por ejemplo, *arrêt* de 3 de diciembre de 1954, *Sieur Rastouil, énergie de Limoges*. Respecto de los efectos extintivos o no de la interrupción de otro tipo de costumbres, entre nosotros, los criterios del Tribunal Supremo pueden verse en las Sentencias de su Sala 3.^a de 18 de octubre de 1999, 4 de febrero de 1999, entre otras).

La duración exigible a la reiteración de un comportamiento o práctica para convertirse en costumbre conoce también soluciones diversas: la más general es no fijar plazo alguno y dejar la apreciación a la jurisprudencia. Pero también presenta nuestro Derecho histórico de las *Partidas*, por influencia del Derecho Canónico, la equiparación de la costumbre a la prescripción adquisitiva, señalándose como requisito para su producción veinte años.

c) A los anteriores requisitos que, junto al de la publicidad de la conducta, ha venido denominándose externos, se ha reclamado, para que la costumbre exista, la concurrencia de otros internos. Principalmente, alguno de los tres siguientes, sobre cuya preferencia la doctrina ha variado dependiendo de las épocas históricas y las características de los sistemas jurídicos: en primer lugar la *opinio iuris vel necessitatis* que es, de las diferentes doctrinas sobre los requisitos internos de la costumbre, la que más cerca se sitúa del reconocimiento de la costumbre como una norma surgida del pueblo; los principales sostenedores de esta tesis serán los miembros de la Escuela histórica

267.
Uniformidad.

268.
Reiteración
y duración.

269.
Número de
repeticiones.

270.
Interrupción:
efectos.

271.
Apreciación
jurisprudencial.

272.
Publicidad.

273.
*Opinio iuris vel
necessitatis.*

en lógica correspondencia con su convicción de que el Derecho procede del *Volksgeist*, del espíritu del pueblo, la costumbre es para ellos una manifestación de la opinión del pueblo sobre su propio Derecho. Esta opinión tiene que consistir, además, en la convicción de que la conducta en que consiste la costumbre es obligatoria.

274.
Doctrina de
la aprobación.

En segundo lugar, la doctrina de la aprobación o de la voluntad, expresa o tácita, del soberano, que impone que toda conducta, para adquirir la relevancia normativa de la costumbre, precisa ser consentida por el soberano. Este requisito se introduce principalmente por la glosa con el propósito de asegurar la mayor unidad y coherencia a un sistema jurídico que ya está dominado por un príncipe que establece el Derecho. En nuestras *Partidas* tiene un claro reflejo este requisito, cuando exigen que la costumbre se establezca «sabiéndolo el Señor de la Tierra e non contradiciendo o teniéndolo por bien» (Partida 1.^a, 2,5).

275.
Reconocimiento
jurisprudencial.

La tercera posibilidad de que la costumbre llegue a consolidarse como norma radica en su reconocimiento jurisprudencial. Esta exigencia, que ha tenido amplio predicamento en algunas épocas, figura también en las *Partidas* (reconocimiento de la costumbre en dos juicios: Partida 1.^a, 2,5), es la habitual en el Derecho anglosajón, según lo ha descrito J. AUSTIN en su clásica exposición sobre la materia (*Lectures on Jurisprudence*, London, 5.^a ed., 1885).

276.
Racionalidad y
lealtad de la
costumbre.

d) En fin, a los requisitos expuestos la dogmática general sobre la costumbre como fuente ha añadido la exigencia de que aquella sea racional y también leal con el sistema jurídico, a cuyos principios generales tiene que acomodarse. Esta exigencia se expresaba en las *Partidas* afirmando que la costumbre «debe ser con justa razón e non contra la ley de Dios, ni contra Derecho natural, ni contra procomunal de toda la tierra del lugar do se face» (Partida 1.^a, 2,5). Pero en la actualidad es un requisito recogido en términos generales en el Código Civil, en cuya apreciación deja un gran margen a todos los aplicadores del Derecho, pero especialmente a la jurisprudencia.

277.
Usos nacidos fuera
de la organización
del Estado.

Hecho este repaso sumario de los principios que ordenan la existencia de la costumbre como fuente, añadiremos para concluirlo el recordatorio elemental de que el concepto técnico de costumbre no se delimita por referencia a cualquier práctica o uso; tiene que tratarse de una regla nacida fuera de la organización del Estado; son las fuerzas sociales exteriores al Estado las que las crean. Lo cual significa que dentro de la organización del Estado la reiteración de conductas, aunque tengan relevancia jurídica y sean capaces de generar verdaderas reglas de Derecho, no son técnicamente costumbres, sino fenómenos

jurídicos diferentes: la reiteración de una práctica o el sostenimiento estable de una opinión por los tribunales es jurisprudencia y la misma reiteración de conductas o prácticas por la Administración Pública se denomina precedente, y ambos fenómenos tienen una significación y estructura técnica completamente diferentes de los de la costumbre.

Todo lo expuesto debe sernos ahora de utilidad para comprender cuál sea la importancia y significación de la costumbre en el Derecho Público, y para comprender nuestra crítica sobre la confusa e insatisfactoria exposición que suele encontrarse de este tema en la bibliografía especializada.

La primera afirmación apodíctica de la que parten las exposiciones sobre la costumbre en el ámbito del Derecho Administrativo es la de su mínima importancia. Los administrativistas franceses, tan atentos a las proyecciones dogmáticas de la legalidad, entendida como dominio absoluto del legislador sobre la producción del Derecho por el que se rigen las Administraciones Públicas, son absolutamente contundentes al respecto. R. CHAPUS ha señalado que la existencia de la costumbre en materia administrativa es «problemático». G. VEDEL y P. DEVOLVÉ no mencionan el tema de la costumbre. Lo mismo hace P. BENOIT. J. RIVERO opina que «*la cotume est practiquement negligéable*» en Derecho Administrativo. Y, en sentido similar G. DUPUIS y M. J. GUEDON dicen que la costumbre no tiene un papel importante en Derecho Administrativo. Estas mismas opiniones son las generalizadas en Italia y también en España, como puede verse en las exposiciones sistemáticas del Derecho Administrativo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, F. GARRIDO FALLA, J. SANTAMARÍA PASTOR, R. PARADA, F. GONZÁLEZ NAVARRO, etc.

Este punto de partida es, a nuestro juicio, solo parcialmente acertado. Es, en efecto, absolutamente cierto, que la creación del Derecho en el Estado contemporáneo, surgido de las revoluciones burguesas del período final del siglo XVIII y primeros años del siglo XIX, se encomendó de un modo casi monopolístico al legislador, lo que implicó la eliminación o, al menos, la marginación casi completa de cualquier otra fuente complementaria. Las costumbres generales anteriores fueron eliminadas por el constitucionalismo y la codificación. Aquellas regulaciones de las relaciones sociales compatibles con la nueva ideología fueron acogidas como materia propia por los nuevos códigos y leyes que sustituyeron el papel regulador de las costumbres. Además, la emergente sociedad burguesa aspiró a cambiar radicalmente la estructura de las instituciones del Antiguo Régimen y a garantizar los derechos de los ciudadanos, para lo que confió esencialmente en la acción del legislador y, en ejecución de sus decisiones, en la Adminis-

278.

Las prácticas administrativas no son costumbres.

279.

¿Mínima importancia de la costumbre en el Derecho Público?

280.

Posición general de la doctrina.

281.

Fundamentos de la marginación de la costumbre como fuente.

282.

La legislación de Derecho consuetudinario.

tración Pública. De ninguna manera en el impulso jurídico que pudiera proceder de usos y prácticas sociales, que trataban de superar. La derogación de las costumbres del Derecho Civil común (artículo 1.976 CC), la legalización y codificación general de los principales contenidos del Derecho consuetudinario y la reducción de las fuentes de la costumbre a los usos y prácticas locales, dejó muy disminuido el ámbito de la costumbre como fuente. Sus contenidos, además, son muy poco relevantes para el Derecho Público porque apenas hay materia alguna, concerniente a la relación de los ciudadanos con la Administración que sea objeto de normas consuetudinarias; más bien los residuos de la costumbre conciernen a materias de índole civil. Basta un repaso general de la jurisprudencia administrativa, como el que ha hecho en Francia G. TEBOUL, para confirmar concluyentemente la situación indicada.

284.

Nueva emergencia de prácticas sociales con valor normativo.

Pero esta posición doctrinal, indiscutible en el extremo indicado, no ha estado atenta a una nueva emergencia de las prácticas sociales con valor normativo, cuyo parentesco con la costumbre analizaremos más adelante, que implican una reacción social frente al monopolio de la producción del Derecho por el legislador, y suponen nuevas formas de compartición de la regulación de determinados tipos de fenómenos y relaciones sociales de gran importancia. No puede sostenerse, como hizo F. DE CASTRO, seguramente con toda la razón en su tiempo, que la asunción por el Estado del poder normativo principal supuso también la reconducción a la costumbre de la única forma posible de crear Derecho por parte de las fuerzas sociales. El propio Código Civil (artículos 1258, 1287, etc.) y el Código de Comercio (artículo 2) dejaron abierta una importante función normadora a los usos de los negocios, a las prácticas profesionales, cuya importancia ha crecido de modo extraordinario en los últimos decenios del siglo xx, coincidiendo con un retraimiento del legislador en su pretensión de extender sus regulaciones a la totalidad de las materias de relevancia técnica, económica o social. La emergencia del fenómeno de la autorregulación, aunque nueva con las características con que se presenta en la actualidad, es una manera de producción de normas por la sociedad que, en algunas de sus manifestaciones, tiene rasgos parangonables con la costumbre; es una adaptación moderna de la vieja significación de la costumbre, porque también implica, a veces, la codificación o sistematización privada de usos y prácticas reiteradamente sostenidas en determinados sectores económicos o sociales.

285.

La sociedad disputa el monopolio del legislador.

286.

Autorregulaciones y retraimiento del legislador.

La falta de consideración de todos estos relevantes temas nuevos contrasta con la atención que las exposiciones doctrinales hacen de un modo reiterado y casi mecánico, al referirse al significado de la cos-

tumbre en el Derecho Administrativo, a la cuestión del valor del precedente. Es decir, del valor normativo, o, al menos, de la eficacia vinculante que quepa reconocer a las prácticas conductas reiteradas en que incurren las Administraciones Públicas cuando interpretan las normas o las aplican a casos concretos.

Tal vez no sea importante tratar del precedente administrativo a abordar la cuestión de la costumbre; pero siempre será necesario advertir que el precedente y la costumbre son dos instituciones radicalmente distintas, aunque ambas tengan en común el hecho de que procedan de la reiteración de comportamientos con un mismo contenido. Pero, aun así, el precedente nada tiene que ver con la costumbre, por la muy sustancial razón de que, si tuviera aquel algún carácter normativo, se trataría de una norma creada dentro del Estado, en virtud de la conducta de sus órganos, y no una norma procedente de las vivencias y la creatividad de las fuerzas sociales, surgida fuera del Estado, como exige sin discusión la dogmática de la costumbre.

Teniendo, sin embargo, el precedente, en común con la costumbre, capacidad de generar efectos normativos por tratarse de un comportamiento reiterado, podría tratarse al lado de la costumbre siempre que, además, se explicase que esta «costumbre administrativa» en que consiste el precedente no es ni la única ni la más relevante de las manifestaciones de prácticas reiteradas de órganos del Estado que podrían denominarse precedentes o costumbres con el mismo, inexacto, título. Por lo menos, habría que considerar otras dos más: las prácticas con valor normativo que se producen en el marco de las relaciones internacionales y que tienen una extraordinaria relevancia práctica, y las mutaciones constitucionales consistentes precisamente en prácticas reiteradas (en algunos ámbitos doctrinales comparados como el francés, se denomina a las mutaciones «costumbres constitucionales»), a las que se reconoce fuerza suficiente para variar el contenido de regulaciones de la propia Constitución. El parentesco de todos estos fenómenos (precedentes, prácticas diplomáticas, mutaciones constitucionales) entre sí, es mucho más fuerte, en cuanto precedente siempre del comportamiento de órganos estatales, que el que pueda existir entre ellas y la costumbre, porque la similitud se limita, en este caso, a la pura mecánica de la reiteración de un uso o práctica. Pero el análisis de conjunto, al menos a efectos sistemáticos y comparativos, puede tener interés.

No distinguir entre una y otra clase de los fenómenos jurídicos indicados conduce a confusiones que han tenido no poca importancia dogmática en la historia del Derecho Administrativo. Muy singular-

287.*El valor de los precedentes.***288.***Radical diferencia con la costumbre.***289.***Otras prácticas con valor normativo surgidas en las instituciones públicas.*

290.

Negación de O. MAYER de cualquier papel a la costumbre en Derecho Administrativo.

mente, entre esos equívocos, el puesto en circulación por O. MAYER, en su fundamental *Derecho Administrativo Alemán*, al negar toda posibilidad de que exista la costumbre en el ámbito del Derecho Administrativo. Frente a la admisión general, pero contreñida a lo antes explicado, de la doctrina decimonónica, MAYER niega cualquier papel a la costumbre utilizando argumentos de gran contundencia aparente. Basándose en la posición que la Administración tiene ante el Derecho, completamente distinta de la de los sujetos privados, advirtió que cuando una ley no ha regulado una determinada materia, la Administración no puede crear una costumbre que la supla y actuar en consecuencia. Si no existe ley que habilite la actuación de la Administración, será porque la ley no ha querido que actúe. Si la Administración pudiera suplir mediante costumbres propias la significación de la omisión legislativa, estaría dejando sin contenido la reserva constitucional de ley, entre otros principios básicos. Por ello, concluye O. MAYER su análisis diciendo que «es necesario reconocer que la formación de un derecho consuetudinario para la Administración está excluida por los mismos principios generales de nuestro Derecho público».

291.

Las omisiones legislativas no son sustituibles por prácticas administrativas.

Este análisis del papel de la costumbre es, sin embargo, erróneo. Lo que se plantea en él, que es si la Administración puede crear una costumbre que supla o complemente lo establecido en la ley, es técnicamente incorrecto porque la Administración es un órgano del Estado incapaz de formar prácticas que tengan la consideración dogmática de costumbres. Sencillamente porque la costumbre es una creación de la sociedad y no de los órganos del Estado. Huelga, por tanto, advertir sobre la posición de la Administración ante el Derecho y sobre la significación de la reserva de ley que, siendo como MAYER los explica, ninguna importancia tienen para lo que discute.

292.

Fundamentos del erróneo planteamiento de MAYER.

Lo importante no es, por tanto, si la Administración puede crear e imponer costumbres, cuestión que tiene una inequívoca respuesta negativa, sino si la Administración queda vinculada, y en qué medida, por las costumbres, sobre todo si son estas independientes, es decir, si han surgido y existen sin que el legislador se remita a ellas o las acoja. Nos referiremos luego a esta cuestión, pero nótese que la doctrina de MAYER, seguida total o parcialmente por otros autores, ha permitido afirmar que la costumbre no puede sustituir el papel de la legalidad, sobre todo cuando se trata de adoptar medidas limitativas o restrictivas de los derechos de los ciudadanos (entre nosotros J. SANTAMARÍA PASTOR), lo cual no resulta aceptable: primero porque la costumbre también forma parte de la legalidad, que no queda reducida a los contenidos de la ley, sino integrada por otras muchas expresiones de la normatividad; y segundo,

293.

Vinculación de la Administración a las costumbres.

294.

¿Puede sustituir el papel de la legalidad?

porque la práctica demuestra cómo muchas costumbres, que vinculan a la Administración, tienen algunos contenidos ordenadores y limitativos de derechos de los ciudadanos: entre nosotros podrían tomarse como referencia las respuestas consuetudinarias a los conflictos sobre usos de pastos o leñas, o sobre el aprovechamiento de la caza, pero el Derecho Administrativo francés ofrece un ejemplo inmejorable sobre las costumbres con contenido limitativo de derechos por exigir, precisamente, prestaciones económicas y personales; se trata del denominado «*parage de la voirie*», que impone una contribución económica directa del vecindario al empedrado o adoquinado de las calles.

Otra importante crítica que puede formularse al tratamiento del papel de la costumbre en el Derecho Público es la tendencia a considerarla como una manifestación del Derecho no escrito que se parangona con los principios generales del Derecho.

Este paralelismo es inaceptable completamente. Para empezar, la afirmación de que los principios generales del Derecho y la costumbre sean Derecho no escrito, tal vez tuvo plena razón de ser en otros momentos históricos, pero, actualmente, ha perdido la mayor parte de su sentido. No es que no existan principios generales y costumbres no escritas, sino que la mayor parte de ellos aparecen, en la actualidad, recogidos, referidos o considerados en las normas escritas, y en el menos expresivo de los casos, utilizados por la jurisprudencia o mencionados en prácticas administrativas escritas.

Pero en lo dicho concluyen los paralelismos entre ambas fuentes, cuyo nivel de determinación escrita puede diferir. Lo importante es la función que una y otra clase de fuente tiene en el ordenamiento jurídico. La costumbre es siempre supletoria de la ley (en nuestro sistema jurídico, como conviene toda la doctrina y la jurisprudencia no hay más costumbre posible que la supletoria o *praeter legem*; no es admisible la costumbre *contra legem* ni tiene sentido hablar de una costumbre interpretativa o *secundum legem* que, de existir, no constituye algo distinto de la norma misma que contribuye a interpretar), mientras que los principios generales tienen una función general inspiradora y orientadora del ordenamiento entero, se utilizan para la interpretación y aplicación de las normas que lo integran y contribuyen a colmar las lagunas que el sistema normativo presenta.

Pero lo que más nos importa, para marcar ahora las diferencias que nos ocupan, es destacar la diferente posición constitucional que tienen los principios generales y la costumbre. Muchos principios generales han sido recogidos en la propia Constitución y la orientación principia-

295.

Contenidos que fijan derechos y obligaciones.

296.

Relación con los principios generales.

297.

El discutible género del Derecho no escrito.

298.

La diferente función de costumbres y principios.

299.

Posición constitucional de principios y costumbre.

lista del ordenamiento entero tiene acogida en preceptos (artículos 1.1, 9.3, 103, etc.) y conceptos (Estado de Derecho, legalidad, ordenamiento jurídico, etc.) que la Constitución misma utiliza. Lo cual significa que el reconocimiento de los principios generales no depende, en absoluto, del legislador ordinario.

300.
La costumbre
depende
del legislador
ordinario.

No es esta, sin embargo, la posición constitucional de la costumbre, que no es mencionada como fuente en la Constitución y cuya existencia como tal depende totalmente de su reconocimiento por el legislador. Lo que implica, como ya hemos señalado en otro apartado anterior, que pueda existir un reconocimiento general de la costumbre como fuente, hecho con ocasión de una regulación general de las fuentes, como la existente en el Título Preliminar del Código Civil (artículo 1.3), que es lo único que la Constitución autoriza al legislador estatal (artículo 149.1.8.^ª). Pero esta regulación general del papel de la costumbre, contenido en un código con valor de ley, puede ser revisada o contradicha por cualquier ley ordinaria que quiera excluir totalmente la costumbre u otorgarle un valor distinto en el sector material concreto al que la ley dedique su regulación.

301.
Desuso y prácticas
contra legem.

En fin, añadiremos, para concluir, a todas las observaciones anteriores sobre el inadecuado tratamiento que ordinariamente recibe la significación de la costumbre en el Derecho Público, las habituales referencias al desuso de las normas considerándolo una problemática forma de costumbre *contra legem*. En verdad, el desuso es un fenómeno que, de admitirse, resulta técnicamente bastante más complejo y distinto de la costumbre. Es una forma de cesación de la vigencia de las normas, o pérdida total o parcial de su eficacia, que se consume no en virtud de una práctica social contraria (de una costumbre nacida, como sería preciso, externamente a la organización del Estado), sino por la actitud pasiva y consentidora de los propios órganos del Estado que tienen la responsabilidad de ejecutar o aplicar las normas a los casos concretos regulados en las mismas, es decir, por la Administración y los tribunales precisamente.

B) Excurso sobre las prácticas, usos y precedentes con valor normativo de los órganos del Estado

Es manifiesto, por lo que acabamos de analizar, que resulta completamente inadecuado tratar de aplicar el régimen jurídico de la costumbre a los usos o prácticas reiteradas, que a veces alcanzan valor normativo, o de alguna forma vinculante, cuando son predominantemente atribuibles a órganos del Estado. La costumbre, como enseña la doctrina civilista tradicional, que en este punto es indiscu-

302.
Las prácticas de los
órganos del Estado
no son costumbres.

tible, resulta de usos y prácticas sociales, formadas al margen de la organización del Estado. Entre la costumbre propiamente dicha y las aludidas prácticas o usos de órganos del Estado que alcanzan valor normativo, no existe en común más que la circunstancia de su reiteración en el tiempo y a veces, no siempre, el hecho de que no se manifiesten por escrito.

No obstante las diferencias sustanciales aludidas, existe también una cierta tradición doctrinal de llamar «costumbres» a las indicadas prácticas institucionales (costumbre constitucional, costumbre internacional, costumbre administrativa). Solamente, por esta razón, y por tratarse de un proceso de creación de reglas de Derecho o de usos vinculantes, que también son producto de la reiteración de una determinada conducta, trataremos aquí sucintamente de las principales manifestaciones de este fenómeno.

En el Derecho Público francés existe la tradición de denominar «costumbre constitucional» a lo que en la doctrina alemana y en la nuestra se denominan «mutaciones constitucionales». En el ámbito internacional, existen consolidadas prácticas o usos, que alguna doctrina denomina igualmente «costumbres», a las que se reconoce un valor normativo vinculante para los Estados. En el plano del Derecho interno, a la reiteración estable de determinadas interpretaciones o formas de aplicar el Derecho por los tribunales, se denomina «precedente jurisprudencial» que, ciertamente, es la forma en que acostumbradamente los tribunales resuelven una determinada clase de conflictos. En fin, a la reiteración de resoluciones administrativas atinentes a circunstancias semejantes, también se denomina «precedentes», y constituyen las maneras en que la Administración acostumbra a resolver las cuestiones de su competencia.

Todas estas «costumbres» de los órganos públicos tienen en común su carácter institucional y su reiteración en el tiempo. De algunas de ellas derivan normas jurídicas con carácter vinculante, como veremos. De otras, prácticas con tanta fuerza que son capaces de modificar la propia Constitución. Las últimamente indicadas (precedentes jurisprudenciales y administrativos) tienen una indiscutible función creativa de normas a veces o, en el peor de los casos, generan prácticas con efectos vinculantes de diverso alcance. Aludiremos ahora, de entre los fenómenos indicados, a aquellos que no van a ser objeto de tratamiento en otros lugares de esta obra.

a) Las prácticas, costumbres o usos internacionales no escritos son formas de regulación de las relaciones entre los Estados que tienen

303.

La práctica de usar la denominación costumbre.

304.

Costumbre constitucional.

305.

Precedentes administrativos.

306.
Prácticas,
costumbres y usos
internacionales.

307.
El ejemplo de la
inmunidad ante
la jurisdicción
penal de los
representantes
de un Estado
extranjero.

una importancia, parangonable al propio Derecho de los tratados. Nos importan estas prácticas, a los efectos que ahora nos ocupan, cuando su eficacia en el Derecho interno implica la exigencia de que los aplicadores del Derecho, los tribunales especialmente, los tenga en cuenta. Quizá el mejor ejemplo de estas prácticas o costumbres sea el concerniente a la inmunidad de jurisdicción de carácter personal de los órganos responsables de las relaciones diplomáticas, incluidos los jefes de Estado y de gobierno, ante los tribunales penales de cualquier otro Estado. El contenido de esta inmunidad ha sido fijado por la jurisdicción penal de diferentes Estados atendiendo a una práctica secular. Entre las manifestaciones más antiguas de la misma, sir Francis DEAK cita una carta del Secretario de Estado norteamericano en relación con una deuda fiscal contraída por la reina María de Rumanía en los Estados Unidos. Decía dicha carta: «los privilegios e inmunidades conferidos a funcionarios diplomáticos se basan en el hecho de que dichos funcionarios son los representantes personales de sus soberanos. No puede haber duda de que la reina María tiene derecho a su consideración no menor que la de un funcionario diplomático de rango más alto, y que tratar de aplicarle a ella nuestras leyes de forma tal que interfiera con su persona o sus bienes, sería completamente contrario a la práctica de las naciones, lo mismo que las disposiciones de nuestra propia legislación sobre la materia».

P. FIORE publicó hace más de cien años, en nuestra *Revista de Administración*, una compilación de los diversos casos en los que existía memoria de que, atendiendo a la práctica de reconocer inmunidad de jurisdicción a los jefes de Estado y de gobierno y diplomáticos extranjeros, se había planteado esta cuestión en diferentes litigios. Aparecen en él desde la causa del Tribunal de París en el asunto *Masset*, la jurisprudencia francesa contra la ex reina de España Isabel II, la jurisprudencia italiana en la causa contra el ex duque de Módena, y otras muy variadas situaciones judiciales. Pero quizá la expresión jurisprudencial que merezca el título de *leader case* en materia de inmunidad de jurisdicción de los representantes diplomáticos de los Estados, sea la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, dictada con ponencia del juez MARSHALL, en el caso *The Schooner Exchange v. McFaddon*, de 1812. El caso lo inició un ciudadano para discutir sobre la titularidad de un buque expropiado que, en el momento del litigio, pertenecía a la armada francesa y estaba atracado en un puerto estadounidense. Partiendo de que la jurisdicción de la nación es exclusiva y absoluta y que cualquier restricción de la misma supondría una merma de su soberanía, acepta que en determinados casos deben admitirse restricciones de la jurisdicción propia ya que, de lo contrario, la nación podría

308.
Sentencia The
Schooner Exchange
de 1812.

dañar su crédito. Esta reflexión le sirve para justificar la inmunidad de los soberanos y representantes diplomáticos extranjeros ante la jurisdicción penal del Estado del siguiente modo: «dado que el mundo está compuesto de soberanías distintas, que poseen iguales derechos e igual independencia, y a cuyo beneficio mutuo contribuyen las relaciones que mantienen entre sí y el intercambio de los buenos oficios que la humanidad dicta y sus necesidades requieren, todos los soberanos han aceptado en la práctica y en determinadas circunstancias una limitación de la jurisdicción absoluta y completa que les confiere la soberanía dentro de sus respectivos territorios».

La práctica se ha generalizado de un modo absoluto en todos los Estados occidentales. El reconocimiento de inmunidad de jurisdicción penal supone una renuncia al ejercicio de la soberanía por el Estado, pero se justifica por la «perfecta igualdad y absoluta independencia de los soberanos». Los jefes de Estado o de gobierno y los representantes diplomáticos podrían ver comprometida la independencia del Estado cuyos poderes máximos ejercen si hubieran de someter sus actos a las jurisdicciones de otros Estados: *par in parem non habet imperium*.

En todas las jurisdicciones penales de los Estados europeos se han planteado en los últimos años cuestiones relativas a la inmunidad penal de los jefes de Estado extranjeros, reconociéndose dicha doctrina que tiene actualmente una expresión más elevada y definitiva en la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, *Congo v. Bélgica*, conocida como «*asunto Yerodia*», de 14 de febrero de 2002. Valorando la orden de arresto cursada por un tribunal belga en relación con un ministro de Asuntos Exteriores de la República del Congo, el Tribunal Internacional concluye, en una extensa sentencia en la que se analiza en todos sus extremos, el alcance de la inmunidad de jurisdicción de que venimos tratando, que la inmunidad de jurisdicción protege al ministro de Asuntos Exteriores «durante toda la duración de su mandato», ya sea en relación con actos realizados antes de ocupar el cargo o posteriores, sea en relación con actuaciones oficiales, o con actos realizados por el ministro a título privado.

Todo ello derivado de una práctica, uso o costumbre internacional, que no tiene un reflejo expreso en ninguna norma escrita, pero que se entiende aplicable en todos los Estados occidentales civilizados.

En España, el reconocimiento de la inmunidad penal del soberano extranjero se recogió expresamente en el artículo 334 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870. Sin embargo, la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente ha omitido dicha referencia expresa, sustituyén-

309.

Fundamentos de la práctica.

310.

Sentencia Yerodia del TIJ.

311.

La práctica en los tribunales españoles.

dola en su artículo 21 por una remisión genérica a «los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público». Entre estas normas se han incluido, sin ninguna duda, las prácticas o costumbres internacionales en materia de inmunidad de jurisdicción. La jurisprudencia se ha atenido exactamente a lo que resulta de dichas prácticas, reconociendo repetidamente la inmunidad de jurisdicción penal a jefes de Estado o de gobierno extranjeros; por ejemplo, Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 1991 (asunto *Copríncipe de Andorra y Obispo de la Seo de Urgel*), Autos del Juzgado Central de Instrucción número 5 de dicha Audiencia de 23 de diciembre de 1998 (asunto *Rey de Marruecos*), y Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la misma Audiencia de 4 de marzo de 1999 (asunto *Fidel Castro*), entre otros muchos; así como el importante Auto del Tribunal Constitucional de 13 de octubre de 2003 (asunto *Berlusconi*).

b) La denominada costumbre constitucional es un fenómeno algo más complejo que el anteriormente explicado, al que habremos de referirnos con más detenimiento en el volumen siguiente. Bastará ahora una simple alusión al tema, a los efectos de completar la exposición sistemática de los fenómenos de repetición de prácticas y usos por los órganos e instituciones estatales que nos están interesando.

La noción costumbre constitucional alude a prácticas de órganos e instituciones estatales, habitualmente compatibles con la Constitución, pero que contribuyen a cambiar paulatinamente el sentido de sus preceptos. Desde G. JELLINEK, es habitual denominar a estos fenómenos mutaciones constitucionales. Se refieren a transformaciones de los textos constitucionales que no son debidos a una reforma expresa. JELLINEK estableció la diferencia entre la reforma y la mutación constitucional en los siguientes términos: «Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación».

El propio JELLINEK desarrolló las diferentes hipótesis en que prácticas reiteradas pueden dar lugar a modificaciones constitucionales. La cuestión fue objeto ulterior de un minucioso ensayo de un discípulo de R. SMEND, HSU DAU-LIN. Identificó el constitucionalista chino, en su monografía de la época de Weimar, hasta cuatro impulsos posibles para las mutaciones constitucionales: las prácticas de órganos estatales que no resultan contrarias a la letra de la Constitución; la imposibi-

312.
Significación
de la costumbre
constitucional.

313.
Definición
en JELLINEK.

314.
Reformas
y mutación.

315.
Formas
de mutación.

lidad de ejercer algunas atribuciones consignadas en la propia Constitución; las prácticas abiertamente contrarias a la misma, y las interpretaciones de la Constituciones que sirven para crear nuevos conceptos o dar nuevo sentido a sus prescripciones.

En casi todas las hipótesis de mutación constitucional se trata de una práctica reiterada de órganos o instituciones estatales, capaz de crear verdaderas normas vinculantes con efecto modificativo de las reglas expresas de la Constitución o de la interpretación más asentada de las mismas.

En el espacio comunitario europeo se está produciendo, como recordaremos en el volumen siguiente, una gran mutación de las Constituciones de los Estados como consecuencia de las prácticas de creación, interpretación y aplicación del Derecho comunitario generalmente asumidas.

c) Las «costumbres» de órganos e instituciones públicas de las que más habitualmente se trata en las exposiciones sobre la significación de la costumbre en el Derecho Público, son el denominado «precedente». Si bien centrando el análisis en los precedentes administrativos y olvidando los precedentes jurisprudenciales que tienen, para el sistema de fuentes, una significación superior a la de aquellos.

Trataremos también nosotros del precedente judicial un poco más adelante en este capítulo, al referirnos a la significación de la jurisprudencia como fuente del Derecho (condición que el Título preliminar del Código Civil sigue sin reconocerle). Pero no es inconveniente recordar desde este momento que el carácter vinculante del precedente judicial y su capacidad para crear reglas vinculantes están contruidos con reglas similares a las del precedente administrativo. Se trata en ambos casos de una práctica reiterada, con efectos inicialmente vinculantes para los órganos que la asumen e incluso con capacidad para crear normas generales de las que, sin embargo, pueden apartarse los órganos que las establecen cuando el cambio de criterio es legítimo, esto es, como suele decir el Tribunal Constitucional, cuando es «razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad, con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye solo una ruptura ocasional de una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad» (SSTC 201/1991, de 28 de octubre, FJ 2.º; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5.º; 71/1998, de 30 de marzo, FJ 2.º; 188/1998, de 28 de septiembre, FJ 4.º; 240/1998, de 15 de septiembre, FJ 6.º; 25/1999, de 8 de

316.

Los precedentes administrativos y jurisprudenciales.

317.

Efectos del precedente judicial.

marzo, FJ 5.º; 176/2000, de 26 de junio, FJ 3.º; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2.º; 122/2001, de 4 de junio, FJ 2.º, entre otras muchas).

Subraya esta misma jurisprudencia, asimismo aplicable a los precedentes administrativos, la aplicación general e indefinida del precedente a todos los casos que reúnan las mismas condiciones objetivas y subjetivas; concurre, por tanto, en el precedente una característica que es propia de las normas generales.

Por lo que concierne al precedente administrativo, tratado también habitualmente como una manifestación de la costumbre en el Derecho administrativo, las cuestiones concernientes a su formación y eficacia más señaladas son las siguientes: Su valor vinculante para la propia Administración que lo constituye no ofrece, a nuestro juicio, ninguna duda. Desde luego, dicho valor vinculante no deriva de que se trate de una costumbre en sentido técnico propio, como ya hemos dicho, sino de otras circunstancias diversas. Entre ellas, en primer lugar, su carácter perfectamente equiparable, en cuanto a sus efectos, a los de las normas. Cuando la Administración establece precedentes en el ámbito de sus potestades discrecionales, está concretando el sentido de la legislación que aplica. Al hacerlo, contribuye a hacer cierta y predecible su conducta para aplicaciones sucesivas. De esta manera, su decisión para casos concretos se objetiviza y se proyecta con carácter general a todas las situaciones idénticas. Por tanto, el precedente cobra enseguida vocación de continuidad y permanencia.

Además de este carácter normativo del precedente, la vinculación de la Administración a lo que ha decidido en supuestos anteriores resulta también de la aplicación de los principios de buena fe y de interdicción de la arbitrariedad, así como del de igualdad de los ciudadanos ante la ley, todos los cuales impiden que los ciudadanos sean sorprendidos por cambios de criterio injustificados o no razonados, o también que sean tratados de modo desigual adoptándose para ellos resoluciones distintas de las acordadas para otros ciudadanos en casos iguales. El artículo 3.1 de la LRJAP de 1992, tras su reforma de 1999, ha recogido los principios de buena fe y de confianza legítima que la Administración debe respetar en su actuación siempre; estos principios refuerzan el valor vinculante del precedente (la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de junio de 1992, que recoge otras anteriores y ha sido seguida ulteriormente por otras muchas, ha sacado conclusiones semejantes, como ya hemos advertido, del principio de seguridad jurídica, que también implica la «confianza de los ciudadanos en que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual, para todos, sin discriminaciones injustificadas»).

318.
Régimen del precedente administrativo.

319.
Carácter normativo.

320.
Buena fe e interdicción de la arbitrariedad.

321.
Confianza.

No obstante, esta vinculación de la Administración a las decisiones que adopta precedentemente así como su carácter normativo que permite a los ciudadanos confiar en que las decisiones administrativas, cuando se reiteran y se convierten en una práctica, no van a ser excepcionadas en un caso concreto, cobrando de esta manera las características normativas de la estabilidad, la certeza y la permanencia sine die tienen, como también ocurre con todas las normas, dos excepciones generales:

La primera radica en la posibilidad de cambiar lo establecido; pese a lo que se indica habitualmente por la doctrina, esta apertura al cambio no es sinónimo de la débil vinculación del precedente o de su imposible equiparación con el régimen de las normas, sino justamente la verificación última de que el precedente se comporta técnicamente con las características propias de las normas. En efecto, la vinculación de todos los sujetos públicos y privados a lo establecido en una disposición de carácter general, no puede ser un impedimento para su sustitución; otra cosa sería aceptar que es característico de las normas su tendencia a la petrificación en lugar de constituirse como instrumentos del progreso y del cambio. En este sentido puede entenderse que el artículo 54.1.c) LRJAP de 1992 habilite con carácter general a la Administración para cambiar sus decisiones en relación con el «criterio seguido en actuaciones precedentes» siempre que lo motive adecuadamente. Como la jurisprudencia ha precisado, no puede tenerse por motivación suficiente un simple enunciado general de los motivos, sino que ha de tratarse de una exposición racional, razonable y no arbitraria, de los fundamentos del cambio de criterio.

Y la segunda excepción es que no tienen carácter vinculante y no pueden invocarse a tal efecto los precedentes ilegales, que vulneren las leyes o constituyan una interpretación errónea de las mismas. Esta excepción fue aplicada reiteradamente por una jurisprudencia histórica a la denegación de licencias en materia urbanística (desde las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1956, 28 de mayo de 1963, 3 de abril de 1965, a la Sentencia de 27 de febrero de 1975 que resume y consolida dicha doctrina). El Tribunal Constitucional ha ratificado esta misma interpretación en diferentes sentencias (especialmente a partir de las de 16 de junio de 1982 y 24 de enero de 1983), argumentando que el principio de igualdad opera solo dentro de la legalidad, por lo que los ciudadanos no pueden sentirse discriminados si a lo que aspiran es a que se repitan respecto de ellos decisiones manifiestamente apartadas de la legalidad o erróneas.

322.*Excepciones:...***323.***... el cambio de lo establecido.***324.***La necesaria motivación del cambio.***325.***Los precedentes ilegales.*

C) Legalización de las costumbres y costumbres independientes

326.

La posición de la costumbre en relación a la ley.

Reconocido el valor de la costumbre como fuente, que se ha mantenido con carácter general en todos los ordenamientos jurídicos modernos, la doctrina se ha ocupado de fijar su posición en el ordenamiento por relación a la que tiene asignada la ley. Esta cuestión es, como ya hemos recordado en apartados anteriores, tan antigua como la Ciencia del Derecho. El celebrado y repetido fragmento de JULIANO sobre la equiparación de la costumbre a la ley en el Derecho Romano imperial, no es sino el punto de partida de innumerables elaboraciones teóricas sobre si la costumbre se sitúa siempre, o no, en una posición subordinada a la ley. Las doctrinas al respecto han estado vinculadas, a lo largo de la historia, a la evolución de las concepciones sobre la creación estatal o popular del Derecho.

327.

El valor actual de la clasificación de las costumbres en *secundum*, *contra* y *praeter legem*.

Pero ya en nuestra época, se ha generalizado una clasificación, usada primero por la doctrina civilista contemporánea a los efectos de fijar la posición de la costumbre en relación con la ley, cuyo valor explicativo actual de esas relaciones es bastante escaso, por más que se insista en utilizarla. Se trata de la conocida distinción entre la costumbre *secundum legem*, la costumbre *contra legem* y la costumbre *praeter legem*.

328.

Definiciones.

La clasificación que cuestionamos distingue entre costumbres que se oponen a lo establecido en las leyes (*contra legem*), las que sirven para desarrollar o interpretar sus previsiones (*secundum legem*) y las que se generan ocupando espacios no cubiertos por regulaciones legales, al margen de las leyes, sin oponerse a ellas (*praeter legem*). Los civilistas, seguidos en esto puntualmente por los administrativistas, concluyen habitualmente que las costumbres *contra legem* no son posibles en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual debe compartirse necesariamente. Pero no por la razón de que el Código Civil establezca que la costumbre solo es aplicable en defecto de ley (artículo 1.4), sino porque en nuestro ordenamiento constitucional la costumbre solo es posible si la ley reconoce su existencia. Quiérese decir que para que una costumbre pudiera oponerse legítimamente a una ley tendría que estar amparada directamente por la Constitución, lo que no ocurre en ningún caso. Es la Constitución directamente, y no el Código Civil, la justificación de la inadmisibilidad de la costumbre *contra legem* en nuestro ordenamiento jurídico.

329.

Inadmisibilidad de la costumbre *contra legem*.

Por lo que concierne a la costumbre *secundum legem* o interpretativa, también se trata de una categoría completamente difusa. En efecto, las prácticas o usos reiterados que consisten en establecer cómo las leyes deben ser interpretadas no deben considerarse cos-

tumbres sino operaciones de ejecución o aplicación de las leyes. Tales costumbres interpretativas no tienen ningún contenido normativo distinto del de la propia ley que desarrollan. No son costumbres, en consecuencia, porque carecen de contenido normativo propio. Se trata de prácticas reiteradas de interpretación cuya sustancia normativa hay que referirla siempre a la ley o norma que se interpreta. Dada la absoluta seguridad de que no existen, de *iure*, costumbres *contra legem* ni *secundum legem* (de *facto*, desde luego, puede darse el caso de que los aplicadores del Derecho mantengan durante mucho tiempo prácticas o usos absolutamente contrarios a la ley, pero por tal razón, dichas prácticas reiteradas no podrán convertirse nunca en verdaderas normas), no tiene el menor sentido en la actualidad mantener dicha clásica trilogía para explicar las relaciones entre la ley y la costumbre.

La costumbre está en nuestro ordenamiento siempre subordinada a la ley, por las razones explicadas. Si se quieren establecer, dentro de este marco técnico y conceptual preciso, mayores desarrollos sobre las relaciones entre la ley y la costumbre, a nuestro juicio pueden resumirse aquellas en las siguientes situaciones: a) legalización de las costumbres; b) remisión por la ley a las costumbres, que a su vez puede ser abierta o rígida; y c) costumbres independientes de la ley.

a) Puede llamarse legalización de la costumbre al proceso según el cual el legislador asume el contenido de prácticas, usos o verdaderas costumbres consolidadas, convirtiéndolas en normas legales y dándoles, en lo sucesivo, el rango que la nueva regulación escrita tenga. Puede decirse que este es un fenómeno bastante universal. Infinidad de textos legales, sobre todo los integrados en las codificaciones civil, mercantil y penal, no son sino la decantación final de usos y prácticas asentados en la vida cotidiana de los pueblos. Infinidad de situaciones que, en algún momento histórico no han sido objeto de ninguna regulación escrita, sino resueltas según las costumbres del lugar, han pasado a ser codificadas o integradas en la legislación positiva (el Código Civil solo admitió la permanencia de las costumbres locales y derogó todas las costumbres procedentes del Derecho Civil general —artículo 1996 CC—).

Pero no queremos referirnos ahora al hecho de que la creación estatal de normas legales vaya siempre al arrastre de las necesidades y aun de las prácticas sociales, hayan alcanzado estas o no la fuerza normativa de las costumbres, ni tampoco a la evidente circunstancia de que el Derecho escrito de los Estados modernos se haya alimentado esencialmente de las costumbres generales y locales preexistentes.

330.

La costumbre secundum legem no es costumbre.

331.

Crítica general.

332.

La legalización de las costumbres.

333.

El ámbito regulatorio de las costumbres.

Queremos subrayar que, al margen de estos procesos de estatalización del Derecho, y cerradas sus etapas principales, en cuya periodificación no podemos detenernos ahora, el legislador dejó todavía un espacio más o menos amplio a la regulación de acontecimientos sociales mediante prácticas o usos que habían adquirido la condición de costumbre, sin pretender, inicialmente sustituirlas.

Esta cesión a las propias fuerzas sociales de la capacidad regulatoria de algunas situaciones o problemas ha tenido un lugar habitual de acomodo en la organización y funcionamiento administrativo de las pequeñas poblaciones, la administración de sus bienes comunes o el desarrollo de sus festejos tradicionales, desde las procesiones y los repiques de campanas (sobre las *sonneries de cloches* existe una extensa jurisprudencia del *Conseil d'État*) o los festejos taurinos.

334.

Sustitución por normas escritas.

Pues bien, cuando nos referimos al proceso de legalización de las costumbres pretendemos explicar cómo algunos de los usos tradicionales arraigados, ordenados normativamente conforme a costumbres consolidadas y consentidas por el legislador, han sido paulatinamente liquidadas mediante su sustitución por nuevas normas escritas emanadas por los órganos estatales.

Los festejos y fiestas de toros son un inmejorable ejemplo del fenómeno al que aludimos.

335.

Las fiestas de toros como ejemplo.

Alguna intervención normativa del Estado, más o menos intensa y severa, ha existido siempre en relación con los juegos de toros, especialmente para restringir su práctica o prohibirlos (con carácter general, por ejemplo, la bula *De salutis gregis dominici*, dictada en 1567 por el papa Pío V, decretando la excomunión de los que participasen en tales fiestas, o la Pragmática sanción de Carlos III, de 9 de noviembre de 1785, que establece la prohibición de las fiestas salvo que exista una concesión perpetua o un permiso temporal para celebrarla; o la prohibición absoluta acordada por Carlos IV, bajo la inequívoca influencia de JOVELLANOS y otros ilustrados, acordada por Real Cédula de 10 de febrero de 1805). Pero durante muchos decenios (acaso centurias) las fiestas y juegos con toros se han regido por normas fijadas por la costumbre. Solo muy tardíamente, ya en el siglo XIX, la libre fijación consuetudinaria de las reglas de la fiesta, empezó a sustituirse por cartillas o códigos de buenas prácticas elaboradas por profesionales (la tauromaquia de PEPE HILLO, primero, y la de PAQUIRO, después, las dos a comienzos del siglo XIX). Pero es también desde mediados del siglo XIX, cuando la normación tradicional de las fiestas, de acuerdo con las prácticas reiteradas convertidas en costumbre, empieza a ser

336.

De la costumbre a la reglamentación.

sustituida por reglamentaciones estatales. Este proceso se inicia con la formulación de «Condiciones», establecidas por la autoridad que habían de cumplirse para obtener autorización para la celebración de estos espectáculos. Las primeras detalladas son las que dicta don Melchor Ordóñez, jefe político de Málaga, y, más tarde, ministro de la Gobernación, el 1 de junio de 1847. Sus prescripciones se refieren al orden público, los derechos de los espectadores, la forma de practicar algunas suertes, especialmente la de varas, etc. Más tarde, los textos de estas «Condiciones» servirán de base para la reglamentación completa de los festejos por las Administraciones Públicas. El primer Reglamento será el de la plaza de Madrid, aprobado por el mismo Melchor Ordóñez en 1852. Le siguió el de Sevilla en 1858 y más tarde el del Puerto de Santa María en 1861. En la medida en que se van creando más plazas estables y las fiestas taurinas van dejando de celebrarse ordinariamente en los lugares centrales de reunión de los habitantes de los pueblos, se va reproduciendo para cada una de ellas estos reglamentos. De los reglamentos particulares de las plazas y de la experiencia de su aplicación saldrá el primer reglamento general aplicable en todos los rincones del Estado. Puede atribuirse la primacía como reglamento de tal clase al que se aprobó por una Real Orden del Ministerio de la Gobernación de 28 de febrero de 1917, siendo ministro Ruiz Giménez. Era un reglamento muy extenso, con ciento catorce artículos, con normas minuciosas sobre la celebración del espectáculo, condiciones de las plazas, de las reses de lidia, introduce la obligación de arandela en las puyas, el examen *post mortem* de las reses, etc. Este Reglamento de 1917 fue modificado por otro de 20 de agosto de 1923 que fue el que fijó la edad de los toros de cuatro años para cinco, el peso aceptable mínimo entre 545 y 570 kg, y obligó a marcar la línea de picadores en el ruedo. El siguiente Reglamento de 12 de julio de 1930 es el que recoge definitivamente una innovación en la suerte de varas que había establecido antes una Real Orden de 7 de febrero de 1928: el uso de petos en los caballos de picar.

Después de la guerra civil se dulcificarían algunas de las previsiones de los reglamentos históricos, y se dictó un nuevo Reglamento el 15 de marzo de 1962 que duró hasta la aprobación de la Ley vigente. El proceso de la legalización de todas las normas concernientes a la organización y desarrollo de esta clase de espectáculos concluyó, una vez aprobada la Constitución, con la aprobación de la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos, desarrollada por el Reglamento de Espectáculos Taurinos, aprobado por Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero.

337.

De los reglamentos particulares...

338.

... al reglamento general.

339.

La legalización final.

340.
*Remisión de la ley
a la costumbre.*

b) Una forma más limitada de legalización de las costumbres, no consistente en la incorporación a disposiciones legales de todo su contenido normativo, es el reconocimiento de su existencia y la remisión a las mismas desde un texto legal, para asegurar su aplicación en el futuro, precisamente como excepción a la regulación general que la propia norma remitente establece. En el ordenamiento jurídico positivo existen algunos supuestos de esta clase, que son bien conocidos. Por ejemplo, el régimen de concejo abierto, al que se refiere el artículo 29.1.b) y 3 de la LRBRL, que puede mantenerse en aquellos municipios «que tradicionalmente cuentan con este singular régimen de gobierno y administración» y que consiste en que los órganos ordinarios de la Administración municipal se sustituyen por la asamblea vecinal, a la que pertenecen todos los vecinos, y que se organiza y funciona según los «usos, costumbres y tradiciones locales». El artículo 37 del TRRL declara la vigencia de «las entidades conocidas con las denominaciones de Mancomunidades o Comunidades de Tierra o de Villa y Tierra, o de Ciudad y Tierra, Asocios, Reales Señoríos, Universidades, Comunidades de pastos, leñas, aguas y otras análogas», las cuales «continuarán rigiéndose por sus normas consuetudinarias o tradicionales». El artículo 9 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales mantiene también los regímenes locales especiales en materia de aprovechamiento y disfrute de bienes comunales, cuya regulación remite a las «normas consuetudinarias tradicionalmente observadas». El artículo 7.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales también habilita, en materia de publicación de bandos locales, la utilización de lo que sea «uso y costumbre de la localidad». En la legislación de aguas tiene una significativa acogida la remisión a las costumbres en materia de aprovechamientos, singularmente respecto de los procedimientos de actuación de los jurados, de las Comunidades de usuarios de aguas (artículo 76.6 LA) y especialmente por lo que concierne a la organización de los jurados y tribunales de riego existentes (artículo 77.2 LA); el más importante de estos jurados, el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia es considerado en el artículo 19.3 LOPJ «tribunal consuetudinario y tradicional».

342.
*Legislación
de aguas.*

343.
Caza

También son variadas las remisiones a «los usos y costumbres del lugar» en la legislación de caza [artículos 22.6 y 23.4.a) de la Ley de Caza].

344.
*Remisiones rígidas
y flexibles.*

Dependiendo del diferente modo en que estas remisiones se produzcan, puede observarse que algunas tienen un carácter rígido y otras son flexibles. Cuando utiliza las primeras, el legislador identifica los contenidos normativos de las costumbres que respalda o legaliza,

lo que implica la exclusión de cualquier modificación ulterior de los mismos hechos sin contar con la voluntad expresa de otra norma legal y que pueden nacer de la evolución de la práctica social o el uso concernido. En cambio, cuando la remisión es abierta (v.gr., a la «costumbre del lugar») el legislador está aceptando cualquier contenido de esa costumbre, tanto el coetáneo como el posterior a la aprobación de la ley, si la costumbre es objeto de mutaciones de cualquier clase.

c) La cuestión final que plantea la relación de la ley con la costumbre es la de la existencia de una costumbre independiente de la ley. Sin ninguna duda que, si se excluyen como supuestos de costumbre independiente todos aquellos en los que la ley se remite a usos o costumbres populares concretas, el campo que queda a la costumbre independiente, en los sistemas jurídicos de nuestro tiempo, dominados absolutamente por la normación escrita, es realmente muy pequeño. Un mínimo de cobertura legal tiene que tener siempre la costumbre por razones que ya hemos explicado. Recordemos que la Constitución no consagra en parte alguna a la costumbre como fuente del Derecho. Al remitirse en el artículo 149.1.8.^a a la ley para que regule las fuentes del Derecho, deja abierta al legislador la posibilidad de que incorpore a la costumbre como fuente. Esto es lo que ha ocurrido en el artículo 1.4 del Código Civil. Contiene una habilitación general de la existencia de la costumbre y una indicación del papel que cumple como fuente.

Dado este reconocimiento general, pueden existir costumbres vinculantes para la Administración, sin necesidad de que se hayan legalizado, bien mediante una regulación legal directa, bien mediante las técnicas indicadas de la remisión o el reenvío. Estas costumbres independientes, cuando se afiancen, pueden tener cualquier contenido, incluso habilitante de restricciones de las libertades y derechos de los ciudadanos, como hemos justificado en el primer epígrafe de este apartado.

Ahora bien, el ámbito social en que las costumbres independientes pueden llegar a consolidarse en nuestro tiempo, difícilmente será el bucólico y rural, hoy prácticamente desaparecido, que ha sido el gran cultivador de prácticas conformadas como costumbres, a las que todavía hoy se remite alguna legislación administrativa como la antes citada. Por el contrario, el caldo de cultivo actual de las nuevas costumbres es esencialmente distinto. El ambiente más adecuado para su formación está en algunos sectores económicos y sociales cuya vivacidad es extraordinaria en los Estados desarrollados.

345.

La costumbre independiente.

346.

Reconocimiento legal general.

347.

Del ámbito rural de la costumbre a la costumbre en los mercados actuales.

Como veremos inmediatamente, es justamente en los sectores económicos más pujantes, donde se está produciendo un fenómeno de signo contrario al que hemos descrito en páginas anteriores determinante del paulatino apagón de la costumbre como fuente. Es decir, la retirada del legislador y la emergencia de las normas de factura social directa, no elaboradas en el seno de la organización del Estado. Muchas de estas normas poco tienen que ver con las costumbres tradicionales, porque son la obra de expertos en la técnica o en el sector económico implicado, pero otras muchas están directamente emparentadas con lo que el Código Civil y el Código de Comercio denominaron los usos de comercio (artículos 1272 y 1286 del CC y artículo 2 del C. de C.), que son una categoría técnica vecina a la costumbre en la que la doctrina civilista tradicional vio una colaboración social a las regulaciones establecidas en el Código, que ahora de nuevo reverdece.

D) **Las nuevas formas de creación social del Derecho: usos y prácticas normativas de origen privado y relevancia administrativa**

En el tratamiento que el Código Civil hace de la costumbre, aparece matizada la distinción entre esta institución y los usos jurídicos y sociales. El artículo 1.3, apartado 2.º, del Código establece en la actualidad que «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre». El Código ha saldado la distinción entre usos y costumbres considerando que, al menos una clase de usos, tienen la consideración de costumbres y, por tanto, la consideración de fuente del Derecho. Para distinguir esta clase de usos de las costumbres propiamente dichas, los civilistas han seguido comúnmente el criterio de F. DE CASTRO en el sentido de distinguir entre los usos o costumbres con fuerza normativa independiente y aquellos cuya eficacia jurídica depende de que se remitan a ellos los preceptos del propio Código. Estas remisiones aparecen con cierta frecuencia a diferentes clases de usos que la doctrina clasifica en sociales y convencionales. Los sociales son prácticas extendidas, referidas a aspectos variados de la convivencia, la economía, el comercio, la agricultura o la industria local, o, incluso, las reglas de estos usos son extraños al Derecho, pero el ordenamiento los protege jurídicamente por su capacidad para disciplinar las relaciones sociales. Se citan habitualmente, a este respecto, algunos que tienen relevancia administrativa: por ejemplo, las servidumbres para paso de ganados que, en defecto de ordenanzas y reglamentos del ramo, se han de regir por «el uso y costumbre del lugar» (artículo 570.1 del Código

348.

Usos jurídicos en el Código Civil.

349.

Usos sociales.

Civil). Lo propio ocurre con las servidumbres de medianería, para las que también el Código se remite a las «ordenanzas y usos locales» en cuanto no se opongan al Código (artículo 571); también en materia de distancias de edificaciones y de plantaciones de árboles cerca de la heredad ajena (artículos 590.1 y 591.1), preceptos todos ellos desplazados por la profusa legislación urbanística de nuestro tiempo.

Los usos convencionales, también llamados voluntarios, proceden de una propuesta clasificatoria de GÉNY y son los usos que se aplican en los negocios o el tráfico mercantil. DE CASTRO dijo que estos usos mercantiles son «el modo normal de proceder en el mundo de los negocios». Cuando más señaladamente se mencionan en el Código es en materia de contratos, supuesto en que la ley se remite a ellos para complementar la regulación legal y actuar de modo supletorio de la voluntad expresa o tácita de las partes. Diferentes preceptos del Código Civil aluden a esta clase de usos (artículo 1492 en relación con los vicios, defectos y plazos de la acción redhibitoria en la venta de animales; artículos 1555 y 1569 que remiten a la «costumbre de la tierra» respecto del uso de la cosa arrendada; o el 1574 que remite a la misma costumbre respecto del tiempo de pago; o el 1578 que remite a la «costumbre del pueblo» para regular las relaciones entre los arrendatarios saliente y entrante), pero los dos preceptos básicos en la materia son los artículos 1258 y 1287 del Código Civil. El primero establece que «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Y el artículo 1287 que establece: «El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en estos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse».

Una gran parte de los usos sociales y convencionales contemplados en el Código, muy especialmente los primeros, han sido objeto de un proceso de legalización, a consecuencia de la progresiva ocupación por el legislador de la totalidad de las materias de relevancia pública, especialmente a lo largo del siglo xx. Bastará con considerar la práctica eliminación, a causa de su sustitución por la legislación urbanística, de la aplicación de cualquier uso relativo a la edificación urbana, regida ahora por un sistema de planeamiento administrativo que ordena de forma prácticamente exhaustiva todas las posibilidades edificatorias del suelo.

350.
Referencias
en el CC.

351.
Los usos
mercantiles.

352.
Referencias
en el CC.

353.
Legalización
de los usos.

Es notable, sin embargo, que dicho proceso de ocupación por el legislador de materias que antes habían sido dejadas por el Código a los usos y costumbres del lugar, o también a los usos comerciales o convencionales, está siendo afectado, a partir de los últimos lustros del siglo xx, por un fuerte reflujo que determina un nuevo retraimiento del legislador y la emergencia con toda su potencia de la sociedad civil, de la que vuelve a depender la producción de normas, sea en forma escrita sea en forma de prácticas convencionales, que tienen también la función de complementar y suplir las regulaciones legales en sectores en que, por diferentes razones, aquellas no alcanzan o no conviene que intervengan.

Este fenómeno está íntimamente relacionado con la fuerte emergencia de la denominada «autorregulación» cuyos fundamentos son muy diversos.

Resumidamente: primero, las Administraciones públicas están necesitadas de reforzar la legitimación de sus actuaciones ampliando la participación de los ciudadanos en la creación y la aplicación de las normas administrativas, en las actividades económicas y sociales que más les afectan (el Libro Blanco sobre «La Gobernanza» de la Comisión Europea, publicado el 25 de julio de 2001, destaca dicha participación como una de las innovaciones más necesarias en la forma de administrar). Segundo, los mercados desregulados y liberalizados precisan contar con una disciplina normativa clara, lo más universal posible y constituida por un mínimo de normas públicas. Tanto en el área americana como en la europea se lleva ensayando en los últimos años una política de reducción de la reglamentación pública, sustituyéndola, al menos parcialmente, por la autorregulación de los propios operadores. Tercero, en todos los Estados económicamente desarrollados han emergido multitud de organizaciones sociales con capacidad para establecer las normas más idóneas para la mejor atención de sus intereses, sin perjuicio de la protección simultánea de los intereses públicos. Se ha perdido, en los últimos años del siglo xx, la centralidad en la creación del Derecho, transformándose los sistemas jurídicos actuales en policéntricos; la legalidad procede de muy diversas fuentes, que a su vez dominan espacios territoriales de muy diversas dimensiones; estos nuevos poderes reguladores usan además normativas que a veces son obligatorias y vinculantes y otras, como los usos sociales a los que aludía el Código Civil, solo vinculan *de facto*. Cuarto, el gran desarrollo de la autorregulación a partir de las décadas finales del siglo xx está íntimamente relacionado con la creciente complejidad económica y técnica de las materias que reclaman la atención de las Administracio-

354.

Retraimiento del legislador y emergencia de las normas nacidas en las relaciones sociales.

355.

Progreso de la autorregulación.

356.

El retorno de la sociedad civil y la reducción de la reglamentación pública.

357.

Pérdida de la centralidad en la creación del Derecho.

nes Públicas. Dejando desplegarse la autorregulación, el Estado aprovecha la técnica, los recursos y los conocimientos de las empresas privadas, sin perjuicio de canalizarlos, delimitarlos y determinar el alcance de sus efectos cuando convenga a los intereses públicos. Y quinto, la creciente preocupación por la autogestión de los riesgos que generan las actividades productivas: hasta recientemente, la vigilancia de tales riesgos era responsabilidad exclusiva del Estado. Desde este punto de partida, se ha producido una gran traslación de la responsabilidad hacia las empresas o corporaciones cuya actividad genera dichos riesgos, imponiéndoles la autogestión de los mismos. Al servicio de esta gestión privada están muchas técnicas de autorregulación (ecoauditorías, autocontrol de riesgos en materia industrial, certificaciones, verificaciones, etc.).

La moderna autorregulación tiene múltiples manifestaciones. Un grupo importante de ellas constituyen lo que hemos denominado la autorregulación normativa. Esta es la que nos interesa para lo que ahora estudiamos. Consiste en la utilización de normas de origen privado para la regulación de actividades industriales o comerciales.

Estas normas de origen privado utilizadas en los procedimientos de autorregulación son de dos clases principales: las normas técnicas, y las reglamentaciones y usos relativos a la conducta o el comportamiento que tienen que seguir en el mercado las empresas que intervienen en el mismo.

Las normas técnicas son aprobadas habitualmente por organismos especializados, reconocidos o habilitados para hacerlo en razón a su especialización y competencia técnica. Estas normas son distintas de las de origen público, y en nuestro Derecho empezaron a tener reconocimiento legal específico a partir de la Ley de Industria de 16 de julio de 1992. En dicha Ley se distingue entre normas de origen público y de carácter obligatorio, y normas de origen privado que son de asunción voluntaria. El recurso a normas privadas, generadas a efectos de normalización, se inició en el área de la seguridad y calidad industrial (Reglamento para la infraestructura de la calidad y seguridad industrial, aprobado por Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre) y se ha extendido luego a otros muchos ámbitos, como el medio ambiente, las telecomunicaciones y otros sectores.

Todas ellas son manifestaciones de la moderna eclosión de las normas de origen privado con fuerza regulatoria, complementaria o sustitutiva de la legislación. Muchas de estas normas privadas son objeto de una cuidadosa elaboración técnica, para la que se ponen a

358.

*Apoyo público
en la ordenación
privada.*

359.

*Autorregulación
normativa.*

360.

Manifestaciones.

contribución, sobre todo, las mejores experiencias y prácticas disponibles en el sector que se trate de regular. Las normas resultantes son fruto, por tanto, habitualmente, de la práctica reiterada y la experiencia, como lo eran los viejos usos comerciales a los que se remitía el Código Civil.

361.

La eficacia general depende del legislador.

Muchos de aquellos usos privados han llegado a ser formulados por escrito por las asociaciones o corporaciones principales de los sectores económicos concernidos. Pero lo importante, a los efectos que ahora nos interesan, es que ni las nuevas reglamentaciones técnicas y de conducta, ni aquellos usos comerciales tradicionales, tienen fuerza obligatoria si no es por la habilitación específica de dicha fuerza otorgada por el legislador.

362.

Efectos de las normas no obligatorias.

Las normas de origen privado existen, en efecto, tanto sean reconocidas por una norma de origen público como si no lo son. Pero, en el primer caso, tendrán eficacia general y fuerza de obligar; en el segundo, carecerán de dicha eficacia, aunque, no obstante, producirán un efecto regulatorio, semejante al de los denominados en el Código usos sociales.

363.

Eficacia de facto.

En efecto, las normas técnicas elaboradas por organismos privados (organismos de normalización habitualmente) son voluntarias, como ya se ha dicho. Se limitan a expresar reglas extraídas de la experiencia, de las aplicaciones científicas o técnicas más contrastadas, y son elaboradas por organismos privados no dotados de potestad para obligar a su cumplimiento. La falta de obligatoriedad de estas normas privadas no significa, sin embargo, que no tengan efectos económicos y sociales de ninguna clase. Considerando que lo que establecen son requisitos de calidad, sanitarios, medioambientales y otros que tiene que reunir la producción industrial o la comercialización de los productos, sin duda que su observancia afecta a tal producción y comercialización, porque será determinante de la aceptación por el público. Las empresas que no se atengan a tales normas tendrán inevitablemente una peor aceptación del mercado.

364.

Ordenación social sin ley.

Como hemos señalado en otro lugar, los europeos continentales, bajo la influencia de las concepciones constitucionales francesas, hemos vivido durante los últimos doscientos años creyendo que no existe una ordenación adecuada de la convivencia si no existe una ley que regule cualquier aspecto de la actividad económica y social. Pero la fe absoluta en la capacidad reguladora de las normas públicas ha cedido. La producción privada de normas que, *de facto*, tienen que ser atendidas por quienes pretendan actuar en el sector considerado por

dichas normas, es un fenómeno en crecimiento y de éxito incuestionable. Solo por considerar el ámbito comunitario europeo, la utilización de medidas alternativas a la reglamentación vinculante está teniendo un enorme desarrollo en forma de recomendaciones, decisiones, informes, comunicaciones y otros instrumentos no vinculantes, pero con enorme fuerza para orientar el mercado y dirigirlo hacia objetivos económicos o políticos definidos. De esta manera, la distancia entre los efectos de las disposiciones obligatorias públicas y las voluntarias privadas se ha reducido.

En ocasiones, sin embargo, el legislador utiliza las normas privadas, bien sea su origen social o convencional, por seguir utilizando la vieja clasificación de los civilistas, para completar la regulación que se establece directamente en las leyes o reglamentos públicos, remitiéndose a dichas normas de origen privado. Se produce entonces una articulación entre la reglamentación pública y la privada, que produce el efecto inmediato de convertir a las últimas en normas jurídicas con eficacia general y carácter vinculante. Dicha articulación se produce habitualmente de alguna de las dos maneras siguientes: primera, la norma pública se remite a una concreta norma privada, ya existente, que identifica concretamente; en virtud de esta remisión, el contenido de la norma privada es atraído por la reglamentación pública, con lo que gana la fuerza vinculante que tiene esta; este reconocimiento se refiere al contenido que la norma remitida tiene en el momento de la remisión, no a las modificaciones que puedan producirse ulteriormente. La segunda alternativa no consiste en un reenvío a una norma privada concreta ya existente, sino a una norma privada, existente o no, y a sus modificaciones futuras; cabe también que esta fórmula comprenda una remisión «a la mejor tecnología disponible» o al «estado de la técnica». Las primeras remisiones citadas son de carácter rígido; las segundas, abiertas o flexibles. El efecto de ambas es convertir en obligatorias y vinculantes normas de origen privado que inicialmente eran de acatamiento voluntario. Una y otra forma de remisión plantean problemas técnico-jurídicos diferentes, que ya hemos estudiado en el lugar indicado.

365.
*Remisión legal
a normas de
origen privado.*

7. LA JURISPRUDENCIA

A) El antiguo debate sobre la jurisprudencia como fuente

El artículo 1.1 del Código Civil asegura que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Y el párrafo 6 del mismo artículo establece: «La

366.
*Las funciones de la
jurisprudencia,
según el CC.*

jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». De esta pareja de previsiones ha deducido una parte importante de la doctrina que la jurisprudencia no es fuente del Derecho. No es función de los jueces y tribunales crear normas, sino aplicarlas. Si para ello deben interpretar las normas que aplican, el contenido de las interpretaciones no tiene que ser innovativo, sino puramente declarativo y se limitará a encontrar la significación de los preceptos legales para su aplicación a casos concretos.

367.

La histórica exclusión de la jurisprudencia como fuente.

Tal vez esta concepción de la posición de los tribunales y de la significación de la jurisprudencia ha tenido justificaciones sobradas en un largo período de tiempo que comprende muchos años del siglo XIX anteriores al Código Civil y otros muchos decenios posteriores a su aprobación. Pero nos parece difícil que pueda seguirse sosteniendo en la actualidad sin una severa revisión.

368.

Los fundamentos de la exclusión en la Revolución de 1789.

La consideración de que los jueces y tribunales tienen una función subordinada a la ley, consistente en aplicar a casos concretos sus previsiones generales, sin añadir nada a dichas previsiones, procede en línea directa de la ideología jurídica que se implanta con la Revolución francesa, y de las posiciones sostenidas en las primeras Constituciones dieciochescas y decimonónicas. A su vez, están inspiradas estas en las ideas de los *philosophes*, especialmente en la obra de MONTESQUIEU en la que se expresa que el juez no es, o no debe ser, otra cosa que «*la bouche qui prononce les paroles de la loi*». Estas concepciones se apoyan en dos justificaciones primordiales: por una parte, la absoluta confianza de los ilustrados y, después, de los revolucionarios franceses, que inventaron el primer constitucionalismo europeo, en la ley, como expresión de la voluntad general; y, por otra, la plena desconfianza hacia los tribunales, ocupados por jueces y magistrados que, en los años finales del Antiguo Régimen, se habían arrogado la facultad de dictar normas y de oponer objeciones a la aplicación de las aprobadas por el poder legislativo. Las reformas de los órganos del Estado que el primer constitucionalismo pretende, se encaminan, entre otros objetivos, a liquidar esta situación y a evitar cualquier reconocimiento de efectos generales a las decisiones de los tribunales, constitutivas de la denominada jurisprudencia que es considerada entonces como una de las peores rémoras que el Estado debe afrontar para modernizarse y evitar su ocupación por estamentos privilegiados sin legitimación democrática alguna.

369.

Confianza en la ley, desconfianza en los jueces.

Sin embargo, la configuración constitucional del poder judicial como un poder sometido a la ley, sin ninguna facultad propia de crear normas, con el deber estricto y mecánico de aplicarlas a los casos concretos, sin innovarlas, fue cosa de poco tiempo. Aunque inicialmente se negó a los tribunales incluso el poder de interpretar las leyes (sistema de *référé législatif* en Francia; «Consulta a las Cortes» en la Constitución gaditana), no tardaría mucho tiempo en reconocerse algún valor a la doctrina que reiteradamente establecen los tribunales. En España así sería desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

En nuestro país el Tribunal Supremo, ya previsto en la Constitución de 1812, se estableció definitivamente por Real Decreto de 24 de marzo de 1834. Aunque no se le reconoció inicialmente la facultad de crear jurisprudencia, o de establecer doctrina vinculante para los demás tribunales, empezó a ejercerla inmediatamente. El Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 usó, por primera vez, la noción de doctrina legal regulando un recurso de nulidad que podía basarse, entre otros fundamentos, en la violación de aquella doctrina. La norma mencionada tiene una relevante significación porque alumbra una forma de enjuiciamiento de las decisiones judiciales basada en la vulneración de las reglas reiteradamente establecidas por los tribunales superiores. Esta apertura la ratificará la Ley de Enjuiciamiento Civil en 1855, cuyo artículo 1012 establecía que «el recurso de casación puede fundarse: en que la sentencia sea contra ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales». La Ley de Casación Civil de 22 de junio de 1870 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ratificarán el régimen de esta clase de recursos de casación. Sin embargo, en los proyectos de Código Civil que se suceden a lo largo del siglo XIX no hay el menor atisbo de calificar a la jurisprudencia como fuente del Derecho. Incluso el proyecto de 1851 (artículo 13: «Se prohíbe a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamento») llegó a pronunciarse abiertamente en contra de que los tribunales formasen jurisprudencia alineándose con la misma prohibición que había establecido el artículo 5 del Código napoleónico, en el que es visible la abierta reacción contra la práctica de los tribunales del Antiguo Régimen de establecer jurisprudencia que contuviese normas de general aplicación (los denominados *arrêts de règlements*).

La negación de la jurisprudencia como fuente (mantenida en la versión final del Código Civil, aprobada en 1889), estuvo, por tanto, en contradicción con lo que ya las leyes procesales habían establecido respecto de la posibilidad de casar decisiones judiciales por oposición

370.

El sometimiento de los tribunales a la ley.

371.

La formación de los recursos por violación de doctrina.

372.

La posición negativa de los proyectos de CC.

373.

Confrontación CC/ leyes procesales.

a lo establecido en la doctrina legal fijada por los tribunales (la equivalencia o no entre los conceptos de doctrina legal y jurisprudencia fue objeto de un debate doctrinal en la primera mitad del siglo XIX, que no tiene ya interés para lo que nosotros pretendemos mostrar ahora).

374.

La primera versión del CC en materia de fuentes.

Partiendo de estas contradicciones, la recuperación de la significación normativa de la jurisprudencia fue objeto de notables esfuerzos argumentativos de la doctrina civilista de la primera mitad del siglo XX (DE DIEGO, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, DE BUEN, CASTÁN), siempre con la cerrada oposición de F. DE CASTRO, quien mantuvo en su obra el criterio de que la división de poderes no permite en modo alguno el reconocimiento de ninguna función normativa a los tribunales y, por tanto, la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Además de dicha objeción en el plano de los principios, en el ámbito de la legalidad ordinaria constataba dicho autor que el artículo 6.2 de la primitiva versión del Código no citaba a la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho.

375.

La reforma de 1974 del CC y la revalorización de la jurisprudencia.

Con ocasión de la reforma del Código Civil elaborada en el seno de la Comisión de codificación, la cuestión de las fuentes en general, y de la posición de la jurisprudencia en particular, volvió a aparecer en primer plano. Los civilistas que habían presidido dicha Comisión en los años inmediatamente anteriores (J. CASTÁN TOBEÑAS y A. HERNÁNDEZ GIL) eran más matizadamente partidarios de reconocer mayor significación a la jurisprudencia en el sistema de las fuentes. En todo caso, el Decreto de 31 de marzo de 1974, que aprobó el nuevo Texto Articulado del Título I del Código Civil, explicó en su Preámbulo la concepción que los redactores del texto tenían de la jurisprudencia: «A la Jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses, da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que, si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa». De esta reforma saldrá la regulación de las fuentes del Derecho, que hemos señalado al principio, integrada por la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (artículo 1.1). Aunque la jurisprudencia no es citada como fuente, sí se le reconoce la función de complementar el ordenamiento jurídico en el artículo 1.6 y, en el Preámbulo citado, se acepta que tiene «trascendencia normativa».

376.

La «trascendencia normativa» de la jurisprudencia.

La interpretación de esta nueva regulación del Código ha entretenido mucho a los civilistas, enfrentados en dos corrientes aparente-

mente irreconciliables, aunque tan matizadas que, a veces, es difícil saber si los opositores a la condición de fuente de la jurisprudencia no admiten, en verdad, algunas importantes consecuencias normativas de la doctrina que los tribunales establecen. En sentido favorable a la inclusión de la jurisprudencia en el sistema de fuentes se han expresado civilistas tan notables como J. PUIG-BRUTAU, o E. LALAGUNA, y en contra otros de solvencia científica indiscutible como L. DíEZ-PICAZO, A. GULLÓN BALLESTEROS, M. ALBALADEJO, J. L. LACRUZ BERDEJO, etc.

Curiosamente, uno de los puntos de partida más firmes de las tesis negatorias de la jurisprudencia como fuente del Derecho, es la circunstancia de que no aparezca citada en el artículo 1.1 del Código Civil ya mencionado, lo cual, en todo caso, constituye un argumento de mínimo peso. Como hemos reiterado a lo largo del análisis que venimos efectuando del ordenamiento jurídico español, cuáles sean las fuentes del Derecho y su régimen solo puede explicarse a partir de la Constitución. Tampoco la Constitución cita a la costumbre y ya hemos visto que no puede negarse su significación en el ordenamiento jurídico actual. El Código Civil es, a los efectos de la organización del sistema de fuentes, una ley más, cuyas predilecciones y opciones normativas pueden ser contradichas por cualquier otra ley. Desde luego, a partir de lo que el Código diga en materia de fuentes, no puede establecerse un catálogo de las mismas con pretensiones de estabilidad y exhaustividad.

Alguna ley distinta del Código Civil, como la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha reconocido en su artículo 5.1 expresamente valor vinculante a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, efecto este que tampoco está reconocido en la Constitución, pero que sí está en lógica consonancia con las funciones de dicho Tribunal (intérprete supremo de la Constitución, monopolio de anulación de las leyes inconstitucionales, etc.), de modo que tiene sentido que aquel precepto legal obligue a todos los jueces y tribunales a interpretar las leyes y reglamentos siguiendo la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Las leyes procesales no han atribuido a la jurisprudencia de los tribunales una virtualidad obligatoria tan claramente determinada, pero las consecuencias de sus previsiones respecto de la casación no permiten establecer conclusiones muy diferentes. El artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce la posibilidad de anular en casación decisiones judiciales por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si ello es posible será, como señaló muy agudamente I. DE OTTO, porque el ordenamiento considera que las sentencias contrarias a la jurisprudencia-

377.

Las posiciones divergentes de la doctrina.

378.

La irrelevancia constitucional de lo establecido en el CC.

379.

El valor vinculante de la jurisprudencia del TC.

380.

La infracción de jurisprudencia: significación.

dencia del Tribunal Supremo son antijurídicas, lo que inevitablemente implica asumir que la jurisprudencia forma parte de las normas cuya infracción es determinante de la invalidez de las que las infringen. Es decir, que forman parte del Derecho. Si la jurisprudencia no forma parte del ordenamiento jurídico vigente, no es fácil explicar por qué puede anularse una sentencia que la vulnere.

381.

*La interpretación
correcta del
artículo 117 CE.*

Después de aprobada la Constitución, una de las justificaciones más recurrentes para negar valor normativo a la jurisprudencia es lo establecido en el artículo 117, puntos 1 y 2, de la Constitución, en cuanto que declara la sumisión de los jueces y tribunales al «imperio de la ley» y, por otra parte, concreta su función en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», sin asignarles ninguna tarea de carácter normativo o parangonable.

382.

*El sentido
del sometimiento
a la ley.*

Sin embargo, esta interpretación del artículo 117 CE nos parece demasiado literalista y estricta. La sumisión de los jueces a la ley no es obstáculo, por lo pronto, para que los jueces puedan hacer una valoración jurídica de la propia ley que aplican, a los efectos de determinar si se ajusta a los valores y principios que la Constitución proclama y en los que debe siempre inspirarse. La supremacía de la ley sobre los tribunales no llega, por tanto, al extremo de que los jueces no puedan cuestionar las leyes contrarias a la Constitución y plantear el problema de su validez ante el Tribunal Constitucional. Al llevar a cabo estas operaciones de interpretación, siempre tienen que manejar valores y principios supralegales, con cargo a los cuales forman criterios de aplicación de las normas, que son los que llegan a tener vigencia práctica en el Derecho real o vivido, porque suponen habitualmente la traslación al terreno de los hechos de declaraciones o previsiones abstractas, que son las que suelen figurar en el cuerpo normativo de las leyes.

383.

*Las leyes no son
todo el Derecho.*

Por otro lado, la objeción consistente en afirmar que solo puede producir normas el poder legislativo, supone desconocer la historia del constitucionalismo contemporáneo porque, como hemos probado en otros lugares de esta obra, nunca en toda la historia la función legislativa fue atribuida con carácter monopolístico al poder legislativo, sino que en algún grado ha sido siempre compartida por los demás poderes. Sería tan inadmisiblemente actualmente no reconocer el valor de fuente al reglamento, por la razón de que el Código Civil solo se refiere a la ley, como no reconocérselo a la jurisprudencia alegando, como única circunstancia, el hecho de que el Código no la cita.

El reconocimiento de valor normativo a la jurisprudencia y su integración como una fuente subordinada a la ley, pero integrante como

otras del complejo ordenamiento jurídico de nuestro tiempo, puede objetarse con otras razones de peso. Una de ellas, nada banal, es la dificultad de comprender las razones por las que tenga que aceptarse la posibilidad de crear Derecho a unos órganos judiciales que, en nuestro sistema jurídico, están formados por funcionarios cuyo mayor mérito radica en haber estudiado los temarios de una oposición que, además, puede ganarse sin contar con una mínima experiencia en la tarea de aplicar el Derecho. Esta objeción, que tiene muchos matices pero que se resume en la falta de legitimación democrática de los órganos judiciales tal y como están concebidos en nuestro Derecho, analiza la realidad jurídica siguiendo un método inverso al lógico: que los tribunales crean, o descubren en el ordenamiento, normas al pronunciarse sobre casos concretos controvertidos, es algo que ocurre en la vida del Derecho, guste o no, cada día. No puede negarse esta circunstancia por el hecho de que quienes producen tales normas jurisprudenciales no tengan legitimación democrática, sino que más bien lo que habría que resolver es cómo organizar el acceso a los órganos judiciales mejorando la legitimación democrática de quienes van a ostentar las graves responsabilidades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado («ese poder tan terrible para los hombres», en expresión de MONTESQUIEU).

Otro argumento en contra es que, dada la continua variación y la inestabilidad de la jurisprudencia, especialmente en los países de tradición constitucional europea continental, entre los que nos situamos, el reconocimiento a la misma del poder de definir o fijar el Derecho produciría un incremento de la dificultad de conocer el Derecho y de la inseguridad jurídica, además de fomentar la inestabilidad general, ya suficientemente grave del sistema normativo. Pero también este alegato incurre en una evidente petición de principio: el hecho real es que la creación o determinación jurisprudencial de Derecho existe (como mínimo, tiene esa «trascendencia normativa» que le reconoció el propio legislador al reformar el Título Preliminar del Código Civil en 1974); si esta circunstancia genera desorden en el universo de las normas, lo que debe hacerse es establecer las correcciones precisas, no negar la realidad afirmando que las decisiones de los tribunales carecen de relevancia normativa.

Y, ciertamente, esta cuestión de la ordenación de la jurisprudencia es, con mucho, uno de los problemas más serios que tienen planteados los sistemas continentales europeos y, desde luego, el nuestro. La Constitución ha elevado la posición de los jueces y tribunales, encomendándoles una tarea aplicativa de las normas que, en cuanto que siempre tiene que tener en cuenta los valores y principios constitucio-

384.

¿La creación de Derecho por funcionarios?

385.

La falta de legitimación democrática de los jueces.

386.

El incremento de la inseguridad jurídica.

387.

La necesaria ordenación de la jurisprudencia: el problema.

nales, es inevitablemente más creativa que la que tenían cuando eran aplicadores mecánicos de la legalidad, cuando su tarea consistía en una mera subsunción de los hechos controvertidos en la regulación establecida en las normas. Si los jueces no aplican proposiciones normativas cerradas, sino principios, se ven obligados a abandonar el indicado método de subsunción para sustituirlo por otro de ponderación de los valores, tarea en la que cuentan con un superior arbitrio para encontrar las soluciones justas. En un ordenamiento integrado por fuentes múltiples, en el que la ley ha perdido, si no su condición de norma principal, sí su monopolio para definir el Derecho, es incuestionable que la jurisprudencia tiene que elevarse sobre esta situación, asumiendo una tarea creativa mucho más amplia que en el pasado.

En este contexto, nos parece que tiene mucha menos importancia llegar a determinar el *quantum* de creatividad normativa que puede atribuirse a la jurisprudencia. En un sistema jurídico basado en la jurisprudencia esencialmente, como es el anglosajón, aún se mantiene viva la polémica sobre si los jueces, al resolver controversias, se limitan a descubrir lo que ya existía en las viejas leyes y costumbres, actuando como verdaderos «oráculos vivientes» (W. BLACKSTONE), o, por el contrario, desarrollan una tarea creativa, al considerar que es ingenuo que pueda pretenderse que las leyes y costumbres históricas contengan regulaciones suficientes para resolver los problemas actuales (GRAY, HOLMES, CARDOZO, POUND, etc.). Siempre ha quedado pendiente una buena respuesta al problema de saber cuáles eran las reglas existentes en los tiempos de Ricardo Corazón de León para resolver los problemas de responsabilidad en el uso de las comunicaciones telefónicas.

Por tanto, se reconozca o no carácter creativo a la jurisprudencia, o se entienda que su función es meramente declarativa, lo que no cabe ninguna duda es de su importancia para fijar los contenidos del Derecho vigente, declararlos y facilitar su conocimiento por los ciudadanos. A estos les interesa menos, en ordenamientos tan complejos como los actuales, qué es lo que dicen las leyes, que saber cuál es la respuesta que van a dar los tribunales a una determinada controversia cuando se les plantea. Y las respuestas previsibles se encontrarán más en la jurisprudencia que en la lectura abstracta del texto legal.

Lo que es preciso, en consecuencia, es poder determinar con suficiente anticipación, cuál es el comportamiento que el Derecho vigente espera de un ciudadano, para que su conducta sea válida, adecuada a la legalidad o, en su caso, no sancionable. Para ello es necesario conocer el Derecho, que se concreta en la actualidad, no solo en la redac-

388.

Carácter declarativo o creativo de la jurisprudencia.

389.

La importancia de la jurisprudencia para conocer el Derecho.

ción de los textos legales, sino preferentemente en sus aplicaciones por los tribunales.

B) La posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes

El reconocimiento de «trascendencia normativa» a la jurisprudencia puede entenderse en el sentido, que el propio Código Civil admite, de que aquella «complementará el ordenamiento jurídico» identificando o alumbrando reglas ya contenidas en el mismo, o creando las necesarias para completar los enunciados vacíos que las leyes siempre presentan.

Sea cual sea el grado de creatividad que se reconozca a la jurisprudencia, el simple hecho de que para conocer el Derecho vigente haya que tener bien presente la doctrina establecida por los tribunales, plantea enseguida el problema de saber cuál es la relación que tiene la jurisprudencia con las demás normas escritas, especialmente con las leyes y los reglamentos.

En nuestro ordenamiento jurídico, esencialmente restrictivo al tratar de los efectos de la jurisprudencia de los tribunales, no hay respuestas explícitas a dicha importante cuestión, salvo en el caso de la jurisprudencia constitucional, cuyas determinaciones se imponen al legislador, como hemos visto ya, hasta el punto de poderse declarar nulas las leyes por no acomodarse a la significación que tienen los preceptos constitucionales según los interpreta el Tribunal Constitucional (artículo 5 LOPJ). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es, en tal sentido, vinculante para todos los poderes públicos.

Los problemas de relación entre la jurisprudencia ordinaria y las leyes y reglamentos no son tan simples. Puede afirmarse con toda rotundidad que, como también ocurre en el mundo jurídico anglosajón, pese al dominio en él del Derecho de casos, el Derecho estatutario, el Derecho contenido en las leyes es superior al Derecho jurisprudencial. Así es también, sin ninguna duda, en nuestro sistema jurídico. Lo que la jurisprudencia diga acerca de la significación de las leyes o las normas que pueda alumbrar o crear a partir de lo que las leyes regulan, es perfectamente superable por una nueva regulación legal que establezca lo contrario o imponga las matizaciones que considere pertinentes a la ley anterior, sustituyéndola, matizándola o derogándola. A ellas habrá de atenerse en lo sucesivo la jurisprudencia, acomodando su doctrina si fuere preciso.

Esta misma potestad modificatoria de la jurisprudencia puede reconocerse incluso a los titulares de la potestad reglamentaria por cuanto

390.

La falta de precisiones expresas.

391.

Superioridad del Derecho legal.

concierna a las interpretaciones o fijaciones normativas que los tribunales hayan hecho partiendo de los textos de las normas infralegales.

392.

Salvo las prescripciones derivadas de la Constitución por la jurisprudencia.

Pero esta preeminencia general de las normas legislativas o reglamentarias sobre la jurisprudencia tiene que respetar, sin embargo, todas aquellas prescripciones que los tribunales hayan derivado de la propia Constitución, especialmente si han sido traídas a su doctrina a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En tal caso, su preeminencia sobre la ley procede de la Constitución misma, que será la norma interpretada y, en consecuencia, la que presta su propia fuerza a la interpretación sostenida.

393.

Conceptos legales y arbitrio del juez.

Establecido lo anterior, también cabe afirmar que existen otros dominios en los que los tribunales cuentan con un campo constitucionalmente estrecho de actuación. Ocurre en diferentes hipótesis en las que la Constitución ha encomendado precisamente a las leyes la regulación o la fijación de normas sobre materias concretas. Ciertamente, aun en tales hipótesis sigue siendo imposible impedir que la ley utilice conceptos vagos, imprecisos, indeterminados a veces, al fijar sus reglas. Así acontece incluso en materia penal o sancionadora, en la que la Constitución es particularmente exigente en punto a la regulación por ley de las infracciones y sanciones. Cuando se utilizan aquellos conceptos vagos, la ley está abriendo a los tribunales la complementación de la legalidad aplicable.

394.

Reserva de ley y arbitrio judicial.

Si la jurisprudencia opera en estos ámbitos reservados constitucionalmente al legislador, su tarea de complementar o aclarar sus decisiones debe estar naturalmente sometida a límites específicos. Los principales son los siguientes: a) No puede crearse jurisprudencialmente Derecho utilizando interpretaciones imprevisibles, incompatibles con el tenor literal de los preceptos aplicables o inadecuados a los valores que con ellos se pretende tutelar (STC 25/1999). b) No son aceptables las interpretaciones ilógicas o extravagantes que se apoyan en criterios valorativos ajenos a los que informan nuestro ordenamiento constitucional, conduzcan a soluciones opuestas a la orientación material de la norma y resulten imprevisibles para sus destinatarios (SSTC 137/1997, 151/1997 y 42/1999). c) El margen de disponibilidad con que cuentan los tribunales para concretar las previsiones de las leyes, depende de la densidad normativa con que la ley haya producido su propia regulación. Aunque puede reconocerse al legislador un margen de libertad para «elegir la densidad normativa con que pretenda regular una materia determinada», siempre será necesario preservar la igualdad y otros valores y principios constitucionales que ya nos constan. En todo caso, el legislador tiene que contar con la jurisprudencia cuando produce sus

395.

Límites constitucionales a la creación judicial del Derecho.

normas porque aquella es un complemento necesario para evitar los efectos injustos o inconstitucionales que puede producir tanto el exceso como el defecto de regulación. En algunos sectores del ordenamiento, la Constitución exige que la ley describa exactamente los supuestos de hecho y defina las conductas de los ciudadanos que prohíbe o sanciona (muy especialmente en materia punitiva, penal o sancionadora administrativa), de modo que sea posible a los destinatarios de las normas programar su conducta y conocer las consecuencias de su incumplimiento (SSTC 133/1987, 196/1991 y 25/2002). Cabe recordar a este propósito la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, interpretando el artículo 7 del Convenio de 1950, ha precisado que una norma no puede considerarse «ley» a menos que esté redactada con suficiente precisión (Sentencias *Muller y otros v. Suiza*, de 24 de mayo de 1988; *Kokkinakis v. Grecia*, de 25 de mayo de 1993; *G. v. Francia*, de 27 de septiembre de 1995; *Larissis y otros v. Grecia*, de 24 de febrero de 1998, etcétera). Por tanto, son inconstitucionales las leyes que no cumplan con el requisito de ser precisas, al menos en los ámbitos en los que existen reservas de ley absolutas.

Pero lo anterior no se opone a que la jurisprudencia pueda intervenir para precisar y completar la regulación legal. Por el contrario, aun partiendo de la afirmación de que los tribunales no pueden crear normas penales, ni sustantivas, ni procesales, el Tribunal Constitucional ha llegado a reconocer que determinadas regulaciones penales no son imprecisas cuando existe jurisprudencia suficiente para conocer su sentido, de forma que sea posible una «delimitación suficientemente clara y precisa del tipo delictivo» (SSTC 113/1988, 219/1989, 297/1990).

La jurisprudencia cumple, por tanto, una función de complementación de la ley tan importante que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aceptado, en diferentes ocasiones, que la obligación derivada del Convenio de que la ley sea precisa cuando limite libertades fundamentales, no tiene por qué referirse a la ley escrita, sino que basta con que exista jurisprudencia cierta, concreta y precisa sobre la materia, o que las determinaciones legales hayan sido suficientemente concretadas o precisadas por la jurisprudencia (Sentencias *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979; *Kokkinakis v. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, etc.). Se deduce de esta jurisprudencia que no existe vulneración de la precisión exigible a la legalidad aplicable, cuando el ciudadano puede conocer, con la ayuda de la interpretación que han dado los tribunales, qué acciones u omisiones debe evitar si no quiere incurrir en responsabilidad.

396.

*La necesaria
precisión de la ley.*

397.

*La contribución
jurisprudencial
a la precisión.*

398.

*«Ley» no es
siempre una
norma escrita.*

399.

La necesaria flexibilidad de las leyes y la función de concreción de la norma por la jurisprudencia.

Del mismo modo es necesaria la jurisprudencia para completar las leyes en los casos en que su densidad normativa es escasa, precisamente porque debe serlo para dejar un margen a los tribunales a los efectos de que valoren las circunstancias de cada uno de los casos en que la ley debe ser aplicada. Un excesivo automatismo de la ley, la inclusión en ella de fórmulas típicas que se aplican sin matización alguna a todos los supuestos de hecho, puede llevar a la adopción de decisiones desproporcionadas o contrarias al principio de igualdad u otros valores. La STC 136/1999 se refiere a uno de estos supuestos de regulación excesiva y cerrada, cuya aplicación incondicionada conducía a la adopción de decisiones desproporcionadas, por defecto o por exceso.

400.

La cuestión de la retroactividad de la jurisprudencia.

Una importante consecuencia del contenido normativo de la jurisprudencia que es, a su vez, un excelente reflejo de la significación de este fenómeno, es el relativo a la retroactividad de aquella. El debate ha sido bastante común en el Derecho anglosajón, pero, como reflejo de la creciente relevancia que tiene la jurisprudencia en los ordenamientos continentales europeos, la cuestión está siendo objeto de análisis reiterados también en estos otros ámbitos jurídicos (en Francia, cuyas pautas respecto del valor de la jurisprudencia siguió históricamente todo el continente, tienen interés los trabajos de D. DE BÉCHILLON y de I. RORIVE).

401.

La aplicación en el tiempo de la nueva jurisprudencia.

La cuestión debatida se refiere, principalmente, a si los cambios de jurisprudencia de contenido sancionador o restrictivo de los derechos fundamentales pueden ser retroactivos o, por el contrario, tienen que ser necesariamente prospectivos. En el primer caso la cuestión controvertida tiene que resolverse según la nueva resolución judicial que deroga el precedente. En el segundo, la decisión innovativa no afectará al caso controvertido ni a ningún supuesto de hecho anterior al cambio de doctrina, sino que se resolverá conforme al precedente derogado.

402.

La doctrina de la retroactividad de las decisiones interpretativas.

Es más fácil la aplicación retroactiva del cambio jurisprudencial si se parte de afirmar, como es hasta ahora absolutamente común entre nosotros, que la jurisprudencia no crea normas sino que se limita a declarar las existentes. De aquí que la jurisprudencia siempre haya admitido la retroactividad de las normas interpretativas porque su contenido imperativo siempre es imputable a la norma que se interpreta.

403.

La aplicación a la jurisprudencia de la doctrina de las leyes ex post facto.

Esta ficción no se emplea, sin embargo, habitualmente en los sistemas jurídicos que reconocen gran relevancia a tales procesos de activación o hallazgo de principios y reglas, se consideren puramente declarativos o creativos. De aquí derivan los fuertes condicionamien-

tos que en Estados Unidos se oponen a la retroactividad de las sentencias que modifican los precedentes. Con no pocas razones, se les aplica la doctrina de las leyes *ex post facto*, que se consideran contrarias a las cláusulas del *due process* (Sentencias del Tribunal Supremo *Bruhl v. City of Columbia* de 1964, y *Rogers v. Tennessee* de 2001). La pertinencia de aplicar la doctrina de las leyes *ex post facto* para evitar la retroactividad de la jurisprudencia está explicada luminosamente en un voto disidente del Juez Scalia en la última sentencia citada: «Los representantes elegidos por el pueblo no pueden, de modo retroactivo, convertir en asesinato lo que no era asesinato cuando tuvieron lugar los hechos; pero sí pueden hacer exactamente eso los jueces establecidos por el pueblo». No parece que la diferencia tenga, en verdad, ninguna justificación constitucionalmente posible.

Al margen de la aplicación de la doctrina de las leyes *ex post facto* (*vid.* también las consecuencias de la doctrina de la reserva de jurisdicción en el volumen II de esta obra) y de la aplicación del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, desfavorables o restrictivas de los derechos individuales, incluyendo en dicha prohibición también a la jurisprudencia (lo que resulta difícil de contradecir habida cuenta la función normativa que los tribunales cumplen innegablemente), la prospectividad también puede derivarse de el principio de seguridad jurídica con las consecuencias que impone respecto de la predecibilidad y certeza del Derecho.

El debate, en fin, sobre estas cuestiones, apenas está iniciándose ahora entre nosotros. La retroactividad de la jurisprudencia tiene las consecuencias negativas indicadas y la prospectividad estricta, por su parte, también puede objetarse argumentando que permite que los tribunales se dediquen a crear Derecho nuevo sin tener que comprometerse a aplicarlo al caso controvertido que tienen delante para resolver. Pero con el argumento histórico y reiterado de que la jurisprudencia entre nosotros no tiene ninguna función creativa de Derecho, lo habitual es que la cuestión de la retroactividad no se haya planteado con carácter general (la excepción son algunas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en materia penal; por ejemplo, las de 11 de mayo de 1994, 13 de abril de 1998, 20 de marzo de 1998, 20 de julio de 2001, etc., y acuerdos de la misma Sala de lo Penal de 30 de abril de 1999 y 19 de octubre de 2001). El Tribunal Constitucional también empezó a aceptar la revisión de sentencias firmes por cambios jurisprudenciales favorables a partir de la Sentencia 150/1997, pero manejando una argumentación bastante alejada del orden de conceptos que acabamos de exponer.

404.

*Seguridad jurídica
y prospectividad.*

405.

*Crítica de la
prospectividad
pura.*

406.

La creación de Derecho por la jurisprudencia.

He aquí pues cómo en el complejo ordenamiento jurídico de las sociedades desarrolladas, el período durmiente de los tribunales, en los que su papel se limitó teóricamente a la aplicación mecánica y automática de las reglas establecidas en las leyes, ha sido sustituido por otra tarea mucho más creativa e innovativa. Lo que los tribunales digan reiteradamente en su jurisprudencia forma parte del Derecho vigente incuestionablemente. Sobre todo si las reglas que establecen se repiten de modo continuo y estable, aplicándose a todos los supuestos en los que estén implicados problemas jurídicos similares.

No cabe ninguna duda de que en un sistema jurídico en que se reconoce a la jurisprudencia una importante función de definición, de concreción o de creación de Derecho, se hace más complejo aún, ya que a todas las enormes dificultades que ya hemos descrito, existentes para conocer las normas vigentes en la actualidad, se suma la necesidad de explorar los repertorios de jurisprudencia para determinar cuáles son las reglas que los tribunales han fijado al resolver las controversias que se les someten.

407.

Consecuencias y conclusión.

Si el sistema no toma nota de esta novedad esencial, realmente las dificultades de conocer el Derecho serán crecientes e inmensas. Si todos los operadores jurídicos toman conciencia de que los jueces y tribunales han sido situados en una nueva posición constitucional, distinta de la que tenían en el constitucionalismo original, deberán proveer las reformas necesarias para que la producción de jurisprudencia por los tribunales se haga, sin merma de la libertad e independencia de estos, de un modo ordenado y respetando las corrientes jurisprudenciales establecidas, tanto en un sentido vertical como horizontal.

Este modo de actuar solo muy parcialmente seguido en la práctica en la actualidad, es uno de los grandes retos del Estado constitucional actual.

408.

Los márgenes de la predeterminación legal de la decisión judicial.

C) La ordenación de la jurisprudencia: la vinculación de los Tribunales

La importancia de la jurisprudencia para el conocimiento del Derecho es mayor en la medida en que el contenido de las sentencias no consiste en la aplicación automática de las leyes, que predeterminan de un modo más o menos completo la solución que haya de darse a cada controversia. Esta predeterminación legal del contenido de la decisión judicial no se ha producido nunca de un modo absoluto y cerrado. Pero es innegable que el margen de decisión que la ley deja

a los tribunales en los sistemas jurídicos actuales es creciente. Lo cual determina que para conocer qué es lo que el Derecho establece, cuáles son las conductas que los ciudadanos tienen que seguir para no incurrir en infracciones sancionables, qué comportamientos son los que el Derecho les impone, tenga que acudir necesariamente a lo que la jurisprudencia de los tribunales establece con ocasión de la aplicación de la legislación. Conocer el Derecho no es otra cosa que poder predecir, del modo más aproximado posible, cómo van a resolver los tribunales un caso determinado (O. W. HOLMES).

Dada esta fundamental elevación de la importancia de la jurisprudencia para el conocimiento del Derecho real vigente, resulta absolutamente imprescindible la ordenación de la misma a los meros efectos de que la legalidad que va a ser aplicada a cada conflicto sea cierta y predecible. El requisito de la certeza y predecibilidad del Derecho es completamente independiente de la cuestión de si los tribunales crean o no Derecho con sus sentencias. Lo importante es que estas sentencias son decisivas para conocer los matices del Derecho aplicable y, en esta medida, la predecibilidad de la decisión judicial es un requisito que necesariamente tiene que cumplir la jurisprudencia (las sentencias que contienen razonamientos imprevisibles son contrarias a los principios de legalidad y seguridad jurídica: STC 13/2003, de 28 de enero, con muchos antecedentes).

Dada la importancia de la jurisprudencia, sea creativa de normas o puramente declarativa, es incuestionable que contiene un conjunto de criterios de aplicación del Derecho al cual tienen que atenerse todos los jueces y tribunales. No es posible aceptar un sistema jurídico en el que cada uno de los jueces puede interpretar con libertad las normas, estableciendo soluciones propias para los casos que tenga que resolver. Si la solución de las controversias dependiese del criterio del juez ante el que se presenten, el sistema jurídico será tendencialmente caótico porque estará constituido por un cosmos de reglas y pautas de actuación tan variadas como órganos judiciales existan. La generalidad del Derecho se perdería en beneficio de un sistema de taifas judiciales en el que cada órgano tendría capacidad para definir singularmente las soluciones que estimara pertinentes, aunque se tratara de la aplicación de las mismas leyes a la misma clase de situaciones de hecho.

En ocasiones se argumenta que la vinculación de los jueces y tribunales a la jurisprudencia fijada por los órganos superiores puede suponer una merma de su independencia, que proclama el artículo 117.1 de la Constitución. El argumento, sin embargo, nos parece inadmisibles desde cualquier punto de vista. La independencia judicial significa

409.

Conocer la jurisprudencia para conocer la legalidad.

410.

Consecuencias de la exigencia de generalidad y predecibilidad del Derecho.

411.

Vinculación al precedente e independencia judicial.

dependencia de la legalidad, y la jurisprudencia forma parte inequívocamente de la legalidad porque contribuye a su determinación, completando en su caso el contenido de las normas. Por otro lado, en los sistemas de *common law* donde el carácter vinculante de la jurisprudencia es una regla de ordenación básica, nadie ha planteado seriamente que tal circunstancia pueda hacer perder independencia a los tribunales. La independencia no puede consistir en una absoluta libertad para interpretar la ley separándose sin fundamento del criterio establecido por los órganos judiciales superiores en casos iguales. La independencia, sin embargo, radica en la posibilidad de separarse de dichas soluciones generales cuando el caso sometido a enjuiciamiento presente singularidades que justifiquen el apartamiento de la jurisprudencia establecida.

412.
¿Pérdida de
identidad del
sistema jurídico y
aproximación al
common law?

Tampoco se justifica, por otra parte, la afirmación de que la configuración como vinculante de la jurisprudencia para los tribunales inferiores nos aproximaría al sistema anglosajón de *case law*, que no forma parte de nuestra tradición. Hay que decir al respecto que la organización del sistema de precedentes en Inglaterra responde a la misma necesidad de seguridad y certeza del Derecho que estamos comentando y que no forma parte de una tradición secular o es una peculiaridad propia del *common law* sino una regla que se ha impuesto entre mediados y finales del siglo XIX. En Inglaterra se cita como origen del sistema de precedentes la sentencia de la House of Lords *Beamish v. Beamish*, de 1861, y no empieza a consolidarse definitivamente hasta la sentencia *London Tramways*, de 1898. Y la razón del establecimiento de estos criterios técnicos de estabilización de los contenidos de la jurisprudencia, no está tampoco vinculada a las peculiaridades del *common law*, ni a sus diferencias con los sistemas continentales europeos basados en el principio de legalidad, sino en una razón mucho más simple que expresó bien la sentencia *London Tramways* citada: la necesidad de que los tribunales inferiores conozcan bien las decisiones de los tribunales superiores a los efectos de seguirlas, y también a la pragmática razón de que los abogados conozcan mejor el Derecho a los efectos de asesorar a sus clientes con más seguridad. Nótese, respecto de esto último, que en la medida en que mejor se conoce la jurisprudencia y más estable y repetida es la decisión de los tribunales, menos asuntos se plantearán ante ellos cuando se sepa cómo van a ser resueltos. Si la decisión judicial es impredecible, las partes litigan con la misma inseguridad que quien juega a la lotería: la suerte puede caer del lado de quien tenga peores argumentos, o haya jugado menos números. Si, por el contrario, la decisión judicial es predecible, no incurrirá en gastos de dinero y tiempo aquel que esté seguro de perder, ni

413.
Ventajas del
seguimiento del
precedente.

los tribunales de justicia verán sus oficinas atascadas de documentación (especialmente en apelación, donde la jurisprudencia estable tiene un efecto más disuasorio), lo que también contribuirá al mejor funcionamiento de la Justicia.

Establecida con carácter general la justificación del sistema de precedentes, ya se ve que su conveniencia es independiente de que se reconozca o no a la jurisprudencia el carácter de fuente del Derecho, aunque evidentemente es inesquivable su aplicación cuando, como venimos diciendo, la fijación del Derecho depende de lo que los tribunales digan.

Para que el sistema de precedentes funcione, es preciso, sustancialmente, lo siguiente: a) que los tribunales estén articulados de modo jerarquizado, lo que ocurre desde luego en nuestro sistema judicial cuya organización culmina en el Tribunal Supremo o en los Tribunales Superiores de Justicia en los asuntos no susceptibles de casación. b) La práctica de identificar, en las sentencias, la parte de ellas que puede servir para constituir precedentes. Esta práctica está muy poco arraigada entre nosotros porque tanto la doctrina como los abogados o los propios tribunales suelen invocar la jurisprudencia citando cualquier párrafo de las sentencias que pueda servir para apoyar su argumentación. Sin embargo, únicamente puede ser invocada como precedente la *ratio decidendi* de la sentencia, no sus *obiter dicta*, ni cualquier otro tipo de razonamiento que el tribunal haya hecho de modo accidental o instrumental. c) La identificación de la *ratio decidendi* es más sencilla cuando las decisiones de los tribunales son unánimes; el grado de coincidencia de los miembros del tribunal y la reiteración con que se pronuncien, permitirá modular la fuerza del precedente. De esta manera se podrá distinguir entre precedentes absolutamente obligatorios y otros que tienen menor fuerza vinculante. d) Identificado el precedente, tiene que aceptarse su cambio cuando se aprecie que estaba formado de modo jurídicamente erróneo, o cuando las circunstancias cambien. De otro modo sería imposible acomodar el Derecho a la evolución de la sociedad, a las necesidades de los ciudadanos o a los casos que presenten características singulares: la repetición automática de decisiones, sin tener en cuenta los matices del caso, resulta ser tan grave para el Derecho como la falta de observancia del precedente. e) El cambio de precedente será menos necesario en la medida en que consista en reglas abstractas y generales que puedan ser adaptadas de modo flexible y perdurable a los casos que se vayan presentando; será más frágil y cambiante en los supuestos en que se hayan fijado reglas muy concre-

414.

Técnicas de organización del precedente y requisitos para su aplicación.

415.

Identificación.

416.

Decisiones unánimes y mayoritarias.

417.

Cambios de precedente.

418.

Generales y concretos.

tas (son, respectivamente, las concepciones denominadas maximalista y minimalista del precedente en el *common law*).

La ordenación de la jurisprudencia conforme al régimen de precedentes que determine la vinculación de los tribunales a sus propias decisiones y a las adoptadas en casos idénticos por los tribunales superiores, tiene un respaldo constitucional inequívoco entre nosotros.

En lo que concierne al respeto de los tribunales a lo establecido por ellos mismos en anteriores ocasiones, las Sentencias 122/2001, de 4 de junio; 111/2001, de 7 de mayo; 193/2001, de 1 de octubre; 74/2002, de 8 de abril, y 133/2002, entre otras muchas, han establecido que los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, imponen a los órganos judiciales que en sus resoluciones no se aparten arbitrariamente de los precedentes propios. También se advierte que el artículo 14 CE excluye que una decisión judicial dictada en un proceso pueda ser fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a las decisiones adoptadas en otros casos anteriores resueltos de modo diverso. El cambio del contenido de la decisión es posible, pero tiene que hacerse en el marco de una argumentación razonada de dicho cambio que permita deducir que el apartamiento del precedente responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no a una respuesta *ad personam*. No puede tratarse de un apartamiento inconsciente o un cambio de criterio insuficientemente razonado.

419.
Vinculación a las
propias decisiones
del Tribunal.

Para verificar cuándo se vulnera el principio de igualdad por desviación de lo establecido en otras resoluciones precedentes, la STC 111/2002 establece un test que se desglosa en cinco fases: primera, determinar la existencia de una línea jurisprudencial arraigada y continuada en el tiempo; segunda, mostrar que los mismos supuestos se han resuelto de forma contradictoria; tercera, las sentencias que se invoquen como antecedente tienen que referirse a sujetos distintos del actor; cuarta, ha de verificar que se trata de resoluciones dictadas por el mismo órgano judicial; y quinta, el cambio de criterio tiene que carecer de un razonamiento motivado.

420.
Igualdad y
desviación del
precedente.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta ahora solo ha llegado a fijar la autovinculación de los órganos judiciales respecto de sus propias decisiones precedentes, pero no ha impuesto ninguna doctrina relativa a la justificación constitucional de la unificación de la jurisprudencia y la vinculación de los precedentes establecidos por los órganos judiciales superiores. Es, por tanto, notoriamente insuficiente a los efectos que analizamos.

421.
Limitaciones
de la doctrina.

La vinculación de los tribunales inferiores por la jurisprudencia establecida por los superiores tiene que desarrollarse a partir de los principios de predecibilidad y certeza del Derecho, de seguridad jurídica y de igualdad en el plano constitucional, a los que ya hemos hecho referencia suficiente. En el nivel de la legalidad ordinaria, esa vinculación tiene un fundamento posible en las leyes procesales que incluyen la vulneración de la jurisprudencia como fundamento del recurso de casación [en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, artículo 477; en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, artículos 88.1.d) y 96 y siguientes. La falta de una regulación semejante en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido suplida por el Tribunal Supremo equiparando las infracciones de jurisprudencia a las de ley].

En el ámbito contencioso-administrativo, que nos importa especialmente, puede entenderse como continua y arraigada una línea jurisprudencial que utiliza la noción de precedente para subrayar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo vincula a los tribunales inferiores. La sentencia de 20 de abril de 1990 es una excelente muestra de esta posición. Afirma que la «doctrina legal se constituye en un precedente judicial, según la terminología acuñada por el *case law*, que nos impone como consecuencia del principio de seguridad jurídica en relación con el de igualdad de todos ante la ley, consagrados en los artículos 9 y 14 de nuestra Constitución, para cuyo remedio en caso de quebrantamiento está previsto precisamente la revisión antes mencionada, donde se permite y obliga a rescindir las sentencias que estén en contradicción con el criterio jurisprudencial dominante».

II. VIGENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS NORMAS

1. LA SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS CONCEPTOS

Las nociones de vigencia, validez y eficacia tienen que ver con la existencia y aplicabilidad de las normas a las situaciones de hecho que regulan. Son conceptos que explican el ciclo vital de las normas, las condiciones para su integración en el ordenamiento jurídico y para la producción de los efectos que pretenden.

En la Constitución no hay una regulación mínima de los ciclos normativos, algunas de cuyas claves tienen que inducirse de principios generales que aquella consagra. El ordenamiento jurídico podría formarse por la acumulación de todas las normas dictadas a lo largo del tiempo por los legisladores competentes, correspondiendo a los aplicadores,

422.

Vinculación de las inferiores: fundamento legal.

423.

Jurisprudencia contencioso-administrativa.

424.

El ciclo vital de las normas.

425.

Ordenamientos de acumulación.

principalmente jueces y tribunales, decidir sobre cuál entre las normas vigentes debe ser aplicada a un supuesto de hecho determinado. En el período histórico regido por el denominado Derecho común, tal fue el modo ordinario de decidir sobre la aplicación de las normas porque no existía entonces un criterio claro sobre la sucesión temporal de las mismas, ni tampoco sobre su ordenación jerárquica. El ordenamiento general consistía en una acumulación de normas vigentes, procedentes de épocas y de legisladores diferentes, sin un criterio interno claro de ordenación de la aplicación preferente de unas sobre otras.

En todos los ordenamientos jurídicos actuales esta amalgama de normas sigue existiendo pero se presenta siempre bastante más ordenada, sobre todo por la utilización de dos principios: el de sucesión temporal o cronológica de las normas que, habitualmente, implica que las disposiciones nuevas que tratan de las mismas materias que otras anteriores suelen declarar o implicar la derogación de las anteriores, con lo cual el ciclo vital de estas se cierra. Y, por otro lado, el de la ordenación jerárquica, lo que supone que todo el universo de las normas se ordena por rangos, unos superiores y otros inferiores, con el efecto de que las subordinadas no pueden contradecir lo dispuesto en las superiores so pena de nulidad.

426.

Criterios cronológico y jerárquico de ordenación.

Principios estables y de validez general sobre el régimen de la producción del Derecho escrito y la dinámica de las normas solo pueden contenerse en la Constitución, como venimos diciendo con reiteración a lo largo de este Capítulo. Pero el constituyente ha preferido, al menos en parte, dejar estas definiciones al legislador estatal (artículo 149.1.8.^ª), que siguiendo una tradición asentada entre nosotros, ha tratado de la aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil (la cuestión de si el régimen de las fuentes debía establecerse en la Constitución o en el Código Civil ya fue objeto de un debate de interés en el que participaron algunos importantes juristas de la época, como MARTÍNEZ ALCUBILLA). El Código recoge, en efecto, algunas reglas sobre aplicación y eficacia de las normas a las que puede buscársele fundamento constitucional y otras que, sin embargo, pueden ser matizadas o moduladas por el legislador con ocasión de cada nueva ley que apruebe. Trataremos ahora de indagar sobre los principios de naturaleza constitucional que pueden usarse para organizar la disciplina de las normas, desde que nacen hasta que mueren.

428.

La entrada en vigor como comienzo de la vigencia.

Respecto de la sucesión cronológica de las normas la Constitución ofrece pocas referencias explícitas. El ciclo vital de las normas podemos hacerlo coincidir, provisionalmente, con su vigencia (veremos luego que es más largo) y comienza con la entrada en vigor. El Código

Civil establece expresamente esta regla y, además, utiliza como criterio para resolver sobre el momento de la entrada en vigor, el de la publicación formal en el *Boletín Oficial del Estado* (artículo 2.1). En la Constitución sin embargo no existe una regulación tan explícita. Puede deducirse de ella, sin ninguna dificultad, que las normas deben ser publicadas porque, por un lado, garantiza el principio de publicidad (artículo 9.3) aunque sin imponer una manera concreta de realizarlo. Y, por otro, porque el artículo 91 describe la fase final del procedimiento de elaboración de las normas estableciendo como función del rey la de ordenar su publicación (artículo 91 CE). No dice, sin embargo la Ley Fundamental, ni quién debe encargarse de la publicación ni en qué tipo de medio tenga que hacerse. Pero, por lo que ahora nos interesa más, si sabemos que, según la Constitución, debe entenderse que la vigencia de las normas empieza con la publicación, es porque si las normas no se publican no podría exigirse su cumplimiento; la ley sin publicar aún no ha sido perfeccionada y es incapaz de producir efectos; desde otro punto de vista, sería contrario al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3) y a los de certeza y predeterminación del Derecho, que pueden derivarse de aquel (y también de otros principios y reglas constitucionales, cuya importancia ya hemos subrayado a estos efectos, como la misma idea de legalidad, o la asunción del concepto de ordenamiento jurídico, etc.). Resuelto este extremo, el siguiente problema de la vigencia que es el de decidir si se produce con la publicación o transcurrido un plazo a partir de aquella, lo deja la Constitución a la entera disponibilidad del legislador que puede decidir, para cada ocasión, lo que considere más conveniente. La regla general del Código Civil (las leyes entran en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *BOE*) puede ser, por tanto, continuamente desplazada y sustituida por la opción que el legislador elija.

Respecto del término de la vigencia, las referencias constitucionales son mucho menos explícitas. El Código Civil dice que las leyes solo se derogan por otras posteriores (artículo 2.2), pero de que la Constitución haya acogido la técnica de la derogación solo hay una muestra directa en su utilización por la propia Constitución para decretar la pérdida de vigencia de una serie de normas que cita expresamente y de todas las que se opongan a su contenido. Que la vigencia de las normas se extingue cuando son sustituidas por otras es una regla que hay que deducir de otros principios constitucionales más generales. De nuevo el acogimiento por la Constitución del concepto de ordenamiento jurídico es completamente esencial porque, como ya hemos argumentado, un componente de aquel es la ordenación misma del sistema normativo vigente, para lo que es imprescindible que desapa-

429.

Peculiaridades constitucionales sobre el comienzo de la vigencia.

430.

Libertad del legislador sobre la entrada en vigor.

431.

Falta una regulación constitucional de la derogación.

432.

*El orden y la
sustitución de las
normas dentro del
ordenamiento.*

rezcan del ordenamiento todas las normas que contienen regulaciones de las que se han ocupado de nuevo, en sentido distinto, las normas nuevas. Tal vez pueda sostenerse, en un plano teórico general, que la nueva ley no tiene más fuerza que la ley vieja sino la misma y, siendo así las cosas, no hay razón para suponer que el legislador ordinario actual pueda decretar la pérdida de vigencia de lo que decidió otro legislador anterior. Pero si se analizan bien las consecuencias de semejante posición, se verá que conduce a la petrificación de todo el Derecho escrito y a la imposibilidad de que las leyes sean sustituidas. Es verdad que un ordenamiento formado por acumulación de normas, sin aplicar criterios de sustitución cronológica, es concebible en el plano teórico (y algún modelo histórico, como hemos visto, serviría para avalarlo); en tal caso correspondería principalmente a los jueces y tribunales decidir qué proposiciones normativas tienen que aplicarse preferentemente. Sin embargo, esta imposibilidad de apartar definitivamente del ordenamiento normas procedentes de períodos anteriores, dictadas en situaciones políticas, económicas o sociales completamente distintas, significaría que los antiguos representantes del pueblo podrían seguir imponiendo su voluntad, a través de las leyes, a las generaciones futuras, lo cual es difícilmente soportable y compatible con la democracia que es un valor constitucional fundamental (artículo 1.1). Y, quizá de un modo más directo y seguro, la imposibilidad de cerrar el ciclo de la vigencia de las normas conduce a negar, o a reducir al menos, la misión de progreso que la Constitución ha confiado al legislador, al imponerle que remueva los obstáculos para que la igualdad, la justicia y la libertad sean sucesivamente más efectivas (artículo 9.2 CE). La Constitución, en fin, ha concebido la potestad legislativa como inagotable, continuamente en ejercicio. Y frente a la potencia innovativa de la legislación no puede oponerse al mismo tiempo, porque es incompatible, la imposibilidad de que las leyes nuevas declaren la salida del ordenamiento jurídico de las normas anteriores.

433.
*El fundamento de
la fuerza
derogatoria de las
leyes nuevas.*

En estas constataciones de la concepción constitucional del sistema normativo y sus proyecciones sobre otros principios constitucionales puede fundarse la interpretación segura de que el legislador tiene la potestad de declarar la derogación de otras normas anteriores, sean o no compatibles con las nuevas, y también que las normas anteriores cuyos contenidos sean incompatibles con las nuevas deben entenderse tácitamente derogadas y, por tanto, sin vigencia.

434.
*Validez y eficacia:
distinciones.*

Las normas vigentes no son necesariamente ni válidas ni eficaces. Algunas corrientes doctrinales han concebido la eficacia como una

consecuencia necesaria de la vigencia, o también de la validez. Pero, en términos constitucionales, para nosotros no es dudoso que cada uno de esos conceptos tiene un régimen perfectamente delimitado y, en buena medida, autónomo en relación con los demás.

La vigencia significa que el curso de la formación de la ley ha concluido con la puesta en conocimiento de su contenido a los ciudadanos, autoridades e instituciones, integrándose a partir de entonces en el ordenamiento jurídico. *Pero es posible que una norma vigente no sea eficaz y también que tenga efectos una norma que ha perdido la vigencia.* Quizá estos simples enunciados describan por sí mismos la importancia que tiene para la teoría del Derecho distinguir entre vigencia, validez y eficacia (respecto de estos dos últimos es conocida la atención que H. KELSEN les dedicó, aunque estableciendo conclusiones que no podemos ahora suscribir íntegramente). Una norma tiene eficacia cuando se aplica a las situaciones de hecho a que se refiere y proyecta consecuencias jurídicas sobre las mismas.

La vigencia no implica la eficacia, aunque normalmente la lleve aparejada, porque en determinadas hipótesis puede no darse en normas vigentes o, como decimos, predicarse de normas derogadas. La vigencia determina un efecto de futuro de las normas. Las normas nuevas regulan hechos o situaciones que se producirán o existirán en el momento en que aquella esté en vigor. Por tanto, no hay efectos de la norma durante la *vacatio legis*, que es un período de tiempo específicamente decidido por el legislador, en el que la vigencia de la norma no se ha perfeccionado. Pero tampoco producen efectos las normas plenamente vigentes si ha sometido el legislador su emergencia a alguna clase de término o condición.

Algunos tipos de normas, para llegar a tener eficacia precisan de algún complemento que debe aportar un legislador diferente del que las aprueba. Este es un fenómeno que ha llegado a predicarse de la propia Constitución. Aunque todas las normas constitucionales producen efectos, en cuanto que pueden ser invocadas ante los tribunales, la eficacia plena de algunos de ellas requiere regulaciones de desarrollo que dependen del legislador ordinario (se verá en el volumen siguiente que, pese a la opinión más extendida, ello no solo ocurre en el caso de los derechos económicos y sociales, sino también en relación con algunos derechos fundamentales tan básicos como el derecho a la educación o a la justicia —que sería imposible de ejercer si el legislador no dispusiera sobre su organización y medios—). Pero en las hipótesis en que más evidentemente se condiciona la eficacia de las normas vigentes, es en la de los ordenamientos incompletos. El ordenamiento inter-

435.

Significación de la vigencia.

436.

Vigencia no implica eficacia.

437.

Vacatio.

438.

Sometimiento a condición...

439.

... o a regulaciones complementarias.

440.

Las normas incompletas y precisadas de autorización.

nacional lo es, por definición: para que un tratado internacional pueda producir efectos en el territorio del Estado tiene que ser publicado (artículo 1.5 del Código Civil) después de que hayan sido autorizados por el Gobierno o las Cortes, del modo que indican los artículos 93 y siguientes de la Constitución. Las normas comunitarias europeas, aunque forman parte de un ordenamiento que está regido con las técnicas propias del ordenamiento internacional, se diferencia de este precisamente en que es un ordenamiento autónomo y completo en sí mismo, cuyas normas, habitualmente, gozan de efecto directo, si se cumplen las circunstancias que el Tribunal de Justicia comunitario ha establecido con un pormenor que hemos de analizar más adelante.

La eficacia, por tanto, puede estar bloqueada, pese a que las normas estén vigentes. Y, como decíamos, existir aun en casos de pérdida de vigencia.

441.

La sucesión de normas en el tiempo: escasas reglas constitucionales.

La Constitución no ha establecido una regulación de aplicación general sobre el derecho transitorio, aplicable en los casos de sucesión de normas en el tiempo. El único principio que ha recogido es el de prohibición de retroactividad de las normas en los casos en que sean sancionadoras o limitativas de los derechos individuales (artículo 9.3 CE). Salvada esta limitación, y alguna otra derivable de la aplicación de principios constitucionales (la ley no puede incidir retroactivamente en asuntos cuyo conocimiento está reservado a los tribunales: cfr. volumen II de esta obra), el legislador puede disponer la aplicación de las normas hacia el pasado (en el plano legislativo ordinario, esta previsión está en el artículo 2.3 CC). Pero de las limitaciones existentes a la retroactividad pueden deducirse fácilmente dos consecuencias: primera, que no siempre la norma nueva podrá subrogarse en la anterior, sustituyéndola también en lo que concierne a la regulación de hechos anteriores a la entrada en vigor de la norma derogada; y segunda, que aunque fuera posible, lo normal es que el legislador disponga para el futuro y, en aras de la seguridad jurídica, se abstenga de modificar regulaciones consolidadas en el pasado, cuyos efectos son difíciles de sustituir y, además, de hacerlo, podrían incluso determinar la remoción o desconocimiento de derechos que implicarían consecuencias indemnizatorias.

442.

Las leyes nuevas no sustituyen los efectos de las anteriores.

Por tanto, la regla en nuestro Derecho es que las leyes nuevas no sustituyen completamente los efectos de las leyes viejas que quedan derogadas. La consecuencia de ello es que estas tienen que seguirse aplicando a las situaciones nacidas durante su vigencia, anteriores a la entrada en vigor de las nuevas normas. Las leyes derogadas, no vigentes, por tanto, son eficaces en virtud de su ultraactividad, que les permite tener proyección de futuro aunque su ciclo vital haya acabado

443.

La eficacia de las leyes derogadas.

con la pérdida de vigencia. Significa esto que el concepto de ciclo vital de las normas tiene que entenderse de tal manera que sus efectos y consecuencias se entiendan prolongados hasta mucho más allá de su propia muerte.

El de validez es el tercero de los conceptos cuya significación general debemos referir. También es perfectamente autónomo por relación a los conceptos de vigencia y de eficacia. La validez, en verdad, solo puede predicarse de las normas vigentes, lo cual determina algunas consecuencias importantes. Hasta que la norma no está vigente no se incorpora al ordenamiento jurídico y no puede contrariar a ninguna otra de las que lo componen. Como quiera que la validez consiste justamente en la acomodación o la ausencia de contradicción entre una norma y otras existentes en el ordenamiento que no pueden vulnerar por ser superiores (jerarquía) o por carecer de habilitación para regular la materia a que aquellas se refieren (competencia), en modo alguno estas vulneraciones puede llegar a producirlas una norma que todavía no se ha perfeccionado como tal y no ha llegado a integrarse en el ordenamiento jurídico. La cuestión tiene más interés que el puramente teórico porque determina que no se puede reclamar ante los tribunales la invalidación de normas que no estén vigentes. Tanto cuando se trata de reglamentos como de leyes, las normas procesales establecen los plazos de impugnación partiendo del momento de la publicación de la ley (artículo 46 LJCA y 33 LOTC), lo que está en lógica correspondencia con la idea de que la impugnación de la invalidez tiene sentido desde que el vicio se produce, y no cuando no ha llegado a realizarse, y el vicio se genera con el ingreso de la norma en el ordenamiento, no antes. En alguna ocasión, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha llegado a admitir recursos contra normas cuyos efectos estaban aplazados, circunstancia criticada por un voto particular (RUBIO LLORENTE), que, con toda razón, dijo que no podía invalidarse lo que aun no ha llegado a ser.

Esta regla general de que la validez se predica solo de las normas vigentes, tiene una excepción posible: cuando una disposición queda derogada puede seguir produciendo temporalmente los efectos que tuvo durante su vigencia. Estos efectos residuales ultraactivos también están vinculados a la vigencia porque no serían posibles si la norma no hubiera llegado a estar vigente. Pero es posible que no se haya declarado nunca la invalidez de la disposición derogada y que aquellos efectos residuales puedan seguir siendo contrarios al ordenamiento jurídico, en cuyo caso puede reclamarse ante los tribunales competentes su anulación.

444.

El concepto de validez.

445.

Vinculación entre validez y vigencia.

446.

Ultraactividad y vigencia.

447.
Eficacia de las
normas inválidas.

Las normas, válidas o inválidas, producen siempre efectos; en este último caso, hasta que su nulidad se declara. Ello significa que las normas inválidas están vigentes cuando se cumplen las formalidades que conocemos e ingresan desde entonces en el ordenamiento jurídico, produciendo plenitud de efectos.

448.
Limitaciones
a la competencia
para apreciar
la invalidez.

El reconocimiento de que la disposición es nula y debe ser expulsada del ordenamiento jurídico se produce, sin embargo, de modo distinto que en el caso de la derogación. Cualquier operador jurídico puede apreciar la derogación y establecer las adecuadas consecuencias para inaplicar una disposición derogada. En cambio, la nulidad, a salvo de algunas hipótesis de inaplicación por funcionarios y particulares de escásima relevancia en la práctica, solo puede ser apreciada por los tribunales competentes para hacerlo. Aun en los sistemas de justicia más difusos, la anulación de las normas no está al alcance de todos los tribunales. En el nuestro, la validez de los reglamentos corresponde decidirla a la jurisdicción contencioso-administrativa; la de las leyes (y, en algunas hipótesis, la de determinados reglamentos de lo que conoce con ocasión de conflictos de competencias, de recursos de amparo o de las impugnaciones que prevé el artículo 160.2 CE) al Tribunal Constitucional; y la de toda clase de normas comunitarias europeas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Estos son los casos paradigmáticos.

449.
La Constitución
no regula los
supuestos de
invalidez de las
normas.

Del régimen de la validez y, de su contrario, la nulidad de las normas, dice la Constitución bastantes pocas cosas. Ni siquiera está claro que establezca que las normas que se oponen a otras vulnerando los principios de jerarquía o de competencia sean nulas siempre. Ya hemos señalado que hay otras alternativas de ordenación de las relaciones entre normas basadas en la aplicación preferente de una sobre otras, pero sin que las contradicciones entre ellas se midan en términos de validez. La Constitución consagra el principio de jerarquía normativa (artículo 9.3) y ha asentado el principio de competencia en un lugar central de la producción legislativa, aplicándose tanto a las relaciones entre el Derecho comunitario y el interno (artículo 93 CE), como a la relación entre el Derecho estatal y el autonómico (principalmente, artículos 147, 148 y 149). Por otro lado, ha conferido la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para verificar la legalidad de los reglamentos (artículo 106 CE); y a la jurisdicción constitucional la competencia para conocer la constitucionalidad de las leyes. Desde luego de estos principios y regulaciones se deduce que las normas que los infringen deben ser expulsadas del ordenamiento. Pero la Constitución no dice que la infracción conlleve la invalidez. Este es un añadido que han establecido las leyes procesales correspondientes al prescribir a los Tribunales de

ambos órdenes, que cuando aprecien la ilegalidad o inconstitucionalidad de un reglamento o la inconstitucionalidad de una ley, declare su nulidad (artículos 62.2 LRJAP, 71.1 LJCA, y 39.1 LOTC).

Menos claras son, sin embargo, las consecuencias de la nulidad, en punto a si suponen la privación de efectos de las disposiciones anuladas desde el momento en que aquella se declara (*ex nunc*) o desde que la norma entró en vigor y empezó a producir efectos (*ex tunc*). Volveremos en un epígrafe ulterior sobre ese problema, resuelto siempre, podemos anticipar, preservando de alguna manera los efectos consolidados de las normas nulas que han tenido proyección sobre los ciudadanos.

Tampoco es necesariamente automática la pérdida de efectos de las normas desde que su inconstitucionalidad o ilegalidad se declara, como veremos un poco más adelante. Con lo cual se abre la posibilidad de que las normas de aquella clase sigan produciendo efectos. Estas declaraciones de incompatibilidad son de tipo prospectivo y optan por aplazar la expulsión del ordenamiento de la norma, no obstante su inadecuación, hasta que es sustituida por otra nueva que regule la misma materia. La inseguridad jurídica y el *horror vacui* que produce la anulación de normas importantes son la justificación última de estas técnicas (el Tribunal Constitucional siguiendo criterios que proceden de la jurisprudencia constitucional alemana, que recordó entre nosotros R. BOCANEGRA, empezó a aplicar dichas formulaciones a partir de la Sentencia de 20 de febrero de 1989).

2. EL INICIO DE LA VIGENCIA: LA PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS

A) Los precedentes y los problemas de la consagración constitucional de la garantía de publicidad de las normas escritas

Como hemos señalado en el apartado anterior, la Constitución se refiere en términos muy generales a la publicidad de las normas. El artículo 9.3 garantiza la publicidad, pero no indica cuáles son los medios que tienen que utilizarse para llevarla a término. El artículo 91 atribuye al rey la función de ordenar la publicación de las leyes; y el artículo 96 hace referencia a la publicación de los tratados internacionales. Quedan muchas cuestiones abiertas respecto de la significación de la publicación, su naturaleza en relación con el procedimiento legislativo, los órganos encargados de llevarla a cabo, los problemas de los retrasos y publicaciones defectuosas, la obligación de publicar normas reglamentarias, etc.

450.

Alcance de la nulidad.

451.

La declaración de invalidez no implica la pérdida inmediata de efectos.

452.

La publicación en la CE.

453.

La publicación en el CC y en la legislación administrativa.

La precisión de que las leyes estatales hayan de publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* está en el artículo 2.1 del Código Civil, pero estas determinaciones del Código podrían ser cambiadas por cualquier otra alternativa que también garantice la publicidad en los términos que la Constitución exige. La publicación de los reglamentos aparece actualmente impuesta en la Ley del Gobierno de 1997 (artículo 24.4). La de las normas autonómicas en los Estatutos de Autonomía; y la de las normas locales en la LRBRL de 1985, artículo 70.2.

454.

La fragmentaria regulación de la publicación.

Este evidente desorden y la parquedad de la regulación de algo tan importante como la publicidad de las normas, tan estrechamente vinculada a la obligatoriedad de las mismas y la seguridad jurídica, al funcionamiento de los órganos estatales y especialmente de los tribunales, está en línea de continuidad con el tratamiento del tema en nuestra propia historia constitucional, en la que la cuestión de la publicación solo llegó a arreglarse parcialmente con la publicación del Código Civil en 1889, y aun entonces de modo incompleto, sin que la jurisprudencia, confusa y titubeante, haya acertado a imponer la publicación como requisito inexcusable para el reconocimiento de efectos a cualquier norma, hasta después de aprobada la Constitución de 1978.

Esta historia, brevemente explicada, es la siguiente:

455.

La evolución de la publicación de las leyes.

La Constitución gaditana de 1812 asumió, en materia de publicación de las leyes, los criterios que estaban asentados durante el Antiguo Régimen. El precepto principal es el artículo 156 del Capítulo IX, que estableció: «Todas las leyes se circularán de mandato del Rey por los respectivos secretarios del Despacho directamente a todos y cada uno de los tribunales supremos y de las provincias, y demás jefes y autoridades superiores, que las circularán a las subalternas». La publicación era, por tanto, una operación de comunicación del texto mismo de las leyes, no de inserción en alguna publicación general especializada, como son hoy los boletines oficiales. La comunicación consistía en la transmisión jerárquica de los textos en el orden que el precepto transcrito indicaba. Y los destinatarios de las comunicaciones no eran los ciudadanos en general sino, preferentemente, las autoridades del Estado.

456.

La comunicación como forma de publicidad.

Parece evidente la confusión con la que se emplean, en la Constitución gaditana, los términos promulgación y publicación. El artículo 155 establecía la fórmula promulgatoria que debía utilizarse para poner en comunicación de todas las autoridades el texto de la ley, mandando su cumplimiento y publicación. Aquí aparece la promulgación como una fórmula relativa a la autenticación real de la ley nueva, diferenciada de la publicación (J. RODRÍGUEZ ZAPATA). Mientras las leyes se tramitan,

457.

Confusión entre promulgación y publicación.

promulgación y publicación parecen actos diferentes. Incluso se usa la expresión publicación para referirse a la lectura final del texto hecha por la propia Cámara legislativa (artículo 154: «Publicada la ley en las Cortes, se dará de ello aviso al rey para que se proceda inmediatamente a su publicación solemne»). Pero terminada la tramitación parlamentaria, los términos promulgación y publicación tienden a confundirse, como demuestran algunas disposiciones del período que ha analizado M. LORENTE. De modo que la identificación de promulgación y publicación no vuelve a romperse hasta, por lo menos, pasada la mitad del siglo, cuando el método de la comunicación jerárquica de los textos legales empieza a sustituirse definitivamente por su inserción en instrumentos o medios de comunicación específicos.

Entre las disposiciones aludidas es muy significativa la consulta que formula el rey a las Cortes con ocasión de la promulgación de la Ley de 5 de agosto de 1820, cuya contestación aprueban estas el 2 de septiembre de 1820, en relación a las formas de promulgar las leyes. Dice la indicada respuesta de las Cortes que el jefe político, acompañado de todo el ayuntamiento «salga en público de la casa donde se junta ordinariamente y pasando la de la Panadería sita en la plaza de la Constitución *promulgue* desde el Balcón principal de aquélla la ley haciéndola leer por el secretario del ayuntamiento». La promulgación consistía, por tanto, en la lectura pública. Se concibe esta lectura como una ceremonia formal que se ha de repetir sucesivamente en todas las provincias en la medida en que se va recibiendo la comunicación de la ley. De esta mecánica da idea el artículo XVIII de la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias de 23 de junio de 1813. «Sólo el Gefe político —decía— circulará por toda la provincia todas las leyes y decretos que se expidan por el Gobierno, haciendo se publiquen en la capital de provincia y se entere de ellas la diputación provincial, y cuidando de remitir las leyes y decretos a los Gefes políticos subalternos si los hubiere para que los hagan circular en su territorio, o a los alcaldes primeros en las cabezas de partido para el mismo efecto». Por tanto, los jefes políticos estaban en el centro del sistema de circulación de disposiciones porque les correspondía impulsarlo y, además, asegurar que habían llegado a su destino a través del acuse de recibo. La entrada en vigor de las normas planteó en la época de vigencia de la Constitución de Cádiz problemas que llegaron a manifestarse ante las Cortes, consultadas a este respecto por diversos alcaldes, que emitieron un dictamen de la Comisión de Legislación, luego convertido en Decreto de 5 de junio de 1823. Decía: «La Comisión de Legislación, conformándose con el dictamen del Gobierno, opina que las leyes puramente civiles deben empezar a producir sus

458.

La promulgación como lectura pública formal.

459.

La circulación de las disposiciones.

efectos en cada provincia desde el día de su publicación en ella, a no ser que en la misma se prevenga otra cosa, expidiéndose para ello un decreto general».

460.

Publicación provincial.

Esta publicación provincial de todas las normas había sido ya acordada por una Real Orden de 26 de agosto de 1821 que se refería a la *promulgación* de las leyes en las provincias con la misma solemnidad que en la capital de la monarquía. La práctica que se consolida en el primer tercio del siglo también está reflejada en el Proyecto de Código Civil de 1821, donde aparece claro que la publicación/promulgación es la lectura pública de las normas practicada en una ceremonia solemne; que habrían de celebrarse tantas ceremonias como capitales de provincia y partidos existían en el Estado; que los mecanismos de publicidad eran el pregón y los edictos fijados en parajes públicos; y, en fin, que la entrada en vigor de las normas no era uniforme en toda la monarquía ya que dependía de la publicación provincial y local, como ya hemos señalado. El sistema continuó intacto con el Estatuto Real, como refleja una Real Orden de 24 de mayo de 1834 que indicaba el procedimiento de circulación del Estatuto. También es evidente en dicha norma la identificación de la publicación o promulgación con la ceremonia de lectura. Sin embargo, algo empezó a cambiar en la mecánica de la publicación a partir de entonces ya que el artículo 6 de la citada Real Orden ordenaba a los gobernadores la publicación también «por medio de los boletines oficiales». Aunque parece claro que esta indicación no supuso un cambio radical del sistema establecido («el acto de promulgación se verificará con todas las formalidades acostumbradas hasta ahora...», decía el artículo 2 de la misma Real Orden), el empleo de medios de publicidad escritos empezó, sin duda, a fortalecerse desde entonces.

462.

La aparición de los boletines.

En 1810 las Cortes habían decidido la publicación, en una *Gaceta Extraordinaria*, de todos los decretos que se habían dictado hasta entonces y de los que se expidiesen en el futuro. La *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes Generales y Extraordinarias*, encomendada a los redactores del *Diario de Sesiones*, tendría más el carácter de una compilación oficial que de un medio de comunicación a efectos de publicidad. La primera prensa oficial tal vez pueda situarse con la aparición del periódico del Ministerio de Gobernación de la Península, que empieza a editarse en 1823 en sustitución de otro Periódico Ministerial o Correo Político de las provincias que se había publicado desde 1814. Pero es una Circular de 27 de abril de 1833 la que impulsa la creación en cada capital de provincia de «un diario o boletín periódico, en el que se inserten todas las órdenes, disposicio-

463.

La Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes.

464.

Creación de los boletines provinciales.

nes y prevenciones que tengan que hacerse a las justicias y ayuntamientos de los pueblos por cualquier autoridad...». La *Gaceta de Madrid* serviría de modelo de referencia. La creación de boletines provinciales tenía como objetivo directo la supresión del gasto de las denominadas veredas, constituidas para la circulación de las disposiciones desde el Antiguo Régimen. También debería servir para suprimir el acuse de recibo. Pero todos estos progresos se encontraron con muchas dificultades operativas por la necesidad de encomendar la edición a empresas privadas, en cuya gestión estaban presentes predominantemente los intereses particulares, y la dificultad de que los pueblos se suscribieran a los boletines provinciales. De todas maneras, se ha computado la existencia de cuarenta y nueve boletines oficiales a mediados de siglo. La Instrucción a los subdelegados de fomento de 1833 también había dado un impulso al establecimiento de boletines o diarios (el *Diario de la Administración*) que sirvieran no solo para publicar normas sino para difundir políticas de reforma y de mejoramiento de las infraestructuras y servicios en que tan empeñada estuvo la Administración de aquella época.

No obstante, la sustitución de las formas tradicionales de publicidad, consistentes en la lectura solemne en el marco de una ceremonia, tardaría mucho tiempo en producirse.

Un Real Decreto de 15 de junio de 1836 refleja el mantenimiento de las fórmulas tradicionales. Pero la referencia a la publicación oficial en las gacetas y boletines como determinante de la obligatoriedad de las leyes y disposiciones, se afirma definitivamente a partir de una Real Orden Circular de 22 de septiembre de 1836, así como de la contestación que las Cortes dieron al Gobierno, mediante un Real Decreto de 3 de noviembre de 1837, acerca del inicio de la obligatoriedad de las normas. Decía que «Las leyes y las disposiciones generales del Gobierno son obligatorias para cada capital de provincia desde que se publican oficialmente en ella, y desde cuatro días después para los demás pueblos de la misma provincia». La provincialización de la publicación se consolida a partir de entonces y será el régimen habitual durante el resto del siglo hasta la publicación del Código Civil, en permanente pugna, sin embargo, con el mantenimiento de la vieja tradición de la publicación material, por un lado, y con la progresiva asunción, frente a las empresas privadas, del monopolio por las instituciones públicas de la publicación de los periódicos oficiales. Sobre el mantenimiento de la tradición de la comunicación directa como medio de promulgación, es ilustrativa una Real Orden de Gracia y Justicia de 5 de septiembre de 1848 que advirtió que las normas tenían que cumplirse

465.
Supresión
de las veredas.

466.
La edición privada.

467.
Mantenimiento
de las fórmulas
tradicionales.

468.
Combinaciones
con la publicación
provincial.

desde que se publicaran en la *Gaceta*, «sin esperar a que se les comunique» (un Real Decreto de 9 de marzo de 1851 advertiría años después que «Las disposiciones generales que se publiquen en la *Gaceta* no se comunicarán particularmente...») siendo obligatorias desde la publicación). Y del proceso de eliminación de las empresas editoriales privadas, es un buen ejemplo la Real Orden Circular de 22 de septiembre de 1836, que J. M. BOQUERA interpretó en el sentido de que imponía la publicación precisamente en la *Gaceta Oficial*.

El conocimiento de las normas fue un problema que, sin embargo, no llegó a arreglarse en todo el siglo, como revelan las continuas quejas de los juristas de la época (GARCÍA GOYENA, GÓMEZ DE LA SERNA, ORTIZ DE ZÚÑIGA). Para mejorar la situación, se creó la *Colección Legislativa* por Real Decreto de 6 de marzo de 1846, que continuaría la colección de decretos de las Cortes, ya aludida. También un Real Decreto de 22 de febrero de 1850 y una Real Orden de 20 de marzo del mismo año crearían un «Registro general y auténtico de las leyes y disposiciones reales», que respondía a la iniciativa de «conservar íntegro y en toda su verdad y pureza el texto auténtico de las leyes y disposiciones reales...».

La sustitución del sistema de publicación provincial por otro de carácter centralizado empezó a intentarse desde mediados de siglo. El artículo 1 del Proyecto de Código Civil de 1851 pretendió establecerlo al consignar que las leyes solo serían obligatorias y surtirían efectos desde los diez días siguientes al de su inserción en la *Gaceta Oficial del Gobierno*, como regla general. Para justificar esta centralización, GARCÍA GOYENA, tan vinculado a dicho proyecto, se refirió a la provincialización de la publicidad como una fórmula que se había debatido y que había fracasado con ocasión del prestigioso Código napoleónico de 1804. Pero el cambio final en el confuso panorama de la publicación de las normas, será obra del Código Civil de 1889, en cuyo artículo 1 se estableció: «Las leyes obligarán en la Península, Islas adyacentes, Canarias y territorios de África sujetos a la legislación peninsular, a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa. Se entiende hecha la promulgación el día en que termine la inserción de la ley en la *Gaceta*». Este texto fue modificado con ocasión de la reforma del Título Preliminar por Decreto de 31 de mayo de 1974. El artículo 2.1 expresa en la actualidad 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». Aunque bastante más preciso que la redacción original, el precepto no deja de ser incompleto e insuficiente.

En esta situación fue promulgada la Constitución, en la que queda ya definitivamente claro que la publicación es un acto final de ejecu-

469.

Creación de la
Colección
Legislativa.

470.

Hacia un sistema
centralizado de
publicación.

471.

El CC y la
publicación única
en la *Gaceta*.

ción, enmarcado en el procedimiento de elaboración de las leyes, pero con perfecta autonomía y separación de los actos de sanción y promulgación, atribuidos al rey (artículo 91 CE).

Pero resulta sorprendente que a la altura de 1978 aún quedaran pendientes no pocos problemas relativos a la publicación de las normas y sin despejar la anterior dificultad para el conocimiento del Derecho. Resumidamente, dichos problemas son los siguientes: a) El artículo 2.1 del Código Civil se refiere, desde su primera redacción, a las leyes, no a las disposiciones administrativas. Respecto de los reglamentos estatales, las Leyes de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo, de 1957 y 1958, artículos 29 y 132 respectivamente, establecieron el principio de publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. La misma exigencia ha mantenido posteriormente la Ley del Gobierno de 1997. b) Ni el Código Civil ni las leyes que acaban de citarse aluden a la publicación de las normas de las Comunidades Autónomas, que aparece regulada en los Estatutos de Autonomía también de una manera fragmentaria y no siempre coincidente. Respecto de las leyes autonómicas se prevé la doble publicación en el *Boletín de la Comunidad Autónoma* y en el *Boletín Oficial del Estado*, que no suelen ocurrir, ni mucho menos, simultáneamente. Para soslayar dificultades, se prevé que la entrada en vigor tendrá lugar con la publicación en el primero de los boletines citados, lo cual da seguridad, sin duda, frente a la diacronía en las publicaciones, pero en nada ayuda al conocimiento de las normas que exige que los operadores jurídicos manejen diecisiete boletines oficiales además del estatal. c) Por lo que concierne a las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas, no todos los Estatutos hacen referencia a su publicación. Cuando lo hacen, indican que aquella se practicará en el *Diario Oficial de la Comunidad Autónoma*, lo cual no ayuda tampoco al conocimiento de esta clase de normas por los operadores jurídicos y los ciudadanos. En algunos casos se prevé también la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* cuando se trata, por ejemplo, de reglamentos autonómicos que desarrollan leyes estatales. d) Por lo que concierne a las normas de las Administraciones locales, la situación de absoluta oscuridad se ha prolongado hasta bastante recientemente. Ninguna norma obligaba a la publicación de las ordenanzas locales que, de hecho, solo podían ser consultadas en las oficinas municipales, y no siempre con facilidad. La situación empezó a cambiar a partir de la Ley 40/1981, de 28 de octubre, que ordenó la publicación de las ordenanzas tributarias en el *Boletín Oficial de la Provincia*. Las demás, con la incomprensible aceptación de una jurisprudencia contencioso-administrativa, que estudió J. BERMEJO en aquellos años, se mantuvie-

472.

Los problemas pendientes en 1978.

473.

Leyes y reglamentos.

474.

Leyes autonómicas.

475.

Reglamentos autonómicos.

476.

Normas locales.

ron al margen de los circuitos de la publicidad hasta la aprobación de la Ley reguladora de las bases de régimen local de 1985, cuyo artículo 70.2 impuso la publicación de todas las ordenanzas, incluidas las normas de los planes urbanísticos, en el *Boletín Oficial de la Provincia*, no entrando en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y transcurrido quince días hábiles.

477.

La autenticidad de los textos publicados.

Sigue habiendo, no obstante, en España un grave problema relativo a la autenticidad de los textos publicados, ya que no existe actualmente un registro oficial de disposiciones donde se guarden los textos aprobados y desde donde pueda certificarse la versión íntegra y auténtica de los que se publican. Para empeorar esta situación, que ha criticado con toda razón J. A. SANTAMARÍA, domina también en sede doctrinal y jurisprudencial la creencia de que la publicación forma parte de los *interna corporis acta* de las leyes, que no son susceptibles de revisión por los tribunales, opinión esta más que discutible porque la verificación de la autenticidad del texto por los tribunales nada tiene que ver con los *interna corporis* sino más bien con la comprobación de que se ha cumplido correctamente el requisito de la publicación, imprescindible para que las normas se perfeccionen. Una cosa es que el texto publicado en el *Boletín Oficial* goce de presunción de autenticidad, y otra distinta que pueda demostrarse ante los tribunales que han de aplicarlo que tal presunción es infundada.

478.

¿La publicación forma parte del proceso legislativo?

B) Naturaleza, requisitos y efectos de la publicación

El problema más importante que plantea la publicación de las normas es el de resolver si forma parte del procedimiento legislativo o es un mero acto de ejecución que se produce después de que aquel procedimiento está concluido. La concepción que se siga a este respecto tiene muy diversas consecuencias, la primera de las cuales atinente al perfeccionamiento de las leyes. Si la publicación no forma parte del procedimiento legislativo, las leyes se perfeccionan cuando concluye el debate en las Cortes y el texto queda definitivamente fijado. En tanto que la sanción, promulgación y publicación de la ley son actos posteriores a la tramitación parlamentaria, no añadirían absolutamente nada a su contenido normativo ni a su fuerza de obligar, que deriva del hecho de haber sido aprobada por los representantes del pueblo, pero no de lo que añadan los indicados actos de sanción, promulgación y publicación.

479.

Tesis del carácter ejecutivo de la promulgación y la publicación.

Esta concepción de los indicados actos como subordinados y puramente ejecutivos está directamente enraizada con la tradición constitucional francesa, extendida por todo el continente, respecto de la

elaboración de las leyes por los representantes del pueblo, sin el paralelo reconocimiento al ejecutivo de ningún poder de obstaculización o veto, tal y como, por ejemplo, se reconoce al presidente en el constitucionalismo norteamericano.

La concepción dominante en Europa es, por consiguiente, que el acto de publicación, como los de promulgación y sanción, es un acto de mera ejecución. El de publicación, que es el que ahora nos importa, está atribuido al poder ejecutivo que lleva a cabo la operación material de publicar las leyes siguiendo la orden que el rey debe emitir de acuerdo con lo que prevé, en nuestro caso, el artículo 91 de la Constitución.

En verdad, la Constitución ni siquiera dice otra cosa distinta de que el rey deba expedir la orden de publicar las leyes. No concreta a quién corresponde la obligación material de publicarlas. En la práctica esta función siempre ha estado atribuida al poder ejecutivo, como hemos visto en el apartado anterior. Y actualmente está consignada y regulada en el Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del *Boletín Oficial del Estado*. Está configurada la obligación de publicar como una actividad reglada de la Administración cuyo incumplimiento puede permitir incluso el planteamiento de acciones ante los tribunales tanto para exigir la ejecución de la obligación como para demandar responsabilidades por el incumplimiento, retraso o cumplimiento defectuoso de la misma.

Si aceptáramos la concepción del acto de publicación como meramente ejecutivo de leyes ya perfectas, tendríamos que asumir también que la ley es obligatoria desde que se perfecciona en el Parlamento, lo cual no es así ni en nuestro Derecho ni en ningún otro de los ordenamientos europeos vecinos. En el artículo 2.1 del Código Civil se dice, como ya conocemos, 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». En el artículo 1 del Código Civil francés también se establece que las «leyes son ejecutivas en todo el territorio francés en virtud de su promulgación por el presidente de la República a partir del momento en que su publicación pueda ser conocida...», estableciéndose luego algunas presunciones sobre cuándo la ley se considera conocida en los diferentes departamentos. En Italia, el artículo 10 de las *Preleggi* establece que «las leyes y reglamentos devienen obligatorios el decimoquinto día sucesivo al de su publicación, salvo que se disponga otra cosa». Estos preceptos revelan que en todos los sistemas jurídicos la ley no se perfecciona con la conclusión de su elaboración parlamentaria, sino con el cumplimiento de otros requisitos añadidos, entre los cuales, principalmente, la publicación. Esta circunstancia indica también

480.

Atribución del poder ejecutivo.

481.

Actividad administrativa de publicación.

482.

La ley no es obligatoria desde que se perfecciona en el Parlamento.

483.
 Requisito
 ad solemnitatem
 para el
 perfeccionamiento
 de la ley.

que siendo la publicación, sin duda, un acto de ejecución de las determinaciones de los representantes en Cortes, es también una fase del procedimiento legislativo, que tiene que concluirse como requisito *ad solemnitatem* para el perfeccionamiento de la ley. No puede exigirse el cumplimiento de las leyes si su contenido no se pone de manifiesto a los ciudadanos. Esta es la misión de la publicación, que se convierte de este modo en un requisito procedimental esencial. Su inserción en el procedimiento legislativo, que podría deducirse de la garantía de la publicidad (artículo 9.3) y de que resulta inadmisibles que pueda aplicarse una norma desconocida, también se deriva de que el artículo 91 de la Constitución, que es el que ordena que el rey sancione, promulgue y ordene la inmediata publicación de las leyes, forme parte del Capítulo II del Título III relativo a «la elaboración de las leyes», y no del Título II que es el relativo a la Corona.

484.
 Los efectos de la
 ley no publicada.

La inclusión de la publicación, con la sanción y la promulgación, como trámites *ad solemnitatem* del procedimiento legislativo, aunque significa que son necesarios para el perfeccionamiento y entrada en vigor de la ley, no implican que, hasta la publicación la ley carezca totalmente de efectos. Algunos se generan de modo evidente: las propias Cortes Generales no podrían desconocer lo que ya han aprobado sino iniciando de nuevo el procedimiento legislativo para dejar sin efecto o modificar el texto anterior; el rey está obligado a sancionar y promulgar la ley y el presidente del Gobierno a ratificar estos actos, lo que también comporta consecuencias en el plano de la responsabilidad política. Y la orden de publicación misma genera la obligación de la Administración Pública de ejecutarla, de modo correcto y reglado, so pena de responsabilidad y de que pueda contestarse su inactividad mediante recursos contencioso-administrativos, previstos ahora expresamente en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 para obligar a la Administración a que actúe cuando debe dictar un acto legalmente debido, lo que es el caso exacto según nos parece.

485.
 Obligación
 de publicar.

No resulta, por ello, adecuado afirmar que hasta que no se publica la ley es «inexistente», como no es infrecuente entre la doctrina administrativista y algunos constitucionalistas (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. A. SANTAMARÍA, P. BIGLINO) porque dicha expresión, que puede ser sugerente, induce a confusión por las razones ya explicadas de que los textos legales, una vez aprobados, existen y algunos efectos producen. Parecidas inexactitudes se derivan del empleo de la afirmación de que las leyes no publicadas son inválidas. Inválidos, en verdad, podrían ser los actos de aplicación de leyes no publicadas, mediante los cuales se adopten decisiones administrativas o judiciales sin cobertura, o se

486.
 Las leyes no
 publicadas no son
 ni inexistentes ni
 inválidas sino
 imperfectas.

impongan obligaciones a los ciudadanos con cargo a leyes que no se conocen. Pero no hay ninguna razón para afirmar que una ley no publicada es inválida si aún no ha empezado a aplicarse, en cuanto que, mientras está pendiente de publicación, no puede decirse de ella que haya infringido norma alguna del ordenamiento jurídico. Si las normas fueran inválidas por no estar publicadas, habría que considerar que la publicación ulterior es una convalidación de la invalidez, y no un simple acto de reanudación del procedimiento; por otro lado, ha de considerarse que las normas inválidas pueden producir efectos, al menos mientras no se declare su nulidad. Sin embargo, ni una ni otra clase de dificultades se presentan si se acepta que la ley no publicada es, simplemente, imperfecta, que no se ha incorporado al ordenamiento jurídico y, por tanto, que no puede ser aplicada a ninguna de las situaciones o circunstancias de hecho que ella contempla.

A las leyes no publicadas lo que les falta, por tanto, es un requisito procedimental del que depende su perfeccionamiento. Sin él no ingresan las normas en el ordenamiento jurídico. Y sin tal incorporación, no entran en vigor, que es la circunstancia que marca justamente su nacimiento, a partir de la cual despliegan la plenitud de sus efectos. Es posible, como ya hemos estudiado en el apartado anterior, que normas derogadas o nulas, es decir, que han dejado de estar vigentes, sigan produciendo efectos, pero la aplicación de la ley a los ciudadanos al término del procedimiento legislativo, acompaña indefectiblemente a su vigencia, que depende ineludiblemente de la publicación. El Código Civil ha acogido esta concepción de la publicación de modo inequívoco.

Alguna doctrina ha planteado el problema de si la entrada en vigor se produce antes de la publicación, es decir, con el acto de sanción y promulgación, o depende de la publicación (entre nosotros, defendiendo lo primero, J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA y J. RODRÍGUEZ ZAPATA, siguiendo tesis que también sostuvo en Italia C. MORTATI). La cuestión tiene trascendencia tanto para la entrada en vigor de las normas como a efectos de su derogación; el *dies a quo* del efecto derogatorio sería, si se aceptaran tales propuestas, el de la promulgación. Pero estas tesis, que pretenden reconocer una diferente naturaleza a las distintas fases del procedimiento legislativo, tienen difícil apoyo en el texto de la Constitución, por las razones ya explicadas (que tampoco pueden debilitarse por el hecho de que el artículo 90.2 CE y el derogado artículo 79 LOTC utilicen la denominación de proyectos para referirse a leyes cuya tramitación parlamentaria ha concluido y aún no han sido sancionadas y promulgadas).

487.

Sin publicación no entran en vigor.

488.

¿Entrada en vigor sin publicación?

489.

El legislador
dispone sobre la
entrada en vigor.

La Constitución solo establece una garantía específica para la publicación de las normas (artículo 9.3) sin referirse para nada a la *vacatio legis*. De aquí ha pretendido deducirse que el perfeccionamiento de la ley se produce siempre con la publicación, siendo la *vacatio legis* un período en el que la eficacia plena de la ley está suspendida. Pero en la Constitución no hay base suficiente para sostener una tesis como la indicada. Aunque no hay ninguna referencia en ella al instituto de la *vacatio legis*, tampoco hay restricción alguna a la plena capacidad del legislador para decidir sobre la aplicación temporal de las leyes. Tiene aquel plena libertad para hacer coincidir la entrada en vigor con la publicación, o no hacerlo. Lo cual significa que lo que no es vinculante, a efectos de la entrada en vigor de las leyes, es el período de *vacatio* establecido con carácter general en el Código Civil, en cuanto que puede ser modificado y sustituido por cualquier otra ley futura.

490.

Publicación de
los reglamentos.

Por lo que concierne a las normas de valor reglamentario, ninguna duda cabe, según hemos señalado ya, que su publicación es obligatoria y que sin ella no se perfeccionan ni entran en vigor, por lo que, hasta entonces, no pueden aplicarse a situación jurídica alguna, careciendo totalmente de efectos *ad extra*.

491.

La publicación de la
jurisprudencia.

En los análisis más habituales de los problemas y la técnica de la publicación de las leyes, falta siempre cualquier referencia a la publicación de la jurisprudencia. Esta omisión ha podido camuflarse entre las dudas y disquisiciones doctrinales acerca de si la jurisprudencia cumple alguna función normativa (si no la tiene, la decisión judicial solo interesa a las partes en litigio, a las que se notifica). Como en la actualidad, según las tesis que hemos sostenido, no cabe ninguna duda de aquella circunstancia, la publicación adecuada de la jurisprudencia es tan importante como la publicación de las demás normas escritas. Recuérdese, por ejemplo (*vid. supra* apartado I.6) que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional han aceptado que una norma oscura que integre conceptos vagos, puede limitar legítimamente derechos individuales, o tener un contenido sancionador, sin vulnerar la reserva de ley, si existe jurisprudencia suficiente que aclare y delimite su sentido. Pero no puede decirse que exista certeza y predeterminación de la norma aplicable cuando el acceso a tal jurisprudencia es muy dificultoso o imposible.

492.

Críticas.

Hasta el presente, la publicación oficial de las colecciones de jurisprudencia es más que defectuosa. Primero porque concierne, casi exclusivamente, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, publicada con extraordinario retraso. Resulta verdaderamente sorprendente que las ediciones electrónicas de la jurisprudencia de los tribunales estén

sometidas a precio, a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) que vende los ejemplares a empresas que se ocupan de su comercialización ulterior.

La única jurisprudencia que puede salvarse de esta crítica por lo que concierne a la publicidad, es la del Tribunal Constitucional, publicada habitualmente en el *Boletín Oficial del Estado* y objeto de una colección oficial elaborada con mayor técnica y prontitud. Pero ni ella ni ninguna de las demás escapan al olvido total en nuestro sistema de la elaboración de colecciones de precedentes, que constituyen la parte normativa de las resoluciones judiciales, dejando su identificación al esfuerzo de selección, nada sencillo, de los operadores jurídicos cuando necesitan conocerlos.

Por lo demás, para completar el análisis de los requisitos y efectos de la publicación, resta una referencia final a las publicaciones defectuosas. Pueden ser de muchas clases. La primera de todas es la publicación sin la sanción y promulgación previas. Esta posibilidad plantea el interesante problema de saber si el perfeccionamiento de la ley y su entrada en vigor depende del cumplimiento de toda la cadena de trámites, primarios de elaboración parlamentaria y secundarios o ejecutivos, en que se desglosa el procedimiento, o basta con la publicación. A nuestro juicio, una ley publicada sin el cumplimiento o con infracción de los demás trámites procedimentales anteriores, sería una ley nula pero que entraría en vigor, en el sentido que indica el artículo 2.1 del Código Civil. El incumplimiento de los *interna corporis* tendría que verificarse en el marco del recurso de inconstitucionalidad correspondiente. Más difíciles son las infracciones al principio de publicidad consistentes en el retraso, la publicación parcial, la publicación errónea o inauténtica y los errores materiales en el acto de publicación. Estos últimos quizá planteen el caso más sencillo ya que está resuelto en el propio Reglamento de 2008 del *Boletín Oficial del Estado*, ya citado, en cuanto que impone la corrección de oficio de las erratas cometidas en la edición, así como de los errores que se le ordene rectificar por iniciativa de los órganos responsables de la publicación (estas rectificaciones de errores plantean, sin embargo, infinidad de problemas complementarios de cuya descripción se ha ocupado la doctrina en repetidas ocasiones; en España, desde un viejo trabajo de N. PÉREZ SERRANO, hasta el análisis de sus proyecciones sobre la autenticidad de las normas hecho por A. NIETO).

La publicación incompleta determina, a nuestro juicio, la inaplicabilidad de la parte de la ley no publicada en cuanto que no ha podido entrar en vigor, con todas las consecuencias que esta circunstancia

493.

Publicación de la jurisprudencia del TC.

494.

Las publicaciones defectuosas.

495.

Publicación de leyes incorrectamente tramitadas.

496.

Retrasos, publicación parcial, errónea o incompleta.

conlleva y ya hemos explicado. A la publicación inauténtica, que podría consistir en la no reproducción en el *Boletín Oficial del Estado* del mismo texto que aprobaron las Cortes Generales, ya nos hemos referido: a nuestro juicio, dicho defecto de publicación no forma parte de los *interna corporis acta*, de modo que, sin perjuicio de la posible verificación de su cumplimiento por el Tribunal Constitucional, también es posible que la jurisdicción ordinaria examine la correspondencia entre el texto aprobado y el texto publicado, declarando la inaplicabilidad de este último cuando la incorrección sea palmaria y manifiesta, en tanto que la publicación no puede servir para poner en vigor un texto que no existe y que nunca fue aprobado. Es más correcta esta resolución de la inaplicación que la declaración de nulidad de la ley mal publicada, porque nulo, si algo, sería lo aportado o añadido por el editor, pero ninguna razón hay para considerar que lo es el texto que aprobaron los legisladores.

497.

Efectos de la publicación de un texto inauténtico.

El caso de la tardanza o retraso en la publicación, ya hemos señalado que además de las responsabilidades políticas que pudiera generar, tiene su solución más sencilla en la utilización del recurso por inactividad que actualmente regula el artículo 29 LJCA de 1998. Aunque sus efectos prácticos serán, seguramente, bien escasos porque habida cuenta la lentitud con que opera la indicada jurisdicción habitualmente, no es concebible en la práctica que la publicación de una norma pueda retrasarse tanto como lo hará la propia jurisdicción en declarar que existe obligación de publicar y condenar a hacerlo.

498.

Impugnación del retraso.

3. APLICABILIDAD, NORMAS PROGRAMÁTICAS Y EFICACIA DIRECTA

Cumplido el período de *vacatio legis*, las leyes entran en vigor y tal circunstancia va acompañada del reconocimiento de efectos externos plenos en relación con todos los poderes públicos y con los ciudadanos. La ley vigente puede condicionar su aplicación, sometiéndola a condiciones, a la concurrencia de determinadas circunstancias, a la acción de otros legisladores, etc., pero habitualmente su eficacia empezará con la vigencia y culminará con la derogación o la anulación. Sabemos que los conceptos de vigencia y eficacia de las normas no son estrictamente paralelos. Por un lado ya hemos visto que algún grado de eficacia *ad intra* del aparato del Estado cabe reconocer a las normas aun cuando no hayan sido publicadas, y también hemos señalado y desarrollaremos luego, que la eficacia puede no extinguirse con su anulación ya que la norma nula puede llegar a aplicarse sucesivamente hasta su sustitución por otra. Por otro lado, la eficacia no se

499.

La eficacia no siempre depende de la vigencia ni de la derogación.

extinguirá con la derogación, puesto que lo ordinario será que siga aplicándose a las situaciones de hecho nacidas antes de que entre en vigor la ley derogatoria.

El fenómeno de que queremos dar cuenta ahora es distinto. Algunas normas necesitan, para ser eficaces, ser completadas después de su entrada en vigor por otras. Suele ocurrir esto especialmente con las normas que no contienen proposiciones imperativas sino simplemente programáticas. Se limitan estas a formular un programa de actuación, criterios u orientaciones de política legislativa o a reconocer derechos cuya consagración definitiva, dotando a las normas declarativas de eficacia plena, se deja a la intervención de un legislador secundario.

La norma en que esto acontece prototípicamente es la Constitución.

La afirmación de que algunas normas constitucionales tienen un simple valor programático, en cuanto que carecen de eficacia directa y solo establecen criterios de actuación para el legislador ordinario, ha pasado por una época de serio desprestigio entre nosotros. El reconocimiento de carácter normativo completo a la Constitución de 1978 se ha hecho con especial énfasis con un evidente deseo de reaccionar contra la concepción, muy propia del «constitucionalismo» franquista, de que las leyes fundamentales tenían esencialmente carácter programático. Sin embargo, como hemos de ver con detenimiento más adelante, la inclusión en las Constituciones de algunas normas programáticas es una constante en toda la historia del constitucionalismo, lo que dio lugar a un debate doctrinal interesante en la época de la Constitución de Weimar. Las Constituciones han estado siempre compuestas de diversos tipos de normas. Unas que pueden ser aplicadas inmediatamente, es decir, que tienen eficacia directa, y otras que necesitan para su ejecución la colaboración ulterior del legislador ordinario. Tienen valor normativo tanto unas como otras, pero su estructura es diferente.

En la Constitución vigente es también evidente que no todas las normas tienen el mismo efecto vinculante para los poderes públicos, ni la estructura precisa para ser aplicada a situaciones de hecho concretas. Estas diferencias dependen casi siempre de la complitud de la norma. Algunos preceptos constitucionales contienen enunciados cerrados y completos, mientras que otras no son reglas acabadas sino enunciados vagos de los que resulta difícil deducir las obligaciones exactas que se imponen a los poderes públicos o los derechos que se reconocen a los ciudadanos. Por ejemplo, una norma constitucional con un enunciado cierto y perfecto es la que establece la mayoría de edad en el artículo 12.

500.

Concepto de normas programáticas.

501.

La Constitución como norma programática.

502.

La configuración técnica de las normas con eficacia directa.

Y otras que precisan de complementación legal son todas aquellas en las que la propia Constitución se remite a la ley (por ejemplo, artículo 30.2, «la Ley fijará las obligaciones militares de los españoles»...) o todas aquellas en las que, sin hacer tales encomiendas de modo expreso, es igualmente necesario el concurso del legislador ordinario para completar la organización de las instituciones o el ejercicio de algunos derechos (si no media la acción del legislador, es difícil saber cuál es el contenido del derecho a la salud o a la seguridad social —artículos 43 y 41 CE— pero también incluso el derecho a la tutela judicial efectiva —artículo 24.1—, que requiere la regulación de los órganos judiciales, o del derecho a la educación reconocido en el artículo 27).

503.
*Efectos de las
normas sin eficacia
directa.*

No siempre que las normas constitucionales carecen de eficacia directa tienen que ser necesariamente complementadas por el legislador. Podrán servir de inspiración a sus políticas legislativas y, desde luego, constituir pautas de conducta para los poderes públicos y de orientación a sus actuaciones. De esta clase son las normas constitucionales que, según el artículo 53.3, «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

504.
*La inactividad
del legislador
y la eficacia
de las normas
constitucionales.*

Cuando no existen mandatos al legislador, la eficacia directa de estas normas constitucionales se limita a las proyecciones que indica el citado artículo 53.3. Pero incluso cuando contienen mandatos al legislador y generan obligaciones de hacer, de las que depende nada menos que la eficacia completa de las reglas que contienen, no siempre son jurídicamente vinculantes porque ni la Constitución misma ni la jurisdicción constitucional han establecido remedios para actuar frente a la inactividad del legislativo. Algunas excepciones cabe establecer al respecto, tomando nota de lo que ya ha venido haciendo nuestra propia jurisprudencia constitucional. Es posible, por ejemplo, reaccionar contra la inactividad del legislador cuando está repercutiendo en la imposibilidad de ejercer un derecho constitucional (por ejemplo, en materia de comunicación por televisión: SSTC 31 y 47/1994, 281 y 307/1994, seguidas luego de otras varias sentencias), o también cuando de las insuficiencias de la regulación existente resultan vulneraciones de otros derechos constitucionalmente reconocidos y, muy especialmente, discriminaciones prohibidas por el artículo 14 de la Constitución (STC 103/1983, de 22 de noviembre).

505.
Efectos debilitados.

No entraremos ahora en más detalles sobre la significación jurídica de las normas constitucionales y las expresiones de su variada tipología. Nos basta por el momento con constatar que existen en ella normas que no despliegan la plenitud de sus efectos porque no aspiran a ser directamente aplicadas a los ciudadanos, ni obligan a los poderes

públicos de un modo perfecto hasta tanto son desarrolladas o complementadas por otras. Se trata, por tanto, de disposiciones que carecen de efecto directo o que presentan efectos debilitados.

De la categoría de las normas programáticas han hecho un uso bastante extenso los Estatutos de Autonomía aprobados a partir de 1979. Es especialmente ilustrativo a este respecto el Estatuto de Andalucía cuyo artículo 12 reproduce en términos prácticamente idénticos el artículo 9.2 de la Constitución, asumiendo la Comunidad Autónoma la promoción de las «condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas», así como la responsabilidad de remover los «obstáculos que dificulten o impidan su plenitud», obligaciones estas de las que luego deriva una pormenorizada relación de objetivos que van desde la «consecución del pleno empleo» al «acceso de todos los andaluces a los niveles educativos y culturales que les permita su realización personal y social», etc.

Los Estatutos de Autonomía que se aprobaron en Italia años antes, también se sembraron de disposiciones de este carácter, lo que mereció la atención de una buena parte de la doctrina que se preocupó por valorar su constitucionalidad. Una parte de los autores consideró que eran inconstitucionales porque introducían condicionamientos a la acción del legislador estatal (SORRENTINO, ROMANO, ROVERSI MONACO), mientras que otros estimaron que eran constitucionales en tanto que, precisamente, se limitaban a repetir principios y reglas constitucionales preestablecidas (BASSANINI, ONIDA).

Al margen de esta polémica, que retomaremos en el lugar oportuno de esta obra, la cuestión que nos interesa sistemáticamente en este momento es la vinculación o no del legislador autonómico a lo establecido en dichas normas programáticas o, dicho de otra forma, la cuestión de sus efectos. Se trata por lo general de disposiciones que describen opciones legislativas que no tiene el Estatuto la función de fijar de manera definitiva, sino que la Constitución confía al legislador ordinario para que actúe según la voluntad de las mayorías que ocupen en cada momento el órgano legislativo. Son proposiciones que, por tanto, pueden ganar plena eficacia si las asume el legislador regional futuro, pero su valor vinculante aparece, sin embargo, bastante más debilitado que el de las normas programáticas que figuran en la Constitución, por la sencilla razón de que muchas de las que incluyen los Estatutos se han incorporado a ellos sin contar con una habilitación constitucional específica para poderlo hacer.

506.

Las normas programáticas en los Estatutos.

507.

La vinculación del legislador territorial a las normas programáticas del Estatuto.

En el escalón de la legislación ordinaria también se encuentran normas con eficacia debilitada.

508.
Las leyes que no tienen efectos directos para los ciudadanos.

En todos los ordenamientos actuales existen también ejemplos de leyes ordinarias que tienen una estructura técnica que determina su inaplicabilidad inmediata a los ciudadanos, restringiendo sus efectos a las relaciones entre poderes públicos. En nuestro Derecho el mayor ejemplo son las leyes de bases a las que se refiere el artículo 82 de la Constitución, y que son el marco de una delegación legislativa que el legislador hace a favor del Gobierno, fijando los principios o criterios que han de guiar al legislador delegado.

Las bases son los elementos normativos vinculantes que el Gobierno ha de atender, pero no son directamente aplicables, salvo que otra cosa se establezca en ellas, a los ciudadanos. También son, por tanto, las leyes de bases normas que tienen un efecto directo debilitado.

No obstante todo lo anterior, el marco en el que la cuestión del efecto directo de las normas se plantea con mayor viveza en la actualidad es en el Derecho comunitario europeo.

509.
El carácter imperfecto del ordenamiento internacional y el efecto directo.

Con carácter general, el ordenamiento internacional es un ordenamiento imperfecto en tanto que, para ser aplicado en el territorio de cualquier Estado, necesita siempre algún tipo de complemento aportado por el propio Estado, bien consista en la mera publicación de la norma internacional (doctrina monista) o bien su incorporación a normas internas (doctrina dualista). Las normas internacionales, aun estando vigentes y siendo perfectamente válidas, carecen de efecto directo hasta tanto se cumplen los requisitos que, en nuestro caso, señalan los artículos 93 a 96 de la Constitución.

510.
El efecto directo del Derecho Comunitario.

El Derecho comunitario europeo, en cuanto conformado de acuerdo con las técnicas de Derecho internacional (las normas fundantes del ordenamiento comunitario son tratados internacionales), habría de tener como característica de partida la falta de efecto directo. Sin embargo, una de las conquistas más importantes para la eficacia del Derecho comunitario, su progreso y su aplicación uniforme en todos los Estados miembros, ha sido el reconocimiento de que categorías enteras de normas que lo integran tienen, como regla, efecto directo. Esta conquista ha sido obra fundamental del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y arranca de la conocida Sentencia *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963. Para establecer la doctrina correspondiente, tuvo el Tribunal que buscar en el Derecho comunitario características diferenciales del Derecho internacional general. Por eso dijo la sentencia que el Tratado «constituye algo más que un acuerdo que se

511.
La construcción de la doctrina del efecto directo por la jurisprudencia.

limitara a crear obligaciones nuevas entre los Estados miembros», y que los Estados «han reconocido al Derecho comunitario una autoridad susceptible de ser invocada por sus nacionales ante sus jurisdicciones». Por ello concluye que la Comunidad «constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros sino también sus nacionales». Estas serían las bases conceptuales generales de la doctrina del efecto directo, a la que siguió luego una jurisprudencia muy minuciosa en la que se precisaría qué preceptos de los Tratados gozan de él, así como qué clase de disposiciones de Derecho derivado tienen también tal clase de eficacia. Lo que más nos interesa es resaltar que esta característica singular del Derecho comunitario, la eficacia directa, se predica de normas que están vigentes, y es una característica nueva y singular en un ordenamiento fundado en las técnicas del Derecho internacional, en el que el punto de partida suele ser la carencia de efecto directo de las normas.

Los desarrollos de la doctrina del efecto directo, a los que nos limitaremos ahora a hacer una mención sumaria, son los siguientes: a) el Tribunal de Justicia consagró, en primer lugar, el efecto directo de todas las disposiciones de los Tratados que imponían a los Estados obligaciones de abstenerse, de «*ne plus faire*», una vez cumplidos los plazos concretos que en los preceptos correspondientes se establecían (Sentencias *Lüttike*, de 16 de junio de 1966, y *Reynes*, de 21 de junio de 1974). b) Más tarde se reconoció efecto directo a los preceptos de los Tratados que contenían obligaciones de hacer (Sentencia *Salgoit*, de 19 de diciembre de 1968). c) También se ha proyectado el efecto directo a algunas clases de relaciones entre particulares (Sentencias *Walrabe*, de 12 de diciembre de 1974, y *Defrenne v. Sabena*, de 8 de abril de 1976). d) Por lo que se refiere a las normas que integran el Derecho comunitario derivado, la jurisprudencia siempre ha reconocido efecto directo a los reglamentos en base a lo establecido en el viejo artículo 186 del Tratado CE. Sin embargo, en el caso de las directivas, que son normas que carecen inicialmente de efecto directo, es decir, que no vinculan ni a los tribunales ni pueden ser invocadas por los ciudadanos, porque se dirigen a los Estados que deben trasponerlas o incorporarlas a su Derecho interno, el reconocimiento de efecto directo ha sido siempre más matizado. La doctrina clásica al respecto estableció que la Directiva, también conforme al precepto del Tratado antes citado, vincula a los Estados y no a los ciudadanos, pero esta jurisprudencia evolucionó a partir de las Sentencias *Grad*, de 6 de octubre de 1970, y *Sace*, de 17 de noviembre del mismo año,

512.

Diferencias con el Derecho Internacional.

513.

Evolución de la jurisprudencia sobre el efecto directo.

514.

El problema del efecto directo de las Directivas.

para reconocer que también las Directivas podrían tener efecto directo cuando concurrieran determinadas circunstancias. Usando diferentes argumentos, el Tribunal de Justicia reconoció efecto directo a las directivas en su jurisprudencia de los años setenta, que concluiría en la formulación de un test completo sobre la cuestión en sentencias como *Rati*, de 5 de abril de 1979, y *Ursula Becker*, de 17 de enero de 1982, entre otras. La doctrina establecida desde entonces expresa que «en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva aparezcan, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y suficientemente precisas, estas disposiciones pueden ser invocadas en defecto de medidas de aplicación adoptadas en plazo, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o en tanto que son susceptibles de definir derechos que los particulares pueden hacer valer respecto del Estado».

Siendo, por naturaleza, la Directiva una disposición que no goza, en principio, de efecto directo, y que se dirige a los Estados miembros que deben trasponerla a su propia legislación para dotar de eficacia a los contenidos de aquella, el reconocimiento de efecto directo se ha construido como una técnica de salvaguardia frente a la inactividad del legislador interno o al cumplimiento parcial o inadecuado de sus obligaciones comunitarias.

4. EL CICLO DE LA VIGENCIA Y LAS PROYECCIONES DE LA EFICACIA

A) **Suspensión, anulación y eficacia prospectiva**

Manteniéndose la vigencia, puede la norma dejar de tener efectos cuando lo acuerdan los tribunales, como medida cautelar, en el marco de un proceso en el que se discuta su validez. Esta posibilidad, en cuyos contenidos y peculiaridades procesales no entraremos ahora, está atribuida a los órdenes jurisdiccionales que, respectivamente, son competentes para conocer de la validez de las normas comunitarias europeas (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea), de las leyes (Tribunal Constitucional) y de las disposiciones de categoría inferior a la ley (Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Las leyes procesales correspondientes reconocen esta potestad de suspensión permitiendo su utilización cuando el tribunal actuante aprecie que la no suspensión puede acarrear perjuicios para el interés público o que el proceso puede ser desvirtuado o perder su finalidad. En el Derecho comunitario europeo las facultades de suspensión atribuidas al Tribunal de Justicia están previstas en los artículos 242 y 243 TCE. En la Ley Orgánica

515.

La suspensión cautelar por los tribunales de la eficacia de las normas.

del Tribunal Constitucional se prevé que los recursos de inconstitucionalidad no suspenderán la vigencia ni la aplicación de la disposición normativa o del acto con fuerza de ley, excepto que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 para impugnar leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas (artículo 30). Por lo que concierne a la jurisdicción contencioso-administrativa, la suspensión de la eficacia de los reglamentos es una de las medidas cautelares posibles para la que los tribunales están habilitados de acuerdo con el artículo 130 y siguientes LJCA.

Una hipótesis algo distinta de las anteriores es la cesación de los efectos como consecuencia de una decisión judicial de inaplicación de una norma. En nuestro Derecho existe una habilitación, con pocos desarrollos en la práctica, contenida en el artículo 7 de la LOPJ de 1985, que permite a los jueces y tribunales inaplicar las normas que sean contrarias a la Constitución. Una decisión de tal tipo no requiere una previa declaración de la nulidad de la norma, para la que no todos los tribunales están habilitados; pero implica el bloqueo de su eficacia.

Un caso distinto de pérdida de efectos de las normas es el que deriva de la obligación, impuesta por el Derecho comunitario, de que los tribunales ordinarios de los Estados miembros declaren la inaplicación de leyes o de cualquier otra disposición contraria a una norma europea. Aunque esta jurisprudencia es muy reiterada y viene de la Sentencia *Costa/ENEL* de 1963, sus desarrollos se han producido en las Sentencias *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, y *Factortame*, de 19 de junio de 1990, luego seguidas por *Zückerfabrik*, de 21 de febrero de 1991; *Atlanta*, de 9 de noviembre de 1995, y otras. En *Simmenthal* dijo el tribunal que el juez ordinario tiene «la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas (comunitarias) dejando, en caso contrario, *inaplicada, por su propia autoridad*, toda disposición contraria de la legislación nacional, aun posterior, sin que tenga que pedir o esperar a la eliminación de esta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional». Y en *Factortame*, el Tribunal de Justicia estimó la pertinencia de adoptar medidas cautelares de suspensión de normas, incluso de rango de ley, argumentando que «sería incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho comunitario, toda disposición de orden jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa o judicial, que tuviese por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario».

Todas estas formas de paralización o bloqueo de la eficacia de las leyes y demás disposiciones escritas tienen como características comunes que no afectan a la vigencia (la norma podrá ser derogada o anu-

516.

Inaplicación de las normas.

517.

Inaplicación de las leyes o cualquier disposición nacional contraria al Derecho comunitario.

518.

La suspensión no afecta a la vigencia.

lada posteriormente, pero mientras esto ocurre, sigue formando parte del ordenamiento jurídico), y que son temporales, pudiendo ser levantadas antes de que concluya el proceso y, desde luego, al recaer la sentencia definitiva que decidirá sobre la validez de la norma y, en consecuencia, sobre su expulsión o no del ordenamiento. Difieren unas formas de suspensión de las otras, porque no todas tienen efectos generales. Cuando la suspensión de una norma comunitaria es acordada por el Tribunal de Justicia, o la de una ley es decidida por el Tribunal Constitucional, la eficacia queda suspendida *erga omnes*. Sin embargo, cuando se inaplica una norma por un juez ordinario, en el marco de un proceso concreto, esta decisión de inaplicación no alcanza más allá del caso controvertido. Así es, desde luego, porque el juez ordinario no tienen posibilidad de dejar sin efecto con carácter general una norma con rango de ley, decisión que exige en nuestro sistema jurídico la intervención del Tribunal Constitucional.

519.

Diferencias entre suspensión e inaplicación.

520.

La anulación judicial de las normas.

La eficacia de las normas también se pierde con su anulación por los tribunales. La anulación es parangonable con la derogación en algunos extremos, y en otros es, sin embargo, un instituto radicalmente diferente. Tiene en común con la derogación que implica siempre la pérdida de vigencia de la norma, aunque en la derogación esa pérdida de vigencia es el primer efecto deseado por la norma derogatoria, mientras que en el caso de la anulación, la pérdida de vigencia es una consecuencia derivada de la invalidez de aquella. La derogación se produce sin tener que hacer ningún juicio sobre la adecuación al ordenamiento de la norma derogada, mientras que la anulación se basa principalmente en la vulneración de los principios de jerarquía o de competencia que ordenan básicamente las relaciones entre normas. La derogación no tiene efectos retroactivos habitualmente mientras que la anulación suele acarrear la pérdida de efectos de la norma desde el momento en que se dicta.

521.

Diferencias con la derogación.

A esta última característica de la anulación y sus consecuencias referiremos las consideraciones que siguen ahora.

522.

Los efectos de la anulación.

En sede doctrinal continua siendo, después de muchos años, cuestión controvertida la de si la anulación de las normas tiene efectos desde el momento en que se acuerda, *ex nunc*, o se aplica desde el momento en que la norma fue dictada (*ex tunc*). La diferencia es muy notable en el plano de la seguridad jurídica, puesto que todas las normas, desde que han sido publicadas y entran en vigor, desarrollan, ordinariamente, la plenitud de sus efectos y se aplican a las situaciones de hecho que contemplan aunque sean radicalmente nulas por vulnerar la Constitución o cualquier otra norma superior del ordenamiento

jurídico. De modo que, mientras la nulidad no es declarada, la norma ha podido producir multitud de efectos, beneficiosos o perjudiciales para los ciudadanos, y haber exigido múltiples actuaciones de los poderes públicos encargados de aplicarla. De modo que en la elección de la eficacia *ex nunc* o *ex tunc* de las decisiones anulatorias se ponen en juego valores encontrados: por un lado, la seguridad jurídica y la consolidación de los derechos generados y las situaciones jurídicas protegibles obtenidas de buena fe; de otro, la depuración del ordenamiento de normas que contradicen principios esenciales en los que basa su propio orden. Teniendo en cuenta la importancia de no remover situaciones pasadas, fue H. KELSEN quien concibió las decisiones del Tribunal Constitucional sobre la validez de las leyes como semejantes a las decisiones derogatorias, de modo que tendrían eficacia desde que las sentencias que declararan la anulación se publicaran, lo mismo que ocurre con las leyes que derogan otras anteriores.

La situación es distinta en los ordenamientos que se inclinan por considerar que la declaración de inconstitucionalidad no es asemejable a la derogación sino a las declaraciones de nulidad, porque la nulidad, según criterios doctrinales bastante extendidos aunque no siempre bien explicados, se entiende que proyecta sus efectos hasta el momento en que la disposición entró en vigor.

Nuestro ordenamiento constitucional parece haberse aproximado a esta última fórmula. A la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional se refiere el artículo 164.1 CE diciendo que «Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos». El precepto transcrito nada establece acerca de los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad. Desde el día siguiente al de su publicación alcanza la propia sentencia fuerza de cosa juzgada, según indica el precepto, pero de ello nada se concluye respecto de su eficacia en el tiempo. Incluso la fuerza de ley de la sentencia implica su capacidad para depurar el ordenamiento jurídico de normas que tengan ese rango, pero nada más a los efectos que nos ocupan.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha precisado algo más los efectos de las sentencias en los recursos de inconstitucionalidad, a las que dedica dos preceptos fundamentales. El artículo 39.1, que expresa que «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad,

523.

Los problemas de la eficacia ex tunc o ex nunc de la anulación.

524.

Los efectos de las sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad en la CE.

525.

Concreción de dichos efectos en la LOTC.

declarará igualmente la *nulidad* de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de ley, a los que deba extenderse por conexión o consecuencia». Y el artículo 40.1 establece que «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

526.

Vinculación de la inconstitucionalidad a la nulidad.

Son estos preceptos los que han vinculado, en el Derecho español, la declaración de inconstitucionalidad a la declaración de nulidad. Y también son los que parecen partir de una concepción de la nulidad como una invalidación con efectos *ex tunc*, porque solo desde esta concepción tiene sentido la reserva, que establece el transcrito artículo 40.1, de que no puedan revisarse procesos ya concluidos en el período en que tuvieron eficacia las leyes que se declaran inconstitucionales.

527.

Reconsideración de la regla de los efectos *ex tunc* de la anulación.

Sin embargo, la utilización del concepto de nulidad por el artículo 39.1 LOTC no debería llevar sin más a aceptar que implica irremisiblemente la eficacia *ex tunc* de las declaraciones que constatan la existencia de tal vicio. La configuración técnica de la nulidad con tal alcance es una construcción con origen en la pandectística alemana que se ha proyectado en el Derecho Privado y de ahí ha pasado al Derecho Administrativo (S. MARTÍN-RETORTILLO) sin que tal principio teórico haya sido recogido con el rigor necesario y haya tenido un refrendo claro en nuestro propio Derecho positivo (J. A. SANTAMARÍA PASTOR). En la actualidad, ni siquiera la LJCA de 1998, cuando se refiere a las declaraciones de nulidad de disposiciones generales, aclara la proyección temporal de sus efectos, limitándose a decir en su artículo 72 que tales sentencias firmes anulatorias «tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo».

528.

Falta de precisiones en la CE sobre el régimen de la nulidad.

De todas maneras, puede sostenerse que en la Constitución no existe ningún régimen jurídico específico de la nulidad. Por tanto, no hay que dar por supuesto que sus consecuencias son las mismas que las que figuran en normas infraconstitucionales o las que ha construido, sobre la base de otros presupuestos normativos y dogmáticos, la doctrina. Para determinar los efectos temporales de la nulidad de una norma, de acuerdo con la Constitución, habrá que poner en juego otros valores contenidos en ella, entre los cuales muy especialmente el de seguridad jurídica (artículo 9.3), la democracia (artículo 1.1), el principio de conser-

vacación de las normas y la presunción de legitimidad, orientados a evitar los vacíos legislativos, las «catástrofes» (O. BACHOF), que pueden resultar de las decisiones anulatorias con efectos *ex tunc*, la conservación de los derechos y la confianza depositada en el legislador, etc.

Evitar que las declaraciones de inconstitucionalidad tengan efectos hacia el pasado y solo proyecten sus efectos hacia el futuro, fue la razón de la equiparación de aquellas declaraciones a la derogación de las normas, elaborada por KELSEN y que se mantiene vigente en el sistema constitucional austríaco. En el ordenamiento alemán, la Ley que regula el Tribunal Constitucional Federal ha mantenido también la distinción entre la inconstitucionalidad como incompatibilidad con la Constitución e inconstitucionalidad con nulidad, estableciendo que la consecuencia de la primera no puede ser la nulidad *ex tunc* de la ley, sino un requerimiento al poder legislativo para que la sustituya lo antes posible. También el Tribunal Supremo de los Estados Unidos formuló la doctrina prospectiva sobre los efectos de las sentencias, en su famosa Sentencia *Linkletter* de 1965. En el caso se trataba de una condena penal basada en pruebas que, después de la condena, el Tribunal Supremo había considerado contrarias al *due process of law*. El Tribunal apreció que la aplicación retroactiva de la nueva doctrina sobre la incompatibilidad con la Constitución de algunas pruebas, supondría «abrumar hasta el extremo a la Administración de Justicia porque tendría que revisar infinidad de condenas en curso de ejecución». Siguiendo estas pautas, otras sentencias posteriores (especialmente *Stowall* de 1967) han precisado y desarrollado la doctrina de la prospectividad.

En el ámbito comunitario europeo, el Tribunal de Justicia ha utilizado la doctrina prospectiva en diferentes sentencias de la que es un ejemplo clásico la Sentencia *Defrenne*, de 8 de abril de 1976. Aun constatando, en dicha sentencia, que se había incumplido un precepto del Tratado que tenía efecto directo, el Tribunal acepta que no se apliquen retrospectivamente las consecuencias de su decisión. Como, en el caso, del reconocimiento del efecto directo en su momento hubieran podido derivar mejores retribuciones para determinados empleados de empresas públicas, el Tribunal, aun reconociendo, como decimos, dicho efecto directo, negó el carácter retroactivo del mismo. Invocando «consecuencias imperiosas de seguridad jurídica» afirmó que «el efecto directo del artículo 119 no puede ser invocado en apoyo de reivindicaciones que se refieren a períodos de remuneración anteriores a la fecha de la presente sentencia».

Esta decisión específica se da en un contencioso de interpretación, pero con anterioridad la misma doctrina se había utilizado en recursos

529.

Inconstitucionalidad como incompatibilidad e inconstitucionalidad con nulidad.

530.

Efectos prospectivos de las Sentencias.

531.

La prospectividad en la jurisprudencia del TJ comunitario.

de anulación que habían enfrentado a instituciones comunitarias en relación con aplicaciones de su propio presupuesto (Sentencias *Comisión v. Consejo*, de 5 de junio de 1973, seguido más tarde por las Sentencias *Parlamento v. Consejo*, de 7 de julio de 1992; *Parlamento v. Consejo*, de 5 de julio de 1995, 28 de mayo y 19 de noviembre de 1998, etc.). En el marco de los recursos prejudiciales de interpretación, la Sentencia *Defrenne* citada fue seguida por la Sentencia *Salumi y Denka-vit*, de 27 de marzo de 1980; en el marco de otra clase de contencioso, la misma doctrina se generalizó en idénticos términos (Sentencias *Providence agricole de Champagne*, de 15 de octubre de 1980).

Toda esta jurisprudencia, bien asentada, que permite modular en el tiempo los efectos de la anulación de una norma se apoya en las precisiones del artículo 231 TCE, que establece que, en los recursos de anulación, «si el recurso es fundado, el Tribunal de Justicia declara nulo y no conforme al acto impugnado. Sin embargo, en lo que concierne a los reglamentos, el Tribunal de Justicia *indica, si lo estima necesario*, los efectos del reglamento anulado que deben ser considerados como definitivos».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizó también la doctrina prospectiva en la Sentencia *Markx*, de 13 de junio de 1979, relativa a la igualdad de los hijos matrimoniales con los naturales, negada por el Código Civil belga. El Tribunal, no obstante declarar la incompatibilidad de dicha regulación con el Convenio de 1950, concluyó, respecto de los efectos de su sentencia, que «el principio de seguridad jurídica, necesariamente inherente al Derecho del Convenio... dispensa al Estado belga de poner en cuestión actos o situaciones jurídicas anteriores al fallo de la presente sentencia».

En fin, el Tribunal Constitucional español ha interpretado su propia Ley Orgánica en el sentido de que las declaraciones de inconstitucionalidad no son siempre equivalentes a declaraciones de nulidad con efectos *ex tunc*. La doctrina del Tribunal Constitucional fue primeramente establecida por la Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, en la que distinguió por primera vez entre la inconstitucionalidad que lleva aparejada la nulidad y otro tipo de inconstitucionalidad que no tiene idénticos efectos. La sentencia sigue de cerca propuestas que había formulado F. RUBIO LLORENTE en sede doctrinal, que el mismo autor tuvo oportunidad de llevar al Tribunal como ponente de la Sentencia citada. Toma en cuenta la doctrina constante del Tribunal Constitucional de que «la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución». Considera también que la LOTC establece que las disposiciones consideradas

532.

La doctrina prospectiva en el TEDH.

533.

La desvinculación entre inconstitucionalidad y nulidad.

inconstitucionales han de ser declaradas nulas. Pero añade una formulación nueva y capital: «Ni esta vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en todo caso». Salva con esta declaración la aplicación retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad, que hubiera producido efectos indeseables sobre el funcionamiento, en este caso, de la Hacienda Pública. La aplicación de la Constitución por encima de las leyes que la contradicen no impone de modo imprescindible que se arrasen las situaciones sociales establecidas, los derechos consolidados, ni las actuaciones ya seguidas por los poderes públicos en aplicación de las leyes inconstitucionales.

En otras varias ocasiones ha hecho ya uso el Tribunal Constitucional de esta doctrina prospectiva, que podemos dar por consolidada. Es muy importante el modo en que tal doctrina se expresa en la Sentencia 195/1998, de 1 de octubre (Marismas de Santoña). Reconociendo y declarando la inconstitucionalidad de una ley del Estado, precisa el alcance del fallo anulatorio considerando que la nulidad inmediata de la ley inconstitucional «podría producir graves perjuicios a los recursos naturales de la zona objeto de controversia». Transcribimos la máxima fundamental en la que la sentencia se apoya: «En los procesos constitucionales como el presente en el que se dirimen conflictos competenciales entre el Estado y una Comunidad Autónoma, el objeto primordial de la sentencia radica en la determinación de la titularidad de la competencia controvertida. Por ello, una vez alcanzada esta conclusión fundamental, deben evitarse al máximo los posibles perjuicios que esta declaración puede producir en el entramado de bienes, intereses y derechos afectados por la legislación que ha resultado objeto de la controversia. En el caso aquí enjuiciado, la protección, conservación, restauración y mejora del espacio natural de las Marismas de Santoña. *Desde la perspectiva constitucional no pueden resultar indiferentes los efectos perjudiciales que, de forma transitoria pero no menos irreparable, pudiera tener su decisión sobre esta zona protegida. Se trata, además, de unos perjuicios ajenos, e incluso abiertamente contrarios a las pretensiones deducidas en este proceso por quien ha planteado el presente recurso de inconstitucionalidad*».

El Tribunal ha insistido en aplicar la misma técnica en otras varias ocasiones. Es muy expresiva la explicación de su uso en la Sentencia 138/2005, de 26 de mayo, que declara la inconstitucionalidad de un precepto del Código Civil, pero advirtiendo enseguida que «en el presente caso no procede declarar la nulidad» de la regla, lo que, de

534.

*La doctrina
prospectiva
en la jurisprudencia
del TC.*

hacerse, provocaría un vacío normativo que perjudicaría sin ninguna razón derechos e intereses dignos de ser protegidos.

La jurisprudencia contencioso-administrativa ha avanzado menos, en este sentido prospectivo. En las sentencias dictadas en recursos que pretenden la anulación total o parcial, de algún reglamento, suele declararse la nulidad, si se estima el recurso, sin hacer uso de fórmulas de conservación específicas, como permite la LRJAP en relación con los actos administrativos (artículos 64 y ss.).

La invalidación, con todas sus consecuencias «desestabilizadoras» (D. LABETOUILLE) de los reglamentos ilegales, es una técnica tradicional en el contencioso-administrativo, que también la doctrina francesa, normalmente tan atenta a su evolución, ha aceptado sin plantear serias críticas. Las observaciones más serias al problema de los vacíos e injusticias resultantes de estas decisiones arrasadoras, con efectos generales y *ex tunc* de la declaración de nulidad, solo habían sido cuestionadas desde la perspectiva de la retroactividad de la jurisprudencia (J. RIVERO, C. MOULIS, M. DELAMARRE), hasta que, con ocasión de la celebración, en 1996, del cincuenta aniversario de *l'Actualité Juridique-Droit Administratif*, G. BRAIBANT expuso la idea de una evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado «hacia la solución europea según la cual es el juez mismo el que decide en cada caso si los efectos de una anulación deben ser retroactivos o no decidir sino sobre el porvenir». La propuesta abrió un interesante debate (M. PRIEUR, J. GOURDOU y P. TERNEYRE, R. CHAPUS, D. LABETOUILLE, J. H. STAHL y A. COURRÈGES), al término del cual puede situarse un importante *arrêt* del *Conseil d'État* de 11 de mayo de 2004 (*Association AC et autres*) que incorpora ya claramente esa doctrina prospectiva, evitando aplicar las consecuencias de la anulación de un reglamento a actos aplicativos consolidados con anterioridad.

B) Derogación, ultraactividad y reviviscencia

a) Técnica, clases y justificación constitucional de la derogación

La derogación de las leyes es una institución central de la Teoría General del Derecho. Pero su naturaleza, significación técnica y proyecciones han evolucionado continuamente sin llegar a cuajar en una construcción comúnmente compartida y exenta de polémica.

En el Derecho Romano, la institución es conocida y utilizada, reconociéndose incluso la existencia de diversas variantes: la *abrogatio* es la sustitución total de la norma; la *derogatio*, la modificación parcial; y

535.
Evolución de la
jurisprudencia
contencioso-
administrativa.

la *subrogatio* supone la adición de disposiciones a una ley. Un texto de MODESTINO en Digesto I, XVI, CIII, expresa algunas de estas diferencias: «La ley puede ser derogada o abrogada; se deroga cuando se suprime una parte y se abroga cuando se elimina toda ella». También es conocida la *desuetudo* como forma de pérdida de vigencia de las leyes. Podía consistir en la mera inobservancia de la ley o en la implantación de una costumbre contradictoria con lo establecido en la misma. Algunos textos de Derecho Romano admitieron la posibilidad de que las leyes pudieran perder vigencia por desuso. En las Instituciones de JUSTINIANO, I, II, I, se dice: «Mas las leyes naturales, que por igual se observan en todas las gentes, establecidas por cierta providencia divina, permanecen siempre firmes e inmutables; pero las que una ciudad cualquiera constituye para sí, suelen cambiarse a menudo o por tácito consentimiento del pueblo, o por otra ley posteriormente dada». Y el famoso texto de SALVIO JULIANO, en el Digesto I, III, XXXII, del que hemos hecho uso más atrás al tratar de la costumbre, dice más claramente: «No sin razón se observa como la ley la costumbre inveterada, y este es el Derecho que se dice constituido por los usos. Como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan más que por haber sido aceptadas por la voluntad del pueblo, con razón obligará a todos también lo que aprobó el pueblo sin escrito alguno; pues ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad mediante sufragio o con la misma realidad y los hechos? Por lo que también se ha admitido con muchísimo acierto que las leyes se abroguen *no solo mediante el sufragio del legislador, sino también con el consentimiento tácito de todos, o el desuso*».

En el Derecho intermedio, la práctica de la derogación de unas leyes por otras posteriores decaerá rápidamente en lógica correspondencia con la fuerte predilección que gana la costumbre, fruto de la influencia de las concepciones germánicas del Derecho en la cultura jurídica europea. El localismo propio de la época impone la convivencia de una pluralidad de fuentes que coexisten en plano de igualdad. De aquí que las *Partidas* (I.2.6) terminen reconociendo fuerza suficiente a la costumbre para «tirar las leyes antiguas que fuesen hechas antes que ellas».

Contra estas convicciones reaccionan primero los revolucionarios franceses al centrar básicamente la creación del Derecho en el legislador, como ya nos resulta conocido, e inmediatamente son atacadas también por la codificación. Esta última, representada ejemplarmente por el Código Civil napoleónico de 1804, significa justamente una alternativa a las recopilaciones anteriores en cuyo marco conviven nor-

536.
Abrogatio,
derogatio,
desuetudo.

537.
Desuetudo en los
textos de Justiniano
y Juliano.

538.
La coexistencia
de normas sin
derogaciones
entre sí.

539.

La *interpretatio* como criterio de selección de la norma aplicable.

mas de diferente naturaleza, que no se derogan unas por otras, sino que todas son potencialmente aplicables a las situaciones de hecho que regulan. La elección de la norma aplicable no se rige por el criterio de la jerarquía, ni por el de la *lex posterior*, que en su formulación actual son construcciones del liberalismo decimonónico, sino que se decide en virtud de la *interpretatio*. Es esta la gran arma de que se valen los tribunales para definir el Derecho vigente. Es la marca de la influencia de la *noblesse de robe* que llega hasta el final del Antiguo Régimen.

540.

El mantenimiento de la equiparación ante la ley y la costumbre.

No obstante la intención renovadora de la Revolución, todavía en el Discurso preliminar del Código Civil francés, debido a PORTALIS, se ve la influencia de la vieja equiparación entre la ley y la costumbre cuando se dice que «Las leyes conservan su efecto mientras no sean derogadas por otras leyes o en tanto no caigan en desuso». Aunque dicho Discurso afirma que no se ha autorizado la derogación por desuso porque «hemos pensado que hacer esto resultaría peligroso», añade sin embargo que «No cabe disimular el poder de esta suerte de derogación, la influencia y utilidad de este concierto no deliberado, de esta potencia invisible, por la cual, sin sacudidas ni conmociones, los pueblos se hacen justicia frente a las malas leyes, y el legislador contra sí mismo».

541.

La constitucionalización de la derogación.

Pero la evolución del instituto derogatorio se producirá, a lo largo del siglo XIX, por la dirección que apunta el artículo 153 de nuestra Constitución de 1812: «Las leyes se derogan con las mismas formalidades y por los mismos trámites con que se establecen»; idea que repetirá a mitad de siglo el Proyecto de Código Civil de 1851 (artículo 5).

542.

Decadencia de la desuetudo.

El problema de la *desuetudo*, vinculado a la posibilidad de la costumbre *contra legem*, ha dejado de tener interés en los ordenamientos vigentes donde dicha posibilidad está prácticamente excluida. Si en alguna hipótesis se admite la preeminencia de la costumbre sobre la ley, es justamente porque la propia Constitución o la ley misma lo han establecido así. Puede ser el caso del artículo 2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón o la Ley tercera de la Compilación del Derecho Civil de Navarra, que admiten la aplicación preferente de la costumbre sobre la ley. Quedan, como supuestos de inaplicación por desuso, los de obsolescencia de los contenidos de las normas que determinen su desconexión con los principios, la ideología, los valores y el armazón entero del ordenamiento jurídico vigente, circunstancias todas ellas que determinan la inobservancia de la norma y la convicción general de su carácter injusto y su inaplicabilidad. S. MARTÍN-RETORTILLO señaló en su día algunos casos de leyes inaplicadas de esta clase, como

543.

Ejemplos marginales.

fueron las que obligaban a los estudiantes de la época franquista más ideologizada a ir uniformados con los distintivos de la milicia universitaria o del SEU, normas estas que no fueron nunca derogadas pero que entraron en desuso. La explicación técnica de esta paulatina desconexión del ordenamiento jurídico y la inaplicabilidad consiguiente de las normas puede fundarse constitucionalmente en que ni la Administración ni los tribunales pueden imponer a algunos ciudadanos concretos la observancia de normas que no son cumplidas mayoritariamente. Siempre se trata, por cierto, de normas que no han sido objeto de una derogación expresa y que tampoco incurren necesariamente en una contradicción material con otras posteriores que puedan determinar su derogación tácita.

El único precepto legal vigente que trata directamente de la derogación es el artículo 2.2 del Código Civil. Establece que «Las leyes solo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de la ley no recobran vigencia las que esta hubiere derogado».

Los antecedentes de este precepto son el Proyecto de Código Civil de 1851 cuyo artículo 5 establecía que «Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes, y no cabrá alegar contra su observancia el desuso, la costumbre o práctica en contrario, por antiguas o universales que sean», y el artículo 5 del Código Civil aprobado en 1889 que dispuso: «Las leyes solo se derogan por otras posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario». La redacción actual del Código, antes transcrita, procede de la reforma del Título Preliminar acordada por Decreto legislativo de 31 de mayo de 1974.

La incorporación del instituto derogatorio al Código Civil, aunque siga una práctica universalizada en Europa, tiene una importancia más que relativa para explicar su significación. Ni dicho precepto ni ningún otro del Título Preliminar del Código Civil forman parte de una hipotética Constitución material, en el sentido que apuntó en su momento M. HERRERO DE MIÑÓN y han seguido algunos civilistas. A todos los efectos, el Código no es sino una ley ordinaria que, ni puede imponer su contenido a otras posteriores, ni, sobre todo, sirve para explicar la cuestión dogmática central que la derogación plantea; a saber: *por qué razón una ley posterior a otra, que tiene exactamente la misma fuerza que la primera, puede derogarla. Este efecto solo es posible si la Constitución lo habilita.* Puede que sea un principio lógico y de

544.

Regulación en el CC.

545.

Antecedentes.

546.

La matizada importancia de la regulación de la derogación en el CC.

ordenación general del sistema de fuentes, pero si no se encuentra para él un respaldo constitucional más o menos expreso, la comprensión del efecto derogatorio se dificulta enormemente.

547.

La fuerza de la
lex posterior:
órigenes.

La fuerza de la ley posterior sobre la anterior es un principio desarrollado históricamente desde los tiempos de la monarquía absoluta. Se considera que la voluntad del legislador es la única fuerza que puede privar de efectos a la ley anterior. Algunos enunciados de esta máxima pueden encontrarse ya en la obra de SUÁREZ (especialmente *De legibus* I, 20, 2). Pero en el constitucionalismo actual esta cuestión se ha planteado desde diferentes ópticas y con una intención diversa. Fundamentalmente porque es en la propia Constitución, como ya hemos dicho, directamente, donde hay que situar la norma que prevea el mencionado efecto. De esta manera, si se sigue una concepción del ordenamiento jurídico estrictamente jerarquizadora, como fue la que construyó la doctrina austríaca a partir de la obra de KELSEN, se entiende que, concebida la Constitución, fundamentalmente, como una norma sobre producción de las normas, es en ella donde debe encontrarse la razón del efecto derogatorio. A. MERKL, desarrollando las propias nociones kelsenianas, se planteó la cuestión de la derogación a partir de la consideración de que la fuerza de ley no depende de la voluntad del legislador sino de la habilitación que la Constitución haya hecho para dictar las leyes. No hay, decía MERKL, en la ley posterior, característica alguna que la haga poseer más fuerza que la ley anterior. La derogación solo puede producirse en la medida en que exista en la Constitución una regla de atribución. Para el citado autor esta sería la *Derogationsnorm*, que, si no se encuentra explicitada en el texto constitucional, habrá que comprenderla en él de un modo implícito.

548.

Fundamento
constitucional.

549.

Teoría de A. MERKL.

Otras aproximaciones a la justificación constitucional de la fuerza derogatoria de las leyes posteriores han indagado sobre criterios distintos. N. BOBBIO ha sostenido que, desde la óptica de la teoría general del Derecho, la coherencia no es una condición de validez de las normas; por tanto, no podría derivarse de aquel principio una habilitación para la derogación. Ya hemos señalado más atrás que no compartimos esta idea, porque sí está consagrada en la Constitución la noción de ordenamiento jurídico, uno de cuyos ingredientes fundamentales es la sistematicidad y el orden, a cuyo servicio puede entenderse puesta la técnica derogatoria. Y otra regla no menos importante es la de la seguridad jurídica que también impone el mismo orden, pero además la claridad, la certeza y la predecibilidad del Derecho, que solo pueden obtenerse en los sistemas jurídicos que están despejados de leyes obsoletas que sean contrarias a leyes posteriores, o inútiles para los

550.

Ordenamiento,
sistematicidad
y orden.

551.

Claridad, certeza y
predecibilidad.

finos regulatorios que en su momento pretendieron. Aunque el criterio cronológico de la *lex posterior* no esté recogido en la Constitución, el deber de coherencia no solo se impone a los jueces cuando ejercen la potestad jurisdiccional (que les obliga siempre a decidir, por muy confuso que sea el bloque normativo que tengan que aplicar, habida cuenta de la prohibición de resoluciones *non liquet* que recoge actualmente el artículo 1.7 del Código Civil), sino también al legislador. Es este, primariamente, quien debe propiciar el desarrollo de la sociedad, el progreso de las condiciones de vida y la igualdad, como exige el artículo 9.2 de la Constitución, lo cual es imposible si su capacidad para crear Derecho nuevo resulta obstaculizada de alguna manera por las normas antiguas, que no pueda eliminar o con las que tenga que contar necesariamente. Está aquí, a nuestro juicio, y en la expresada significación de la idea de ordenamiento, la habilitación constitucional para que la *lex posterior* decida sobre el término de la vigencia de las leyes anteriores. L. M. Díez-PICAZO, siguiendo alguna doctrina italiana, ha sostenido que el fundamento constitucional de la *facultas abrogandi* está en el carácter inagotable de la potestad legislativa. Tal característica de la potestad legislativa es incuestionable, como resulta de su configuración constitucional en el propio artículo 66 CE. Pero tampoco este carácter inagotable impondría por sí mismo la necesidad de dejar sin efecto las leyes anteriores. Hay que añadir, a tal condición de la legislación, la circunstancia de que el Estado quede configurado como «social y democrático de Derecho» (artículo 1.1 CE), que debe imponer estos valores, y actuar con la directiva general de progreso social que la Constitución también establece en los lugares antes indicados. Si no se aceptara que en tales principios está el reconocimiento de ese plus de fuerza que necesitan las leyes posteriores para derogar las anteriores, estaríamos admitiendo algo que, desde los inicios del constitucionalismo, se ha considerado contrario al principio democrático, y que, aunque aplicado a circunstancias distintas de las que aquí comentamos, ha condenado el Tribunal Constitucional; en concreto: la «petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado» (STC de 13 de febrero de 1981).

Justificada constitucionalmente la *facultas abrogandi*, debemos añadir ahora algunas consideraciones sobre su régimen jurídico general.

Las leyes, como todas las normas, tienen, por principio, vigencia indefinida, sus efectos son sine día. Ciertamente, ya hemos dicho más atrás que no existe ningún obstáculo constitucional para que las pro-

552.

El carácter inagotable de la potestad legislativa.

553.

Progresividad del ordenamiento y petrificación de las normas.

554.

Régimen general.

555.

La regla de la vigencia indefinida.

pías leyes limiten el tiempo de su vigencia. En algún caso, hasta la propia Constitución ha establecido plazos fijos de vigencia de algunas leyes como la de Presupuestos (artículo 134.2 CE). Aunque es más complejo, también puede considerarse que la vigencia de las leyes cesa cuando concluye o cesa la razón de ser de las mismas. Se trataría de aplicar la máxima *cessante legis rationae, cessa lex ipsa*. No contando con previsiones específicas de la propia ley al respecto, resulta extraordinariamente complejo identificar cuál sea la ratio de la ley, y cuándo ha dejado de estar presente dicha razón de ser. En términos constitucionales no existe el menor inconveniente para aceptar que las leyes incorporen condiciones y términos determinantes de su aplicabilidad. Pero en la redacción del artículo 2.2 del CC ha encontrado la doctrina un serio valladar a la derogación de las leyes por cualquier otro cauce que no sea la determinación de otras posteriores. En este sentido, como ha recordado P. SALVADOR, el texto citado al decir que las leyes *solo* se derogan por otras leyes está negando, desde luego, eficacia extintiva al «desuso, costumbre o práctica en contrario», a las que se refería expresamente el artículo 5 del CC de 1889, precedente del actual artículo 2.2, pero también se opone a cualquier otro fenómeno derogatorio que no provenga de «otras leyes posteriores».

556.
Excepciones
y límites.

Como la regla general es la de la vigencia indefinida (circunstancia esta que también resulta de la centralidad de la ley en el ordenamiento, de la inagotabilidad de la potestad legislativa, de la representatividad del legislador, de la confianza en las situaciones jurídicas creadas al amparo de las normas, etc.), puede establecerse que la derogación debe ser entendida siempre de un modo restrictivo. La teoría general de la derogación tiene bien establecida la distinción entre derogación expresa (decidida en una disposición contenida en la ley posterior), y derogación tácita, que producen respecto de normas de igual o inferior rango otras nuevas con las que sean incompatibles (derogación por incompatibilidad) o que regulen total o parcialmente la misma materia (derogación por absorción). La derogación expresa puede ser formal (cuando concreta o menciona las disposiciones que se derogan) o material (si se limita a usar una cláusula general relativa a la derogación de todas las disposiciones que se opongan a la norma nueva).

557.
Interpretación
restrictiva de la
derogación.

558.
Modalidades de la
derogación expresa
y la tácita.

559.
Derogación e
incompatibilidad
entre normas.

La derogación expresa es siempre una decisión del legislador que no tiene que estar fundada, al menos necesariamente, en la incompatibilidad de la nueva regulación con otras normas antiguas. Se trata más bien de una decisión política de depuración del ordenamiento. Al adoptarla, el legislador podrá no solo derogar otras normas anteriores

del mismo rango, sino que también podrá extender su voluntad derogatoria a disposiciones de rango inferior. Cuando la razón de la derogación es la incompatibilidad entre la nueva regulación y la antigua, las normas anteriores pueden entenderse derogadas, en el sentido indicado, pero también afectadas por una invalidez sobrevenida, técnica esta que termina produciendo los mismos efectos que la derogación, es decir, la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, pero que, a diferencia de la derogación, que puede ser apreciada por cualquier operador jurídico y, desde luego, por los tribunales que son los primeros encargados de aplicar el Derecho, la invalidez sobrevenida requiere un pronunciamiento específico de los órganos jurisdiccionales con competencia para conocer de la validez de las normas (jurisdicción contencioso-administrativa y Tribunal Constitucional en el ordenamiento interno).

Estas dos formas de depuración del ordenamiento solo pueden concurrir, a nuestro juicio, cuando la contradicción entre normas se produce en el plano de la jerarquía. De la aprobación de una norma nueva de carácter superior, resulta la aparición sobrevenida de contenidos incompatibles en una norma inferior, que queda afectada de invalidez sobrevenida, o puede declararse derogada en el sentido indicado (a escala constitucional, esta alternativa se planteó en relación con los efectos de la Constitución sobre las leyes anteriores, en innumerables ocasiones a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981). Sin embargo, cuando la relación entre normas se rige por el principio de competencia y la incompatibilidad se produce entre disposiciones pertenecientes a dos ordenamientos distintos, la colisión no determina la derogación de la norma anterior incompatible. Se ha aplicado, especialmente, esta doctrina a la relación entre las normas comunitarias europeas que contradicen otras anteriores del Estado o de las Comunidades Autónomas. El efecto que producen no es de derogación, sino de desplazamiento o de inaplicación. La invalidez de estas normas desplazadas puede ponerse en cuestión si no son luego derogadas por el legislador competente y pretenden ser aplicadas a casos sucesivos en contra de la regulación comunitaria prevalente.

Cuando la derogación no es expresa, como hemos dicho, ha de verificarse la incompatibilidad entre la nueva regulación y la contenida en otras normas iguales o inferiores. Esta comprobación plantea innumerables problemas. Por ejemplo, las quiebras del principio de publicidad y certeza del Derecho, que se producen por la circunstancia de que la apreciación de la derogación se vaya haciendo caso por

560.

Derogación e invalidez sobrevenida.

561.

Incompatibilidad, invalidez y desplazamiento de las normas.

562.

La creatividad judicial al apreciar la derogación por incompatibilidad.

caso, por cualquier órgano judicial, con ocasión de la aplicación de las normas a litigios concretos. Las mermas del principio de seguridad jurídica que pueden resultar de las contradicciones entre los criterios utilizados por los diferentes órganos judiciales. Algunos autores, que se oponen abiertamente, en contra de nuestro criterio, a que los tribunales tengan cualquier función creativa del Derecho, no tienen más remedio que notar que tales selecciones relativas al Derecho derogado suponen una fuerte opción a favor de la creatividad jurídica de la jurisprudencia, lo que les parece contradictorio con la idea del sometimiento de los jueces y tribunales a la ley, que expresa el artículo 117.1 CE.

Lo innegable es que estas operaciones de identificación de la incompatibilidad entre normas, que puede ser determinante de la derogación de una de ellas, abre un amplio margen a la interpretación, en el sentido no muy diferente del que habían disfrutado los antiguos parlamentos del Antiguo Régimen, que también tenían una enorme facultad electiva, en base a la *interpretatio*, sobre el Derecho que aplicaban. Este amplio margen de interpretación es, desde siempre, el problema más importante que plantea la declaración de derogación por incompatibilidad. Pero, bien mirado, la parte más seria del problema es la discrepancia de criterios interpretativos entre órganos judiciales y la variabilidad de la jurisprudencia, cuestiones estas que no son específicas de las decisiones en materia de derogación, sino generales de la ordenación de un sistema jurídico en el que la jurisprudencia tiene con carácter general la misma grandísima importancia que ha tenido siempre en materia de apreciación de la existencia de derogaciones.

b) *La ultraactividad ordinaria de las normas derogadas y la excepcional reviviscencia*

La derogación determina la pérdida de la vigencia. La cesación de la vigencia no implica la pérdida de la eficacia de la norma, que no suele producirse inmediatamente. La pérdida de eficacia de la ley derogada solo ocurre cuando la ley derogatoria se subroga completa e inmediatamente en la ley derogada. La vigencia termina, por tanto, con la pertenencia de la norma al ordenamiento, de manera que deje de ser potencialmente capaz de regular situaciones subsumibles en las previsiones que contempla.

La separación entre vigencia y eficacia de las normas ha sido contestada por alguna doctrina, que tiene incluso apoyo en la prestigiosa

563.

La creatividad de la interpretatio.

564.

Pérdida de vigencia y mantenimiento de la eficacia.

exposición de Kelsen sobre la dinámica del sistema normativo. Para él vigencia y eficacia estarían conectadas a la noción de validez de la norma. Pero hay que reconocer que, como ya tenemos explicado, las normas inválidas son capaces de producir efectos, y las disposiciones que no están vigentes también, de modo que es perfectamente posible distinguir, como ya hemos hecho a lo largo de los apartados anteriores, entre vigencia, eficacia y validez.

Si las leyes nuevas pueden aplicarse o no a situaciones nacidas en el pasado, subrogándose total o parcialmente la ley nueva en las determinaciones de otras anteriores, es algo que corresponde decidir exclusivamente al legislador. Aunque trataremos específicamente de la retroactividad de las normas en el apartado siguiente, señalaremos, a los efectos que ahora nos importan, que el artículo 9.3 de la Constitución es el único que establece algún límite expreso a dicha disponibilidad al imponer la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables, o restrictivas de los derechos individuales. Pero precisamente este precepto permite también sostener, a contrario, que las leyes pueden decidir sobre su eficacia temporal dentro de un espacio de discrecionalidad muy amplio. Solamente podrían añadirse a las restricciones del artículo 9.3 algunos otros límites derivables de la Constitución, como pueden ser la seguridad jurídica o el respeto por el legislador de la reserva de jurisdicción, no interfiriéndose en asuntos que corresponden a la justicia.

No hay en la Constitución, ni tampoco en el Código Civil, una regla general que permita determinar cuál es el régimen del Derecho intertemporal en nuestro ordenamiento, que sirva para resolver los conflictos sobre la aplicación de las leyes en el tiempo. El único criterio es el de la prohibición general de retroactividad en los supuestos ya indicados.

Partiendo de esta regla, cualquier análisis de los conflictos que puede producir la aplicación de las normas en el tiempo tiene que llevar necesariamente a la siguiente conclusión: o las normas nuevas declaran su retroactividad máxima, de modo que puedan subrogarse totalmente en los efectos de las leyes antiguas, o las leyes anteriores, en otro caso, superviven, gozan de efectos más allá del momento de su derogación, son ultraactivas. En la tradición francesa del sistema de fuentes se tiende a creer que la ley nueva despliega todos sus efectos en plenitud, hacia el futuro y el pasado, frente a las corrientes teóricas germánicas que sostienen que la eficacia normal de la ley se proyecta únicamente hacia el futuro, por lo que no se aplica a situaciones nacidas bajo el imperio de la ley anterior.

565.

Vigencia, eficacia y validez.

566.

La subrogación de la ley nueva en las determinaciones de las anteriores: problemas.

567.

El Derecho intertemporal.

568.

Retroactividad o ultraactividad.

569.

Carácter inusual de la retroactividad máxima.

Aunque ambas posibilidades caben perfectamente dentro del marco que establece el artículo 2.3 del Código Civil, que permite la retroactividad de las leyes cuando ellas mismas lo disponen, realmente la retroactividad de grado máximo, que sería la única capaz de privar de efectos totales a la ley derogada, no es utilizada en la práctica nunca. Más bien todos los ordenamientos jurídicos se apoyan en una presunción general de no retroactividad, que beneficia necesariamente la ultraactividad de la ley derogada. Y, lo que no es dudoso es que cuando no hay retroactividad existe ultraactividad. Uno y otro principio están exactamente vinculados.

570.

La ultraactividad como regla.

La ultraactividad se produce verdaderamente a partir del momento en que la ley ha sido efectivamente derogada. Para que una norma sea ultraactiva o sus efectos supervivan, estos tienen que derivar de la norma misma que ha sido derogada, y no resultar de otras circunstancias ajenas como, por ejemplo, la no producción de efectos de la nueva durante el período de *vacatio legis*. Puede hablarse, en este sentido, de una ultraactividad propia que sería la primera mencionada, y otra impropia que sería la referida en segundo lugar.

571.

Reviviscencia.

Formularemos unas últimas indicaciones, antes de concluir este apartado, sobre la reviviscencia de las normas, cuestión esta estrechamente vinculada a la técnica de la derogación y también a la anulación.

El artículo 2.2 del Código Civil, como ya hemos indicado, establece que «Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiera derogado». La derogación de una ley derogatoria, o su anulación, no produce el efecto jurídico de que revivan, vuelvan a cobrar vigor, las normas que habían sido sacadas del ordenamiento jurídico por aquellas disposiciones.

572.

Negación general del efecto en el CC.

La regulación actual del Código Civil respecto de la reviviscencia de las normas implica, desde luego, una reacción frente a la utilización, en otros períodos históricos, de técnicas como la de recordar la vigencia de leyes que estaban siendo inaplicadas, o declarar expresamente la puesta en vigor de otras que habían sido derogadas, decisión esta asumida en muchas ocasiones por disposiciones de rango inferior a aquellas cuyo renacimiento se acordaba.

573.

Razones de la regla negativa.

Con la regulación actual del Código Civil, se afirma que el efecto derogatorio es irreversible. Pero bien es verdad que, como tantas veces hemos repetido ya, lo que el Código Civil establece a este propósito no puede vincular al legislador futuro. Por tanto, la posibilidad de la reviviscencia de las normas, de tener algún fundamento, habría que buscarlo en la Constitución.

574.

El carácter irreversible del efecto derogatorio.

No habiendo nada en ella sobre la derogación y sus efectos, menos podríamos encontrar cualquier regla sobre la reviviscencia de leyes derogadas. Sin embargo, no es difícil establecer las posibilidades que esta institución tiene. Cuando una ley derogatoria es derogada, cesa su vigencia por completo, consecuencia que también alcanza a sus disposiciones derogatorias, que son partes integrantes de la ley como cualesquiera otras. Si una ley nueva quiere producir la reviviscencia de otras que fueron derogadas, tiene que decidir su aplicación retroactiva. Si no la acuerda, se aplicará la presunción de no retroactividad, con lo que la ley derogada, con sus propios efectos derogatorios históricos, no tendrá ninguna alteración posible.

El efecto derogatorio de las normas está al servicio de la renovación legislativa y, siendo así, tendría poco sentido que normas que establecen regulaciones nuevas procedan, al mismo tiempo, a rehabilitar otras anteriores derogadas para que también sean aplicables en el futuro. La idea de la resucitación de las normas es difícilmente compatible con el carácter innovativo que se supone siempre al legislador. Solo tiene algún sentido lógico cuando, por razones de urgencia, en las hipótesis de anulación de normas, es necesario regular rápidamente una materia determinada y considera el legislador suficiente la regulación contenida en alguna vieja norma derogada. Estos son los supuestos de reviviscencia más claramente justificables.

Es bastante distinto, en nuestro criterio, la reviviscencia de una norma con ocasión de la anulación contenciosa de otra que la había derogado. Vuelve a plantearse aquí, desde luego, el problema de si las declaraciones de nulidad han de tener, o no, necesariamente efectos retroactivos siempre y arrasar todas las consecuencias, que se hubieran generado durante el tiempo en que la norma anulada se aplicó. Pero, salvo que el Tribunal que declara la nulidad corrija todos o algunos de sus efectos *ex tunc* en el sentido que hemos estudiado en un epígrafe anterior (*supra* 4), la nulidad determina una pérdida total de efectos de la norma que afecta, naturalmente, también a la cláusula derogatoria que habrá de tenerse por no establecida. La consecuencia, por tanto, de la declaración de nulidad, y dejando a salvo la potestad que tiene el Tribunal sentenciador para modularla, es la reviviscencia de la norma derogada. En este punto derogación y anulación tienen que entenderse como instituciones distintas: la derogación solo produce el efecto reviviscencia si la norma es, al mismo tiempo, expresamente retroactiva, como hemos señalado, mientras que el efecto retroactivo de la anulación es consustancial a la nulidad, si no se modera por el Tribunal que la acuerda.

575.
Falta de fundamento constitucional a la prohibición de reviviscencia.

576.
La lógica de la reviviscencia.

577.
Efectos *ex tunc* de la nulidad y modulación por la sentencia.

578.
Reviviscencia ordinaria de normas derogadas por otra anulada según la jurisprudencia.

La doctrina administrativista ha defendido, en general, los efectos reviviscentes de las normas derogadas que acarrea la declaración de nulidad de las nuevas (J. TORNOS, M. BELADÍEZ, L. DíEZ-PICAZO, G. DOMÉNECH PASCUAL, etc.). Se argumenta sobre las consecuencias *ex tunc* de la nulidad, la carencia de efectos de la norma derogante y la innecesariedad de crear vacíos normativos, como consecuencia de la declaración de nulidad, que pueden ser fácilmente evitados, etc. En la jurisprudencia contencioso-administrativa alguna excepción se encuentra a la aplicación de esa misma doctrina (STS de 21 de octubre de 1986), pero la posición más asentada es la favorable a la reviviscencia en el sentido indicado (SSTS de 29 de abril y 3 de junio de 1983, 8 de mayo de 1986, 30 de abril y 13 de julio, 20 y 29 de octubre de 1987, 15 de marzo de 1991, 19 de mayo de 1992, 9 de mayo de 1995, 25 de enero de 1999, etc.). En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no son tan frecuentes las declaraciones expresas sobre reviviscencia porque también es inusual que las sentencias de inconstitucionalidad afectan por entero a todo el contenido de una ley. Pero, en algún supuesto en que la declaración en tal sentido ha sido muy extensa, se ha hecho alusión a la reviviscencia de una ley ya derogada (STC de 29 de marzo de 1997).

5. RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD

A) Políticas legislativas y relevancia constitucional de la irretroactividad

«Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario», dice el artículo 2.3 de nuestro Código Civil que, en este punto, sigue un criterio firmemente asentado en todos los países de nuestro entorno.

579.
Las justificaciones de la prohibición de retroactividad.

Esta posición prevenida, o enfrentada, con la retroactividad de las leyes, asumida en común por los juristas en todas las culturas, revela que algo hay de pernicioso en que las leyes decidan disponer hacia el pasado. Sin duda que el bien principalmente protegido por la prohibición de retroactividad es la seguridad, la estabilidad de las situaciones sociales y jurídicas, la confianza en que el Derecho vigente no va a ser sustituido por otro que se aplique a hechos o conductas ya agotadas en el pasado. La seguridad se reclama, en estos casos, de dos maneras: primera, desde la perspectiva de la certeza y predecibilidad del Derecho, de modo que los ciudadanos puedan acomodar su conducta a reglas claras y preestablecidas, muy especialmente si la infracción de las mismas acarrea consecuencias sancionadoras de cualquier clase; y segundo, la consolidación de las posiciones personales y patrimoniales

de todo orden, consolidadas durante la vigencia de una norma determinada, evitando que sobrevenga otra que cambie totalmente las consecuencias jurídicas aplicables a hechos, relaciones o situaciones ya agotadas.

Si una sociedad determinada quiere generar la máxima seguridad jurídica a los ciudadanos, cerrará el campo de acción a las leyes retroactivas excluyendo que las situaciones provenientes del pasado puedan ser reguladas de otra manera. Si la sociedad desea un cambio profundo del statu quo tendrá, necesariamente, que valerse de leyes que regulen de otra manera las relaciones sociales u otorguen efectos distintos a hechos y situaciones pretéritas.

De un modo u otro estas tensiones han estado presentes en toda la historia dogmática de la retroactividad de las leyes, en la que no nos pararemos ahora (está hecho en nuestro país desde la obra de F. DE CASTRO, difícilmente superable en este punto, y antes y muy detalladamente en los estudios clásicos de ROUBIER). Los fundamentos últimos del célebre discurso de CICERÓN contra VERRES (por haber dado este, durante su mandato de pretor urbano, fuerza retroactiva a testamentos hechos anteriormente, rompiendo el precedente de leyes anteriores), se sitúan de lleno en la tensión entre la seguridad y la fuerza creativa del legislador. Y lo mismo ocurre con los grandes textos del Derecho romano que sirven para fundar el principio general de irretroactividad: la Constitución de TEODORO I del año 393 (*omnia constituta non praeteritis, calumniam faciunt, sed futuris regulam pronant*) y, sobre todo, la Constitución de TEODOSIO II y VALENTINIANO III del año 440 (*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterito revocari; nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cantum sit*), recogida luego en el Código de JUSTINIANO (I, 14,7) y consolidada como la «regla teodosiana» que ha regido en materia de retroactividad, con algunos matices, en todo el amplio período en que las fórmulas jurídicas romanas han sido acogidas por los pueblos europeos. El principio de estabilidad o permanencia de las situaciones jurídicas es también el que recogen *Las Partidas*, frente a su contrario que permitiría desconocerlas. Se aplica la máxima especialmente en materia de contratos y delitos en la Partida 3, XIV, 15: «El tiempo en que son comenzadas et fechas las cosas debe ser siempre catado, magüer se faga demanda en juicio en otro tiempo sobrellas».

Pero la tensión entre la conservación de las situaciones consolidadas o nacidas de aplicación del Derecho viejo, o su remoción en virtud de leyes nuevas con capacidad para transformar la sociedad desde su

580.

Vinculación
al cambio.

581.

Seguridad y
creatividad del
Derecho.

582.

Antecedentes
romanos.

583.

Estabilidad de las
situaciones jurídicas
en *Las Partidas*.

584.

La transformación
revolucionaria
del Derecho.

raíz, se plantea, con fuerza desconocida hasta entonces, con ocasión de las dos grandes Revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII, la americana y la francesa.

Ni los acontecimientos ni la situación de partida son exactamente equiparables en ambas partes del Atlántico. Como ya hemos analizado en otros lugares de esta obra, la americana es una sociedad esencialmente igualitaria; no existía, como en la europea, ni una separación por estamentos ni una constelación de situaciones privilegiadas que hubiera que remover en mérito de la implantación de la igualdad, que es el gran principio del nuevo orden (la primera de las «verdades» que la Declaración de Independencia americana de 1776 tiene por evidentes, es que «todos los hombres han sido creados iguales»; y, paralelamente, lo primero que proclama la Declaración de Derechos francesa de 1789 es que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»). En Francia, en cambio, la implantación de la igualdad requiere desbloquear infinidad de posiciones singulares y privilegiadas, formadas a lo largo de los años, en el marco de las leyes vigentes durante el Antiguo Régimen, que se seguían aplicando hasta el momento mismo de la Revolución.

585.

La desigualdad como principio y su arreglo.

586.

Diferencias en la concepción americana y francesa de la retroactividad.

La diferencia entre la situación americana y la francesa explica también la diversa manera con que se consagra en uno y otro lugar el principio de irretroactividad de las leyes. En la Constitución norteamericana de 1787 se incluye una prohibición general de las leyes *ex post facto*, que resulta aplicable tanto a la materia penal como a la civil y mercantil. En cuanto a la prohibición de la retroactividad de las leyes penales está presente, sin ninguna duda, la influencia de las corrientes filosóficas racionalistas e ilustradas, que se habían ocupado de criticar las formas de legislar y hacer justicia penal en los siglos precedentes, y que concluyen en los textos formidables de VOLTAIRE (críticas, especialmente, a los casos DE LA BARRE y SIRVENT), MONTESQUIEU (desde su experiencia como magistrado, expresada con toda cautela en diversos episodios de su obra) y, muy especializadamente, la obra de juventud, y prácticamente única, de C. BECCARIA. En el reconocimiento de la irretroactividad de las leyes penales no difiere la Declaración francesa de 1789, que también la proclama en su artículo 3. Pero la extensión de la irretroactividad a las leyes civiles y mercantiles, que los norteamericanos habían incluido también en la fórmula de prohibir las leyes *ex post facto* (con toda naturalidad ya que la seguridad de la economía y de las transacciones comerciales lo demandaba) no se proclama en el caso francés.

587.

Limitación de la irretroactividad a las leyes penales.

La retroactividad de las leyes en materias civiles no solo no respondía a ningún ideal de protección de la seguridad, sino que hubiera sido seriamente inconveniente en una nación que se disponía a remover todos los obstáculos que la sociedad y las instituciones del Antiguo Régimen oponían a la consagración efectiva de la igualdad y la búsqueda del progreso. El iusnaturalismo racionalista había aportado, a través de la obra de WOLFF, una distinción entre derechos innatos (*iura connata*) y derechos adquiridos (*iura quaesita*), de gran utilidad para dar diferente trato a la libertad y la igualdad como derechos innatos, necesariamente protegidos frente a leyes *ex post facto*, y los derechos de naturaleza civil y patrimonial, pertenecientes a la familia de los derechos adquiridos, absolutamente removibles mediante leyes posteriores retroactivas. De manera que los revolucionarios franceses optan por implantar un régimen de irretroactividad para las leyes penales y de retroactividad para las civiles. Se aplica esto último, por ejemplo, al régimen de sucesiones mediante una Ley de 17-21 nivoso del año II (6-10 de enero de 1794). Pero los litigios que estas decisiones provocan son tantos y tan complejos que, tras la caída de ROBESPIERRE, se aprueba una ley que prohíbe la retroactividad (Ley de 3 vendimiario del año IV). Ley que, al ser a su vez retroactiva, provoca innumerables litigios nuevos.

Todos estos conflictos abonaron la tierra para que echara raíces finalmente el principio de irretroactividad, aplicado con carácter general a todas las leyes. Lo establecería la Constitución de 5 fructidor del año III («ninguna ley, *ni criminal ni civil*, puede tener efecto retroactivo»). Después de esta Constitución, la cuestión de la irretroactividad no vuelve a regularse en el plano constitucional, sino que pasa al Código Civil. El artículo 2 del texto, aprobado en 1804 dice: «*la loi n'a pas d'effet retroactif; elle ne statue que pour l'avenir*». De aquí pasa a nuestros proyectos de Código Civil y al texto finalmente aprobado en 1889 del que procede la fórmula que hemos transcrito al principio de este epígrafe.

M. BULLINGER ha escrito en un estudio crítico relativo las concepciones sobre la retroactividad de las leyes en Alemania, que la actitud francesa histórica, al abordar la cuestión de la retroactividad, viene presidida por los dictados de la razón, mientras que en el Derecho alemán actual está organizada sobre la base de la confianza. Lo que se pretende, tanto en Alemania, como en todas las sociedades avanzadas, es el máximo de información, de conocimiento y predecibilidad del Derecho, y de consolidación y estabilidad de las situaciones nacidas bajo el imperio de unas determinadas reglas, para que no puedan

588.

La virtud revolucionaria de la retroactividad aplicada a los iura quaesita.

589.

Proclamación general de la irretroactividad.

590.

De la razón a la confianza en cuanto al cambio del Derecho.

ser desconocidas o modificadas en el futuro. Este cambio radical de actitudes se dice que viene exigido por la seguridad en los intercambios económicos que es básica tanto para el desarrollo de las sociedades modernas como para el mantenimiento de los grados de bienestar alcanzados, soportados esencialmente en la opulencia de aquellas sociedades, capaces de financiarlos.

Pero, al mismo tiempo, este Derecho, orientado hacia la seguridad y la confianza predominantemente, produce algunos efectos perversos para el progreso de las sociedades. Dificulta la «remoción de los obstáculos» que impiden el desarrollo de la igualdad y la libertad (oponiéndose a una acción del legislador a favor de dicho progreso que, en nuestro caso, está ordenada directamente por el artículo 9.2 CE) y conduce inevitablemente hacia una cierta congelación o petrificación del ordenamiento en beneficio de opciones legislativas que adoptaron generaciones pasadas; todas son legítimas pero no siempre acordes con la innovación legislativa continua, que debe ser uno de los signos de identidad de los modernos Estados sociales de Derecho.

591.

La «remoción de los obstáculos» a la libertad y la igualdad.

Teniendo en cuenta la enorme trascendencia, jurídica, social y política del principio de retroactividad, se comprende bien que el enunciado del artículo 2.3 CC resulta radicalmente insatisfactorio. La regla que afirma que las leyes no tienen efecto retroactivo si no disponen lo contrario, contenida en dicho precepto, está dirigida, como conviene toda la doctrina, a los jueces y tribunales, ya que ni la libertad de opción del legislador podía ser mermada por una disposición del Código Civil, ni el propio artículo 2.3 mencionado lo pretende, ya que deja a salvo la decisión del legislador con ocasión de la aprobación de cada ley en concreto. En ausencia de una regulación específica, por cada ley, del alcance de su retroactividad, tendrán que ser los jueces y tribunales quienes la interpreten y decidan si proyecta algunos efectos hacia el pasado, analizando, para ello, sus prescripciones y las características de los hechos o situaciones a las que han de aplicarse.

592.

La libertad de opción del legislador y el artículo 2.2 CC.

Hasta que no se ha aprobado la Constitución vigente en España, los jueces y tribunales han ejercido aquella facultad interpretativa con un arbitrio extraordinariamente amplio. En principio porque el concepto mismo de retroactividad no está fijado en norma alguna y tanto la jurisprudencia como la doctrina científica manejan diferentes hipótesis de aplicación pretérita de las normas, con variadas proyecciones hacia el pasado, a las que se cataloga en común como supuestos de retroactividad. Y, además, porque la disponibilidad de las leyes sobre su propia retroactividad no tenía límite alguno. En tal marco normativo, el prescrito por la más que fina capa regulatoria contenida en el CC, la juris-

593.

Amplio arbitrio de los tribunales para decidir sobre la retroactividad.

prudencia se ha desenvuelto, para resolver la grave cuestión de la retroactividad, sin atenerse a criterios superiores de ningún tipo, decidiendo según las circunstancias de cada caso.

Desde luego es difícil establecer una construcción dogmática de la retroactividad tan acabada que haga innecesario examinar las circunstancias del caso concreto, pero tampoco es aceptable que, en cuestión tan trascendente, la decisión sobre los efectos de las normas dependa solamente de lo que establezcan en cada caso los tribunales. El régimen de la vigencia y la eficacia de las normas debe decidirlo la Constitución y, en su caso, complementarse mediante la legislación ordinaria, pero desde luego no es una materia aquella que pueda dejarse esencialmente a la disponibilidad de los jueces y tribunales para que resuelvan en cada caso sin atenerse a criterios fijos básicos aplicables en común a otros similares. Por otra parte, aunque la decisión sobre el alcance temporal de la eficacia de las normas corresponde esencialmente al legislador, porque forma parte de sus potestades la determinación de la aplicación en el tiempo de sus disposiciones, tampoco se trata de una materia que pueda dejarse completamente a la plena libertad del legislador ordinario.

Como todos los principios esenciales relativos a la producción del Derecho, los fundamentos del régimen jurídico de la eficacia temporal de las normas tienen que encontrarse en la Constitución. Siendo esta la norma reguladora de la producción de las normas, a ella hemos venido refiriendo en los apartados anteriores la ordenación del inicio y la cesación de la vigencia, así como las proyecciones de la eficacia de las leyes. Hemos comprobado en estos análisis que, en efecto, pueden encontrarse en la Constitución tales fundamentos, por más que se caracterice su texto por una expresividad poco resuelta. Sin embargo, así como los fundamentos de la regla según la cual las leyes posteriores pueden derogar las anteriores tienen que entenderse implícita en la consagración expresa de otros principios, la Constitución ha abordado directamente la cuestión de la irretroactividad de las normas.

Veremos enseguida de qué manera tan escueta y, en gran medida, insatisfactoria. Pero la constitucionalización del principio de irretroactividad es la mejor expresión posible de la importancia fundamental que tiene, para cualquier sistema jurídico, que las leyes puedan disponer para el pasado. Es, primero, como ya hemos comentado, un grave problema de política legislativa y, después, la acogida constitucional de una institución de enorme complejidad técnica.

594.

Límites necesarios a la jurisprudencia y al legislador ordinario.

595.

Constitucionalización del principio: importancia.

Pero, en definitiva, si han de imponerse límites a la facultad del legislador de disponer la aplicación de sus normas hacia el pasado, por tratarse de una cuestión en la que está implicada la confianza que el ordenamiento jurídico entero debe ofrecer a los ciudadanos, solo la Constitución puede establecerlos.

596.
Orientación
constitucional.

¿Cuál ha sido la opción que ha seguido la Constitución española al regular la irretroactividad? ¿Favorable a la seguridad jurídica y la confianza?, ¿o ha dejado al legislador todas las potestades necesarias para remover cualquier obstáculo para la plenitud de la realización de los derechos?

597.
Regulación en los
artículos 9.3
y 25.1 CE.

Los preceptos constitucionales que tratan de la irretroactividad son dos: primero, el artículo 9.3 que declara «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»; y segundo, el artículo 25.1 que establece que «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

La interpretación de esta pareja de conceptos no es sencilla, como muestran las discrepancias doctrinales manifestadas desde los primeros análisis de los mismos, y también la titubeante e incierta trayectoria de la jurisprudencia constitucional, que no ha acertado a construir hasta hoy una doctrina suficientemente sólida.

La significación del artículo 25.1 es más clara en cuanto que impone la irretroactividad absoluta de las normas punitivas, *penales* o *administrativas*. No pueden aplicarse a conductas manifestadas antes de la entrada en vigor de una ley las infracciones y sanciones previstas en la misma. Se rigen por tanto, aquellas, de modo estricto, por el Derecho aplicable en el momento en que se produjeron los hechos.

598.
Trascendencia
para la estabilidad
y la confianza.

El artículo 9.3 se aplica con carácter general a todo tipo de disposiciones. Pero plantea muchos problemas de interpretación, que vamos a estudiar enseguida, de cuya solución depende que las restricciones a la retroactividad de las normas sean mayores o menores.

Constatación esta que es importante por dos razones: primera, porque depende de la interpretación que se dé a la prohibición constitucional, que nuestro sistema jurídico se asiente, en esta materia, en los terrenos de la seguridad jurídica y de la confianza, o que se opte por dejar al legislador la más plena libertad de disposición sobre la aplicación de las normas hacia el pasado. Y segunda, porque, dada la trascendencia de esta opción, que depende de la construcción téc-

nica de la irretroactividad, se comprende la importancia de perfilar adecuadamente su dogmática que, pese a la relevancia de aquella institución, incurre en inseguridades y oscuridades que no han sido satisfactoriamente resueltas.

B) La significación del concepto de retroactividad

Ni el Código Civil explica, en el artículo 2.3, qué ha de entenderse por «efecto retroactivo» de las leyes, ni tampoco el artículo 9.3 ofrece mucha ayuda al intérprete para concretar qué está prohibiendo cuando se refiere a la «irretroactividad» de disposiciones con determinados contenidos.

Al carácter abierto y complejo del concepto de retroactividad ha sido advertido por la doctrina civilista reiteradamente, con ocasión de analizar el mencionado precepto del Código y sus antecedentes. En términos generales una ley es retroactiva cuando pretende ser aplicada a situaciones surgidas o hechos acontecidos en el pasado. Como, sin embargo, esta definición genérica no es útil, en absoluto, para explicar las múltiples formas en que las normas pueden conectarse con el pasado, trasladando hacia atrás sus efectos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado una clasificación de la retroactividad en tres «grados», que es bastante más precisa. Siguiendo dicha distinción, existe retroactividad de grado máximo cuando «la nueva ley se aplica a la misma relación jurídica y a sus efectos sin tener en cuenta... que fuera creada o estos ejecutados bajo el imperio de la ley anterior» (DE CASTRO), es decir, que se aplica la ley, en este caso a situaciones nacidas bajo el imperio de una ley antigua, cuyos efectos ya se han consumado. Se denomina retroactividad de grado medio a la aplicación de la ley nueva a efectos nacidos durante la vigencia de la ley derogada pero que se proyectan hacia el futuro en cuanto que han de ejecutarse después de la vigencia de la nueva ley. Y existe, en fin, retroactividad de grado mínimo cuando la ley nueva se aplica solo a los efectos futuros, nacidos después de su entrada en vigor, aunque provengan de relaciones jurídicas surgidas con anterioridad.

Esta clasificación ha servido para interpretar las prescripciones del Código Civil para decidir cuándo, en verdad, una ley es retroactiva, si en las tres hipótesis recordadas o solo en alguna de ellas. La doctrina, y habitualmente la jurisprudencia están absolutamente seguras de que la retroactividad de grado máximo (llamada también «propia», «directa», «auténtica», «fuerte», etc.) es verdaderamente retroactividad. Y duda que los otros dos supuestos también lo sean. Como el Código Civil establece una presunción a favor de la irretroactividad de

599.
Concepto.

600.
Los grados de la retroactividad.

601.
El núcleo de la retroactividad y su halo.

las normas, cuando no dicen lo contrario, aquellos criterios son decisivos para interpretar las leyes que nada precisan sobre su aplicación a situaciones pretéritas, porque, ante su silencio, es seguro que no pueden interpretarse en el sentido de que tienen efectos retroactivos máximos o fuertes, y que, dependiendo de las circunstancias podrían admitirse efectos retroactivos impropios o debilitados.

Por otra parte, hay normas que, aunque nada digan respecto de su aplicación retroactiva, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado tradicionalmente que gozan de una retroactividad tácita. En el ámbito propio del Derecho Administrativo esta proyección se reconoce habitualmente a las disposiciones interpretativas (en la convicción de que no tienen más efectos que los que les presta la norma anterior que se ocupan de interpretar), y también a las organizativas (por razón de que sus efectos no trascienden del interior de los aparatos administrativos y no llegan a afectar a los derechos de los ciudadanos). En la teoría general del Derecho también se incluyen en las hipótesis de retroactividad tácita las normas de competencia, procesales, complementarias, consuntivas, que traten de evitar perjuicios a los intereses generales, o pretendan eliminar situaciones inconvenientes por razones económicas, sociales o políticas, etc.

La retroactividad tácita permite, como también la retroactividad impropia, concebir supuestos en que las normas pueden ser retroactivas aunque no lo hayan establecido expresamente.

Ya hemos dicho que la eficacia de las normas acompaña naturalmente a su vigencia y, en consecuencia, empieza entonces a aplicarse a cualquier supuesto de hecho subsumible en las reglas y previsiones de aquellas. Por tanto, puede decirse que las normas nuevas se aplican inmediatamente a todos los efectos que, aunque provengan de situaciones pasadas, no se hayan agotado antes de la entrada en vigor de la ley nueva o que hayan surgido después de su entrada en vigor.

Si se acepta esta doctrina de la eficacia de las normas, postulada por los defensores del efecto inmediato de todas las normas jurídicas, la aplicación de aquellas a cualquier relación o situación viva en el momento de su entrada en vigor, aunque tenga su origen en un momento histórico anterior a dicha entrada en vigor, no es, en absoluto, retroactividad. Por tanto, la ley nueva se aplicaría a efectos jurídicos de relaciones pasadas sin tener que hacer ninguna advertencia expresa al respecto, es decir, sin declarar su retroactividad, ya que no estaríamos ante dicha situación técnicamente. Pero, frente a dicha hipótesis, también puede entenderse que la aplicación de la ley a efec-

602.

*La retroactividad
tácita de las normas
interpretativas...*

603.

... organizativas...

604.

... y otras.

605.

*Efectos propios
de la vigencia.*

606.

*La aplicación
general a todas
las situaciones
no extinguidas
¿es retroactividad?*

tos derivados de relaciones surgidas antes de su entrada en vigor, constituye siempre un supuesto de verdadera retroactividad, aunque sea debilitada o impropia. De entenderse el fenómeno de tal modo, la ley nueva solo se aplicaría a dichas situaciones provenientes del pasado en el caso de que afirmara su propia retroactividad expresamente, según reclama la regla establecida en el artículo 2.3 del Código Civil.

El problema, ya de por sí complejo, aún se hace más serio si se considera que la presunción de irretroactividad que analizamos está en el Código Civil y no en la Constitución, de manera que es lícito preguntarse por qué razón había que resolver estas difíciles cuestiones aplicando el Código Civil y no, preferentemente, interpretando la ley nueva concreta para determinar su verdadero alcance temporal. Habrá que deducir la aplicabilidad pretérita de la ley de los criterios de interpretación que ofrezca la propia ley o, por encima de ella, que puedan deducirse de la Constitución sobre si la retroactividad de grado medio y mínimo son o no tipos de retroactividad.

Aunque volvamos más adelante sobre dicho análisis desde la perspectiva constitucional, interesa decir que la cuestión del efecto inmediato de las normas nuevas, que las haría aplicables a todas las situaciones jurídicas generadas antes o después de su entrada en vigor, pero que se presentan no consumidas o agotadas después de ese momento, está en inmediata relación con la prolongación de los efectos de las normas derogadas, la ultraactividad de las mismas.

En el Código Civil francés, como su artículo 2 establece que «La ley no dispone para el porvenir; carece de efecto retroactivo», parece apostarse decididamente por el efecto inmediato de todas las disposiciones. Esta es la posición mayoritariamente de la doctrina francesa que contrasta con la que sostienen tradicionalmente la alemana, mucho más partidaria de defender que las leyes solo se aplican a situaciones que hayan surgido después de su entrada en vigor. Las relaciones nacidas antes y no extinguidas, o los efectos aparecidos posteriormente se regirían por la ley derogada que gozaría, por tanto, de ultraactividad.

Unas y otras tesis han sido criticadas y contestadas en los propios sistemas jurídicos de referencia (quizá tengan las críticas en común la dificultad de establecer qué sea disponer para el futuro, qué regular situaciones completamente nuevas, o regir también los efectos que perduran vivos, aunque hayan nacido de relaciones pasadas), pero ponen, de nuevo, de manifiesto la tensión permanente de la doctrina de la retroactividad entre la conservación del statu quo y la programa-

607.

¿El CC como parámetro de interpretación?

608.

Vinculación con la ultraactividad.

609.

Soluciones francesa y alemana.

ción normativa libre del futuro, con las menores ataduras posibles con el pasado.

Decidir cuál de las dos opciones es la acogida por nuestro ordenamiento jurídico es una cuestión seria. L. M. DIEZ-PICAZO, siguiendo una argumentación rigurosa, pero que no compartimos, ha concluido que la retroactividad media y mínima de las leyes es verdadera retroactividad. Por tanto, siguiendo su criterio, a menos que las leyes declaren expresamente sus efectos retroactivos, la regla general en nuestro ordenamiento habrá de ser la ultraactividad de las normas derogadas. Lo que supone, que a los efectos no extinguidos o nuevos, procedentes de relaciones pasadas, no sería de aplicación la ley nueva, sino la derogada, que mantendría sus efectos más allá de la pérdida de vigor. El apoyo de estas tesis ha tratado de encontrarse en el artículo 2.3 del Código Civil y sus postulados principales serían los siguientes: primero, dicho precepto establece una presunción a favor de la no retroactividad de las normas; la retroactividad máxima se considera por el común de los juristas un supuesto de retroactividad claro, pero, en cambio, los grados medio y mínimo se consideran dudosos; siendo así, la presunción a favor de la irretroactividad no puede destruirse con hipótesis dudosas, sino que ha de romperse con supuestos de certeza. Y segundo, porque todas las relaciones y situaciones jurídicas se desenvuelven como un «todo orgánico», como una «unidad normativamente organizada», por lo que no tiene sentido separar los efectos pendientes y futuros para darles un tratamiento diferente. Contando con que los grados de retroactividad media y mínima constituyen supuestos de retroactividad, hay que aplicar la presunción general del artículo 2.3 CC contraria a la misma, si no se dice otra cosa expresamente. De lo que se sigue la conclusión de que en este caso a los efectos pendientes y futuros se aplicará la norma derogada, que será ultraactiva, y no la norma nueva, que carecerá de efectos retroactivos.

611.

Crítica de la ultraactividad ordinaria.

A nuestro juicio esta tesis merece tres críticas fundamentales:

Primera, que utiliza el Código Civil como parámetro o canon para resolver con carácter general sobre la retroactividad o ultraactividad de las normas. A nuestro juicio, sin embargo, la presunción del artículo 2.3 no puede servir para establecer interpretaciones de otras leyes que pueden basarse en criterios singulares sobre la ultraactividad o la retroactividad. Además, como al propio autor citado no se le ha escapado, las determinaciones del Código Civil sobre producción y efectos de las normas tienen un valor infraconstitucional, de modo que la solución a los grandes problemas que analizamos hay que buscarla en la Constitución misma.

612.

La utilización del artículo 2.2 CC.

610.
El carácter normalmente ultraactivo de las normas derogadas.

Segunda, más que establecer una regla de conflicto general sobre la eficacia temporal de las normas, que es difícil más allá de los criterios que ofrecen los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución, lo que hay que determinar es qué principios y valores constitucionales están en juego y postulan, o se oponen, a que las leyes sean retroactivas. No habría por qué exigir una declaración expresa de retroactividad para reconocer que la ley nueva se aplica a los efectos pendientes y futuros vinculados a relaciones anteriores, si con tal retroacción no se lesionan principios o reglas constitucionales que merezcan protección.

Y tercera, considerar que la retroactividad media y mínima son retroactividad auténtica supone dar una amplitud extraordinaria a la prohibición de irretroactividad contenida en el artículo 9.3 de la Constitución, con el efecto de bloqueo o congelación de las situaciones jurídicas históricas que ello llevaría consigo (de lo que es perfectamente consciente la tesis que comento, porque llegada a este punto trata de establecer una explicación distinta del significado de los conceptos en los artículos 2.3 CC y 9.3 CE).

La medida de la eficacia inmediata de las normas o de la ultraactividad de las normas derogadas hay que hacerla a base de principios y reglas constitucionales. Lo que está en juego es algo bastante más importante que la interpretación de presunciones establecidas en una ley ordinaria, como es el Código Civil, sino la concepción constitucional de la función de progreso atribuida al legislador y, por otra parte, las consecuencias, asimismo constitucionales, de la seguridad jurídica que es la base de la confianza de los ciudadanos en un sistema de producción normativa del que dependen su libertad y sus derechos.

La tesis más comúnmente seguida hasta ahora entre nosotros es, sin embargo, la de la aplicación o eficacia inmediata de las normas nuevas. Entre los administrativistas fue F. LÓPEZ MENUDO quien mejor desarrolló, siguiendo a ROUBIER, esta característica de las normas, también asumida por la mayor parte de los civilistas, según ha resumido P. SALVADOR. El Tribunal Constitucional pareció atenerse, en su zigzagueante jurisprudencia sobre el problema, al aludido criterio. Por ejemplo, en su conocida Sentencia sobre la anticipación de la edad de jubilación de funcionarios, jueces y magistrados, dijo que «la prohibición de la retroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros, condicionados, expectativas...» (SSTC 108/1996, de 26 de julio; 86/1987, de 11 de junio; 70/1988, de 19 de abril). También es la posición del Tribunal de Justicia Comunitario que, por ejemplo, en su Sentencia de 10 de julio de 1986, *LICATA v. Comité Económico y*

613.
*Utilización de
criterios de la CE.*

614.
*La amplitud de la
retroactividad.*

615.
*Significados de
las opciones.*

616.
*La eficacia
inmediata de las
normas nuevas.*

617.
*Jurisprudencia
del TC y del TJ
comunitario.*

Social dijo que «es una regla de principio el que una norma nueva se aplica inmediatamente a los efectos futuros de una situación nacida bajo el imperio de la norma anterior».

El Tribunal Supremo ha asumido ordinariamente la misma doctrina (v.gr., SS de 30 de septiembre de 1986, 6 de octubre de 1987, 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997, 17 de marzo de 1999, 15 de noviembre de 1999, 18 de junio de 2001, 7 de junio de 2000, etc.), pero una buena prueba de la absoluta falta de estabilidad y del casuismo de la jurisprudencia, es la existencia de otras líneas jurisprudenciales que, simultáneamente, reconocen en determinadas circunstancias el derecho de los interesados a la aplicación de las normas anteriores hasta tanto se agotan los efectos de los hechos acontecidos durante su vigencia. De esta jurisprudencia, que ha estudiado C. BARRERO RODRÍGUEZ, son buenos ejemplos la STS de 20 de diciembre de 1990, que reconoce a una empresa el derecho adquirido al régimen de transparencia fiscal por el que había optado en aplicación de leyes ya sustituidas por normas nuevas. En términos semejantes, sobre el mantenimiento de beneficios fiscales, las Sentencias de 17 de noviembre y 15 de octubre de 1998. Las Sentencias de 5 de marzo de 1993 y 27 de junio de 1994, reconocieron a determinadas empresas pesqueras constituidas por armadores nacionales con socios extranjeros «derechos adquiridos al mantenimiento de la exención de pago de derechos arancelarios y compensatorios establecidos por el Gobierno y suprimidos ulteriormente como consecuencia de la adhesión de España a la Comunidad Europea». Utilizando los principios de certeza y seguridad jurídica, y de responsabilidad del legislador, la jurisprudencia mencionada se asienta en la convicción de que ante los cambios normativos, los particulares tienen derecho a la inmodificabilidad de los efectos ya consumados o agotados en aplicación de las normas derogadas, y también aquellos que son efectos necesarios de la aplicación de un presupuesto de hecho ya generado, durante la vigencia de la ley sustituida.

Las circunstancias de cada caso concreto varían y pueden hacer más consecuente el reconocimiento de ultraactividad a una ley derogada. Así ocurre también en la práctica. El problema sigue siendo que una cuestión tan importante como la retroactividad de las normas no pueden ser pasto de un casuismo que, aunque inevitable, sea excesivo.

Por ello resulta imprescindible encontrar criterios aplicativos generales, lo más amplios y seguros posibles, que puedan imponerse no solo a los aplicadores de las normas, sino también al propio legislador. Solo en la Constitución pueden buscarse.

618.
Jurisprudencia
del TS.

619.
La línea favorable a
la ultraactividad.

620.
Crítica
del casuismo.

C) Los límites constitucionales a la retroactividad de las normas: el papel del principio de confianza

Una vez establecido que la doctrina sobre la retroactividad de las leyes presenta, entre nosotros, serias deficiencias, de modo que resulta prácticamente imposible predecir cuál será el criterio que los tribunales adoptarán respecto de la aplicación inmediata o no de una nueva norma a efectos de hechos o relaciones surgidos antes de su entrada en vigor, tenemos que preguntarnos si la Constitución ofrece ahora una base más estable para renovar la dogmática en materia de retroactividad de las normas, ateniéndose a criterios técnicamente más firmes y seguros.

Como ya hemos señalado más atrás, dos preceptos constitucionales aluden a la irretroactividad de las normas. El artículo 9.3, que establece una garantía constitucional de «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales», y el artículo 25.1 que establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento».

Este segundo precepto abarca todas las disposiciones de contenido punitivo, ya sean penales o administrativas, y entronca de modo muy fácil y directo con la tradición, que viene de las primeras constituciones dieciochescas, prohibitiva de la retroactividad en materia penal, de las leyes *ex post facto*. Esta retroactividad puede entenderse en términos absolutos y rígidos, respecto de cualquier reforma que afecte al núcleo esencial de la regulación. No parece que pueda extenderse también a modificaciones adjetivas, abarcentes, por ejemplo, de la disciplina interna de las organizaciones penitenciarias, el régimen de los antecedentes penales y otras circunstancias de este carácter.

El artículo 9.3, por su parte, es el que ha dado lugar a mayor perplejidad de la doctrina y de la jurisprudencia que, hasta el momento, no han acertado a perfilar exactamente su sentido. Nada más aprobarse la Constitución, se pusieron en circulación dos opiniones doctrinales relevantes y coherentemente construidas, una debida a F. LÓPEZ MENUDO y otra a E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Para ninguna de las dos fue un problema importante decidir qué quería decir la Constitución cuando se refería a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. Se trataría de normas que pretendieran aplicarse a hechos o conductas acontecidos antes de su entrada en vigor, hubieran o no agotado sus efectos en el momento

621.

Las pautas constitucionales.

622.

Las referencias de los artículos 9.3 y 25.1 CE.

623.

La tradición de la irretroactividad en materia penal.

624.

Las posiciones principales de la doctrina.

de la sustitución de la norma entonces vigente por la nueva. La precisión constitucional de que la irretroactividad solo se refiere a las normas no favorables, implica que solo incluye a las que agravan las consecuencias jurídicas de las conductas contempladas, no a aquellas que no las modifican o que les otorgan un trato más favorable. Estas mejoras del tratamiento de hechos o situaciones del pasado, correspondería a la libre disponibilidad del legislador.

625.

El problema del significado del concepto «restrictivas de los derechos individuales».

Sin embargo, la interpretación del otro inciso del artículo 9.3, disposiciones «restrictivas de los derechos individuales», planteó a la doctrina, desde las primeras aplicaciones de la Constitución, problemas interpretativos serios. Sobre todo, para decidir si con la indicada expresión la Constitución se estaba refiriendo a la protección de los derechos adquiridos, incorporando de esta manera una doctrina ambigua pero bien conocida en la teoría general del Derecho Público desde hace muchos años, o tenía una significación distinta. En la categoría de los «derechos individuales» se pueden incluir cualquier clase de derechos que las normas reconocen a los ciudadanos, en la medida, al menos, que estos hayan llegado a acceder a su disfrute y ejercicio, o, por el contrario, considerar que se trata de una categoría específica de derechos los aludidos en el artículo 9.3, comprensiva únicamente de los denominados «derechos fundamentales», que serían los enunciados en el artículo 14 y en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución.

626.

¿Equiparación con derechos fundamentales?

Por esta última línea se inclinó la opinión de F. LÓPEZ MENUDO. La de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, se apoyó en la utilización por la Constitución de la expresión «disposiciones», para sostener que la norma fundamental lo que había tratado era de ratificar una vieja y conocida doctrina que ha venido sosteniendo que así como las leyes pueden ser siempre retroactivas, si así lo disponen, de los reglamentos hay que predicar radicalmente su irretroactividad; la Constitución se estaría refiriendo, por tanto, a los reglamentos, aplicándose a las leyes con carácter general el régimen establecido en el artículo 2.3 del Código Civil, con las limitaciones, no obstante, que resultan de la utilización de otros conceptos constitucionales, como el de seguridad jurídica o del necesario respeto a las «situaciones jurídicas subjetivas», fórmula esta con la que DUGUIT identificaba los supuestos en los que las normas objetivas se habían ya aplicado a situaciones de hecho, generándose derechos integrados en los patrimonios o en la esfera de libertad de los ciudadanos.

627.

La supuesta aplicación exclusiva de la regla a los reglamentos.

La primera jurisprudencia constitucional pareció adscribirse a la primera opinión doctrinal mencionada (Sentencia del TC 27/1981, de 20 de

julio: «Cuando se trata de la defensa del ordenamiento constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de “derecho individual” no puede confundirse con el *ius quaesitum*; el artículo 9.3 en todo o en parte alude a los derechos fundamentales del Título I»). Pero años después tomó otros derroteros mucho más imprecisos que le permitieron predicar la irretroactividad de leyes que afectasen a derechos de cualquier clase. Básicamente, ocurre este giro a partir de la Sentencia 42/1986, de 10 de abril, en la que se afirma que la regla del artículo 9.3 «no supone la imposibilidad de dotar de efecto retroactivos a las leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo». Y añade: «de hecho, la expresión restricción de derechos individuales del artículo 9.3 ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de las personas».

La tesis que reconduce la expresión «disposiciones» del artículo 9.3 CE a la doctrina de la irretroactividad de los reglamentos no ha tenido una acogida relevante nunca en la jurisprudencia constitucional, cuya posición ha sido sostener que dicho precepto no excluye la existencia de circunstancias en las que la Constitución impide a las normas con rango de ley la retroactividad.

Por nuestra parte, entendemos que ninguna de estas dos opciones doctrinales es correcta y completa, ni ha servido hasta ahora, como es notorio, para organizar un cierto consenso de los operadores jurídicos sobre el alcance y límites del dogma de la irretroactividad de las leyes.

La primera cuestión que es necesario concretar, para poder introducirse en la espesura de un bosque conceptual tan complejo, es, antes que nada, qué significa irretroactividad de las normas. Como hemos visto más atrás, la doctrina está de acuerdo en que el concepto de retroactividad no es unitario, sino que admite distinciones por rangos o grados. El grado máximo es el que supone la aplicación de la norma nueva a relaciones jurídicas surgidas con anterioridad a aquella, que han agotado sus efectos antes de la entrada en vigor de la misma. La retroactividad de grado medio se produce cuando la nueva norma se aplica a los efectos no extinguidos o pendientes, generados, sin embargo, antes de su entrada en vigor. Y la retroactividad mínima ocurre cuando la norma se aplica a los efectos de relaciones pasadas, surgidos después de la entrada en vigor de aquella.

Ya hemos visto también que ni la doctrina ni la jurisprudencia están completamente seguras de que la llamada retroactividad de grado

628.

La vinculación inicial en la jurisprudencia del TC de derecho individual con derecho fundamental y el cambio ulterior.

629.

Crítica de las doctrinas expuestas.

630.

Reconsideración del concepto de irretroactividad.

medio y mínimo sean verdaderamente formas de retroactividad. El consenso radica en la retroactividad máxima, propia o directa, que es retroactividad, indudablemente, porque supone la proyección de las consecuencias de una norma nueva a un momento anterior de su vigencia.

631.

El artículo 9.3 CE solo prohíbe la retroactividad máxima.

Si se aceptara esta delimitación del concepto, habría de interpretarse el artículo 9.3 de la Constitución en el sentido de que la única retroactividad que prohíbe es la que afecta a situaciones surgidas con anterioridad a la vigencia de la norma y a los efectos igualmente extinguidos en el pasado. Las demás aplicaciones de la disposición nueva a efectos provenientes del pasado, pero pendientes, o surgidos después de la entrada en vigor, no serían verdadera retroactividad.

632.

Retroactividad propia e impropia en la doctrina alemana.

La doctrina del Tribunal Constitucional alemán ha utilizado con una notable minuciosidad estas precisiones del concepto de retroactividad. Como ha resumido J. P. SCHNEIDER, la doctrina clásica de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal ha distinguido, desde la ya vieja Sentencia 11, 139, de 1960, entre retroactividad en sentido propio y en sentido impropio. La primera clase de retroactividad existe cuando una norma, dictada a posteriori, incide, modificándola, en una situación jurídica concluida en el pasado, esto es, que no continúa a la entrada en vigor de aquella. Retroactividad impropia se produce cuando la norma incide sobre situaciones generadas en el pasado, pero que continúan después de la entrada en vigor de aquella porque no han agotado sus efectos. A esta última clase de retroactividad también la llama el Tribunal Constitucional retrospcción, para distinguirla de la retroactividad propia.

633.

Retroacción de consecuencias jurídicas y retroconexión del supuesto de hecho normativo.

Como quiera que no siempre es posible la adscripción exacta de los diferentes supuestos que se presentan en la práctica, a una u otra clase de retroactividad, el Tribunal Constitucional ha seguido indagando sobre la depuración posible de los conceptos, llegando, a partir de 1986, y por iniciativa de su Sala Segunda, a establecer algunos criterios nuevos que, en verdad, la doctrina ha entendido como aclaratorios o complementarios, más que como radicalmente innovadores de la jurisprudencia establecida. Según esta nueva jurisprudencia, la retroactividad en sentido propio no se define considerando si se ha agotado o no la situación jurídica afectada por la modificación normativa, sino que a lo que hay que atender es a si la norma nueva produce efectos hacia el pasado, es decir, si surte efectos respecto de situaciones nacidas antes de su entrada en vigor. Tomando este criterio, resultará, según la jurisprudencia de dicha Sala, que una norma solo es retroactiva cuando ordena una «retroacción de sus consecuencias jurí-

dicas». Si tales consecuencias son siempre de futuro, aunque se proyecten también sobre situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad, la ley no será retroactiva. Para delimitar estos últimos supuestos de no retroactividad se utiliza el concepto de «retroconexión del supuesto de hecho normativo».

En verdad retroactividad en sentido propio es un concepto no muy diferente del de «retroacción de consecuencias jurídicas», y retroactividad impropia o retrospección, también es un concepto muy próximo al de «retroconexión del supuesto normativo» (H. MAURER).

Estas distinciones conceptuales han servido para concluir que la retroactividad en sentido propio es habitualmente irreconciliable con algunos principios constitucionales que se imponen al legislador, mientras que la retrospección o retroconexión del supuesto normativo, es habitualmente compatible con la Constitución. Estas son reglas generales que, sin embargo, en un caso y en otro, tienen que matizarse en atención a la posible concurrencia de otros valores y principios constitucionales que, en el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que mencionamos, radican siempre alrededor de los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica.

Aplicando estos últimos principios, especialmente el de confianza legítima, se puede matizar la regla general de que la retroactividad en sentido propio es constitucionalmente inadmisibles, para aceptar su constitucionalidad cuando concurren algunos supuestos excepcionales, que pueden sintetizarse en los siguientes: a) cuando los afectados por la norma retroactiva no resulten sorprendidos por la modificación de las situaciones jurídicas correspondientes en cuanto que, por ejemplo, estuvieran basadas en una regulación provisional o temporal; b) cuando la regulación anteriormente vigente fuera notablemente oscura o incierta; c) cuando la lesión que pueda causar la retroactividad de la norma sea de bagatela, banal o insignificante; d) cuando medien perentorias razones de interés público, entre las cuales, por ejemplo, la preservación de intereses generales en conflicto, o el propio sostenimiento de unas finanzas públicas eficientes y saneadas.

Por otro lado, aunque la retroactividad impropia sea habitualmente compatible con la Constitución, también acepta la jurisprudencia hipótesis en las que tal retrospección puede poner en solfa la confianza del ciudadano en la continuidad de una situación jurídica; en tal caso, será necesario ponderar en qué medida el interés general reclama su modificación, para decidir en fin la legitimidad o no de la retrospección, que se basará en la elección de unos valores más dignos de ser protegidos.

634.

Incompatibilidad con la Constitución de la retroactividad en sentido propio.

635.

Supuestos en que es admisible la retroactividad en sentido propio.

636.

Ponderación de la confianza legítima con el interés general.

637.*Reinterpretación del artículo 9.3 CE.*

Considerando las aportaciones de la doctrina alemana que acaban de indicarse, se puede ver más claramente la necesidad de aplicar con muchos matices la idea de irretroactividad que parece consagrar el artículo 9.3 de la Constitución, como límite al legislador. Por un lado, sería inaceptable entender, de un modo absoluto e incondicionado, que el principio de irretroactividad impide al legislador aplicar sus normas hacia situaciones generadas en el pasado cuando afectan a derechos individuales. A nuestro juicio, puede existir retroactividad en sentido propio de normas limitativas de derechos individuales, siempre que dicha retroactividad se justifique en razones fundadas de preservación de los intereses generales, o porque impliquen la modificación de situaciones en las que la lesión de los derechos sea mínima, por ejemplo, en el mismo sentido que lo admite la doctrina alemana que hemos recordado. Sería, igualmente, injustificable, pretender que el concepto de derechos individuales del artículo 9.3, solo se aplica a una gama o categoría concreta de derechos constitucionales, los llamados fundamentales. Bien es cierto que estos cuentan en la Constitución con unas garantías jurisdiccionales reforzadas, pero no existe ninguna razón para deducir de esta superprotección un régimen especial en materia de retroactividad de las normas. Fuera del marco de tales derechos fundamentales también existen derechos individuales que hayan alcanzado situaciones tan dignas de protección como las que aquellos pueden presentar. De ello se ha apercibido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de 1986, como ya hemos comentado, y precisaremos más adelante. Sería, en fin, igualmente, inasumible pretender que fuera del marco expresamente prohibido por el artículo 9.3 CE, las leyes pudieran tener efectos retroactivos siempre que lo dispusieran. Esta discrecionalidad tan amplia e incondicionada, afrentaría al principio de seguridad jurídica y a la confianza que los ciudadanos tienen ordinariamente en situaciones que se han generado a partir de una legislación determinada.

638.*Condiciones en que la retroactividad propia puede afectar a los derechos fundamentales u otros.***639.***Proyecciones fuera del marco del 9.3 CE.***640.***Evolución de la jurisprudencia constitucional.*

La jurisprudencia constitucional disponible hasta ahora ha vagabundado bastante por el complicado mundo de la retroactividad, sin llegar a asentarse en posiciones claras y firmes, como ya hemos advertido. Adscrita, al principio, dicha jurisprudencia a la idea de que la prohibición del artículo 9.3 se refería a las disposiciones limitativas de los derechos consignados en la Sección 1.ª del Capítulo II, Título I CE, excluyó, inicialmente, que el concepto de derechos individuales fuera equiparable al de derechos adquiridos (STC 27/1981, de 20 de julio: «Desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión “derecho

adquirido” y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución»). Pero esta jurisprudencia, como ya hemos señalado, empezó a girar a partir de la Sentencia 42/1986, de 10 de abril, de la que arranca una línea que, a nuestro juicio, se consolida a partir de la STC 126/1987, que empieza a manejar conceptos más próximos a los que hemos visto en la doctrina alemana.

El Tribunal Constitucional ha acogido la distinción entre diferentes «grados de retroactividad» (SSTC 227/1988, 150/1990, 197/1992, 205/1992, 173/1996, 182/1997, 273/2000, 234/2001, etc.). La última Sentencia citada dice a este respecto que para determinar cuándo una norma de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que solo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto, resultando relevante a tal efecto... distinguir entre la retroactividad auténtica o de grado máximo y la retroactividad impropia o de grado medio. También la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo utiliza parámetros de distinción semejantes (SSTS de 15 de noviembre de 1999 y 23 de septiembre de 2002).

Seguramente es exacta la selección de los criterios empleados por la jurisprudencia que ha hecho M. BACIGALUPO SAGGESE: a) el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes, afecta exclusivamente a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales; b) fuera de dichas materias, la retroactividad depende de la discrecionalidad del legislador; c) la retroactividad puede entrar en colisión con otros principios constitucionales, señaladamente con el de seguridad jurídica; d) no se puede aplicar el principio de seguridad jurídica como límite absoluto a la retroactividad, porque, de seguirlo, podría llegar a petrificarse el ordenamiento; e) sin embargo, debe reconocerse que el principio indicado protege «la confianza de los ciudadanos... frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas... no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad» (SSTC 126/1987, 150/1990, 182/1997, 234/2001. Una ley retroactiva vulnera el principio de seguridad jurídica cuando se revela «irrazonable e imprevisible, con quiebra de la confianza legítima de los obligados tributarios en la que, razonablemente esperaban que debía ser la actuación de los poderes públicos», según expresa la Sentencia 234/2001 citada); f) el Tribunal, en fin, considera que la compatibilidad de la retroactivi-

641.

*Aceptación
de la teoría
de los grados.*

642.

*Resumen de los
criterios del TC.*

dad con la Constitución, solo puede resolverse teniendo en cuenta «las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto», según aclara también la última Sentencia citada.

643.
*Otros criterios
constitucionales.*

A efectos de concretar los parámetros generales a los que debe ajustarse la resolución de los casos concretos, el Tribunal también ha aceptado que haya que poner en juego imperativos de justicia, considerar la finalidad de la medida, su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa o incluso tener en cuenta la concurrencia de alguna situación económica o de protección del interés general excepcional (STC 234/2001).

Cuando concurren circunstancias que pueden justificar la retroactividad de la ley habrá que añadir, aun como criterios para decidir su compatibilidad con la Constitución, si la nueva norma prevé medidas transitorias de adaptación de situaciones consolidadas con anterioridad, o también si establece las compensaciones económicas precisas por las lesiones que la nueva regulación pueda producir.

De lo que sigue adoleciendo la jurisprudencia constitucional entre nosotros es del manejo de conceptos generales claros a los que poder atenerse para decidir sobre la constitucionalidad de las disposiciones retroactivas.

644.
*Incorporación del
principio de
confianza legítima
como parámetro.*

En alguna ocasión, como acaba de indicarse, ha incorporado ya el concepto de confianza legítima, que deriva del de seguridad jurídica que consagra también el artículo 9.3, como test para determinar las infracciones constitucionales.

645.
*Contribución del
principio de
confianza en la
seguridad de
los cambios
normativos.*

Este de la confianza legítima es, como ya hemos indicado, el criterio que usa la jurisprudencia alemana para decidir sobre la constitucionalidad de las disposiciones retroactivas. Realmente también en Alemania es un principio de reciente configuración (prácticamente su desarrollo es coincidente con la progresiva aplicación de la Ley Fundamental de Bonn y, especialmente, con el despliegue de la intensa protección de los derechos de los ciudadanos que aquella había consagrado). Como hemos estudiado en un apartado anterior, el principio aparece en la jurisprudencia del Tribunal Federal de lo contencioso, de la que pasaría a la del Tribunal Constitucional. Luego fue codificado por el legislador en 1976, al aprobarse las leyes de lo contencioso-administrativo de la Federación y de los *Länder*. Aunque se mantienen las discrepancias sobre su contenido y proyecciones, nadie duda de la importante contribución que su desarrollo ha supuesto, para precisar mejor el régimen de algunas instituciones de Derecho Público. El principio de confianza ha sido considerado como «una condición básica

del orden político liberal y democrático» (H. MAURER). Este es también el fundamento de su elevación al rango de principio constitucional. Otros prefieren fundamentarlo, sin embargo, en la protección del ordenamiento jurídico y su estabilidad, o en la protección de los derechos fundamentales.

Son elementos claves de la estructura del principio de confianza legítima los siguientes: primero, tiene que producirse la frustración de una expectativa derivada de una situación de confianza creada por la conducta o el comportamiento de los poderes públicos. Este comportamiento puede expresarse de muchas maneras. Aunque nos están interesando ahora las que se produce a través de las normas, también pueden proceder aquellas frustraciones de actos, promesas, informaciones, contratos o planes administrativos de cualquier clase. Segundo, el ciudadano tiene que manifestar de alguna manera que ha confiado en la situación establecida. No basta con afirmar que de lo actuado por los poderes públicos pudo derivarse la convicción en la estabilidad de la situación, sino que el ciudadano tiene que haber actuado en el sentido al que lógicamente le inclinaba la confianza obtenida. Es preciso invertir en la confianza provocada, lo que se notará preferentemente si se han producido actos o manifestaciones expresas que lo confirmen. Tercero, la confianza merecedora de protección tiene que delimitarse considerando, por una parte, las circunstancias de quien reclama, pero, por otra, los intereses públicos. Y cuarto, la protección consistirá habitualmente en el mantenimiento del statu quo, pero también puede protegerse mediante la adopción de medidas transitorias de adaptación o compensatorias.

Se observan en la doctrina y en la jurisprudencia alemana una cierta inclinación a fundar el principio de confianza en los derechos fundamentales. Esta alineación se debe a que la teoría de los derechos fundamentales está mucho más depurada que otras de rango constitucional, y, por otro lado, que permite la aplicación de criterios de ponderación entre valores en juego, para decidir finalmente cuáles son los más dignos de protección. La aplicación del principio de proporcionalidad podrá contribuir a dicha ponderación, para aceptar, por ejemplo, afecciones a los derechos, que sean razonablemente adecuadas para la salvaguarda de los intereses generales en juego.

Todos estos criterios deben servir para asentar la interpretación del artículo 9.3 CE sobre bases más firmes. Puede establecerse, en resumen, que la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, cuando afecta al núcleo de la delimitación de las infracciones y sanciones es absoluta; que la retroactividad que afecta a los derechos

646.

La estructura del principio y exigencias para su aplicación.

647.

Vinculación de la confianza con los derechos fundamentales.

648.

Reconstrucción de los límites de la irretroactividad: aplicación.

individuales solo está prohibida cuando es retroactividad máxima, no cuando es media o mínima o retrospección; que la retroactividad propia puede aceptarse en supuestos de previsibilidad, afectación grave a los intereses generales, producción de lesiones de bagatela, y supuestos análogos; que la retrospección o retroactividad media y mínima puede decidirla el legislador, pero con el límite de no violentar la confianza legítima generada en los ciudadanos; y que las dificultades restantes para cada caso concreto deben resolverse ponderando las circunstancias y conocimiento del particular, lo que demanden los intereses generales y aplicando a su ejecución intensamente el principio de proporcionalidad.

Quedaría por establecer si, entre nosotros, el principio de confianza legítima tiene alguna fundamentación constitucional. Su estructura es la misma que hemos estudiado en la doctrina alemana, y su justificación constitucional, a nuestro juicio, puede ser también idéntica, situándose en los valores de democracia y protección del ordenamiento jurídico, así como en la defensa de los derechos fundamentales. Aunque indudablemente el principio de confianza es una de las proyecciones básicas del de seguridad jurídica, que si tiene un reconocimiento directo en el artículo 9.3 de la Constitución. No compartimos, en este sentido, la opinión sostenida por J. GARCÍA LUENGO (seguida luego en buena medida por E. GARCÍA DE ENTERRÍA) en su, por otra parte, bien documentado estudio sobre el principio de confianza legítima, en cuanto que considera que los límites a la irretroactividad no pueden plantearse desde el principio de seguridad jurídica, sino desde una nueva dogmática de los derechos fundamentales, que estaría por formar.

649.

Fundamentos y proyecciones de la confianza en nuestro Derecho.

650.

Reconsideración de la doctrina de la irretroactividad de los reglamentos.

Aunque es clásico, cuando se trata de la retroactividad en el Derecho Público, hacer algunas referencias a la irretroactividad de las normas reglamentarias, pasaremos nosotros sobre ese argumento con la máxima rapidez. Ciertamente está muy asentado entre la doctrina el principio de la irretroactividad general de las normas reglamentarias. Pero, pese a su consolidación, esa doctrina no tiene el menor fundamento. Nótese que los reglamentos de carácter ejecutivo, que en un ordenamiento jurídico como el nuestro son la mayoría, podrán disponer retroactivamente, en la medida en que sea preciso para completar o desarrollar las determinaciones de las leyes que se ejecutan; serán retroactivos por tanto en la misma medida en que lo sean las leyes correspondientes. Por otro lado, cuando se trata de la irretroactividad de los reglamentos, suele hacerse una excepción para los reglamentos de organización; teniendo en cuenta que en buena doctrina, que en su momento reconsideraremos, la organización administrativa es la mate-

ria propia del reglamento independiente, habría que concluir que la mayor parte de los reglamentos independientes son habitualmente retroactivos. En fin, de otra categoría de reglamentos independientes, los interpretativos, nadie duda tampoco de su retroactividad, en tanto que su proyección hacia el pasado siempre dependerá de la que tenga la norma que están interpretando.

D) Retroactividad y responsabilidad

Una última cuestión, para cerrar este análisis de la retroactividad, es la relativa a la responsabilidad derivada de la vulneración del principio central en que la irretroactividad se apoya en base constitucional.

Aunque trataremos en otro lugar de esta obra, con más detalle, la responsabilidad civil derivada de decisiones legislativas, es imprescindible una mínima mención a la misma, en cuanto aparece relacionada con los problemas de la retroactividad.

A partir de los años noventa el Tribunal Supremo desarrolló una extensa jurisprudencia en la que aceptaba que son indemnizables las lesiones que causa el legislador como consecuencia de la vulneración del principio de protección de la confianza legítima. Se estableció esta doctrina respecto de los perjuicios causados a empresas pesqueras por el Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Europea (SSTS de 5 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994 y 16 de septiembre de 1997), y luego se fue extendiendo, para reconocer la indemnizabilidad de daños ocasionados por leyes autonómicas relativas a la declaración de espacios protegidos (SSTS de 17 de febrero de 1998, 9 de marzo de 1998, 9 de febrero de 1999, 27 de septiembre de 1999, 26 de noviembre de 1999, etc.), o a los perjuicios generados por un cambio del régimen de algunos impuestos especiales (SSTS de 8 y 9 de octubre de 1998), etc.

Estas declaraciones de responsabilidad están en vivo contraste con la regulación de la responsabilidad del legislador en el artículo 139.3 LRJAP, donde se indica que «las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos». Pero, a nuestro juicio es correcta la consideración del Tribunal Constitucional en su Sentencia 27/1998, de 13 de febrero, cuando argumentó que el hecho de que una ley no establezca expresamente previsiones indemnizatorias, no

651.

La jurisprudencia sobre responsabilidad por vulneración de la confianza legítima.

652.

Posición del TC.

quiere decir que tenga que aplicarse sin más lo establecido en dicho precepto, sino más bien que «habrá de estarse a lo dispuesto en la legislación común en materia de responsabilidad de la Administración». De lo que se sigue que, a falta de una determinación específica en la ley, serán aplicables el artículo 106 de la Constitución y los preceptos correspondientes de la legislación ordinaria en la materia.

El Tribunal Constitucional ha añadido a esta doctrina otra que resumió bien la Sentencia 28/1997, que sostiene que no es posible apreciar la inconstitucionalidad de las leyes por el simple hecho de que no contengan una cláusula de responsabilidad a favor de los perjudicados, ya que tal laguna puede colmarse fácilmente aplicando las aludidas reglas generales en materia de responsabilidad.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA ha discrepado rotundamente de esta doctrina jurisprudencial, crítica a la que también se han sumado después L. BACIGALUPO SAGGESE, J. F. MESTRE DELGADO y otros. Los términos de la discrepancia son varios. Algunos fundamentos resultan de la oposición a la interpretación expansiva del principio de responsabilidad recogido en el artículo 9.3, al que se atribuye una significación más limitada. Otros argumentos contrarios se apoyan en la propia literalidad del artículo 139.3 LRJAP, que hemos transcrito; otros conciernen al no reconocimiento del rango constitucional al principio de protección de la confianza legítima en nuestro ordenamiento; y los argumentos principales y más determinantes son los que conciernen a la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para invadir una esfera dispositiva tan importante del legislador, como es la de decidir si sus medidas tienen que conllevar o no compensaciones de alguna clase.

Nuestra opinión es bastante más favorable a la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa antes recordada, que a las tesis de los ilustres administrativistas citados.

Por lo pronto, que el principio de confianza legítima tiene un rango constitucional, ya ha sido sostenido por la jurisprudencia constitucional en muy diferentes ocasiones. Tanto es así que, frente a lo afirmado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA en el sentido de que nunca se había utilizado el principio de confianza legítima como canon de la constitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional incluso ha anulado un precepto legal (el apartado 7.º de la disposición transitoria 4.ª de la Ley 45/1985, por considerar «menoscabado el principio de confianza legítima de los ciudadanos»: STC 234/2001).

Cuando el principio de confianza legítima, en lo que ahora interesa a nuestro análisis, es vulnerado por una ley retroactiva, dicha ley resulta

653.

Críticas doctrinales.

654.

Carácter constitucional del principio de confianza.

inconstitucional. Si el Tribunal tiene ocasión de valorar dicha inconstitucionalidad, a nuestro juicio debería declararla, pero sin acompañarla necesariamente de una declaración de nulidad de la ley. Sería una inconstitucionalidad que no lleva aparejada la nulidad. Aunque el artículo 39 LOTC parece que empareja siempre la inconstitucionalidad con la declaración de nulidad, ya hemos explicado más atrás, que es imprescindible incorporar categorías que permitan diferenciar la inconstitucionalidad simple de la inconstitucionalidad con nulidad. De hecho, toda la jurisprudencia prospectiva, de la que ya hemos dado ejemplo en el lugar citado, supone la aceptación por nuestro Tribunal Constitucional de las indicadas distinciones.

Cuando una norma es inconstitucional por vulneración del principio de confianza legítima es particularmente pertinente que no se declare su nulidad, porque la confianza quebrantada probablemente no pueda predicarse de la totalidad de los destinatarios de la ley, sino de un grupo de ellos que vea afectadas por sus determinaciones situaciones jurídicas dignas de protección. La afectación de estas posiciones singulares no es lógico que afecte con carácter general a la validez de un texto normativo, que el Tribunal Constitucional debe intentar preservar, frente a la catástrofe ordinal que las declaraciones de nulidad de una ley siempre produce.

La comprobación del motivo de inconstitucionalidad puede hacerse por los tribunales ordinarios, que son, por demás, los únicos que pueden apreciar la existencia real de la situación de confianza (actitud de los sujetos o grupos afectados; la determinación de la medida en que, como consecuencia de la confianza, se han adoptado decisiones patrimoniales o de otro orden, que la nueva norma lesiona, etc.); ninguna de estas consideraciones puede hacerse en el marco de un juicio de inconstitucionalidad desarrollado ante el Tribunal Constitucional, entre otras por la sencillísima razón de que aquel es un juicio abstracto de compatibilidad de la norma con la Constitución en el que no se conjugan situaciones individuales, ni participan procesalmente particulares afectados.

De modo que la lógica del sistema conduce a que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que determine las indemnizaciones pertinentes en los supuestos que ahora analizamos.

La cuestión aparentemente más delicada no es ninguna de las examinadas, sino la de resolver si la jurisdicción contencioso-administrativa puede apreciar la existencia de responsabilidad del legislador, aun

655.

La vulneración de la confianza no tiene efectos generales.

656.

La apreciación de la vulneración de la confianza corresponde normalmente a los tribunales ordinarios.

657.

¿Se puede apreciar responsabilidad del legislador directamente por la jurisdicción contencioso-administrativa?

sin que exista un pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de si se ha vulnerado o no el principio de confianza legítima. Según la práctica seguida por nuestras salas de lo contencioso-administrativo ello es posible.

Es indudablemente cierto que acordar o no compensaciones como consecuencia de nuevas regulaciones legales que lesionan derechos protegidos por la confianza legítima, es una decisión básica del legislador. Pero ello no es excluyente de que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda concurrir a completar las lagunas que ofrezca la ley aplicable en cada caso. Como estudiaremos en el volumen siguiente se está produciendo una fuerte descentralización de la justicia constitucional, debido a que los jueces ordinarios cada vez participan más en determinadas decisiones concernientes a la compatibilidad con la Constitución de las regulaciones legales. Una de estas aperturas descentralizadoras es la concerniente a la responsabilidad del legislador justamente. Quiérase o no, la intervención de la jurisdicción ordinaria para apreciar la existencia de responsabilidad del legislador, se ha convertido en una exigencia impuesta por el Derecho comunitario, que encomienda al juez ordinario la apreciación por aquel de los supuestos de responsabilidad por incumplimiento de normas comunitarias por los legisladores internos. Distinguir entre la apreciación de la responsabilidad del legislador por incumplimiento del Derecho comunitario y la responsabilidad del legislador por vulneración de otros principios constitucionales, para atribuir competencia en un caso sí y en otro no, a los tribunales ordinarios, para decidir, no tiene el menor sentido, ni institucional ni práctico, aunque en el caso comunitario tenga un amparo reforzado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

658.
*La descentralización
creciente de la
justicia
constitucional.*

Por lo demás, resulta innegable que al decidir sobre la obligación del legislador de compensar económicamente a los ciudadanos, por concurrir las circunstancias que estamos examinando, los jueces completan un elemento importantísimo de la ley, que ha dejado sin rellenar el legislador pudiendo haberlo hecho.

La posición de los tribunales sobre la responsabilidad derivada de actos legislativos, la estudiaremos con detenimiento en el volumen final de esta obra. Pero el resumen es el siguiente.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia declara la obligación de indemnizar en supuestos en que exista una violación del derecho europeo «suficientemente

caracterizada», la norma jurídica vulnerada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, y exista una relación de causalidad directa entre la norma declarada nula y la producción del daño. Cuando la lesión procede de una ley nacional, la apreciación de la gravedad de la actuación del legislador la han de evaluar los tribunales nacionales (SSTS de 12 de junio de 2003, 29 de enero de 2004, 18 de enero, 28 de febrero y 12 de junio de 2012).

En cuanto a la responsabilidad derivada de lesiones producidas por el legislador interno, el Tribunal Constitucional, al anular una ley o alguno de sus preceptos, por vulneración de la Constitución, puede declarar o no la concurrencia de lesiones resarcibles. Normalmente sus sentencias son, en este punto, prospectivas, y no permiten la revisión de sentencias firmes o situaciones de hecho ya consolidadas. El Tribunal Supremo ha de atenerse al criterio que establezca el Tribunal Constitucional en punto a la pertinencia de reconocer el derecho a indemnización (STS de 25 de febrero de 2011). Pero una Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2010 estableció, aunque con varios votos particulares, que cuando el Tribunal Constitucional nada ha dicho sobre los efectos temporales de una declaración de inconstitucionalidad (es decir, si es únicamente prospectiva o afecta también a situaciones consolidadas anteriores), es posible exigir responsabilidad patrimonial al Estado por los daños efectivos e individualizados que haya causado la aplicación de la ley declarada nula (también SSTS de 7 y 23 de diciembre de 2010 y 19 de septiembre de 2011).

Cuando no hay una declaración previa de inconstitucionalidad de la ley, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha aceptado hipótesis en que puede generarse un deber de indemnizar por daños anormales, imprevisibles o singulares para una persona o grupo de personas (entre otras SSTS de 13 de febrero y 16 de septiembre de 1997, 8 y 9 de octubre de 1998, 20 de enero de 1999, 16 de diciembre de 2008, etc.). Con carácter general, estos supuestos los concreta el artículo 139.3 de la LRJAP, que hemos reproducido más atrás: si el acto legislativo tiene naturaleza expropiatoria será necesario indemnizar a los afectados; si no la tiene, será el legislador quien tenga que resolver sobre la pertinencia de reconocer indemnizaciones, aunque el Tribunal Supremo ha admitido que, en determinados supuestos, la previsión no tiene que ser expresa en la ley, sino que puede deducirse de la «voluntad tácita» del legislador (SSTS de 16 de diciembre de 2008, 10 de diciembre de 2009, 24 de febrero, 11 de mayo y 30 de diciembre de 2010, etc.)

659.

El deber de indemnizar por actos legislativos, según la jurisprudencia.

6. LA APLICACIÓN TERRITORIAL DE LAS NORMAS

A) De la delimitación del territorio en general

660.

*Carácter territorial
del Derecho
Administrativo.*

Las normas de Derecho Administrativo se aplican teniendo en cuenta el territorio a que extienden sus poderes los legisladores que las producen. No tienen, salvo las excepciones que luego se dirán, normalmente basadas en criterios personales de delimitación del ámbito de eficacia, efectos extraterritoriales.

Pero siendo tan importante el territorio a efectos de delimitar el ámbito espacial de vigencia y eficacia de las normas, es llamativo que su delimitación, en el caso de las principales entidades territoriales del Estado, esté hecha en España de un modo circunstancial e indirecto.

661.

*La delimitación
del territorio
español.*

Por lo que concierne al territorio peninsular sus límites están concretados en tratados internacionales. El Tratado de Utrecht de 13 de julio de 1713, fijó la frontera con Gibraltar, que sirve de límite con el territorio inglés. La frontera con Francia tiene su origen en el Tratado de los Pirineos de 1659, rectificado por tres Tratados de Bayona de 2 de diciembre de 1856, relativos a la frontera con Guipúzcoa y Navarra, con precisiones ulteriores sobre la navegación en el río Bidasoa y la jurisdicción en la isla de los Faisanes. El Tratado de 14 de abril de 1862 fijó los límites de Navarra y el valle de Andorra, concretados después en otro de 26 de mayo de 1866 y otros más que concluyeron en el Acuerdo de 8 de febrero de 1873 relativo a la conservación e identificación de la frontera. Los límites con Portugal se fijaron en el Convenio de Lisboa de 29 de septiembre de 1866, también desarrollado y completado por otros varios instrumentos como el Convenio de Madrid de 27 de marzo de 1893, el canje de notas de 1 de diciembre de 1906 sobre delimitación de la frontera desde la desembocadura del Miño hasta la confluencia del Caya con el Guadiana y otros. A este espacio peninsular delimitado en los tratados hay que sumar también el territorio insular, las ciudades de Ceuta y Melilla en el continente africano, el mar territorial y el espacio aéreo, a cuyo alcance nos referiremos luego.

662.

*Definición
en la CE.*

En el Derecho interno, para la definición del territorio del Estado, se usa también una fórmula indirecta y acumulativa que está en el artículo 137 de la Constitución: «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».

El territorio se emplea repetidamente en la Constitución para concretar el ámbito de la autonomía (artículos 137, 143 y 151) o para esta-

blecer el límite de las competencias regionales (artículo 148.2, 4.^a, 5.^a, 10.^a, 12.^a, 16.^a y 18.^a —empleando algunas veces como equivalente el concepto «interior» de la Comunidad Autónoma—; artículo 149.1, 10.^a, 16.^a, 21.^a, 22.^a, 24.^a, etc.; 157.2, etc.), y también en los Estatutos vigentes (por ejemplo: EPV, artículo 10, párrafos 10, 11, 32, 33, 34; artículo 13, párrafos 9 y 10, etc.; EC, artículo 9, párrafos 9, 13, 14, 15, 16, 17, etc.; EA, artículo 13, párrafos 8, 9, 10, 11, 12, 14, etc.), de manera que es, sin duda, el criterio más reiteradamente usado para deslindar las competencias estatales y las autonómicas.

Observando la importancia del substrato territorial para las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 14 de julio de 1981, ha calificado a aquellas como «Corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política», lo que parece una apelación a la distinción entre entes públicos y territoriales y no territoriales, que tuvo bastante pujanza hasta que quedara muy relativizada por influencia de las tesis kelsenianas sobre el territorio. Decía la doctrina clásica (GNEIST, PREUSS) que para determinados entes públicos el territorio es algo más que el mero ámbito espacial para el ejercicio de sus competencias; el territorio sería, en efecto, un elemento constitutivo esencial, sin el cual carecería de sustancia el ente correspondiente. Kelsen (y también HENRICH, por ejemplo, y, aunque desde una perspectiva distinta —al negar las ideas de personalidad jurídica y la soberanía—, también DUGUIT), relativizaría el valor del elemento territorial para reducirlo a la función de parámetro para determinar el ámbito material de validez de las normas que integran un ordenamiento —general o particular— determinado.

En cuanto a la delimitación del territorio de las Comunidades Autónomas es esta una operación que han llevado a cabo los propios Estatutos de Autonomía. Empleando conceptos heterogéneos aunque lleven a las mismas consecuencias, lo más común es que el territorio de la Comunidad Autónoma se defina por referencia al de las provincias que lo integran (artículos 2 EPV y EA); en el caso de las Comunidades uniprovinciales, se ha hecho por referencia al de los municipios que integran la provincia única que accede a la autonomía (artículos 2 EAst y ECant); y, por excepción, en el Estatuto catalán (artículo 2), aludiendo a las comarcas comprendidas en las actuales provincias catalanas. Con lo cual, por una u otra vía, se concluye en que el territorio de la Comunidad Autónoma es el de las provincias que la integran y, por tanto, para delimitarlo, se deberá estar a los límites de aquellas. Operación que, en principio, no es muy compleja porque contamos con el punto de apoyo que proporciona el Real Decreto de 30 de noviembre

663.

Utilizaciones del criterio del territorio en la CE.

664.

El territorio como elemento esencial de algunas organizaciones.

665.

El territorio de las CC.AA.

666.

División provincial.

667.
Insuficiencias
remanentes.

de 1833, que ordenó la división provincial todavía vigente en su práctica totalidad. Sin embargo, una lectura de esta norma advierte enseguida de su concepción plana del territorio (no se refiere el espacio aéreo y el subsuelo) y de la exclusión que en la misma parece hacerse cualquier porción marítima en la delimitación de las provincias litorales siempre se toma como lindero «el Mar Mediterráneo» o «el Océano Atlántico» o el «Océano Cantábrico», lo cual plantea el problema de saber si el territorio de las Comunidades Autónomas se extiende, por un lado, como decía el Código napoleónico, al *dessus* y al *dessous* y, por otra parte, si comprende o no alguna porción marítima.

668.
Territorio como
dominio y como
ámbito para el
ejercicio de las
competencias.

Este último problema pudiera resolverse atendiendo a lo establecido en el artículo 132.2 de la Constitución, que califica como bienes de dominio público estatal «en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales en la zona económica y la plataforma continental», lo cual parece suponer una exclusión de tales bienes del territorio de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, el problema no es tan simple porque el hecho de que dichas zonas sean de titularidad estatal no excluye que estén enclavados en el territorio de las Comunidades Autónomas o que sean «territorio» a los efectos del ejercicio de sus competencias. Para comprender la cuestión con exactitud hay que tener en cuenta que el territorio de las Comunidades Autónomas no posee como el del Estado la característica de la «impenetrabilidad». Por el contrario, es un ámbito de vigencia de más de un ordenamiento (el estatal y los locales, además del propio de la Comunidad Autónoma). Y en tanto que marco de referencia para la validez del ordenamiento autonómico la titularidad demanial (que sería, en definitiva, una apelación al viejo criterio del *dominium*) por un ente ajeno a la propia Comunidad Autónoma no es necesariamente perturbadora. La titularidad de los bienes y el ejercicio de los poderes públicos pueden aparecer asociados (así ocurre en nuestra Constitución con determinadas carreteras, autopistas, vías o puertos), pero no es imprescindible que así sea. Por el contrario, la separación ocurre en otras diversas hipótesis. En relación con las zonas marítimas, por ejemplo, su titularidad estatal es clara, lo que no obsta a que las Comunidades Autónomas puedan disciplinar actividades, relaciones jurídicas o, en suma, ejercer competencias relacionadas con dichas porciones territoriales. Así, por ejemplo, sobre puertos que no sean de interés general, «puertos de refugio y puertos deportivos», «pesca en aguas interiores», «pesca en las rías», «ordenación territorial», etc. (artículo 9, párrafos 9, 17 EPV; artículo 11, párrafo 8 EC; artículo 27, párrafos 3, 9, 15, etc., EG). Estas competencias tienen también una apoyatura poco discutible en la Constitución (artículo 148, párrafos 6 y 11; artículo 149.1,

párrafos 19, 20, etc.), de manera que resulta necesario afirmar que, sin ninguna duda, las Comunidades Autónomas ostentan competencias sobre los espacios que nos ocupan.

Si se tiene en cuenta la naturaleza territorial de las Comunidades Autónomas (artículo 137 de la Constitución) y que como consecuencia las competencias que ostentan están siempre referidas a su territorio (artículos 25.1 EC; 20.6 EPV; 37.1 EG, y, en el mismo sentido, el resto de los Estatutos) habría que convenir que las zonas marítimas referenciadas forman parte de su territorio a los efectos del ejercicio de las competencias que tienen reconocidas (a la misma conclusión había llegado la jurisprudencia contencioso-administrativa en relación con las playas y la zona marítimo-terrestre que considera parte del territorio de las corporaciones locales; argumentan ampliamente la cuestión de las Sentencias de 24 de enero de 1974, 16 de diciembre de 1977 y 30 de junio de 1979). Lo que ocurre es que ni ese territorio es impenetrable (bien al contrario, es al tiempo territorio del Estado) ni las competencias autonómicas alcanzan a la totalidad de las acciones públicas o regulaciones normativas que pueden afectar al mismo, por lo que el dato territorial sirve aquí para justificar las competencias regionales, pero no puede emplearse para excluir las decisiones estatales. Este es un efecto normal de la distribución de competencias por materias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, a su vez, dentro de la misma materia, de la división por funciones, que no siempre implican la exclusiva disposición de un asunto por aquellas.

La aprobación por el Estado de planes sectoriales sobre infraestructuras, que afectan al territorio de las Comunidades Autónomas, así como la adopción de cualesquiera otras decisiones con incidencia territorial, ha dado lugar a una importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la que, sin ninguna duda, el Alto Tribunal postula la conservación y ejercicio pleno de las competencias que cada entidad tenga atribuida, sin perjuicio de la necesidad de recurrir a fórmulas de cooperación y coordinación, imprescindibles para el respeto a la titularidad de las competencias ajenas. Es clave en este sentido la Sentencia 40/1998, de 19 de febrero, recaída en los recursos de inconstitucionalidad promovidos frente a la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Partiendo de considerar que algunos títulos competenciales del Estado (por ejemplo, artículo 149.1.4.^a, 21.^a, 23.^a y 24.^a) tienen una clara incidencia sobre la ordenación del territorio, que es una competencia autonómica, la Sentencia establece: a) que la competencia autonómica sobre la ordenación del territorio no puede ser ignorada por el Estado porque tiene por finali-

669.

El territorio como marco de vigencia simultánea de varios ordenamientos.

670.

Los planes sectoriales del Estado que suponen opciones de uso del territorio autonómico.

671.

El caso de los puertos: apelación a la coordinación.

dad que su titular pueda formular una política global para su territorio de coordinación de las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo; b) pero las competencias del Estado que suponen una disposición o afectación de algunas partes del territorio, condicionan la capacidad de decisión de las Comunidades Autónomas; c) «al objeto de integrar ambas competencias —dice el Tribunal Constitucional—, se debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación». Estas son especialmente necesarias cuando concurren títulos competenciales que imponen la elección de técnicas más adecuadas para optimizar las competencias en concurso (SSTC 32/1983, 77/1984, 227/1987, 36/1994, etc.); d) pero es posible que dicha cooperación y coordinación no lleguen a alcanzarse, en cuyo caso debe optarse por reconocer eficacia a la decisión adoptada por el «titular de la competencia prevalente».

672.

El subsuelo y el espacio aéreo.

En cuanto a si forman parte del territorio de las Comunidades Autónomas el *dessus* y el *dessous*, el problema puede resolverse, en términos análogos a los que acaban de exponerse. La diferencia es que no existe aquí una previa declaración de titularidad estatal como la que contiene el artículo 132.2 de la Constitución. Pero también se da el caso de que las Comunidades Autónomas ejercen competencias, sobre todo en relación con el subsuelo. Las competencias sobre el espacio aéreo, bien sean para su utilización por medios de transporte (artículo 149.1, párrafo 20), bien para la difusión de imágenes o sonidos (artículo 149.1, párrafo 27) están o en su totalidad o en sus aspectos más sustanciales reservados al Estado, pero no está excluida alguna intervención autonómica de carácter ejecutivo. Ha sido el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 12/1982, de 31 de marzo; 74/1982, de 7 de septiembre; 79/1982, de 20 de diciembre, y otras varias, el que estableció el criterio de considerar que «la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien que debe ser calificado de dominio público». Criterio que la regulación legislativa ha seguido desde entonces y ha mantenido la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (artículos 43 y siguientes). Todo lo cual no excluye que las Comunidades Autónomas puedan, como se ha dicho, ejercer competencias, delimitadas en sus Estatutos, aunque puedan afectar al dominio público general regulado por el Estado.

Más claras son las competencias de las Comunidades Autónomas en relación con el subsuelo, ya que ostentan determinadas competencias sobre minas o aguas minerales, termales y subterráneas (por ejemplo, artículos 9, 16 y 10.5 EC).

En razón a lo dicho, puede concluirse que si ha de tenerse por exacta la referencia territorial como ámbito de validez y eficacia de las resoluciones regionales, a los efectos del ejercicio de las competencias limitadas de que disponen las Comunidades Autónomas el suelo y el espacio aéreo deben considerarse parte de su territorio. La explicación basada en que estamos ante supuestos de competencias extraterritoriales, que pudiera tener valor explicativo, me parece, como en el caso anterior, innecesariamente rebuscada, además de que rompe con el elemento de la territorialidad que, en la medida de lo posible, por su seguridad, debe respetarse.

B) La posible extraterritorialidad de algunas regulaciones de entidades infraestatales

Referidos los anteriores problemas, es momento de examinar ahora si el territorio es un límite absoluto para los poderes autonómicos o, por el contrario, son admisibles supuestos de validez extraterritorial de las resoluciones regionales. Nuestro Tribunal Constitucional mostró en su primera jurisprudencia bastante flexibilidad (Sentencia de 16 de noviembre de 1981: la limitación territorial de los actos y normas «no puede significar, en modo alguno, que le esté vedado por ello a estos órganos, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otras partes del territorio nacional. La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación») formulando declaraciones, como la transcrita, de enorme trascendencia que, sin embargo, no le han impedido aplicar en otras ocasiones el criterio del territorio con toda rigidez (Sentencia de 28 de enero de 1982).

Los Estatutos de Autonomía vigentes hacen referencias bastante estrictas al territorio como límite absoluto a las competencias de las Comunidades respectivas. Así, por ejemplo, los artículos 25.1 EC («Todas las competencias mencionadas en los anteriores artículos y en los demás del presente Estatuto se entienden referidos al territorio de Cataluña») y 37.1 EG («las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia se entienden referidas a su territorio»). Aunque ciertamente en el propio Estatuto catalán, pese al rigor de la anterior declaración, se prevén excepciones (artículo 7, donde aclara que la eficacia territo-

673.
Efectos extraterritoriales en la primera jurisprudencia del TC.

674.
El territorio como límite de las competencias en los Estatutos.

rial de las normas lo es «sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que hayan de regirse por el Estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad») que en algún Estatuto, como el vasco, se reconocen sin rodeos al hacer mención al carácter territorial de las competencias (artículo 20.6). Son estos supuestos de eficacia extraterritorial de las decisiones autonómicas lo que es preciso comentar ahora.

675.

Previsión de excepciones.

Los Estatutos de Autonomía han dejado abierta la posibilidad de que algunas decisiones regionales tengan validez y eficacia supraterritorial porque, en efecto, es posible concebir supuestos en los que el ejercicio de las competencias autonómicas lleva aparejado este efecto inequívocamente. Podemos dejar sentada la afirmación, que enseguida se demostrará, de que el territorio es un límite relativo en cuanto que, si bien como regla condiciona la validez de las resoluciones regionales, en ocasiones es un límite que puede quedar superado.

676.

Normas de los Estatutos con efectos extraterritoriales.

Podemos empezar constatando que los propios Estatutos de Autonomía (aunque sean la «norma institucional básica» de cada Comunidad autónoma: artículo 147.1 de la Constitución) contienen normas que afectan a territorios distintos de los integrados en la Comunidad Autónoma a que se refiere. Por ejemplo, el Estatuto del País Vasco, artículo 8, regula los supuestos y requisitos precisos para que se agreguen a la Comunidad Autónoma enclaves pertenecientes a otras provincias, pero integrados en su totalidad en el territorio de aquella; estos requisitos afectan al contenido y la forma de los acuerdos de los municipios de los referidos enclaves y tienen eficacia, por tanto, respecto de sus decisiones. De similares características es la norma contenida en el artículo 23 del mismo Estatuto que ordena que la Administración civil del Estado en el territorio vasco se adecue al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Claro es que estos efectos supraterritoriales de las disposiciones estatutarias pueden explicarse por la condición de ley orgánica que el Estatuto tiene, por sus efectos generales y su integración en el ordenamiento jurídico estatal, pero debe convenirse que no es función del Estatuto disponer sobre cuestiones externas a la propia Comunidad Autónoma y que afecten a territorios distintos de los comprendidos en la misma. Estas previsiones se justifican, unas veces porque los Estatutos vigentes han incorporado disposiciones de carácter no estatutario; otras para cumplir remisiones de la propia Constitución que necesariamente se concretan en disposiciones de efectos extraterritoriales (por ejemplo, la designación de senadores representantes de la Comunidad Autónoma: artículo 28 del EPV y, en sentido similar, los demás Estatutos); y

677.

Eficacia de estas disposiciones.

en otros casos, en fin, porque son una consecuencia de la libre disposición de los territorios interesados sobre su transformación en solitario o con otras provincias en Comunidades Autónomas (así puede explicarse, por ejemplo, el efecto que sobre la Comunidad Autónoma de Castilla y León puede tener la decisión de Cantabria —tomada con arreglo a lo previsto en el artículo 58 de su Estatuto— de incorporarse a la misma).

La justificación constitucional de estas previsiones estatutarias no plantea, como vemos, problemas insolubles. Mayor interés tienen los casos en los que no ya el Estatuto, sino las decisiones propias de las Comunidades Autónomas tienen efectos extraterritoriales. Ya hemos visto que la mayor parte de los Estatutos prevén el supuesto (artículos 7 EC, 20.6 EPV, etc.), y los que no lo hacen contienen, sin embargo, normas de las que cabe deducir la supraterritorialidad de algunas previsiones autonómicas (por ejemplo, en cuanto a los derechos políticos de los naturales y vecinos de una Comunidad Autónoma residentes en otra parte del territorio español o en el extranjero artículos 7.2 EPV; 8 EA; 6 ECant; EAs; 3 y 7 EG, etc.). En estos casos, el efecto extraterritorial de las decisiones autonómicas es una consecuencia directa de las previsiones del Estatuto. También el efecto supraterritorial de las normas autonómicas es consustancial, en ocasiones, con la naturaleza de la competencia; por ejemplo, en los casos de reconocimiento de competencias sobre Derecho civil foral ex artículo 149.1, párrafo 8, de la Constitución.

Pero todas las anteriores son excepciones claras derivadas de la aplicación del estatuto personal para determinar la norma aplicable a una situación jurídica dada. El problema más agudo se presenta en las situaciones, más normales, en que la regla de orden que disciplina la validez y eficacia de las normas no es otra que el criterio de la territorialidad. Esto es lo común en cuanto al ejercicio de las competencias autonómicas y, sin embargo, a poco que se observe habrá de convenir que, aun bajo la disciplina estricta del principio de territorialidad, es preciso reconocer en ocasiones eficacia suprarregional a algunas decisiones.

Antes de exponer los supuestos en que lo anterior puede darse, resultará ilustrativo destacar que este no es un problema nuevo, sino que está planteado ya desde antiguo en relación con el ejercicio de las competencias de los municipios.

AUBY ha comentado la jurisprudencia del *Conseil d'État* francés sobre este punto. Resulta interesante comprobar cómo se han reconocido efectos supramunicipales a algunas decisiones. Baste como mues-

678.

Decisiones autonómicas con efectos extraterritoriales.

679.
Decisiones
municipales
con efectos
extraterritoriales.

680.
Ejemplos en la
jurisprudencia del
Conseil d'État.

tra lo siguiente: 1.º tanto el Consejo de Estado como el Tribunal de Casación tienen dicho desde antiguo, a efectos de delimitar el territorio municipal para determinar el límite de validez de las decisiones de las autoridades correspondientes, que los alcaldes pueden adoptar resoluciones en relación con objetos, cuestiones o problemas situados en las zonas marítimas colindantes con el término municipal, aunque sean de dominio público del Estado (Sentencias de 2 de julio de 1887 y 26 de enero de 1894 del Tribunal de Casación Civil y *arrêts* del Consejo de Estado de 23 de febrero de 1921, 9 de febrero de 1960, 25 de febrero de 1970, 1 de julio de 1977); 2.º hay muchos supuestos de acuerdos intermunicipales en los que las decisiones de un municipio tienen efectos en el otro; 3.º aunque estos casos se pueden explicar por el consentimiento prestado por el municipio afectado, tampoco es inusual que los efectos en territorio ajeno de una decisión propia se produzcan sin consentimiento; 4.º el Consejo de Estado francés ha admitido en este último caso la validez de muchas decisiones que afectan a situaciones creadas en otro término municipal: por ejemplo, en relación con cementerios (*arrêts* de 6 de mayo de 1936, 27 de octubre de 1948, 18 de febrero de 1972), un camping (*arrêt* de 17 de mayo de 1968), una captación de agua (*arrêt* de 13 de diciembre de 1967), etcétera; 5.º entre las decisiones con efecto extraterritoriales se aceptan por el Consejo de Estado las declaraciones de utilidad pública o, incluso, las expropiaciones, en favor de un municipio distinto del afectado; 6.º esta jurisprudencia culmina, por ahora, en el *arrêt Association de défense des habitants du quartier de Chèvre-Morte*, de 8 de marzo de 1981, donde se acepta incluso el trazado de vías de comunicación que afecten a otros territorios; 7.º con carácter tradicional, el *Conseil d'État* ha venido exigiendo para declarar la validez de las decisiones que nos ocupan, que se dé la imposibilidad de encontrar un emplazamiento «conveniente» o «adecuado» en el propio territorio para el servicio que se trata de establecer.

681.
Reconocimiento
mutuo de
decisiones.

De lo anterior podemos concluir que no es nada inusual la superación del límite del territorio; su relativización en algunos casos. Es más, en el campo propio de las Comunidades Autónomas puede afirmarse que así deberá ocurrir en ocasiones si se emplean, como parece necesario, fórmulas de relación entre las autonomías entre sí y con el Estado que implican, por ejemplo, el reconocimiento mutuo de efectos a algunas normas y decisiones autonómicas en territorio ajeno.

Pero, al margen de las hipótesis de aplicación extraterritorial de las normas, fundadas en convenios o acuerdos de cooperación o de racionalización de la gestión administrativa, también se han manifestado

otras en que las regulaciones autonómicas han de tener, inevitablemente, efectos fuera de su territorio. La jurisprudencia constitucional empezó a ofrecer ejemplos de los límites con que dicha proyección territorial de las decisiones autonómicas puede aceptarse, a partir de la Sentencia 44/1984, de 23 de marzo, relativa a una cooperativa con domicilio social en el País Vasco que, por disposición estatutaria, desarrollaba competencias también fuera del territorio de aquella Comunidad. Siguiendo lo dicho por primera vez en la Sentencia de 16 de noviembre de 1981, el Tribunal observa que el límite territorial no puede significar que le esté vedado «adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional». La jurisprudencia constitucional a partir de entonces está llena de ejemplos de decisiones autonómicas con una eficacia extraterritorial constitucionalmente admisible (muy especialmente lo relativo a la proyección supranacional de algunas decisiones autonómicas SSTC 125 y 165/1984, 153/1989, 100/1991, 313/1991, 80/1993, 65/1994, etc.).

682.
La proyección extraterritorial de las decisiones autonómicas en la jurisprudencia del TC.

7. EL PRINCIPIO DE BUENA FE COMO CRITERIO BÁSICO PARA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS

Aunque el principio de buena fe tenga una raigambre antigua en la doctrina y la experiencia del Derecho, y aparezca recogido como criterio al que ha de atenerse la aplicación de algunas prescripciones legales concretas, su recepción como pauta jurídica relativa a la aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil, no se produce hasta la reforma de su Título Preliminar aprobado en 1974. El nuevo artículo 7.1 establece: «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». En el ámbito del Derecho Administrativo, el principio de buena fe se incorporó a la LRJAP 30/1992, de 26 de noviembre, con ocasión de la reforma de 1999. Su recepción se produjo en dos preceptos principalísimos: el artículo 3.2, que somete al principio de buena fe la totalidad de la actividad administrativa; y el artículo 106 que impone la buena fe como límite a las facultades revocatorias de la Administración sobre sus propios actos declarativos de derechos. Opera, pues, el principio de buena fe en el ámbito del Derecho Público como límite al ejercicio de las potestades administrativas, aunque también condicione el ejercicio de sus derechos por los ciudadanos.

683.
Incorporación al CC...

684.
... y a la legislación administrativa.

La significación que el principio de buena fe tiene fue destacada por el propio Preámbulo del Decreto de 31 de mayo de 1974 que articuló las bases de la Ley de 17 de marzo de 1973, sobre la reforma del Título Preliminar del Código Civil. Se decía allí que «ha parecido pertinente enunciarlo como postulado básico por cuanto representa una

685.
Aplicaciones
jurisprudenciales
del principio.

de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en este orden jurídico». A partir de esta proclamación general, se produjo un gran desarrollo de las aplicaciones jurisprudenciales del principio, que habían sido mucho más contenidas y específicas hasta entonces. Precisamente su invocación permite a los jueces y tribunales una aplicación más flexible de las proposiciones normativas, incorporando criterios como la honestidad, la fidelidad o la protección de la confianza suscitada en la otra parte (J. M. MIQUEL GONZÁLEZ). Tal desarrollo jurisprudencial ha ocurrido en todos los ámbitos jurisdiccionales, empezando por el Tribunal Constitucional, que lo utilizó repetidamente, a partir de su Sentencia del 15 de diciembre de 1983, seguida luego por otras muchas en el mismo sentido, como las de 4 de abril y 27 de junio de 1984, 5 de marzo, 4 de julio y 19 de julio de 1995, etc. Para establecer pautas relativas al ejercicio de algunas libertades, como la de expresión, con remisión expresa a los postulados del artículo 7.1 del Código Civil.

686.
Funciones del
principio.

F. WIEACKER, en su conocida monografía sobre el principio de buena fe, asigna a esta institución las siguientes funciones: primero, complemento del ordenamiento jurídico en el marco de una función creativa de desarrollo de las leyes; segundo, una función limitadora de los derechos subjetivos; y tercero, una función correctora del ejercicio de las potestades y los derechos, que abre a los jueces y tribunales la posibilidad de formular normas de conducta y de delimitar institutos jurídicos enteros.

687.
Proyecciones en
nuestra doctrina.

Por su parte, L. DíEZ-PICAZO, en su también clásico prólogo a la presentación en castellano de aquella monografía, marcó las cuatro proyecciones posibles en nuestro Derecho del principio de buena fe, en términos que han venido aceptándose como correctos hasta ahora. Son las siguientes: primero, el principio *venire contra factum proprium non valet*, que imposibilita el ejercicio de derechos o facultades en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe podría deducirse de actuaciones o comportamientos anteriores; segundo, el retraso desleal, institución elaborada principalmente por la doctrina alemana (*Verwirkung*), que prohíbe el ejercicio de los derechos y potestades cuando, por el tiempo transcurrido, cabe esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercerá. Tercero, los abusos de las declaraciones de nulidad por motivos puramente formales. Y cuarto, el cumplimiento parcial y la moderación de los plazos contractuales.

Las dos últimas proyecciones de la idea de buena fe cuentan con regulaciones específicas, unas en las normas de procedimiento y otras

en la legislación sobre contratos; de las soluciones establecidas de modo específico en las regulaciones positivas, daremos cuenta en su momento. Nos referiremos por tanto seguidamente a las expresiones del principio de buena fe en el ámbito del Derecho Público, que no cuentan con un apoyo normativo específico y complementario, o lo tienen establecido de modo indirecto con ocasión de la regulación de otra institución. Son la doctrina de los actos propios y el retraso desleal en el ejercicio de las potestades y derechos. Añadiremos finalmente al análisis de estas instituciones la aplicación al Derecho Público de otra máxima o aforismo, acogido habitualmente por la jurisprudencia, dándole muchas veces un significado semejante al que se reconoce a la doctrina de los actos propios. Se trata del principio *allegans propria turpitudinem non auditur*.

La doctrina de los actos propios ha sido objeto de una amplia e intensa atención por parte de los estudiosos del Derecho Civil (destaca, de nuevo en este punto, la monografía clásica de L. Díez-PICAZO). Es común entre ellos aceptar que la doctrina de los actos propios proporciona una de las aplicaciones más caracterizada para apreciar los límites del ejercicio de derechos derivados de la buena fe. Actos propios son los que expresan inequívocamente el consentimiento de un sujeto y se realizan con el designio de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo de un modo inalterable la situación jurídica de su autor (J. M. MIQUEL GONZÁLEZ). Son muchas las sentencias de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, que relacionan la doctrina de los actos propios con la protección de la buena fe (por ejemplo, Sentencias de 16 de julio de 1987, 21 de abril de 1988, 31 de octubre de 1989, etc.). La mecánica de la indicada doctrina es la que L. Díez-PICAZO ha resumido expresivamente en los siguientes términos: «La persona queda imposibilitada para contrariar sus actos no porque haya quedado vinculada a través de ellos, sino porque debe responder de las consecuencias de la confianza suscitada». Es clave, para la aplicación del principio, que se pueda comprobar que tal confianza se ha generado efectivamente incluso que se ha hecho uso de ella.

En el ámbito del Derecho Público existió un cierto abandono del estudio del principio de buena fe (habida cuenta de la falta de una consagración positiva general, que no ha ocurrido, según se ha indicado ya, hasta 1999), que rompieron dos trabajos clásicos de F. SÁINZ MORENO y J. GONZÁLEZ PÉREZ. A estos ensayos generales, solo se anticiparon algunas alusiones al principio de buena fe aplicadas al estudio de algunas instituciones concretas como la revocación de los actos

688.

La doctrina de los actos propios.

689.

Vinculación con la protección de la buena fe.

690.

Aportación de los administrativistas.

administrativos. Desde la reforma de 1999 de la LRJAP, y también desde la incorporación jurisprudencial del principio de confianza legítima, los análisis de las consecuencias del principio de buena fe se han multiplicado.

Por lo que concierne, de modo concreto, a la doctrina de los actos propios, como una de las proyecciones del principio de buena fe, la jurisprudencia administrativa tradicional, la había empleado como un fundamento básico del principio de irrevocabilidad de los actos administrativos favorables (Sentencias de 23 y 28 de marzo de 1993, 15 de enero y 3 de marzo de 1999, etc.), como una regla que puede oponerse a las declaraciones de inadmisibilidad de recursos interpuestos siguiendo indicaciones de la propia Administración actuante (Sentencia de 6 de marzo de 1978, entre una gama amplísima), o también para determinar el grado de vinculación de la Administración por sus propias circulares o instrucciones internas.

691.
Aplicaciones en
la jurisprudencia.

692.
La regla *venire
contra factum
proprium non valet*.

Como en el Derecho privado (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2000 que resume y recoge toda la doctrina anterior), en el Derecho administrativo (Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1971, 24 de noviembre de 1973, 26 de diciembre de 1978, 15 de noviembre de 1980, 26 de septiembre de 1981, 2 de octubre de 2000, 4 de marzo de 2002, etc.), se entiende que para que la regla prohibitiva del *venire contra factum proprium* tenga aplicación han de concurrir tres condiciones:

La primera concierne a que un sujeto determinado venga observando una determinada conducta o comportándose en un sentido determinado. El requerimiento de que la situación provenga de una conducta, viene a invocar, de alguna manera, la existencia de una actitud estable, reiterada, no de un simple acto ocasional o excepcional. La confianza solo puede ser generada sobre la base de actuaciones continuadas o que pueda presumirse razonablemente que lo serán.

693.
Requisitos para
su aplicación.

694.
1.ª Reiteración.

La segunda que contradiga de modo manifiesto esta actuación o comportamiento realizando una actuación o sosteniendo pretensiones con eficacia jurídica. También aquí es exigible que el acto revele de modo suficiente, expresa o tácitamente, la voluntad del sujeto del que emana. Es imprescindible distinguir esta voluntad de las situaciones consistentes en la mera tolerancia. En este sentido, es también importante separar las conductas que se celebran en el ámbito de las potestades regladas de la Administración y las que surgen en el dominio de las potestades discrecionales. La prohibición de contradecir los actos propios opera normalmente en el ámbito de potestades discrecionales

695.
2.ª Contradicción.

(SSTS de 19 de diciembre de 1996, 3 de mayo de 1995, 16 de febrero de 1993, 4 de abril de 2001, etc.). Esta concreción es una consecuencia inexorable de otro principio, también muy arraigado en la jurisprudencia contencioso-administrativa (Sentencias de 1 de febrero de 1999, 9 y 26 de febrero y 19 de marzo de 2001) según la cual no pueden invocarse actuaciones o conductas contrarias a Derecho incursas en vicios de nulidad, para pretender fundar en ellas la aplicación de la doctrina de los actos propios.

En tercer lugar, tiene que existir una contradicción o incompatibilidad objetiva entre una y otra conducta. Esta tiene que proceder necesariamente de la Administración. La unidad de personalidad jurídica de la Administración debe llevar a la consecuencia de que cualquiera de sus órganos quede vinculado por la conducta sostenida por otros. Pero en este punto pudieran ser admisibles matizaciones si el órgano que ha asumido la conducta inicial que ha dado lugar a la confianza, no tiene ninguna competencia material para decidir. Desde el punto de vista del administrado, también tiene que existir una identidad entre la persona, física o jurídica, en la que se ha generado la confianza, y aquella o aquellas que pretenden invocar, frente al cambio de conducta, el principio *venire contra factum proprium non valet*. Desde luego es aceptable que la pretensión la sostengan causahabientes o representantes.

La Sentencia citada del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2002, ha subrayado los principales elementos que tienen que concurrir para que el principio sea aplicable, en términos muy claros. Indica que «precisa para su aplicación la observancia del comportamiento (hechos, actos), con plena conciencia de crear, definir, fijar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica»; para que tal ocurra es necesario que la conducta sea concluyente, indubitada, inequívoca. Y tiene que ser también palmario que «entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción en el sentido de que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior». Por ello se excluye que vulneren la regla *venire contra factum proprium*, los precedentes ambiguos, las actuaciones ocasionales, poco claras, inconcretas, incapaces por sí mismas de generar confianza. También se excluye la aplicación de la regla a las modificaciones de situaciones establecidas que se rigen por otros principios diferentes, como las modificaciones de normas reglamentarias o de planes (SSTS de 10 de diciembre de 1999 y 14 de junio de 2000), o la aplicación del *ius variandi* a las relaciones contractuales con la Administración (STS de 23 de febrero de 2001), o incluso el principio de irrevocabilidad de los

696.

Condición de legalidad.

697.

3.ª Contradicción o incompatibilidad.

698.

Los requisitos de la aplicación de la regla *venire contra factum...* en la jurisprudencia.

actos administrativos que tiene una fundamentación específica en los límites de la autotutela administrativa (M. SÁNCHEZ MORÓN).

699.

El retraso desleal en el ejercicio de las potestades y los derechos.

Por lo que concierne a la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de las potestades y los derechos (*Verwirkung*), su fundamentación radica en que «un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará» (L. Díez-PICAZO). Entre la doctrina administrativista, J. GONZÁLEZ PÉREZ apreció con toda justeza que «aun cuando no se hubiera producido la prescripción o no hubiera transcurrido el plazo para el ejercicio legítimo del derecho, si el tiempo transcurrido fuese excesivo o se hubiere manifestado una conducta del titular que hubiere despertado la confianza del adversario, en que ya no se ejercitará, tal ejercicio sería inadmisibles».

700.

Interdicción del retraso desleal en la jurisprudencia.

Existen en la jurisprudencia algunas aplicaciones reiteradas y tradicionales de la interdicción del retraso desleal. Por ejemplo, para prohibir la impugnación de una licencia cuando la obra que se está realizando está ya muy avanzada (STS de 30 de octubre de 1980). Pero fundamentalmente las aplicaciones más reiteradas de la doctrina del retraso desleal se han producido en materia de revisión de oficio de los actos administrativos. En el artículo 112 de la ya derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, se establecía un límite a la revisión de oficio por referencia al «tiempo transcurrido», si de su ejercicio retrasado pudieran resultar lesionados la equidad, el derecho de los particulares o las leyes. El artículo 106 de la Ley 30/1992 ha añadido también a la buena fe como límite al ejercicio de las facultades revocatorias, cuando aquella se ha generado por el retraso de la Administración en actuar. En este sentido la jurisprudencia reconoce reiteradamente, el fundamento de tales previsiones cuando por el tiempo transcurrido ya no tendría sentido su ejercicio, para lo cual basta con que el retraso sea anómalo, siempre que se contravengan las exigencias de la buena fe (los apoyos jurisprudenciales más antiguos a esta regla son los que contienen la Sentencia de 25 de enero de 1971 y los Autos de 27 de junio de 1973, 15 de febrero y 22 de mayo de 1974).

701.

Requisitos para que pueda invocarse.

Los tres requisitos esenciales para que pueda invocarse el límite al ejercicio de potestades y derechos derivado del retraso desleal, son, como se deduce de lo expuesto: primero, la omisión del ejercicio del derecho; segundo, el transcurso de un período de tiempo razonable; tercero, la objetiva deslealtad del posterior ejercicio retrasado, que suponga una decisión o pretensión intolerable.

Como hemos señalado antes, también la regla *nemo auditur propriam turpitudinem alegans*, conoce en la práctica jurisprudencial muchas aplicaciones que podrían entroncarse con el principio de buena fe. Realmente, la jurisprudencia contencioso-administrativa, como ha demostrado eficazmente M. REBOLLO PUIG, hace aplicaciones del principio *nemo auditur* dándole una significación bastante diferente de la que tiene en el Derecho Civil, donde aparece siempre como una excepción a la regla general de restitución de lo cobrado indebidamente. Este es el sentido en el que se usa, efectivamente, en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil. Implica una prohibición de repetición contra el *accipiens* cuando se funda en causa torpe o inmoral.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa se encuentran aplicaciones del principio contra las decisiones o pretensiones de los administrados (SSTS de 20 de mayo de 1992 y 18 de julio de 1995), pero donde más profusamente aparece utilizada la regla *nemo auditur* es contra decisiones y comportamientos de la Administración. Se utiliza, por ejemplo, para evitar que aquella pueda utilizar a su favor notificaciones erróneas (en este sentido, la muy reiterada jurisprudencia sobre los equívocos a que puede inducir la Administración al señalar cuáles son los recursos procedentes para combatir sus decisiones, de la que es una muestra, entre muchas, la STS de 20 de mayo de 1992); también para entender subsanada la falta de notificación de actos favorables (STS de 9 de noviembre de 1981), etc.

Pero el principio que prohíbe alegar la propia torpeza en beneficio de quien ha actuado de tal modo torpe o incorrecto, tiene un ámbito de aplicación más extenso en los casos en que la Administración ha incurrido en defectos de forma o en vicios de competencia, que ella misma ha provocado y le son, por tanto, imputables. En la LRJAP, tras la reforma de 1999, se ha incorporado al artículo 110.3 la siguiente prescripción: «los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado». Indudablemente esta previsión legal se ha hecho eco de una extensísima línea jurisprudencial según la cual «nadie puede invocar a su favor el motivo de nulidad que haya originado», o también que no es aceptable «que se invoque en propio beneficio un defecto contractual imputable a quien pretende obtener provecho de él», o que no se pueden invocar causas de anulabilidad «de las que aparece como responsable la Administración» (SSTS de 9 de marzo y 4 de julio de 1966, 22 de enero de 1975, 20 de abril de 1976, 3 de noviembre de 1980, 25 de junio de 1981, 8 de marzo de 1984, 9 de octubre de 1987, 2 de enero de 1990, etc.).

702.

La regla nemo auditur propriam turpitudinem alegans.

703.

Aplicaciones en la jurisprudencia administrativa.

704.

Su utilización en los vicios de forma o de competencia.

705.

Su empleo contra la falta de equidad.

Realmente, como ha destacado M. REBOLLO PUIG, tiene difícil justificación apoyar en la regla *nemo auditur*, estos supuestos de prohibición de invocar las nulidades provocadas por quien pretende que se declaren y sean hechas efectivas. Parece difícilmente compatible tanto con el concepto de nulidad, como con la funcionalidad y aplicaciones de la revisión de oficio, que no puedan invocarse por la Administración las nulidades provocadas por ella misma. Pero, realmente, la intangibilidad o, en su caso, la indemnizabilidad de los derechos generados por comportamientos torpes de la propia Administración, pueden invocarse sin ninguna estridencia, dentro de los límites que el artículo 106 LRJAP, ya analizado, impone a la revisión de oficio. En este precepto se ve que la buena fe, en relación con la confianza legítima y la seguridad jurídica, deben usarse para reducir la penosidad e iniquidad que pueden llevar consigo algunas declaraciones de nulidad.

III. LA ORDENACIÓN DE LAS RELACIONES INTERNORMATIVAS**1. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA****A) La formación del principio****706.**

Consolidación con el constitucionalismo.

Aunque no pueda decirse de modo terminante que el principio de jerarquía fuera absolutamente desconocido durante el Antiguo Régimen, sí es cierto que su configuración moderna no ocurre hasta después de consolidadas las ideas que, en materia de legislación, proclama la Revolución francesa y sigue todo el constitucionalismo europeo ulterior.

707.

Diversidad de las normas escritas durante el Antiguo Régimen.

Durante el Antiguo Régimen, las normas escritas forman un conjunto desordenado y de contornos poco definidos. El concepto de ley es, desde luego, conocido, incluso se hacen populares las definiciones que desarrollan los glosadores utilizando los textos de PAPINIANO y MODESTINO, y sobre todo la muy famosa de SANTO TOMÁS («*rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*»); es esta la que prefieren fundamentalmente los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII) y la que figura en *Las Partidas* («Ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento o castigo, que *liga et apremia* la vida del ome que *non faga mal, et que muestra et ensenna las cosas que ome debe fazer et usar*»). Pero todos los textos hablan genéricamente de ley para designar normas de etiología y régimen muy diversos, que incluyen, por una parte, las disposiciones que aprueba unilateralmente el monarca (pragmáticas, provisiones, cédulas), y por

otra las que el aquel pacta con las Cortes, cuya denominación varía grandemente dependiendo del territorio que se considere («cuadernos de peticiones» y «ordenamientos de leyes» en Castilla; «pedimentos de reparos de agravios» en Navarra; «constituciones» y «capitols de Cort» en Cataluña; «fueros» y «actos de Corte» en Aragón, etc.).

El progresivo incremento del número de las normas escritas tiende a amortiguar y reducir el valor de la costumbre, siendo el conflicto entre aquella y la ley lo que determina la necesidad de descubrir principios capaces de resolver en términos jurídicos la elección pertinente sobre la norma aplicable. Ya nos hemos referido a alguna de las peculiaridades de estas relaciones cuando hemos analizado la significación de la costumbre como fuente del Derecho.

Junto a las fuentes anteriores, operaban también las decisiones judiciales y, sobre todo, la «doctrina de los doctores», que tienen una función muy esencial sobre todo en materia de interpretación.

A efectos de la aplicación de este complejo conjunto de fuentes en el período preconstitucional, evidentemente algunos principios, muy básicos en los ordenamientos actuales, no tuvieron ninguna posibilidad de ser aplicados. Por ejemplo, la derogación no pudo tener ninguna función específica en relación con la «doctrina de los doctores»; no es posible derogar la opinión de los juristas notables. También plantea problemas la fijación del papel que ha de tener la costumbre en el conjunto de las fuentes. No se resuelven, desde luego, ni estos ni otros conflictos conforme al principio de jerarquía. La ordenación de la preferencia en la aplicación de las normas, parte de que todas están vigentes y se integran en el sistema u ordenamiento. No se determina la invalidez de unas por infringir otras de superior rango, y ni siquiera juega en plenitud el principio de la *lex posterior*. El derecho vigente se forma por acumulación, y se recoge en las recopilaciones, donde pueden coexistir, sin incomodarse, normas de contenido contradictorio. No ha nacido todavía la idea sistemática y de ordenación eliminativa de las regulaciones vigentes en que se inspirará la codificación.

Cuando el Estado, o el reino, pudo contar con un Derecho de carácter general producido por sus órganos (el rey unilateralmente o pactando con las Cortes), se suscitó la cuestión de decidir la preferencia del Derecho general frente al Derecho local y privilegiado constituido en el Antiguo Régimen por los fueros municipales. La norma de conflicto inicial fue que la ley especial prima sobre la general; por tanto, los fueros sobre la legislación general. Pero cuando fue adquiriendo más entidad e importancia la legislación general, y los contenidos de

708.*Costumbre y ley.***709.***Doctrina, jurisprudencia y ley.***710.***Principios de ordenación en el Antiguo Régimen.***711.***Reducida aplicación de la derogación y la jerarquía.***712.***La preferencia como criterio de ordenación.*

los fueros devinieron progresivamente menos acomodados a la realidad de su tiempo, fue necesario establecer reglas de conflicto más elaboradas y precisas.

La primera norma que, en Castilla, se refiere a la prelación de fuentes es el Ordenamiento de Alcalá de 1348. Decía su Ley 1.^a del Título XXVIII que en caso de conflicto de leyes se aplicarían, en primer lugar, las disposiciones contenidas en el propio Ordenamiento; en su defecto, los fueros municipales, en lo que estuvieran en aplicación, y siempre que no fueran contra Dios, contra la razón o las leyes del Ordenamiento. Si no existieran leyes y fueros, se aplicarían las *Partidas*. Esta ordenación de las fuentes se establecía sin perjuicio de la potestad del rey para modificar y enmendar cualquier norma, incluidos los fueros locales. La primacía que el Ordenamiento de Alcalá declaraba respecto de sí mismo se extendió luego a todas las leyes y ordenamientos de Cortes vigentes. Todas estas leyes generales debían interpretarse conforme a los criterios del *ius commune* asentados en los textos justinianos y la doctrina de los glosadores y comentaristas. De esta manera, la doctrina de las autoridades cobró un valor mayor del que le había reconocido el Ordenamiento de Alcalá. El retorno a sus principios fue ordenado, sin embargo, por las Leyes de Toro de 1505.

Respecto de la costumbre y las decisiones judiciales, la Ley 1.^a de Toro excluía expresamente la costumbre contra ley y la derogación por desuso de las leyes. Durante un largo período de tiempo, que llega hasta el siglo XVII, se plantean problemas sobre la prevalencia de la costumbre sobre las leyes que ya no son usadas, hasta que en 1737 la cuestión se zanjó a favor de la aplicación de todas las leyes que no hubieran sido expresamente derogadas. En Navarra y en los territorios de la corona de Aragón predominó la aplicación del principio *pactum vincit leges*, que suponía la preeminencia de todo el derecho pactado. El régimen que resultaba respecto de la aplicación del Derecho es que el juez debía juzgar, primero, atendiendo a lo pactado por las partes y, en segundo lugar, a los privilegios, inmunidades, buenos usos y costumbres locales.

La introducción revolucionaria del concepto de ley general, después de 1789, es el punto de partida del cambio de ese estado de cosas, pero no bastó, sin embargo, para implantar de forma definitiva y clara el principio de jerarquía y definir su régimen y consecuencias. La concepción de la ley como «expresión de la voluntad popular» se recoge en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La idea es, como conocemos, tributaria de la filosofía de J. J. ROUSSEAU. Las leyes se hacen por la Asamblea legislativa,

713.

Orden de prelación.

714.

Desuso y derogación.

715.

Preeminencia del Derecho pactado.

716.

Consecuencias de la consagración de la ley general como expresión de la voluntad popular.

en la que se integran los representantes del pueblo (la articulación de la representación de este modo es idea de SIÉYÈS), y solo a ellas se someten los ciudadanos; en esta última circunstancia se apoyó B. CONSTANT para distinguir las «libertades de los antiguos comparadas con las de los modernos» en su famosa conferencia de 1819. Como solo la ley puede «prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad», solo en base a la ley pueden los hombres ser acusados, encarcelados o detenidos y establecer las penas, etc. (artículos 5, 7 y 8 de la Declaración de Derechos de 1789), la Revolución francesa inaugura un gobierno a través de las leyes generales que, entre otras diversas e importantísimas consecuencias, conlleva la de que no exista ninguna otra norma que pueda resistirse a sus mandatos o contradecirla. Más bien, incluso, durante el primer período constitucional, puede afirmarse que no se reconoce la potestad de dictar normas a ningún otro órgano del Estado, ya que, por una parte, los constituyentes arremeten contra la vieja facultad de los tribunales de producir decisiones con valor normativo (los *arrêts de règlements*, que son abolidos hasta el extremo de no solo prohibirlos, sino también de erradicar incluso la función interpretativa de los tribunales, técnica a la que responde la institución del *référé législatif* del que ya hemos tratado en el volumen II de esta obra); por otro lado, se niega al ejecutivo la función de dictar normas de cualquier clase, prohibición en la que se incluyen incluso los reglamentos. En la Constitución francesa de 1791, la primera de todas las del período revolucionario, se afirma expresamente la prohibición al ejecutivo de «hacer ninguna ley, incluso provisional, sino tan solo proclamaciones conforme a las leyes para ordenar y reclamar su observancia» (artículo 6 de la Sección I del Capítulo IV del Título III).

Aunque M. VERPEAUX ha demostrado que la fórmula «proclamaciones» terminó entendiéndose de modo tal que el ejecutivo desarrollará verdaderas funciones normativas de carácter reglamentario, el reconocimiento final y explícito de tal poder no se consuma hasta después de la Restauración, con la Carta de 1814 donde explícitamente se atribuye al rey la facultad de hacer «los reglamentos y ordenanzas para la ejecución de las leyes, sin poder jamás ni suspenderlas ni dispensar su ejecución». La concepción de la potestad reglamentaria como ejecutiva y subordinada a la ley general supone ya el establecimiento de un régimen nuevo para las colisiones entre normas, que permite distinguir entre ellas por razón del rango, no solo para decidir que la ley se aplica con preferencia a cualquier otra, sino también para resolver que las normas inferiores que contradigan lo establecido en las superiores son inválidas.

717.

Ninguna otra norma puede resistirse a la ley ni contradecirla.

718.

De la negación de cualquier otra fuente de creación del Derecho al reglamento subordinado y ejecutivo.

En España el reconocimiento del poder reglamentario al ejecutivo no sigue un recorrido con tantos obstáculos, sino que ocurre paladinamente en la Constitución de 1812 en cuyo artículo 171.1.º aparece la atribución a dicho poder de la facultad de «expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crean conducentes para la ejecución de las leyes».

El modelo de estructuración jerárquica del ordenamiento jurídico queda más o menos perfilado con lo dicho. Existen múltiples manifestaciones de los constituyentes de las que cabe deducir su convicción de que la Constitución es una norma superior a la ley, aunque no acierten a establecer mecanismos que aseguren la anulación de las leyes que modifican o infringen la Constitución, circunstancia que concluirá en el reconocimiento práctico de una equiparación entre ambos tipos de normas. La diferencia de rango entre la ley y el reglamento es, en cambio, mucho más definida en cuanto que todo el Derecho se concentra en la ley, como norma primaria e irresistible.

Sin embargo, en la práctica, como ha demostrado para nuestro caso A. NIETO, los límites de la ley y el reglamento tardaron mucho tiempo en estabilizarse con mediana exactitud. Para empezar, no todas las normas emanadas de las Cortes revestían forma de ley; muchas adoptaban la forma de decreto y también se presentaban como acuerdos o resoluciones. El ejecutivo, por su parte, dictaba reales decretos, reglamentos, instrucciones, circulares, etc., sobre cuya posición en el ordenamiento, en relación con la ley, existían muchas dudas en la primera etapa constitucional. Tomás VILLARROYA ha exhumado un texto de una sesión del Estamento de Procuradores de 2 de septiembre de 1834, en la que un diputado se interrogaba con toda seriedad sobre el problema afirmando: «La gran cuestión es decidir qué es ley y qué es reglamento».

La pregunta no era absurda porque en el sistema constitucional vigente no se había acotado, en absoluto, de modo claro cuál era la posición del reglamento, de forma que, por ejemplo, cuando las Cortes estaban abiertas podían aprobar normas con rango de ley, pero cuando estaban cerradas el ejecutivo dictaba todas las disposiciones que le parecían precisas, sobre cualquier materia, para atender los intereses públicos o desarrollar sus políticas. Circunstancia esta que hacía perfectamente intercambiables a la ley y al reglamento. Hay páginas en el *Diario de Sesiones* donde pueden encontrarse intervenciones de parlamentarios tan ilustres como Evaristo San Miguel negando que una ley hecha en Cortes pueda modificar una Real Ordenada por Isabel II.

719.
Diferenciación del rango de la ley y el de las demás normas.

720.
Proceso de aclaración y estabilización de las relaciones de la ley con las normas inferiores.

721.
Primitiva intercambiabilidad.

De la misma intercambiabilidad da cuenta el continuo recurso a prácticas como la de los «consentimientos», aprobaciones, «restablecimientos normativos» y leyes de autorización.

Consentimientos y aprobaciones eran intervenciones de las Cortes para ratificar o confirmar decisiones adoptadas por el ejecutivo, que podían tener carácter legislativo y que no contaban con ningún tipo de autorización previa. Los restablecimientos, por su parte, fueron una práctica muy desarrollada en los primeros años del siglo XIX, que consistían en volver a poner en vigor normas que habían sido derogadas expresamente en algún momento anterior. Se recuperaba de esta manera la vigencia de las normas. Algunas veces el acuerdo lo adoptaban las Cortes Generales, pero no fueron infrecuentes las decisiones del ejecutivo de restablecer normas, incluso con rango de ley. En fin, las leyes de autorización implicaban la habilitación al ejecutivo para que dispusiera sobre cualquier materia, que, en principio, debería ser decidida por el legislativo.

La relación jerárquica entre la ley y el reglamento requerirá todavía un proceso de maduración de muchos años, que se desarrolla en términos semejantes en toda Europa. Para ello será necesario la formulación y el asentamiento, doctrinal primero, jurisprudencial después y constitucional finalmente, de la doctrina de la reserva de ley, aplicada inicialmente a las regulaciones que incidieran limitativamente en la propiedad y en la libertad, y extendida ulteriormente a listas de materias completas que las Constituciones fueron enunciando en la medida en que la ley fue recuperando la totalidad de su prestigio inicial. De cualquier manera, el proceso ha sido extraordinariamente lento. La reserva de ley, con lo que comporta de afirmación de la superioridad de la ley sobre cualquier otra norma, no se consigue solamente con su formulación en los textos constitucionales, sino que necesariamente requiere tener a su servicio, como observó certeramente CARRÉ DE MALBERG, un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes. Sin esta garantía, que no se asentó en la Europa continental hasta después de la aprobación de las Constituciones posteriores a la II Guerra Mundial, no fue posible, esencialmente, valorar como inconstitucionales aquellas leyes que, despreciando el encargo que la Constitución hace a los Parlamentos de que regulen ellos precisamente una serie de materias que dicha norma les reserva, hagan dejación de su función y encomienden la regulación al poder reglamentario. Las impugnaciones de la norma reglamentaria siempre se encuentran, en estos sistemas, con la pantalla de la ley delegante en la que se apoyan y que los justifica, no siendo, por su parte, impugnables en sede jurisdiccional alguna, habida cuenta

722.

Maduración de la relación jerarquía ley-reglamento.

723.

Constitución del concepto de reserva al aseguramiento de la jerarquía.

724.

Necesidad de un control de las leyes que se degradan.

la inexistencia de órgano o tribunal de cualquier clase con competencia para enjuiciar sus decisiones.

Cuando tales garantías se establecieron definitivamente, aún fue preciso afinar los límites de la reserva de ley, para distinguir entre las reservas absolutas y relativas, e incluso definir qué núcleo esencial (hoy artículo 53.2 CE) de la regulación encomendada a la ley es indelegable. A partir de este instante histórico, la relación ley-reglamento, aunque todavía llena de problemas y dificultades, quedó mucho más definida. Y también, casi simultáneamente, la relación de la Constitución con el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico, situándose aquella en una posición de rango superior, que la hace inmodificable e invulnerable por cualquier otra norma.

Solo operando en el entramado técnico-jurídico que acaba de describirse, el principio de jerarquía ha podido llegar a cobrar el papel central de ordenación del sistema normativo que hoy le reconoce el propio artículo 9.3 de la Constitución.

B) Régimen jurídico y aplicaciones de la jerarquía

La emergencia del principio de jerarquía, tal y como resulta explicada en las páginas anteriores, es, por una parte, una derivación lógica del principio de separación de poderes y, por otra, una consecuencia de la decisión constitucional de residenciar la soberanía en el poder legislativo, de tal manera que no pudiera haber oposición alguna, ni del poder ejecutivo ni del poder judicial, a sus decisiones. Las leyes que dicta el Parlamento son normas superiores precisamente porque emanan de un órgano concreto que es el único habilitado para producirlas. Bien es verdad que los parlamentos adoptan también, en su actividad ordinaria, otro tipo de resoluciones distintas de las leyes. Pero en todo el constitucionalismo europeo las leyes se distinguirán por su forma; tienen tal condición no cualesquiera resoluciones del Parlamento, sino justamente las normas que son formalmente aprobadas como leyes. También para definir las disposiciones de carácter inferior a la ley, los reglamentos, se usa un concepto estrictamente formal; reglamento no es una disposición que contiene reglas jurídicas relevantes para los derechos y libertades de los ciudadanos, sino una resolución dictada por el órgano competente siguiendo el procedimiento y ateniéndose a las formalidades establecidas en las leyes. Los intentos doctrinales de establecer un concepto material de ley (para aplicarlo a cualquier clase de norma que estableciera reglas jurídicas con relevancia para los derechos de los ciudadanos, dictada por el

725.
*Explicación desde
 las nociones
 de soberanía y
 separación
 de poderes.*

legislativo o por el ejecutivo) no han tenido nunca una vigencia constitucional que no haya sido esporádica y anecdótica.

Pero la inicial y simplísima explicación de la jerarquización de las normas que integran el ordenamiento, por relación al órgano del que emanan y su posición constitucional, cedió poco a poco su dominio en la medida en que los ordenamientos contemporáneos fueron adquiriendo complejidad. Por un lado, junto al ordenamiento principal del Estado, las Constituciones permitieron la vigencia simultánea sobre el mismo territorio de otros ordenamientos secundarios o autónomos, cuyas normas no era posible articular con las del Estado en régimen de jerarquía porque, en verdad, también dentro de esos ordenamientos pueden existir leyes que son la expresión de la voluntad general, formadas conforme al principio democrático y elaboradas por asambleas representativas, que no son distinguibles, por su rango y relación con la Constitución, con las leyes del Estado. Por otro lado, también se ha extendido la práctica, llevada a su máxima expresión en el caso de la integración europea, de aceptar la aplicación de complejos y amplísimos ordenamientos supranacionales en el territorio de los Estados. Tampoco las normas que integran uno y otros ordenamientos pueden relacionarse conforme al principio de jerarquía.

De esta manera, la función central del principio de jerarquía en el ordenamiento jurídico ha decaído, teniendo que compartir su papel ordenador con otros principios como los de competencia y primacía, que vamos a estudiar en epígrafes sucesivos.

Pero la crisis del principio de jerarquía también se ha hecho visible, aun en el interior del ordenamiento del Estado, porque, al margen de la aplicación de normas integradas en otros ordenamientos externos o secundarios, también aquel ordenamiento ha ido complicándose progresivamente. Por un lado, porque la Constitución ha reconocido una gama enorme de normas con rango de ley, de modo que la ley ya no puede identificarse siempre por tener unas características formales definidas, y ni siquiera por proceder necesariamente del Parlamento. Así ocurre, por ejemplo, con los decretos legislativos y los decretos-leyes (artículos 82 y siguientes CE) que tienen rango de ley y no son aprobados por las Cortes, sino por el Gobierno. Por otro lado, también las normas de valor reglamentario y de carácter inferior a la ley presentan una enorme heterogeneidad, que dificulta configurar las relaciones entre ellas y con las normas superiores en un sentido repetitivo y unívoco.

726.

Crisis de la jerarquización por razón del órgano del que emana la norma.

727.

Crisis general del principio de jerarquía.

728.*¿Por qué existe jerarquía entre órganos?*

Por esta razón, en los ordenamientos jurídicos actuales es más difícil establecer una fundamentación clara del principio de jerarquía. Como ha reflexionado A. RUIZ MIGUEL, la idea de que una norma es jerárquicamente superior a otra por el tipo de órgano que la crea, siempre remite al problema de saber por qué un órgano es jurídicamente superior a otro. Aunque esto puede ser claro, aplicando principios de representatividad democrática, MERKL dijo que la relación de jerarquía entre órgano y norma es justamente la contraria de la que se pretende: un órgano es superior a otro porque tiene una función o competencia normativa más elevada. Por otra parte, la dificultad de jerarquizar las normas por razón del órgano que las dicta se aprecia claramente si se considera que, habitualmente, un mismo órgano tiene competencia para dictar normas de rango diferente (el Gobierno puede dictar decretos-leyes —artículo 86 CE— y también reglamentos —artículo 107 CE—). También ocurre lo contrario: normas del mismo rango son aprobadas de modo diferente (los artículos 167 y 168 CE reconocen dos procedimientos de reforma constitucional, uno de los cuales requiere, además del órgano parlamentario, la participación directa a través del referéndum).

729.*Los mismos órganos dictan normas de diferente rango.*

También ha sido clave, en la configuración histórica de la jerarquía entre normas, el criterio de la aplicabilidad, en caso de conflicto, de la norma superior. Pero esta máxima ya no es absoluta; por ejemplo, puede prescindirse del criterio del rango para determinar la preferencia de la norma posterior (o también la norma inferior especial sobre la norma superior general), o, sobre todo, preferir la que ha sido dictada conforme a la distribución de competencias. Por otra parte, cuando se establece, a favor de la jerarquía, una garantía jurisdiccional que permite expulsar del ordenamiento a las normas inconstitucionales o ilegales, también puede convenirse que tal expulsión no es una consecuencia necesaria e inevitable del principio de jerarquía, como ya tenemos examinado, ya que, por ejemplo, la inconstitucionalidad no determina siempre necesariamente la nulidad de las normas.

730.*No siempre se aplica, en caso de conflicto, la norma superior.*

Por estas y otras razones, la doctrina ha ensayado en los últimos años otros posibles fundamentos de la jerarquía. Por ejemplo, para apreciarla cuando una norma tiene capacidad de derogar a otras iguales e inferiores; o cuando solo puede ser derogada de acuerdo con determinados criterios especializados. También, siguiendo de cerca la doctrina kelseniana, fijar la relación jerárquica como criterio para la validez de las normas, de manera que serían normas superiores las que habilitan a otras inferiores para la producción de reglas de Derecho y les sirven de fundamento de su validez. En fin, se ha usado también el

731.*Criterio de la derogación.***732.***Criterio de la habilitación.*

criterio, procedente de las propuestas de HART, que este denomina «regla de reconocimiento», que llevaría a concluir en la más sencilla de todas las explicaciones: una norma es superior, inferior o igual a otra, en la medida en que así lo reconozca o establezca el ordenamiento jurídico de que se trate.

Ninguna de estas explicaciones nuevas, que tratan de separarse de las clásicas fundamentaciones de la jerarquía en la posición que la Constitución y la ley tienen en el ordenamiento jurídico, en la importancia respectiva de los órganos de los que emanan estas normas primarias, en la habilitación que los órganos ejecutivos necesitan para dictar disposiciones generales de rango inferior a la ley, en la articulación ordenada de un sistema de garantías jurisdiccionales que asegure la mayor coherencia y claridad del sistema normativo, etc., ninguna de ellas, decimos, está exenta de críticas similares a las que se han formulado contra dichos criterios más tradicionalmente utilizados. A la postre, es cierto que, en muy buena medida, las reflexiones doctrinales aludidas tienen mayor valor teórico que utilidad operativa, porque la jerarquización de las principales normas que integran el ordenamiento jurídico resulta, sin más paliativos, de sus propias previsiones al respecto.

La Constitución establece en el artículo 9.3 una garantía general del principio de «jerarquía normativa». El carácter de norma superior de la Constitución (que estudiaremos más detenidamente en el volumen siguiente) resulta de su protección frente a reformas intentadas por el legislador ordinario (procedimientos especiales de reforma constitucional contenidos en el Título X CE), y de la defensa frente a cualquier norma que vulnere sus contenidos materiales (control de la constitucionalidad de las leyes y otras garantías establecidas en el Título IX CE). Las consecuencias de esa superioridad son las que, con carácter general, ha concretado el artículo 39 LOTC: las leyes inconstitucionales son nulas y así deberá declararlo el Tribunal Constitucional («cuando la Sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...»), dice el párrafo 1 del artículo citado).

La subordinación de las disposiciones de carácter general, de naturaleza reglamentaria, a las leyes, está expresada, de un modo muy claro, en diferentes leyes administrativas generales. El artículo 62.2 LRJAP, establece que «serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la 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 sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». El artículo

733.
Regla de reconocimiento.

734.
Insuficiencia de las nuevas explicaciones.

735.
Fundamentos de la posición jerárquica superior de la Constitución.

736.
La superioridad de las leyes sobre los reglamentos.

71 LJCA establece que cuando las sentencias contencioso-administrativas dictadas con ocasión de la impugnación de disposiciones de carácter general, aprecien su ilegalidad declararán no ser conformes a Derecho y, en su caso, las anularán total o parcialmente. De esta manera ejercen los Tribunales la facultad que le reconoce el artículo 106.1 de la Constitución de controlar la potestad reglamentaria.

737.
Jerarquización de los reglamentos entre sí.

Por lo que concierne a la jerarquización de los reglamentos entre sí, que ya resulta de lo establecido en el artículo 62.2 LRJAP, citado, nuestra legislación ha mantenido la tradición de concretarla o especificarla, en los términos que actualmente tiene establecidos el artículo 23 de la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1997. Dicho precepto establece que «los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la Ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público».

Establecido lo cual, fija las siguientes normas que denomina «de competencia y jerarquía» a la que habrán de ajustarse los reglamentos: «1.º Disposiciones aprobadas por Real Decreto del presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros. 2.º Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial». Y, finalmente, el último párrafo del artículo 23.2 añade que «ningún reglamento podrá vulnerar preceptos de otro de jerarquía superior».

Aunque algunas consecuencias y efectos del principio de jerarquía aparecen explicitados en las propias normas mencionadas (el orden jerárquico Constitución-ley-reglamento; la nulidad de las normas que infringen lo establecido en otras de superior rango, etc.), quedan no pocos extremos cuya precisión ha sido establecida exclusivamente en sede jurisprudencial y doctrinal. Haremos mención a los que consideramos principales:

738.
El problema del rango de los tratados en relación con las leyes.

1.º No está determinado el rango que los tratados internacionales ocupan en relación con las leyes. El artículo 95.1 de la Constitución no admite la celebración de un tratado que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución. Y el artículo 27.2.c) admite el control de la constitucionalidad de los tratados internacionales. De ambos preceptos resulta palmaria la subordinación de los tratados a la Constitución. Sin embargo, como analizaremos en el volumen siguiente, sería más correcto referirse a la posible inconstitucionalidad de las leyes que autorizan o ratifican tratados internacionales, pero no al tratado mismo,

cuya validez depende de normas internacionales y no de su adecuación a la Constitución o a cualquier otra norma del ordenamiento interno. En lo que se refiere a la relación de los tratados con las leyes, tampoco puede aceptarse que aquellos tengan superior jerarquía. Pueden, desde luego, a la entrada en vigor, modificar leyes, en la medida en que la ley que los autoriza contemple dicha posibilidad. Pero el tratado es una norma que se forma en un ordenamiento externo, no siendo articulables sus relaciones con las leyes en términos de jerarquía. Con carácter general, las leyes que modifican o infringen lo establecido en los tratados internacionales pueden ser perfectamente válidas, sin perjuicio de que el legislador que las aprueba pueda incurrir en responsabilidad internacional.

2.º Las menciones a la funcionalidad del principio de jerarquía contenidas en nuestro ordenamiento jurídico no se refieren explícitamente a la jurisprudencia, que hay que ubicar igualmente en el lugar que les corresponde en el sistema normativo.

Es una excepción a estas omisiones la jurisprudencia constitucional que, según el artículo 5 LOPJ, vincula a todos los demás órdenes jurisdiccionales y, en la medida en que expresa la posición del Tribunal Constitucional, que es el máximo intérprete de la Constitución, también vincula al legislador en cuanto a dichas interpretaciones concierne. Desde este punto de vista, por una parte cabe reconocer a la jurisprudencia constitucional una posición superior a la de la ley en el ordenamiento, sin perjuicio de que también tenga una verdadera fuerza de ley activa en la medida en que es capaz de declarar la nulidad de normas con este rango, expulsándolas del ordenamiento.

La posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es más compleja porque, por un lado, en cuanto interpreta principios y reglas de la Constitución, cabe reconocerle el valor de la norma interpretada, aunque no la fuerza de obligar (ni de afectar a las leyes que escapan a su control) de que dispone la jurisprudencia constitucional. La relación en términos de jerarquía de la jurisdicción contencioso-administrativa con los reglamentos de cualquier clase, es también de equiordenación en lo que concierne a la fuerza activa, es decir, en su capacidad para imponerse sobre los reglamentos y anularlos expulsándolos del ordenamiento jurídico. Así resulta de lo que establece el artículo 71 LJCA de 1998, respecto de la declaración de nulidad de los reglamentos ilegales, y también de la circunstancia de que dichas declaraciones tengan efectos generales desde el día en que se hubiese publicado su fallo en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada (artículo 72.2 LJCA).

739.

Posición de la jurisprudencia en las relaciones de jerarquía.

740.

Jurisprudencia constitucional y ley.

741.

Jurisprudencia ordinaria, ley y reglamento.

742.

La dominación jerárquica no impone la nulidad de la norma inferior.

3.º Aunque en nuestra legislación positiva la invalidez es una consecuencia que aparece, en todos los casos, unida a la infracción jerárquica, realmente constituye aquella una sanción añadida que no resulta estrictamente imprescindible para hacer valer la ordenación jerárquica del sistema normativo. Como hemos visto ya, el máximo nivel posible de contradicción, la verificación por el Tribunal Constitucional de que una ley incurre en inconstitucionalidad, no siempre lleva aparejada la declaración de nulidad y pérdida inmediata de efectos, según nos enseñan las sentencias de carácter prospectivo que empiezan a abundar en nuestra jurisprudencia constitucional.

743.

Regulación contradictoria contenida en dos normas.

4.º Para que el principio de jerarquía pueda operar es imprescindible que dos normas, que pertenezcan a un mismo ordenamiento, regulen contradictoriamente una misma materia. No tiene aplicación el principio de jerarquía, con carácter general, en relación con las normas ubicadas en ordenamientos diferentes (con una excepción básica: el sometimiento a la Constitución de las normas de cabecera o primarias de cada uno de los ordenamientos que se aplican dentro del territorio del Estado, así como todos los desarrollos normativos de dichas normas principales; es decir, del sometimiento a la Constitución de los tratados internacionales y todas las normas derivadas, y de los Estatutos de Autonomía y las demás normas del ordenamiento autonómico). Tampoco tiene posibilidad de operar la jerarquía cuando las normas regulan materias diferentes.

744.

Normas de ordenamientos diferentes.

745.

Normas que regulan materias diferentes.

5.º La derogación de unas normas por otras se produce también en el marco de las relaciones jerárquicas, y no en el ámbito de las relaciones de competencia, cuyo régimen analizaremos en el epígrafe siguiente. Solo las normas de un mismo ordenamiento pueden derogar lo establecido en otras de igual o inferior rango. Pero no pueden hacer lo mismo respecto de normas ubicadas en ordenamientos diferentes. Una norma comunitaria europea no puede acordar la derogación de una disposición del Estado; una ley del Estado no puede acordar la derogación de una ley territorial. La disponibilidad sobre la vigencia de las normas solo pertenece a los órganos que tienen potestades normativas reconocidas en el seno de cada ordenamiento concreto.

746.

No hay derogación interordinamental.

6.º Cuando una norma vulnera lo establecido en otra jerárquicamente superior la consecuencia no es la ilegalidad (y consecuente nulidad habitualmente) de la totalidad de la norma infractora, sino que solo es reprochable aquella parte de la norma que específicamente produce la contradicción. Ocurre diferentemente con el principio de competencia, que provoca de modo más ordinario y terminante las declaraciones de invalidez de todo lo regulado, cuando el autor de la

747.

Efectos parciales de la jerarquía.

disposición ha pretendido la regulación de materias que no tiene disponibles.

2. EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA

A) La competencia como clave de bóveda de los ordenamientos complejos

Muchas sentencias del Tribunal Constitucional han repetido, desde que dicho órgano inició su actividad, la idea de que «el principio de jerarquía normativa no es fundamento adecuado para enjuiciar la posible inconstitucionalidad de una ley ordinaria por supuesta vulneración del ámbito reservado a la ley orgánica» (STC 213/1996, que recoge una doctrina que ya estaba establecida en las SSTC 5/1981, 224/1993, 127/1994, 254/1994 y 185/1995; después de estas sentencias otras muchas han reiterado la misma doctrina).

Ya hemos hecho alguna referencia a las crisis del principio de jerarquía en las que pueden radicarse algunos de los fundamentos de su complementación, como principio de ordenación del sistema normativo, por el principio de competencia. Pero la elevación de dicho principio de competencia a posiciones que no había tenido nunca en el marco de los ordenamientos unitarios, organizados sobre claves centralizadas, ha sido una consecuencia necesaria de la moderna configuración compleja del ordenamiento jurídico. Aunque la pieza normativa principal, que justifica la existencia de todas las demás normas, siga siendo la Constitución, a partir de las habilitaciones que la propia Ley Fundamental contiene, se acepta la aplicación en el territorio del Estado de otros ordenamientos internacionales y supranacionales, cuyas normas se forman siguiendo procedimientos y requisitos establecidos en el Derecho internacional o supranacional, y también se permite la formación de otros ordenamientos internos de carácter secundario integrados por normas cuya validez depende de la observancia de la Constitución, pero que, respetado dicho límite, tienen reconocidos una fuerza y rango normativos equiparables a las que forman parte del ordenamiento del Estado u ordenamiento principal.

Simplificando, por lo que concierne al ordenamiento internacional y al ordenamiento comunitario europeo: a) las normas convencionales principales, los tratados, se forman mediante procedimientos determinados por el Derecho internacional y su validez depende del cumplimiento de las reglas establecidas al efecto en dicho ordenamiento; b) la aplicabilidad de estas normas en el ordenamiento interno del

748.

Insuficiencia actual del principio de jerarquía para explicar las relaciones internormativas.

749.

Efectos de la sustitución de los ordenamientos unitarios.

750.

Ordenamientos supranacionales y ordenamientos infraestatales.

751.

La válida formación y aplicación de las normas internacionales y comunitarias europeas.

Estado está condicionado a que se sigan los procedimientos establecidos en la Constitución (artículos 93 y siguientes), para habilitar la eficacia de aquellas en el territorio estatal; c) las disposiciones dictadas por instituciones supranacionales como la Unión Europea, en desarrollo de las previsiones establecidas en los tratados constitutivos, tienen (por excepción a lo que ocurre habitualmente con el Derecho internacional general) eficacia directa (así resulta de una reiteradísima jurisprudencia comunitaria que parte de la Sentencia *Costa/ENEL* de 1963, a la que hemos hecho repetidas referencias); d) tanto las normas primarias de Derecho internacional y de Derecho comunitario, como las derivadas a que acaba de aludirse, no se sitúan en nuestro Derecho en una posición jerárquica superior a las de las leyes y otras normas ordinarias del Estado o de los poderes legislativos internos constitucionalmente reconocidos; la Constitución es una norma superior a los tratados (como puede deducirse del artículo 95 CE y del artículo 27.2 LOTC), pero la relación entre el tratado (y normas derivadas) y la ley no puede hacerse en términos de jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico (en el constitucionalismo francés se mantiene, sin embargo, una tradición relativa a la superioridad normativa de los tratados, que sigue recogiendo actualmente la Constitución de 1958; en Alemania, para establecer la relación tratado-ley, alguna doctrina —ULHE— propone la categoría de la «jerarquía horizontal»); e) por tanto, los tratados y las normas derivadas se aplicarán con preferencia sobre las normas internas, no por razón de su rango más elevado, sino en la medida en que regulan materias para las que han sido habilitadas mediante la activación de previsiones constitucionales específicas (por ejemplo, la autorización, ex artículo 93 CE, de los Tratados fundacionales y de reforma, reguladores de la Comunidad y la Unión europeas).

752.

Inexistencia de relaciones de jerarquía.

753.

¿Jerarquía horizontal?

754.

Fundamentos de la preferencia.

755.

La ordenación de las relaciones internormativas en los ordenamientos subordinados.

Por lo que concierne a las normas que integran los ordenamientos secundarios, formados en el interior del Estado, muy especialmente el que integra el conjunto formado por los Estatutos de Autonomía y las normas aprobadas por las Comunidades Autónomas, resulta lo siguiente: a) los Estatutos, como norma de cabecera del ordenamiento secundario, cuentan con una regulación constitucional general, establecida en los artículos 147 y siguientes CE; son, desde luego, normas subordinadas a la Constitución, sometimiento que se expresa mediante una relación de jerarquía, como ocurre igualmente con las demás normas que puedan dictar las Comunidades Autónomas; b) los Estatutos, válidamente aprobados, y, sobre todo, las leyes y demás normas que puedan aprobar las Comunidades Autónomas, cuentan con una fuerza y rango iguales a las que dicta el Estado; c) la relación entre leyes del Estado y autonómicas no es, por tanto, de jerarquía; la aplicación pre-

ferente de una u otra norma, cuando coinciden en la regulación de una misma materia, se hará conforme al criterio de la competencia, que determinará la validez de la norma dictada por el legislador con atribuciones para hacerlo, y la invalidez de la norma dictada por un legislador incompetente.

En lo que concierne a las relaciones entre la legislación estatal y autonómica y la normativa de valor infralegal que pueden aprobar las corporaciones locales, sin perjuicio de la operatividad el principio de competencia cuando las atribuciones de las entidades locales han sido finalmente fijadas por la ley, existen posibilidades mayores de aplicar también el principio de jerarquía, en la ordenación de las relaciones entre normas, considerando que, a la postre, es a la ley estatal o autonómica a la que corresponde la delimitación final de las competencias locales. No obstante lo cual, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, después de su reforma por Ley Orgánica 7/1999, se ha regulado un nuevo conflicto en defensa de la autonomía local, que permite, cuando concurren las condiciones que establecen los artículos 75 bis y siguientes de la mencionada Ley, plantear conflictos en defensa de la autonomía local. Lo que significa, en definitiva, que la posición jerárquica de la ley con respecto de las normas de los entes locales, no habilita siempre a un desplazamiento total de estas últimas por aquella. El límite constitucional de la autonomía local está conectado con el principio de competencia exactamente.

Las relaciones internormativas en el interior del ordenamiento principal y de los ordenamientos secundarios están siempre presididas por el principio de jerarquía. Las relaciones interordenamentales, que afectan a normas generadas en el seno de ordenamientos distintos, están ordinariamente disciplinadas por el principio de competencia.

El régimen jurídico del principio de competencia difiere del que hemos descrito en páginas anteriores respecto del principio de jerarquía, en extremos importantes.

Por lo pronto, la vulneración del principio de jerarquía en nuestro ordenamiento aparece sancionado con la nulidad de la disposición que incurre en tal vicio. Pero la nulidad afecta estrictamente al precepto o disposición concreta a los que sea imputable la infracción, no a la norma completa que los incluye. Sin embargo, el efecto de la vulneración del principio de competencia, suele ser más general: una norma dictada sin la habilitación específica para hacerlo es nula en su totalidad, con independencia de que contenga o no contradicciones con lo establecido en otras.

756.

La posición de las normas locales.

757.

Diferencias de régimen entre la jerarquía y la competencia.

758.

Nulidad total v. nulidad parcial.

759.
No cabe la derogación en las relaciones de competencia.

Las normas superiores, fundándose en el principio de jerarquía, en la preeminencia de su rango, pueden acordar la derogación de otras inferiores, sean o no incompatibles con aquellas. En el marco de las relaciones de competencia no cabe, sin embargo, ni la derogación expresa (acordada unilateralmente por un legislador, con independencia de que la norma derogada sea o no incompatible con el contenido de la derogante), ni cabe tampoco la derogación tácita, por incompatibilidad o por absorción de la regulación contenida en una norma anterior por otra posterior. La derogación es un fenómeno que se produce en el marco del mismo ordenamiento y con ocasión de la regulación de la misma materia. Esta regla tiene valor general: se aplica a las relaciones entre normas del mismo rango y a las relaciones entre normas de distinto rango, siempre que no procedan de legisladores situados en ordenamientos separados. Cuando estudiamos la justificación constitucional del poder de derogación de unas normas por otras ya vimos que se deriva de los principios de sistematicidad y certeza que forman parte del concepto de ordenamiento jurídico, hoy constitucionalizado entre nosotros, y también del carácter inagotable de la potestad legislativa, según la configura la Constitución. Las normas producidas por legisladores históricos no pueden oponer sus contenidos a las decisiones adoptadas por los legisladores actuales. Y el ordenamiento, por su parte, debe ser sucesivamente depurado. Pero estas necesidades de renovación y de sistematicidad pueden imponerse a legisladores que operan dentro de un mismo ordenamiento jurídico. En las demás hipótesis, cada legislador debe mantenerse dentro del ámbito de sus competencias y no decidir sobre la permanencia o no en el ordenamiento jurídico, sobre la vigencia o derogación, de normas entregadas a la disponibilidad de un legislador ajeno.

760.
Dinámica de las relaciones derogatorias.

B) Relevancia constitucional del principio y técnicas para hacerlo efectivo

761.
Falta de reconocimiento y regulación general.

No existe en la Constitución un reconocimiento expreso del principio de competencia como criterio de ordenación de las relaciones internormativas, al contrario de lo que acontece con el principio de jerarquía normativa, enunciado como tal en el artículo 9.3. Pero la utilización constitucional de aquel principio es más que evidente en muchos de los preceptos constitucionales que lo aplican de diferentes formas: por ejemplo, para repartir atribuciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas (artículos 148, 149 y 150, principalmente); también para acotar a favor de una determinada norma las materias que han de ser objeto de regulación necesariamente por la misma (por

762.
Utilización masiva en preceptos constitucionales.

ejemplo, artículo 81 por lo que se refiere al dominio material de las leyes orgánicas; artículo 147.2 donde se establece una reserva material a favor del Estatuto de Autonomía; o artículo 53, que establece una reserva general a favor de la ley). Esto quiere decir que, en la mayor parte de los supuestos, la delimitación de las competencias del legislador ordinario viene definida directamente por la Constitución. Pero junto a estas hipótesis, también es la legislación ordinaria la encargada de la delimitación de las competencias normativas de cualquier órgano del Estado. Sucede, por ejemplo, siempre que la Constitución no completa la delimitación de las competencias de instituciones u órganos concretos, remitiéndose al legislador para su definición última. Como hemos visto más atrás, este es el caso de las competencias de las corporaciones locales, definidas por la ley complementado el artículo 141 CE, que consagra la autonomía local sin determinar expresamente las competencias que deben desarrollar las entidades municipales y provinciales. También ocurre lo propio en relación con muchas competencias de las Comunidades Autónomas cuyo contenido no se establece agotadoramente en la Constitución ni en los Estatutos de Autonomía, sino que una y otros apelan a las leyes del Estado para que completen la regulación del reparto competencial. Un ejemplo lo ofrecen los supuestos en los que la Constitución no se remite, en primer lugar, a los Estatutos para que definan las competencias de las Comunidades Autónomas, sino que lo hace a favor de leyes del Estado, en cuyo marco regulatorio han de actuar sucesivamente aquellos (por ejemplo, artículos 149.1.29.^a y 152.1 CE; asimismo, en infinidad de ocasiones, los Estatutos de Autonomía reconocen competencias «sin perjuicio de», «de acuerdo con», «en el marco de»... las leyes del Estado que, lógicamente, han de anteponer sus regulaciones contribuyendo a precisar el reparto de competencias). Esta mecánica remisoria priva a los Estatutos de la función de concretar primariamente, en tales hipótesis concretas, las competencias que asume cada Comunidad Autónoma, según prevén los artículos 147.2.d), 148.2 y 149.3 CE. Pero son incuestionables, en la regulación constitucional, tales casos de anteposición de las leyes ordinarias a los Estatutos, sobre cuya indiscutible legitimidad se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional en innumerables ocasiones, partiendo de las Sentencias de 13 de febrero de 1981, 28 de julio de 1981, 28 de febrero de 1982, 23 de marzo de 1982, hasta establecer una argumentación mucho más ordenada y sistemática en la Sentencia 21/1988, de 21 de febrero, cuya doctrina general se ha mantenido hasta hoy.

Además del par de técnicas aludidas —delimitación directa de las competencias por la Constitución o regulación por remisión a leyes— la

763.

Fijación constitucional v. determinación legislativa de la competencia.

764.

Formas de remisión a la ley.

Constitución utiliza un complejo importante de fórmulas para sistematizar y ordenar el reparto de las competencias de carácter legislativo.

765.
Las técnicas de reparto: remisión.

Abordaremos en otro lugar de esta obra el análisis más pormenorizado de las técnicas de reparto de competencias y su funcionalidad. De modo que haremos a continuación unas alusiones breves a las que principalmente emplea la Constitución, en la medida en que nos sirvan para comprender el funcionamiento de las relaciones entre normas.

La mayor parte de las aplicaciones de las reglas de competencia para disciplinar las relaciones entre normas se refieren, como ya se ha dicho, a la articulación de las normas integradas en el ordenamiento principal o general del Estado, con las producidas en los ordenamientos secundarios. Las principales técnicas de reparto utilizadas son las siguientes:

766.
Listas.

a) El sistema de listas: la Constitución establece dos listas de materias en sus artículos 148 y 149, afirmando en el párrafo de entrada de cada uno de estos preceptos que las primeras corresponden a la competencia de las Comunidades Autónomas y las segundas a la competencia exclusiva del Estado. No existe ninguna proposición contenida en la Constitución más incierta que la anterior, ya que dista de ser exacto que el artículo 148 contenga las competencias de las Comunidades Autónomas y que el artículo 149 establezca la lista de las competencias exclusivas del Estado. La crítica que formulamos es válida por múltiples razones: el artículo 148 es una simple referencia de partida, y de carácter transitorio, relativa a las competencias que las Comunidades de autonomía primaria pueden tener durante un período de cinco años (artículo 148.2); pero las demás Comunidades Autónomas, y todas ellas una vez transcurrido dicho período, pueden tener, además de las competencias señaladas en dicho precepto, todas aquellas no atribuidas al Estado por el artículo 149.1, según resulta del párrafo 3 de este mismo precepto. Lo cual hace que también sea cierta la afirmación de que el artículo 149.1 no recoge una lista de competencias exclusivas del Estado, ya que sobre muchas materias es posible una compartición de las mismas con las Comunidades Autónomas. Falta añadir, para completar las incorrecciones de los preceptos mencionados, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde sus primeras aplicaciones, subrayó el carácter marcadamente equívoco con el que el adjetivo «exclusivo» se aplicaba a las listas de competencias (a partir de las Sentencias de 16 de noviembre de 1981 y 8 de febrero de 1982) remarcando el problema de que muchas veces la Constitución y los Estatutos denominan al mismo tiempo como «exclusivas» competencias sobre la misma materia pertenecientes al Estado

767.
Exclusivas.

y a las Comunidades Autónomas simultáneamente, circunstancia que hizo al Tribunal Constitucional observar que dos competencias calificadas al tiempo de exclusivas «están llamadas objetiva y necesariamente a ser concurrentes».

Las listas de los artículos 148 y 149 no agotan, sin embargo, los criterios constitucionales sobre reparto de competencias, que también tienen otros exponentes en los artículos 150 (delegaciones y leyes de armonización) y 152 (que reconoce algunas competencias en materia de administración de Justicia en el marco de una denominada cláusula subrogatoria —STC 56/1990, de 20 de marzo— que opera permitiendo a los Estatutos de Autonomía que se anticipen a reconocer para la respectiva Comunidad las competencias que en la indicada materia de administración de Justicia atribuyan al Gobierno del Estado las leyes orgánicas que regulen su organización y funcionamiento).

b) Dentro de cada una de estas listas se maneja un apretado complejo de técnicas jurídicas que sirven para precisar el alcance de cada competencia en concreto. Sin ánimo exhaustivo, concurren a tal propósito al menos las siguientes: la distribución por materias y el reparto por funciones; conforme al primer criterio, se atribuye a una instancia territorial única —Estado o Comunidad Autónoma— la disponibilidad sobre una materia completa (*v.gr.* relaciones internacionales, legislación procesal y civil, legislación en materia de expropiación forzosa: artículos 149.1.3.^a, 8.^a y 18.^a, respectivamente); de acuerdo con el segundo, es posible atribuir a una instancia de poder territorial la función legislativa y a otra la ejecutiva, o incluso repartir una misma función, de modo que corresponda al Estado la legislación sobre las «bases» o la «legislación básica», y a las Comunidades Autónomas la «legislación de desarrollo» (la interpretación de los conceptos ha dado lugar a una extensísima jurisprudencia constitucional que, habitualmente, recuerda que la noción «bases» puede incluir responsabilidades legislativas pero también de carácter ejecutivo —desde las Sentencias de 28 de abril, 20 de mayo y 28 de junio de 1983—; asimismo, que el concepto «legislación básica» supone siempre la producción de normas de naturaleza principal, que contiene los elementos comunes de una regulación que debe aplicarse en todo el territorio del Estado —SSTC 179/1985, 95/1986, 152/1988, 102/1995, etc.—; o que las operaciones de desarrollo normativo no tienen nada que ver con la ejecución de las leyes, sino con la regulación libre de todo aquello que no afecte a la normación básica —aquí una jurisprudencia muy repetida, que tiene sus exponentes clásicos, por ejemplo, en la STC de 11 de diciembre de 1986—).

768.

Otros criterios complementarios.

769.

Por materias y por funciones.

770.

Fragmentación de la función.

771.
*Exclusivas,
 compartidas,
 concurrentes.*

Junto a las indicadas variantes del reparto de competencias legislativas, también aparecen en los listados cláusulas finales de carácter residual de atribución de competencias. En este sentido, el artículo 149.3, cuando asigna al Estado todas las competencias, en general, no asumidas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos. También, considerando el grado de dominio con que el ente titular de la competencia puede disponer de la misma, se distingue, dentro de las listas de materias, entre competencias de carácter exclusivo, compartido o concurrente. Las primeras suponen, en buena teoría, como ya se ha dicho, el monopolio de la titularidad y el ejercicio de una determinada competencia; las segundas implican algún modo de reparto que permite la acumulación de decisiones legislativas situadas en diferentes planos, de modo que, por lo común, el Estado fija las reglas de principio o de general aplicación, mientras la regulación autonómica cubre todo lo no contemplado por dichas normas. Y, en fin, la regla de la concurrencia permite el ejercicio simultáneo y pleno de la misma competencia por dos entes territoriales, circunstancia esta que, por las dificultades de su ordenación, determina que solo excepcionalmente la Constitución la utilice (lo hace expresivamente en el artículo 149.2).

772.
*Principios generales
 de ordenación.*

c) Como colofón de las listas de competencias, la Constitución maneja los principios de prevalencia y de supletoriedad, a los que nos referiremos singularmente en epígrafes sucesivos. No menciona, sin embargo, el principio de subsidiariedad, al que también hemos de referirnos inmediatamente, que se ha convertido, sin embargo, a partir del Tratado de Maastricht de 1992 y sobre todo del Tratado que establece la Constitución Europea de 2004, en una de las grandes fórmulas de ordenación del ejercicio de las competencias comunitarias de carácter concurrente o compartido con los Estados.

773.
*Transferencia y
 delegación.*

Fuera de las listas de competencias, todavía pueden encontrarse otras técnicas de atribución de competencias, incluso de carácter legislativo, en el artículo 150, párrafos 1 y 2, que contemplan diversas formas de transferencia y de delegación de competencias del Estado, y en el párrafo 3 que prevé una competencia legislativa excepcional que permite al Estado dictar normas capaces de superponerse a las aprobadas por las Comunidades Autónomas incluso en ejercicio de sus competencias exclusivas (las leyes de armonización).

774.
Territorio.

d) En fin, también el territorio es en la Constitución un criterio decisivo para definir el ámbito de vigencia y de eficacia de las competencias de toda clase. Como ya nos hemos referido a su significación, podemos remitirnos a lo dicho, constatando ahora solamente que la referencia territorial delimita el espacio en el que las norma son efica-

ces, y sirve para resolver también sobre la validez de normas que tienen pretensiones extraterritoriales.

C) La dinámica de las competencias legislativas y sus efectos de desplazamiento e invalidación de normas en conflicto

El análisis anterior sobre las diversas formas de instrumentar el reparto de competencias legislativas pone de manifiesto que tal distribución no es estática, ni se contiene en una única norma. Por un lado, aunque la norma general habilitante de las competencias legislativas es la Constitución, y la que define su contenido material es también esencialmente la ley fundamental, en muchas ocasiones la Constitución se remite al legislador ordinario para que concrete más sus determinaciones. De esta manera, la delimitación de las competencias de las Comunidades Autónomas es obra de los Estatutos de Autonomía, pero ni siquiera ellos la agotan. Como hemos subrayado, tanto la Constitución como los propios Estatutos se remiten a otras leyes del Estado para que completen la tarea.

Por otro lado, el contenido final de las competencias legislativas depende, en algunas ocasiones, de las opciones que siga el legislador estatal al hacer uso de las que le corresponden. Este efecto es particularmente notorio en lo que concierne a las relaciones entre la legislación básica y la legislación de desarrollo. Es evidente que dependiendo de la amplitud con que el legislador estatal, dentro de los márgenes de discrecionalidad que la Constitución le permite (sometidos desde luego a revisión del Tribunal Constitucional), defina las bases o normas básicas de una materia determinada, las competencias autonómicas de desarrollo legislativo tendrán un contenido más o menos amplio y, desde luego, diferente. Por ello el contenido de las competencias no se estabiliza de una vez y para siempre por obra de la Constitución y el Estatuto, sino que está sometido a una dinámica continua vinculada, en muy buena medida, a la obra del legislador ordinario.

El contenido de las competencias se ajusta, por tanto, con la dinámica de su ejercicio. Estos desplazamientos son claros en las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno. Normalmente el reparto de competencias entre ambas instancias está sometido a un régimen de compartición o concurrencia imperfecta. Ello supone que la Comunidad Europea ha recibido, en virtud de los tratados, muchas competencias que no han dejado de pertenecer al legislador estatal. En su virtud, ha podido este hacer uso de sus potestades legislativas dictando normas que, ulteriormente, pueden quedar afectadas en su

775.

La distribución no es estática ni se contiene en una sola norma.

776.

Efectos de la legislación básica.

777.

Ajustes de la competencia con la dinámica de su ejercicio.

eficacia por la aprobación de otras disposiciones comunitarias. Estas pueden ser incompatibles con aquellas o, aun sin serlo, «absorberán» la regulación de una materia en base a la competencia preferente del legislador comunitario para hacerlo.

Esta dinámica de la competencia plantea problemas técnicos de gran importancia consistentes en determinar cuál es el efecto de las normas sobrevenidas que afectan a otras disposiciones vigentes dictadas por un legislador que, hasta el momento de la aparición de la norma nueva, era competente.

Las opciones técnicas que habitualmente se manejan para responder a esta cuestión son las tres siguientes: a) La ley nueva produce un efecto derogatorio sobre las normas anteriores que sean incompatibles con su contenido. b) El efecto que la regulación sobrevenida produce sobre las anteriores es su desplazamiento, de modo que devienen inaplicables al perder su eficacia, aunque no quedan derogadas ni afectadas de nulidad. c) La incompatibilidad de una norma vigente con otra sobrevenida dictada por el legislador competente, acarrea la nulidad de aquella.

Es obvio que tiene gran trascendencia la solución técnica que se elija para resolver estos problemas. La derogación y la nulidad tienen la ventaja de que permiten una depuración, más o menos rápida, del ordenamiento jurídico, del que pueden desalojarse definitivamente las disposiciones dictadas por el legislador que haya dejado de ser competente para regular la materia afectada por la regulación sobrevenida. Esta eliminación de las normas, la pérdida definitiva de su vigencia, por derogación o por anulación, depura el ordenamiento y permite a los operadores jurídicos actuar con mayor precisión al identificar la regla de derecho aplicable.

En cambio la técnica del desplazamiento implica que las normas afectadas por una regulación sobrevenida no quedan ni derogadas ni afectadas de invalidez, sino vigentes aunque inaplicables. Pero pueden recobrar su eficacia en el momento en que la situación que ha determinado su pérdida desaparezca; es decir, cuando la norma que ha determinado su desplazamiento sea modificada o derogada, permitiendo un retorno a la situación anterior o, al menos, la recuperación parcial de la competencia (y con ello la eficacia de la norma aparcada) por el legislador desplazado.

Esta opción tiene la evidente y grave desventaja, frente a la anterior, de que permite que en el ordenamiento jurídico sobrevivan, vagando fantasmagóricamente, normas que están vigentes pero son

778.
*Efectos de las
normas
sobrevenidas.*

779.
*Derogación,
desplazamiento,
invalidez.*

780.
*El problema de la
depuración del
ordenamiento.*

781.
*El problema de la
certeza del
Derecho.*

782.
*La técnica del
desplazamiento.*

inaplicables. Mantienen su eficacia congelada o larvada, esperando una oportunidad futura que les permita recobrar todo su vigor. En términos de ordenación del sistema normativo, esta situación es francamente poco deseable ya que los operadores jurídicos encontrarán dificultades más graves para determinar cuáles sean las reglas de derecho aplicables a una determinada relación o situación. Lo cual es obvio que añade complejidad a una operación jurídica que, dada la situación caótica de los sistemas normativos escritos actuales, ya es de por sí bastante seria.

Pueden establecerse, en nuestra opinión, algunos criterios claros sobre los supuestos en que procede aplicar la técnica de la derogación, la de la nulidad y la del desplazamiento. Aunque estas serán cuestiones con las que habremos de reencontrarnos con ocasión del estudio de otras manifestaciones de las relaciones internormativas (especialmente, véase, más adelante, sobre los principios de prevalencia y supletoriedad), procuraremos ahora un resumen de las tesis que nos parecen sostenibles al respecto.

1.º Por lo que concierne a la derogación, ya hemos justificado en un epígrafe anterior que la derogación expresa y tácita solo es posible entre normas que actúan en el marco de un mismo ordenamiento jurídico. Por razones en las que ya no hemos de insistir, el legislador solo puede decidir sobre el término de la vigencia de normas cuyo contenido es competente para renovar o sustituir, pero no para establecer lo propio respecto de reglas de Derecho que están sometidas a la disponibilidad exclusiva, en cuanto al término de su vigencia, de un legislador distinto.

2.º Los efectos que pueden tener normas posteriores sobre otras anteriores existentes en un ordenamiento jurídico distinto de aquel en el que aparece la *lex posterior*, pueden referirse a la validez o a la eficacia de las mismas. En el caso primero (norma inválida) estaríamos ante una hipótesis de posible cesación de la vigencia y la eficacia, cuando la nulidad se declare. En el segundo ante un simple desplazamiento de la norma, que afecta a su eficacia, pero no a su validez ni a su vigencia.

Dejaremos para más adelante esta segunda hipótesis y nos referiremos ahora a la primera. La ley posterior afecta a la validez de una anterior dictada por otro legislador cuando, como resultas de la nueva regulación, varía la competencia de este último. Esto puede ocurrir en todos los casos en que, por ejemplo, la Constitución o los Estatutos de Autonomía han atribuido a leyes del Estado la función de delimitar las

783.

Criterios para la aplicación de la derogación, la nulidad y el desplazamiento.

784.

Criterios para la derogación.

785.

Ley posterior: efectos en otros ordenamientos.

786.

Lex posterior que afecta al reparto de competencias.

competencias autonómicas, supuesto bastante reiterado en la práctica, como hemos visto en el apartado anterior. También ocurre lo mismo cuando las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas están distribuidas siguiendo la relación bases/desarrollo legislativo: cuando varía el contenido de las bases o, en otro caso, cuando se ha aprobado legislación de desarrollo sin la previa existencia de una legislación básica, la aparición sobrevenida de una norma básica incompatible con la legislación de desarrollo, afecta a la validez de esta última.

El efecto de la legislación básica es, entre otros, el de acotar o precisar la competencia del Estado, proyectando sobre la competencia autonómica la consecuencia de concretarla o acotarla indirectamente. Por razón de esta delimitación competencial, la validez de las normas de desarrollo legislativo tiene que medirse considerando su compatibilidad con la norma básica. Si esta última es posterior a las disposiciones de desarrollo legislativo, se habrá producido una invalidez sobrevenida de las mismas por incompetencia. Serán, por tanto, inconstitucionales, según precisa el artículo 28.1 LOTC, por resultar contrarias a las leyes dictadas para «delimitar las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas».

787.

Ejemplo de cambio de bases.

Discrepamos, por tanto, de la afirmación según la cual la dinámica de las bases, su lógica fluctuación dependiendo de las concepciones que maneje en cada momento el legislador estatal sobre la más adecuada regulación de las materias que están atribuidas a su competencia, produzca sobre la legislación de desarrollo un efecto de simple desplazamiento (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ). La legislación básica sobrevenida con la que sea incompatible la legislación de desarrollo no puede tener la consecuencia de privar de efectos temporalmente a esta última. Desde el punto de vista de la organización del sistema de normas ya hemos explicado las razones que postulan el rechazo de tal tesis. Pero desde una perspectiva técnico-jurídica más estricta, hay que afirmar que la ley básica sobrevenida opera una redistribución de competencias, a la que, en su caso, estará ligada la falta de habilitación de la legislación de desarrollo incompatible, que será inválida por incompetencia.

788.

No desplazamiento, sino derogación por cambio de bases.

Discrepamos también, por ello, de la doctrina (J. SANTAMARÍA PASTOR), que criticando, como hemos hecho también nosotros, la tesis del efecto desplazamiento, por las consecuencias perturbadoras y caóticas que produce la conservación en plena vigencia de normas inaplicables, afirma que el efecto de las bases sobrevenidas es la derogación

789.

No hay tampoco derogación.

de las normas anteriores incompatibles. Consecuencia esta que no es técnicamente posible por las razones ya explicadas.

El Tribunal Constitucional no ha sido capaz de establecer hasta el momento una doctrina absolutamente clara sobre la cuestión que nos está ocupando. Pero, sin explicar mucho los fundamentos, lo que sostiene habitualmente es que las normas autonómicas contrarias a nuevas bases estatales sobrevenidas son inválidas. Para justificarlo el TC se limita a argumentar que, de acuerdo con el artículo 28.1 LOTC, el juicio de constitucionalidad de las leyes tiene que hacerlo contrastando las normas impugnadas con el bloque de la constitucionalidad vigente en el momento en el que lleva a cabo aquel juicio. Por tanto, tendrá que tener en cuenta las bases estatales vigentes. Si resulta que las normas autonómicas son anteriores a dichas bases, pero contrarias a las mismas, serán nulas por incompetencia (SSTC 87/1985, 137/1986, 27/1987, 48/1988, 154/1988, 213/1988, 170/1989, 90/2000). Una de las consecuencias más notables de esta construcción jurisprudencial es que la inaplicación de las leyes autonómicas requiera un juicio de invalidez que solo el Tribunal Constitucional está legitimado para llevar a término. No podrán, por tanto, los jueces y tribunales ordinarios inaplicar una ley en estos casos sino que habría de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En este sentido SSTC 173/2002, de 9 de octubre; 66/2011, de 16 de mayo; 187/2012, de 29 de octubre; 177/2013, de 11 de octubre. Criticamos esta tesis al referirnos, más adelante, a la decisiva desconcentración de la justicia constitucional.

3.º Despejadas las cuestiones anteriores, quedan dos supuestos principales en los que el efecto de las normas nuevas, dictadas por un legislador competente, sobre otras anteriores emanadas de un legislador sobrevenidamente incompetente, es el de desplazar y hacer inaplicables, total o parcialmente, las normas de este último. El primer caso es el de las normas estatales que se refieran a materias objeto de una regulación sobrevenida dictada por una Comunidad Autónoma en materia de su competencia. El segundo, el de las normas estatales o autonómicas afectadas por una nueva disposición comunitaria con la que sean total o parcialmente incompatibles o, simplemente, que haya producido el efecto de absorber para las instancias comunitarias la regulación de la materia. (La posibilidad de utilizar la misma técnica del desplazamiento como resultado de la aplicación del principio de prevalencia, la estudiaremos separadamente más adelante.)

Sucintamente expuestas, las especialidades que presentan estos casos son las siguientes: a) en tanto que las Comunidades Autónomas

790.

Falta de criterio claro del TC.

791.

Supuestos de desplazamiento e inaplicación.

792.

Desplazamiento de leyes estatales por normas autonómicas.

hagan ejercicio de las competencias legislativas reconocidas en sus respectivos Estatutos, el Estado puede mantener vigentes y con plenitud de efectos disposiciones sobre las mismas materias. Sin embargo, en la medida en que las Comunidades Autónomas vayan dictando leyes propias en materia de su competencia, la legislación estatal preexistente ni quedará derogada, por las razones ya explicadas, ni invalidada por la nueva regulación. Esto último porque, al contrario de lo que ocurre con la relación entre la legislación autonómica y la estatal sobrevenida dictada con competencia para hacerlo, el Derecho de Estado tiene reconocido en la Constitución (artículo 149.3) un valor supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas. Por consiguiente, como consecuencia de una nueva norma dictada por estas en ejercicio de sus competencias, leyes estatales preexistentes perderán su eficacia directa y dejarán de aplicarse en el territorio de la Comunidad Autónoma. Pero en dicho territorio seguirán teniendo aquellas leyes valor supletorio y, eventualmente, en otras Comunidades Autónomas que no hayan hecho uso de sus competencias, eficacia inmediata y plena (véase sobre ello las SSTC 214/1989 y 15/1989; también para la explicación general del funcionamiento del principio de supletoriedad SSTC 118/1996 y 61/1997).

Como colofón, también puede decirse que la norma estatal supletoria y desplazada podría recobrar su eficacia plena y directa si la legislación autonómica que la ha desplazado fuera derogada o modificada.

793.

Desplazamiento del Derecho estatal por normas comunitarias.

b) El desplazamiento de la legislación estatal por las disposiciones comunitarias sobrevenidas, produciéndose el efecto de que aquella se convierta en inaplicable, es una especialidad derivada de los principios propios del Derecho comunitario, que no son idénticos, como ya sabemos, a los que disciplinan las relaciones entre la ley estatal y la autonómica.

Realmente ningún inconveniente existe en buena técnica para que pudiera aplicarse también a este conflicto entre norma comunitaria sobrevenida y norma estatal anterior e incompatible, lo que ya hemos sostenido sobre la redefinición de las competencias legislativas como consecuencia de la acción de un legislador habilitado para hacerlo. La norma estatal incompatible con la comunitaria podría considerarse inválida por las mismas razones ya explicadas. De hecho el Tribunal de Justicia comunitario se inclinó abiertamente, en su Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, por considerar que las normas internas contrarias a otras comunitarias no solo debían declararse inaplicables sino también inválidas. Sin embargo, no llegó a reiterar y consolidar esta doctrina con firmeza porque suponía imponer a los

794.

¿Inaplicables y también inválidas?

tribunales de los Estados la obligación de hacer valoraciones sobre la validez de las normas para las que no siempre las habilita el ordenamiento interno. Por esta razón, en otras Sentencias posteriores ha preferido declarar únicamente que el juez nacional está obligado únicamente a descartar la aplicación de la norma interna contraria a la comunitaria y utilizar todos los procedimientos a su alcance para salvaguardar los derechos consagrados por la norma europea (v.gr. STJCE *IN. CO. GE 90* de 22 de octubre de 1998).

El Derecho comunitario apoya singularmente, por tanto, la técnica de la inaplicación, por razones que son estimables. Desde la Sentencia *Costa/ENEL* de 1964, reforzada y reiterada luego en una jurisprudencia que no ha tenido desfallecimiento alguno, el Tribunal de Justicia comunitario ha venido sosteniendo que, como consecuencia del principio de primacía del Derecho comunitario, las normas internas que resulten incompatibles con otras comunitarias deben ser inmediatamente inaplicadas por los tribunales internos. Usó aquella sentencia la regla de la inaplicación y no la de la anulación porque el Tribunal de Justicia era consciente de que ni él mismo tiene competencia para pronunciarse sobre la validez de las normas de los Estados, ni los tribunales ordinarios de los Estados miembros la tienen tampoco respecto de las leyes internas (habida cuenta de que en los Estados miembros en los que existe justicia constitucional está concentrada en el Tribunal Constitucional).

Esta solución favorable a la inaplicación está pensada en favor del reconocimiento de efectos inmediatos al Derecho comunitario, de modo que se aplique en todos los Estados miembros sin condicionamientos de ningún tipo, derivados de la intervención de los tribunales internos. Desde la perspectiva de nuestro Derecho Constitucional resulta evidente que las normas internas contrarias al Derecho comunitario son también nulas, y así puede declararse por los tribunales competentes, por las mismas razones que hemos explicado ya sobre el efecto de delimitación de las competencias de los legisladores internos que producen tales regulaciones sobrevenidas. Pero el Tribunal de Justicia ha implantado la regla de la inaplicación, vinculándola a las obligaciones que los Estados tienen, derivadas del Derecho comunitario, para impedir que se opongan obstáculos a su eficacia inmediata. Nuestro Tribunal Constitucional no ha dado muchas facilidades a la franca utilización de la técnica de la inaplicación en estos casos. Durante años ha considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE quedaría vulnerado si se inaplica una ley contraria al Derecho comunitario sin plantear antes una cuestión prejudicial

795.

Justificación de la inaplicación en la jurisprudencia del TJ.

796.

Invalidez añadida.

entre el Tribunal de Justicia europeo (STC 58/2004, de 18 de abril). Sin embargo, matizó su doctrina a partir de la STC (Pleno) 78/2010, de 20 de octubre, en la que aceptó que la obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece «tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en un caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa* y acumulados 28 a 30/62, y de 19 de noviembre de 1991, asuntos *Francovich* y *Bonifaci*, C-6 y 9/90) como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *CILFIT*, 283/81)».

El Tribunal de Justicia Comunitario es, sin embargo, perfectamente consciente de las complejidades y distorsiones que resultan de mantener en un ordenamiento jurídico normas vigentes y no eficaces. Por ello, también ha recordado en su jurisprudencia que es obligación de los Estados depurar y aclarar su propio ordenamiento jurídico, para excluir todas las normas que puedan inducir a confusión y dificultar la aplicación plena de la disposición comunitaria prevalente. Para lograrlo, incluso el Tribunal de Justicia ha postulado en su jurisprudencia que la aludida obligación estatal comprende la derogación de las normas incompatibles (Sentencia de TJ 389/1989, de 11 de julio, asunto «*Provincia de Bolzano*»; también Sentencia *Comisión v. Italia*, de 15 de octubre de 1986).

D) La exclusividad y la técnica de las reservas normativas

Una diferencia muy caracterizada entre los principios de jerarquía y competencia, es que mientras que las normas de superior rango gozan de primacía regulatoria y pueden, en su virtud, ocuparse de una materia determinada con la extensión y pormenor que el legislador decide en cada momento, el principio de competencia no permite lo mismo, ya que cada legislador debe mantenerse en el espacio material que le ha sido acotado y que delimita el ámbito concreto en el que está habilitado para producir normas válidas.

El reparto de competencias entre legisladores opera, ordinariamente, para separar la actividad de los que actúan en el ordenamiento principal y en los subordinados o secundarios. Es decir, especialmente, para separar las materias que pueden ser objeto de regulación por el legislador estatal y las que se atribuyen a la disponibilidad del legislador autonómico. Pero, a veces, complementariamente, la Constitución utiliza el criterio de asignar, en el marco de un mismo ordenamiento, la

797.

Obligación de dirigir las normas desplazadas.

798.

Primacía en las relaciones internormativas.

799.

Separación de ámbitos regulatorios.

regulación de una materia de modo más específico a una categoría concreta de ley. En este caso la competencia general del legislador se acota porque solo puede ser expresada a través de ese instrumento normativo concreto.

No obstante lo anterior, en nuestro sistema constitucional existen reservas justificadas en la separación de poderes, en la primacía y rango superior de la ley, que se enmarcan por tanto en el principio de jerarquía en la medida en que su objetivo es impedir que la regulación de la materia reservada pueda ser objeto de normas de rango inferior a la ley. La reserva general de ley establecida en el artículo 53.1 CE es de esta clase, y, en general, lo son todas las reservas específicas que muchos otros preceptos de la Constitución hacen en favor de la ley ordinaria. Al origen y significación actual de la reserva de ley nos hemos referido ya en otros lugares de esta obra. Lo que la reserva de ley pretende es que el contenido esencial de la regulación de determinadas materias sea objeto de un pronunciamiento primario del legislador. Lo que se impone con esta clase de reservas es que el Parlamento, como órgano representativo de la voluntad popular, sea el que se pronuncie necesariamente sobre los aspectos esenciales de una regulación determinada. Ello sin perjuicio de que las disposiciones legales puedan ser desarrolladas o complementadas por normas de valor reglamentario, que añadan los elementos instrumentales imprescindibles para hacer posible su aplicación. La apertura de la regulación a normas de rango inferior dependerá de que la reserva en favor de la ley establecida en la Constitución sea cerrada y absoluta o abierta y relativa, lo que servirá para medir si es exigible que la regulación se agote necesariamente en la ley o quede abierta a un complemento normativo por disposiciones de rango inferior.

Pero las reservas que nos interesan ahora no son las indicadas, que se entroncan en la idea de separación de poderes y actúan en el marco del principio de jerarquía, sino las antes indicadas, que no pueden explicarse sino en el marco de las relaciones de competencia. De estas hay en nuestra Constitución algunas muy caracterizadas: la reserva general de ley orgánica fijada en el artículo 81 CE, que se completa con otras específicas también establecidas en la Constitución (artículos 8.2, 54, 55.2, 69.2, 87.3, 92.3, 106.2, 107, 116, 122, 136.4, 141.1, 144, 150.2, 151, 157.3, 165 y disposición transitoria 5.^a); la reserva general en favor de los Estatutos de Autonomía, recogida en el artículo 147 CE, asimismo completada por otras específicas que se contienen en los artículos 148.2, 149.3, 152, etc.; las reservas en favor de las leyes básicas del Estado, que resultan de diferentes apartados del artículo 149.1 de la Consti-

800.

Reservas justificadas en la separación de poderes.

801.

Función de la reserva: atribución de la decisión esencial.

802.

Reservas fundadas en el principio de competencia.

803.

De la ley orgánica.

804.

De Estatuto.

805.

De ley básica.

806.

De Ley de Presupuestos.

tución (por ejemplo, 13.^a, 17.^a, 18.^a, 23.^a, 25.^a, 27.^a, etc.), y la reserva a favor de la Ley de Presupuestos del artículo 134 CE.

De la significación y alcance del acotamiento de materias a la exclusiva disponibilidad de algunas categorías concretas de leyes, que operan dentro del marco del principio de competencia, trataremos más adelante. Aludiremos por ello, solamente ahora, a algunas de las más caracterizadas que tienen efecto dentro de un mismo ordenamiento jurídico y no, o no solo, en el campo de las relaciones interordinamentales. Desde esta perspectiva señalaremos cómo opera la reserva a favor de ley orgánica, y las reservas estatutarias.

807.

Carácter de la reserva de ley orgánica.

a) Sin perjuicio de las reservas específicas, ya mencionadas, que diversos preceptos de la Constitución hacen a la ley orgánica, el artículo 81 de la misma contiene una reserva genérica que formula, en los términos siguientes, su apartado uno: «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía, y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución».

La figura de la ley orgánica es nueva en nuestra historia constitucional. Al analizar la introducción de la figura en la Constitución de 1978, la doctrina se planteó inicialmente si se trataba de una clase de ley superior en rango a la ley ordinaria. Algunos autores sostuvieron dicha superioridad basándose a veces en experiencias de otros sistemas constitucionales europeos (GARRIDO FALLA, ALZAGA, SOSA WAGNER). Pero en la actualidad, tanto la doctrina mayoritaria (T. R. FERNÁNDEZ y nosotros mismos impulsamos esta concepción alternativa) como la jurisprudencia están firmemente asentadas en la idea de que la ley orgánica no es superior a la ley ordinaria sino un tipo de norma que se caracteriza, sobre todo, por tener el encargo constitucional de regular en exclusiva algunas materias concretas, es decir, por contar con una reserva constitucional a su favor. Es la idea de «reserva de ley orgánica» la que utiliza la jurisprudencia constitucional desde las tempranas Sentencias de 13 de febrero de 1981 y 13 de agosto de 1983 (esta última alude, por ejemplo, al «ámbito estricto de la reserva» de ley orgánica).

808.

Delimitación de la reserva frente a la ley ordinaria.

La operatividad de la reserva de ley orgánica ha planteado, en lo que aquí nos interesa ahora, algunos serios problemas de interpretación, que pueden resumirse en decidir sobre si la ley orgánica ha de mantenerse siempre en el campo acotado por la reserva o puede, por el contrario, regular materias abiertas a la ley ordinaria, y, por otro

lado, si la reserva de ley orgánica es absoluta, de modo que excluye de modo pleno cualquier penetración de la ley ordinaria en su dominio.

El problema ha podido proyectarse de un modo específico sobre la configuración de la reserva en el artículo 81 de la Constitución. En él, se reserva a la ley orgánica, por un lado, todo lo concerniente a los derechos fundamentales y libertades públicas, y por otro, la aprobación de los Estatutos de Autonomía y la regulación del régimen electoral general. Es el primer aspecto de la reserva el que ha planteado cuestiones más complejas. La principal es decidir qué deba entenderse por «desarrollo» de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Si se incluye en tal concepto cualquier norma que, de un modo u otro, afecte a los derechos de los ciudadanos, resultaría que el ámbito de la ley orgánica se ensancharía extraordinariamente. Pero la doctrina dominante y la jurisprudencia han rechazado enseguida dicha interpretación. Antes de utilizar otros argumentos, derivados de la literalidad de los preceptos y de la significación de la reserva, por una constatación jurídico-política más primaria: si se expande el ámbito de la ley orgánica, que es una norma que requiere un procedimiento cualificado para su aprobación, que ha de hacerse por mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto (artículo 81.2 CE), las regulaciones aprobadas con el carácter de orgánicas serían muy difíciles de modificar por el legislador ordinario, lo que conduciría a un bloqueo del ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional rechazó, con buen sentido, esta interpretación en su primera temprana Sentencia sobre la materia de 13 de febrero de 1981, en la que dijo que si se otorgara el carácter de orgánico a cualquier producto normativo se «podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan solo para supuestos pasados y excepcionales una democracia basada en mayorías cualificadas o reforzadas».

Esta primera precisión de la doctrina y del Tribunal Constitucional significaba también el rechazo de una concepción formal de la ley orgánica que permitiera asignar tal carácter a cualquier norma aprobada con las formalidades establecidas en el artículo 81.2, defendiendo en cambio una concepción material de dicho instrumento normativo, según la cual una ley orgánica solo es tal cuando regula las materias específicas que la Constitución indica.

Se despejó, por tanto, la duda sobre el alcance de la reserva de ley orgánica, en el sentido de interpretarla de modo restrictivo. A partir

809.*Contenido material.***810.***«Desarrollo» de los derechos fundamentales.***811.***El problema del bloqueo derivado de las reservas.***812.***Concepción material de la ley orgánica*

813.
«Desarrollo
directo».

de aquí la significación del concepto «desarrollo» de los derechos fundamentales y de las libertades públicas ha sido más fácil. Por una parte, derechos fundamentales y libertades públicas solo son los que se recogen en la Sección 1.^a del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (STC de 5 de agosto de 1983). Por otra, el concepto «desarrollo» debe entenderse como regulación directa de los derechos y libertades mencionados. La reserva de ley orgánica solo se refiere por tanto al «desarrollo directo de los derechos fundamentales» como precisó la STC de 22 de febrero de 1982, y han reafirmado luego otras muchas sentencias como las de 11 de junio de 1987, 5 de mayo de 1994, 1 de julio de 1999, etc.

814.
Intensidad de la
regulación.

La definición del ámbito de la reserva ha requerido, no obstante, algunas otras precisiones de la jurisprudencia constitucional. El desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas puede ser afrontado por el legislador con muy diferente intensidad y extensión, en términos de principio, o exhaustivamente, de modo absoluto y agotador o en sus aspectos básicos. En la medida en que se comprende a la reserva de ley orgánica más extensión, mayor bloqueo, se tenderá a producir en la regulación de los derechos.

815.
Regulaciones
constitucionales sin
desarrollo.

Como regla general la jurisprudencia ha interpretado la reserva de ley orgánica en el sentido de que no todos los derechos constitucionalmente consagrados requieren desarrollo legislativo; muchos de ellos son operativos directamente por obra de la Constitución, y no reclaman nada más que un complemento organizativo instrumental que posibilite su ejercicio. Esta circunstancia ha determinado que alguna doctrina postule la aplicación al régimen de las reservas de ley orgánica la idea de «complemento indispensable» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ). Este concepto que procede de la doctrina de las remisiones normativas, utilizada tradicionalmente en la relación ley-reglamento, sirve no solo para acotar la reserva en términos restrictivos, sino también para precisarla en el sentido de que la utilización de la ley orgánica no debe tener un carácter expansivo. Debe limitarse a la materia a la que se refiere y concretarse en la regulación del núcleo fundamental o esencial de la misma. Además, solo debe contener las regulaciones que la Constitución reclama de modo específico, y no otras que tienen carácter artificioso o pueden ser innecesarias. El paradigma de la interpretación que debe hacerse de la reserva de ley orgánica está todavía en la expresión de la Sentencia constitucional de 5 de agosto de 1983 que transcribimos: «La ley orgánica solo puede incluir preceptos que excedan del ámbito estricto de la reserva cuando su contenido desarrolle el núcleo originario y siempre que constituyan un

816.
Complemento
indispensable.

817.
Posición del TC.

complemento necesario para su mejor inteligencia, debiendo en todo caso el legislador concretar los preceptos que tienen tal carácter».

Considerando estas circunstancias es también fácil de comprender que la ley ordinaria puede cooperar con la ley orgánica en la regulación de las materias reservadas a aquella, siempre que la ley ordinaria se limite a completar las disposiciones de la ley orgánica sin sustituirla en lo que concierne a la ordenación del núcleo esencial de la materia reservada.

Otras materias afectadas por la reserva de ley orgánica en el artículo 81.1 de la Constitución son los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general cuya delimitación positiva es mucho más simple que la antes explicada (sobre el concepto de «régimen electoral general» STC de 16 de mayo de 1983), dado que los conceptos utilizados para definirla son mucho más precisos.

b) No obstante, la reserva en favor de los Estatutos de Autonomía suscita algunas cuestiones especiales, derivadas todas ellas de la significación jurídica y política del Estatuto como «norma institucional básica» de las Comunidades Autónomas (el artículo 147.1 CE), naturaleza que simultánea con su condición de ley orgánica del Estado.

Los Estatutos deben ser aprobados por leyes orgánicas, según el artículo 81.1 CE. Y el contenido de la reserva en favor del Estatuto está precisada en el artículo 147.2 CE que especifica que estos deben regular, al menos, lo siguiente: «a) la denominación que mejor corresponda a su identidad histórica; b) la delimitación de su territorio; c) la denominación, organización y sede de sus instituciones autónomas propias; d) las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes».

Formulada así la reserva, su interpretación ha de hacerse de un modo bastante más matizado que el utilizado anteriormente con carácter general para la reserva de ley orgánica. En el sentido siguiente: primero, la reserva estatutaria es, en algunos aspectos, mucho más penetrable por otras leyes del Estado; segundo, aquella reserva no impide que el Estatuto pueda remitir algunos aspectos de la regulación que se le ha encomendado a leyes ordinarias, sin ni siquiera disciplinar el aspecto esencial de la materia reservada; tercero, la incorporación a los Estatutos de regulaciones que quedan fuera del ámbito de la reserva es una práctica seguida entre nosotros que no ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional.

818.

Cooperación de otras normas en la regulación de la materia reservada.

819.

Reservas de Estatuto.

820.

Contenido de la reserva.

821.

Compartición de la reserva con otras leyes.

Nos referimos sucintamente a estas tres cuestiones, que serán objeto de mayor atención cuando nos ocupemos del régimen de los Estatutos de Autonomía.

1.º Aunque corresponde al Estatuto de Autonomía, según establece el artículo 147.2.d) transcrito, la determinación de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma correspondiente, ya hemos destacado en un epígrafe anterior que tal operación no se concluye siempre de modo total y definitivo en dichas normas estatutarias. Sin duda, son ellas las que con carácter general cumplen la tarea. Pero es posible que leyes estatales postestatutarias, en algunos casos específicos, contribuyan a la delimitación de las competencias. Esta peculiaridad tiene su fundamento en que respecto de determinadas materias las reservas que la Constitución hace en favor de los Estatutos de Autonomía para que fijen las competencias de la Comunidad correspondiente no son plenas. Ejemplos típicos son los previstos en el artículo 149.1.29 CE, que remite la fijación de las competencias en materia de policía a una ley orgánica, cuyas regulaciones serán las que deba tener en cuenta el Estatuto. También el artículo 152 CE, que se remite a una ley orgánica relativa al poder judicial, en cuyo marco tendrá que situarse el Estatuto para determinar las competencias que pueden corresponder a la Comunidad Autónoma en materia de Administración de Justicia. Estas remisiones no son obstáculo, sin embargo, para que los Estatutos de Autonomía puedan anticiparse a la ley a la que la Constitución se remite primariamente, fijando las competencias de la Comunidad Autónoma. Así ha ocurrido en diferentes Estatutos de Autonomía que han establecido, mediante «cláusulas subrogatorias», la competencia de la Comunidad concretándolas en «las facultades que las leyes orgánicas del Poder Judicial y de su Consejo General atribuyen al Gobierno del Estado» en relación con la Administración de Justicia (la STC 56/1990, de 20 de marzo, ha confirmado la legitimidad de estas operaciones, siempre que se limiten a la asignación de competencias en materia de «administración de la Administración de Justicia»). La Comunidad Autónoma recibe en este caso «una competencia por remisión», según indica la Sentencia citada).

En la mayor parte de los casos, sin embargo, la intervención de las leyes estatales en la precisión o delimitación final del contenido de las competencias autonómicas ocurre porque no son pocos los casos en los que los Estatutos de Autonomía apelan, justamente, a leyes estatales para indicar que las competencias autonómicas se asumen «en los términos y casos establecidos» en la ley a la que se remiten, o «sin perjuicio de» o «en el marco de» la legislación estatal. La legitimidad de la inter-

822.

Reserva de la regulación de las competencias.

823.

Contribución de otras leyes.

824.

Cláusulas subrogatorias.

825.

Reserva concurrente a la ley.

vinción postestatutaria de la ley estatal para completar la definición de las competencias autonómicas ha sido confirmada por muchas sentencias del Tribunal Constitucional a partir de la de 28 de julio de 1981, ratificada inmediatamente por las de 8 de febrero y 8 de julio de 1982, 5 de agosto de 1983. La doctrina se ha mantenido constante después (expresivamente, por ejemplo, en la STC 21/1988, de 18 de febrero).

2.º Otra peculiaridad de la reserva del Estatuto es que no suele excluir que otras leyes de carácter autonómico, completen o, incluso, sustituyan el Estatuto en la función regulatoria que el artículo 147.2 de la Constitución le encomienda. Una abstención total del Estatuto en relación con la cumplimentación de la reserva relativa al señalamiento de la «sede de sus instituciones autónomas propias» artículo 147.2.c) se ha producido en alguno de los vigentes por cuanto concierne a la fijación de la capitalidad regional, sin que se haya planteado objeción alguna que haya llegado hasta la Justicia constitucional. El encargo regulatorio lo han cumplido las leyes ordinarias por remisión en blanco del Estatuto.

La complementación de las disposiciones estatutarias mediante leyes ordinarias autonómicas es una práctica completamente extendida, que no plantea objeción alguna, siempre que al menos el núcleo de la materia reservada haya sido objeto de atención esencial por algún precepto del Estatuto.

c) Más delicadas son las rupturas de la reserva estatutaria en más, es decir, por incorporación al Estatuto de disposiciones sobre materias que no están afectadas por reserva estatutaria alguna, sino que pueden libremente ser reguladas por el legislador ordinario autonómico y, a veces, por el propio legislador estatal.

Esto último es más excepcional, pero puede plantearse y se ha planteado en la práctica. Una primera hipótesis, muy debatida en algunos momentos de la elaboración y reforma de los Estatutos de Autonomía, consiste en aprovechar la circunstancia de que los Estatutos de Autonomía son, como establece el artículo 81.1 CE, leyes orgánicas, para intentar cumplimentar desde ellos funciones normativas que la Constitución atribuye a leyes orgánicas distintas del Estatuto. Es especialmente importante el caso del artículo 150.2 de la Constitución que permite al Estado transferir o delegar a las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal. Realmente tal subsunción fuerza hasta el extremo la significación del Estatuto y malinterpreta el artículo 150.2 de la Constitución que se refiere, sin duda posible, a leyes orgánicas postestatu-

826.

Concurrencia del Estatuto y la ley autonómica en la cumplimentación de la reserva.

827.

Regulaciones de materias no reservadas.

828.

La reserva de Estatuto y la de la ley orgánica no son intercambiables.

tarias, desde luego distintas del Estatuto de Autonomía. En el caso de que se incluyera en un Estatuto alguna disposición basada en las previsiones del artículo 150.2 de la Constitución, es claro que podría modificarse sin seguir el procedimiento ordinario de reforma del Estatuto (reforzado siempre por la circunstancia de que el Estatuto es una norma semirrígida). Es decir, que la regulación basada en el artículo 150.2, aunque incorporada al Estatuto, no sería indisponible a las reformas acordadas ulteriormente por otras leyes orgánicas aprobadas por el procedimiento ordinario establecido para dichas leyes, sin tener que seguir el procedimiento fijado para la reforma de los Estatutos. Es la única forma posible de que el Estado no pierda disponibilidad sobre decisiones que el artículo 150.2 le encomienda en exclusiva.

En fin, existen otros supuestos de incorporación a los Estatutos de normas que no están comprendidas en la reserva estatutaria. Puede establecerse el siguiente catálogo de supuestos: primero, hay normas estatutarias que contienen regulaciones *per saltum* respecto de la ley estatal que es la que debería contenerlas en primer lugar, pues a ellas se remite la Constitución (art. 17 del Estatuto del País Vasco, en relación con el artículo 149.1.29 CE; también las competencias en materia de Administración de Justicia sin esperar a la regulación de la ley orgánica prevista en el artículo 152.1 CE). Segundo, hay preceptos que reproducen declaraciones constitucionales relativas, por ejemplo, a los derechos fundamentales; en ocasiones son justificables porque atienden a especialidades de dichos derechos en el ámbito territorial concreto en el que se aplica el Estatuto. Tercero, pueden encontrarse en los Estatutos normas que parecen contener mandatos dirigidos a la Administración estatal, lo que excede, sin duda, de su función de regular las instituciones de autogobierno de la Comunidad Autónoma (por ejemplo artículo 28 del Estatuto del País Vasco: «la Administración civil del Estado en el territorio vasco se acomodará al ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma»). Cuarto, hay ocasiones en las que los Estatutos asumen decisiones sobre participación en órganos, servicios o instituciones estatales. Quinto, algunos Estatutos de Autonomía prevén el contenido y el régimen de transferencia de competencias que el Estado habrá de ordenar en el futuro en beneficio de la Comunidad Autónoma. Sexto, incluso se da la circunstancia de que algunos Estatutos han regulado la forma en que un territorio no incluido en la Comunidad Autónoma a la que el Estatuto se refiere pueda incorporarse a dicha Comunidad, o a otra distinta (artículo 2.2 del Estatuto Vasco).

829.

Regulaciones per saltum de materias no reservadas.

830.

Mandatos ¿al legislador estatal?

La valoración de todo este complejo de normas no estatutarias contenidas en los Estatutos es diversa. En ocasiones no cabe ninguna objeción a la corrección constitucional de las mismas, por ejemplo, cuando regulan *per saltum*, y sin oponerse a lo que establezca en el futuro la ley estatal, materias que están reservadas en la Constitución a una norma de esta última clase. Otras veces se trata de normas que explicitan y reiteran principios que ya están en la Constitución. Las más graves y discutibles, sin embargo, son aquellas que pretenden sustituir regulaciones reservadas a la ley del Estado, o vincular al legislador estatal futuro, hipótesis estas que no son aceptables en el plano constitucional.

831.

Valoración de las regulaciones por exceso.

E) La compartición, la concurrencia y el principio de subsidiariedad como criterio relativo al ejercicio de las competencias

La técnica de las reservas, cuyas expresiones constitucionales fundamentales acabamos de estudiar, actúa habitualmente en el marco de las competencias exclusivas. Subraya la asignación monopolística de una materia a la decisión de un determinado legislador, o de una ley de características determinadas (al margen de las hipótesis en que puede jugar también en el ámbito de las relaciones de jerarquía ley-reglamento, que también hemos estudiado ya).

Por definición, la reserva es una técnica inadecuada para organizar la distribución de competencias de carácter compartido o concurrente. Aunque podría aceptarse la hipótesis de que se reserve a un determinado poder legislativo un fragmento de la facultad de legislar (*v.gr.*, la legislación básica) y otra parte de la misma a un poder distinto (*v.gr.*, la legislación de desarrollo), en tal caso siempre necesitaría reconocerse que ambos fragmentos de la potestad legislativa están atribuidos en exclusiva al órgano legislativo correspondiente. En cambio, cuando la potestad legislativa es verdaderamente compartida o concurrente (al menos cuando lo es en un sentido imperfecto, como suele advertir la doctrina alemana), es posible que la habilitación para legislar sobre una determinada materia se haga sin mediar una reserva plena. En la Ley Fundamental de Bonn existe todo un bloque de competencias concurrentes (artículo 74) construido técnicamente sobre la base de que los *Länder* tienen competencia para legislar en tanto que no lo haga la Federación.

832.

Inadecuación de la técnica de la reserva en las relaciones concurrentes.

El dominio en el que actualmente se produce con más frecuencia esta compartición imperfecta de competencias es el de las relaciones

833.

La comparticipación imperfecta.

entre la Unión Europea y los Estados miembros. Se organiza este reparto sobre la base de que es admisible la existencia de legislación estatal reguladora de un determinado sector o materia, hasta tanto la Unión aprueba sus propias normas, que tienen el efecto de desplazar la legislación estatal en el momento en que entran en vigor o ganan eficacia.

834.

Sobre la necesidad de la norma superior.

Esta clase de reparto de competencias legislativas plantea un serio problema de ordenación, consistente siempre en ponderar en qué medida es necesaria la regulación de la instancia territorial superior, cuando puede ser suficiente la establecida por la inferior. El problema se suscita en la relación Comunidad Europea/Estados, pero también, con los mismos fundamentos, en la relación Estado/Comunidades Autónomas o Estado y Comunidades Autónomas/Corporaciones locales. El criterio de ordenación del ejercicio de las competencias más reiteradamente invocado para resolver estos problemas es el principio de subsidiariedad. Dicho principio más que una regla sobre reparto de competencias, resulta ser un criterio al que adecuar su ejercicio.

835.

La subsidiariedad: evolución.

La aplicación de la subsidiariedad para conjugar el ejercicio menos estridente posible de competencias repartidas en régimen de participación o de concurrencia, es conocida desde antiguo. Existen precedentes en el primer constitucionalismo norteamericano, por no señalar otros visibles en sistemas jurídicos anteriores. Pero su desarrollo en el siglo xx está relacionado, por un lado, con las iniciativas de los poderes públicos en relación con las necesidades sociales, a efectos de decidir si deben limitarse a lo preciso para cubrir aquellas a las que la acción individual o colectiva privada no alcanza (sobre estos equilibrios empiezan a pronunciarse las Encíclicas papales a partir de la *Quadragesimo anno* de 1931) y, por otro lado, a los efectos de armonizar el ejercicio de las competencias repartidas entre instancias territoriales superiores de carácter federal y otras inferiores (en este dominio se utiliza por el federalismo alemán en cuanto que empieza a reconstruirse en las postrimerías de la segunda gran guerra europea del siglo xx).

836.

Aplicaciones y desarrollos en el Derecho comunitario.

Las invocaciones actualmente más frecuentes del principio de subsidiariedad se han estado produciendo en el marco del Derecho comunitario y, en concreto, en relación con el ejercicio de las competencias de las instituciones comunitarias. Los problemas que se tratan de resolver son algunos de los más graves que resultan del complejo sistema de reparto de competencias entre la federación y los Estados miembros. Desde los tratados constitutivos de las Comunidades europeas, se ha aplicado a dicho reparto el denominado método Monet o funcional de reparto de competencias, basado en dos reglas: según la

837.

Las deficiencias del método funcional de reparto de competencias.

primera, las competencias son siempre de atribución, lo que determina que la competencia de carácter original y residual pertenece siempre a los Estados. La segunda se basa en una configuración finalista de la competencia, que permite a la Comunidad desarrollar todas las políticas que convengan para la consecución de sus fines. Desde esta posición de partida, las competencias comunitarias europeas no han dejado de aumentar desde que las instituciones se fundaron, bien por la vía de las modificaciones de los tratados, bien mediante el empleo de la cláusula que se estableció en el artículo 235 del Tratado CEE que habilitaba las expansiones de las atribuciones comunitarias siempre que se adecuaban a los fines que la Comunidad persigue. Pero ni el contenido original de las competencias ni sus ampliaciones quedaron claramente recogidos en un texto que las describiera y organizara de un modo sistemático. Esta circunstancia dificultó progresivamente la calificación de las competencias de las instituciones como exclusivas o compartidas, y sus relaciones con las reservadas a los Estados miembros. Todo lo cual ha servido para potenciar la confusión, la complejidad y el casuismo, la asistematicidad en el reparto de poderes, los riesgos de colisión entre las decisiones estatales y comunitarias, etc.

Lo ideal para salir de esta confusa situación sería replantear entero el sistema de reparto de competencias y cambiar el viejo método. Pero una sustitución total del mismo resultó inviable durante decenios. En este contexto empieza a invocarse el principio de subsidiariedad como una alternativa que, de no arreglarse el reparto de competencias establecido para superar sus deficiencias, permitiría hacer más racional su ejercicio evitando conflictos, el crecimiento continuo de las atribuciones de la Comunidad y también para reducir los temores de los Estados a que algunas de sus viejas atribuciones soberanas terminaran diluidas en el poderoso caldo de cultivo del que se alimentaban las instituciones europeas.

Al principio de subsidiariedad se alude, tal vez por primera vez, en el informe Tindemans de 1976. El Parlamento Europeo lo incorporó también al proyecto de Tratado de 1984, cuyo artículo 12. A lo utilizó para traducir a términos regulados el crecimiento progresivo de las competencias comunitarias, de modo que estas solo fueran ejercitables cuando de la acción de la Comunidad resultaba algún valor añadido a la acción aislada de los Estados. El Acta Única Europea es el primer tratado comunitario que positiviza el principio de subsidiariedad aplicándolo en materia de medio ambiente (artículo 130. R: «La Comunidad actuará en los asuntos de medio ambiente en la medida

838.

El problema de la delimitación de las competencias.

839.

El principio de subsidiariedad como paliativo.

840.

La invocación del principio en los textos comunitarios.

en que los objetivos contemplados puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente»).

841.

La vinculación con el principio de proporcionalidad.

En los años ochenta la presión de los Estados a favor de la aplicación del principio de subsidiariedad empezará a manifestarse de múltiples maneras. Por un lado, a falta de reconocimiento expreso y general en los tratados, tanto la doctrina como diversas instituciones consideran que el principio de subsidiariedad está efectivamente consagrado en el Derecho comunitario ya que no es sino un componente o derivado del principio de proporcionalidad que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia consideraba un principio general. En el ambiente político y jurídico de los Estados miembros la invocación del principio de subsidiariedad se convirtió también en una especie de símbolo de las reformas imprescindibles de las prácticas de las instituciones europeas. Los presidentes de los *Länder* alemanes aprobaron en 1987 el *zehn punkte programm*, donde se reclama que no se atribuya a la Comunidad más competencias que las imprescindibles, inspirándose para decidir cuáles lo son en una valoración basada en el principio de subsidiariedad. En un encuentro de Delors con los representantes de los *Länder* alemanes en 1988 se manejó reiteradamente idéntico criterio de ordenación. En el mismo año de 1988 se produce un famoso discurso de la primera ministra británica Sra. Thatcher, en Brujas, sobre los excesos del proceso de concentración y centralización que se está produciendo en la Comunidad. Y, en fin, un informe de Giscard D'Estaing de 1990 también apela, entre otras ideas reformistas, al principio de subsidiariedad, que considera imprescindible para las reformas.

842.

La consagración definitiva en el TU de 1992.

La opinión estaba madura para que el Tratado de la Unión, aprobado en Maastricht en 1992, recogiera el principio de subsidiariedad elevándolo a la categoría de criterio a seguir respecto del ejercicio de las competencias comunitarias de carácter compartido con los Estados miembros. El artículo 3. B del citado Tratado de la Unión estableció al respecto que «En los ámbitos que no sean de competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, *solo en la medida* en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario». El precepto concluía con la determinación de que «Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

Una Comunicación de la Comisión de 27 de febrero de 1992 y el Consejo, celebrado en Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992, desarrollaron y aclararon el sentido en que las instituciones debían entender y aplicar el principio de subsidiariedad.

El principio de subsidiariedad no es, según insisten los citados y otros documentos comunitarios, una nueva regla de reparto de competencias, sino relativa a su ejercicio. Cuando las competencias son exclusivas de la Comunidad, las instituciones tienen que decidir *en qué casos deben actuar y qué dimensiones debe tener su acción*. La definición de las competencias exclusivas no siempre está clara en los tratados, pero cabe reconocer a las instituciones un margen de apreciación al usarlas. Cuando las competencias no son exclusivas, sino compartidas o concurrentes, el principio de subsidiariedad impone el deber de no actuar si con la intervención de la Comunidad no puede obtenerse un valor añadido al que pueda resultar de la intervención de los Estados. La actuación comunitaria tiene que hacerse, por tanto, comparando su eficacia con la que tendría la de cada uno de los Estados miembros y la necesidad de aquella acción. Pueden servir de fundamento la valoración del efecto de escala de la acción, los costes de la inactividad, los límites de la intervención a escala nacional y otros propósitos semejantes. Cuando se aprecie la existencia de un plusvalor en la acción europea esta puede emprenderse, pero, usando siempre criterios de proporcionalidad y buen sentido. La aplicación de la regla de subsidiariedad impone, por tanto, que la Comunidad se abstenga de actuar y, si actúa porque resulte conveniente de acuerdo con las ponderaciones indicadas, habrá de motivar los fundamentos de su actuación. Estos criterios afectan también a los instrumentos normativos a emplear para el desarrollo de cada decisión o política, a efectos de utilizar en cada caso los que dejen a los Estados un margen de participación más amplio: en igualdad de condiciones son, por ello, preferibles las directivas a los reglamentos, y las directivas marco a las detalladas. Es igualmente preferible recurrir a técnicas de cooperación.

Un «Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad», establecido en 1997 con el Tratado de Ámsterdam, codificó este complejo de principios aplicativos. El apartado 3 del Protocolo establece la siguiente regla en su inciso final: «El principio de subsidiariedad ofrece *una orientación acerca de cómo deben ejercerse esas competencias a nivel comunitario*. La subsidiariedad es un concepto dinámico y debe aplicarse a tenor de los objetivos que señala el Tratado. Permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se aplique cuando las circunstancias así lo exijan

843.

Distinción entre competencias exclusivas y compartidas.

844.

La subsidiariedad no es un criterio de reparto de competencias sino relativo a su ejercicio.

845.

El Protocolo del Tratado de Ámsterdam de 1997 sobre la subsidiariedad.

e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada». No añadió, sin embargo, nada el Tratado de Ámsterdam a la falta de previsión de garantías efectivas para los casos de incumplimiento de la regla de la subsidiariedad, ya observadas por los comentaristas en el Tratado de la Unión. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se pronunció en este período sobre las infracciones del principio de proporcionalidad no dejó de reconocer a las instituciones un amplio margen de discrecionalidad para decidir (Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1996 y 13 de mayo de 1997).

846.

Jurisprudencia
del T.J.

847.

La subsidiariedad
en el Tratado-
Constitución
de 2004.

El fracasado Tratado relativo a la Constitución Europea de 2004 estableció una regulación más detallada para garantizar la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En el Protocolo relativo a estos principios se preveía que la Comisión tuviera que motivar sus propuestas para evaluar su adecuación a dichos principios.

848.

Centralidad de la
subsidiariedad.

La mejor organización, técnica y sistemática, del reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros que pretendió el Tratado relativo a la Constitución Europea de 2004 reconoció la centralidad del principio de subsidiariedad.

3. EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA

A) Precedentes y transformaciones del principio. Su significación

La cláusula recogida en el artículo 149.3 CE según la cual «La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas», procede con toda seguridad, y casi literalmente, de lo que establecía el artículo 21 de la Constitución republicana de 1931: «el derecho del Estado español —establecía— prevalece sobre el de las regiones autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas en sus respectivos Estatutos».

849.

Regulación
en la CE.

850.

Presencia en otros
ordenamientos
federales.

Pero el principio en cuestión no es, desde luego, una singularidad de nuestro régimen de descentralización política, tan peculiar en otras cosas, sino una regla asentada en la práctica totalidad de los Estados federales con formulaciones de semejante rotundidad. En la Ley Fundamental de Bonn se dice que el Derecho federal prima sobre el de los Estados, lo «rompe» (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). La Constitución norteamericana recoge en su artículo VI una *supremacy clause* que ordena la aplicabilidad del Derecho federal sobre el de los Estados, de

modo que en caso de conflicto este último queda desplazado y el espacio normativo ocupado (*preemption*) por el Derecho federal.

Aun antes de que las primeras Constituciones federales fueran aprobadas, la regla de la primacía de unas normas sobre otras tuvo una enorme importancia, que ya hemos subrayado en algunos apartados anteriores, para determinar las relaciones entre el Derecho común y los Derechos locales. La incorporación en la Edad Media del Derecho Romano en ámbitos territoriales dominados por los Derechos locales, o la formación ulterior de un Derecho común en base a la legislación regia, con las mismas pretensiones de aplicación general, determinaba la necesidad de elegir entre unas y otras normas cuando contenían regulaciones contradictorias. Hasta la etapa de la codificación tales conflictos no se resolvieron aplicando siempre el criterio de la *lex posterior* y la técnica de la derogación, sino la de la aplicación preferente de unas normas sobre otras, elegidas mediante ponderaciones e interpretaciones que dieron en su tiempo gran poder a la jurisprudencia y a la doctrina.

Pero al margen de estos precedentes históricos, difícilmente paragonables con las aplicaciones posteriores de la técnica de la primacía, las cláusulas constitucionales que declaran la aplicación preferente de unas normas sobre otras aparecen en Europa con las primeras Constituciones de carácter federal.

En la Constitución suiza de 29 de mayo de 1874, basada en una organización federal, se aceptaron algunas formas de control de la constitucionalidad de las leyes, pero referidas únicamente a las leyes cantonales, no a las federales. Justamente el parámetro de control de la constitucionalidad no será directamente la Constitución sino las leyes de la Federación. Uno de los recursos existentes para garantizar la primacía de la Constitución, en los supuestos de conflictos de competencias entre la Federación y los cantones, era la denominada reclamación de Derecho Público. Para resolverlo se tomaba como referencia principal lo establecido en el Derecho estatal, más que en la Constitución misma. Aunque la resolución de esos conflictos se atribuyó de forma concentrada al Tribunal Federal, se aceptó también como obligación de los tribunales ordinarios dejar sin aplicación el Derecho cantonal cuando apreciaban que contradecía lo establecido en el Derecho federal. Ello suponía establecer un cierto control difuso de la constitucionalidad, atribuido a cualquier tribunal, en virtud de la cláusula de primacía del Derecho de la Federación que consagraba la Constitución misma (*Bundesrecht bricht kantonales recht*).

851.

La experiencia de la confrontación del Derecho Romano con los Derechos locales.

852.

La singularidad constitucional suiza: primacía de la ley federal.

853.

Alemania: la influencia del principio en la creación de la justicia constitucional.

En la Constitución alemana de 1871 y en la ulterior de 1919, también se recogió la misma regla de primacía del Derecho de la Federación sobre el de los *Länder*. Tenía, dicha cláusula, una dificultad aplicativa no pequeña, radicada en la inexistencia, en el ámbito de ambas Constituciones, de un sistema de garantías jurisdiccionales frente a su vulneración. Ninguna de las dos Constituciones había regulado la justicia constitucional, ni creando un tribunal específicamente encargado de administrarla, ni atribuyéndola de modo difuso a todos los órganos judiciales. Solo a partir de una importantísima Sentencia del *Reichsgericht* de 5 de noviembre de 1925, se interpreta la Constitución en el sentido de que los jueces pueden conocer de la validez de las leyes del *Reich* cuando contradicen reglas contenidas en la Constitución («la Constitución del *Reich* —decía la Sentencia— no contiene ningún precepto en virtud del cual la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes del *Reich* fuera sustraída a los tribunales ni transferida a otra instancia, hay que reconocer el derecho y el deber del juez de controlar la constitucionalidad de las leyes del *Reich*»).

En el período de vigencia de la Constitución de Weimar el control jurisdiccional de las leyes se practicó utilizando las previsiones del artículo 13.2, que se refería, por una parte, al control del Derecho de los *Länder* y, por otra, a los conflictos constitucionales entre estos y el *Reich*.

854.

La prevalencia como superioridad jerárquica del Derecho federal.

La primera fórmula de control se practicaba aplicando la cláusula de prevalencia, que ahora nos está interesando, del Derecho del *Reich* sobre el de los Estados que proclamaba el artículo 13. La primacía se entendía como la expresión de la superioridad plena del *Reich* sobre los *Länder* (entre la doctrina de la época domina la opinión de ANSCHÜTZ en el sentido de que la «primacía del Derecho del *Reich* sobre el Derecho de los *Länder* es tanto presupuesto como consecuencia de la superioridad del *Reich* sobre los *Länder*. Las normas del Derecho del *Reich* son, comparadas con las del Derecho de los *Länder*, normas de superior rango...»). Como consecuencia, toda ley federal llevaba consigo la inmediata derogación y anulación de cualquier norma de los *Länder*, dictada con anterioridad, que se le opusiera. Con la misma fuerza, el principio impedía que los *Länder* pudieran dictar normas posteriores sobre la misma materia. Dichas normas no quedaban simplemente desplazadas o inaplicadas, perdiendo sus efectos, sino que incurrían en invalidez de modo que quedaban fuera del ordenamiento jurídico, sin que pudieran recuperar su vigencia por el simple hecho de la ulterior modificación o derogación del Derecho federal. Incluso estaba vedado a las leyes de los *Länder* interpretar, reiterar o confir-

855.

Derogación o anulación de la ley contraria.

mar reglas de Derecho contenidas en la legislación federal, a los efectos de preservar la identidad de esta.

Estas fórmulas depurativas resultaban enormemente eficaces desde el punto de vista de la certeza del Derecho y de la identificación de la norma jurídica vigente y aplicable. La seguridad jurídica ganaría todavía más posiciones en la medida en que las declaraciones resolutorias de los conflictos se atribuyeran en exclusiva al Tribunal del *Reich*. En este sentido progresaron las garantías durante el período de Weimar.

Pero el principio de primacía, tal y como figura en las primeras Constituciones alemanas y se aplica por los tribunales en la práctica, tenía como presupuesto que las leyes de la Federación no eran susceptibles de ningún control de constitucionalidad. Este solo se refiere a las leyes de los *Länder*, con ocasión de conflictos de competencias. El test o parámetro para resolver estos conflictos no es, entonces, directamente, la Constitución, sino las propias leyes de la Federación. Solo con el tiempo y el trabajo de los tribunales, empezó a aceptarse también un control de las leyes de la federación para verificar su adecuación al sistema de reparto de competencias establecido en la Constitución. Pero a partir de este momento el automatismo del principio de primacía empezó a decaer.

Esta minusvaloración de la capacidad de ordenación y de la seguridad jurídica derivados del principio de primacía se hará mucho más visible en el constitucionalismo austríaco. Las Constituciones austríacas del siglo XIX, especialmente la de 1867, no habían recogido el principio de primacía, de modo que no era posible un control por esta causa de la legislación de los *Länder*, tal y como se había hecho en Suiza y Alemania. Esta misma carencia justificó diversos debates políticos y doctrinales al final del siglo XIX y primeros años del siglo XX. Pero, a la postre, la Constitución de 1920 no recogerá el principio de primacía, justamente por razón de su creciente falta de prestigio y, en buenos principios constitucionales, por razón de su inutilidad, sobre la que argumentará brillantemente H. Kelsen.

Lo que Kelsen pondrá de manifiesto es algo tan simple como que en los sistemas federales las relaciones entre los legisladores se ordenan sobre la base del principio de competencia, de manera que si se produce alguna colisión entre normas es perfectamente resoluble en favor del legislador competente. No es que prevalezca incondicionalmente una entre dos normas válidas. Es que una de las dos normas que colisionan es inválida porque su autor se ha extralimitado en sus competencias. Supuesto que este reparto de competencias está concluido en

856.

Ventajas para la seguridad jurídica y la certeza del Derecho.

857.

La exclusión de control de las leyes federales.

858.

La exclusión de la primacía en la Constitución austríaca.

859.

Kelsen: la aplicación del principio de competencia excluye la primacía.

la propia Constitución y es básico para el equilibrio del sistema federal, si se reconociera la primacía incondicionada de las normas federales sobre las estatales se estaría sembrando el germen de la destrucción del sistema mismo. Si, en efecto, cualquier ley federal desplazara las normas estatales y fuera aplicable preferentemente aun en casos de incompetencia del legislador federal, se estaría admitiendo que este puede alterar las reglas constitucionales de distribución de competencias o, lo que es lo mismo, que puede desconocer y modificar la Constitución. Tal sería la consecuencia de la aplicabilidad del principio de prevalencia como una presunción incondicionada en favor de la validez de las normas federales.

860.

La cláusula de prevalencia no permite la modificación del orden de competencias.

Así debe entenderse la significación de la cláusula de prevalencia porque, de aceptarse la otra versión, se estaría contradiciendo radicalmente el valor supremo de la Constitución como norma, que podría ser vulnerada, en cuanto al reparto de competencias, por simples leyes ordinarias. Como hemos visto esta superioridad de la ley federal sobre la de los *Länder* o cantones se aceptó en las Constituciones alemanas y suiza, en un período histórico en que la ley federal era incontrolable jurisdiccionalmente y, por ello mismo, tenía fuerza para modificar la propia Constitución.

861.

La función resolutoria de conflictos del TC.

Pero cuando existe un Tribunal Constitucional al que se confía la defensa de la integridad de la Constitución y la depuración del ordenamiento jurídico de todas las normas que la contradigan, los conflictos no tienen por qué resolverse ni presumiendo ni primando la aplicación de las leyes federales. Se aplicarán o no si son válidas, lo que dependerá de que el legislador federal sea o no competente, juicio que no se basará en presunción alguna sino en la contrastación de la norma con los contenidos de la Constitución, llevada a cabo por el Tribunal Constitucional. En conclusión, pues, la colisión entre normas se debe resolver de muy diferente manera si existiese un Tribunal Constitucional con competencia para enjuiciar y anular las leyes federales.

Sobre estas bases se produjo la crítica de KELSEN al principio de prevalencia. Para KELSEN «el verdadero respeto a la idea federalista, que ha encontrado su expresión en la Constitución general del Estado, exige que el Derecho de la federación rompa tan poco el Derecho de los *Länder* como el Derecho de los *Länder* el del Estado, y que los dos sean juzgados en sus relaciones recíprocas igualmente conforme a la Constitución general que delimita su ámbito respectivo. Un acto jurídico de la federación que, excediéndose del límite que le fije la Constitución general, invada el dominio constitucionalmente garantizado a los Estados miembros no debe tener más valor jurídico que el acto de

862.

Equiparación de rango y eliminación de la significación jerárquica del principio de prevalencia.

un Estado miembro que violara la competencia de la federación. Este principio es el único que responde a la esencia del Estado federal, y no puede ser aplicado sino por un Tribunal Constitucional». La contundencia del argumento y la influencia del propio Kelsen contribuyeron a que la Constitución austríaca de 1920 no recogiera, como hemos dicho, la cláusula *Bundesrecht bricht Landesrecht*. Todo se resuelve en el orden de las competencias, en definitiva, y el Tribunal Constitucional está para asegurarlo. Nótese que la reacción de Kelsen es contra la idea de que el orden constitucional pueda alterarse o violentarse mediante leyes federales, que redistribuyan las competencias que la Constitución ha asignado. Es el Tribunal Constitucional, quien, como «legislador negativo», debe depurar el ordenamiento anulando todas las leyes que contradigan el reparto constitucional de competencias. El argumento se convierte así en un alegato a favor de la existencia de un Tribunal Constitucional con plenitud de atribuciones (es explícito el autor citado en este punto: según él, con la consideración de que el principio de prevalencia del Derecho federal sobre el de los Estados es esencial al Estado federal, se ha «ocultado la necesidad de un Tribunal Constitucional para ese Estado»).

863.

Justificación del Tribunal Constitucional.

Las transformaciones que ha sufrido la significación constitucional de la cláusula de primacía indican de un modo concluyente que la interpretación de lo establecido en el artículo 149.3 de la Constitución de 1978 debemos hacerla teniendo en cuenta su significación en los sistemas federales actuales. Seguramente esta afirmación es bastante obvia pero, al formularla, queremos destacar que tal y como quedó establecida hace imposible utilizarla conforme a dos interpretaciones alternativas, que de vez en cuando, alguna doctrina trata de activar, relativas a la significación de la cláusula de prevalencia: una de ellas es incardinarla en el momento histórico, ya superado, en el que el Derecho de la Federación se consideraba superior al de los Estados miembros, hasta el punto de que la constitucionalidad de las leyes de estos se analizaba confrontándolas con el propio Derecho de la Federación, y no directamente la Constitución misma. En el constitucionalismo actual, tanto español como comparado, la regla dominante no es aquella de la superioridad de unas leyes sobre otras, sino la que exige medir su validez y plenitud de efectos, cualquiera que sea el legislador que las dicte, de conformidad con el reparto constitucional de competencias legislativas.

864.

La opción constitucional por una significación específica de la prevalencia y exclusión de otras.

La otra opción consistiría en seguir la interpretación que estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la significación de la cláusula de prevalencia recogida en el artículo 21 de la misma, consi-

865.

Los antecedentes de la Constitución de 1931 no ayudan a la interpretación del artículo 149.3 CE.

derando que su redacción era prácticamente idéntica a la que hoy contiene la misma cláusula en el artículo 149.3. La razón principal en que puede apoyarse este rechazo es bien simple: la influencia de las concepciones doctrinales dominantes en la primera época del constitucionalismo weimariano sobre la superioridad incondicionada del Derecho de la Federación, está presente sin duda en la jurisprudencia (por demás, escasa) dictada por el mencionado Tribunal de Garantías. Bastará a este propósito con recordar que una de las más señaladas aplicaciones del principio de prevalencia, que es la que llevó a cabo la Sentencia de 8 de junio de 1934, aceptó la existencia de una presunción a favor de la superioridad del Derecho del Estado en los casos en que el reparto de competencias no ofreciera resultados claros respecto del alcance exclusivo de la competencia autonómica en conflicto. Según el Tribunal, «el artículo 21 (de la Constitución de 1931) al establecer que «el derecho del Estado español prevalece sobre el de las regiones autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas en su respectivo Estatuto», atiende al momento dinámico de la relación en el cual se hace necesario afirmar una primacía con ocasión de un conflicto que es preciso decidir. Así, cuando la duda surge acerca de si una materia ha sido o no atribuida a la exclusiva competencia regional, la presunción jurídica a que en última instancia hay que apelar se muestra favorable al Estado».

No reconoce el Tribunal de Garantías que la prevalencia implique una preferencia incondicionada del Derecho del Estado, pero parece aceptar que existe una presunción de legitimidad de sus decisiones legislativas que exige resolver los conflictos en su favor, aun a despecho de una indagación exhaustiva sobre el reparto constitucional de competencias.

B) Ámbito y efectos del principio de prevalencia

El artículo 149.3 de la Constitución que proclama la prevalencia de las normas del Estado sobre las de las Comunidades Autónomas debe incardinarse, por consiguiente, en el marco estricto del reparto de competencias en favor de una y otras instancias territoriales. De esta manera, su aplicación tiene que ajustarse a las siguientes pautas:

— Para resolver los conflictos entre normas que puedan plantearse hay que estar, en primer lugar, a las reglas sobre reparto de competencias. Si estas normas son, por sí mismas, suficientes para resolver el conflicto, el principio de prevalencia no tiene ninguna función. Por ejemplo, si una Comunidad Autónoma dicta una ley sobre una materia de la exclusiva competencia del Estado, no será preciso utilizar el prin-

866.

Criterios de aplicación.

867.

La aplicación primaria de las reglas de competencia.

cipio de prevalencia para determinar la aplicación de las normas estatales en conflicto; esto resulta ya del régimen de la competencia que, al ser exclusiva del Estado, presupone que ninguna Comunidad Autónoma puede dictar normas válidas sobre la misma cuestión.

En este sentido, debe rechazarse que la prevalencia se funde en ninguna clase de supremacía o distinta posición de rango (como se defendió y ocurría en los federalismos europeos en el siglo XIX y primeros del siglo XX) del Derecho del Estado (un intento de construcción de los fundamentos constitucionales de esta supremacía, apoyándose fundamentalmente en la posición que confiere al Gobierno el artículo 161.2 CE, puede verse en el voto particular al Auto del Tribunal Constitucional 30/2003).

— El principio de prevalencia opera en el marco de la distribución de competencias también en el sentido de que no puede entenderse como una regla privilegiada de competencia que cubra todos los excesos que el Estado pueda cometer vulnerando la distribución contenida en la Constitución. Para que las normas del Estado tengan el efecto de prevalecer (y lo mismo las de las Comunidades Autónomas sobre las del Estado, cuando se producen en materias de la competencia exclusiva de aquellas) es requisito indispensable que hayan sido dictadas en materia de su competencia. En otro caso, las normas son inválidas, y así lo declarará el Tribunal Constitucional. El principio de prevalencia no justifica que el Estado o las Comunidades Autónomas puedan vulnerar el orden constitucional (y la distribución de competencias forma parte del mismo). Sin competencia, en fin, no hay prevalencia posible. Es inexacto afirmar, por tanto, que la regla de la prevalencia consagra una presunción general de competencia a favor del Estado (en este sentido apuntaba, por cierto, la Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 8 de junio de 1934, ya referida). La competencia o incompetencia del Estado es siempre verificable por el Tribunal Constitucional empleando las determinaciones de la Constitución.

— Como acabamos de decir, cuando la colisión de normas se produce en relación con la regulación de una materia que es de competencia exclusiva del Estado, no es preciso recurrir al principio de prevalencia para resolver el conflicto. De las propias reglas de competencia resulta ya que la norma autonómica es nula por incompetencia. Siendo así, los supuestos típicos en que el principio de prevalencia está llamado a operar son aquellos en que, al igual que hemos visto en Derecho comparado, pueden producirse normas válidas del Estado y de las Comunidades Autónomas en relación con una misma materia. Es decir, en los casos en que existan competencias concurrentes. Esta

868.

Exclusión de la superioridad de rango.

869.

El efecto de prevalecer presupone ejercicio legítimo de la potestad legislativa.

870.

Innecesidad de apelar a la prevalencia en supuestos de competencias exclusivas del Estado.

conurrencia de normas puede producirse, no solo cuando se emplean idénticos títulos competenciales para regular una misma materia, sino también cuando regulaciones que tienen un objeto material distinto se solapan o coinciden en algunos aspectos, situación que es difícil evitar en la práctica, dada la difícil concreción del contenido de cada materia y su separación neta de las demás. Cuando dos normas contradictorias han sido dictadas con competencia suficiente para hacerlo y, sin embargo, sus contenidos son contradictorios, las reglas ordinarias de competencia no resuelven cuál de las dos se deben aplicar, porque las dos son válidas. Hace falta la utilización entonces de un principio de relación entre normas distinto, que permita imponer los contenidos de las disposiciones válidas, permitiendo la aplicación de una en perjuicio de la otra: esta es la función propia del principio de prevalencia.

871.

El ámbito de lo concurrente.

872.

Los ejemplos en los casos de competencias con incidencia territorial.

Este tipo de conflictos son más habituales en relación con el ejercicio de competencias estatales y autonómicas que tienen incidencia territorial, que en ningún otro ámbito. A este problema específico se ha referido el Tribunal Constitucional en diferentes ocasiones, sosteniendo, por ejemplo, que «el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma» (STC 56/1986); en sentido semejante ha dicho que la competencia que tienen las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio «no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que este haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio» (STC 149/1991). Pero, lo que nos importa ahora es subrayar que el Tribunal Constitucional, en último término, cuando concurren dos decisiones normativas válidamente adoptadas, aun en el caso de competencias exclusivas, resuelve el conflicto afirmando que «la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente» (SSTC 77/1984 y 40/1998).

873.

Supuestos de competencia exclusiva de las CC.AA.

— El principio de prevalencia juega también, por indicación expresa del artículo 149.3, en los casos en que las Comunidades Autónomas hacen uso de sus competencias exclusivas. Así como una norma territorial relativa a una cuestión de la exclusiva competencia del Estado es nula por incompetencia, no siempre se da en nuestro sistema la proposición inversa; después de constituidas las Comunidades Autónomas pueden seguirse produciendo normas estatales válidas sobre materias que pertenezcan a la exclusiva competencia de alguna de ellas. Esto no se explica porque el Estado no tenga competencias tasadas y sean universales, sino por la diversa extensión y contenido

posible de las competencias de las diferentes Comunidades Autónomas que permite al Estado retener atribuciones en relación con unos territorios de las que carece en relación con otros. Es fácilmente comprensible por ello que el Estado pueda dictar normas generales basándose en las atribuciones que le restan, aunque las materias sobre las que versan sean en algún territorio de competencia exclusiva de una Comunidad Autónoma (*vid. infra*, inmediatamente, sobre el principio de supletoriedad). De aquí puede derivar que una norma estatal tenga un contenido contradictorio con otra autonómica y que las dos sean válidas, aunque la autonómica haya sido dictada en ejercicio de competencias exclusivas. Las reglas competenciales no depuran inmediatamente este conflicto, hace falta también el empleo de algún principio adicional que coadyuve a hacer incuestionable la aplicabilidad de la norma autonómica; por ello es razonable que el artículo 149.3 de la Constitución apele también en estos casos al principio de prevalencia.

Lo que acontece en estos supuestos es que hay una concurrencia real de normas válidas que se resuelve a favor de la norma territorial. Parecido fenómeno se da con todo el Derecho estatal prestatutario. Antes de que las Comunidades Autónomas utilicen sus competencias exclusivas ya habrá normas estatales válidamente formadas que concurren en la regulación de las materias que han pasado a la disponibilidad exclusiva de los territorios autónomos. Es preciso, por tanto, dotar a las normas autonómicas de fuerza suficiente para que puedan desplazar a este Derecho estatal válido; de las reglas de competencia no resulta sin más esa fuerza, que el principio de prevalencia coadyuva a complementar. El mismo fenómeno, pero justamente en sentido inverso, se da cuando emergen estructuras federales que unifican organizaciones políticas antes dispersas. El Derecho federal naciente, aunque se dicte sobre materias de exclusiva competencia de la Federación, se encontrará ordinariamente con un Derecho territorial preexistente al nuevo sistema que tendrá que desplazar. En definitiva, lo que ocurre es que hay una situación de concurrencia transitoria que culmina en la exclusividad cuando el sistema político nuevo se estabiliza.

— Al margen de los supuestos anteriores, el principio de prevalencia puede tener alguna aplicación para resolver en los casos más dudosos acerca de la norma aplicable, entre las que están en conflicto, de manera inmediata y provisional, hasta tanto decide el Tribunal Constitucional. Puede ser el caso, por ejemplo, de normas dictadas para casos de urgencia que exigen la adopción de decisiones inmediatas u obligar a los ciudadanos a seguir determinados comportamientos. Unos y otros están obligados, al acatamiento de la Constitución, pero

874.

Razones de la persistencia de la competencia estatal.

875.

Concurrencia de normas válidas de carácter transitorio.

876.

Elección provisional de la norma aplicable.

no siempre es discernible por sus aplicadores la constitucionalidad de una norma ni evitable su cumplimiento hasta que la instancia jurisdiccional competente decida sobre su validez.

877.
La prevalencia
se refiere a
las «normas».

— El efecto de primar o prevalecer se predica en el artículo 149.3 de la Constitución de las «normas». En otros ordenamientos se habla del «Derecho», concepto más amplio y comprensivo, como es notorio. Es claro, no obstante, que la prevalencia beneficia no solo a las leyes, sino también a las normas puramente reglamentarias. Un reglamento, en efecto, prevalece, sin duda, incluso sobre las leyes, cuando ha sido dictado con competencia y se dan los demás requisitos que hemos venido examinando.

878.
Efectos:
desplazamiento y
ocupación.

— Cuestión decisiva es también la de determinar los efectos de la prevalencia. En los análisis doctrinales y jurisprudenciales sobre la aplicación de dicho principio, es habitual reconocerle dos principales: el desplazamiento de las normas territoriales en conflicto y la preclusión o cierre del espacio ocupado por la norma prevalente (*preemption* en la doctrina norteamericana, *Sperrwirkung*, en la doctrina alemana) de modo que no pueda ser ulteriormente objeto de normas procedentes del legislador desplazado. Esta pareja de efectos los produce también, indudablemente, en nuestro sistema, la aplicación de la cláusula de prevalencia del artículo 149.3. Las normas de las Comunidades Autónomas en conflicto con las del Estado dejan de aplicarse y, además, no pueden dictarse otras posteriores que contradigan lo establecido en la norma estatal.

879.
Desplazamiento,
nulidad y
recuperación
de la eficacia.

Pero lo anterior deja, al menos, dos problemas de primer orden pendientes de resolver: primero, si la inaplicación de las normas desplazadas conlleva también su nulidad o, por el contrario, implica una pérdida de efectos que no repercute sobre su vigencia, de modo que una vez derogada o modificada la norma del Estado que ocluye la aplicación de la norma autonómica esta pueda recuperar su plena eficacia. Segundo, si la aplicación del principio de prevalencia tiene que ser hecha por el Tribunal Constitucional necesariamente o también tienen competencia los tribunales ordinarios para decidirla.

Nuestro criterio es el siguiente:

880.
Claridad, seguridad
y efectos
anulatorios.

1.º Respecto de las consecuencias jurídicas del desplazamiento, es necesario partir de la evidencia, a la que ya nos hemos referido en un apartado anterior, de que el mantenimiento en un ordenamiento jurídico de normas vigentes e inaplicables resulta inconveniente y contribuye a dificultar el conocimiento y aplicación del Derecho. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos, cuyas características

vamos a estudiar en el epígrafe inmediatamente posterior, es indudable que el efecto desplazamiento no conlleva también necesariamente la invalidación de las normas desplazadas. Así ocurre en el sistema jurídico norteamericano y también en el marco de las relaciones entre el ordenamiento jurídico comunitario europeo y el de los Estados miembros.

En lo que concierne a las relaciones entre las normas del Estado y las de las Comunidades Autónomas, el principio de prevalencia presupone la existencia de dos normas en conflicto dictadas ambas con competencia suficiente para hacerlo. Por tanto también, como regla general, el principio de prevalencia, que es una regla de conflicto y no de competencia, no debe determinar la invalidez de las normas sino su simple inaplicación. Resultará de ello el efecto pernicioso que criticamos de la sobrevivencia de normas inaplicables en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta consecuencia, poco conveniente para el conocimiento del Derecho, podría evitarse aceptando que la prevalencia implica también la invalidación de las normas afectadas. Este efecto invalidatorio era absolutamente común en las primeras aplicaciones históricas en los sistemas federales de la primacía del Derecho federal. Para admitirla ahora, en el marco del artículo 149.3, tendría que sostenerse que normas autonómicas que han sido dictadas válidamente quedan afectadas, cuando colisionan con otras también dictadas por el Estado con competencia para hacerlo, por una invalidez sobrevenida. En verdad, ninguna dificultad constitucional existe para derivar del principio de prevalencia, aunque sea una norma de conflicto, la consecuencia indicada. La Constitución, como hemos repetido mucho a lo largo de este Capítulo, postula la sistematicidad, la ordenación de las normas escritas, la predeterminación, la claridad y la certeza del Derecho, que constituyen justificaciones más que suficientes en las que apoyar la expulsión del ordenamiento jurídico de normas que, aunque nacidas válidas, son privadas sobrevenidamente de todos sus efectos.

En la medida en que tal consecuencia se acepte, habría que reconocer también que el principio de prevalencia, aunque norma de conflicto, tiene un efecto final propio de las reglas de competencia, ya que permite a un legislador ocupar un espacio normativo determinado, impidiendo en lo sucesivo a otro la aprobación válida de normas, lo que es equivalente exactamente a una redistribución parcial de las competencias que privara a este último legislador de las que antes tenía.

881.

Como regla general no determina la invalidez.

882.

Construcción de un efecto invalidatorio.

883.

Consecuencias de la invalidez sobrevenida.

En cualquier caso, y aunque nos parezca, en términos generales, razonable la búsqueda de instrumentos técnico-jurídicos que permitan la eliminación del ordenamiento de normas vacantes y sin aplicación, la verdad es que en la práctica el número de normas vigentes y desplazadas como consecuencia del principio de prevalencia, se pueden contar con los dedos de una sola mano. Por tanto, su invalidación sobrevenida no resuelve, en este caso, un problema de gran entidad.

2.º Por lo que concierne a los órganos judiciales competentes para decidir la aplicación del principio de prevalencia, ya hemos dicho que son concebibles supuestos en los que la claridad de la interpretación o la urgencia del caso, reclamen una decisión, siquiera sea provisional, de la jurisdicción ordinaria. Al no ser el principio de prevalencia una regla de competencia, puede excluirse la intervención del Tribunal Constitucional que es el único que tiene atribuciones para definir los conflictos de competencias (el voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003 ha planteado reflexiones interesantes sobre las posibilidades de la intervención de la Justicia ordinaria en estos conflictos). En esas consideraciones han ahondado las SSTC 173/2002, 66/2011, 187/2012, 177/2013, etc.

No obstante lo cual, como el presupuesto para la aplicación del principio de prevalencia es que las normas del Estado sean válidas y hayan sido dictadas con competencia para hacerlo, en la medida en que se plantee un conflicto sobre la competencia, la decisión habrá de remitirse finalmente a un proceso de carácter constitucional.

C) Regímenes singulares del principio de primacía: la concreción legislativa del reparto de competencias y sus garantías en los sistemas de justicia constitucional difusa

El entorno jurídico-constitucional, que hemos analizado, en el que opera el principio de prevalencia en nuestro Derecho, debe ser diferenciado y no puede confundirse con las especialidades que presentan otros ordenamientos jurídicos. Destacaremos las singularidades del constitucionalismo norteamericano y las que resultan de la aplicación del Derecho comunitario europeo. Se manejan estas, en ocasiones, por la doctrina, como si fueran equivalentes a las nuestras cuando, bien al contrario, presentan elementos diferenciales notorios.

En los dos casos citados las técnicas usadas para el reparto de competencias entre las instancias centrales (la Federación en Norteamérica, las instituciones comunitarias en Europa) y los Estados miembros,

884.
*Intervenciones de
la jurisdicción
ordinaria.*

885.
*Los ejemplos
norteamericano y
comunitario
europeo.*

son distintas de las empleadas por los constitucionalismos federales y los regionalismos europeos, y, desde luego, del usado en nuestra Constitución. La diferencia esencial es que utilizan aquellos un método funcional (en Europa es el denominado «método Monet») que permite a las instancias centrales o federales adoptar todas las decisiones legislativas que sean útiles para los fines que tienen encomendados. En Estados Unidos, así se reconoce en la *necessary and proper clause* del artículo 1 párrafo 8 de la Constitución, cuyo parangón con el viejo artículo 235 del Tratado CE es más que evidente. El método funcional o finalista se completa en el caso comunitario con la habilitación a la Comunidad para actuar en todo lo preciso para el cumplimiento de sus objetivos (artículo 308 del Tratado CE), fijados en el Tratado con formulaciones bastante genéricas.

El método de reparto de competencias que comentamos implica que la determinación de las que corresponden a la federación no se hace de un modo pormenorizado y por materias, siguiendo el hábito absolutamente consolidado en el constitucionalismo europeo. Siendo así las cosas, la precisión de los ámbitos en los que puede válidamente intervenir el legislador federal, depende en muy buena medida de su propia iniciativa, concretada en las leyes que va aprobando sucesivamente en cada momento histórico. Lo cual supone que, por lo normal, el Derecho federal se va superponiendo válidamente a otras normas preexistentes de los Estados, cuya aplicabilidad tiene que cesar en beneficio del Derecho federal.

Ciertamente es posible hacer juicios de validez de las normas federales, apoyados en el criterio de la competencia, determinando si la ley federal se extralimita de la habilitación que la Constitución hace en su favor. Pero ello no es óbice para que pueda afirmarse que la delimitación o concreción de las competencias dependa de operaciones infraconstitucionales en la que el legislador federal tiene un enorme protagonismo.

A estas peculiaridades de los sistemas jurídicos indicados, se añade otra muy importante para determinar los efectos de la prevalencia. La Constitución contiene una *supremacy clause* (en el federalismo norteamericano artículo VI.2: «La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que se expidan conforme a ella, así como los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, son derecho supremo del país, vincula a los jueces de los diferentes estados y en ninguna forma podrá resultar afectado por las constituciones o leyes de los estados») que determina la inmediata aplicación

886.

La superposición del Derecho federal.

887.

La mecánica de la cláusula de supremacía.

de la legislación federal en caso de conflicto con la de los Estados. Para comprender cómo opera esta cláusula y los efectos de su aplicación, debe considerarse que, primero, es posible que el conflicto se produzca muy localizadamente en algún Estado y no necesariamente en todos ellos, por lo que su resolución también será cuestión atinente principalmente a la jurisdicción de dicho Estado. Y, segundo y sobre todo, que el sistema de justicia constitucional en Estados Unidos es difuso, de modo que cualquier órgano judicial puede decidir sobre la inaplicación de las normas cuando sean contrarias a la Constitución. De modo que podrán resolver inmediatamente sobre la privación de efectos sobre una de las normas en conflicto, sin necesidad de pronunciarse definitivamente sobre su validez. Pero los efectos de esta preeminencia incondicionada de la legislación federal no son parangonables a los de la jerarquía o de la derogación porque lo importante no es que la norma preeminente anule a lo subordinado, sino su desplazamiento. Este efecto de desplazamiento se denomina por la jurisprudencia *preemption* e impide que mientras una ley federal esté vigente pueden dictarse leyes estatales sobre la misma materia o puede pretender la aplicación de cualquier norma estatal, aunque sea anterior a la federal.

888.
El régimen de la primacía en el ordenamiento comunitario.

Particularidades semejantes, aunque con fundamentos no idénticos, presenta la aplicación del principio de primacía en el ordenamiento jurídico comunitario. Ya nos hemos referido en diferentes lugares de esta obra a su consagración jurisprudencial en la Sentencia *Costa/ENEL*, de 15 de junio de 1964, seguida sin desfallecimientos por el Tribunal de Justicia hasta hoy («surgido de una fuente autónoma —decía el argumento más veces repetido de aquella Sentencia— el Derecho del Tratado no podría, pues, en razón de su naturaleza específica original, dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier clase que sea sin perder su carácter comunitario y sin cuestionarse la base jurídica misma de la Comunidad»). La primacía determina la aplicación preferente del Derecho comunitario frente a cualquier texto interno, anterior o posterior a la norma europea, y con independencia de la «clase que sea», el rango que tenga, la norma interna.

889.
Alcance del principio: tipos de colisiones.

No entraremos ahora en los desarrollos jurisprudenciales del principio de primacía del Derecho comunitario, que serán objeto de estudio más adelante. Pero subrayaremos solamente que el Tribunal de Justicia ha aclarado las consecuencias del principio de primacía. En la fundamental Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, el Tribunal precisó que «el juez nacional encargado de aplicar... el Derecho comunitario, tiene obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas». En

Simmenthal el Tribunal llegó a afirmar que la consecuencia para las normas internas de la primacía del Derecho comunitario es incluso la imposibilidad de dictar en el futuro por el Estado normas válidas sobre la misma materia ocupada por las disposiciones comunitarias. La jurisprudencia posterior, sin embargo, no ha ahondado en esta perspectiva de los efectos invalidatorios de las colisiones entre normas, conformándose exclusivamente con declarar, por razones que ya nos constan, que la jurisdicción de los Estados miembros tiene la obligación de aplicar todos los remedios jurídicos a su alcance para procurar la aplicación inmediata y correcta de las normas comunitarias. No se excluye que la decisión pueda consistir en una declaración de nulidad, pero no se exige que así sea porque el Derecho comunitario no contiene ninguna habilitación complementaria en favor de los jueces nacionales para que adopten decisiones anulatorias de normas en los casos en que el Derecho interno no les reconoce tal facultad.

890.

No incluye la declaración de nulidad.

Sin embargo, las potestades para decidir la inaplicación, según las entiende el Tribunal de Justicia, derivan directamente de los principios del Derecho comunitario. De él reciben todos los jueces y tribunales de los Estados la facultad de desplazar e inaplicar las normas internas. Como la pérdida de efectos puede también declararse respecto de normas con rango de ley, una de las consecuencias que derivan de la generalización de aquella potestad, es el reconocimiento de una facultad de decisión con respecto de las leyes, que no tienen reconocida los jueces ordinarios en el ordenamiento interno.

891.

Fundamento de las atribuciones de los jueces nacionales.

Además, también resulta de la concepción del principio de primacía que estamos comentando, la circunstancia de que en el ordenamiento jurídico se puedan mantener muchas normas inaplicadas (los desplazamientos de normas internas resultantes de la aplicación del principio de primacía son muy importantes si se comparan con la escasa relevancia práctica que tiene la aplicación del principio de prevalencia consagrada en el artículo 149.3 CE), que siguen vigentes porque no ha sido declarada su invalidez.

892.

Normas desplazadas y vigentes.

Este resultado inconveniente desde el punto de vista de la ordenación del sistema normativo, se ha tratado de resolver por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estableciendo la obligación complementaria de los legisladores de los Estados de depurar sus ordenamientos derogando las normas que han sido desplazadas por otras comunitarias europeas (*SSTJ Comisión v. Italia*, de 15 de octubre de 1986, y *Provincia de Bolzano*, de 11 de junio de 1989).

893.

La obligación de derogar.

4. EL PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD

A) **Las propuestas fundamentales de interpretación del artículo 149.3 CE**

894.
Consagración en el artículo 149.3.

El artículo 149.3 CE establece que «El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas». Los Estatutos de Autonomía han recogido la misma previsión, matizándola y expresándola con una redacción inversa. Por ejemplo: «El derecho emanado del País Vasco en las materias de su competencia exclusiva es el aplicable con preferencia a cualquier otro y solo en su defecto será de aplicación supletoria el derecho del Estado» (artículo 21 del Estatuto del País Vasco y, en términos idénticos, artículos 26, 36 y 10, respectivamente, de los Estatutos catalán, gallego y andaluz).

895.
Las dudas sobre el carácter general de la cláusula.

Que el Derecho del Estado pueda aplicarse supletoriamente para completar regulaciones producidas por los legisladores autonómicos en materia de competencia exclusiva, es lo que parecen excluir los Estatutos de Autonomía. La Constitución afirma, sin embargo, que aquella supletoriedad se producirá «en todo caso», lo que no parece dejar ámbito o reducto material alguno excluido, lo cual es probablemente bastante más exacto técnicamente que lo que los Estatutos proponen, por las razones que en este epígrafe se expondrán.

896.
¿Puede existir legislación estatal sobre cualquier materia?

La doctrina mostró desde el principio cierta perplejidad cuando se enfrentó con la interpretación de la cláusula del artículo 149.3 CE. En un sistema constitucional ordenado sobre la base de un reparto exhaustivo de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, reparto que es determinante de que algunas materias solo puedan ser reguladas por el legislador a cuya competencia pertenecen, parece difícil concebir que puedan existir regulaciones estatales válidas sobre cualquier materia, que es lo único que puede explicar que sus normas puedan ser invocadas «en todo caso» para aplicarlas supletoriamente, en defecto de una regulación autonómica completa. Reconocer que puede dictarse legislación estatal sobre cualquier materia, parece ser una negación del reparto de competencias y la aceptación de que el Estado pueda producir Derecho válido aun en las materias de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

897.
Dos interpretaciones divergentes de la cláusula.

Las explicaciones doctrinales del artículo 149.3, en relación con la supletoriedad del Derecho del Estado, siguieron, desde que empezó a aplicarse la Constitución, dos corrientes de pensamiento claramente definidas. Una de ellas expuesta por nosotros mismos en nuestro *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* (I, 1982), otra soste-

nida por el profesor I. DE OTTO (en un estudio de 1981 titulado *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*).

Nuestra posición sobre el significado de la supletoriedad del Derecho estatal es que en modo alguno cabe interpretar el artículo 149.3 CE como una cláusula que atribuye al Estado competencias legislativas generales, al margen del sistema de reparto de competencias. Su utilización en la Constitución responde, en cambio, a las siguientes razones: a) la primera de todas es que el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se lleva a término partiendo de la existencia de un Derecho estatal previo que no queda automáticamente derogado o desplazado como simple efecto de aquel reparto; tal apartamiento y sustitución del Derecho preconstitucional o preestatutario había de ser paulatino y dependiente del ejercicio de las competencias legislativas que cada Estatuto de Autonomía confía a la respectiva Comunidad Autónoma. b) Debe tenerse en cuenta que el reparto de competencias en nuestro sistema constitucional no tiene por qué llevarse a cabo de modo homogéneo, adjudicándose a cada Comunidad Autónoma competencias idénticas a las que ostentan las demás; esta heterogeneidad puede traer como consecuencia que el Estado mantenga, respecto de algunas partes del territorio, competencias que en otras han sido asumidas por las Comunidades Autónomas correspondientes, circunstancia que puede determinar que el Estado tenga títulos para producir normas directamente aplicables en unas partes del territorio que, sin embargo, solo pueden tener aplicabilidad supletoria en aquellas otras en que la competencia para regular directamente la materia ha sido encomendada a una Comunidad Autónoma. c) Ciertamente, esta heterogeneidad en el reparto de competencias se ha reducido mucho a lo largo del tiempo, pero lo importante, para explicar lo que trató de expresar la Constitución en el artículo 149.3, es comprender que el sistema fue configurado de modo que el acceso a la autonomía y el reparto de competencias dependía de iniciativas territoriales que no tenían por qué ser uniformes. d) Pero los principales fundamentos de la cláusula de supletoriedad no son los expresados, sino el hecho de que el Derecho del Estado esté concebido en nuestra Constitución como un Derecho más completo, donde se integran las reglas que dan unidad, sistematicidad y coherencia al ordenamiento jurídico entero, reglas de las que carece, o solo tiene en una medida más limitada, el ordenamiento particular de las Comunidades Autónomas.

Esta última singularidad resulta de los criterios seguidos en la Constitución para repartir competencias entre aquellas y el Estado.

898.

La cláusula de supletoriedad no es una regla de competencia.

899.

Explicaciones de la existencia de Derecho del Estado sobre cualquier materia, no obstante el carácter limitado de sus competencias.

900.

En particular, el carácter más completo del Derecho del Estado.

901.

Razones de la completud del Derecho estatal y el carácter más fragmentario del autonómico.

Si se examina la lista de competencias que pertenecen al Estado, según el artículo 149.1 CE, se verá que están, entre ellas, la regulación de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos, la legislación mercantil, penal y penitenciaria, la legislación laboral y la legislación civil (sin perjuicio, en este caso, de las especialidades forales), la legislación sobre propiedad intelectual e industrial y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (reglas 1.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a, 9.^a, y 18.^a del precepto citado). Esta legislación fija la disciplina de las instituciones jurídicas fundamentales, de manera que contiene necesariamente el núcleo o sustrato jurídico del que tiene que servirse el Derecho autonómico. Este es también, por razón de las mismas reglas de distribución de competencias, más incompleto, se refiere a objetos más singulares. Deja, por lo común, al proceder a regular las materias de competencia propia, huecos, intersticios, que pueden o deben, según los casos, ser rellenados con principios, reglas o el empleo de instituciones que solo están en el Derecho estatal (es este, en consecuencia, un Derecho más general frente al carácter intersticial del Derecho autonómico). Es en el Derecho del Estado donde habrá que buscar y será posible encontrar principios jurídicos complementarios de las regulaciones sectoriales que formulen las Comunidades Autónomas.

He aquí pues una explicación no coyuntural o transitoria, sino estable, de que el Derecho estatal pueda ser «en todo caso» supletorio del de las Comunidades Autónomas, según pretende expresamente el artículo 149.3 CE.

902.

La tesis expuesta concuerda con otras aplicaciones históricas de la supletoriedad.

Esta interpretación, que sostuvimos desde los años inmediatos a la aprobación de la Constitución, es perfectamente compatible con el sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, además, dista de ser un artificio intelectual para dar respuesta a una cláusula constitucional de difícil explicación, ya que incluso entronca con algunas soluciones a problemas semejantes conocidas en nuestro Derecho histórico. El Derecho común, vinculado con el Derecho Romano en una primera época, y ulteriormente con el Derecho regio, se aplicó durante siglos en España como supletorio de los Derechos locales. *Las Partidas* y la *Nueva Recopilación* empezaron a regir con el mismo carácter supletorio con que se utilizó en su momento el Derecho Romano, al que desplazaron en esta función regulatoria general y complementaria del Derecho local (*Las Partidas* censuran la cita y empleo de las doctrinas de libros de autores extranjeros mandando que en las universidades se estudiarán las leyes que

forman el Derecho patrio «pues por él, y no por el de los romanos, se deben sustanciar y juzgar los pleitos»).

También puede encontrarse esta misma diferencia de completud entre los ordenamientos que conviven en un mismo espacio territorial en el caso de los sistemas federales. Lo más normal en estos es que los ordenamientos territoriales sean más completos en la medida en que las competencias de la federación sean de atribución y provengan de una «delegación» hecha en su favor por los Estados, en el marco de un proceso de unificación de instancias políticas que históricamente no formaron ninguna entidad común. En estos casos el ordenamiento más incompleto será el federal, y el mejor conformado el de los Estados miembros, al que necesariamente hay que acudir para complementar las regulaciones federales. Un ejemplo lo ofrece el artículo 74 de la Constitución suiza, que encomienda a la confederación la tarea de unificar el Derecho Privado, a cuyo efecto ha establecido un reparto de competencias que atribuye a la confederación la responsabilidad de fijar las reglas de Derecho Privado, aunque corresponda a los cantones la competencia para regular las mismas materias desde la perspectiva del Derecho Público (HUBER, GRISEL). Esta difícil combinación, con muchos problemas aplicativos en la práctica, obliga a complementar las regulaciones cantonales con reglas que proceden del Derecho federal, lo cual, aunque no se haga a título de aplicación supletoria de este último, es también un ejemplo de cómo la misma mecánica de que unos ordenamientos completen lo establecido en otros, resulta imprescindible en los sistemas federales.

El juego práctico de la cláusula de supletoriedad dependerá, en definitiva, de la medida en que la regulación de las instituciones jurídicas básicas, tanto de Derecho Público como de Derecho Privado, solo se encuentre en la legislación estatal. En nuestra Constitución, como ya hemos señalado, tanto las instituciones básicas de Derecho Privado (apartados 6, 7, 8 y 9 del artículo 149.1) como del Derecho Público (apartado 18 del artículo 149.1), así como la regulación general de los derechos (artículos 81.1, 53.1 y 149.1.1.^a) pertenecen al Estado.

La tesis que sostuvimos sobre la significación del principio de supletoriedad concluía, por tanto, con la aseveración de que «no es de recibo pretender deducir de la cláusula de supletoriedad que el Estado no tiene competencias tasadas sino universales, de manera que pueda regular cualquier materia, con la especialidad de que solo sería aplicable en segundo término o supletoriamente si la Comunidad Autónoma

903.

El ejemplo del carácter más completo del Derecho territorial en algunos federalismos.

904.

Crítica de las competencias universales.

correspondiente tuviera competencia exclusiva sobre la misma materia» (procede la cita del *Derecho Público* mencionado).

Esta doctrina, a la que nos oponíamos, era sin embargo la que estaba sosteniendo coetáneamente I. DE OTTO, quien dedujo del artículo 149.3 la existencia de una cláusula general de competencia que permitiría al Estado regular cualquier materia. Si el Derecho estatal, sostenía aquel autor, puede ser supletorio «en todo caso», es porque existen normas estatales reguladoras de cualquier materia. Ello solo es posible si el artículo 149.3 se entiende como una cláusula de competencia que opera al margen del sistema de reparto general, complementándolo. Según dicha interpretación, el Estado podrá regular cualquier materia, pero con la especialidad de que las normas correspondientes solo serán de aplicación directa e inmediata cuando la materia concernida corresponda al Estado según el artículo 149.1, y serán de aplicación supletoria cuando regulen materias entregadas a la competencia de las Comunidades Autónomas. En las propias palabras de I. DE OTTO, «cuando el texto legal emplea la expresión “en todo caso”... está afirmando, obviamente, que tal supletoriedad se dará también cuando el Derecho del Estado se ocupe de materias que corresponden a la competencia de las Comunidades Autónomas. La regla de la supletoriedad significa, por tanto, que cuando el Derecho del Estado se ocupe de materias de la competencia de la Comunidad Autónoma, no por ello será nulo —como ocurriría en un Derecho federal— sino que será de aplicación supletoria, esto es, válido, pero de vigencia disminuida allí donde exista un Derecho válido de las Comunidades Autónomas».

La tesis de I. DE OTTO no solo daba una explicación original a la expresión «en todo caso» del artículo 149.3, sino que se proyectaba con mucha más ambición, ya que cifraba en dicho precepto nada menos que la diferencia entre el Estado autonómico español y los sistemas federales tradicionales. En estos una norma que invada competencias ajenas es nula. En el nuestro es válida, pero no directamente aplicable, sino de eficacia supletoria.

B) La jurisprudencia constitucional: consideraciones sobre las críticas doctrinales

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, después de algunos titubeos iniciales, pareció inclinarse rápidamente por la idea de que las leyes estatales que regulaban cuestiones pertenecientes a la competencia de las Comunidades Autónomas no eran necesariamente

905.

El artículo 149.3 como cláusula general de competencia: tesis de I. de OTTO.

906.

Eficacia directa o supletoria de la legislación del Estado.

907.

¿Criterio diferencial con los sistemas federales?

inconstitucionales. Pero las primeras explicaciones de que la norma no incurriera en invalidez no se apoyaban tanto en la doctrina que acaba de resumirse como en la primera que hemos señalado, ya que lo que el Tribunal Constitucional apreció es que el hecho de que una norma pudiera colisionar con un Estatuto de Autonomía «no afectaría para nada a su validez en el resto del territorio español». También, a la inversa, las Comunidades Autónomas podrían regular las materias de su competencia, aunque hubiera leyes estatales que ya lo habían hecho, con lo que se produciría el efecto de sustituirlas (STC 5/1981, de 13 de febrero). La STC 95/1984 insistió en esta concepción del reparto de competencias: «El hecho —dijo— de que en una materia hayan asumido alguna o algunas Comunidades Autónomas competencias que pretende ejercitar el Estado no priva a este de las suyas, que tendrán su ámbito de aplicación en aquella parte del territorio español que no esté incluido en el de las referidas Comunidades Autónomas».

Pero también se dan sentencias en los primeros ochenta en las que parece aceptarse que la cláusula de supletoriedad permite al Estado dictar normas sobre cualquier materia, fundando esta universalidad en razones más próximas a las tesis sostenidas por DE OTTO. En la STC 85/1983 se advierte que la vulneración del reparto de competencias no excluye que puedan existir normas estatales válidas, si bien aquella circunstancia repercutiría en su «*vigencia territorial o su grado de aplicabilidad, directa o supletoria*».

Pero el Tribunal Constitucional no se planteó de un modo más directo y frontal la significación y consecuencias jurídicas de la cláusula de supletoriedad hasta la STC 15/1989, de 26 de enero, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Defensa de los Consumidores.

Aunque la Sentencia ha ofrecido a la doctrina bases para apoyar tesis sobre la significación de la supletoriedad bastante dispares, el Tribunal Constitucional estableció claramente que «la cláusula de supletoriedad no puede entenderse como una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado». Esta línea jurisprudencial es la que desarrollan y llevan a sus últimas consecuencias las Sentencias del Tribunal Constitucional 118/1996, de 27 de junio, relativa a la Ley de transportes terrestres, y 61/1997, de 20 de marzo, sobre la Ley estatal del suelo.

La STC 118/1996 recuerda que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 5/1981 había hecho una interpretación de la supletoriedad, ya reseñada, según la cual no siempre las normas estatales que colisiona-

908.

Primera jurisprudencia: observación sobre la heterogeneidad de las competencias.

909.

La afirmación jurisprudencial de que el artículo 149.3 es una cláusula de competencia.

910.

La negación por el TC de la noción de cláusula general atributiva de competencia.

911.

Fortalecimiento y desarrollos de esa misma doctrina.

ran con otras autonómicas son inválidas, puesto que podían aplicarse en otras partes del territorio donde no se hubieran establecido Comunidades Autónomas o no hubieran dictado normas sobre la misma materia las Comunidades existentes. Aquella doctrina —según el Tribunal— pretendía «evitar vacíos en el sistema normativo de nuestro Estado autonómico». Pero, a partir de la Sentencia 15/1989, también reseñada (seguida luego por las Sentencias 103/1989 y 79/1992), el Tribunal Constitucional empezó a negar, como ya hemos dicho, que la supletoriedad fuera equivalente a una «cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado». La Sentencia 15/1989 salvaba la validez de numerosas disposiciones estatales a pesar de haber sido dictadas en ámbitos asumidos como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas; lo había hecho partiendo de la premisa de que nuestro sistema autonómico está configurado con una «potencial heterogeneidad», determinante de una gran diferencia entre las competencias asumidas por unas y otras Comunidades. Pero esta explicación, según diría la STC 118/1996, que fue razonable en casos concretos y en un momento histórico determinado, «va siendo debilitada por el progresivo desarrollo del Estado de las Autonomías configurado por el Título VIII de la Constitución». Esta circunstancia, según estableció la última Sentencia citada, obliga al Estado a abstenerse de dictar disposiciones en materias atribuidas a la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas. De lo que el Tribunal Constitucional concluye (siguiendo el criterio que ya había establecido en la Sentencia 147/1991), que resultan «viciadas de incompetencia y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de estas». De modo que la Sentencia 118/1996, que estamos resumiendo, afirma que «para que el Estado pueda dictar normas que regulen una materia determinada», debe poder invocar el «título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate», concluyendo que «El Estado no puede dictar normas puramente supletorias».

912.

La nulidad de las leyes estatales dictadas con el único propósito de crear Derecho supletorio.

913.

Los desarrollos ulteriores: aplicación al Derecho urbanístico.

La posterior Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad planteado por diversas Comunidades Autónomas contra el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, desarrolló y llevó a sus últimas consecuencias la misma doctrina sobre la significación de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE, declarando nulos una gran cantidad de preceptos de la Ley impugnada, apoyándose en la afirmación de que el Estado

los había aprobado solo para que tuvieran eficacia supletoria de la legislación autonómica.

La Sentencia parte de la jurisprudencia constitucional reiterada desde la STC 15/1989 y, sobre todo, la STC 147/1991. Se vuelve a oponer, por tanto, el Tribunal, a las normas dictadas con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de estas. Tales normas estarían viciadas de incompetencia y serían nulas. La cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. Aplicada esta doctrina al caso del urbanismo, el Tribunal argumenta que los artículos 148 y 149 CE, así como todos los Estatutos de Autonomía, atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva sobre la materia de urbanismo, de lo que se concluye que «el Estado no puede dictar normas supletorias al carecer de un título competencial específico que así lo legitime, sin que por otra parte el hecho de ostentar otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia pueda justificar la invocación de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3, *in fine*, CE». Dadas estas limitaciones a la aplicación de la cláusula, la formulación directa de normas como supletorias es contraria tanto al propio artículo 149.3, como al sistema de reparto de competencias.

La explicación del alcance del artículo 149.3 como una cláusula no atributiva de competencias generales, lleva a la Sentencia que comentamos al extremo de negar que sea aquella un título que «permita al Estado derogar el que era su propio Derecho». Si la materia ha dejado de ser de su competencia, ya no se encuentran a su disposición las normas anteriores que la regulaban, ni para alterarlas, dándoles eficacia supletoria, ni para derogarlas. Si hiciera cualquiera de estas operaciones, estaría afectando al Derecho regulador de una competencia que ya no es suya sino de las Comunidades Autónomas. Por ello llega la Sentencia a declarar nula y sin efecto la derogación expresa de la legislación urbanística previa a la constitución de los órganos de poder de todas las Comunidades Autónomas llevada a cabo por el legislador estatal. Esta circunstancia le permite, además, declarar la reviviscencia de un texto legal de 1976 que, a su vez, había sido derogado por la Ley ahora anulada.

Aunque la Sentencia 61/1997 no ha establecido ninguna doctrina nueva en materia de supletoriedad, sino que ha reiterado y completado (añadiendo, eso sí, algunas proposiciones más que discutibles) la jurisprudencia que se había venido formando desde 1989 ha despertado un mar de comentarios, la mayor parte de los cuales muy críticos

914.

La formulación directa de normas supletorias por el Estado es inconstitucional.

915.

Ni siquiera puede el Estado derogar su propio Derecho utilizando el artículo 149.3.

916.

La reacción de la doctrina.

contra la misma, que no habían provocado las sentencias anteriores. Sin duda que ha sido el hecho de que se refiera a una materia tan importante como la legislación del suelo, con la significación jurídica y económica que tiene, el motor de todas las críticas.

917.
*Los fundamentos
de la crítica.*

Un análisis objetivo y ponderado de la Sentencia y de las opiniones de sus comentaristas requiere, en primer lugar, separar las críticas dedicadas a la interpretación del artículo 149.3, establecida por la Sentencia, de otras consideraciones complementarias, que tales análisis incluyen, que tienen poco que ver con la cláusula de supletoriedad. Así ocurre con todas las observaciones que la doctrina ha establecido respecto de la incorrecta interpretación de la Sentencia del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Fueron muchos preceptos de una ley estatal del suelo (el Texto Refundido de 1992), como ya hemos señalado, los afectados por la declaración de inconstitucionalidad de tal modo que la Sentencia constata que la Constitución ha desapoderado casi totalmente al Estado de competencias en la materia indicada.

918.
*El supuesto
desapoderamiento
de competencias
del Estado
en la materia.*

No es posible, según la crítica doctrinal, que en esta materia el Estado quede desapoderado totalmente de facultades legislativas porque está en juego un derecho constitucional básico como es el de propiedad, cuya regulación corresponde al Estado en virtud del artículo 149.1.1.^a de la Constitución. En esta regulación están implicados, además, fuertes intereses económicos que tendrían que desarrollarse en el marco de un mercado único (artículo 149.1.13.^a y 139.1) en base a reglas sencillas y de general aplicación (E. GARCÍA DE ENTERRÍA). La Sentencia, para sus críticos, no ha estado atenta a estas exigencias y «ha hecho estallar en mil pedazos el ordenamiento urbanístico español», nuestra «cultura urbanística común» (T. R. FERNÁNDEZ). La cuestión se ha estimado tan grave que algunos autores hasta han postulado la utilización, para recuperar una regulación general del Estado en materia de urbanismo, de las leyes de armonización previstas en el artículo 150.3 CE.

919.
*La posible
minusvaloración de
las competencias
estatales en materia
de urbanismo.*

Seguramente la Sentencia que comentamos ha minusvalorado las competencias de ordenación territorial y urbanismo que tiene el Estado en virtud de la Constitución, especialmente las relativas a la regulación del derecho a la propiedad urbana (artículo 149.1.1.^a), de ordenación de la economía (artículo 149.1.13.^a), o incluso el procedimiento administrativo general y el específico relativo a la aprobación de normas reglamentarias, como son los planes de urbanismo (artículo 149.1.18.^a), que pertenecen al Estado junto a otros que también podrían concentrarse para mantener una regulación general en la materia. Pero el pro-

pio legislador de la Ley de 1992, cuyos preceptos fueron masivamente anulados, tampoco estuvo atento a la utilización de los títulos competenciales directos, ya que apoyó la mayor parte de sus regulaciones en la facultad del Estado de aprobar normas con valor supletorio, que es lo que el Tribunal Constitucional reprobó en su Sentencia con los argumentos que ya nos constan.

Deducido, por consiguiente, lo que haya de justificado en la crítica al malentendimiento del reparto de competencias en materia de urbanismo, podemos entrar a considerar ahora las observaciones que ha merecido a la doctrina la Sentencia repetidamente citada de 1997, en cuanto concierne a la interpretación de la cláusula de supletoriedad. Podemos agruparlas del siguiente modo:

Primera: alguna doctrina ha considerado que la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, rebaja lo establecido en el artículo 149.3 sobre la supletoriedad del Derecho del Estado a la condición de disposición transitoria de la Constitución, al reconocerle una función o eficacia meramente temporal (J. BARNÉS, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ). Esta crítica se ha expresado de forma tan terminante como para afirmar que el Tribunal Constitucional se ha atrevido en su Sentencia a dar por caducada una prescripción constitucional (E. GARCÍA DE ENTERRÍA) que ya no tendrá aplicación futura. Estas observaciones pretenden sostenerse en la consideración de que, de seguirse la doctrina del Tribunal Constitucional, la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 solo tiene alguna utilidad en tanto que las Comunidades Autónomas llegan a hacer uso de sus potestades legislativas y deja de tenerla en cuanto que las ejercen. Pero tales deducciones de lo que dice la Sentencia son manifiestamente exageradas. Sin ninguna duda la cláusula de supletoriedad tiene una funcionalidad y aplicabilidad mayor en el período histórico en el que las Comunidades Autónomas aún no habían hecho uso pleno de sus potestades legislativas. Pero, antes y después de dicha etapa, el principio de supletoriedad cumple la función básica de completar, como se ha explicado más atrás, el ordenamiento intersticial e incompleto que será perpetuamente el autonómico en relación con el estatal, como pura consecuencia del reparto de competencias que ha reservado al Estado la regulación básica de las instituciones civiles, penales, mercantiles, laborales y de Derecho Público general (artículo 149.1.1.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a, 9.^a y 18.^a).

Segunda: algunas críticas formuladas a la Sentencia que comentamos (y toda la jurisprudencia anterior sobre la misma materia producida desde 1989) carecen abiertamente de sustancia técnica. De esta clase son las que figuran en el voto particular de M. JIMÉNEZ DE PARGA.

920.

El problema de la interpretación del 149.3 CE.

921.

Afirmación de que el artículo 149.3 no es una disposición transitoria.

922.
*Críticas sin
fundamento
técnico.*

Se afirma en él que la Sentencia reconoce en nuestra Constitución un sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que es propio de los sistemas federales, sin indicar a continuación a qué sistemas federales se refiere ya que no todos ellos tienen iguales señas de identidad, como es más que notorio. También cuando sostiene que para dictar normas supletorias el Estado no precisa ningún título competencial específico, porque la supletoriedad es una función que la Constitución ha atribuido a la legislación estatal. O cuando proclama que la supletoriedad garantiza la eficacia de la política del Estado o la igualdad del artículo 14 CE o la garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas al suscribir los tratados a que se refiere el artículo 93 CE. Todo lo cual es evidentemente original pero no se corresponde con ninguno de los principios conocidos y asentados sobre la significación del Estado de las autonomías en general. Tampoco se corresponde con las técnicas que sirven de sostén al funcionamiento de los Estados complejos en ningún otro sistema conocido.

923.
*La supuesta
imposición del
ejercicio de las
competencias
autonómicas.*

Tercera: tampoco parecen muy justas las críticas a la interpretación de la cláusula de supletoriedad consolidada en la Sentencia 61/1997, que se basan en la afirmación de que con su doctrina el Tribunal Constitucional impone a todas las Comunidades Autónomas el ejercicio de sus poderes normativos, quieran o no quieran hacerlo. No nos parece que pueda deducirse tal imposición de lo que la Sentencia establece. Más bien debe entenderse que el Tribunal Constitucional acepta que la cláusula de supletoriedad puede seguir operando en tanto que las regulaciones que corresponden a las competencias de las Comunidades Autónomas no sean aprobadas.

924.
*El problema de la
falta de
competencias
legislativas en
Ceuta y Melilla.*

Cuarta: la mayor parte de los críticos de la Sentencia 61/1997 han coincidido en subrayar el error, para cuya calificación no se han ahorrado los adjetivos más estruendosos, de no haber tenido en cuenta que Ceuta y Melilla son dos ciudades autónomas que no disponen de potestades legislativas. Esta simple circunstancia justificaría, según todos los críticos, que el Estado pudiera dictar leyes sobre cualquier materia (como pretende la interpretación de la regla de supletoriedad como una regla de competencia universal), sin tener en cuenta si los Estatutos de Autonomía la han atribuido a las Comunidades Autónomas. La circunstancia de que Ceuta y Melilla carezcan de potestades legislativas puede suponer una disfunción importante para el ejercicio del poder legislativo del Estado porque, en efecto, obliga a la producción de leyes estatales sobre cualquier materia con vigencia y eficacia reducida a aquellos territorios, lo cual supone un esfuerzo y desgaste insólitos, debidos sin duda

a la falta de previsión del constituyente y del propio legislador estatal que aprobó los Estatutos de las ciudades autónomas, en los que no nos cabe duda de que podía haberse optado por soluciones menos diferenciales. Pero una cosa es que esta disparatada situación exista en nuestro sistema constitucional, con todas las consecuencias indicadas, y otra bien distinta que la cláusula de supletoriedad sea la solución y que tenga que interpretarse, solo por esta razón, como una cláusula general de competencia que permita al Estado regular cualquier materia. En efecto, aunque el Estado tenga que dictar leyes concretas para Ceuta y Melilla, la cláusula de supletoriedad no le permitiría hacerlo con carácter general para el resto del territorio del Estado en relación con materias sobre las que ha perdido toda disponibilidad normativa.

Quinta: algunos autores, de los que forman parte del ejército de críticos de la Sentencia 61/1997, son epígonos, en verdad, de la explicación de I. DE OTTO que hemos recordado más atrás. En este sentido, por ejemplo, R. GÓMEZ-FERRER ha sostenido que el principio de competencia no existe en la Constitución española y que es una importación traída de Italia y de los sistemas federales. De acuerdo con esta idea, la voluntad de la Constitución es que existan normas estatales sobre la totalidad de las materias objeto de atención por parte de los poderes públicos. Y se separa de DE OTTO al justificar esta opción constitucional que, a juicio de GÓMEZ-FERRER, radica en el principio de prevalencia. Si las normas estatales prevalecen sobre las autonómicas es porque existen y, para ello, resulta imprescindible que pueda el legislador dictarlas sobre cualquier materia. Pero es fácil observar que el efecto de prevalecer puede quedar reservado a las normas que se haya podido dictar de acuerdo con el principio de competencia. Con fundamentos históricos y actuales que hemos desarrollado cumplidamente más atrás, puede demostrarse que no hay ningún ordenamiento jurídico complejo que aplique la regla de prevalencia sino sobre la base de un reparto de competencias previo entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Si las normas estatales se proyectan fuera de la esfera de competencia, ni son válidas ni prevalecen.

Estas son, resumidamente expuestas, algunas de las críticas fundamentales dirigidas contra la jurisprudencia constitucional en materia de supletoriedad del Derecho del Estado. Es evidente el desencuentro que ha producido con una parte influyente y prestigiosa de la doctrina. Pero no compartimos la mayor parte de las críticas formuladas, ni sus fundamentos, como se ha explicado, por más que también haya que reconocer que la Sentencia 61/1997 ha incorporado algunas afirmaciones imposibles de aceptar. Especialmente cuando sostiene que el

925.

¿Eliminación de las reglas de competencia?

926.

Discrepancias con las críticas a la STC 61/1997.

Derecho histórico del Estado, preestatutario, queda hasta tal punto petrificado como consecuencia de la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas que el Estado pierde no solo la posibilidad de dictar normas nuevas con valor supletorio, lo que compartimos, sino también modificar o derogar las normas preestatutarias, lo que nos parece inasumible en un sistema normativo como el nuestro en el que la derogación es básica para la sistematicidad y ordenación de la legislación escrita.

C) Las funciones y aplicaciones de la cláusula de supletoriedad

Llegados a este punto quedan por añadir, tan solo, algunas consideraciones sobre la significación de la supletoriedad.

La concepción de la supletoriedad prevista en el artículo 149.3 como una cláusula general de competencia a favor del Estado, que permitiría a este dictar normas sobre cualquier materia, válidas pero inaplicables en aquellos territorios autonómicos que ya hubieran hecho uso de sus potestades legislativas, conduce a la construcción de un ordenamiento caótico y difícilmente manejable. Además de por todas las razones expresadas, esta última es más que suficiente para no secundar tal interpretación del artículo 149.3. Si se aceptara y aplicara, el legislador estatal se vería en la obligación de seguir legislando sobre todas y cada una de las materias de interés general, con total independencia del régimen de reparto de competencias y de la circunstancia de que los legisladores autonómicos ya hayan aprobado idénticas regulaciones. Esta producción normativa acumulada se compondrá de normas válidas, aplicables unas (las dictadas con competencia para hacerlo) e inaplicables otras (las aprobadas usando la cláusula de supletoriedad). Para los operadores jurídicos será necesario, caso por caso, llevar a efecto la interpretación y selección necesaria para decidir la norma que deben aplicar en cada ocasión. Este proceso selectivo no se hará sobre la base de un Derecho suficientemente previsible y cierto, ni conducirá a resultados iguales en todas las partes del territorio, ya que cada operador jurídico podrá optar por soluciones diferentes.

Con ocasión de los fenómenos de desplazamiento de las normas de un ordenamiento jurídico por las integradas en otro (desplazamiento de la legislación autonómica por la nueva legislación básica estatal, o de la legislación estatal por la legislación comunitaria europea, etc.), ya hemos sostenido que es imprescindible sanear el ordenamiento jurídico declarando, complementariamente, siempre que sea posible, la invalidez o la derogación de las normas desplazadas, de

927.

Proyecciones de la supletoriedad que conducen a la formación de un ordenamiento caótico e inmanejable.

928.

La eliminación de las normas inaplicables.

manera que desaparezcan definitivamente, facilitando la aplicación de las que reúnan la doble característica de estar vigentes y gozar de eficacia (nos remitimos a lo dicho más atrás sobre las posibilidades de tal anulación y derogación y las excepciones inevitables, de las que resulta un resto de legislación válida e inaplicable que sobrevive, sin que sea posible impedirlo radicalmente, en todos los ordenamientos jurídicos).

La legislación de eficacia supletoria se integra por esa clase de normas vigentes y no siempre directamente aplicables que cumplen la función de completar las regulaciones establecidas en otras normas. Pero una cosa es reconocer esta realidad ineludible de todo ordenamiento jurídico, y otra transformar el ordenamiento en una estructura compuesta por una doble capa de normas, que regulan por reduplicación las mismas materias, siendo aplicables unas de modo directo y otras a título supletorio. Un ordenamiento de esta clase no resiste la menor crítica desde el punto de vista de la racionalidad de la producción normativa, de la eficiencia del gasto público y de la certeza y claridad del Derecho para quienes han de aplicarlo.

Debe excluirse, por tanto, una interpretación de la cláusula de supletoriedad conducente a la formación de un ordenamiento como el que acabamos de describir. De esta manera la función de la supletoriedad del Derecho del Estado se circunscribe, primero, a la sustitución de la legislación autonómica hasta que es aprobada por cada una de las Comunidades Autónomas con competencia para hacerlo; segundo, a la complementación de las regulaciones autonómicas en aquellas materias en las que los poderes legislativos territoriales carecen de competencia suficiente para regular determinadas instituciones o, teniéndola, no la usan o lo hacen deficientemente, dejando lagunas, o, simplemente, prefieren remitirse a la legislación estatal existente para completar sus disposiciones.

Esta configuración del principio de supletoriedad excluye que se trate de una cláusula de Derecho transitorio, ya que el recurso al Derecho del Estado será un complemento necesario siempre de determinadas regulaciones autonómicas inevitablemente incompletas, por falta de competencia para que lo sean o por otras circunstancias que determinan la existencia de vacíos que pueden rellenarse con la legislación estatal.

Cuando las regulaciones autonómicas son incompletas porque sus poderes legislativos carecen de competencias regulatorias suficientes (por ejemplo, porque no tienen atribuciones para regular instituciones civiles, procesales o en materia de expropiación forzosa, etc.), podría

929.

La difícil justificación de un sistema normativo duplicado.

930.

La función constitucional de la supletoriedad.

931.

Exclusión de que se trate de Derecho supletorio.

932.
*Eficacia directa y
supletoriedad.*

decirse que la aplicación del Derecho del Estado no es un efecto de la supletoriedad, sino la consecuencia de que las normas que produce el legislador estatal en tales materias son de aplicación directa. Pero también estas hipótesis suelen incluirse habitualmente entre los supuestos de supletoriedad por la doctrina.

933.
*Supletoriedad
en ámbitos de
competencias
exclusivas.*

La supletoriedad también juega, sin embargo, en supuestos en los que las normas autonómicas pueden producir regulaciones completas, y no lo hacen por defecto u omisión. En tales casos, podría decirse que el Derecho del Estado es supletorio aun cuando las competencias autonómicas ejercitadas sean exclusivas. La utilización del principio de supletoriedad solo puede hacerse en estas hipótesis con muchos condicionamientos. Por una parte, no existirá habitualmente Derecho estatal en dominios reservados a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas por razones suficientemente explicadas; por otra, aunque exista, será preciso integrar la laguna que la legislación autonómica presente, acudiendo a regulaciones y principios de su propio ordenamiento, que es lo que se corresponde exactamente con la idea de exclusividad de la competencia que en este caso está en juego.

934.
*Supuestos de
legislación
duplicada.*

Regulaciones duplicadas de las mismas instituciones en sede autonómica y estatal pueden encontrarse, no obstante, en ámbitos de nuestro ordenamiento realmente muy importantes como es el de la legislación civil. El artículo 149.1.8.^a reconoce al Estado competencia exclusiva en materia de legislación civil, pero acepta la competencia de las Comunidades Autónomas en la misma materia cuando cuentan con regímenes de Derecho Civil foral o especial. La supletoriedad del Código Civil fue acordada, cuando se aprobó el texto de 1889 «por ahora», mientras se conseguía la unificación de la totalidad del Derecho Civil. Después de la reforma de 1974 este propósito ha desaparecido, de modo que la supletoriedad del Código Civil es ya una condición estable de esta norma «con pleno respeto a los derechos especiales o forales» (artículo 13 CC). La posibilidad de que el Código Civil, como ley ordinaria, se imponga como Derecho supletorio pudo ponerse razonablemente en duda cuando las Comunidades Autónomas con Derechos civiles forales o especiales asumieron la competencia para conservarlos y regularlos. Pero la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 hace ahora indiscutible tal aplicación supletoria de dicha norma que opera justamente en un ámbito en el que solo unos cuantos territorios españoles tienen también competencias paralelas.

La posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan utilizar la cláusula de supletoriedad del Derecho del Estado para renunciar a regulaciones de su competencia remitiéndose a la legislación estatal

preexistente o a la que se pueda dictar en el futuro, también debe entenderse con muchas matizaciones. Tales remisiones no son posibles constitucionalmente cuando no se corresponden con la posición ni con las facultades que tienen reconocidas las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional se refirió tempranamente a algunos supuestos de interés a dicho propósito: en su Sentencia de 12 de noviembre de 1981, enjuiciando una Ley vasca sobre inviolabilidad e inmunidad de los miembros del Parlamento, que declaraba la aplicación supletoria del Reglamento del Congreso de los Diputados, el Tribunal dijo que tal declaración de supletoriedad «la consideramos fuera de lugar porque dichos artículos desarrollan por vía reglamentaria la aplicación del artículo 71, números 1, 2 y 3 de la Constitución, que se refiere exclusivamente a los diputados y senadores de las Cortes Generales y no a los miembros de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas sobre los que guarda un significativo silencio». Y añade que esta aplicación supletoria «llevaría al absurdo de conseguir por vía de remisión a un reglamento de funcionamiento de un órgano, del cual no forman parte los miembros del Parlamento vasco, lo que no se les ha otorgado en el Estatuto de Autonomía».

No es posible sustituir al legislador estatal regulando cuestiones que son de su competencia, ni atraer hacia la legislación autonómica por remisión, y en base a una supuesta supletoriedad, disposiciones que se corresponden con competencias estatales.

Esa clase de reenvíos son especialmente delicados cuando los legisladores autonómicos pretenden completar las regulaciones que producen en materias reservadas a la ley. Por ejemplo, en materia de derechos fundamentales, de sanciones o de ordenación del gasto público. I. LASAGABASTER ha observado que no son posibles estas regulaciones desde la legislación autonómica utilizando normativa estatal con apoyo en el principio de supletoriedad. No se puede imponer una sanción por los organismos autonómicos utilizando una tipificación de las infracciones contenidas en la legislación estatal, según el autor citado al que también ha seguido I. BORRAJO. La observación es aguda pero debe tomarse con las necesarias matizaciones porque no habría obstáculo, en nuestro criterio, a la regulación por remisión o reenvío cuando el legislador autonómico lo hace para completar una norma que es competente para dictar, de modo que solo utiliza la legislación estatal de un modo instrumental e indirecto y no para llevar la regulación propia a dominios que no le pertenecen.

Hemos dejado conscientemente para el final una última cuestión importante que algunos de los autores que han criticado la doctrina

935.

Remisiones autonómicas a la legislación estatal.

936.

Límites a la regulación por reenvío.

937.

La supletoriedad para cubrir las obligaciones estatales derivadas del Derecho comunitario.

constitucional en materia de supletoriedad han utilizado como prueba de la inconsistencia de sus fundamentos. Se trata de la posible aplicación de la cláusula de supletoriedad para que el Estado pueda dictar normas, aun en materias de competencia autonómica, que aseguren el cumplimiento de obligaciones contraídas con las instituciones comunitarias europeas, a los efectos de la aplicación de planes, programas o disposiciones producidas por las mismas. La conocida Sentencia 79/1992, del Tribunal Constitucional, aceptó la posibilidad de que se dictaran por el Estado normas supletorias con tal propósito. Compartimos esta tesis que, sin embargo, no autoriza, en modo alguno, a deducir que, si cabe la utilización de la supletoriedad como cláusula de competencia en dicho supuesto concreto, también tendría que admitirse su empleo general para regular, con cualquier fundamento, las materias que el Estado decidiese libremente. Discrepamos de esta ampliación porque en el caso del uso de la cláusula de supletoriedad para asegurar la aplicación del Derecho comunitario, la transformación de la misma en cláusula de competencia está específicamente habilitada por otra norma constitucional, el artículo 93, que atribuye a las Cortes Generales o al Gobierno la garantía del cumplimiento de los compromisos contraídos con ocasión de la firma de los tratados internacionales a los que dicho precepto se refiere. Ciertamente, no puede entenderse dicho precepto como atributivo de competencias generales al Estado en materias que pertenecen a la responsabilidad directa de las Comunidades Autónomas (sobre ello nos hemos pronunciado en diversas ocasiones, y pueden verse también las SSTC 28/1986, 100, 115, 208 y 236/1991, 252/1988, 102 y 112/1995, 67 y 147/1996, entre otras muchas), pero debe aceptarse que la aprobación de normas con valor simplemente supletorio no tiene por qué afectar a la eficacia directa de las que dicten las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias y, sin embargo, asegura el cumplimiento de obligaciones supranacionales evitando que el Estado contraiga responsabilidades o pierda incluso oportunidades de financiación (era de esto de lo que trataba la Sentencia antes citada) que los programas comunitarios ofrecen.

938.

Habilitación complementaria del artículo 93 CE.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A.; NIILUOTO, I. y UUSITALO, J. (eds.): «Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation», *Rechtstheorie*, n.º 2, 1981.
- ABBAGNANO, N.: *Diccionario de Filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México, 12.ª reimpresión de la 2.ª edición en español de la primera italiana, 1995.
- ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E., y DOERING, K.: *El Estado social*, CEC, Madrid, 1986.
- ACKERMAN, B.: *We The People. I. Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- ADAMOVICH, L.: *Handbuch des österreichischen Verfassungsrecht*, 3.ª ed., Viena, 1957.
- AGNELLI, A.: «L'istituzionalismo italiano dal 1954 al giorni nostri», en *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, Milán, 1965.
- AGUADO, C.: *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996.
- AJA, E.; ALBERTI, E. y otros: *Manual de Pret Públic de Catalunya*, Barcelona, 1992.
- ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil, I*, vol. 2.º, 19.ª ed., Edisofer, Barcelona, 2013.
- ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dir), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XII, vol. 2.º, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1995.
- ALBERTI ROVIRA, E.: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- ALCALÁ-ZAMORA: *Los defectos de la Constitución española de 1931*, Madrid, 1981.
- ALEXY, R.: *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, *Rechtstheorie* 1, 1979.
- ALONSO GARCÍA, E.: «Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional norteamericano», *REDC*, n.º 6, 1982.
- ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, CEURA, Madrid, 1994.
- ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1990.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *El régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia energética y minera*, *Revista General de Derecho Administrativo* n.º 24, lustel, mayo 2010.
- ALZAGA, Ó; GUTIÉRREZ, I.; y RODRÍGUEZ, J.: *Derecho Político Español según la Constitución de 1978, I, Constitución y Fuentes del Derecho*, CEURA, Madrid, 3.ª ed., 2001.
- AMATO, G.: *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle regioni*, Milán, 1963.
- AMPHOUX, J.: *Le Chancelier fédéral dans le régime constitutionnel de la République Fédérale d'Allemagne*, París, 1962.

- AMSELEK, P.: «Le rôle de la pratique dans la formation du droit: aperçus à propos du droit public français», *RDPS*, 1983.
- ANSCHÜTZ, G.: *Die Verfassung des deutschen Reiches*, 14.ª ed., Berlín, 1933 (reimpresión de 1960).
- ANTHONY, G.: «Procedimiento, Derecho material y proporcionalidad: el principio de confianza legítima en el Derecho Administrativo del Reino Unido», *DA*, INAP, mayo-diciembre 2002.
- ARAGÓN, M.: «Constitucionalismo», en J. J. GONZÁLEZ ENCINAR (dir.), *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984.
- «Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional», *REP*, n.º 50, 1986.
- *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.
- «Acto con fuerza de ley», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid, 1995.
- ARANA GARCÍA, E.: *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho Administrativo*, Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Comares, Granada, 2003.
- ARENDRT, H.: *On revolution*, The Viking Press, 1963 (reimpresión de Penguin Books).
- ARÉVALO, A.: «La fuerza de ley de las leyes emanadas de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas», *Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 9, 2000.
- ASTARLOA, I.: «Artículo 86, Decretos-Leyes», en Ó. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. VII, Cortes Generales/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998.
- ATIENZA, M.: *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.
- AUBERT, J. F.: *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, I, Neuchâtel, 1967.
- AZPITARTE, M.: *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario Derivado*, Civitas, Madrid, 2002.
- AZZARITI: *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milán, 1951.
- BACHELET, V.: *L'attività di coordinamento nella amministrazione pubblica dell'economia*, Milán, 1957.
- BACIGALUPO SAGGESE, M.: «Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospectión y responsabilidad patrimonial del Estado», *DA*, INAP, mayo-diciembre 2002.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M.: «Competencias, funciones y potestades en el ordenamiento jurídico español», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. III, Civitas, Madrid, 1991.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Aplicación de la Constitución y garantía de los derechos», *ADPEP*, n.º 2, Granada, 1989-1990.
- «Notas sobre la estructura constitucional del Estado español», *RDP*, n.º 32, 1991.

- «La integración del Derecho autonómico y la aplicación supletoria del Derecho estatal», *RAP*, n.º 124, 1991.
- *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991.
- *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento general del Estado y Ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- «La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», en M. A. GARCÍA HERRERA (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1997.
- «Las fuentes del Derecho», en G. TRUJILLO; L. LÓPEZ GUERRA y P. GONZÁLEZ-TREVIJANO (dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, CEPC, Madrid, 2000.
- «El estatus constitucional de la reforma y la fragmentación del poder constituyente», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, CEPC, Madrid, 2002.
- BALAGUER, F. (coord.), *Derecho Constitucional*, I, Tecnos, Madrid, 1999.
- BALLADORE PALLIERI, G.: «Competenza della corte costituzionale riguardo al diritto delle Comunità europee», en *Diritto internazionale*, 1966.
- BALZA AGUILERA, J. y PABLO CONTRERAS, P. DE: «El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas», *REDA*, n.º 55, 1987.
- BAÑO LEÓN, J. M.: *Las fuentes en el Tratado de la Constitución europea: un análisis prospectivo*, Revista General de Derecho Administrativo n.º 11, Iustel, 2006.
- BARILE, S.: «La leggi regionali non "vigenti" alla data di entrata in vigore della legge costituzionale modificatrice delle competenze», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1973.
- BARILLARI, M.: *Considerazione sulla dottrina dell'ordinamento giuridico*, Scritti Romano, I.
- BARING, M.: «Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts: Eine Rechtsquelle?», en *Juristen-Jahrbuch*, n.º 6, 1965-66.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J.: «Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 a propósito de la STC 118/1996, ¿Disposición transitoria o posible instrumento de equilibrio? Normas supletorias como complemento indispensable de las bases, una hipótesis de máxima efectividad de las competencias estatales y autonómicas», *REDA*, n.º 93, 1997.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «El respeto a los derechos adquiridos», *DA*, INAP, mayo-diciembre 2002.
- BARTOLE, S.: *Principi generali del diritto*, EdD XXXV, 1986.
- BASTIDA, F. J.: «La naturaleza jurídica de las leyes orgánicas», *REDC*, n.º 2, 1981.
- BÉCHILLON, D. DE: *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, París, 1996.

- BELADÍEZ, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- «La vinculación de la Administración al Derecho», *RAP*, n.º 153, 2000.
- BELVEDERE, A.: *Il problema della definizioni nel codice civile*, Milán, 1977.
- BELVEDERE, A.; JORI, M. y LANTELLA, L.: *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milán, 1977.
- BEREND, J.: *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsen's*, Berlín, 1977.
- BERMEJO VERA, J.: *La publicación de la norma jurídica*, Madrid, 1977.
- BETTI, E.: «Sui principi generali del nuovo ordine giuridico», *Rivista di diritto commerciale*, XXXVIII, 1940.
- BIEBER, R.: «On the mutual completion of overlapping legal systems: the case of the European Communities and the national legal orders», *ELR*, n.º 13, 1988.
- «Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/1999», *REDC*, n.º 59, 2000.
- BIGLINO CAMPOS, P.: *Los vicios en el procedimiento legislativo*, CEC, Madrid, 1991.
- «La cláusula de supletoriedad: una cuestión de perspectiva», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 50, 1997.
- BIONDI: *Atti del II Convegno de Studi Regionali*, Roma, 1958.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P. (ed.): *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milán, 1977.
- BLANCO, R. L.: *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- BLASCO ESTEVE, A.: «El concepto de competencias exclusivas», *REDA*, n.º 29.
- BLÜHDORN, J. y RITTER, J. (eds.): *Philosophie und Rechtswissenschaft: zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1969.
- BOBBIO, N.: *Teoria della norma giuridica*, Turín, 1958.
- *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, 1960.
- *Teoria e ideologia nella dottrina de Santi Romano*, Amministrare, 1975.
- *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, 1980.
- *Norma giuridica*, Nss. D. I., XI.
- *Principi generali del diritto*, Nss. D. I. XIII.
- «Teoría del ordenamiento jurídico», en *Teoría General del Derecho*, trad. esp. de E. Rozo, Debate, Madrid, 1991, reimpresión de 1992.
- BOCANEGRA, R.: *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982.
- «Alcance objetivo de las Sentencias del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, I, Civitas, Madrid, 1991.
- *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

- BOLOGNINI, S.: *Metascienza e critica ideologica delle teorie dell'ordinamento giuridico*, Jus 2-3, 1981.
- BONUCCI, A.: «Ordinamento giuridico e stato», *Riv. dir. pubb.*, 1920, I.
- BOQUERA, J. M.: «La publicación de disposiciones generales», *RAP*, n.º 31.
- «Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos», *REDA*, n.º 40-41, 1984.
- BOULANGER, J.: *Principes généraux du droit et droit positif, en Le droit français au milieu du XX siècle. Études offerts á Georges Ripert*, París, 1950, I.
- «Études sur le rôle du juge en cas de silence ou insuffisance de loi», en *Travaux de l'Association H. Capitant*, V. París, 1950, I.
- BOWIE y FRIEDRICH: *Études sur le Fédéralisme*, 2 vols, París, 1960.
- BRAIBANT, G.: «L'arret Syndicat général des ingénieurs conseils et la théorie des principes généraux du droit», *EDCE*, 16, 1962.
- BRKIC, J.: *Norm an Order. An Investigation into Logic, Semantics and the Theory of Law and Morals*, Nueva York, 1970.
- BROSS, S.: *Comentarios a los artículos 83, 84 y 85 de la Ley Fundamental de Bonn en el Grundgesetz-Kommentar III*, dirigido por I. VON MUNICH.
- BRUTTI, M.: «Ordinamento Giuridico (Profili Storici)», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXX, Giufré, Milán, 1980.
- BULLINGER: «Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat», *AöR*, 96, 1971.
- BULOW, E.: «La legislación», en *Manual de Derecho Constitucional*, 2.ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2001.
- CAAMAÑO, F.: *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, CEC, Madrid, 1994.
- CABO MARTÍN, C. DE: *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986.
- «Las fuentes del Derecho. Apunte sistemático», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, I, Tecnos, Madrid, 1997.
- *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000.
- *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.
- CALSAMIGLIA, A.: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977.
- CAMBY, J. P.: «Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution?», en *Revue du Droit Public*, n.º 4, París, 2004.
- CANARIS, C. W.: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlín, 1969.
- CANCELA, C.: *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*. Universidade de Santiago de Compostela, 2001.
- CANO CAMPOS, T.: «Retroactividad», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, II, Iustel, Madrid, 2005.
- CANOSA USERA, R.: «Contribución al estudio de la supletoriedad», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 35, 1993.

- CAPOGRASSI, G.: «Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici e l'ultimo libro di S. Romano», en *Opere*, Milán, 1959.
- CARMONA, A. M.: *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, CEPC, Madrid, 1997.
- CARPIZO: «Sistema federal mexicano», en *Los sistemas federales del Continente americano*, México, 1972.
- CARRASQUER CLARI, M.^a L.: *El problema del fraude a la ley en el Derecho tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CARRÉ DE MALBERG, R.: «La loi, expression de la volonté générale», *Economica*, París, 1984, reimp. de la edición de 1931 (Sirey, París).
- *Contribution à la théorie générale de l'État*, CNRS, París, 1962, reimp. de la edición de 1920 (Sirey, París).
- CARRILLO, M.: «La noción de materia y el reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RVAP*, n.º 36 (II), 1993.
- CARRIÓ, G. R.: «Principi di diritto e positivismo giuridico», en R. GUASTINI (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bolonia, 1980.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: *Ley y Administración Pública: un ensayo de historia dogmática sobre la potestad normativa de la administración*. Discurso leído el día 29 de junio de 2012 en la solemne sesión de ingreso del académico de número, A Coruña: Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, 2012
- CASSESE, S.: *Ipotesi sulla formazione de L'ordinamento giuridico di Santi Romano*, 1972.
- CASTÁN, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, vol. 1, ed. Reus, 2005, revisada y puesta al día por A. M. Román García.
- CASTIGNONE, R. S.; GUASTINI, R. y TARELLO, G.: *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Génova, 2.^a ed., 1970.
- CASTILLO BLANCO, F. A.: «El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho», *DA*, INAP, mayo-diciembre 2002.
- *La protección de confianza en Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- CASTRO, F.: *Derecho Civil de España. Parte General, I*, Madrid, 3.^a ed., 1955, y ed. fac. de la edición de 1949 de IEP, Civitas, Madrid, 1984.
- *El negocio jurídico*, ed. fac. de 1971, Civitas, Madrid, 1985.
- CATANIA, A.: *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Nápoles, 1976.
- CERDÁ OLMEDO, M.: *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, Revista de Derecho Privado, 1980.
- CERRI, A.: «Leggi retroattive e Costituzione. Spunti critici e ricostruttivi», *Giur. cost.*, 1975.
- CHAPUS, R.: *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, D. chr. 1966.

- CHAUDET, J. P.: *Les principes généraux du droit de la procédure administrative contentieuse*, París, LGDJ, 1967.
- CHEVALLIER, F.: *Contribution à l'étude des actes directifs*, París, 1976.
- CHOFRE SIRVENT, J. F.: *Significado y función de las Leyes orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994.
- CICCONETTI, S. M.: *La revisione della Costituzione*, CEDAM, Padua, 1972.
- CLARICH, M.: *La nozione di direttiva: Problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, Foro amm., 1984 (marzo).
- CLAVERO ARÉVALO, M. F.: «La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo», *RAP*, n.º 7, 1952.
- COLSON, J. P.: *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administrative*, París, LGDJ, 1970.
- CONTE, A. G.: *Ordinamento giuridico*, Nss. D. I. XII, 1964.
- «Studio por una teoria della validità», *RIFD*, n.º 47, 1970.
- COSCULLUELA MONTANER, L.: «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades autónomas», *RAP*, n.º 89.
- *Manual de Derecho administrativo*, 12.ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- COSTA Y MARTÍNEZ, J.: *El problema de la ignorancia del Derecho*, Madrid, 2000.
- CRISAFULLI, V.: *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunziatione legislativa*, *Jus*, I, 1940.
- «Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto», *RIFD*, 1941.
- *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952.
- *Lezioni di diritto costituzionale*, Padua, 1978, II.
- «Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti», *RTDP*, 1960, y en *Studi in memoria di Guido Zanobini*, vol. III, Giuffrè, Milán, 1965.
- *Disposizione (e norma)*, XIII ed., Milán, 1964.
- «La sentenze interpretative della Corte costituzionale», *RTDP*, 1967.
- *Fonti del diritto*, Ed., XVII, Giuffrè, Milán, 1968.
- *Lezioni di Diritto costituzionale*, II; *L'ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, Padua, ristampa della quarta edizione, 1978.
- *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2; *La Corte costituzionale*, CEDAM, Padua, 5.ª edizione, 1984.
- CROSS, E. D.: «Pre-emption of member state law in the European Economic Community: a framework for análisis», *CMLR*, n.º 29, 1992.
- CRUZ VILLALÓN, P.: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987.

- «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *REDC*, n.º 25, 1989; también en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999.
- «Sobre el amparo», *REDC*, n.º 41, 1994; también en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999.
- «El ordenamiento constitucional: una indagación empírica (I. Fundamentos)», en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*.
- «La protección extraordinaria del Estado», en *La Constitución Española de 1978*, 2.ª ed., 1981, A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dirs.).
- CUOCOLO, F.: *La leggi cornice nei rapporti fra Stato e Regioni*, Milán, 1967.
- D'ALBERGO, S.: *Direttiva*, XII ed., Milán, 1964.
- «Riflessioni sulla storicità degli ordinamenti giuridici», *RTDP*, 1974.
- D'ATENA, A.: *La pubblicazione delle fonti normative*, Padua, 1974.
- *L'autonomia legislativa delle regioni*, Roma, 1974.
- DAUDEMET, Y.: *Les methods du juge administrative*, París, LGDJ, 1972.
- DEBELMAS, P.: *Les pratiques administratives comme source de droit*, Thèse, Toulouse, 1932.
- DEL VECCHIO: *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, 3.ª ed., 1979.
- DELON, D.: *La jurisprudence source de droit*, Thèse, París, 1980.
- DEVOLVÉ, P.: «La notion de directive», *AJDA*, 1974.
- DÍAZ AZNARTE, M. T.: *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo. Una reflexión sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*, Valencia, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «La doctrina de las fuentes del Derecho», *ADC*, XXXVII, 1984.
- «Prólogo» al libro de WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982.
- *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: «Ley autonómica y Ley estatal (Sobre el significado del principio de competencia en el Estado autonómico)», *REDC*, n.º 25, 1989.
- «La doctrina del precedente administrativo», *RAP*, n.º 98, 1982.
- DONATI, D.: *Il contenuto del principio della irretroattività della legge*, RISG, 1915.
- DOUIN, C. S.: *Le Fédéralisme austriechien*, París,
- DUBISCHAR, R.: *Einführung in die Rechtstheorie*, Darmstadt, 1983.
- DUBOUIS, L.: *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, París, LGDJ, 1962.
- DUGUIT, L.: «La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois», *Revue du Droit Public*, n.º XVII, 1910.

- DUPEYROUX, O.: «La règle de la non rétroactivité des actes administratifs», LGDJ, París, 1954.
- DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, trad. esp., Barcelona, 1984.
- EL-HELW, H.: *La coutume constitutionnelle en droit public français*, Le Caire, 1976.
- ENGDHAL, D. E.: *Constitutional Power; Federal and State*, St. Paul (Minnesota), 1974.
- ENGISCH, K.: *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935.
- ERMACORA, Ch.: *Österreichische Verfassungslehre*, I, Viena, 1970.
- *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1970.
- ESPOSITO, C.: «Irretroattività e legalità delle penne», en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, IV, Padua, 1950.
- *La validità delle leggi*, Edit. Dott. A. Giuffrè, Milán, 1964.
- ESSER, J.: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956.
- FAGELLA: *La retroattività delle leggi*, Turín, 1922.
- FAVOREAU, L. y RUBIO LLORENTE, F.: *El bloque de la constitucionalidad (Simposium franco-español de Derecho Constitucional)*, Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Colisiones normativas y primacía del derecho estatal», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J.: *El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local*, Revista de Administración Pública, Madrid, enero/abril 2015, núm. 196.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R.: «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *REVL*, n.º 200.
- «El desconcertante presente y el imprevisible y preocupante futuro del Derecho urbanístico español», *REDA*, n.º 94, 1997.
- FERRARI, G.: *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milán, 1950.
- «Quesiti vecchi e nuovi in tema di pubblicazione degli atti della pubblica autorità», *RTDP*, 1958.
- FERRERES COMELLA, V.: *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el principio constitucional de supletoriedad del Derecho estatal: un juicio socrático en Luxemburgo*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, enero/abril 2015, núm. 103
- FIORAVANTI: *L'opera giuridica di Santi Romano*, Quad. fior., 10, 1981.
- FIORE, P.: *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, traducción española, Madrid, 1893.
- FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho administrativo*, trad. esp., Madrid, 1958.
- FRIEDRICH: *Gobierno Constitucional y Democracia*, I, Madrid, 1975.

- FRÍGOLS I BRINES, E.: *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho Penal español (existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales)*, Barcelona, 2004.
- FROSINI, V.: «Ordinamento giuridico (filosofía del diritto)», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXX, Giuffrè, Milán, 1980.
- FUCHS, M.: «La "Genossenschaftstheorie" di Otto von Gierke como fuente primaria della teoria generale di Santi Romano», en *Materiali per la storia della cultura giuridica*, n.º 9, 1, 1979.
- GABBA, C. F.: *Teoria della retroattività delle leggi*, Turín, 1861.
- GABRIELE, F.: *Il principio unitario nella autonomia regionale*, Milán, 1980.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.
- «La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad», *RAP*, n.º 20, 1956.
- «Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas», *REDA*, n.º 95, 1997.
- «Las consecuencias de una Sentencia Constitucional errónea: la grave crisis del Derecho urbanístico español al comenzar el siglo», en *La Democracia Constitucional, Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 15.ª ed. Civitas, 2011
- GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza legítima*, Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA MAYNEZ: *Lógica del razonamiento jurídico*, México, 1964.
- GARCÍA TORRES, J.: «Supletoriedad del Derecho estatal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Civitas, Madrid, 1995.
- GARCÍA VALDECASAS, G.: «Sobre la aplicación del principio de no retroactividad de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, n.º XIV, 1, Madrid, 1966.
- GARRIDO FALLA, F.: «El desarrollo legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las Comunidades Autónomas», *RAP*, n.º 94.
- GARRN, H.: *Rechtsproblem und Rechtssystem*, Bielefeld, 1973.
- GAYA SICILIA, R.: *El principio de irretroactividad de las Leyes en la jurisprudencia constitucional*, Montecorvo, Madrid, 1987.
- GAVAZZI, G.: *Norme primarie e norme secondarie*, Turín, 1967.
- GEGERLE: *Die Verfassungsproblematik belastender Rückwirkungsgesetze*, Tubinga, 1960.
- GENEVOIS, B.: «Les principes généraux du droit (aspects du droit administratif)», *Revue internationale de droit comparé*, 1980.

- GIACOMETTI, Z.: *Das staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Zürich, 1941 (reimpresión, Zürich, 1979).
- GIANNINI, M. S.: «Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici», en *Atti XIV Congresso Internazionale di Sociologia*, Roma, 1950.
- «Gli elementi degli ordinamenti giuridici», *RTDP*, 1958.
- GIESE, F.: «Verkündung und Gesetzeskraft», *AÖR*, 76, 1950-51.
- GIULIANI, A.: «Le disposizione sulla legge in generale. Gli articoli 1 a 15», en P. RESCIGNO (ed.), *Trattato di diritto privato*, I, Turín, 1982.
- GOLDING, M. P.: *Kelsen and the Concept of «Legal System»*, ARSP XLVII, 1961.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», *RAO*, n.º 113, 1987.
- *La cláusula de supletoriedad*, en *Informe Comunidades Autónomas 1997*, vol. I, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1998.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Las potestades normativas de las Comunidades Autónomas», recogido en *La Constitución y las Fuentes del Derecho*, 3 vols., Madrid, 1979.
- *Derecho administrativo español*, tomo III, Eunsa, Pamplona, 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1997, II.
- GORDILLO, A.: «Tratado de Derecho Administrativo», tomo 3, *El acto administrativo*, 10.ª ed., Buenos Aires, F. D. A., 2011.
- GRASSETTI: *Le definizioni legali e la riforma dei codici*, Studi Pacchioni.
- GRISEL, A.: *Droit administratif suisse*, Neuchâtel, 1970.
- GROTTANELLI DE SANTI, G.: *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milán, 1970.
- GROTEFEND, G. A.: *Lehrbuch des preussischen Verwaltungsrechts*, I, 1890.
- GUASTINI, R.: *Sui principi di diritto*, Dir. e Soc. 1986.
- HARDT: «Die allgemeinen Verwaltungsgrundsätze», *DöV*, 1971.
- HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, Oxford, 1961.
- HENNIS, W.: *Richtlinienkompetenz und Regierungstechnik*, Tubinga, 1964.
- HERZOG, J. B. y VLACHOS, G.: *La promulgación, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, París, 1961.
- HOHN, E.: *Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht*, Bern, 1960.
- IHERING, R. VON: *Der Zweck im Recht*, 2 vols., Leipzig, 1872.
- IMBODEN, M.: *La prevalencia del derecho estatal sobre el regional*, Madrid, 1981.

- «Die Staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes, Bundesrecht bricht kantonales Recht», 1942, en *Staat und Recht*, Basilea, 1971.
- INMORDINO, M. y MODICA, C.: «El principio de seguridad jurídica en el ordenamiento italiano», *DA*, INAP, mayo-diciembre 2002.
- JEANNEAU, B.: *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Thèse, Paris, Sirey, 1954.
- *La théorie du principes généraux du droit á l'épreuve du temps*, EDCE 1981-82.
- JÉZE, G.: «Rétroactivité des lois de competence. Contribution à la Théorie de la rétroactivité ou de la non rétroactivité des lois», *Revue de Droit Public*, 1913.
- «Les lois rétroactivités», *Revue de Droit Public*, 1916.
- «De l'exercice dans le temps du pouvoir législatif (Contribution à l'étude de la non-rétroactivité des lois)», *Revue de Droit Public*, 1923.
- «Les lois interprétatives. Contribution à l'étude du principe de la non-rétroactivité des lois», *Revue de Droit Public*, 1924.
- JORI, M.: «Il principi nel diritto italiano», *Sociologia del diritto*, n.º 10, 1983.
- JORI, M.; BELVEDERE, A. y LANTELLA, L.: *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milán, 1977.
- JUNKER, E. U.: *Die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzler*, Tubinga, 1965.
- KAUTZOR-SCHRODER: *Die Verkündung von Rechtsvorschriften in rechtsvergleichender Betrachtung*, Tubinga, 1955.
- KELSEN, H.: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubinga, 1911.
- *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wein, 1934.
- *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. española, México, 1979.
- «Der Begriff der Rechtsordnung», en *Logique et Analyse*, I, 1958.
- *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979.
- *Österreichisches Staatsrecht*, Tübinga, 1926 (reedición Aalen, 1970).
- *Die Bundesexecution en Festgabe für Fleiner*, Tubinga, 1927.
- KIMMINICH, O.: *Die Rückwirkung von Gesetzen*, JZ, 1962.
- KISKER, G.: *Die Rückwirkung von Gesetzen. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*, Tubinga, 1963.
- *Kooperation im Bundesstaat. Eine Untersuchung zum kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland*, Tubinga, 1971.
- KLEIN, G. y BARBEY, F.: *Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen*, 1964.
- KOPP, H. W.: *Inhalt und Form der Gesetze als ein Problem der Rechtstheorie*, Zürich, 1958, II.
- KRAWIETZ, W.: «Die Lehre von Stufenbau des Rechts; eine säkularisierte politische Theologie?», *Rechtstheorie*, n.º 5, 1984.

- LABAND, P.: *Le droit public de l'Empire Allemand*, II, París, 1901.
- «Die Verkündigung von Rechtsverordnungen des Bundesrates», *AöR*, 1903.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; MORENO LUNA, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. II, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1987.
- LANELLA, L.; JORI, M. y BELVEDERE, A.: *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milán, 1977.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.: «El principio de prevalencia en el derecho alemán», *RVAP*, n.º 8, 1984.
- *Los principios de supletoriedad y prevalencia del derecho estatal respecto al derecho autonómico*, Civitas, Madrid, 1991.
- «La interpretación del principio de supletoriedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del Estado de las Autonomías», *REDC*, n.º 55, 1999.
- LASALLE, F.: *Théorie systematique des droits acquis*, traducción francesa, 2 vols., París, 1904.
- LATSCHA, W.: *Die Delegation von Rechtssetzungs Kompetenz von Bund und die Kantone*, Zurich, 1953.
- LAUBADÈRE, A.; MODERNE, F. y DEVOLVÉ, P.: *Traité des contrats administratifs*, 2.ª ed., LGLJ, París, 1983.
- LAUN, R.: *Allgemeine Rechtsgrundsätze. Beiträge zur Kultur-und Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1948.
- LAVAGNA, C.: *Istituzioni di diritto pubblico*, Turín, 5.ª ed., 1982.
- *Diritto Pubblico*, 4.ª ed., 1979.
- «Inammissibilita dei decreti-legge regionali», *Foro ital.*, 1960.
- LEBRUN, A.: *La coutume, ses sources. Son autorité en droit privé*, LGDJ, París, 1932.
- L'ÉCUYER: *La Coourt Suprême de Canadá et le partage de competences*, Québec, 1978.
- LEGUINA VILLA, J.: «El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 2, 1997.
- LE MIRE, P.: *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes généraux du droit*, MéL. Charlier.
- LETOURNEUR, M.: *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, EDCE, 1951.
- LINOTTE, D.: «Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif», *AJDA*, 1980.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F.: «La aporía constitucional de la supletoriedad del Derecho del Estado», *RVAP*, n.º 51, 1998.
- LÓPEZ MENUDO, F.: «El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves», *DA*, INAP, mayo-diciembre 2002.
- *El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, 1982.

- LÓPEZ RODÓ, L.: «Presupuestos subjetivos de la aplicación del principio que prohíbe ir contra los propios actos», en *RAP*, n.º 9, 1952.
- LUKAS, J.: *Über die Gesetzes-Publikaton in Österreich und dem deutschen Reiche*, Graz, 1903.
- LUMIA, G.: *Principios de teoría e ideología del Derecho*, trad., española, Madrid, 1978.
- MACERA, B. F.: «El Consejo de Estado francés y la aplicabilidad directa de las directivas comunitarias: la confirmación del rechazo de la «invocabilidad de sustitución»», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 121, CISS, 1995.
- MAIHOFFER, W.: *Das Problem des Ordnung. Sechster Deutscher Kongress für Philosophie*, Meisenheim am Glan, 1962.
- MAIRAL, H. A.: *La doctrina de los propios actos y la Administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- MAJORANO, L.: *Appunti per una teoria della prassi amministrativa*, Bari, 1975.
- MAKKONEN, K.: *Zur Problematik der juridischen Entscheidung*, Turku, 1965.
- MARTÍN-RETORTILLO, L.: «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 17, 2003.
- MARTÍN-RETORTILLO, S.: «La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y alguna de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo», *RAP*, n.º 39, 1962.
- MARTINES, T.: *Diritto costituzionale*, Milán, 3.ª ed., 1984.
- «Studio sull'autonomia política delle regioni», *RTDP*, 1956.
- MARTINO, A. A.: *Le definizioni legislative*, Turín, 1975.
- MAZZIOTTI, M.: *Studi sulla potestà legislativa delle regioni*, Milán, 1961.
- MENGER, Ch. F.: «Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen», en *Festschrift für W. Bogs*, 1967.
- MERK, W.: *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Berlín, 1962.
- MERUSSI, F.: *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milán, 1964.
- «Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica», *RTDP*, 1972.
- MESCHERIAKOFF, A. S.: *La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente*, *AJDA*, junio 1976.
- MESTRE DELGADO, J. F.: *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, II, 2004.
- MEYER-CORDING, U.: *Die Rückwirkung von Gesetzen*, *JZ*, 1952.
- MICHALON, T.: «La République française une federation qui s'ignore?», *RDP*, n.º 3, 1982.

- MIELE, G.: «Profilo della consuetudine nel sistema delle fonti di diritto interno», en *Stato e diritto*, 1943.
- MOCKLE, D.: *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, París, 1984.
- MODUGNO, F.: *Norma giuridica (teoria generale)*, 1978.
- *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, XXX ed., 1980.
- MORANGE, G.: «Les principes généraux du droit sous la V République», *RDPSP*, 1960.
- «Une categorie juridique ambigüe: les principes généraux du droit», *RDPSP*, 1977.
- MORELL OCAÑA, L.: «La lealtad y otros componentes de la ética institucional de la Administración», *REDA*, n.º 114, 2002.
- MORTATI, C.: *Le forme di Governo*, Padua, 1973.
- *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padua, 9.ª ed., 1976.
- MÜLLER, F.: *Normstruktur und Normativität*, Berlín, 1966.
- «Zur problematic der Rahmenvorchriften nach dem Grundgesetz», *DöV*, 1964.
- MUÑOZ MACHADO, S.: «La interpretación estatutaria del sistema constitucional de distribución de competencias», en S. MUÑOZ MACHADO, *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, 2.ª ed., Madrid, 1981.
- *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, 2 vols., Madrid, 1982 y 1984.
- «Las deformaciones del ordenamiento jurídico y la aplicación de las leyes en el nuevo sistema constitucional», *DA*, n.º 200, 1984.
- «Constitución, Estado de las autonomías y reforma de las Administraciones Públicas», en *Estado y Sector público en España*, Madrid, 1981.
- «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas», en S. MUÑOZ MACHADO, *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, 2.ª ed., Madrid, 1981.
- *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Civitas, Madrid, 1986.
- *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1994.
- *Servicio Público y mercado*, I. Los Fundamentos, Civitas, Madrid, 1998.
- NIETO, A.: «La autenticidad de las normas escritas», *REDA*, n.º 16, 1978.
- NINO, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, 1983.
- NITSCH, N.: «Les principes généraux du droit á l'épreuve du droit public économique», *RDPSP*, 1981.
- ORECCHIA, R. (ed.): *Il diritto como ordinamento*, Milán, 1976.
- ORESTANO, R.: «Le nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica nella scienza del diritto», *RTDP*, 1985.

- ORTIZ DÍAZ, J.: «El precedente administrativo», *RAP*, n.º 24, 1957.
- OSSENBÜHL, F. en H. U. ERICHSEN-W. MARTENS (eds.): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5.ª ed., Berlín-Nueva York, 1981.
- OTTO, I. DE: «La prevalencia del derecho estatal sobre el derecho regional», *REDC*, n.º 2, 1981.
- *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- PABLO CONTRERAS, P. DE y BALZA AGUILERA, J.: «El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas», *REDA*, n.º 55, 1987.
- PAREJO ALFONSO, L.: *La prevalencia del derecho estatal sobre el regional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, 1981.
- PARESCHE, E.: «Diritto, norma, ordinamento», *RIFD*, 1933.
- PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.
- PAVLOPOULOS, P.: *La directive en droit administratif*, París, 1978.
- PAWLOWSKI, H. M.: *Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und Gesetze*, Heidelberg, 1981.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- PECZENIK, A.: «Principles of Law. The Search for Legal Theory», *Rechtstheorie*, n.º 2, 1971.
- PERELMAN, Ch. y VANDER ELST, R.: *Les notions a contenu variable en Droit*, Emile Bruylant, Bruselas, 1984.
- PÉREZ SERRANO, N.: «El estilo de las leyes», *Escritos de Derecho Político*, IEAL, Madrid, 1984.
- «Las erratas de las leyes», *Escritos de Derecho Político*, IEAL, Madrid, 1984.
- PESCHKA, V.: *Die Theorie der Rechtsnormen*, Budapest, 1982.
- *Theorie der Rechtsnormen, Festgabe für Ota Weinberger zum 65 Geburtstag*, Berlín, 1984.
- PETTA, M.: *Il sistema federale austriaco*, Milán, 1980.
- PFERSMANN, O.: *Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, septiembre/diciembre 2013, número 99.
- PIZZORUSSO, A.: *La pubblicazione degli atti normativi*, Milán, 1963.
- *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 2.ª ed., 1981.
- PONS RAFOLS, X.: *El Tribunal de Justicia y la supletoriedad del Derecho estatal como garantía del cumplimiento autonómico del Derecho de la Unión Europea*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, enero/abril 2014, núm. 47.

- POYAUD, D.: *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, París, 1991.
- PREDIERI, A.: *Pianificazione e costituzione*, Milán, 1963.
- RANELLETTI, O.: «La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno», *Riv. Dir. Pubbl.*, 1913.
- RAZ, J.: *The Concept of a Legal System*, Londres, 1970.
— *Practical Reason and Norms*, Londres, 1975.
- REBOLLO PUIG, M.: «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *DA*, INAP, mayo-diciembre 2002.
— *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- REQUEJO PAGÉS, J. L.: «El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 2, 1997.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: «¿Tiene el Estado una competencia legislativa universal? A vueltas con el principio de supletoriedad y la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 9, 1997.
- REQUENA LÓPEZ, T.: *El principio de Jerarquía Normativa*, Civitas, Madrid, 2004.
- REVEL, G.: *La publication des lois, des décrets et des autres actes de l'autorité publique*, París, 1933.
- RIALS, S.: «Sur une distinction contestable et un trop réel déclin: à propos d'un article récente sur le pouvoir normatif du juge», *AJDA*, 1981.
— *Le juge administratif français et la technique du standard*, París, LGDJ, 1980.
- RILLARI: «Considerazione sulla dottrina dell'ordinamento giuridico», *Scritti Romano*, I.
- RIVERO, J.: «Le juge administratif: un juge qui gouverne», en *Chronique Dalloz*, 1951.
— «Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo», *RAP*, n.º 6, 1951.
— *Jurisprudence et doctrine dans l'elaboration du droit administratif*, EDCE, 1955.
- RIVERO YSERN, E.: *La interpretación del contrato administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1997.
- ROBILANT, E. DI: *Direttiva economica e norma giuridica*, Turín, 1955.
- RODRÍGUEZ MORO, N.: «Es obligado el pago del importe de las obras realizadas a favor de un Ayuntamiento aunque el contrato se hubiere celebrado por el Alcalde con infracción de la normativa legal», *REVL*, n.º 202, 1981.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

- ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918.
- *Principi di diritto costituzionale generale*, Milán, 1946.
- RORIVE, I.: *Le revirement de jurisprudence*, Bruselas, Bruylant, 2003.
- ROSS, A.: *On Law and Justice*, Londres, 1958.
- *Directives and Norms*, Londres, 1967.
- *Definition in Legal Language, Logique et Analyse*, 1958.
- ROUBIER, P.: *Les conflits des lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, 2 vols., París, 1929-33.
- *Le droit transitoire*, París, 2.^a ed., 1960.
- «Distinction de l'effect rétroactif et de l'effet immédiat de la loi», *Revue Trim. Droit civil*, 1928.
- ROUX, J.: «Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire derive et la Constitution», en *Revue du Droit Public*, n.º 4, París, 2004.
- RUBIO LORENTE, F.: «El bloque de la constitucionalidad», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- RUDOLF: «Die Ermächtigung der Länder zur Gesetzgebung des Bundes», *AöR*, n.º 88, 1963.
- RUGGERI: *Gerarchia, competenza e qualita nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milán, 1977.
- «Ancora in tema di leggi statali e leggi regionali in materia di competenza ripartita», *RTDP*, 1977.
- RUIZ MIGUEL, A.: «El principio de jerarquía normativa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24, septiembre-diciembre 1988.
- SÁINZ MORENO, F.: «La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados», *RAP*, n.º 89, 1979.
- SALAS, J.: «El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre la Administración local y la del Estado», en *Descentralización administrativa y organización política*, Madrid, 1973, II.
- «La interpretación del artículo 149.3 de la Constitución», en *Estado y Sector Público en España*, Madrid, 1981.
- SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario al art. 2.º del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, PAZ-ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH (dirs.), Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1993.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Venire contra factum proprium non valet», *DA*, INAP, mayo-diciembre 2002.
- SANDULLI, A.: *Il principio della irretroattività delle leggi e la Costituzione*, Foro amm., 1947.
- *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 12.^a ed., 1974.

- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo*, General I y II, Iustel, Madrid, 2009
- «La Administración como poder regulador», en *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D.: «El principio de confianza legítima en el Derecho inglés: la evolución que continúa», *REDA*, n.º 114, 2002.
- SAVIGNY, F. K.: *Sistema del Derecho Romano actual*, Madrid, trad. española.
- SCARPELLI, U.: *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Turín, 1958.
- *Le definizioni nel diritto, Logique et Analyse*, 1958.
- *Semantica, morale, diritto*, Turín, 1969.
- SCHAFER, H.: «Bundesaufsicht und Bundeszwang», *AöR*, n.º 78, 1952-1953.
- SCHEEBARTH, H. W.: *Die Anwendung von Gesetzen auf früher entstandene Sachverhalte*, 1961.
- SCHLEIFENBAUM, H.: *Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als revisibles Bundesrecht*, Múnich, 1966.
- SCHONFELD, W.: *Die logische Struktur der Rechtsordnung*, Leipzig, 1927.
- SCHREIBER, H. L.: *Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte*, Berlín, 1966.
- *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlín/Heidelberg/Nueva York, 1966.
- SCHWARTZ, B.: *A Commentary on the Constitution of Unites States. The Powers of Government*, I. Federal and State Powers, Nueva York, 1963.
- SCHWARZENBACH, H. R.: *Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 8.ª ed., Berna, 1980.
- SHAPIRO y HOBBS: *American Constitutional Law; cases and analyses*, Massachusetts, 1978.
- SILVESTRI: «Le legge cornice», *RTDP*, n.º 1970.
- SNEIDER, J. P.: «Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán», *DA*, INAP, mayo-diciembre 2002.
- STERN, K.: *Das Staatsrech der Bundesrepublik Deutschland*, I, Múnich, 1977.
- TALLINEAU, L.: «Les tolérances administratives», *AJDA*, 1978.
- TARANTINO, A.: *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milán, 1976.
- TARDÍO PATO, J. A.: *El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*, Revista de Administración Pública, Madrid, septiembre/diciembre 2003, n.º 162.
- TARELLO, G.: *Diritto, enunciati, usi, Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bolonia, 1974.
- *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980.

- TEBOUL, G.: «La coutume, source formelle de droit en droit administratif», *Revue Droits*, 1986.
- TEJEDOR BIELSA, J. C.: *La garantía constitucional de la unidad del ordenamiento en el Estado Autonómico: competencia, prevalencia y supletoriedad*, Civitas, Madrid, 2000.
- «Inconstitucionalidad y nulidad demorada, ¿Paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad? La STC 195/1998, de 1 de octubre», *REDA*, n.º 101.
- THON, A.: *Rechtsnorm und subjectives Rechts*, Weimar, 1878.
- TIEMANN, B.: *Die Grundsatzgesetzgebung im System der verfassungrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen*, DOV, 1974.
- TRIEPPEL, H.: *Delegation und Mandat. Eine kritische Studie*, Stuttgart-Berlín, 1942.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Las expresiones fuentes del Derecho y ordenamiento jurídico. Introducción a su estudio», *ADC*, 1981.
- VAREILLES-SOMMIERES: *De la promulgation et de la publication des lois et décrets*, *Revue de Lille*, 1893.
- VIRGA: «Problema legislativi et interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale», en *Foro Am.*, 1971, III.
- VLACHOS, G. y HERZOG, J. B.: *La promulgación, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, París, 1961.
- VOISSET, M.: *La reconnaissance de l'existence de principes généraux du droit par le Conseil constitutionnel*, *Juris-Classeur Périodique*, 1969, I, n.º 2290 bis.
- VON MANGOLD y KLEIN: *Das Bonner Grundgesetz Comentar*, 3 vol., 2.ª ed., Berlín-Franckfurt, 1957-1974.
- VON MUNCH, I. (ed.): *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlín, 1979.
- *Grundgesetz-Kommentar*, 3 vols.; vol. 1, 2.ª ed., 1981.
- VON WRIGHT, H.: *Norm and Action*, Londres, 1963.
- WALTER, R.: *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Viena, 1975.
- WIDMER, M. P.: *Normkonkurrenz und Kompetenzkonkurrenz im Schweizerischen Bundesstaatsrecht*, Zúrich, 1966.
- WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1977.
- WOLFF, H. J.: *Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen als Rechtsquellen*, Gedäch W. Jellinek.
- ZANOBINI, G.: *La pubblicazione delle leggi nel diritto italiano*, Turín, 1917.
- *Corso di diritto amministrativo*, I, 8.ª ed., Milán, 1958.

ÍNDICE ANALÍTICO Y ONOMÁSTICO

A

ACCURSIO, 259.
ALBADALEJO, M., 377.
ALEXY, R., 3, 205.
ALZAGA VILLAAMIL, Ó., 807.
ANSCHÜTZ, G., 854.

Aplicación de las normas

Ver *Eficacia de las normas, Retroactividad, Territorialidad de las normas.*

Autorregulación

Ver *Usos sociales.*

AUBY, M., 679.
AUSTIN, J., 275.

B

BACHOF, O., 528.
BACIGALUPO SAGGESE, M., 642, 653.
BARNÉS VÁZQUEZ, J., 921.
BARRE, DE LA, 587.
BARRERO RODRÍGUEZ, M. C., 619.
BARTOLO, 269.
BASSANINI, 506.
BECCARIA, C., 587.
BÉCHILLON, D. DE, 400.
BELADÍEZ ROJO, M., 578.
BENOIT, F. P., 280.
BENTHAM, J., 123.
BERMEJO, J., 476.
BIGLINO CAMPOS, P., 486.
BLACKSTONE, W., 388.
BOBBIO, N., 93, 184, 550.

BOCANEGRA, R., 451.
BOQUERA, J. M., 468.
BORRAJO INIESTA, 936.
BRAIBANT, G., 535.
BRÉDE, barón de, 121.
BUEN, DE, 374.

Buena fe

Alegans propria turpitudinem non auditur, 687, 702 a 705.
Confianza legítima, 245.
Doctrina de los actos propios, 688 a 692.
Incorporación a la legislación administrativa, 684.
Incorporación al Código Civil, 683.
Jurisprudencia, 685.
Requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios, 692 a 698.
Retraso desleal en el ejercicio de competencias, 699 a 701.
Venire contra factum proprium non valet, 683.
Ver *Confianza legítima.*

BUFFANDEAU, T., 217.
BULLINGUER, 590.
BÜLOW, E., 161.
BULOW, O. V., 255.

C

Calidad de la ley

Eficacia y utilidad esperable, 160, 161.

- Evaluación de la necesidad, 120.
 Evaluación de los proyectos, 162.
 Nuevas técnicas de codificación, 174 a 176.
 Técnicas de redacción, 163 a 165.
- CÁNOVAS DEL CASTILLO, E., 171.
 CARDOZO, 388.
 CARRÉ DE MALBERG, R., 249, 724.
 CASTÁN TOBEÑAS, J., 374, 375.
 CASTRO, F. DE, 79, 180, 199, 200, 250, 255, 284, 348, 351, 581, 600.
 CHAPUS, R., 249, 280, 535.
 CICERÓN, 582.
- Claridad de la ley**
 Jurisprudencia del TEDH, 188, 189.
 Obligación constitucional, 185.
 Precisión y discrecionalidad, 190 a 193.
 Ver **Predecibilidad de las normas**.
- Certeza del Derecho**
 Claridad de las normas, 185 a 190.
 Error de Derecho, 182.
 Fundamento, 177.
 Ignorancia de las leyes: significación del principio de prohibición, 174 a 185.
 Ver **Claridad de la ley**.
- Cláusulas subrogatorias**
 Ver **Competencia**.
- Comisión General de Codificación**, 166, 175.
- Competencia**
 Cláusulas subrogatorias, 820.
 Compartidas y concurrentes, 771, 832 a 834.
- Delimitación legislativa, 775 a 832.
 Delimitación por la legislación básica, 776 a 778.
 Desplazamiento de normas, 782 a 797.
 Desplazamiento y obligación de derogación, 797.
 Diferencias con el principio de jerarquía, 757 a 760.
 En la Constitución, 103.
 Exclusiva, 767.
 Insuficiencia del principio de jerarquía, 748.
 Intercambiabilidad, 828 a 831.
 Listas, 766.
 Por materias y por funciones, 769, 770.
 Posición de las normas de las entidades locales, 756.
 Relaciones con los ordenamientos supranacionales y autonómicos, 754, 755.
 Relevancia creciente en los ordenamientos complejos, 749 a 754.
 Reserva y concurrencia normativa, 825 a 827.
 Reservas de Estatuto, 819 a 822.
 Reservas de ley orgánica, 807 a 817.
 Reservas normativas y exclusividad, 799 a 806.
 Separación de ámbitos regulatorios, 799.
 Técnicas de reparto, 765 a 774.
 Transferencias y delegaciones, 773.
 Utilización en la Constitución, 761 a 774.
 Ver **Jerarquía**, **Principio de subsidiariedad**, **Principio de prevalencia**, **Principio de supletoriedad**.

Confianza legítima

- Buena fe, 245.
- Derecho alemán, 242.
- Formación, 239.
- Recepción en la jurisprudencia del TS, 240 a 244.
- Retroactividad y principio de confianza, 636, 644 a 650.
- Responsabilidad y principio de confianza, 651 a 659.
- Seguridad jurídica, 246.

CONSTANT, B., 716.

COS GAYON, F., 171.

COSTA Y MARTÍNEZ, J., 178, 183.

Costumbre

- Costumbres independientes, 345 a 347.
- Derecho público y costumbre, 279 a 283.
- Derecho romano e intermedio, 250, 251.
- Desuso, 301.
- Doctrina de la aprobación, 274, 275.
- Escuela histórica, 262.
- Espectáculos taurinos, 335 a 339.
- Interrupción, 270.
- Legalización de las costumbres, 332 a 339.
- Legislación de aguas, 342.
- Legislación de caza, 343.
- Legislación de régimen local, 341.
- Negación de la costumbre en Derecho administrativo: O. Mayer, 290, 291.
- Prácticas de los órganos del Estado, 302 a 306.
- Prueba, 266.
- Publicidad, 272.
- Racionalidad, 276, 277.
- Relación con los principios generales, 296 a 199.
- Relaciones con la ley, 79, 326 a 331.

- Relevancia constitucional, 77, 78.
- Remisión de la ley, 340.
- Requisitos para su formación, 263, 271.
- Transformaciones, 256.
- Vinculación de la Administración por las costumbres, 293 a 295.
- Ver **Mutaciones constitucionales**, **Precedentes administrativos**, **Precedentes judiciales**, **Usos sociales**.

Costumbres constitucionales

Ver **Mutaciones constitucionales**.

Costumbres y prácticas internacionales

- Inmunidad de jurisdicción de los representantes de los Estados, 307 a 311.
- Jurisprudencia española, 311.
- LOPJ de 1870, 311.
- Par in parem non habet imperium*, 309.
- Sentencia *Yerodia*, 310.
- Sentencia *The Schooner Exchange*, 308.
- Significación en el Derecho internacional, 305, 307.

COURRÈGES, A., 535.

D

DELAMARRE, M., 535.

Derogación

- Abrogatio*, 536.
- Certeza y previsibilidad, 95.
- Derogación, prevalencia e *interpretatio*, 538, 539.
- Desplazamiento y derogación, 517, 519, 561.
- Desuetudo*, 537, 542 a 544.

Expresa y tácita, 558, 559.
Facultas abrogandi: fundamentos, 548 a 554.
 Falta de referencia en la Constitución, 87.
 Fuerza de la ley posterior, 89.
 Fundamento constitucional, 89 y 90, 433.
 Interpretación restrictiva, 557.
 Invalidez sobrevinida y derogación, 559, 560.
Lex posterior, 547.
 Por incompatibilidad, 562, 563.
 Reconocimiento constitucional implícito, 91 a 99.
 Regulación en el Código Civil, 544 a 546.
 Vigencia indefinida: fundamentos, excepciones y límites, 555, 556.
 Ver **Reviviscencia, Ultraactividad**.

Desplazamiento de las normas

Ver **Eficacia de las normas**.

DEVOLVÉ, P., 280.
 DIEGO, DE, 374.
 DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., 91, 185, 552, 610.
 DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., 31, 182, 377, 578, 686, 688, 689, 699.
 DOMÉNECH PASCUAL, G., 578.
 DUGUIT, L., 627, 664.
 DUPEYROUX, O., 220.
 DUPUIS, G., 280.
 DÜRIG, G., 207.

E

Eficacia directa

Doctrina del TJ comunitario, 511 a 514.
 Inactividad del legislador, 504.
 Normas programáticas, 500, 501.

Normas programáticas en los estatutos, 506.
 Normas sin eficacia directa, 402, 503.
 Ordenamiento comunitario europeo, 511 a 514.
 Ordenamiento internacional, 509.
 Ver **Eficacia de las normas**.

Eficacia de las normas

Condicionamientos, 438 a 440.
 De las leyes derogadas, 443.
 De las normas inválidas, 447.
 Desplazamiento y derogación, 517, 519, 561.
 Normas incompletas, 440.
 Suspensión cautelar, 515 a 520.
 Ultraactividad, 446.
Vacatio legis, 437.
 Validez y eficacia: distinciones, 434.
 Ver **Eficacia prospectiva, Nulidad**.

Eficacia prospectiva

Efectos de la nulidad, 526, 530.
 Eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de la anulación, 523.
 Jurisprudencia del TC, 524, 525, 534, 535.
 Jurisprudencia del TEDH, 532.
 Jurisprudencia del TJ Comunitario, 531.

ESCRICHE, 170.

Espectáculos taurinos

Ver **Costumbre**.

ESSER, J., 213.

F

FEBRERO BERMÚDEZ, J., 169.
 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 226, 280, 624, 626, 788, 807, 816, 918, 921.

FIORAVANTI, M., 113.
 FIORE, P., 307.
 FORSTHOFF, E., 132, 133.
 FREIXA Y CLARIANA, 171.
 FROSINI, V., 25.

Fuentes del Derecho

Ampliación de los poderes normativos, 126 a 143.
 Código Civil, 30 a 35.
 Constitución, 36 a 38.
 Tipología de las normas en la CE, 62 a 64.
 Ver *Ley, Reglamento, Principios generales del Derecho*.

G

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 222, 225, 226, 280, 486, 624, 627, 649, 653, 654, 816, 918, 921.
 GARCÍA GOYENA Y AGUIRRE, 169, 179, 469, 470.
 GARCÍA LUENGO, J., 649.
 GARRIDO FALLA, F., 280, 807.
 GENEVOIS, B., 215, 220.
 GÉNY, 351.
 GÓMEZ-FERRER MORANT, R., 925.
 GÓMEZ DE LA SERNA, 119, 469.
 GONZÁLEZ NAVARRO, F., 243, 280.
 GONZÁLEZ PÉREZ, J., 690, 699.
 GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., 77.
 GOURDOU, J., 535.
 GRACIANO, 259.
 GRAY, 388.
 GREENE, lord, 231.
 GRISEL, A., 903.
 GUEDON, M. J., 280.
 GULLÓN BALLESTEROS, A., 377.

H

HART, H. L. A., 733.
 HENRICH, 664.
 HERNÁNDEZ GIL, A., 375.

HERRERO DE MIÑÓN, M., 546.
 HOLMES, O. W., 388, 408.
 HSÚ DAU-LIN, 315.
 HUBER, 903.

I

Inactividad del legislador

Reconocimiento de derechos, 504.

Interdicción de la arbitrariedad

Aplicación a la ley, 227.
 Aplicación a las resoluciones judiciales, 228, 229.
 Formación doctrinal, 225, 226.
 Tests para la constatación de la arbitrariedad, 231.

Invalidez

Ver *Nulidad*.

Irretroactividad

Ver *Retroactividad*.

Iura quaestia

Aplicaciones del concepto, 588.

IRNERIO, 258.

J

JELLINEK, G., 77, 313, 314.
 JELLINEK, W., 133.

Jerarquía

Antiguo Régimen, 707 a 711.
 Confusión y consolidación de la diferencia jerárquica ley-reglamento, 721 a 723.
 Crisis del principio, 727 a 734.
 Efectos, 742 a 747.
 En la Constitución, 102.

En relación con la Constitución y las leyes, 735 a 737.
 Formación del principio, 706 a 724.
 Identificación de la ley por su rango, 719.
 Jurisprudencia, 739 a 741.
 Posición de los tratados, 738.
 Preferencia o prevalencia *versus* jerarquía, 712, 713, 715.
 Relación con la separación de poderes, 726.
 Vinculación al principio de la ley como expresión de la voluntad popular, 716 a 718.
 Vinculación con la idea de soberanía, 725.

JIMÉNEZ DE PARGA, M., 922.

JOVELLANOS, 335.

JULIANO, 258, 259, 326, 537.

Jurisprudencia

Carácter vinculante, 380.
 Creación de Derecho, 406.
 Crítica de las doctrinas negatorias, 381 a 386.
 Doctrinas negatorias de su valor normativo, 371 a 386.
 Falta de mención constitucional, 80, 81.
 Importancia actual, 389 a 407.
 Jurisprudencia e imperio de la ley, 381 a 383.
 Posición en el sistema de las fuentes, 390.
 Publicación, 491 a 494.
 Reacción revolucionaria contra, 367, 370.
 Rehabilitación de la jurisprudencia, 372, 373.
 Retroactividad de la jurisprudencia, 400 a 405.
 Significación en el CC, 366, 374 a 380.
 Trascendencia normativa, 376.

Vinculación de los tribunales, 408 a 423.

Ver **Precedentes judiciales**.

JUSTINIANO, 537, 583.

K

KELSEN, H., 25, 29, 185, 435, 523, 529, 548, 565, 664, 859, 862.

L

LABETOUILLE, D., 535.

LACRUZ BERDEJO, J. L., 377.

LALAGUNA, E., 377.

LAPORTA, F. J., 151.

LASAGABASTER, I., 936.

LEIBHOLD, 226.

LETOURNEUR, V. M., 215.

Ley

Claridad y previsibilidad, 67.
Leyes omnibus, 68.
 Mejora de los procesos de producción, 158 a 176.
 Norma general, 65.
 Redacción según Bentham, 123.
 Redacción según Montesquieu, 121.
 Ver **Calidad de la ley**.

Ley general

Pérdida de este carácter, 130.
 Ver **Ley medida**.

Ley medida

Doctrina en C. Schmitt, 132.
 Evolución en Alemania, 133.

Leyes ex post facto

Concepto y aplicaciones, 586 a 588.

LÓPEZ MENUDO, F., 616, 624, 626.

LORENTE SARIÑENA, M., 457.

M

MARÍN RIAÑO, F., 241.
 MARSHALL, juez., 308.
 MARTÍN-RETORTILLO, L., 222, 225.
 MARTÍN-RETORTILLO, S., 527, 543.
 MARTÍNEZ DE ALCUBILLA, 171, 427.
 MARTÍNEZ SANJUÁN, 243.
 MAURER, H., 633.
 MAYER, O., 290, 291, 292, 293.
 MERKL, A., 91, 549, 728.
 MESTRE DELGADO, J. F., 653.
 MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 685, 689.
 MODESTINO, 536, 707.
 MONET, 837, 885.
 MONTESQUIEU, 121, 122, 366, 368, 385, 587.
 MORTATI, C., 487.
 MOULIS, C., 535.

Multipolaridad de las normas

Crecimiento del ordenamiento:
 cuantificación, 155 a 157.
 Derecho efímero, 147.
 Diversificación de la producción,
 146.
 Galaxia normativa, 151.
 Hipertrofia legislativa, 149.
 Ruptura del origen estatal de las
 normas, 148 a 153.

MURATORI, 122.

Mutaciones constitucionales

Doctrina de G. Jellinek, 312 a
 315, 436.

N

NIETO, A., 222, 499, 720.

Normas programáticas

En los Estatutos, 506 a 508.

La Constitución como norma pro-
 gramática, 501.
 Significación, 500.
 Ver *Eficacia directa*.

Normas técnicas

Origen privado, 364, 365.
 Ver *Usos sociales*.

Nulidad

Apreciación de la invalidez, 448.
 Efectos de las normas inválidas,
 451.
 Eficacia de las normas inválidas,
 447.
 Extensión, 450.
 Suspensión cautelar, 515 a 520.
 Ultraactividad, 446.
Vacatio legis, 437.
 Validez y eficacia: distinciones,
 434.
 Ver *Eficacia de las normas*.

O

ONIDA, 507.

Ordenamiento jurídico

Artículo 1.1 CE, 2.
 Contenido del concepto 21 a 23.
 Derecho efímero, 147.
 Diacrónico, 99.
 Dinámica, 82 a 106.
 Doctrina kelseniana, 25 a 27.
 Doctrina de Santi Romano, 28, 29.
 Multipolaridad de las normas,
 146.
 Ordenamiento constitucional, 6,
 38 a 40.
 Ordenamiento infraestatal o se-
 cundario, 51 a 55.
 Ordenamiento de las institucio-
 nes básicas, 7.
 Ordenamiento jurídico en la juris-
 prudencia, 17.

Ordenamiento jurídico en la legislación ordinaria, 11 a 16.
 Ordenamiento local, 56 a 61.
 Ordenamientos supranacionales, 8, 41 a 50.
 Referencia constitucional incompleta, 69.
 Valores y principios, 3.
 Valores superiores, 4.

ORTIZ DE ZÁRATE, R., 119.
 ORTIZ DE ZÚNIGA, M., 170, 468.
 OSSENBÜHL, F., 242.
 OTTO I. DE, 380, 897, 905, 907, 909, 925.

P

PANORMITANO, abad, 269.
 PAPIANO, 707.
 PAQUIRO, 336.
 PARADA VÁZQUEZ, J. R., 222, 280.
 PEPE HILLO, 336.
 PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, 374.
 PÉREZ SERRANO, N., 499.
 PLANIOL, M., 179.
 PORTALIS, 540.
 POUND, 388.

Precedentes administrativos

Carácter normativo, 319.
 Fundamentos de su carácter vinculante, 320 a 323.
 Motivación del cambio, 324.
 Precedentes ilegales, 325.
 Régimen, 318.

Precedentes judiciales

Cambios de precedente, 414 a 423.
Common Law, 412.
 Efectos del precedente judicial, 317.

Independencia judicial, 411.
 Organización del sistema de precedentes, 415 a 423.
 Previsibilidad del razonamiento judicial, 409, 410.
 Ver **Jurisprudencia**.

Predecibilidad de las normas

Imprecisiones de las normas, 187 a 190.
 Precisión y discrecionalidad, 190 a 194.
 Precisión y predecibilidad, 194, 195.
 Ver **Calidad de la ley, Claridad de la ley**.

Predeterminación

De las competencias por la ley, 393 a 399.

PREUSS, 664.

Prevalencia

Aplicaciones, 875 a 879.
 Criterios de aplicación, 866 a 868.
 Efectos, 869.
 Efectos de jerarquización en el constitucionalismo histórico, 860.
 En la Constitución de 1931, 865.
 En la Constitución de 1978, 106, 849, 864 a 860.
 En la doctrina kelseniana, 854, 862.
 En los ordenamientos federales, 850 a 858.
 No hay prevalencia sin competencia, 870 a 874.
 Prevalencia y validez, 880 a 884.
 Ver **Primacía**.

PRIEUR, M., 535.

Primacía

- Desplazamiento y derogación, 891 a 893.
- Efecto de desplazamiento, 891, 892.
- Preferencia de las normas en los sistemas norteamericano y comunitario europeo, 885, 886.
- Sentencia *Costa/ENEL* y doctrina subsiguiente, 888 a 891.

Principio de competencia

Ver *Competencia*.

Principio de jerarquía

Ver *Jerarquía*.

Principio de prevalencia

Ver *Prevalencia, Primacía*.

Principio de proporcionalidad

- Consagración y fundamento, 232, 237, 238.
- Jurisprudencia administrativa, 235.
- Jurisprudencia constitucional, 234.
- Jurisprudencia del TJ Comunitario, 233.
- Test de la proporcionalidad, 236.

Principio de subsidiariedad

- Acta Única Europea, 840
- Aplicación y desarrollos en Derecho comunitario, 835 a 848.
- Criterios para su aplicación, 847, 848.
- Ejercicio de las competencias, 844.
- Jurisprudencia, 846.
- Prevalencia y proporcionalidad, 841.

Principio de supletoriedad

- Consagración constitucional, 894 a 896.

Críticas a la jurisprudencia, 914 a 926.

Evolución de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina, 897 a 902, 908 a 926.

Funciones y aplicaciones, 926 a 938.

Justificación, 903.

No es una cláusula de competencia, 904 a 907.

Principios generales del Derecho

Código Civil, 216.

Condensación en los principios revolucionarios, 215.

Conseil d'État: consagración de principios, 214 a 220.

Constatación jurisprudencial, 210 a 220.

Constitucionalización de principios, 75.

Dinámica de su creación, 224 a 228.

En la Constitución, 74, 202 a 206.

En el Derecho público general, 201.

Formación doctrinal, 221 a 227.

Formación y origen, 208, 209.

Ponderación, 206 y 207.

Principios y codificación civil, 198.

Principios y jurisprudencia, 229.

Superación del legicentrismo, 197.

Rango, 248 a 254.

Relación con la ley, 253.

Triple función, 200.

Valores y principios, 202.

Vinculación de las decisiones administrativas, 230 y 231.

Vinculación de la ley, 227.

Ver *Buena fe, Confianza legítima, Interdicción de la arbitrariedad, Principio de proporcionalidad, Seguridad jurídica*.

Promulgación

Publicación y promulgación, 457.
Ver **Publicación de las normas**.

Publicación de las normas

Actividad administrativa relativa a la publicación, 481.
Boletines provinciales, 462, 464.
Centralización de la publicación, 470, 471.
Circulación de las disposiciones, 459.
Colección de decretos y órdenes de las Cortes, 463.
Colección legislativa: creación, 464.
Errónea, 496, 497.
Evolución de la obligación de publicar las leyes, 455 a 471.
Gaceta de Madrid, 471.
Incompleta, 496.
Interna corporis, 477.
Leyes no publicadas, 484 a 487.
Leyes y reglamentos autonómicos, 473 a 475.
Normas locales, 476.
Parcial, 496, 197.
Principio de publicidad en la CE, 452.
Procedimiento legislativo y publicación, 478, 480.
Promulgación y publicación, 457, 458.
Publicación en el CC, 453.
Publicación de la jurisprudencia, 491 a 493.
Publicación material y formal, 456.
Publicación provincial, 460 a 462, 468.
Requisito *ad solemnitatem*, 482, 483.
Retrasos, 496.
Vacatio legis, 489.
Veredas, 465.

PUCHTA, 262.

PUIG-BRUTAU, J., 213, 377.

R

REBOLLO PUIG, M., 702, 705.

Reglamento

Proliferación e importancia en los ordenamientos actuales, 72.
Reglamentos autónomos, 71.
Reglamentos ejecutivos, 71.

Retroactividad

Antecedentes en Derecho romano, 582.
Arbitrio judicial para la apreciación, 593, 594.
Concepto, 599.
Constitucionalización del principio de irretroactividad, 595 a 598.
De las normas interpretativas y organizativas, 602 a 604.
Eficacia inmediata de las normas nuevas, 616.
Estabilidad del Derecho en *Las Partidas*, 583.
Función ordenadora, 91.
Grados, 600.
Irretroactividad de las disposiciones «restrictivas de los derechos individuales», 626 a 630.
Jurisprudencia del TC, TS y TJ comunitario, 617 a 620, 640 a 643.
Límites, 621 a 650.
Núcleo y halo, 601.
Opiniones doctrinales sobre los límites, 624.
Políticas legislativas y retroactividad, 574 a 587.
Proclamación general de la irretroactividad de las leyes en el CC francés de 1804, 589.
Remoción de obstáculos de las libertades, 591.

Retroacción de consecuencias jurídicas, 633.
 Retroactividad en las Revoluciones norteamericana y francesa, 585 a 588.
 Retroactividad propia e impropia, 632.
 Retroactividad y *iura quaesita*, 588.
 Retroactividad y principio de confianza, 636, 644 a 650.
 Retroactividad y responsabilidad, 651 a 659.
 Retroactividad y ultraactividad, 568, 569, 606 a 609.
 Retroconexión del supuesto de hecho, 633.
 Ultraactividad ordinaria de las normas derogadas, 610.

Reviviscencia

Carácter irreversible de la derogación, 574.
 Efectos de la nulidad de las normas derogatorias, 578.
 Fundamento constitucional, 576.
 Negación en el CC, 572, 573.
 Ver **Retroactividad**.

RIVERO, J., 280, 535.
 ROBESPIERRE, 588.
 RODRÍGUEZ ZAPATA, J., 457, 487.
 ROMANO, S., 28, 29, 506.
 RORIVE, I., 400.
 ROUBIER, P., 582, 616.
 ROUSSEAU, J. J., 108, 716.
 ROVERSI MONACO, 506.
 RUBIO LLORENTE, F., 64, 225, 445, 533.
 RUIZ MIGUEL, A., 728.

S

SÁINZ MORENO, F., 690.
 SALVADOR CODERCH, P., 556, 616.
 SÁNCHEZ MORÓN, M., 698.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., 155, 280, 294, 477, 486, 527, 789.
 SAVIGNY, 262.
 SCALIA, juez, 403.
 SCHNEDER, J. P., 632.
 SCHMITT, C., 131, 132.

Seguridad jurídica

Confianza legítima, 246.

Subsidiariedad

Ejercicio de las competencias, 104.

Supletoriedad

En la Constitución, 105.

SIÉYÈS, 716.
 SILVESTRE MARTÍNEZ, M., 169.
 SIRVENT, 587.
 SMEND, R., 315.
 SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., 488.
 SORRENTINO, 506.
 SOSA WAGNER, F., 807.
 STAHL, J. H., 535.
 SUÁREZ, 547.

T

Tablas de vigencias

Exigencia, 164.

Territorialidad de las normas

Aplicación en el espacio, 100.
 Carácter territorial de las normas administrativas, 660.
 Delimitación del territorio español, 661.
 División provincial, 665 a 668.
 Efectos extraterritoriales de las normas autonómicas y locales, 672 a 682.
 El territorio en la CE, 663.
 Entes territoriales, 664.
 Marco de vigencia de diversos ordenamientos, 669.

Planes sectoriales y planificación territorial, 670, 671.
 Subsuelo y espacio aéreo, 672.
 Titularidad y ejercicio de las competencias, 668.

TEBOUL, G., 270, 283.
 TEODORO I, 582.
 TEODOSIO II, 582.
 TERNEYRE, P., 535.
 TOMÁS, santo, 707.
 TORNOS MAS, J., 578.

Tribunal de Garantías Constitucionales, 865, 869.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Accesibilidad a la ley, 192.
 Principio de proporcionalidad, 226.
 Redacción precisa de la ley, 189, 396.

U

ULHE, 753.

Ultraactividad

De las normas derogadas, 98, 564 a 578.
 Retroactividad y ultraactividad, 568, 569, 606 a 609.
 Ultraactividad ordinaria de las normas derogadas, 610.
 Subrogación de la ley nueva, 566, 567.
 Ver **Reviviscencia**.

Usos sociales

Autorregulación, 354 a 357.
 Normas técnicas, 358.
 Referencia en el Código Civil 350 a 352.
 Usos mercantiles, 351.
 Ver **Costumbre**.

V

Vacatio legis

Disponibilidad del legislador, 489.
 Ver **Eficacia de las normas**.

VALENTINIANO III, 582.

Valores superiores

Valores y principios, 202.
 Ver **Principios generales del Derecho**.

VEDEL, G., 280.

VERPEAUX, M., 127, 718.

VERRES, 582.

VILLARROYA, T., 720.

Vigencia

Ciclo vital de las normas, 424.
 Efectos condicionados a autorización, 440.
 Efectos de la vigencia, 435.
 Eficacia de las normas: condicionamiento y suspensión, 437 a 440.
 Extinción, 84 a 96, 431.
 Iniciación, 83, 421 a 429.
 Libre determinación del legislador, 430.
 Normas incompletas, 440.
 Sucesión de normas en el tiempo, 441, 442.
 Ultraactividad y vigencia, 446.
 Validez y vigencia, 444 y 445.
 Ver **Derogación, Eficacia de las normas**.

VOLTAIRE, 587.

W

WALINE, M., 220.

WIEACKER, F., 686.

WOLFF, H. J., 588.

Santiago Muñoz Machado, uno de los más reputados juristas españoles, lleva a cabo una nueva presentación de la obra que constituye todo un clásico en la bibliografía de nuestro derecho administrativo y constitucional desde hace quince años.

En los nuevos tomos que integran la obra el autor, además de algunos cambios en la disposición de los materiales, ha llevado a cabo una corrección minuciosa de los textos y ha tenido en consideración, en la versión final, todas las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales relevantes sobre los asuntos objeto de estudio que se han manifestado en el último lustro.

El autor ha acometido esta gran labor desde la perspectiva de que, en nuestro país, los principios tradicionales que han marcado el derecho público han sido progresivamente desplazados por otros principios, reglas de comportamiento e instrumentos: descentralización, fragmentación de la ley y del ordenamiento jurídico, europeización y globalización, mercado libre junto con regulación económica, aparición de una nueva gama de derechos de los ciudadanos y consolidación de un cambio radical en las relaciones entre el Estado y la sociedad.

