

La Seguridad Jurídica
en el Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
¿Un principio en decadencia?

Iván Antonio Rodríguez Cardo



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
¿UN PRINCIPIO EN DECADENCIA?

**CONSEJO ASESOR DE LA COLECCIÓN
DE DERECHO PÚBLICO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**

Director

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos (s.e.) y Magistrado de la Sala IV del Tribunal Supremo

Consejo Asesor

Yolanda Cano Galán, Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de la Universidad Complutense, presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y expresidenta del Tribunal Constitucional.

Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de León.

Joaquín García Murcia, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

Lourdes López Cumbre, Catedrática de la Universidad de Cantabria.

Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de la Universidad de Murcia.

LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL ¿UN PRINCIPIO EN DECADENCIA?

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

25

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2024

Primera edición en esta colección: mayo de 2024



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

- © De los contenidos, su autor
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

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

NIPO BOE:

(Papel): 144-24-119-3

(PDF): 144-24-120-6

(ePUB): 144-24-121-1

ISBN: 978-84-340-2981-1

Depósito legal: M-11660-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| ABREVIATURAS | 11 |
| PRÓLOGO | 13 |
| I. INTRODUCCIÓN | 19 |
| II. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA: PRINCIPALES RASGOS Y POTENCIALES AMENAZAS | 25 |
| 1. Tres premisas de partida: la seguridad jurídica como principio vigente, de cumplimiento deseable y de contenido evolutivo | 25 |
| 2. El concepto de seguridad jurídica: rasgos generales | 29 |
| 3. El principio de seguridad jurídica en el ordenamiento español: la distinción de las vertientes objetiva y subjetiva | 38 |
| 4. Los litigios sobre seguridad jurídica ante el TC: clasificación ... | 46 |
| 5. Técnica legislativa y seguridad jurídica | 48 |
| 6. «Motorización legislativa», reglas transitorias y efectos retroactivos | 54 |
| 7. Seguridad jurídica en la aplicación de la norma | 60 |
| III. LA RELACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA CON OTROS PRINCIPIOS Y PRINCIPALES AMENAZAS PARA SU DESARROLLO | 65 |
| 1. La articulación de la seguridad jurídica con otros principios y valores | 65 |
| 2. En particular, la (difícil) relación entre la seguridad jurídica y la justicia | 73 |
| 3. Riesgos actuales para el efectivo reconocimiento y desarrollo de la seguridad jurídica | 84 |
| 4. La seguridad jurídica en la rama social del Derecho | 94 |

| | Páginas |
|--|---------|
| IV. SEGURIDAD JURÍDICA EN LA FASE DE CREACIÓN NOR- MATIVA | 101 |
| 1. El legislador como primer y principal garante de la seguridad jurídica | 101 |
| 2. El cumplimiento de las pautas técnicas en la elaboración de las normas | 110 |
| 3. La incertidumbre sobre la vigencia temporal de las normas: ejemplos y consecuencias | 117 |
| 4. Las dificultades de aplicación de normas vigentes por defectos de diseño | 129 |
| 5. Deficiencias aparejadas a la estructura y ordenación de la propia norma | 138 |
| 6. La falta de coordinación entre sectores del ordenamiento como riesgo para la seguridad jurídica | 145 |
| 7. En particular, la descoordinación entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social | 156 |
| V. SEGURIDAD JURÍDICA EN EL PROCESO DE INTERPRE- TACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY | 163 |
| 1. Límites y retos en la interpretación de la legislación social | 163 |
| 2. Seguridad jurídica, aplicación del derecho y vigencia del principio <i>iura novit curia</i> | 173 |
| 3. El activismo judicial como amenaza para la seguridad jurídica | 178 |
| 4. Las peculiaridades de la rama social del Derecho | 185 |
| 5. En particular, la seguridad jurídica en la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo | 196 |
| VI. EL DIFÍCIL COMPROMISO ENTRE LA SEGURIDAD JURÍ- DICA Y OTROS PRINCIPIOS Y VALORES DEL ORDENA- MIENTO: UNA SELECCIÓN DE SUPUESTOS EN LA RAMA SOCIAL DEL DERECHO | 201 |
| 1. La seguridad jurídica como principio en decadencia en la rama de lo social | 201 |
| 2. La «doctrina humanizadora» como máximo exponente de la pre- valencia de la justicia social sobre la seguridad jurídica: la flexi- bilización del requisito de alta en el acceso a prestaciones de seguridad social | 212 |
| 3. La modulación del período de carencia: cómputo de «días-cuota» y «teoría del paréntesis» | 217 |
| 4. La generosidad en la construcción del concepto de accidente de trabajo | 222 |

| | Páginas |
|--|---------|
| 5. Un ejemplo de interpretación <i>contra legem</i> : la gestación subrogada | 230 |
| 6. El reproche moral como elemento decisivo implícito: autorizaciones de extranjería falsificadas, extinción del contrato por condena penal, incapacidad temporal tras cirugía estética y prostitución | 236 |
| 7. La ultraactividad del convenio colectivo | 244 |
| VII. CONSIDERACIONES FINALES | 249 |
| BIBLIOGRAFÍA | 257 |

ABREVIATURAS

| | |
|------------------|---|
| <i>AL</i> | <i>Actualidad Laboral</i> |
| <i>AS</i> | <i>Aranzadi Social</i> |
| <i>BOE</i> | <i>Boletín Oficial del Estado</i> |
| <i>CC</i> | <i>Código Civil</i> |
| <i>CCAA</i> | <i>Comunidades Autónomas</i> |
| <i>CE</i> | <i>Constitución Española</i> |
| <i>CEDH</i> | <i>Convenio Europeo de Derechos Humanos</i> |
| <i>CES</i> | <i>Consejo Económico y Social</i> |
| <i>Cfr.</i> | <i>Confrontar</i> |
| <i>CGPJ</i> | <i>Consejo General del Poder Judicial</i> |
| <i>CP</i> | <i>Código Penal</i> |
| <i>DA</i> | <i>Disposición Adicional</i> |
| <i>DD</i> | <i>Disposición Derogatoria</i> |
| <i>DDAA</i> | <i>Disposiciones Adicionales</i> |
| <i>DF</i> | <i>Disposición Final</i> |
| <i>DL</i> | <i>Documentación Laboral</i> |
| <i>DT</i> | <i>Disposición Transitoria</i> |
| <i>EPA</i> | <i>Encuesta de Población Activa</i> |
| <i>ET</i> | <i>Estatuto de los Trabajadores</i> |
| <i>INSS</i> | <i>Instituto Nacional de la seguridad social</i> |
| <i>IT</i> | <i>Incapacidad Temporal</i> |
| <i>IP</i> | <i>Incapacidad Permanente</i> |
| <i>LGSS</i> | <i>Ley General de seguridad social</i> |
| <i>LGSS/1994</i> | <i>Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la seguridad social</i> |
| <i>LO</i> | <i>Ley Orgánica</i> |
| <i>LPL</i> | <i>Ley de Procedimiento Laboral</i> |
| <i>LRJS</i> | <i>Ley Reguladora de la Jurisdicción Social</i> |

| | |
|---------------|--|
| <i>OM</i> | <i>Orden Ministerial</i> |
| <i>RGDTSS</i> | <i>Revista General de Derecho del Trabajo y de la seguridad social</i> |
| <i>REDT</i> | <i>Revista Española de Derecho del Trabajo</i> |
| <i>RD</i> | <i>Real Decreto</i> |
| <i>RDS</i> | <i>Revista de Derecho Social</i> |
| <i>RL</i> | <i>Relaciones Laborales</i> |
| <i>RMTAS</i> | <i>Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales</i> |
| <i>SAN</i> | <i>Sentencia de la Audiencia Nacional</i> |
| <i>STC</i> | <i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i> |
| <i>STCT</i> | <i>Sentencia del Tribunal Central de Trabajo</i> |
| <i>STEDH</i> | <i>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i> |
| <i>STJUE</i> | <i>Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i> |
| <i>STS</i> | <i>Sentencia del Tribunal Supremo</i> |
| <i>STSJ</i> | <i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia</i> |
| <i>TC</i> | <i>Tribunal Constitucional</i> |
| <i>TCT</i> | <i>Tribunal Central de Trabajo</i> |
| <i>TEDH</i> | <i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i> |
| <i>TGSS</i> | <i>Tesorería General de la seguridad social</i> |
| <i>TJUE</i> | <i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i> |
| <i>TL</i> | <i>Temas Laborales</i> |
| <i>TS</i> | <i>Tribunal Supremo</i> |
| <i>TSJ</i> | <i>Tribunal Superior de Justicia</i> |
| <i>UE</i> | <i>Unión Europea</i> |
| <i>v. gr.</i> | <i>Verbi Gratia</i> |
| <i>Vid.</i> | <i>Véase</i> |

PRÓLOGO

Seguridad social, seguridad pública, seguridad jurídica. Son, junto a otras posibles, muestras evidentes del afán de la sociedad por precaverse frente a la imprevisión, el riesgo o la incertidumbre. Con el paso del tiempo, la idea de seguridad social llegó a fructificar en un eficaz sistema de medios y recursos económicos destinado a la cobertura de las más comunes y gravosas contingencias humanas. La seguridad pública, por su parte, entró desde muy pronto a formar parte de las principales tareas de los poderes públicos, que se han dotado a tal efecto de un aparato logístico cada vez más voluminoso, sofisticado y eficiente. En cambio, la seguridad jurídica no ha pasado nunca de su condición de directriz para la preceptiva ordenación de la vida social, una especie de *desiderátum* que, para más señas, se ha visto constantemente expuesto a reveses y desmentidos, y que muchas veces ha sido contrarrestado por acciones e intereses de diversa clase y consideración.

Es verdad que el artículo 9.3 de nuestra bienintencionada Constitución consagra la seguridad jurídica entre los grandes principios del sistema institucional y legal. Pero a nadie se le oculta que no puede equipararse la salvaguarda de la jerarquía normativa, de la publicidad de las normas o de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos, que también constituyen designios constitucionales, con la pretensión de garantizar la seguridad jurídica. Ni siquiera la preservación del principio de legalidad o la efectiva realización del mandato de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –avaladas asimismo por el aludido precepto constitucional–, parecen tareas de tan elevado grado de exigencia como la consecución de un auténtico estado de seguridad para la *res iuridica*. No es difícil llegar a la conclusión, en efecto, de que esos otros principios remiten a facetas o aspiraciones del ordenamiento jurídico que no ofrecen especiales dificultades de identificación y definición, mientras que la seguridad jurídica, por paradójico que parezca, participa genéticamente de las sombras de indeterminación o incertidumbre que en buena lid debiera erradicar.

En realidad, la seguridad jurídica tiene bastante de utopía en su concepción y de aporía en su materialización. A la postre, debemos ser conscientes de que, a diferencia de las leyes físicas, los dictados jurídicos nacen condicionados por multitud de circunstancias que nunca dejan de afectar a sus funciones reguladoras. No olvidemos que el derecho es obra de las personas y que, como ellas, carece de las notas de infalibilidad, predictibilidad o fatalismo propias de las normas de la naturaleza. Tengamos en cuenta también que el derecho se concreta y se propaga a través del lenguaje, que no es un mero soporte para su expresión, sino, más exactamente, uno de sus principales materiales de construcción y solidificación. Recordemos, en fin, que el derecho se nutre de mimbres políticos, económicos, ideológicos y culturales que en ningún momento dejan de influir, no ya en su preparación y conformación, sino también en su comprensión, aplicación y devenir en el tiempo. Es evidente, por otro lado, que el derecho no puede desgajarse el derecho de la realidad social de la que brota y a la que pretende servir, que incesantemente va puliendo y amoldando sus contornos y que inevitablemente atempera o modula sus efectos. No es un producto rígido o inmovible, sino una creación intelectual que fluctúa en función de variables de muy diverso signo. La sociedad en su conjunto, y los juristas en particular, deben actuar en pos de la seguridad jurídica, y deben poner todos los medios a su alcance para hacer verificable ese razonable empeño. Pero estamos ante uno de esos casos en los que es bastante más difícil el logro de los resultados apetecidos que la fijación de unos buenos propósitos.

La historia del derecho es en cierto modo un constante proceso de lucha por la seguridad jurídica, emprendida desde diferentes frentes y desenvuelta en muy diversos escenarios. El camino hacia la división de poderes, más allá de su evidente conexión con la conquista de la democracia, es una buena prueba de esa batalla, como lo es el ilustrado hallazgo del principio de legalidad. Lo mismo se podría decir de la progresiva positivización de los mandatos jurídicos, o de la postrera sujeción de todos los poderes públicos, incluidos jueces y tribunales, al imperio de la ley. Por otra parte, reglas tan señeras como las de caducidad y prescripción, traducidas en el establecimiento de términos y plazos para el ejercicio de acciones u otras muchas actuaciones procesales, no son otra cosa que plasmaciones concretas de la seguridad jurídica, atributo del que también participan, en general, todas aquellas instituciones destinadas a proporcionar claridad y solvencia al sistema jurisdiccional, como las de litispendencia o cosa juzgada. El carácter ejecutivo que no deja de acompañar a determinados títulos y documentos, el mandato más general de acatamiento de las resoluciones judiciales, la atribución expresa de fuerza vinculante a las sentencias dictadas en determinados procedimientos, o incluso la incorporación de la infrac-

ción de jurisprudencia al catálogo de motivos que pueden fundar un recurso extraordinario, son, igualmente, manifestaciones significativas de ese crucial principio jurídico. Hasta podríamos hablar, en ese mismo sentido, de la difusión escolástica del derecho, de la profesionalización de las labores de asistencia jurídica o de las modernas proclamas de transparencia y buena técnica legislativa, iniciativas todas ellas susceptibles de inscripción en el proceso de cristalización de la seguridad jurídica. La lista, en verdad, sería interminable.

Es bastante probable que con todos esos pasos el ciudadano de nuestros días se sienta más seguro ante el derecho que sus antepasados, pero los avances que indudablemente se han dado en la racionalización de la vida social no parece que hayan proporcionado dosis definitivas de seguridad jurídica. La seguridad jurídica se sigue jugando el tipo, si se nos admite la expresión, a cada momento y en cada ocasión. No sólo en las instancias técnicas de elaboración y aplicación de las normas, sino también en el plano más abstracto de formulación y depuración científica del derecho, e incluso en los actos cotidianos de uso de las herramientas legales por parte de sus destinatarios. No pensemos, por decirlo de otro modo, que la seguridad jurídica es cuestión exclusiva de las instituciones o del «sistema». No es sólo cosa de técnicos o expertos. Como bien nos comenta Rodríguez Cardo, la virtualidad del principio de seguridad jurídica tiene mucho que ver con los programadores o «fabricantes» del derecho, pero también con sus actores y usuarios. Naturalmente, son los sujetos que por razones institucionales o profesionales se hallan vinculados al derecho los encargados en primer término de hacerlo cierto, seguro y previsible. Ahora bien, de todos nosotros depende su buena presencia y compostura. A todos nos concierne su fortaleza y su buen estado de salud. No contribuye a la seguridad jurídica el poder público que se excede en sus atribuciones, pero tampoco quien mira tan sólo para sus inmediatos intereses, quien se empeña en la defensa de lecturas infundadas o extemporáneas de la norma, o quien se aprovecha de la aparente generosidad de un determinado pasaje legal para operar con abuso o temeridad en el mundo del derecho.

Centrémonos, en todo caso, en sus más directos responsables, y, antes que otra cosa, en la acción legislativa, como principal vía de «fabricación» del derecho en las sociedades que habitamos. En un sistema democrático como el que afortunadamente nos cobija, cabría esperar que los titulares de la potestad legislativa ajustaran su proceder tanto a los imperativos de la división de poderes como a los criterios técnicos de «buena regulación», tan aludidos, dicho sea de paso, por los textos normativos de novísima generación. Y, sin embargo, ¿se atrevería alguien a defender a toda costa que la experiencia real de elaboración de las leyes se ajusta a tales principios? ¿Se compadecen las normas de

nuestro tiempo con los dictados de claridad y precisión que en buena lógica deben acompañar a los mandatos jurídicos? ¿Son nuestras disposiciones legales rigurosas en el uso del lenguaje? ¿Prevalece en ellas la franqueza por encima del interés político o la mera retórica populista? ¿Trata el legislador de ordenar la realidad social de referencia desde la razón o busca más bien la complacencia ideológica? ¿Estamos seguros de que el legislador, ordinario o extraordinario, no cambie de criterio por mero oportunismo? En fin, ¿podemos confiar en que el poder ejecutivo no invada el campo propio del poder legislativo? Tal vez hayamos progresado mucho en comparación con otros momentos históricos, pero no parece que hayamos logrado alcanzar el ideal ilustrado de la seguridad jurídica. Ni en el ejercicio de la potestad legislativa –no sabemos si por debilidad de los legisladores o por excesos gubernamentales–, ni en lo que se refiere a la calidad de las normas, que cada vez pecan en mayor grado de desmesura en sus proporciones y de incerteza en su contenido. La participación de la ciudadanía a través del diálogo social o de otros procesos de negociación legislativa puede proporcionar mejores expectativas respecto de la recepción de la norma, pero también hemos podido comprobar que, por sí misma, no garantiza las codiciadas cualidades de firmeza y resolución en los correspondientes productos jurídicos.

Sucede que los niveles de seguridad jurídica dependen tanto de las estructuras del sistema como del grado de atención que se les preste. Desde esa premisa, parece obvio que los mayores riesgos pueden provenir del legislador, por su papel de protagonista en la creación del derecho en los Estados del mismo nombre. En puridad de términos, al resto de los poderes públicos –ejecutivo y judicial– no corresponde otra cosa que la aplicación de la ley. La actividad administrativa no puede ser más que «reglada», y los procesos jurisdiccionales deben buscar la justicia dentro del marco legal de referencia. En un raptó de optimismo, casi podríamos pensar que en esos dominios no se puede actuar sino al modo matemático, con la correspondiente certeza en el resultado y el consiguiente mensaje de sosiego para la seguridad jurídica. Todos sabemos, no obstante, que la realidad institucional no se ajusta del todo a esos cartesianos parámetros. A nadie se le escapa que la aplicación administrativa y judicial del derecho pueden ser también campos minados para el principio que nos ocupa. Antes que nada, por las notorias y ya mentadas diferencias entre el derecho y las ciencias exactas. Tal vez pueda decirse que a la altura de nuestro tiempo las decisiones de las Administraciones públicas están perfectamente embridadas por el sistema legal, con la ventaja añadida de que los márgenes de interpretación de la norma que inevitablemente hayan de reconocerse a sus responsables quedan en todo caso sometidos a la pertinente revisión judicial. Si así fuera,

tendríamos que llegar a la conclusión de que es en este otro campo de la aplicación del derecho donde el grado de previsibilidad que cabe entender implícito en el principio de seguridad jurídica puede quedar más expuesto a vicisitudes o contratiempos, y no sólo por la irremediable incidencia del gran dogma de la independencia judicial, sino también por otras variadas causas.

Siendo una inapreciable fuente de riqueza, y una porción estrictamente necesaria de nuestros sistemas jurídicos, la creación jurisdiccional del derecho es en verdad un territorio especialmente apto para los duendes que habitualmente acechan a la seguridad jurídica. La necesidad de dar cuerpo y sentido a cláusulas normativas de costuras imprecisas (como suelen ser las referidas a derechos y libertades, y, más aún, las que se refieren a derechos sociales), la sistemática interferencia en las operaciones de enjuiciamiento de principios o criterios interpretativos de perfiles borrosos (como la idea de justicia o la inclinación *pro operario*), la cada vez más usual incorporación de reglas procedentes del espacio exterior al canon normativo de referencia (con toda la problemática que acompaña por lo general a las normas internacionales), o la creciente presencia en el haber jurisprudencial de decisiones procedentes de jurisdicciones supranacionales (no siempre duchas en la idiosincrasia del sistema nacional), suponen otras tantas ocasiones de riesgo para la seguridad jurídica en este trascendental plano de la interpretación y realización contenciosa del derecho. De nuevo nos tropezamos con el muro de las paradojas: es innegable que la labor jurisdiccional cumple en alto grado su función institucional de complementar el ordenamiento jurídico en términos justos y precisos, pero, al mismo tiempo, genera con bastante frecuencia sensaciones de duda, desconfianza o inseguridad acerca del verdadero alcance de los postulados o mandatos jurídicos y, en particular, acerca del modo más apropiado de entenderlos y aplicarlos.

Con ello, por cierto, se abren nuevas oportunidades para la entrada en escena de la doctrina científica, a la que corresponde revelar y combatir los efectos potencialmente negativos que desde el flanco de la labor jurisdiccional, lo mismo que desde el despliegue de la actividad legislativa, puedan derivarse para la seguridad jurídica, dentro precisamente de su cometido general de racionalización del conjunto del ordenamiento jurídico. No es misión directa de la doctrina científica la consecución de la seguridad jurídica ni la preservación del principio constitucional del mismo nombre, en cuanto que tampoco participa ni de la condición de fuente creadora del derecho ni de las facultades propias de los actores directos del sistema jurídico. Es más: forma parte de lo más genuino de la tarea doctrinal la apertura de nuevos frentes de discusión o especulación acerca del ser y el estar del derecho, como una especie de acicate

y revulsivo para su renovación o su progreso, o, simplemente, como sustrato natural de la actividad que le es característica. Pero, en todo caso, sí cabe exigir a la doctrina científica seriedad en sus diagnósticos y responsabilidad en sus propuestas. Eso puede significar, por ejemplo, que no debe banalizar los mandatos legales desde atalayas normativas de dudosa naturaleza, que no debe conceder a la ideología más papel que el de inevitable componente de los juicios humanos, que no debe instalarse en territorios de conveniencia política o profesional, que no debe recluirse de manera acrítica en las modas del momento, o que no debe dejarse llevar por la brillantez de un determinado hallazgo a costa de la solidez y estabilidad del sistema.

Debe ser consciente la doctrina científica, a fin de cuentas, de que su labor, callada en apariencia, puede tener un influjo insospechado tanto en la programación legislativa como en la formación intelectual de quienes ejercen jurisdicción. O de que de sus avales más o menos directos depende muchas veces la activación o progresión de una determinada línea de regulación o de un cierto criterio interpretativo, lo mismo que de sus críticas o descalificaciones pueden depender iniciativas de signo contrario. La opinión doctrinal debe emitirse, por lo tanto, con la mesura y cuidado de los buenos artesanos. Es lo que suele hacer Iván Antonio Rodríguez Cardo, que mucho tiene que ver con esas recónditas facetas de la seguridad jurídica. No sólo porque haya dedicado su ejercicio de cátedra a reflexionar sobre el principio que así se rotula, ni porque con esos mimbres iniciales haya trabajado con ahínco para construir una monografía poco predecible y acostumbrada en los tiempos actuales, sino más exactamente por lo que permite colegir su irreprochable trayectoria académica. Firme e irreprochable en su compromiso con la ciencia jurídica. Absolutamente previsible en su grado de dedicación al trabajo universitario. Inusualmente transparente en sus métodos de exploración y valoración de las instituciones y reglas jurídicas. Perfectamente fiable en la resistencia y calidad de sus productos.

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN*

La seguridad jurídica es un principio reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución y de frecuente invocación en el ámbito del Derecho, aunque no siempre con un propósito similar, pues se percibe al mismo tiempo como una garantía para las personas, como una aspiración en cierto modo frustrada o incluso como un deseable horizonte hacia el que dirigirse como sociedad. En una aproximación inicial, y quizá superficial, cabría incluso afirmar que existe cierto consenso sobre la ausencia de una verdadera seguridad jurídica en los ordenamientos modernos. En efecto, frente a las relativamente habituales invocaciones del legislador, que suele justificar muchas de sus intervenciones en el respeto a ese principio, la doctrina científica y los profesionales del Derecho, e incluso los ciudadanos, manifiestan a menudo sus quejas ante la falta de una mínima seguridad jurídica.

Por supuesto, esas referencias a la seguridad jurídica adolecen en ocasiones de la necesaria precisión técnica, quizá porque es creencia común en la sociedad que el Derecho debe proporcionar reglas claras y, en lo posible, sencillas, que permitan a las personas tomar decisiones con certeza sobre su licitud o ilicitud, de modo que puedan preverse las consecuencias de los actos sin margen de error. Sin embargo, el Derecho es cada vez más complejo, como lo es la propia sociedad en la que las normas deben desenvolverse y proporcionar respuestas, y ni siquiera los operadores jurídicos más avezados y especializa-

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i que lleva por título «El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por María Antonia Castro Argüelles e Iván Antonio Rodríguez Cardo (referencia: PID2020-118499GB-C32). Esta es una versión revisada del trabajo presentado a la segunda prueba del concurso para el acceso a la plaza de catedrático de universidad celebrado en la Universidad de Oviedo el 27 de octubre de 2023.

dos pueden ofrecer completa certidumbre. A modo de ejemplo, y sin acudir a situaciones desconocidas ni que entrañen aparentemente gran dificultad, no es fácil explicar por qué las responsabilidades y sanciones tributarias no toman en cuenta la buena fe y diligencia del administrado, que no puede eludir la sanción aun cuando obtenga el asesoramiento –erróneo– de la propia Administración antes de la presentación de la pertinente declaración y haya seguido fielmente las instrucciones y recomendaciones.

En el contexto actual, es evidente que la seguridad en el Derecho no puede equipararse a la total previsibilidad sobre los resultados de la aplicación de una norma. Las razones son múltiples, pero entroncan con la naturaleza y función del Derecho, además de sus limitaciones inmanentes. El Derecho regula las relaciones humanas y cumple una función social, pues debe disciplinar y dar respuesta, precisamente, a las diferentes aspiraciones de las personas y a las interacciones entre ellas. En la medida en que la complejidad de las sociedades, y de las propias personas, se ha ido incrementando con el paso de los siglos, es razonable que el Derecho no pueda ya ofrecer soluciones unívocas y sencillas, precisamente porque se enfrenta a problemas con un mayor número de aristas. Las normas son, han de ser, generales y abstractas, pero la realidad a la que deben aplicarse es, por el contrario, muy específica. La subsunción del supuesto de hecho en la norma no consiste en una operación mecánica, sino que requiere tomar en consideración el contexto y las peculiaridades de cada situación, sin posibilidad de automatismos. En esencia, el legislador no puede prever anticipadamente todos los problemas a los que se deberá enfrentar la norma, ni es posible que la ley proporcione una solución expresa para todo supuesto, lo que aboca a procesos de interpretación y aplicación nada sencillos.

En cualquier caso, la permanente aspiración de certeza, seguridad y previsibilidad en el Derecho no debería sorprender, porque la seguridad, en todos los órdenes, ha sido, y es, un anhelo del ser humano, que siempre ha buscado la seguridad vital a través de una serie de herramientas o instrumentos que permitan planificar el porvenir, y por ello las sociedades modernas dan relevancia, como aspectos prioritarios, a algunos de los elementos que se antojan imprescindibles para gozar de esa seguridad, como la vivienda o el trabajo, preferiblemente por tiempo indefinido, como forma de obtener medios de vida regulares y suficientes, evitando la preocupación diaria sobre cómo satisfacer las necesidades básicas. En cambio, la inseguridad –económica, laboral, ciudadana, etc.– se asocia, de ordinario, a cualidades o consecuencias negativas, un escenario no deseable, e incluso desde una perspectiva psicológica o emo-

cional la inseguridad conecta con patologías que pueden llegar a requerir tratamiento para mantener una adecuada salud mental.

La seguridad es una aspiración humana aún no culminada. Coherentemente, si el ser humano no ha podido alcanzar plena seguridad en muchas de las facetas de la vida, ni individual ni colectivamente, es razonable suponer que en su forma de organizar la convivencia se enfrentará a las mismas dificultades y no conseguirá un resultado óptimo. En tanto que la inseguridad siga constituyendo un ingrediente ordinario o habitual en la actuación e interacción de los individuos y de las sociedades, es inevitable que el Derecho, como conjunto de reglas llamadas a disciplinar la realidad, no disfrute de una completa previsibilidad.

Esos obstáculos no convierten al principio de seguridad jurídica en una entelequia, y caben más opciones que renunciar a su consecución o resignarse a su desaparición. Bien mirado, ese principio debería asumir un papel de faro o motor que guíe la actuación de los operadores jurídicos. La completa previsibilidad del Derecho debe considerarse, sin duda, como una quimera, únicamente defendible desde una perspectiva dogmática y puramente teórica. Pero en verdad, es dudoso que la seguridad jurídica, o el ordenamiento mismo, haya aspirado alguna vez a esa previsibilidad plena. Una mirada a la historia demuestra que ese nunca ha sido el objetivo de la seguridad jurídica.

En efecto, ese principio ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, modificando su fisonomía para adaptarse a las circunstancias, y, en particular, a los problemas de cada sociedad y de cada tiempo. De ahí que antes de abordar los riesgos para la seguridad jurídica sea menester detenerse en el concepto y en el contenido de ese principio, que está muy conectado, conviene insistir, a los riesgos del momento. El contenido de la seguridad jurídica, por consiguiente, es hoy distinto al de hace unas décadas, porque la sociedad ha evolucionado, y por tanto el Derecho también ha de ser diferente. Incluso en el contexto actual, no cabe elaborar un concepto de seguridad jurídica universal para esta primera etapa del siglo XXI, porque la situación y la tradición de los distintos países resulta tan diferente que también ese principio deberá adaptarse al escenario, con especial atención a las peculiaridades de cada sistema político y ordenamiento jurídico. Al margen de las diferencias económicas, de progreso y geopolíticas entre las diversas áreas del mundo, es claro que la seguridad jurídica en los países basados en el *common law* no puede articularse bajo los mismos parámetros que en Estados con una tradición más próxima al derecho continental (*civil law*), en los que el derecho positivo disfruta de una posición más dominante que la interpretación de los tribunales y el respeto al precedente.

En cualquier caso, el principio de seguridad jurídica debe ser garantizado en cualesquiera modelos o formas democráticas de Estado y gobierno, porque sin seguridad jurídica el Derecho no podría cumplir su propósito. En verdad, la seguridad jurídica es un ingrediente esencial del Estado de Derecho. Las sociedades necesitan reglas y normas, que deben ser conocidas, aplicadas y cumplidas conforme a unos determinados parámetros. La seguridad jurídica es, precisamente, el principio destinado a garantizar la adecuación y suficiencia de esos parámetros, que no han de coincidir necesariamente en todos los Estados, pero sí deben reunir una serie de condiciones que, en último término, eliminen la arbitrariedad, de modo que las normas sólo puedan ser aprobadas y modificadas por medio de los cauces preestablecidos y que las técnicas de interpretación y aplicación se sujeten a exigencias técnicas que no conduzcan a resultados extravagantes.

Este principio de seguridad jurídica se ha ido construyendo por impulso de la doctrina científica y de la intervención de los tribunales, que han proporcionado las bases dogmáticas. La Filosofía del Derecho es el campo que se ha ocupado con mayor detenimiento de su contenido y alcance, siempre a partir de una perspectiva global del ordenamiento. En cambio, en ámbitos más especializados, quizá con la excepción del penal y el tributario, la seguridad jurídica no ha merecido demasiada atención, quizá porque se entiende que ese principio carece de peculiaridades sectoriales y repercute de igual manera en todas las parcelas del ordenamiento. En particular, la doctrina laboralista no se ha detenido en la valoración del contenido y alcance, y de las eventuales singularidades, de la seguridad jurídica en la rama social del Derecho, pese a que es un contexto donde parece inevitable que se produzcan fricciones entre la concepción tradicional de la seguridad jurídica y las aspiraciones de conseguir una mayor justicia social.

El presente estudio parte de esa premisa, de la difícil coexistencia en la rama de lo social entre la seguridad jurídica y otros principios y valores, como la justicia, y tiene como propósito analizar si el principio de seguridad jurídica sigue contando con plena validez y eficacia en el ordenamiento español, y en concreto en la rama de lo social, así como identificar las amenazas que se ciernen sobre él y los sacrificios que se exigen en aras al respeto a otros principios constitucionales, que no pueden ser ignorados y merecen igualmente respeto.

Con ese fin, la investigación se estructura en cinco capítulos principales. Los dos primeros están dedicados a la delimitación del concepto de seguridad jurídica y a precisar cómo se articula con otros valores y principios del ordenamiento, tomando como referencia principal la jurisprudencia del TC, que ha

adquirido un rol protagonista, pues ha debido pronunciarse sobre el impacto en la seguridad jurídica de fenómenos como las frecuentes y gruesas deficiencias en la técnica legislativa, la legislación cada vez más frondosa o la sustitución incesante de unas normas por otras, circunstancias todas ellas que dificultan el conocimiento mismo de la legislación vigente, y prácticamente imposibilitan las predicciones acerca de los resultados de su aplicación.

Los dos capítulos siguientes se centrarán en la labor del legislador y de los tribunales, como agentes prioritariamente implicados en garantizar la seguridad jurídica, pues tanto el diseño de la norma como su interpretación y aplicación han de respetar ese principio. En efecto, no sólo resulta imprescindible valorar la actuación del legislador, sino también la de los tribunales, que deben aplicar la norma, pero han asumido asimismo una creciente función creativa –atribuida a menudo al activismo de los propios jueces y magistrados–, con propósito unas veces de cubrir lagunas normativas, y otras de modelar la ley en un sentido que parece más próximo a la sensibilidad del intérprete que a la voluntad del legislador.

A las consideraciones y reflexiones de carácter general se acompañarán precisiones específicas relativas al ámbito laboral y de seguridad social, para comprobar si el contenido y alcance de la seguridad jurídica cuenta con peculiaridades en la rama de lo social, toda vez que la seguridad jurídica a menudo se contrapone a la justicia como principios que no son fácilmente conciliables, porque la certeza de una norma no siempre conduce al resultado que socialmente se considera más adecuado. Tanto la justicia como la seguridad jurídica cuentan con la pertinente consagración y respaldo en la Constitución, pero el modo en que deben articularse no ha sido definido con total claridad.

Como muestra, el último capítulo proporcionará una selección de supuestos suficientemente ilustrativos donde la seguridad jurídica ha debido ceder ante la influencia de otros principios y valores. Ese capítulo no pretende ofrecer una relación exhaustiva, tarea prácticamente inabordable, sino identificar aquellos ámbitos donde consideraciones basadas en la justicia material o en otros principios tuitivos, como el *pro operario*, el *pro beneficiario* o el interés superior del menor, han justificado que la seguridad jurídica fuera relegada a favor de opciones que se consideraban más apropiadas, aunque debiera forzarse la interpretación y, quizás, incluso la propia norma.

II. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA: PRINCIPALES RASGOS Y POTENCIALES AMENAZAS

A pesar de su muy frecuente invocación, el significado de «seguridad jurídica» nunca ha sido completamente precisado, y es un principio de contenido huidizo, difícil de perfilar, ya sea porque su construcción ha pasado por avatares diversos, ya sea porque en las distintas experiencias y culturas jurídicas ha debido ser moldeado para ajustarse a las necesidades y peculiaridades del contexto, ya sea porque en ocasiones se parte de apriorismos que no siempre se ajustan a las exigencias de la técnica jurídica. Conviene, así pues, detenerse en delimitar los contornos de la seguridad jurídica, con especial atención no sólo a su concepto, a su contenido y a su posición en el ordenamiento, sino en particular a los riesgos que amenazan su efectividad. Por supuesto, esta es una tarea que cabría acometer desde posiciones más o menos abstractas o filosóficas, pero, con el propósito de centrar el análisis en el ordenamiento español, es más pertinente tomar como referencia la doctrina del Tribunal Constitucional, ya suficientemente extensa y consolidada y que constituye un punto de apoyo de gran solidez.

1. TRES PREMISAS DE PARTIDA: LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO PRINCIPIO VIGENTE, DE CUMPLIMIENTO DESEABLE Y DE CONTENIDO EVOLUTIVO

La aproximación a un principio como el de seguridad jurídica puede ser afrontada desde perspectivas muy distintas, es claro. Ahora bien, si el propósito consiste en valorar el impacto de dicho principio en una concreta rama del Derecho, la tarea requiere definir ciertas premisas de partida que permitan

eludir debates demasiado etéreos, que conducen a vías de difícil tránsito y, a la postre, escasamente operativas. La seguridad jurídica ha sido analizada en profundidad desde hace décadas por juristas de diferentes perfiles y sensibilidades, y sigue siendo objeto de atención en la actualidad, sin que el debate sobre su alcance se haya cerrado completamente, a buen seguro porque es un principio complejo, y la determinación concreta de su contenido se ve afectada por el modo en que se afronta su estudio. Por consiguiente, antes de comenzar propiamente el análisis del principio de seguridad jurídica resulta imprescindible clarificar cuáles serán los parámetros principales sobre los que se efectuará, las bases axiológicas, si se quiere.

La primera de esas premisas consiste en atribuir al principio de seguridad jurídica una dimensión dinámica y evolutiva, pues ha tenido la capacidad para adaptarse, y la necesidad de hacerlo, a las peculiaridades de cada momento y lugar, como ha quedado demostrado en las últimas décadas¹. En retrospectiva, la expresión seguridad jurídica se acuña a partir del siglo XVIII, pero ello no significa que la «idea» de seguridad jurídica sea moderna; lo moderno, o más reciente, es su «desarrollo» y fundamentación dogmática², toda vez que la «seguridad jurídica es un concepto cultural o histórico del mundo moderno»³, pero la idea de seguridad jurídica ya estaba presente, por ejemplo, en la Antigua Roma, donde la existencia de normas se concebía como una garantía, un elemento de seguridad, y esa seguridad se veía amenazada en época romana, o directamente no existía, por la falta de publicidad de las normas –conocidas por los patricios, pero no por los plebeyos–, de modo que la seguridad jurídica se traducía en la pretensión, simplemente, de que el Derecho fuera convenientemente difundido para común conocimiento de quienes debían cumplir las obligaciones o deseaban exigir sus derechos. Más modernamente, y ya en el siglo XX, la seguridad jurídica ganó protagonismo para anticiparse o prevenir regímenes totalitarios, como garantía para el ciudadano frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, de modo que el respeto al proceso de elaboración de normas y la previsibilidad en el resultado de la aplicación eran aspiraciones que conectaban con el principio democrático⁴.

Estas referencias históricas, aun cuando someras, ilustran que el concepto de seguridad jurídica carece de un contenido y alcance universal y atemporal

¹ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., «La seguridad jurídica y sus paradojas actuales», *Teoría y Derecho*, núm. 12, 2012, p. 137.

² Cfr. GARCÍA MANRIQUE, R., *El valor de la seguridad jurídica*, Iustel, Madrid, 2012, p. 33.

³ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho», *Anuario de derechos humanos*, núm. 6, 1990, p. 229.

⁴ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pp. 13 ss.

que pueda ser compartido por todos con independencia del momento, el lugar o la rama del ordenamiento. El principio de seguridad jurídica cuenta con un componente evolutivo, y con un contenido y alcance que difiere en función del momento histórico, porque los problemas jurídicos y las aspiraciones de la sociedad son distintos, y también las ideologías y formas de pensar imperantes. En verdad, esta misma conclusión puede predicarse de otros principios sobre los que se construye un ordenamiento, como por ejemplo la justicia o la no discriminación. La denominación del principio puede coincidir en distintas épocas o en diferentes contextos geográficos o políticos, pero su contenido difiere notablemente. A la postre, el Derecho no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para regular las relaciones humanas y socioeconómicas y para facilitar la convivencia. El ser humano vive en sociedad y la sociedad debe contar con unas reglas para que pueda resultar viable y duradera, pues una sociedad está condenada al fracaso sin pautas que permitan prevenir y solucionar conflictos. No es extraño, en absoluto, que el Diccionario defina sociedad como un «conjunto de personas, pueblos o naciones que conviven bajo normas comunes». Esas normas que rigen la convivencia no tienen por qué coincidir entre los distintos pueblos o naciones, sino que estarán en sintonía con el sistema de valores de una sociedad concreta. De ahí que no puedan equipararse los principios sobre los que se construye un ordenamiento jurídico con los de otro, por más que los principios se denominen de la misma forma.

El contenido de la seguridad jurídica, de la justicia o el alcance de los principios de igualdad y no discriminación, por ejemplo, han variado a lo largo de la historia, y continuarán haciéndolo, y desde luego pueden ser también distintos en la misma época en función de los diferentes sistemas de valores sobre los que se asienta la construcción de cada Estado. De este modo, no cabe juzgar una situación como justa o injusta prescindiendo del contexto, porque ello supondría elevar un sistema de valores por encima de los demás y convertirlo en parámetro de validación del resto. Y, de forma análoga, la seguridad jurídica despliega efectos, o responde a necesidades, que cambian en función del ámbito concreto.

El objetivo del presente estudio no consiste en diseccionar el contenido de la seguridad jurídica a partir de su evolución histórica y de las distintas aportaciones dogmáticas a lo largo de los siglos. Esa es una labor que ya ha sido realizada desde la Filosofía del Derecho y de la que se pueden extraer las pertinentes conclusiones en planos más reducidos o sectoriales. En cambio, el propósito se circunscribe a analizar el impacto y la efectividad del principio de seguridad jurídica en el momento presente y en el ordenamiento español, con particular referencia a la rama social del Derecho. El carácter evolutivo del

principio de seguridad jurídica es, probablemente, la premisa de partida más relevante de esta investigación, pero debe acompañarse de otras dos, quizás evidentes, pero que conviene resaltar.

En este sentido, la segunda de las tres premisas antes anunciadas, directamente conectada con la anterior, es la plena vigencia y operatividad de la seguridad jurídica, que es un principio del ordenamiento que no puede ser ignorado y que no se ha visto completamente superado. En otros términos, no existen obstáculos para la realización práctica de la seguridad jurídica, pese a que no ha sido infrecuente cuestionar su pervivencia en las últimas décadas. Incluso en tiempos recientes se aprecia un escepticismo creciente en la doctrina científica, particularmente en algunas ramas jurídicas, como el Derecho Administrativo y el Derecho Financiero y Tributario. Con todo, no conviene olvidar que la Constitución consagra explícitamente dicho principio. Aunque tras un detenido análisis podría llegarse a la conclusión de que la seguridad jurídica no está siendo correctamente respetada, ese ha de ser el punto final de la valoración, y no un apriorismo. La seguridad jurídica es un principio garantizado expresamente por la Constitución española, por lo que no ha de cuestionarse su existencia, sino, en su caso, el grado de (in)cumplimiento.

En fin, la tercera de las premisas de las que parte este estudio consiste en afirmar que el respeto al principio de seguridad jurídica es deseable, tanto por imperativo constitucional, como por la salud, la vitalidad y la eficacia del propio ordenamiento. Como se desprende del artículo 1.1 de la CE, «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho», lo que supone, a los efectos que aquí interesan, que no se cuestiona la existencia misma del Derecho, o su necesidad, porque esas son controversias filosóficas de gran interés en abstracto, o a efectos dialécticos, pero ya superadas en un ordenamiento que se configura como un Estado de Derecho. En ese contexto, el Derecho es imprescindible y, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica se convierte en un principio esencial, porque sin seguridad jurídica no puede construirse, por definición, un verdadero Estado de Derecho. Por supuesto, la seguridad jurídica podría no ser considerada como principio, sino como «valor»⁵, esto es, como «un estado de cosas que incluya la realización de la seguridad jurídica o que favorezca esta realización es deseable por razones morales»⁶, cuestión discutida desde la Filosofía del Derecho, pero que, en verdad, resulta irrelevante para el objeto de este estudio. La seguridad jurídica

⁵ Vid. CASTILLO BLANCO, F. A., «El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones», *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, 2002, pp. 36 ss.

⁶ Cfr. GARCÍA MANRIQUE, R., *El valor de la seguridad jurídica*, Iustel, Madrid, 2012, p. 191.

es un principio garantizado por la Constitución, por lo que procede analizar su grado de cumplimiento y no su valor moral para conseguir una mayor obediencia del Derecho por parte de los ciudadanos.

Esas tres premisas permiten eludir ciertos debates filosóficos de indudable interés, como los relativos a la legitimidad y eficacia del Derecho, o a su obediencia, e incluso a la existencia misma del Derecho. De esos debates han surgido herramientas valiosas que proporcionan parámetros para analizar distintas formas de Estado, con variados modos e instancias de producción normativa, y llegar a conclusiones diversas en función de principios y valores como la seguridad, la libertad o la justicia. No obstante, el propósito del presente estudio no es determinar la legitimidad del ordenamiento vigente en España a partir de un principio de seguridad jurídica general y abstracto, sino valorar en qué medida un ordenamiento erigido sobre los pilares identificados en la Constitución, y en particular sus artículos 1 y 9, respeta uno de sus principios fundacionales, el de la seguridad jurídica.

Conviene tener en cuenta, en fin, que ese principio se encuentra meramente enunciado en la Constitución, pero no definido, y que su contenido y alcance no está predeterminado ni en la Norma Suprema ni en el bloque de la constitucionalidad. De ahí que, en primer lugar, sea necesario precisar qué debe entenderse por seguridad jurídica en el ordenamiento español, particularmente en el momento actual, y, una vez acometida esa tarea, delimitar cuál es su relación con otros principios y valores. Debe recalcar, una vez más, que el concepto de seguridad jurídica, y su contenido concreto, podría ser distinto en el ordenamiento español y en otros países de nuestro entorno, y no cabe su equiparación, por ejemplo, con el *rule of law* anglosajón, que se aproxima en mayor medida al Estado de Derecho que a la seguridad jurídica⁷.

2. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA: RASGOS GENERALES

De acuerdo con el Diccionario panhispánico del español jurídico⁸, la seguridad jurídica es un «principio general del derecho que impone que toda persona tenga conocimiento cierto y anticipado sobre las consecuencias jurídicas de sus actos y omisiones». Es un principio garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución, y que se encuentra íntimamente conectado con el principio

⁷ Cfr. GARCÍA MANRIQUE, R., *El valor de la seguridad jurídica*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 214 ss.

⁸ <https://dpej.rae.es/>.

de legalidad, con el de jerarquía normativa, con la exigencia la publicidad de las normas, con la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, así como con la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, todos ellos mencionados en el mismo precepto.

En cualquier caso, de esa definición que proporciona la RAE se deriva, sin género de dudas, que la seguridad jurídica exige previsibilidad, de modo que los interesados, y en general los ciudadanos, deberían conocer la respuesta del Derecho ante una determinada conducta. En esa línea, la seguridad jurídica, en su concepción ideal, contaría con ingredientes próximos a la aritmética o a la matemática, toda vez que la misma operación conduciría siempre a un mismo resultado. La seguridad jurídica se vincularía a la eliminación de riesgos o peligros, a la confianza en la norma, en su interpretación y en su aplicación. La seguridad jurídica conllevaría la «seguridad normativa», la «seguridad del Derecho»⁹, de modo que la ley ha de ser conocida, pública y cierta, y los operadores jurídicos deben ser capaces de efectuar un cálculo de probabilidades que permita anticipar el resultado de su aplicación. La doctrina científica ha llegado a afirmar que la verdadera seguridad jurídica podría resultar equivalente a un contexto en el que un organizador de apuestas «facilitara a los apostantes los datos que estos necesitan para alcanzar la exactitud de los resultados y de este modo ganar los premios ofrecidos»¹⁰.

Sin embargo, esa primera aproximación resulta insuficiente, o incompleta, pues en esos términos la seguridad jurídica se convertiría en una utopía. Además, en esa vertiente de previsibilidad, la seguridad jurídica quedaría constreñida a elementos netamente subjetivos, pues ese principio actuaría en relación con los destinatarios de la norma, pero no con el Derecho en sí mismo. Precisamente por ello, ya desde antiguo se ha hecho hincapié en que la seguridad jurídica requiere asimismo algún elemento objetivo vinculado a la «regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones»¹¹.

De este modo, la seguridad jurídica es el resultado de otra serie de principios o valores que apreciados en conjunto permiten conseguir esa confianza, y la ausencia de alguno de ellos podría derivar en una quiebra de ese principio general. Por lo pronto, parece evidente que la seguridad jurídica es un valor esencial en un Estado de Derecho. Una organización política que no

⁹ Cfr. RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, 4.ª Edición, Comares, Granada, 1999, pp. 90-91.

¹⁰ Cfr. Díez-PICAZO, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Civitas, Madrid, 2014, p. 14.

¹¹ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, p. 21.

consagre entre sus principios la seguridad jurídica no podrá aspirar a convertirse en un Estado de Derecho. Por consiguiente, el principio de legalidad, la publicidad de las normas o la interdicción de la arbitrariedad se convierten en ingredientes inescindibles de la seguridad jurídica, como se abundará en los epígrafes siguientes.

Bajo estos parámetros, la seguridad jurídica es consustancial a las modernas formas de Estado, un «elemento intrínseco del Derecho»¹², y a su vez incompatible con Estados en los que las decisiones, y en definitiva los derechos y obligaciones de los ciudadanos, dependen de la mera voluntad de los gobernantes de cada momento sin sujeción a una norma jurídica previa aprobada por los cauces oportunos. La seguridad jurídica no puede desarrollarse cuando no es posible la previsibilidad en el resultado porque tanto las instancias de producción normativa como de aplicación están supeditadas a la voluntad, y en buena medida al capricho, de quienes ostentan (más bien detentan) el poder.

Esa es una conclusión obvia, pero no significa que el contenido de la seguridad jurídica haya sido perfilado completamente. El tiempo ha demostrado que no es un principio susceptible de ser acotado con total precisión, y su influjo debería extenderse a varios planos o perspectivas en el proceso de creación y aplicación del Derecho, como sucede con los «valores y principios constitucionales», la «libertad o sumisión del juez al aplicar el Derecho», la «concepción procedimental de la justicia», la «obediencia al Derecho», el «diseño de la técnica legislativa» o las «implicaciones jurídicas de las nuevas tecnologías», entre muchos otros¹³, toda vez que la seguridad jurídica puede referirse a un «estado de hecho», o puede identificarse como un valor, en el sentido de proporcionar un «juicio axiológico concerniente a aquello cuya existencia se considera buena de acuerdo con un determinado sistema de valores», o incluso puede concebirse con una doble dimensión norma-principio¹⁴. La seguridad jurídica es, a la postre, un «valor jurídico irrenunciable, aunque amenazado por fenómenos actuales de diverso signo»¹⁵.

Como es natural, la doctrina científica, y en particular la más centrada en la Filosofía y Teoría del Derecho, ha dedicado muchos esfuerzos a definir la seguridad jurídica y delimitar estrictamente su contenido, lo que ha dado lugar a valiosas aportaciones, pero no a una posición de consenso. En ocasiones las discrepancias descansan meramente en los matices, pero en otras

¹² Cfr. BOBBIO, N., «La certeza del Diritto é un mito?», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 28, 1951, p. 150.

¹³ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, p. 11.

¹⁴ Cfr. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 92-95.

¹⁵ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, p. 10.

se cuestionan incluso las premisas de partida. Por supuesto, estas diferencias de parecer son consustanciales al análisis de un valor o principio cuya eficacia y extensión está muy ligada a la concepción misma del Estado y del Derecho. Y también influye, obviamente, cuál es el grado de «seguridad jurídica» necesario para entender respetado ese principio, o, en formulación negativa, qué grado de «inseguridad» resulta admisible para que un Estado pueda merecer la consideración de Estado de Derecho.

Lógicamente, los diferentes análisis de la seguridad jurídica se han ido cimentando gracias a estudios precedentes, poniendo de manifiesto sus carencias y lagunas. Ese es un modo de proceder muy propio de las ciencias, inclusive las sociales, pero cabe destacar en este caso concreto que el continuo esfuerzo de reflexión y construcción no ha culminado de forma satisfactoria, o completa, porque no han logrado aquilatarse con precisión el contenido y alcance de la seguridad jurídica, aun cuando en las últimas décadas se ha reactivado con fuerza el interés por este principio y se dispone ya de un bagaje científico muy relevante.

Estas nuevas, o más modernas, revisiones de la seguridad jurídica no pueden calificarse como superfluas, pues parten de la constatación de que o bien el principio de seguridad jurídica ha proporcionado resultados insatisfactorios hasta el momento, o bien han surgido nuevas amenazas para su efectividad. En cualquier caso, es evidente que no han conseguido poner fin al debate, pues en último término reconocen que es una cuestión compleja, muy difícil de cerrar definitivamente, toda vez que la perspectiva de aproximación condiciona el resultado. El objetivo principal, al menos de quienes afrontan decididamente esta cuestión, consiste en ofrecer un concepto de seguridad jurídica de proyección general, no limitado a una rama del ordenamiento o vinculado a un problema específico. Pretenden explicar, en suma, en qué consiste dicho principio, bien con carácter universal, bien en el contexto de un determinado ordenamiento.

Aun cuando los resultados obtenidos han sido valiosos y fructíferos desde una perspectiva dogmática e intelectual, la propia doctrina científica ha llegado a afirmar que la «literatura sobre la seguridad jurídica está llena de imprecisiones y confusión»¹⁶. La seguridad jurídica no se vincula ya, o no solamente, a la certeza o previsibilidad, sino que se le han atribuido tantas funciones que puede resultar inabarcable, pero no todas esas funciones se han delimitado correctamente, ni se han justificado. Por ejemplo, se ha puesto de

¹⁶ Cfr. ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 14.

manifiesto que la seguridad jurídica es inherente al Estado de Derecho, un elemento definitorio del mismo, pero también cuenta con otras facetas, como la de previsibilidad de las respuestas ante determinados comportamientos; o una dimensión de valor que conecta con el futuro deseado, como escenario que se ajusta a unos concretos valores que se entienden como los más pertinentes para la sociedad en cuestión; o incluso se ha destacado su vertiente de «norma-principio», de modo que la «seguridad jurídica igualmente puede materializar una norma jurídica, esto es, una prescripción normativa mediante la que se establezca, directa o indirectamente, algo como permitido, prohibido u obligatorio». La seguridad jurídica, por consiguiente, no se identifica estrictamente con la previsibilidad de las consecuencias de un determinado comportamiento, sino que requiere la «prescripción para que alguien adopte comportamientos que aumenten el grado de previsibilidad»¹⁷.

La atribución de un contenido tan complejo a la seguridad jurídica provoca que se difumine su eficacia, aunque seguramente se explica por el carácter evolutivo al que ya se hizo referencia en el epígrafe anterior, pues dependiendo del momento y el lugar las referencias a la seguridad jurídica se han vinculado a pretensiones o problemáticas distintas: ausencia de cualquier respeto por el principio de legalidad, permitiendo a los gobernantes decidir caso por caso la solución sin sometimiento a reglas; aprobación de normas perjudiciales con carácter retroactivo; inexistencia de pautas de interpretación de las normas; falta de procedimientos con criterios y reglas de suficiente claridad, etc. Se ha llegado a decir que la seguridad jurídica «es una especie de cajón de sastre donde caben muchas cosas, y no todas absolutamente homogéneas y similares»¹⁸, pues incluso le ha sido atribuida una vertiente más global o institucional, referida a la construcción y configuración del ordenamiento jurídico, y una más particular o subjetiva, individual, conectada por tanto con las garantías de las que deben disfrutar los derechos individuales de las personas.

En esa tesitura, la tarea de ofrecer una definición actual y precisa de la seguridad jurídica pierde relevancia, máxime cuando es una operación compleja y con escasas probabilidades de éxito, pues supondría enfrentarse a esas mismas dificultades sin contar con más herramientas o recursos que quienes previamente lo han intentado, y sin poder ignorar que, al tratarse de un concepto evolutivo, cualquier aproximación a su contenido y alcance, por más precisa que pueda ser en un contexto concreto, no podrá resistir el paso de tiempo, y más ante los incesantes procesos de cambio que conducen a una notable aceleración de las

¹⁷ Cfr. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 94.

¹⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Civitas, Madrid, 2014, p. 16.

dinámicas sociales y económicas, donde exigir previsibilidad en los términos clásicos obligaría a concluir que no existe, ni existirá a corto o medio plazo, la seguridad jurídica. La pandemia provocada por la COVID-19 ofrece, desde una perspectiva del Derecho, notables ejemplos que así lo ilustran.

Aunque cabría detenerse en el concepto más dogmático de seguridad jurídica, asumiendo definiciones ya ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia o construyendo un concepto de nuevo cuño, resulta mucho más operativo identificar cuál es el contenido esencial o básico de la seguridad jurídica y qué facetas o vertientes cabe distinguir, para evitar una inadecuada mezcla de perspectivas de aproximación que distorsione los resultados. Para ello, conviene insistir, el análisis debe circunscribirse a un ordenamiento concreto en un momento determinado, porque el principio de seguridad jurídica se va conformando a partir de un sistema de valores. Además, tampoco deben minusvalorarse las particularidades de una rama o sector del ordenamiento, porque los problemas o dificultades, conectados indudablemente con los valores, principios e intereses en juego, pueden estar dotados de una identidad propia.

Por lo pronto, parece obvio que los ejemplos prototípicos de (in)seguridad jurídica de los que tradicionalmente se ha ocupado la doctrina se vinculan al derecho sancionador, pues el principio de legalidad, el de tipicidad, el de publicidad o el de irretroactividad de las normas tratan, en esencia, de evitar sanciones sorpresivas o imputación de responsabilidades por actos aparentemente lícitos en el momento que fueron llevados a cabo. La seguridad jurídica no puede conformarse con la mera promulgación de una norma por los cauces pertinentes, y su adecuada publicidad, sino que debe influir en todo lo relativo a su diseño y elaboración. Esta ha sido, indudablemente, la faceta más relevante históricamente, por la notable afectación a los derechos humanos/fundamentales.

En efecto, la claridad en la redacción de la ley y en los términos de su vigencia se convirtieron en una fuente constante de preocupación en los ámbitos penal y administrativo (en particular, en materia tributaria), en relación con la imposición de sanciones. La irretroactividad de las normas punitivas es *conditio sine qua non* para que un Estado de Derecho pueda configurarse como tal, pues de lo contrario se admitiría la sanción *a posteriori* de comportamientos perfectamente legítimos en el tiempo en el que fueron llevados a cabo. El ordenamiento debe proporcionar los medios para que un ciudadano constate si su conducta es lícita. En caso de respuesta afirmativa, ese ciudadano ha de contar con garantías de que un cambio normativo en el futuro no permitirá modificar la calificación de actuaciones pasadas, de modo que no cabrá enjuiciar hechos anteriores desde

la perspectiva de normas más modernas¹⁹, ni tampoco sancionar sorpresivamente conductas que fueron perdonadas en un determinado contexto, y por ello el cambio a un gobierno de ideología distinta no justifica jurídicamente la revocación de un indulto concedido por el gobierno anterior, ni la eventual derogación de una ley de amnistía permite juzgar a quienes en su momento se vieron beneficiados por su aplicación, porque el delito fue perdonado y, por consiguiente, deja de existir hacia el futuro, si bien el legislador español se ha decantado en este último caso por una fórmula ciertamente ambigua, que no deroga la ley, pero explícitamente considera «imprescriptibles y no amnistiables» determinados delitos, lo que seguramente merecerá valoración del TC²⁰.

Con todo, la seguridad jurídica no se agota en el buen diseño de la norma, entendido en sentido amplio (redacción pulcra y precisa, ubicación en el sistema de fuentes, correcta articulación con otras normas de la misma rama y de otras distintas, desarrollo reglamentario pertinente, etc.), y tampoco queda constreñida al ámbito del derecho sancionador, aunque fuera de ese contexto punitivo las amenazas para la seguridad jurídica no parece que provengan de defectos tan gruesos o tan fácilmente identificables. Bien mirado, si la seguridad jurídica resultara plenamente satisfecha con la publicación de una norma que únicamente fuera aplicable a las situaciones posteriores a su entrada en vigor, ese principio estaría prácticamente garantizado con carácter general, y más en el terreno laboral y de seguridad social, que es el aquí concernido. Sin embargo, y como es bien sabido, las quejas sobre la inseguridad jurídica se han incrementado notablemente en las últimas décadas también en estas parcelas, lo que demuestra que su contenido ha de ser notablemente más complejo.

La seguridad jurídica, como principio-valor, nació con un propósito muy concreto, que trataba de responder a las necesidades del momento, pero su adaptación a los nuevos escenarios y riesgos exige una reconfiguración. La seguridad jurídica no se agota en el análisis de la corrección formal de la norma jurídica, por más que ese haya sido el foco principal históricamente y deba seguir ocupando una posición preeminente. El Derecho, como entramado y como institución, ha alcanzado cotas de complejidad muy notables, y la norma positiva resulta insuficiente, de ordinario, para garantizar la seguridad jurídica, pues su sentido final puede diferir notablemente de lo que *prima facie* se deduce de su tenor literal, toda vez que la ley debe pasar por el tamiz de los procedimientos e instancias pertinentes de interpretación. Esa fase exegética no está

¹⁹ Vid. ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 35 ss. y 84 ss.

²⁰ Vid. artículo 2.3 de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.

exenta de complejidad, lo que supone un obstáculo adicional, a salvo de que no se admita más interpretación que la auténtica, la que proporcione el propio legislador sin modulación ulterior de los tribunales, lo que no resulta admisible en un Estado de Derecho basado en la separación de poderes; o de que no se permitan cambios de criterio o de interpretación una vez que los tribunales ya se han pronunciado, limitación también insostenible, porque en la interpretación deben tomarse en consideración el momento y el contexto, pues pueden confluir distintas instancias, internas e internacionales, y porque, en suma, elevar a criterio inmutable una exégesis errónea o poco aquilatada en aras a la seguridad jurídica supondría renunciar al respeto de otros principios y valores constitucionales, así como a la función misma del Derecho, como instrumento para articular correctamente las relaciones sociales.

De este modo, la interpretación jurídica puede llegar a alterar el significado inicial de la norma. La evolución de esos criterios no es incompatible con la seguridad jurídica, sino más bien una garantía para ese principio, pues el cambio puede depurar errores y proporcionar mayor previsibilidad. Ahora bien, ese proceso de aplicación de las normas ha de adecuarse a unas pautas, entre ellas la propia seguridad jurídica. Se trata de un proceso técnico que, bien desarrollado, debería permitir cierta predicción del resultado o, cuando menos, la identificación de las opciones que en modo alguno son posibles, porque es evidente que aun cuando la seguridad jurídica deba proporcionar previsibilidad, dicha previsibilidad no puede ser exigible en grado absoluto, sino necesariamente relativo²¹. Dicho de otra manera, las decisiones de los tribunales han de resultar previsibles «hasta cierto grado, y por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al Derecho puedan orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles»²². A la postre, la seguridad jurídica es un principio, y no una regla, de modo que su aplicación concreta, por tratarse de un «mandato de optimización»²³, no atiende a parámetros binarios o absolutos, sino que entra en juego la técnica de la ponderación²⁴.

Por supuesto, conviene no confundir la inseguridad jurídica con los temores o miedos estrictamente personales. La seguridad jurídica no viene determinada por las indecisiones –inseguridades– puramente individuales y que son

²¹ Vid. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 141 ss.

²² Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1986, p. 260.

²³ Cfr. ALEXY, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, núm. 5, 1988, p. 147.

²⁴ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., «Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos», en De La Villa Gil, L. E., y López Cumbre, L. (Dir.), *Los principios del Derecho del Trabajo*, CEF, Madrid, 2003, pp. 39 ss.

producto de circunstancias emocionales o mentales, y no estrictamente de la configuración del ordenamiento. El hecho de que un individuo necesite mayor o menor refuerzo para decidirse a actuar no siempre conecta con la certeza o previsibilidad del marco normativo, sino que influyen otras muchas circunstancias. Los factores de inseguridad son, muy a menudo, de tipo económico y familiar, y por ello se vinculan a la seguridad personal, a la oportunidad y la conveniencia, y no a la seguridad jurídica en sentido estricto.

Por otro lado, los conflictos sólo surgen cuando dos partes se enfrentan, y es posible que ese conflicto derive de la diferente interpretación de la misma norma que realizan esas partes enfrentadas. La seguridad jurídica no necesariamente se resiente por la posibilidad de varias interpretaciones distintas, pero sí, en cambio, cuando las eventuales interpretaciones resultan demasiado impredecibles, por artificiales o voluntaristas. Y también cuando el intérprete predeterminado por la ley, y en particular el juez, no elige de forma consistente una de esas interpretaciones posibles y razonables, sino que cambia de una a otra según los momentos o las circunstancias, de modo que reduce la previsibilidad del resultado.

Esas son, seguramente, las dos facetas donde la seguridad jurídica se manifiesta con mayor claridad, o en las que pueden encontrarse las amenazas más intensas para la virtualidad de este principio. La seguridad jurídica implica seguridad en la norma que regula una determinada conducta (seguridad en el qué), pero también en el modo que en que dicha norma se interpreta y aplica (seguridad en el cómo). Ninguna seguridad jurídica puede garantizarse cuando no es posible identificar con precisión la norma aplicable (vertiente objetiva), pero tampoco cuando, aun en presencia de norma, no están perfectamente definidos los modos y pautas para su interpretación y aplicación (vertiente subjetiva).

Ahora bien, esas dos vertientes o facetas no agotan la seguridad jurídica, que cuenta con una dimensión más instrumental, ligada al cumplimiento de requisitos procedimentales, como los plazos. Los tribunales invocan la seguridad jurídica tanto para advertir que el interesado debe asumir las consecuencias pertinentes si no respeta tales requisitos, que no constituyen «una exigencia formal sin justificación, sino que representan una garantía esencial de seguridad jurídica»²⁵, como para proceder a su flexibilización cuando las circunstancias se consideran razonables, aduciendo que la seguridad jurídica no puede traducirse en un «formalismo enervante» que dé lugar a un perjuicio mucho mayor que el beneficio que proporciona la seguridad jurídica, en una

²⁵ Cfr. ATC 159/1996.

muestra más, como se desarrollará, de la permanente tensión entre la seguridad jurídica y la justicia, que, de alguna manera, se presentan como incompatibles en ciertos escenarios.

En fin, estos son contenidos clásicos que la dogmática sobre la seguridad jurídica ha ido poniendo manifiesto, en particular desde mediados del siglo XX tras la aparición de Estados totalitarios. Sin embargo, conviene advertir que en los últimos años ese principio se ha revitalizado, pero por razones completamente diferentes. La seguridad jurídica ya no se invoca ligada principalmente a la interdicción de la arbitrariedad o al ámbito penal, en el contexto de un Estado despótico o no democrático, sino que se aprecian riesgos para la seguridad jurídica en el propio devenir de las sociedades modernas, que sufren alteraciones cada vez más veloces en su fisonomía a las que el Derecho no siempre puede responder con prontitud. La inflación normativa es una realidad, y una preocupación, hasta el punto de que el ordenamiento resulta inabarcable en términos cuantitativos, y la rapidez de aprobación y modificación de las normas afecta gravemente también al aspecto cualitativo, abocando a un ordenamiento de grandes dimensiones, no siempre ordenado y coherente y con dificultades para que sus destinatarios puedan conocer con precisión el contenido y alcance de la ley. Así se explica que la seguridad jurídica haya recobrado un cierto protagonismo doctrinal en los últimos años, tanto en su concepción general, como en su proyección a distintas parcelas del ordenamiento.

3. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: LA DISTINCIÓN DE LAS VERTIENTES OBJETIVA Y SUBJETIVA

La seguridad jurídica es consustancial al Estado de Derecho, y por ello no puede extrañar que ese principio se recoja expresamente en el texto constitucional, y en un lugar destacado. Como punto de partida, el Preámbulo ya advierte que la «Nación española» desea establecer la «libertad y la seguridad», que se mencionan conjuntamente, y que en apariencia se consagran como derechos fundamentales en el artículo 17 («toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad»). Sin embargo, esa referencia a seguridad, aun cuando no venga adjetivada, no parece que alcance la faceta puramente jurídica, sino que, en su conexión con la libertad, se refiere más bien a la seguridad personal, como se desarrollará a continuación.

Ello no significa que la seguridad jurídica haya quedado excluida de la Norma Suprema, como evidencia el artículo 9.3 CE al disponer que 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». La dificultad, obviamente, estriba en determinar el alcance y los efectos de ese principio, labor que ha sido objeto de preocupación constante para el TC, que ya desde los años 80 del siglo pasado comenzó a elaborar una doctrina que ha ido enriqueciéndose progresivamente para dotar de contenido concreto las iniciales afirmaciones genéricas mediante las que se identificaba la seguridad jurídica con la «claridad y certeza del Derecho»²⁶.

Sin duda, ha sido un proceso largo, y no carente de obstáculos, porque la Constitución ha situado la seguridad jurídica entre el elenco de principios que deben garantizarse, pero no la ha incluido en el catálogo de derechos fundamentales. En consecuencia, el quebrantamiento del principio de seguridad jurídica no resulta «susceptible de protección por la vía de amparo constitucional»²⁷, lo que restringe notablemente las posibilidades de que las partes lo invoquen y de que el TC se pronuncie sobre él. En un primer momento, esa limitación pretendió sortearse a través del artículo 17 CE, que, como se dijo, consagra el derecho –fundamental– de toda persona a la libertad y a la «seguridad». El TC, con buen criterio, estimó que la protección de la seguridad jurídica no podía canalizarse por ese artículo netamente conectado con el Derecho Penal y con las garantías que deben disfrutar las personas detenidas. De manera contundente, el TC advirtió que el «derecho a la seguridad reconocido en el artículo 17, núm. 1, de la CE es, así, el derecho a la seguridad personal y no a la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9, núm. 3 de la CE y que equivale, con fórmula obligadamente esquemática, a certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados»²⁸. La

²⁶ Cfr. STC 118/1996, en relación con una norma estatal que no distinguía con precisión los supuestos de aplicación directa de aquellos otros en los que debía actuar supletoriamente en defecto de regulación autonómica.

²⁷ Cfr. ATC 61/1984.

²⁸ Cfr. STC 15/1986 o STC 100/1989. En palabras de la STC 325/1994, «no cabe confundir las tres acepciones de la seguridad que maneja la Constitución. La primera, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), es un principio general del ordenamiento jurídico y, por otra parte, un mandato dirigido a los poderes públicos, pero sin configurar derecho alguno en favor de los ciudadanos (SSTC 122/1987 y 126/1987), como también ocurre con la seguridad ciudadana, cuya salvaguardia como bien jurídico de ámbito colectivo, no individual, es función del Estado y tiene su sede propia en el artículo 104 anteriormente invocado (STC 196/1987). Ninguna de estas dos normas permite el acceso a la vía del amparo constitucional por no formar parte del elenco de libertades y derechos fundamentales, subjetivos y por ello individuales, por su configuración sustantiva y su origen histórico en los derechos del hombre y del ciudadano. La seguridad jurídica está relacionada inevitablemente con la seguridad personal, en la situación respectiva de medio a fin. Aquella es un instrumento protector de ésta y de todos los demás derechos e intereses, fundamentales

seguridad jurídica no puede identificarse, por ende, ni con la seguridad personal ni con la seguridad pública²⁹.

Ahora bien, la seguridad jurídica ha podido desempeñar un papel –secundario– en el marco de los recursos de amparo, como argumento de refuerzo o consolidación (*ex abundantia*) de una determinada línea interpretativa. Ello requiere, como es fácil de comprender, que el derecho fundamental invocado admita esa perspectiva de aproximación, lo que hasta ahora sólo ha tenido lugar en contadas ocasiones. Al margen de algunos pronunciamientos relativos a la duración de las penas privativas de libertad, y en particular de la prisión provisional³⁰, la seguridad jurídica ha disfrutado de mayor relevancia en algunos recursos de amparo derivados de infracciones o defectos en procesos judiciales, y por tanto en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, «las violaciones de los principios de seguridad jurídica, congruencia de las decisiones judiciales y cosa juzgada son todas ellas reconducibles al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE y, por tanto, protegibles por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo siempre que puedan conectarse con ese derecho fundamental»³¹.

El artículo 24 CE, en su vertiente que incorpora la seguridad jurídica, ha permitido al Tribunal afirmar que la Constitución garantiza la «santidad de la cosa juzgada que impone la vinculatoriedad e inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes»³², o precisar las consecuencias y límites en supuestos conocidos por varios órdenes jurisdiccionales cuando los distintos órganos declaran como probados hechos diferentes, o ignoran hechos declarados probados por otro orden jurisdiccional. El TC advierte que es incompatible con la seguridad jurídica «la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron»³³. Pese a que la seguridad jurídica deba considerarse como un argumento de refuerzo, porque lo verdaderamente decisivo es la vulneración del

o no, como una más, por importante que fuere, de las muchas que comprende. Sin embargo tal concepto de la seguridad pública está excluido del artículo 17.1 de la Constitución, donde se alberga no una función sino el bien jurídico eminentemente individual de la seguridad personal configurado como soporte de la libertad de todos y cada uno (SSTC 2/1981 y 262/1988 y ATC 1178/1988), con una tradición ya de dos siglos, recogida en las Declaraciones del Hombre y del Ciudadano de 1789 y 1793 como su primera expresión legislativa, que exige la interdicción de medidas privativas o restrictivas de la libertad sin las garantías adecuadas».

²⁹ Vid. PÉREZ-FRANCESCH, J. L., «El Estado y la seguridad», en Nebrera, M. (Coord.), *Seguridad y seguridad jurídica*, ISEGS, 2020, pp. 19 ss.

³⁰ Vid. SSTC 147/2000 y 98/2002.

³¹ Cfr. STC 135/2002.

³² Cfr. STC 367/1993. En el mismo sentido, *vid.* SSTC 262/2000, 56/2002 y 89/2004.

³³ Cfr. SSTC 34/2003 y 16/2008.

derecho a la tutela judicial efectiva, cabe afirmar, sin temor a equivocación, que la seguridad jurídica es un principio esencial en la aplicación del Derecho, de modo que la actuación de un órgano jurisdiccional contraria a la seguridad jurídica derivará en una vulneración del derecho consagrado en el artículo 24 CE, porque la seguridad jurídica forma parte del contenido esencial de ese derecho fundamental.

En cualquier caso, el recurso de amparo, por sus propias características y por esa limitación al artículo 24 CE, no ha proporcionado al Tribunal oportunidades suficientes, ni cualitativa ni cuantitativamente, para elaborar una doctrina suficientemente precisa sobre la seguridad jurídica. Como contraste, el concepto y alcance de la seguridad jurídica ha conseguido un protagonismo quizá inesperado, o poco previsible, a través de cuestiones y recursos de inconstitucionalidad. Ni los jueces y magistrados, ni los diputados, ni tampoco el Defensor del Pueblo, han olvidado la seguridad jurídica en sus argumentaciones sobre la inconstitucionalidad de las leyes sobre las que se instaba un pronunciamiento del Alto Tribunal, de modo que no han faltado ocasiones para construir y perfilar una doctrina sobre los contornos de la seguridad jurídica, sin perjuicio de que el Tribunal ha tratado de frenar las invocaciones genéricas –exigiendo a la parte una argumentación adecuada³⁴–, como sucede en situaciones donde está en juego la suspensión de un determinado acto o disposición –normalmente en conflictos competenciales entre el Estado y las CCAA³⁵–, trámite en el que no se admite una defensa de la «seguridad jurídica con argumentos que puedan valer para cualesquiera impugnaciones», sino que es menester «alegar y acreditar los perjuicios irreparables o de difícil reparación que se producirían»³⁶.

Lógicamente, el TC se ha encontrado con dificultades similares a la doctrina científica al afrontar la delicada tarea de delimitar el contenido y alcance de la seguridad jurídica, dificultades que, quizá, se ven incrementadas por la necesidad de ofrecer respuesta satisfactoria a supuestos de hecho concretos, con sus particularidades, y en los que no es suficiente con la construcción y reiteración de un concepto más general y abstracto. La complejidad de aprehender su contenido quedó de manifiesto ya en la STC 27/1981, en la que el TC afirmó que la seguridad jurídica es la suma de «certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable» e interdicción de la arbitrariedad, pero «equilibrada de tal suerte que permita promover,

³⁴ V. gr., STC 183/2014.

³⁵ Por ejemplo, vid. AATC 5/2003, 71/2003, 139/2012 y 101/2018, entre muchos otros.

³⁶ Cfr. ATC 144/1999.

en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad». Esa es una definición válida como punto de partida, pero cuya operatividad práctica no es sencilla, pues la seguridad jurídica consistiría en la agregación de varios principios, pero relacionados de una determinada manera que no se ha precisado suficientemente, toda vez que se menciona el «todo» (la seguridad jurídica) al mismo nivel que cada una de sus partes (el resto de principios). Es una definición, a la postre, que requiere de un proceso de aquilatación, refinado y precisión, pues de lo contrario, como ha manifestado la doctrina científica, carecería de «utilidad»³⁷.

En esa línea, el Tribunal ha tratado de proporcionar mayor detalle, advirtiendo que «desde el punto de vista gramatical, el término “seguridad” denota certeza, certidumbre, pero también confianza o previsibilidad», de modo que se define seguridad jurídica como «la certeza de la norma que hace previsibles los resultados de su aplicación». La certeza y la previsibilidad son dos facetas de la seguridad jurídica que «muestran las dos vertientes objetiva-subjetiva» que tiene ese principio, de tal manera que la «seguridad jurídica debe ser entendida desde un plano objetivo como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados», pero también, y desde una perspectiva subjetiva, «como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho», en una doctrina, ciertamente, que no es original del TC español, sino que es deudora de valiosas aportaciones anteriores en otras instancias, como el Tribunal Constitucional alemán, con señaladas resoluciones que provienen de los años 50 y 60 del siglo pasado, y en particular la muy notoria sentencia 26/1961, de 19 de diciembre, en la que ya se resaltaba la íntima conexión entre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima³⁸.

La vertiente objetiva de la seguridad jurídica se vincula a la certeza del Derecho, esto es, al principio de ley cierta, de modo que la ley ha de aprobarse y promulgarse por los cauces pertinentes y debe estar vigente en el momento de su aplicación. Las normas deben elaborarse respetando las exigencias de corrección formal, esto es, han de aprobarse en las instancias competentes y siguiendo los procedimientos establecidos para garantizar la publicidad, su claridad, la estabilidad y, con las debidas cautelas, su plenitud, amén de su cumplimiento por parte tanto de los destinatarios como de los entes competentes para su interpretación y aplicación.

³⁷ Cfr. GARCÍA MANRIQUE, R., *El valor de la seguridad jurídica*, Iustel, Madrid, 2012, p. 205.

³⁸ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pp. 28-29; REYES MONTERREAL, J. M., *Prevención de algunos riesgos judiciales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 143 ss.

En efecto, la verdadera seguridad jurídica exige el respeto a la norma por parte de los ciudadanos y poderes públicos, la obediencia del Derecho en definitiva, pues escasa seguridad jurídica puede proporcionar una norma sistemáticamente incumplida. Esa es una exigencia propia de los Estados de Derecho, y que viene plasmada en el artículo 9.1 CE cuando advierte que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». No es admisible, por consiguiente, el incumplimiento de una norma simplemente porque el ciudadano discrepe de su contenido, o porque haya sido aprobada en contra de la voluntad de los representantes políticos de ideología afín. Y esa sujeción a las normas afecta, con mayor razón, a los poderes públicos³⁹. En palabras de la STC 101/1983, la «Constitución, una vez promulgada, tiene validez y obliga a todos los ciudadanos españoles por haber sido ratificada –entre otros requisitos– por la mayoría del pueblo español, con independencia de cuál fuera el voto de esta o aquella persona, de este o aquel grupo de electores, pues de no ser así, ninguna norma aprobada por una mayoría con el voto en contra o la abstención de una minoría podría pretender obligatoriedad general, lo que no solo sería un absurdo sino también contrario al artículo 9.1 de la Constitución y al principio de seguridad jurídica establecido por el artículo 9.3 de la misma».

Ahora bien, la proliferación de instancias normativas y de intereses sociales y económicos en las últimas décadas dificulta la correcta definición, delimitación y articulación de los derechos y obligaciones, por lo que en ciertos ámbitos las normas jurídicas clásicas se han sustituido por otro tipo de instrumentos que ofrecen mucho margen de maniobra y que se traducen más bien en recomendaciones o directrices que propiamente en derechos y obligaciones jurídicas. El *soft law*, o «derecho blando», se contrapone así a las formas típicas de producción del Derecho, y en sentido estricto esos instrumentos no forman parte del sistema de fuentes, ni son vinculantes en términos clásicos.

Cierto es que entre la panoplia de manifestaciones de *soft law* cabe encontrar algunas que quizá despliegan efectos jurídicos, en particular si una Administración las elabora e incorpora compromisos de actuación que puedan dar lugar a responsabilidad patrimonial⁴⁰. Aun así, el principio de seguridad jurídica no parece alcanzar a ese particular fenómeno, pues difícilmente pueden generar certeza instrumentos que, por lo general, indican únicamente vías de actuación o caminos a recorrer, pero de forma conscientemente vaga. Son

³⁹ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pp. 48-51.

⁴⁰ Vid. SARMIENTO, D., «La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 222 ss.

productos más de orientación de la política legislativa que propiamente normas que reconozcan derechos subjetivos o que establezcan concretas obligaciones de comportamiento para los ciudadanos. En la mayor parte de los casos, su contenido se elabora con el propósito de conseguir un equilibrio o compromiso entre los distintos intereses, y sin una voluntad de compulsión jurídica, pues, a la postre, esos instrumentos de *soft law* suelen responder a la voluntad de alentar buenas prácticas, así como de establecer un punto de partida para la futura elaboración de una verdadera norma jurídica, cuya aprobación no ha sido viable ante las reticencias de alguno de los sujetos involucrados. Esa es principal razón del éxito de estas fórmulas en el ámbito internacional, pues ante la imposibilidad de obligar a un Estado soberano, se entiende razonable alcanzar un compromiso de mínimos no vinculante con la vista puesta en una evolución futura. La seguridad jurídica, por tanto, no afecta a compromisos u orientaciones de carácter político, sino a auténticas normas jurídicas.

En cuanto a la faceta subjetiva, el TC ha destacado que la seguridad jurídica implica la «seguridad normativa», o, dicho de otro modo, la posibilidad de «predecir o pronosticar con algún fundamento el resultado que tendrá un litigio futuro que se contempla solo hipotéticamente en cuanto a su producción o que se contempla como ya ocurrido»⁴¹. Por consiguiente, la seguridad jurídica conecta inescindiblemente con la norma jurídica, con el Derecho en sentido estricto, y no con los hechos o circunstancias fácticas, de modo que, «renovada la situación fáctica determinante de cambio en la aplicación de la norma, no puede imputarse a esta la vulneración de dichos principios pues el cambio no es del ordenamiento jurídico sino de los hechos que obligan a nuevo y diferente encuadramiento legal»⁴².

La vertiente subjetiva de la seguridad jurídica no centra su atención en aspectos de corrección formal, sino en la percepción de los destinatarios sobre el Derecho, en la confianza y la previsibilidad. En último término, no cabe entender que un sistema respeta la seguridad jurídica si la ley, aun publicada y correctamente aprobada, y sin vulnerar los principios de jerarquía, interdicción de la arbitrariedad y no retroactividad desfavorable, no permite a sus destinatarios predecir razonablemente el resultado de su aplicación, ni por tanto conocer previamente si sus actos están permitidos o prohibidos por el Derecho⁴³. Por supuesto, esa confianza o previsibilidad compete tanto al legislador, que ha de diseñar la norma con una claridad suficiente para predecir

⁴¹ Cfr. Díez-PICAZO, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Civitas, Madrid, 2014, p. 14.

⁴² Cfr. STC 199/1990, de 10 diciembre.

⁴³ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pp. 21 ss.

sus resultados, como a los operadores jurídicos, y en particular a los jueces y tribunales, que habrán de proporcionar interpretaciones consistentes y razonables. De alguna manera, el artículo 9.3 CE parece conceder un mayor protagonismo a la vertiente objetiva, toda vez que los principios de legalidad, jerarquía, publicidad o irretroactividad no favorable conectan técnicamente con la corrección formal de la norma. No obstante, la referencia a la «responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» cuenta con un rango de mayor amplitud, pues el legislador puede incurrir en tal arbitrariedad al elaborar la norma, pero también la administración y los tribunales durante el proceso de interpretación y aplicación.

Sobre esas bases, el TC ha identificado la seguridad jurídica con la «certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados»⁴⁴, certeza que genera una «expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho»⁴⁵, y que se satisface gracias a la «claridad del legislador y no la confusión normativa»⁴⁶. Por consiguiente, «solo si, en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica»⁴⁷. De ahí que la seguridad jurídica no requiera que la opción legislativa sea la mejor o más protectora para el ciudadano, sino que se conforma con la certeza y previsibilidad, aunque hubiera otras alternativas más satisfactorias⁴⁸.

Desde esa perspectiva, en un primer momento el TC entendió que no puede equipararse la seguridad jurídica al principio de igualdad ante la ley, pues mientras el primero «consagra la certidumbre del ordenamiento jurídico», el principio de igualdad «impone la interdicción de las discriminaciones y la necesidad de que supuestos de hecho entre los cuales no pueda encontrarse una diferencia razonable, reciban tratamientos jurídicos iguales»⁴⁹. Sin embargo, progresivamente el Tribunal ha conectado ambos principios, advirtiendo que «el principio de igualdad en la aplicación de la Ley solo opera respecto de

⁴⁴ Cfr. STC 15/1986.

⁴⁵ Cfr. STC 36/1991.

⁴⁶ Cfr. STC 46/1990.

⁴⁷ Cfr. SSTC 150/1990, 142/1993, 212/1996 y 135/2018.

⁴⁸ Cfr. STC 140/2018.

⁴⁹ Cfr. ATC 496/1987, de 22 abril.

decisiones o criterios sentados con anterioridad, no con los que puedan producirse en el futuro», de forma tal que «extenderlo a lo que resulte de resoluciones posteriores sería incompatible con el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 CE o, al menos, entorpecería la necesaria evolución de la jurisprudencia, ante la posibilidad de someter a revisión todas las sentencias anteriores contradictorias con las más recientes»⁵⁰.

En fin, el TC ha jugado un papel clave en la configuración de la seguridad jurídica, pero tampoco debe desdeñarse la influencia de otras instancias, tanto nacionales como internacionales. A la postre, el principio de confianza legítima, íntimamente conectado con la seguridad jurídica, ha ido abriéndose paso en la doctrina del TJUE para articular la responsabilidad del Estado por los perjuicios que el cambio de determinadas políticas económicas provoca en ciertos sectores⁵¹, y también es de aplicación a las prestaciones sociales, pues ese principio impide seguir aplicando una norma interna contraria al Derecho de la UE⁵². Por su parte, el TEDH ha elaborado una abundante doctrina sobre la «calidad de la ley», en la que exige tanto su «accesibilidad» como su «previsibilidad», ingredientes esenciales de la seguridad jurídica⁵³.

4. LOS LITIGIOS SOBRE SEGURIDAD JURÍDICA ANTE EL TC: CLASIFICACIÓN

La aplicación de ese concepto de seguridad jurídica, con sus dos vertientes nítidamente identificadas, a supuestos de hecho concretos genera dificultades, obviamente, porque es necesario concretar cada uno de los parámetros de valoración y, en último término, el grado o la intensidad de inseguridad jurídica tolerable. Como es natural, el TC no cuenta con capacidad material para decidir los tiempos y el orden de los contenidos a la hora de elaborar su doctrina, sino que depende de los litigios que decidan plantear los interesados y, por supuesto, de los términos en los que cada concreto conflicto se suscita.

⁵⁰ Cfr. STC 152/1994 de 23 mayo.

⁵¹ Vid. GONZÁLEZ BOTIJA, F., «Los principios de la jurisprudencia comunitaria y su influencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 6, 1999, pp. 365 ss.; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 28 ss.

⁵² Vid. STJUE *Rasmussen* (de 19 de abril de 2016, asunto C-441/14).

⁵³ Vid. TEDH, *Article 7. The «quality of law» requirements and the principle of (non-)retrospectiveness of the criminal law under Article 7 of the Convention*, Consejo de Europa, 2019, disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_quality_law_requirements_criminal_law_Art_7_ENG.PDF.

De este modo, la jurisprudencia constitucional, al igual que la ordinaria, se va elaborando de manera aluvional, y se perfecciona a medida que el TC cuenta con oportunidades para efectuar precisiones con mayor grado de detalle e introducir, si procede, excepciones a las reglas generales, perfilando los contornos de cada institución. De ahí que sólo con el debido tiempo es posible efectuar un balance cabal de la jurisprudencia, pues el análisis de una sentencia aislada sobre un concreto asunto, particularmente la inicial, proporcionaría una visión incompleta y superficial, máxime en el caso de principios o derechos complejos.

Lógicamente, tras más de cuatro décadas de actividad el TC ha elaborado un acervo jurisprudencial muy completo y sugerente, y en él puede encontrarse una construcción dogmática de la seguridad jurídica, gracias a los heterogéneos y complejos conflictos que se han ido suscitando. Inicialmente, las cuestiones más problemáticas conectaban, como es natural, con las condiciones de aplicación y los eventuales efectos de la normativa preconstitucional⁵⁴, pero pronto comenzaron a plantearse otra clase de litigios relacionados con el alcance del artículo 9.3 CE en relación con la normativa aprobada ya durante la vigencia de la Carta Magna.

Es probable que el derecho sancionador, y el Derecho Penal en particular, fueran la principal preocupación del constituyente en el diseño originario de ese artículo 9.3, y el TC es consciente de la especial sensibilidad de esa rama. Por ello, no resulta extraño que haya reconocido a la seguridad jurídica un papel protagonista en el ámbito del derecho sancionador –penal o administrativo–, donde se aprecia la «imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes»⁵⁵.

Sin embargo, el tiempo ha demostrado que la seguridad jurídica es un principio que no se agota en el contexto de las normas punitivas, y en su conexión con los principios de legalidad o de irretroactividad de disposiciones no favorables, sino que cuenta con otras facetas distintas. El contenido y alcance de la seguridad jurídica se ha ido enriqueciendo, desbordando esos contornos iniciales que parecían más vinculados al derecho sancionador. Si la seguridad jurídica ha de contar con ingredientes de certeza y previsibilidad, es menester adoptar una perspectiva de aproximación y análisis mucho más amplia y ambiciosa.

Con mero propósito de clasificación, y para facilitar la ordenación del discurso, cabría identificar tres grandes bloques en la jurisprudencia constitucional

⁵⁴ Cfr. ATC 601/1985.

⁵⁵ Cfr. STC 26/1994. En el mismo sentido, *vid.* SSTC 120/1996 y 260/2007.

sobre la seguridad jurídica. En primer lugar, el impacto sobre la seguridad jurídica de los defectos en la elaboración y construcción de las normas, de las deficiencias de técnica legislativa en sentido estricto. En segundo lugar, y sin perjuicio de la evidente conexión con el primer bloque, las consecuencias de la sucesión constante de normas, con la incertidumbre que provoca para la identificación de la disposición efectivamente aplicable, amén de los problemas de retroactividad y transitoriedad, conforman un grupo de materias perfectamente identificable y homogéneo. Y en tercer lugar, el TC también se ha pronunciado sobre la fase de interpretación y aplicación del derecho y los límites y condicionantes que introduce el principio de seguridad jurídica en la actividad jurisdiccional.

5. TÉCNICA LEGISLATIVA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Comenzando por el primero de los bloques anunciados en el epígrafe precedente, el TC ha advertido reiteradamente que una deficiente técnica legislativa, con carácter general, no conduce a una vulneración del principio de seguridad jurídica, pues en este contexto prevalece el principio de conservación de la ley. En consonancia, la valoración sobre el respeto de la norma a la seguridad jurídica no atiende a aspectos de técnica legislativa, sino al contenido de la disposición impugnada. La seguridad jurídica exige que las prescripciones de la norma resulten suficientemente nítidas, y no atribuye al TC facultades exorbitantes, pues, por una parte, «no corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes» y, por otra, la seguridad jurídica se satisface si la norma es clara y «no ofrece especiales dificultades de comprensión y entendimiento que puedan inducir a error o confusión», lo que sucede cuando la ley se aprueba «con certeza de la regla de derecho» y «se ha publicado formalmente y con expresa derogación de la normativa a la que sustituye, mediante una norma de rango adecuado y, finalmente, sin afectar a situaciones jurídicas consolidadas»⁵⁶. Obviamente, debe analizarse la norma en sí misma, y no las consecuencias que provocaría un hipotético «uso torticero»⁵⁷.

Por consiguiente, la doctrina constitucional sobre la seguridad jurídica presta especial atención, en primer lugar, a la vertiente objetiva, de manera tal que la ley debe respetar la jerarquía normativa y haber sido formalmente

⁵⁶ Cfr. STC 225/1998, en relación con una disposición calificada como transitoria, pero cuyo contenido contaba con una vigencia hacia el futuro no sometida a plazo o condición alguna, y por tanto sin ningún elemento de transitoriedad.

⁵⁷ Cfr. STC 235/2000.

publicada, pues la publicidad es «inherente» a la seguridad jurídica⁵⁸, toda vez que ese principio de publicidad «aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de Derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo artículo 9.3 CE, pues solo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento»⁵⁹. Aunque resulta inusual, el TC se ha encontrado en alguna ocasión ante leyes autonómicas cuyo contenido sólo había sido publicado parcialmente en un boletín oficial, situación incompatible, evidentemente, con el principio de seguridad jurídica⁶⁰.

En segundo lugar, la seguridad jurídica no se satisface ante «una norma incierta o falta de la indispensable claridad», sino que la ley debe «contar con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados»; el legislador ha de evitar formulaciones «abiertas, vagas o imprecisas», sin perjuicio de «la inevitable exégesis que de la misma pueda hacerse»⁶¹. Esas afirmaciones, de carácter más general, conectan con esa parcela de la vertiente subjetiva de la seguridad jurídica que compete al legislador, que ha de diseñar correctamente la norma para facilitar la previsibilidad.

No obstante, el TC ha rebajado el impacto de los defectos técnicos, y no ha considerado contrarios a la seguridad jurídica los términos o las expresiones de difícil inteligencia, el «carácter marcadamente tautológico de algún precepto», la remisión a normas ya derogadas o las imprecisiones terminológicas de cierta gravedad⁶². Además, y aun cuando el legislador actúe con esmero, las normas jurídicas se caracterizan por su generalidad y abstracción, por lo que no es infrecuente, y ni siquiera criticable, el uso de conceptos jurídicos indeterminados, que no son contrarios a la seguridad jurídica.

En tercer lugar, la seguridad jurídica exige que la concreta disposición no introduzca «ninguna clase de irretroactividad desfavorable a los derechos individuales», ni tampoco dé lugar a un «nuevo régimen más restrictivo aplicable

⁵⁸ Cfr. SSTC 104 y 235/2000 y 3/2003.

⁵⁹ Cfr. SSTC 179/1989 y 90/2009.

⁶⁰ Vid. STC 3/2003.

⁶¹ Cfr. STC 172/2020.

⁶² Vid. SSTC 160/1987, 149/1991, 146/1993, 118/1996 y 135/2018.

en lo porvenir a situaciones jurídicas preexistentes y consolidadas», en clara sintonía con la redacción del artículo 9.3 CE. El TC, por tanto, acoge la vertiente subjetiva, vinculada a la confianza y previsibilidad de la norma, y no sólo a su corrección formal, potenciando la confianza en el Derecho vigente para facilitar la toma de decisiones. De ahí que también recuerde que la seguridad jurídica es contraria a la «arbitrariedad» de la norma, que, además, ha de ajustarse a parámetros de «razonabilidad» en relación con los lícitos propósitos del legislador⁶³, si bien, como parece evidente, la apreciación tanto de la arbitrariedad como de la razonabilidad encierra una notable dificultad.

Y en cuarto lugar, el TC ha advertido que no se considera estrictamente un defecto de técnica legislativa, o cuando menos no es contrario al principio de seguridad jurídica, el hecho de que una determinada norma no se configure con un total y completo detalle, en el sentido de que no ofrezca respuesta expresa a todos los eventuales problemas prácticos que puedan suscitarse. Esa circunstancia no provoca por sí misma una laguna o un vacío de regulación, ni tampoco necesariamente un quebranto para la seguridad jurídica, puesto que «cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten»⁶⁴.

En un análisis global, cabría afirmar que el TC ha configurado el control de calidad de las leyes a partir de parámetros de mínimos⁶⁵, y únicamente en ocasiones excepcionales las deficiencias de técnica legislativa han derivado en un reproche constitucional por afectación a la seguridad jurídica. A modo de ejemplo, la incorporación a un texto refundido de un precepto legal previo que incurría en vicio de nulidad supone asimismo la nulidad del precepto incluido en la refundición, porque «mantener en el ordenamiento preceptos de un Texto refundido reproduciendo preceptos legales declarados inconstitucionales y nullos supone introducir un elemento de inseguridad jurídica que este Tribunal en el marco de sus competencias está llamado a evitar»⁶⁶.

Sin embargo, el supuesto paradigmático de deficiente técnica legislativa que derivó en una declaración de inconstitucionalidad se vincula a la práctica,

⁶³ Cfr. STC 131/2001.

⁶⁴ *Vid.* STC 150/1990.

⁶⁵ *Vid.* CRUZ VILLALÓN, P., «Control de calidad de la ley y calidad del control de la ley», en Menéndez Menéndez, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 116 ss.

⁶⁶ Cfr. STC 194/2000.

muy consolidada, de incorporar a las leyes anuales de presupuestos un contenido cada vez más heterogéneo. El TC trató de poner coto a esa actuación advirtiendo que, por imperativo constitucional, la ley de presupuestos es una norma con un contenido «mínimo, necesario e indisponible constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos y un contenido posible, no necesario o eventual». Aunque también podría incorporar otro tipo de previsiones, el legislador dispone de un margen de maniobra limitado, porque esos otros contenidos únicamente pueden formar parte de la ley de presupuestos cuando la concreta «materia guarde relación directa con los ingresos y gastos que integran el Presupuesto» y «su inclusión esté justificada por ser un complemento de los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento de un lado», amén de que «sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno». De otro modo, «la inclusión en la Ley anual de Presupuestos de materias en las que no se den estas condiciones puede ser contraria a la Constitución por suponer una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional y por afectar al principio de seguridad jurídica, debido a la incertidumbre que una regulación de ese tipo origina»⁶⁷, lo que, por cierto, pudiera sustentar la declaración de inconstitucionalidad de reformas de la legislación laboral en una ley de ese clase. Y, también conviene advertirlo, la inclusión de esas materias típicamente presupuestarias en una norma, aun con rango de ley, que no se tramite conforme a las pautas y exigencias contempladas en el texto constitucional para las leyes de presupuestos vulnera asimismo el principio de seguridad jurídica⁶⁸.

Este criterio jurisprudencial derivó, en un primer momento, en la tramitación, al mismo tiempo que la ley de presupuestos, de una norma de contenido heterogéneo con todas esas medidas no presupuestarias, norma que, pese a que su nombre formal resultaba más alambicado (*v. gr.*, de medidas, fiscales, administrativas y del orden social), recibió popularmente el nombre de «ley de acompañamiento», y también fue objeto de enjuiciamiento por parte del TC. La conclusión, como se sabe, fue muy distinta, porque los límites constitucionales a las leyes de presupuestos no se extienden a otra clase de disposiciones cuyo contenido no viene predeterminado por la Norma Suprema (con excepciones,

⁶⁷ Por todas, cfr. SSTC 195/1994, 130/1999, 32/2000 y 274/2000.

⁶⁸ *Vid.* STC 3/2003.

como el real decreto-ley)⁶⁹. En consecuencia, esas leyes de «acompañamiento» no planteaban particularidades relevantes desde la perspectiva de la seguridad jurídica, y por tanto la valoración debía efectuarse conforme a los parámetros utilizados para cualquier otra norma con rango de ley⁷⁰.

Sobre esas bases, cada vez resulta más frecuente que las leyes incorporen numerosas reglas, máxime en disposiciones adicionales, finales y transitorias, dirigidas a ámbitos muy diferentes (leyes *omnibus*), pues el legislador aprovecha la tramitación de una ley para incorporar otras medidas, con el propósito no sólo de acelerar su entrada en vigor, sino también de evitar la tramitación de una ingente cantidad de leyes, a buen seguro con intereses políticos, porque la aprobación de cada una de esas medidas en leyes independientes, y más en contextos sin mayorías amplias, puede requerir negociaciones específicas con otras fuerzas parlamentarias y, en último término, un desgaste o coste político –por las cesiones o compromisos necesarios para garantizar el apoyo– que el impulsor de las normas no desea asumir.

Sea como fuere, el TC ha insistido en que el contenido heterogéneo de una ley no vulnera el principio de seguridad jurídica. Es cierto que esa opción legislativa podría dificultar la localización y conocimiento de la norma, pero, en puridad, no se erige como un obstáculo insuperable, en modo alguno, porque la publicación en el boletín oficial pertinente y su tramitación conforme a las reglas de procedimiento establecidas se entienden como suficiente garantía. No es necesario, por consiguiente, que el título de la norma resulte suficientemente ilustrativo de su propósito, ni tampoco que todo su contenido pueda encajar sin fisuras en ese título. Aunque esa técnica legislativa haya podido ser calificada, desde un punto de vista técnico, como «mala» o «desaconsejable», lo relevante es la «claridad de sus mandatos y contenidos», de modo que no induzcan a sus destinatarios a «error o confusión», porque el «juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa»⁷¹. De ahí que el TC no acepte la impugnación global de la ley en cuestión, sino que exija una mayor concreción, identificando los preceptos que pudieran incurrir en transgresión de principios o derechos constitucionales.

En este sentido, el TC se muestra especialmente cauto y diferencia entre lo deseable y lo posible, advirtiendo que la seguridad jurídica exige que la «norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma», pues «no cabe subestimar la importancia que para la certeza del

⁶⁹ Vid. SSTC 209/2012 y 111/2013, entre otras.

⁷⁰ Vid. TOSCANO ORTEGA, J. A., «El desbordamiento material de las leyes de presupuestos estatales y la seguridad jurídica», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 172 ss.

⁷¹ Cfr. SSTC 136/2011, 161/2019 o 131/2020, entre muchas otras.

Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas». Y recomienda al legislador que ponga su mayor empeño en elaborar una normativa «abarcable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida; puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia». Ahora bien, el propio Tribunal matiza esas afirmaciones, reconociendo que «lo anterior no conduce a considerar que las omisiones o las deficiencias técnicas de una norma constituyan, en sí mismas, tachas de inconstitucionalidad; siendo, por otra parte, inherente al valor superior del pluralismo (art. 1.1 de la Constitución) que las leyes puedan resultar acertadas y oportunas a unos como des-
acertadas e inoportunas a otros»⁷².

El respeto a la técnica legislativa parece convertirse, así pues, en una exigencia más moral que jurídica, y quizá por eso hace ya años que, en el ámbito estatal, se ha prescindido de la duplicidad antes señalada, de modo que las leyes de presupuestos no se ven «acompañadas» y vuelven a incluir decenas de disposiciones adicionales, finales y transitorias de contenido heterogéneo, muchas de ellas con evidente impacto en la rama social del Derecho. El legislador no muestra especial preocupación por las eventuales consecuencias que podrían producirse si alguna ley de presupuestos reciente fuera impugnada ante el TC por las mismas razones que en su momento merecieron reproche de ese órgano. Aunque es una cuestión dogmática relevante, y con impacto en la seguridad jurídica, da la impresión de que es un conflicto que se ha movido más en el ámbito de una contienda política que, por el momento, se ha elegido no revivir, quizá por razones de operatividad práctica. En suma, cabe concluir que el reproche «institucional» que a menudo se incluye al enjuiciar los defectos de técnica legislativa carece de consecuencias jurídicas, más allá de la trascendencia institucional, moral o política de que el Tribunal Constitucional afee las formas del legislador, que, en verdad, no se muestra especialmente preocupado por mejorar el proceso de elaboración de la ley⁷³.

⁷² Cfr. STC 76/1990.

⁷³ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, p. 34.

6. «MOTORIZACIÓN LEGISLATIVA», REGLAS TRANSITORIAS Y EFECTOS RETROACTIVOS

El principio de seguridad jurídica, qué duda cabe, sufre ante una constante sucesión normativa, que incrementa la complejidad incluso para la identificación misma de la norma aplicable. La sucesión incesante de leyes, reformas y contrarreformas aboca a un «ordenamiento desordenado»⁷⁴ y hace en ocasiones inviable que el ciudadano adecue su comportamiento al Derecho, máxime ante la multiplicidad de situaciones transitorias y la eventual atribución de efectos retroactivos. Curiosamente, el Derecho Penal no es la rama que ha dado lugar a mayores controversias desde esta perspectiva, quizá porque ha gozado de una relativa estabilidad y, quizás también, porque el legislador penal ha actuado con mayor cautela y precisión. En cambio, otros sectores del ordenamiento se han visto sometidos a continuos cambios y modificaciones, con reformas prácticamente constantes y no siempre bien articuladas, lo que ha situado en el centro del debate la seguridad jurídica, claramente amenazada. La rama social del Derecho (tanto en el plano laboral como en el de la seguridad social) y el Derecho Financiero y Tributario han sido el origen de la mayor parte de conflictos⁷⁵.

Como no podría ser de otra forma, la jurisprudencia constitucional, aunque reconoce el valor de la estabilidad normativa, no atribuye a esa continuidad en el tiempo una condición de valor o principio constitucional, para evitar una congelación o petrificación del ordenamiento. El Derecho es un conjunto de normas dirigido a regular la convivencia y las interacciones sociales, de modo que si la sociedad cambia, el Derecho debe evolucionar. Las modificaciones normativas son, así pues, deseables, prácticamente inevitables si se pretende que el Derecho cumpla su función y objeto. La seguridad jurídica no puede ser entendida como un derecho del ciudadano a que la normativa no cambie, un derecho a que su situación y sus intereses siempre se regulen conforme a unas mismas reglas. El TC deja claro, por tanto, que el ordenamiento puede evolucionar, y que la seguridad jurídica no garantiza que una eventual reforma deba resultar necesariamente más beneficiosa para los intereses de todos los ciudadanos, pues un cambio perjudicial –hacia el futuro– no es contrario *per se* al artículo 9.3 CE. Es más, aun derivando en

⁷⁴ Cfr. MÉNÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Introducción», en Menéndez Menéndez, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, p. 20.

⁷⁵ Vid. GARCÍA NOVOA, C., «El principio constitucional de seguridad jurídica y los tributos. Algunos aspectos destacables», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 124, 2019, pp. 53 ss.; GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., «El principio de seguridad jurídica como límite a la retroactividad de las normas tributarias», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 17, 1998 (BIB 1997\78).

una peor situación para el ciudadano, una reforma que proporcione mayor confianza y previsibilidad contribuiría a la seguridad jurídica.

En efecto, el principio de seguridad jurídica, y otros íntimamente conectados con él, como el principio de confianza legítima, permite defender esa conclusión. La estabilidad normativa podría resultar deseable en hipótesis, pero los cambios legislativos pueden obedecer incluso a «exigencias claras del interés general», pues los poderes públicos de alguna forma están obligados a la adaptación del ordenamiento a «una cambiante realidad económica»⁷⁶. La Constitución, a la postre, ni garantiza el mantenimiento *sine die* de determinadas ventajas para algunos colectivos, ni se opone a una reforma normativa que conduzca a un escenario más beneficioso o igualitario para el conjunto.

No es infrecuente que el Tribunal Constitucional añada matices o subraye circunstancias para reforzar su argumentación, aunque es dudoso el peso que se les puede atribuir. En concreto, es habitual que al enjuiciar la constitucionalidad de las reformas desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica se introduzca en la reflexión alguna consideración relativa a la previsibilidad de la actuación del legislador. Los afectados, suelen decir sus sentencias, no pueden invocar la seguridad jurídica cuando esa intervención normativa resultaba previsible, bien porque la propia norma modificada ya la contemplaba, o bien porque el contexto socioeconómico ofrecía suficientes pistas como para no considerar la reforma sorpresiva o inesperada. De este modo, se alude con frecuencia a las «difíciles circunstancias del sector»⁷⁷, a situaciones de crisis, en suma, que obligan al legislador a tomar decisiones.

Sin duda, estos argumentos resultan entendibles si el objetivo consiste en contribuir a la construcción de una base dogmática sólida para el principio de seguridad jurídica, pero generan incertidumbre sobre la extrapolación de esos criterios a otras situaciones, pues cabría plantear dudas legítimas de constitucionalidad respecto de normas en las que pueda apreciarse, total o parcialmente, algún grado de precipitación en su aprobación. En este sentido, no resulta infrecuente que se introduzcan reglas o medidas en fases muy avanzadas de la tramitación de una ley, sin suficiente publicidad y en algunos casos con finalidades más bien de tipo electoral que de mejora o depuración del ordenamiento. En verdad, algunas reglas o normas pudieran llegar a ser, hasta cierto punto, sorpresivas, porque su aprobación no descansa exclusivamente sobre criterios técnicos, sino que –lógicamente– subyacen intereses políticos tanto en la determinación de su contenido como en la elección del momento de entrada en vigor.

⁷⁶ Cfr. STC 270/2015.

⁷⁷ Cfr. STC 19/2016.

El TC no se ha pronunciado expresamente sobre esa cuestión, pero es poco probable que conceda al principio de seguridad jurídica un peso suficiente como para anular la norma, porque el legislador debe contar con un margen de maniobra adecuado, y desde luego muy amplio, toda vez que las reformas legales no exigen un contexto económico negativo o crisis de otra índole, sino que pueden venir motivadas, simplemente, por el deseo de configurar el régimen jurídico correspondiente de manera acorde con una orientación ideológica o política determinada, y la elección del momento en que el cambio se realice puede ser decidido por motivos netamente vinculados a intereses políticos. A efectos de la seguridad jurídica, lo decisivo es que el contenido de la norma respete las imprescindibles exigencias de claridad y no provoque incertidumbres.

Bajo esos parámetros, el Tribunal no considera afectada la seguridad jurídica por las reformas introducidas en normas de urgencia, y en particular a través del real decreto-ley. No es relevante que el contenido de la disposición en cuestión pueda resultar heterogéneo, o que su tramitación sea diferente a la de una ley ordinaria y sin un proceso de discusión o debate previo dotado de la suficiente publicidad que permita al ciudadano actuar anticipándose a su aprobación. El TC, con buen criterio, entiende que esa relativa imprevisibilidad es «consustancial a esta fuente del Derecho», de modo que no es probable que la licitud constitucional de un real decreto-ley dependa del principio de seguridad jurídica, sino que lo determinante será, en la inmensa mayoría de ocasiones, el cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 86 CE, y en concreto la concurrencia de extraordinaria y urgente necesidad⁷⁸. Todo ello a salvo de que se introduzcan materias no permitidas en una norma de esta naturaleza, debiendo aplicarse, *mutatis mutandis*, la doctrina elaborada para las leyes de presupuestos, desarrollada en el epígrafe anterior.

Por otro lado, y como bien se sabe, en situaciones donde la regulación *pro futuro* sea menos generosa que la precedente suelen introducirse reglas transitorias, habitualmente con el fin de evitar perjuicios derivados de un cambio normativo para aquellas personas que estaban disfrutando de una mejor posición gracias a la legislación anterior. El principio de seguridad jurídica, o el de confianza legítima, no exigen la configuración de esos períodos transitorios, pero el TC no se opone a ellos y los considera muy razonables como medio para prevenir conflictos. El TEDH, por cierto, parece conceder más valor a estas reglas transitorias como instrumento para minimizar los daños, y su ausencia suele merecer reproche cuando se perjudican derechos o

⁷⁸ Vid. STC 332/2005.

expectativas legítimas, aunque más desde la perspectiva del principio de proporcionalidad que de la seguridad jurídica⁷⁹.

Ahora bien, la mayor dificultad no se encuentra en esas disposiciones transitorias, o de aplicación paulatina, o incluso de entrada en vigor diferida⁸⁰, sino en las situaciones en las que el legislador va un paso más allá y contempla efectos retroactivos, esto es, la aplicación de la norma a conductas o hechos ya producidos, lo que constituye, hasta cierto punto, una anomalía o disfunción desde esa perspectiva de la seguridad jurídica, entendida como certeza o previsibilidad. Por lo pronto, el TC no califica *per se* la retroactividad como contraria a la CE –y matiza que la retroactividad de las normas tributarias no encaja en principio en la prohibición del artículo 9.3 CE⁸¹, doctrina que puede extrapolarse sin dificultad al ámbito laboral y de seguridad social–, pero advierte que debe prestarse especial atención a las situaciones en las que «dicha eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios constitucionales (capacidad económica, seguridad jurídica, interdicción de arbitrariedad, etc.)».

El Tribunal, y conviene insistir en ello, diferencia entre una «retroactividad “auténtica”, donde la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo cualificadas excepciones podrían oponerse a tal principio, y otra irretróactividad “impropia”, donde la licitud o ilicitud de la medida retroactiva dependería de una ponderación de bienes que tuviese en cuenta ciertamente la seguridad jurídica, pero también las circunstancias del supuesto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, etc.; habría retroactividad auténtica cuando se pretendiesen anudar efectos jurídicos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la Ley y ya consumadas, mientras existiría una retroactividad impropia cuando se afectasen situaciones jurídicas actuales y aún no concluidas»⁸², si bien la retroactividad no equivale a la aplicación de disposiciones transitorias⁸³. Es claro, obviamente, que los efectos retroactivos no resultan admisibles «cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida que restrinjan derechos individuales»⁸⁴.

⁷⁹ Vid. SSTEDH *Domenech Aradilla y Rodríguez González vs. España* (de 19 de enero de 2023, recursos 32667/19 y 30807/20) y *Valverde Digon vs. España* (de 26 de enero de 2023, recurso 22386/19).

⁸⁰ Vid. STC 18/2023, de 21 de marzo, que, al valorar la pertinencia de la *vacatio legis* fijada en un real decreto-ley, considera que esa entrada en vigor demorada o diferida puede tener también como objetivo respetar el principio constitucional de seguridad jurídica.

⁸¹ Cfr. STC 176/2011.

⁸² Cfr. STC 197/1992. En el mismo sentido, *vid.* SSTC 126/1987, 76/1990, 150/1990, 173/1996 o 182/1997.

⁸³ Vid. STC 97/1986.

⁸⁴ Cfr. STC 27/1981.

Es una doctrina muy compleja, con muchas aristas, que el Tribunal ha tenido ocasión de aquilatar progresivamente al responder a los numerosos litigios planteados principalmente en el ámbito de las modificaciones tributarias. Quizá como conclusión cabe afirmar que es imprescindible un análisis casuístico, porque la seguridad jurídica debe ser objeto de interpretación y aplicación armónica con otros principios, como por ejemplo el de interdicción de la arbitrariedad, y nada se opone a la concesión de efectos retroactivos dentro de los límites constitucionales del artículo 9.3 CE.

De este modo, los cambios normativos, aun cuando la nueva regulación resulte menos generosa, son constitucionalmente lícitos, así como también su aplicación retroactiva, allí donde el legislador lo permita. Sin embargo, el TC, en la línea que se acaba de apuntar, es muy reacio a admitir la retroactividad «auténtica»⁸⁵, que se califica como contraria al artículo 9.3 CE por su carácter más agresivo, salvo que se pueda probar una razón cualificada de interés general, pues una retroactividad amplia, o prácticamente ilimitada, «convertiría el principio de seguridad jurídica en una mera ilusión o en un principio vacío de contenido»⁸⁶. Incluso en esas situaciones excepcionales donde se pudiera admitir la retroactividad auténtica, el TC reconoce que tendría lugar un «sacrificio» de la seguridad jurídica, pero entiende que es un precio razonable y proporcional en presencia de un «interés público prevalente»⁸⁷. Esta doctrina, desde luego, es plenamente coherente con la elaborada en instancias internacionales; por lo pronto, el TEDH ha recordado que la retroactividad de las normas –a la que se equipara una pretendida interpretación auténtica de una disposición previa– no puede suponer, por ejemplo, la modificación de los criterios de cálculo de las pensiones ya causadas⁸⁸.

Aun en presencia de excepciones, es claro que la seguridad jurídica ofrece una notable protección a los derechos adquiridos, aunque no completa (III.4), pues la «teoría (calificada de “huidiza”) de los derechos adquiridos no está acogida deliberadamente en la Constitución»⁸⁹. En cambio, las garantías resultan mucho más endebles para las meras expectativas⁹⁰, como ilustra la doctrina relativa a la modificación de la edad de jubilación forzosa

⁸⁵ En el bien entendido de que dicha retroactividad afecta a los sujetos pasivos, y no se limita exclusivamente a aspectos de gestión; cfr. STC 9/2019.

⁸⁶ Cfr. SSTC 176/2011 y 121/2016, en relación con modificaciones del IRPF con efectos retroactivos, que el TC califica como inconstitucionales por vulnerar el principio de seguridad jurídica.

⁸⁷ Cfr. STC 234/2001, respecto de la supresión retroactiva de una exención tributaria que, tras el análisis de las circunstancias concurrentes, se considera contraria a la seguridad jurídica.

⁸⁸ *Vid.* STEDH *D'Amico vs. Italia* (de 17 de febrero de 2022, recurso 46586/14).

⁸⁹ Cfr. STC 108/1986.

⁹⁰ *Vid.* STC 105/2015.

de los funcionarios, y en particular de los jueces. Más allá de que no se afectaban exactamente derechos subjetivos, pues la queja se centraba en quienes todavía no habían alcanzado la edad de jubilación, el TC admitía que la situación podía ser analizada desde la perspectiva de la seguridad jurídica, «concebida comúnmente como “el saber a qué atenerse”, o dicho en otros términos, “cumplir sus compromisos”». Esa faceta, que se traduciría en una «exigencia de que el legislador respete los derechos adquiridos o, en general, las situaciones jurídicas subjetivas que se habrían creado a favor de los jueces actualmente en activo y que se verían afectados por el adelantamiento de la jubilación», no ha sido «acogida deliberadamente en la Constitución», de modo que «aun en la hipótesis de la existencia de derechos subjetivos (y con más razón sin duda tratándose de expectativas) respecto a la jubilación, no podría invocarse el principio de seguridad jurídica para hacerlos valer frente al legislador ante este Tribunal»⁹¹.

Ese «saber a qué atenerse» también influye en la doctrina constitucional elaborada en relación con las modificaciones legislativas en el ámbito tributario, pues el TC ha llegado a afirmar que la seguridad jurídica no es un principio vacío de contenido, sino un principio que debe permitir, e incluso impulsar, la articulación de las medidas pertinentes que permitan proteger a las personas que actúan de buena fe, pues una norma válida y clara genera una «confianza de los ciudadanos», y si estos «ajustan su conducta económica a la legislación vigente» no deben sufrir perjuicios «frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles», límite que deriva de la interdicción de la arbitrariedad⁹².

Es, en cualquier caso, una doctrina que admite muchos matices, porque en último término el legislador debe contar con un adecuado margen de maniobra para configurar las normas en atención a los diferentes contextos, y porque en muchas ocasiones las propias leyes, como explícitamente reconoce el TC, ya contemplan la posibilidad de modificación futura en un determinado sentido, por lo que, aun cuando en teoría el TC acepta que la seguridad jurídica impone límites al legislador, en la práctica esos límites resultan muy difusos y las vías de escape amplias y numerosas, toda vez que también ha quedado patente que la seguridad jurídica «no es un valor absoluto», sino que debe ceder «ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos»⁹³, inclusive el «carácter dinámico» del ordenamiento o la «preponderancia de la reacción

⁹¹ Cfr. STC 108/1986. También, ATC 133/2014.

⁹² Cfr. STC 150/1990 y 197/1992.

⁹³ Cfr. ATC 165/2001.

legislativa»⁹⁴. En perspectiva, el principio de seguridad jurídica pocas veces ha salido victorioso en esos procesos de valoración («ponderación»), aunque se encuentran significativas excepciones⁹⁵.

7. SEGURIDAD JURÍDICA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA

La doctrina del TC acerca de la seguridad jurídica se ha elaborado principalmente enjuiciando la labor del legislador, y no se ha ocupado con tanta profundidad de esas otras vertientes más vinculadas a la aplicación del Derecho. Es cierto que el propio Tribunal ha dejado constancia de que el principio de seguridad jurídica, correctamente configurado, ha de derivar en la «confianza o la perspectiva razonablemente fundada de los ciudadanos en cuál será la actuación de los poderes públicos en aplicación del Derecho»⁹⁶. Sin embargo, la construcción de una doctrina que clarifique los límites de la actividad interpretativa de los tribunales ordinarios se ha visto obstaculizada por la ubicación constitucional del principio de seguridad jurídica, no susceptible de invocación en el recurso de amparo⁹⁷.

Con todo, el TC ha ofrecido alguna pista sobre el modo en que debe interpretarse la ley, en particular porque ha consagrado el «principio de interpretación de las normas de conformidad con la Constitución», lo que supone, entre otras consecuencias, que una interpretación «de modo natural y no forzado» es perfectamente compatible con la seguridad jurídica, aunque hubiera otras opciones exegéticas también razonables⁹⁸. De manera más concreta, el TC ha advertido, asimismo, que ante la colisión entre la exégesis de una norma redactada en lengua cooficial y su traducción en castellano no cabe que la propia disposición priorice la versión en ese idioma cooficial, pues la norma en cuestión puede desplegar efectos más allá de las fronteras del territorio donde

⁹⁴ Cfr. STC 270/2015.

⁹⁵ *V. gr.*, STC 176/2011, declarando la nulidad de varios preceptos de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por considerar que había llevado a cabo retroactivamente «una alteración en la determinación de la deuda tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas sin la concurrencia de nítidas y cualificadas exigencias de interés general que justificasen el efecto retroactivo otorgado, lo que conduce a estimar que se ha producido la vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución». Al margen de cuestiones de transitoriedad o aplicación retroactiva, la STC 234/2012 declaró vulnerada la seguridad jurídica de una norma autonómica sobre espacios naturales protegidos porque no quedaba perfectamente definido su ámbito de aplicación y los ciudadanos no contaban con medios para conocer la delimitación precisa de esos espacios protegidos.

⁹⁶ *Vid.* STC 165/1999.

⁹⁷ *Vid.* STC 6/1997.

⁹⁸ *Vid.* STC 74/2000.

la primera lengua es cooficial, ámbito en el que los interesados no tendrían obligación de conocer ese idioma. Dicho de otro modo, el hecho de que la ley se redacte en una lengua oficial común a todos los destinatarios potenciales es una exigencia de la seguridad jurídica y condiciona además el proceso de interpretación y aplicación⁹⁹.

En general, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la falta de claridad de la ley no vulnera la seguridad jurídica en tanto no provoque una incertidumbre o confusión insuperable, y resulte, por tanto, susceptible de interpretación conforme a las pautas ordinarias en Derecho. Aun cuando un precepto legal pudiera estimarse como oscuro o incompleto por sí mismo, el principio de seguridad jurídica no se quebranta mientras pueda acotarse convenientemente su sentido y alcance a través, por ejemplo, de una interpretación sistemática. En cambio, no serían compatibles con dicho principio interpretaciones «voluntaristas, irracionales o extravagantes o en contravención del tenor literal de los preceptos aplicables»¹⁰⁰.

En la misma línea, el TC ha matizado que la eventual vulneración del principio de seguridad jurídica por parte del legislador, ante la falta de claridad de la norma, la ausencia de respeto al principio de jerarquía normativa o a otros principios constitucionales, no conlleva que las resoluciones judiciales que eventualmente apliquen esas normas incurran automáticamente en un defecto o una transgresión de esos mismos principios. Las deficiencias de la ley no se trasladarían automáticamente a la actuación judicial, que debe ser objeto de una valoración específica y autónoma en perspectiva constitucional. El órgano judicial solo será responsable en tanto que pueda imputarse a su actuación «de forma directa e inmediata la vulneración del derecho fundamental». En suma, los jueces y tribunales deben completar e integrar las lagunas del ordenamiento, y no generar nuevos vacíos, pues ello contribuiría, precisamente, a incrementar la inseguridad jurídica¹⁰¹.

En el ámbito del derecho sancionador, el TC ha recordado que la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras «depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad»¹⁰², debiendo asimismo respetarse la interpretación efectuada por los órganos jurisdiccionales competentes cuando la ley establezca que

⁹⁹ Vid. STC 83/1986.

¹⁰⁰ Cfr. SSTC 128/2018 y 18/2019, acerca de la regulación del recurso de casación contencioso-administrativo por infracción de normas autonómicas.

¹⁰¹ Cfr. STC 184/2003, en relación con la intervención de las comunicaciones telefónicas.

¹⁰² Cfr. SSTC 151/1997 y 236/1997.

esa interpretación es vinculante¹⁰³. En esta línea, la seguridad jurídica es contraria a resoluciones judiciales «que impidan a los ciudadanos programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente»¹⁰⁴.

Ahora bien, la «previsibilidad de tales decisiones debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica»¹⁰⁵, de modo que «no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada», sino también «aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios». Lógicamente, «debe partirse, en principio, de la motivación explícita contenida en las resoluciones recurridas, de forma que cabrá apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión»¹⁰⁶.

Por supuesto, es también manifestación de la seguridad jurídica que los jueces y tribunales, incluido el propio TC, precisen el alcance concreto de sus pronunciamientos, en particular cuando la sentencia en cuestión, además de resolver un caso concreto, es susceptible de provocar efectos en un radio de acción muy amplio y con consecuencias, habitualmente para el erario público, de cierta entidad. El TC sentó esta doctrina pensando particularmente en el ámbito tributario, para limitar el alcance de determinadas declaraciones de

¹⁰³ «No cabe apreciar aquí incidencia en la vertiente objetiva –certeza– ni en la subjetiva –previsibilidad– del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), puesto que el mandato normativo de los preceptos cuestionados [...] aparece enunciado, con el contenido establecido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus Sentencias en interés de ley de 15 de diciembre 2004 y 22 de septiembre de 2008, con la suficiente claridad como para eliminar cualquier sombra de incertidumbre acerca de su contenido y alcance en cuanto a la fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de las infracciones y sanciones administrativas». A mayor abundamiento, «esa doctrina legal vinculante para Jueces y Tribunales inferiores en grado del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo no solo preserva la seguridad jurídica, sino que además garantiza el objetivo de que el status jurídico de los ciudadanos en cuanto a la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas sea igual en todo el territorio nacional (arts. 14 y 139.1 CE)»; cfr. SSTC 37, 75, 93, 94 y 98/2012.

¹⁰⁴ Cfr. SSTC 133/1987, 137/1997, 151/1997 y 64/2001.

¹⁰⁵ Cfr. SSTC 161/1997 y 87/2001.

¹⁰⁶ Cfr. SSTC 151/1997 y 111/2004.

inconstitucionalidad a supuestos de hecho futuros o para precisar que esa inconstitucionalidad no permitía la apertura o reconsideración de casos en los que ya hubiera recaído una sentencia firme, máxime cuando la cosa juzgada forma parte del núcleo duro de la seguridad jurídica¹⁰⁷.

En fin, de todo este acervo doctrinal cabe deducir que el TC ha priorizado la vertiente objetiva de la seguridad jurídica, la corrección formal de las normas, sobre la vertiente subjetiva. Dicho de otra forma, las vulneraciones del principio de seguridad jurídica tienen que ver, principalmente, con defectos en la elaboración y aprobación de las normas. En cambio, la vertiente subjetiva, de previsibilidad en la aplicación, es menos atendida, por razones también obvias, ligadas a la complejidad de la labor interpretativa y también al hecho de que a menudo la pretensión de los litigantes consiste en mantener una legislación previa beneficiosa para sus intereses, lo que cercenaría injustificadamente las facultades del legislador. Sólo en supuestos de retroactividad intensa, muy perjudicial e inesperada, el TC reprende más severamente al legislador.

¹⁰⁷ Por todas, *vid.* SSTC 289/2000 y 295/2006.

III. LA RELACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA CON OTROS PRINCIPIOS Y PRINCIPALES AMENAZAS PARA SU DESARROLLO

Una vez precisado el concepto de seguridad jurídica, y sus distintas facetas, resulta imprescindible identificar el espacio que debe ocupar ese principio en el ordenamiento, espacio que depende, principalmente, de la ubicación y relevancia constitucional, y por tanto de su eventual fuerza vinculante o de la capacidad para prevalecer sobre otros intereses, valores o principios, como el de legalidad, el de irretroactividad y, muy especialmente, el de justicia. La mayor o menor preponderancia de unos principios sobre otros puede derivar en riesgos evidentes para la eficacia, y para la existencia misma, de la seguridad jurídica, que podría verse relegada si no se respalda ese principio con un apropiado soporte dogmático y jurídico, ni se le dota de una posición que permita un desarrollo adecuado y posibilidades reales de causar un impacto.

1. LA ARTICULACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA CON OTROS PRINCIPIOS Y VALORES

Desde muy temprano, y como ya se advirtió, el TC definió la seguridad jurídica como la «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio»¹. Es una definición que demuestra que el contenido de la seguridad jurídica es huido, o falto de una identidad propia construida sobre bases sólidas. El principio de seguridad

¹ Cfr. SSTC 27/1981, 99, 1987 y 227/1988, entre otras.

jurídica se configura, de alguna manera, como un contenedor o recipiente de otra serie de principios que, actuando de forma conjunta, permitirían alcanzar el resultado querido, en este caso la certeza en el contenido de las normas y la previsibilidad en su aplicación.

Esta concepción de la seguridad jurídica, más como un conglomerado de principios diversos que como un principio independiente –de modo que la seguridad jurídica se erigiría en un «supraprincipio»²–, se explica por diversas razones, aunque en el fondo descansa sobre un motivo estrictamente funcional. Por lo pronto, y aun cuando deban ponerse en valor los esfuerzos dogmáticos de la doctrina científica, la seguridad jurídica ha merecido múltiples definiciones a lo largo de la historia, lo que es perfectamente razonable por su carácter evolutivo, toda vez que ese principio debe reconfigurarse periódicamente para hacer frente a las amenazas a las que en cada momento debe enfrentarse. La pretensión de elaborar un concepto de seguridad jurídica en abstracto y delimitar su contenido y alcance de forma atemporal estará condenada al fracaso, pues la evolución social, económica, tecnológica y de formas de hacer y actuar en todos los ámbitos requerirá nuevos ajustes y nuevos perfiles. Y tampoco cabe desconocer que el grado de tolerancia frente a ciertas deficiencias, situaciones o circunstancias puede cambiar, pues lo que hace un tiempo se aceptaba, con mayor o menor entusiasmo o resignación, podría convertirse en inaceptable social y jurídicamente con posterioridad (o viceversa).

Así pues, el contenido de ese principio de seguridad jurídica es muy difuso, y ello suscita dificultades en el ámbito procesal, y no solamente ante la jurisdicción constitucional. Como es sabido, en aras de la precisión técnica las partes deben identificar el derecho o principio vulnerado y ofrecer las razones pertinentes, una argumentación sólida. El principio de justicia rogada puede conducir a la desestimación de las pretensiones, porque los tribunales no son tan generosos con las deficiencias técnicas de los escritos de las partes como con las deficiencias técnicas de las normas. En el ámbito procesal, esa precisión en el planteamiento de las pretensiones y su fundamento encierra una notable complejidad, y por ello no es inhabitual que los demandantes/recurrentes invoquen una serie de principios conexos, en particular todos –o casi todos– los mencionados en el artículo 9.3 CE: el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de de-

² Cfr. DE BARROS CARVALHO, P., «El supraprincipio de la seguridad jurídica y la revocación de normas tributarias», *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2008 (BIB 2008\548).

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

Es la forma más segura de actuar para evitar la desestimación de la pretensión, porque no siempre es sencillo elegir el concreto principio vulnerado, y el contenido de algunos de ellos se relaciona a modo de círculos secantes, de modo que, aun cuando cuentan con espacios independientes, una parte coincide. Y es probable que esa relación pudiera incluso representarse gráficamente como círculos concéntricos en alguna ocasión; así sucede principalmente entre la seguridad jurídica y la irretroactividad, pues difícilmente se encuentran facetas de la irretroactividad, prohibida o no, que puedan analizarse de forma absolutamente independiente y autónoma de la seguridad jurídica.

En cualquier caso, el TC advierte que la seguridad jurídica se construye a partir de la suma de estos principios, pero que debe contar con un contenido propio, o más sofisticado, porque «si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente». De ahí que el propio TC advierta que la suma de esos principios debe ser «equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad»³. A la postre, ello supone que la seguridad jurídica no se configura únicamente a partir de la suma de los principios del artículo 9.3 CE, sino también bajo la influencia de los principios y valores consagrados en el artículo 1.1 de la Norma Suprema, aunque sin que se haya precisado exactamente cómo, o si caben nuevos espacios o ampliaciones⁴.

A primera vista, pudiera parecer una cuestión de perfiles estrictamente dogmáticos, aunque susceptible de generar insatisfacción en quien se acerca al concepto al no poder encontrar bases sólidas para determinar de forma precisa el alcance y contenido de la seguridad jurídica. Sin embargo, en el ámbito procesal esta perspectiva de aproximación, que convierte la seguridad jurídica en un principio contenedor de otros muchos, facilita la tarea, pues permite al TC pronunciarse tanto cuando el afectado invoca una vulneración de la seguridad jurídica, como cuando alega como infringidos múltiples principios constitucionales. Se evitan así riesgos ciertos que se asumen en otros ámbitos, donde la incorrecta identificación del derecho vulnerado puede hacer decaer la pretensión por motivos procesales pese a que el afectado sí hubiera podido sufrir lesión en algún otro derecho o interés. La falta de precisión o claridad del contenido de la seguridad jurídica, potencialmente un obstáculo jurídico de envergadura, se convierte

³ Cfr. STC 27/1981.

⁴ Vid. MARRERO GARCÍA-ROJO, A., «Los principios garantizados en la Constitución», en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Casas Baamonde, M. E. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, BOE, Madrid, 2018, pp. 175 ss.

de algún modo en un alivio procesal, y el TC disfruta de mayor libertad para valorar los hechos eligiendo el principio más pertinente.

La jurisprudencia constitucional lo demuestra, aunque cabría identificar dos formas de actuar. La primera de ellas consiste en responder a la pretendida vulneración elaborando una única argumentación en la que se mencionan –habitualmente separados meramente por comas o por una conjunción copulativa– dos o más de los principios constitucionales involucrados, sin distinción alguna en cuanto a su contenido. Así sucede, por ejemplo, cuando el TC recuerda que la licitud constitucional en la aplicación de las normas sancionadoras debe analizarse a partir de los «principios de legalidad y de seguridad jurídica»⁵. En verdad, el TC no recurre a subterfugos o a argumentaciones artificiales, sino que advierte expresamente que los principios listados en el artículo 9.3 CE «no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho»⁶.

En cuanto a la segunda forma de proceder, el TC no siempre separa el análisis de cada uno de los principios invocados por la parte que plantea el recurso o la cuestión, sino que es razonablemente frecuente que al elaborar la argumentación sobre uno de esos principios se remita a lo indicado en relación con otro. En este sentido, el análisis de la eventual transgresión de la seguridad jurídica suele venir acompañado de una valoración acerca del respeto a los principios de publicidad, jerarquía normativa, prohibición de retroactividad no favorable e interdicción de la arbitrariedad⁷.

Ello no significa que los argumentos ofrecidos para construir el concepto de seguridad jurídica o el de algún otro de esos principios resulten intercambiables, sino más bien que el TC desea insistir en esa vertiente de la seguridad jurídica como principio «contenedor», pues, en último término, es complejo encontrar parcelas de la seguridad jurídica que puedan vivir y desarrollarse al margen de alguno de esos otros principios y valores constitucionales, ya sean los mencionados en el artículo 9.3, ya sean los recogidos en el artículo 1.1 CE. Quizá, y como parece apuntar el TC, no existan verdaderamente esas parcelas independientes, y el principio de seguridad jurídica deba actuar como un principio orientador, armonizador o canalizador de todos esos otros principios y valores para que en su aplicación práctica no se produzcan colisiones o aporías.

⁵ Cfr. STC 111/2004.

⁶ Cfr. STC 122/2016.

⁷ Cfr. STC 104/2000.

Esa interconexión se muestra con notable claridad en el ámbito del derecho sancionador, tanto penal como administrativo, donde la delimitación del concepto y alcance de los principios de legalidad, taxatividad o tipicidad se realiza expresamente a la luz del principio de seguridad jurídica. En efecto, el Tribunal recuerda la relación, prácticamente inescindible, entre el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica, por la «imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción»⁸.

En un sentido análogo, la reserva de ley exigida en algunos contextos se vincula también al principio de seguridad jurídica, que exige el respeto a la jerarquía normativa, de modo que la reserva de ley actúa como un «modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica»⁹. En este punto, adquiere especial relevancia que el legislador cumpla adecuadamente su función y actúe con la debida diligencia o precisión en la identificación y regulación del contenido reservado a la ley, si bien, en lo que aquí interesa, el TC ha advertido que los reproches «a la regulación de una materia reservada a la Ley –sea orgánica u ordinaria– desde el prisma de la indeterminación, son los mismos que se pueden realizar a dicha regulación desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica», y, en suma, se exige certeza y la posibilidad de determinar su sentido razonablemente, sin dificultades insuperables de interpretación¹⁰.

Asimismo, el principio de taxatividad requiere que la definición de tipos penales tenga lugar a partir de «normas concretas, precisas, claras e inteligibles»¹¹, sin perjuicio de admitir el uso de conceptos jurídicos indeterminados (siempre que «su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada»¹²). Por su parte, y en virtud del principio de tipicidad, la resolución que aplica la norma debe identificar

⁸ Cfr. STC 26/1994. En el mismo sentido, *vid.* SSTC 166/2012 y 34/2013.

⁹ Cfr. STC 184/2003, en relación con la reserva de ley relativa a las condiciones de ejercicio y limitación de los derechos fundamentales.

¹⁰ Cfr. STC 135/2018.

¹¹ Cfr. STC 185/2014.

¹² Cfr. STC 151/1997.

«el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones», así como establecer una motivación adecuada¹³.

Obviamente, el principio de seguridad jurídica se encuentra íntimamente vinculado con la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, pero también, y quizá pueda disfrutar de más relevancia dogmática, con las restricciones a reformas normativas. En el capítulo precedente ya se indicó que el principio de seguridad jurídica no puede dar lugar a una petrificación del ordenamiento, porque «es una premisa básica, asociada al principio democrático, que el legislador del pasado no puede vincular al legislador del futuro y, por tanto, que no existe un genérico derecho al mantenimiento de la Ley y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo»¹⁴. El Tribunal matiza, no obstante, que, «aunque el principio de seguridad jurídica impone en cualquier Estado de Derecho que la sucesión de normas se atenga a ciertas condiciones, entre ellas no se encuentra la interdicción de la reforma peyorativa»¹⁵, lo que supone, por una parte, que una modificación normativa puede ser perjudicial, pero, por otra, que no es posible cualquier clase de reforma. Esa es, sin lugar a dudas, una afirmación que da lugar a escenarios notablemente inciertos y complejos, que el Tribunal no ha explorado totalmente y cuyos desarrollos están aún por completar. Por consiguiente, no están perfectamente definidas cuáles son esas «ciertas condiciones» a las que, en aras de garantizar la seguridad jurídica, debe «atenerse» la sucesión de normas. La protección de derechos adquiridos aparece como un límite natural, pero la expresión «ciertas condiciones» resulta suficientemente ambigua como para admitir un contenido y alcance heterogéneos y cambiantes.

También resulta habitual que el principio de seguridad jurídica se invoque conjuntamente con el principio de interdicción de la arbitrariedad, pues, lógicamente, escasa seguridad jurídica puede aportar una norma arbitraria, toda vez que la «arbitrariedad es el no Derecho, la negación del Derecho en su forma»¹⁶. El TC se ha decantado, aun cuando la parte haya diferenciado en sus alegaciones entre ambos principios, por dar «una respuesta conjunta», puesto que la «denuncia relativa a la ausencia de fundamento de la decisión del legislador que determinaría, de ser estimada, la alegada arbitrariedad de la norma, se vincularía asimismo a la eventual incertidumbre introducida por la

¹³ Cfr. SSTC 104/2009, 145/2013 y 172/2020.

¹⁴ Cfr. STC 56/2016.

¹⁵ Cfr. STC 140/2018.

¹⁶ Cfr. ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 54.

reforma»¹⁷. Y ha formulado su argumentación con base en ambos principios sin diferenciar su alcance y contenido, afirmando que «de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos puede deducirse un deber de los poderes públicos de observar los trámites esenciales para la elaboración de las normas jurídicas, como correlato del interés legítimo de los ciudadanos en que la Administración Pública observe dichos trámites»¹⁸. La norma, sentencia o decisión administrativa, en último término, ha de venir justificada por una razón legítima, debidamente motivada, y no ser fruto del mero capricho.

Cuestión distinta, como ya se advirtió, es que la relación entre esos principios pueda representarse en forma de círculos concéntricos o de círculos secantes, esto es, que todo el contenido de uno de esos principios pueda subsumirse en otro, o que la coincidencia resulte únicamente parcial. En el caso de la interdicción de la arbitrariedad es claro que esa relación se representaría bajo la forma de círculos secantes, ya que una parte del contenido no coincide. El principio de interdicción de la arbitrariedad, señala el propio TC, debe ser analizado «con prudencia para evitar que la aplicación del artículo 9.3 CE como parámetro de control imponga restricciones indebidas al legislador», esto es, «con arreglo a un canon estricto», pues el pluralismo político se erige como un valor superior del ordenamiento jurídico, tal y como consagra el artículo 1.1 CE, de modo que la interpretación de la interdicción de la arbitrariedad no puede conllevar una desmesurada reducción de las opciones políticas del legislador, pues no puede confundirse la mera discrepancia política con la arbitrariedad de los postulados ajenos¹⁹. La arbitrariedad, por consiguiente, deriva en que o bien la norma introduce una «discriminación normativa» o bien «carece en absoluto de explicación racional»²⁰, lo que seguramente ofrece un perfil propio para el principio de interdicción de la arbitrariedad respecto de la seguridad jurídica.

Sin embargo, el TC parece concebir la relación entre esos principios a modo de círculos concéntricos, al advertir que «solo si el análisis apuntado concluye en la existencia de una discriminación carente de cualquier explicación racional, podrá deducirse la vulneración del principio de interdicción de arbitrariedad que, a su vez, supondría una eventual lesión del principio de

¹⁷ Cfr. STC 140/2018, en relación con la norma que limitaba la jurisdicción universal.

¹⁸ Cfr. STC 273/2000.

¹⁹ Cfr. SSTC 99/1987, 73/2000, 20/2013 y 38/2016.

²⁰ Cfr. SSTC 104/2000, 148/2012, 155/2014 y 15/2015.

seguridad jurídica *ex* artículo 9.3 CE»²¹, lo que de algún modo vuelve a demostrar que, desde la perspectiva del TC, el principio de seguridad jurídica es un «principio de principios» o un «contenedor de principios», más que un principio independiente y con valor por sí mismo.

Conclusiones análogas se extraen de la conexión entre el principio de seguridad jurídica y el principio de publicidad de las normas. No resulta sencillo detectar algún supuesto en que la vulneración del principio de publicidad no suponga asimismo un quebranto para la seguridad jurídica. De hecho, el propio TC advierte que la publicidad de las normas «está expresamente garantizada por el artículo 9.3 CE y resulta inseparable de la seguridad jurídica que el propio precepto constitucional preserva»²², de modo que el principio de publicidad «no es compatible con que el poder público prive anticipadamente de vigencia, de manera indeterminada y abstracta, a cualesquiera disposiciones que hubieran accedido de modo irregular a los diarios o boletines oficiales, medios a través de los que, precisamente, se asegura la certeza del derecho y se crea en la ciudadanía la legítima confianza de que lo publicado es un precepto jurídico y, como tal, merecedor de obediencia en tanto su presunción de validez no se destruya». En consecuencia, no es compatible con la seguridad jurídica que, ante la falta de efectividad de los controles administrativos previos a la publicación, se entienda como no publicada una norma que efectivamente ha aparecido en el boletín oficial pertinente²³.

En fin, pese a que no se encuentra en el listado ofrecido por el artículo 9.3 CE, la doctrina ha puesto de manifiesto que la seguridad jurídica es un presupuesto de la libertad, que no es un principio, sino un valor superior del ordenamiento. La relación entre seguridad jurídica y libertad ha pasado por vicisitudes históricamente, pero es claro ya que la seguridad jurídica se ha convertido en un presupuesto indispensable para la libertad. El individuo no puede actuar en libertad en un contexto de inseguridad jurídica. Un mero análisis superficial del contenido de la seguridad jurídica conduce irremediabilmente a esa conclusión, pues sin una ley clara, o una ley publicada, o en un escenario de completa arbitrariedad por parte de los poderes públicos, el individuo no puede desenvolverse en libertad²⁴.

²¹ Cfr. STC 140/2018.

²² Cfr. SSTC 195/2005, 136/2011 y 33/2018.

²³ Cfr. STC 89/2019, respecto de actos o resoluciones del Parlamento de Cataluña en el contexto del proceso que pretendía concluir con la declaración de independencia.

²⁴ *Vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pp. 48-50.

2. EN PARTICULAR, LA (DIFÍCIL) RELACIÓN ENTRE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA JUSTICIA

Idealmente, la seguridad jurídica y la justicia no habrían de entrar en conflicto. La seguridad jurídica es un principio garantizado explícitamente por el artículo 9.3 CE, mientras que la justicia es un «valor superior del ordenamiento», tal y como se desprende del artículo 1 de la Carta Magna. Por consiguiente, no sólo no habrían de colisionar, sino que deberían convivir armónicamente, pues ambas resultan indispensables para la correcta configuración del ordenamiento jurídico conforme al diseño constitucional. La seguridad jurídica, en definitiva, no habría de resultar incompatible con la justicia, ni viceversa.

Sin embargo, la experiencia demuestra, ya desde hace décadas, que determinadas interpretaciones, principalmente aquellas más apegadas al tenor literal, no siempre se consideran satisfactorias para dar respuesta a problemáticas concretas, por lo que las invocaciones a la justicia son frecuentes con el propósito de encontrar alternativas frente a la solución que deriva de una primera y más directa aproximación a la ley, y que de algún modo se identifica como óptima para la seguridad jurídica.

Esta pugna, más o menos constante, entre seguridad jurídica y justicia, y quizás incluso entre iusnaturalismo y positivismo, aunque esa confrontación parezca en cierto modo superada²⁵, ha sido objeto de estudio principalmente por parte de la Filosofía del Derecho, y también de quienes se han acercado a analizar algunas decisiones de los tribunales que conforman lo que se ha dado en llamar activismo judicial. Sobre esa cuestión se abundará posteriormente, aunque cabe efectuar algunas consideraciones preliminares.

Por lo pronto, la Constitución no establece una jerarquía entre la justicia y la seguridad jurídica, si bien el hecho de que la justicia se califique como valor superior del ordenamiento y la seguridad jurídica como principio parece dotar a la justicia de una posición preeminente. Ahora bien, del mismo modo que el contenido y alcance de la seguridad jurídica resultan difíciles de delimitar, es igualmente titánica la tarea de proporcionar una definición de justicia. A la postre, y pese a las múltiples tentativas a lo largo de la historia, el concepto de justicia se ha mostrado particularmente huidizo y en modo alguno se ha alcanzado un consenso. El Diccionario de la RAE, por ejemplo, ofrece hasta once definiciones distintas, aunque únicamente tres de ellas permiten una co-

²⁵ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho», *Anuario de derechos humanos*, núm. 6, 1990, p. 219.

nexión con la seguridad jurídica, pues las otras despliegan efectos en planos distintos. En este sentido, «conjunto de todas las virtudes, por el que es bueno quien las tiene», «Poder Judicial» o «pena o castigo público», por más que pudieran guardar estrecha relación con el Derecho, cuentan con otras connotaciones y no se acomodan a la perspectiva que aquí interesa.

Con mayor proximidad, el Diccionario define justicia, en primer lugar, como el «principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece», y también ofrece dos acepciones adicionales ligadas al ámbito jurídico. Por un lado, la tercera definición de justicia la identifica como «Derecho, razón, equidad». Por otro, la cuarta considera como justicia «aquello que debe hacerse según derecho o razón». Es claro, así pues, que justicia y Derecho aparecen estrechamente conectadas en el propio Diccionario de la RAE, porque el Derecho, en último término, debe tener como finalidad conseguir la justicia o la equidad en el marco de las relaciones sociales.

Lógicamente, no es este el lugar para profundizar en extenso sobre los diferentes conceptos de justicia que se han elaborado a lo largo de la historia. A modo de mera aproximación, puede convenirse en que la justicia es un concepto poliédrico, y la determinación de su contenido y alcance adquiere notable complejidad porque ese valor, por su propia esencia, no es susceptible de objetivación. La justicia, de forma inherente, cuenta con una dimensión subjetiva que hace inviable consensuar una idea universal de justicia que permita diferenciar apriorísticamente lo justo de lo injusto sin margen de error. La perspectiva de aproximación, en suma, provoca a menudo disensiones y conflictos sobre qué es o qué no es justo, porque la justicia en abstracto podría no coincidir con la justicia en concreto, porque una determinada ley o interpretación podría estimarse justa en términos globales, de conjunto de la sociedad, pero quizá injusta para un determinado individuo, y porque, en definitiva, lo «justo» o «injusto» puede diferir en cada concreto momento histórico, país, sociedad, colectivo o, incluso, persona, ya que las aspiraciones sociales, las expectativas y los objetivos condicionan la valoración.

A los efectos que aquí interesan, y partiendo de esa complejidad inmanente, cabría distinguir dos facetas o vertientes de justicia, una de carácter más abstracto y general, y otra estrictamente jurídica y referida al Derecho. La justicia, desde luego, ha de convertirse en un elemento o ingrediente de conformación de la sociedad, de la distribución de la riqueza, de la generación de oportunidades y, en definitiva, de la forma de relacionarse de las personas. No obstante, la Constitución consagra la justicia como un valor superior del ordenamiento, y esa expresa referencia supone que la justicia también debe tener

cabida en los procesos de creación y aplicación de las normas y, por consiguiente, no puede ser ignorada en los procedimientos netamente jurídicos, sino que debe influir decisivamente en la construcción y aplicación del Derecho. La justicia, como valor superior del ordenamiento, no se satisface con análisis estrictamente subjetivos basados exclusivamente en expectativas y aspiraciones, en el «deber ser», en suma, sino que es un pilar sobre el que el ordenamiento debe erigirse y operar por imperativo constitucional.

En esa vertiente estrictamente jurídica, la justicia puede mostrar su influencia en dos momentos distintos, puesto que debería condicionar decisivamente, por una parte, el proceso de creación de las normas y, por otra, su aplicación práctica una vez en vigor; se trata de facetas que merecen una valoración en planos diferentes. En cuanto a la primera de ellas, podría decirse que, si la Constitución ha elevado la justicia a valor superior del ordenamiento, el proceso de elaboración y creación de normas ha de atender, precisamente, a la justicia. La norma debe ser «justa», entendiendo justicia, en ese momento de creación normativa, de acuerdo con la primera definición antes reproducida del Diccionario, esto es, como «principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece». El Derecho es el conjunto de normas dirigido a disciplinar y ordenar la sociedad, de modo que tiene como cometido principal establecer las mejores reglas posibles para cumplir ese propósito, reglas que han de atender a los diversos intereses en juego y, en último término, resultar justas y equitativas.

Esa es una valoración extraordinariamente compleja, y abocada al fracaso si se efectúa desde posiciones maximalistas. Es probable que la «justicia» en el proceso de creación normativa deba identificarse con la «interdicción de la arbitrariedad», principio explícitamente recogido en el artículo 9.3 CE. Por supuesto, esta equivalencia supone apostar por una opción de mínimos en el concepto y contenido de la justicia, pero resulta operativa, funcional y no conduce a bloqueos constantes o al desmedido sacrificio de otros principios. En último término, el análisis del contenido de una determinada ley siempre podría ser considerado «injusto» por alguno de los afectados si estima que no atiende debidamente a sus intereses, abocando a debates eternos e irresolubles. Además, la eventual anulación de una norma sobre la base de que su contenido es «injusto» y, por tanto, contrario a uno de los valores superiores del ordenamiento, amén de la dificultad misma de encaje constitucional, obligaría a objetivar el concepto de justicia a partir de alguna escala dotada de operatividad, lo que en buena medida parece una entelequia.

Por supuesto, también cabría identificar la justicia con el interés general, de modo que una norma habría de considerarse justa cuando persiga la

satisfacción de intereses generales, por más que pueda perjudicar a alguna persona o colectivo. Esa, no obstante, es una valoración compleja en los Estados modernos, pues muchas leyes persiguen objetivos concretos y específicos, alejados del interés general en sentido estricto, porque buscan dar respuesta a problemas muy determinados. Y esa invocación del interés general puede relegar, y en cierto modo marginar, a minorías, con el riesgo de discriminación que ello provoca, y que indudablemente repercutiría en ese análisis de la justicia de la propia norma. Todo ello sin perjuicio de debates filosóficos más complejos, pues el interés general, que incluso podría identificarse con la voluntad de la mayoría, no evita resultados «injustos», como se puso de manifiesto décadas atrás en los Estados totalitarios.

En consecuencia, esa opción de mínimos antes apuntada, que equipara la justicia en la creación del Derecho con la interdicción de la arbitrariedad, aunque no es óptima, sí se presenta como plenamente operativa y permite elaborar un concepto funcional, o más bien instrumental, de justicia en una sociedad y un sistema jurídico que consagra el pluralismo político y que ofrece al legislador un margen de maniobra para modelar el ordenamiento atendiendo a unos intereses determinados. Desde esta perspectiva, lo relevante no es tanto que la ley pueda ser calificada como justa, sino más bien que no se trate de una ley injusta, es decir, de una ley arbitraria, que, por definición, incurriría en ese vicio. En esta línea, el TC ha advertido que la «discriminación entraña siempre una arbitrariedad», y que también sería arbitraria una norma no discriminatoria cuando «carece de toda justificación», sin que resulte «pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias»²⁶. A la postre, la «Ley es la “expresión de la voluntad popular”, como dice el preámbulo de la Constitución, y es principio básico del sistema democrático»²⁷, y el imprescindible respeto a las opciones políticas supone que si la norma «no se muestra como desprovista de fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución, entrar en un enjuiciamiento de cuál sería su medida justa supone discutir una opción tomada por el legislador que, aunque pueda ser discutible, no resulta arbitraria ni irracional»²⁸.

Dicho de otro modo, la justicia, en esta fase de creación normativa, no se resiente porque la ley se haya decantado por una solución subóptima, siempre que la fórmula elegida sea razonable (no arbitraria). Como valor superior del

²⁶ Cfr. SSTC 27/1981, 66/1985, 108/1986, 65/1990, 142/1993, 212/1996, 116/1999 y 74/2000.

²⁷ Cfr. STC 104/2000.

²⁸ Cfr. SSTC 44/1988 y 104/2000.

ordenamiento, la justicia no cuenta con un contenido estrecho y de fronteras definidas e inflexibles, sino que ofrece un margen al legislador, de forma tal que debe considerarse como justa toda opción legislativa no arbitraria ni irracional. La justicia, en esta vertiente jurídica, no puede ni debe identificarse con un único modelo o estructura, sino que han de considerarse justas fórmulas muy diferentes, al menos si la justicia se sitúa al mismo nivel que los otros valores superiores del ordenamiento, y en particular la libertad y el pluralismo político, que se verían seriamente en riesgo ante una concepción monolítica y reducida del valor justicia.

A partir de estas premisas, algunos de los parámetros de análisis de la justicia y de la seguridad jurídica coincidirían, en particular la interdicción de la arbitrariedad, que es un ingrediente, como se dijo, de la seguridad jurídica. La norma no arbitraria satisface, en principio, tanto las exigencias de la seguridad jurídica como las de la justicia. En verdad, cabe reclamar al legislador la debida diligencia en la elaboración de las normas, para evitar leyes caprichosas, discriminatorias o no razonables. Por supuesto, la elección entre una de las alternativas válidas a disposición del legislador debe ser considerada como respetuosa tanto con el valor justicia como con el principio de seguridad jurídica, sin perjuicio de que otros límites pudieran entrar en juego (*v. gr.*, irretroactividad, legalidad, etc.).

Esa identificación, o cuando menos conexión, entre seguridad jurídica y justicia ha llevado a un sector doctrinal a considerar que la seguridad jurídica es una «dimensión» de la justicia²⁹, afirmación que es sostenible, en cierto modo, desde ese plano de creación y diseño de la norma, pero no resulta tan evidente respecto de la segunda de las facetas antes apuntadas, la de interpretación y aplicación, porque estos procesos no obedecen, a diferencia de la fase de elaboración, a intereses diversos, principalmente políticos e ideológicos, sino que deben consistir en una operación técnica que, hasta cierto punto, permita predecir el resultado. Es obvio que en ocasiones las normas admiten varias interpretaciones, porque el lenguaje no siempre es unívoco, los preceptos pueden adolecer de defectos técnicos y los supuestos de hecho a menudo no encajan con facilidad en el molde normativo. Esos son aspectos que entroncan con la complejidad intrínseca de la labor interpretativa, pero que no desvirtúan la naturaleza esencialmente técnica de los procesos de interpretación y aplicación jurídica.

²⁹ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho», *Anuario de derechos humanos*, núm. 6, 1990, p. 229. En sentido análogo, *vid.* ECHEVARRÍA PETIT, J. L., «Seguridad jurídica y proliferación legislativa», *Diario la Ley*, núm. 7332, 1 de febrero 2010 (smarteca).

Los aplicadores del derecho, y principalmente los jueces y magistrados, aunque la administración juega asimismo un papel relevante, no cuentan con libertad para decidir el modo de interpretar y aplicar la norma, ni están legitimados para imponer su propio sistema de valores, sino que se hallan sometidos al «imperio de la ley» por expreso mandato constitucional (art. 117.1 CE). La interpretación jurídica no ha de acomodarse a los criterios libre y caprichosamente elegidos por cada juez o magistrado, porque, como explícitamente advierte el artículo 3.1 del Código Civil, «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Sin perjuicio de que la redacción de ese precepto ofrezca un margen al intérprete, como no puede ser de otra forma en una actividad tan especializada y compleja como esta, resulta evidente que el juez no puede separarse de la ley, aunque no comparta ni su contenido, ni el resultado de esa operación técnica de interpretación. En esa línea, el artículo 3.2 del Código Civil se cuida de precisar que, si bien la «equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas», las «resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». Por consiguiente, la equidad, entendida como «justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva» según la tercera acepción del Diccionario RAE, permite modular ese proceso técnico para decidir entre las distintas opciones interpretativas que ofrece la norma concreta, pero no ignorarla simple y llanamente, salvo que así lo disponga la ley.

Esta remisión a la equidad que contempla el artículo 3.2 CC, como es fácilmente comprensible, carece de contenido real, porque el legislador no ha hecho descansar la solución de los conflictos en la equidad en ningún sector del ordenamiento, sin perjuicio de que las partes pudieran acordar someter sus controversias a un arbitraje basado, precisamente, en la equidad. No cabe olvidar, sin embargo, que la interpretación y aplicación por cauces propiamente jurídicos y la interpretación en equidad siguen pautas tan diferentes que pueden llegar a ser incompatibles. A modo de ejemplo, el artículo 29 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, en relación con el arbitraje de equidad, ya advertía que «el procedimiento, en caso de equidad, no tendrá que someterse a formas legales ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo». De algún modo, las soluciones basadas en la equidad resultan una anomalía para un Estado de Derecho, que o bien no suele contemplar esa alternativa, o bien la limita a conflictos puros de intereses, en ámbitos donde la norma admite la negociación y se resiste a exigir la consecución de un acuerdo o a imponer

unas determinadas condiciones. La interpretación en equidad, de pura justicia material, presupone la ignorancia consciente del derecho positivo, y seguramente por ello nuestro ordenamiento promociona en mayor medida el arbitraje como instrumento para abordar y resolver conflictos de intereses, y no tanto conflictos jurídicos.

Bajo esas premisas, la seguridad jurídica y la justicia, en su condición de principio y valor superior del ordenamiento respectivamente según la Constitución, conviven armónicamente en la fase de creación del Derecho, pues son ingredientes consustanciales al Estado de Derecho. Y también deberían coexistir igualmente de forma armónica en la fase de interpretación y aplicación de las normas. Sin embargo, en ocasiones se aprecian ciertas fricciones, seguramente debidas a la insatisfacción con el resultado de la aplicación de la norma a casos concretos, por lo que se entiende que la operación técnica de interpretación debe ceder y dar paso a una solución más justa o equitativa.

Esa es una contradicción que no habría de producirse, y que en el fondo tiene algo de artificial, toda vez que la justicia, como es sabido, proviene del latín *iustitia*, de forma que tanto «justicia» como «justo» (*iustus*) contienen el prefijo *ius*, esto es, Derecho. Por consiguiente, en un sentido etimológico no cabe disociar la justicia del Derecho, y difícilmente puede entenderse que existe justicia sin un sistema legal, sin un conjunto de reglas³⁰. Es evidente, no obstante, que ya los juristas romanos dieron fe de la dificultad de conciliar y articular la relación entre la justicia, el Derecho y la equidad (*aqueitas*)³¹.

El tiempo ha demostrado que la justicia es un concepto evolutivo, coyuntural, apegado al momento histórico y a las preocupaciones sociales. Lo «justo» en un determinado contexto puede estimarse «injusto» en otro lugar o en otro tiempo. Si la justicia consiste en «dar a cada uno lo suyo», es menester determinar previamente que es lo «suyo» de cada uno, y en esa operación, que exige un juicio de proporcionalidad, el elemento subjetivo y los diversos intereses en juego ofrecen un margen amplio y explican que potencialmente los resultados puedan diferir. A modo de ejemplo, la valoración sobre la «justicia» o «injusticia» de la pena de muerte no ha sido, ni es, la misma en función del momento histórico o del concreto país, y ni siquiera dentro del mismo Estado, y se ha defendido como justa, o injusta, una opción y la contraria. En último término, es cada concreta sociedad la que debe definir qué es lo apropiado y pertinente, y qué corresponde a cada uno. Dicho de otra manera, la pretensión

³⁰ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pp. 8-9.

³¹ Vid. TORRENT, A., «El concepto de *iustitia* en los juristas romanos», *RIDROM (Revista Internacional de Derecho Romano)*, núm. 20, 2018, pp. 90 ss.

de elaborar un concepto de justicia universal y atemporal es la opción preferida por quienes a lo largo de los siglos han reflexionado más profundamente sobre esa cuestión, pero es una tarea que parece abocada al fracaso.

Como demuestra la historia, esa pretensión de encontrar una «moral absoluta» no ha conducido, al menos hasta el momento, a un resultado exitoso, sino más bien a un «verdadero rosario de ideas de justicia que ya no es solo que sean abundantes y muy variadas, sino que resultan claramente inconciliables y contradictorias, como acredita el múltiple y heterogéneo contenido que las distintas concepciones de la justicia humana han venido incorporando en el marco de las distintas religiones, ideologías o filosofías políticas que han intentado ofrecer una definición universal de la misma»³². A la postre, la tarea de elaborar un canon que permita valorar con absoluta objetividad cualquier ley, situación o supuesto de hecho en términos binarios de «justo» o «injusto», en todo tiempo o sociedad, se presenta como atractiva y ambiciosa, a la par que ardua, pero en último término conduce inevitablemente a la elevación –artificial– de un determinado sistema de valores –más o menos conocido o incluso creado *ad hoc*– que se impondría a los demás y actuaría como parámetro de validación universal, porque se asume su bondad intrínseca e indiscutible.

Esa forma de proceder, en cierto modo una manifestación de superioridad moral, es jurídicamente inaceptable, pues en último término compara realidades muy distintas, no asimilables, y predetermina el resultado al exigir que todas las personas y sociedades se desenvuelvan conforme a unas pautas de justicia elaboradas a partir de un determinado sistema de valores, creencias y principios no aceptados universalmente. En definitiva, al tomar la parte por el todo el procedimiento se ve lastrado por un vicio de diseño que conduce a una igualación de supuestos completamente distintos. Las sociedades no son homogéneas, los valores e intereses tampoco, y no cabe asumir la bondad o maldad intrínseca de unos y otros, de modo que no es posible construir un concepto de justicia universal y atemporal.

En perspectiva estrictamente jurídica, la «justicia» a la que se refiere el artículo 1.1 CE, y que se eleva a valor superior del ordenamiento, es una justicia que debe responder a intereses, preocupaciones y aspiraciones propios del contexto en el que se consagra y desarrolla. Es una idea o concepto de justicia que no puede ser construido de espaldas al ordenamiento jurídico y a las personas a las que debe aplicarse –y beneficiar–, por más que actúe como «parámetro o referencia de enjuiciamiento de un sistema jurídico que operaría fuera

³² Cfr. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Las soluciones de justicia material en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Foro. Nueva época*, núm. 2, 2020, p. 60.

del rango de valores internos de depuración del propio sistema», y que pudiera utilizarse «para medir la legitimidad del mismo»³³. Se trata, en suma, de un concepto de justicia adecuado y aceptable para la sociedad española, en el marco de la Constitución, de los tratados internacionales suscritos por España y de los valores, principios e intereses comúnmente aceptados. En consecuencia, ese concepto de justicia podría diferir del que se elabora y acepta en otras partes del mundo, y es susceptible de evolucionar y perfilarse al igual que la sociedad también cambia y evoluciona.

Esta interrelación entre los distintos principios y valores constitucionales y sociales explica, por ejemplo, que el contenido concreto del valor justicia aplicado al ámbito tributario o a la rama social pueda variar en función de si el Estado se configura como «social» o como «liberal», pues en un Estado «social» la justicia debería tender hacia el diseño y mantenimiento de mecanismos efectivos de redistribución de la riqueza, mientras que en un estado «liberal» seguramente será considerado más «justo» el premio al esfuerzo individual, y no se prestará tanta atención a los mecanismos de redistribución. A la postre, dependiendo de la perspectiva cabría estimar igualmente como justo/equitativo tanto que se exija a quienes más tienen que colaboren para proporcionar la debida a atención a los más desfavorecidos, como defender que quien con su esfuerzo consigue más éxito y rendimiento debe disfrutar del producto de su trabajo. La configuración concreta de los principios y valores del ordenamiento, por tanto, incide profundamente en la idea de justicia y en la valoración de supuestos concretos (*v. gr.*, Estado confesional, aconfesional o laico).

En verdad, ni siquiera los Estados muy próximos social y culturalmente comparten una idea de justicia totalmente equivalente. En el caso particular de España, si en algo se puede convenir es que la justicia, o cuando menos la justicia social, se identifica con la protección de los más desfavorecidos, en clara consonancia con la configuración como Estado social (art. 1 CE). Las invocaciones a la justicia, y en particular en el contexto jurídico, suelen vincularse a colectivos en posición de debilidad, socialmente desfavorecidos o en situación de inferioridad contractual. Incluso se recurre a expresiones coloquiales, o menos técnicas, para asegurar que es «de justicia» que el Derecho procure compensar la desventaja, bien a través de normas específicamente diseñadas para ello, bien a través de interpretaciones de difícil acomodo con la letra de ley, pero que parecen apropiadas para el caso concreto.

³³ Cfr. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Las soluciones de justicia material en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Foro. Nueva época*, núm. 2, 2020, pp. 62-63.

Más allá de la rama social del Derecho, las normas y jurisprudencia sobre protección de los consumidores, o sobre tutela de los ciudadanos frente a los poderes de la Administración en el ámbito tributario o en el ejercicio de la potestad sancionadora, son ejemplos evidentes. En definitiva, esas situaciones de descompensación o superioridad no son injustas en sí mismas, porque el sistema político, social o económico puede justificar que una parte disfrute de ciertas ventajas, pero sí se estima injusto que esa posición de superioridad exceda de determinados límites y condene a una parte no ya a esa inferioridad «natural» o «aceptable», sino a la más completa indefensión o a la ausencia de unas garantías adecuadas. De ahí, seguramente, que el principio de proporcionalidad se haya erigido en un ingrediente consustancial o inherente a la idea de justicia en las sociedades modernas. Comoquiera que no puede elaborarse un concepto de justicia universal y atemporal, el principio de proporcionalidad es el mejor instrumento conocido –hasta ahora– para adaptar y aquilatar el valor justicia a cada momento y lugar.

Esta aproximación al concepto de justicia no puede esconder las dificultades que se presentan tanto desde una perspectiva dogmática como puramente práctica, y entre ellas la colisión con la seguridad jurídica. Aun cuando seguridad jurídica y justicia no debieran enfrentarse, porque una norma correctamente construida respeta la justicia como valor superior del ordenamiento y la aplicación es una operación estrictamente técnica, lo cierto es que el resultado final podría ser considerado insatisfactorio, no por razones de técnica jurídica, sino más bien por factores emotivos o emocionales, de pura empatía frente a quien es perjudicado por la aplicación de la norma y debe hacer frente a una situación difícil (no siempre provocada en exclusiva por la aplicación de la ley, sino que pueden concurrir otros factores ajenos al Derecho).

Surgen entonces preguntas de difícil respuesta, o que al menos no han podido ser respondidas satisfactoriamente hasta ahora. Aunque sobre ello se abundará posteriormente, es menester seguir reflexionando, por ejemplo, sobre por qué es justa una solución diferente a la legal, es decir, por qué ignorar la seguridad jurídica es más justo desde una perspectiva estrictamente jurídica. También cabría cuestionar quién decide lo que es justo, o lo que es más justo, porque esa gradación (más o menos justo) alcanza altas dosis de subjetividad ante la ausencia de parámetros de validación, o incluso si la determinación de lo justo o lo injusto es una operación principalmente individual (*v. gr.*, del juez), o ha de seguir algún procedimiento de índole más colectiva, grupal o general. Es decir, quizá la identificación de lo justo o lo injusto, para resultar aceptable socialmente y exigible jurídicamente, debiera ser realizada por sujetos con capacidad representativa, directa o indirecta. A la postre, distinguir el «bien» del

«mal» no es una tarea sencilla³⁴, y ello lleva a fluctuaciones en la ponderación entre los principios de seguridad jurídica y justicia que generan serias dificultades para conocer cuándo prevalece una y cuándo la otra; se ha llegado a decir, por cierto, que la «seguridad jurídica exige que su quiebra, ruptura, sea jurídicamente segura»³⁵, atractivo juego de palabras, pero de difícil concreción práctica.

En fin, las potenciales respuestas a cualquiera de los interrogantes planteados anteriormente conducen a escenarios diferentes, pero lo cierto es que esa relación entre seguridad jurídica y justicia debe articularse en términos, si no de complementariedad, sí desde luego de convivencia pacífica y armónica. Para ello deben evitarse interpretaciones y aproximaciones sesgadas, porque la justicia a la que se refiere el texto constitucional, la justicia como valor superior del ordenamiento, no puede identificarse con postulados propios de determinadas ideologías, de modo que un sector de la sociedad se apropie de la justicia para hacer valer sus propias concepciones y transformar el ordenamiento conforme a sus aspiraciones ignorando la ley.

En tanto no se desnaturalice la idea de justicia, y no se reduzca por tanto su contenido para descartar y rechazar otras opciones válidas en un contexto de pluralismo político y libertad, la seguridad jurídica y la justicia podrán mantener una relación sin grandes tiranteces, sin perjuicio de que en ocasiones, y en supuestos o situaciones excepcionales, pudiera entenderse que una determinada norma, o su aplicación, debe ser modulada en términos de justicia/equidad para evitar resultados arbitrarios o desproporcionados, pero el propio ordenamiento ofrece cauces para alcanzar ese resultado. En verdad, si la invocación de la justicia, por contraposición a la seguridad jurídica, se convierte en habitual, o incluso en permanente, es probable que el problema o conflicto no se encuentre tanto en el contenido y alcance ni de la una ni de la otra, sino bien en deficiencias severas del proceso de creación y/o aplicación de las normas, lo que en situaciones extremas conlleva riesgo para el propio Estado en su condición de Estado de Derecho y Estado Democrático; o bien en una utilización interesada del valor justicia para atacar normas o interpretaciones con las que se discrepa, pero que podrían resultar totalmente «justas» en el contexto del ordenamiento, y su modificación debería tramitarse por vías democráticas, y no por otras más extravagantes, forzadas o artificiales que desembocan, en último término, en la inobservancia de una ley perfectamente legítima.

³⁴ Vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Las soluciones de justicia material en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Foro. Nueva época*, núm. 2, 2020, pp. 68-69.

³⁵ Cfr. PORFIRIO CARPIO, L. J., «El mecanismo de “segunda oportunidad” y el principio constitucional de “seguridad jurídica”: primeras reflexiones», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40, 2016 (BIB 2016\21337).

3. RIESGOS ACTUALES PARA EL EFECTIVO RECONOCIMIENTO Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

La labor de identificar, clasificar y jerarquizar los riesgos para la seguridad jurídica, aunque aparentemente sencilla, se enfrenta con retos de distinta intensidad. Por lo pronto, la seguridad jurídica, como ya se ha indicado, es un principio evolutivo, y con marcado carácter defensivo o protector, que ha ido variando sus contornos y fisonomía a lo largo del tiempo, de modo que las amenazas a las que se ha debido enfrentar han estado siempre muy relacionadas con las particularidades de cada momento. Lógicamente, en tiempos de la antigua Roma esos riesgos no eran comparables con los que amenazaban a la seguridad jurídica en contextos de Estados absolutistas, totalitarios o fascistas, ni tampoco a los riesgos para la seguridad jurídica en los más modernos Estados de Derecho.

Como es fácil de imaginar, en esos otros escenarios pasados las amenazas resultaban mucho más gruesas, pues atacaban a la esencia misma de ese principio. Si las instancias de producción normativa disponen de absoluta libertad para imponer cualquier clase de norma o regla sin someterse a procedimientos preestablecidos, decidiendo libremente el alcance de sus efectos, incluso retroactivos, si la publicidad no es obligada o incluso si la norma es completamente arbitraria, por irracional o discriminatoria, la seguridad jurídica carece de las más elementales condiciones para desenvolverse. Así sucede también cuando la aplicación de las leyes no está sujeta a criterios técnicos que faciliten la previsibilidad, sino que depende de la mera voluntad del aplicador, que podría cambiar de criterio de forma caprichosa en atención a sus intereses, sensibilidades, emociones, o incluso acatando las indicaciones que provengan de instancias políticas o de otros grupos de poder. En ese escenario, la seguridad jurídica o bien no existe, o bien debe reconfigurarse aspirando a la consecución de objetivos de mínimos, muy básicos y en modo alguno comparables con las concepciones más modernas. En verdad, la seguridad jurídica debió conformarse durante mucho tiempo con la publicación de las normas. La existencia misma de ley y su difusión pública se consideraban suficientes garantías para la seguridad jurídica, por cuanto en épocas precedentes las reglas dependían de la mera voluntad de los gobernantes en cada momento.

Es claro, así pues, que el contenido y alcance actual de la seguridad jurídica es fruto de un largo proceso, con la Revolución francesa como punto de

inflexión, al convertir a la ley en el paradigma de la libertad³⁶. La seguridad jurídica, a la postre, es un presupuesto del Estado de Derecho, pues no puede calificarse como tal aquel que no respeta debidamente el principio de seguridad jurídica. De ahí que en los Estados de Derecho las instancias de producción normativa se encuentren perfectamente identificadas y deban respetarse escrupulosamente una serie de procedimientos para la aprobación de las normas, que deben acatar ciertos límites. Y los aplicadores de la ley, principalmente los jueces, no sólo son independientes, sino que están sujetos al imperio de la ley.

Las amenazas para la seguridad jurídica en las sociedades modernas son más sutiles, no tan groseras como en etapas precedentes. Se trata de amenazas más propias de Estados y sociedades con otras necesidades distintas y donde no está en juego la existencia de normas que disciplinen las relaciones sociales y económicas, sino aspectos más cualitativos, como el análisis de la adecuación de la regulación a la realidad que pretende disciplinar, la pertinencia entre el contenido de la norma y el instrumento normativo utilizado, la corrección técnica en aras de la claridad, amén de la aplicación de la ley conforme a los parámetros admitidos en Derecho. La acomodación de la ley a esos parámetros permite a los ciudadanos efectuar un razonable juicio de valor acerca de la licitud o ilicitud de sus conductas con antelación y ajustar su comportamiento a la ley.

Así pues, las amenazas a la seguridad jurídica en el momento presente difieren de forma sustancial de las que podían afectar a ese principio en décadas pasadas; son más sofisticadas, en definitiva, porque ni las leyes ni su aplicación pueden quedar al albur o al capricho de determinadas personas o instituciones, como sucedía en otros momentos³⁷. Un análisis de la jurisprudencia constitucional durante las últimas décadas permite obtener esa conclusión, aunque también pone de manifiesto que los riesgos para la seguridad jurídica no son uniformes, o, en mejor expresión, difieren entre las vertientes objetiva y subjetiva³⁸, aunque algunos de ellos guarden relación.

³⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 23 ss.

³⁷ «Las leyes se redactan por hombres y para los hombres, y hombres son los que han de convertirlas, a ellas y a todas las normas jurídicas, en realidad jurídica eficaz. Las disposiciones legales se han de redactar del modo más claro, preciso y adecuado a su fin. Después hay que hacerlas cumplir. Abandonadas a la libre lucha de los intereses sociales, pronto perderían su eficacia, serían desnaturalizadas, si no venían a ser puestas al servicio de aquellas situaciones y fuerzas que trataban de corregir, perseguir o reprimir»; cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., «La función de los juristas en el Estado», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7-8, 1942, p. 193.

³⁸ Se sigue en este punto la nomenclatura preferida por el TC, pues la doctrina científica utiliza otras denominaciones, como estática y dinámica, estructural y funcional, sincrónica y diacrónica, etc.; Vid. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 249 ss.

En el plano de la vertiente objetiva de la seguridad jurídica, cabe apreciar una cierta distancia entre las amenazas que percibe la doctrina científica, y quizá también un sector relevante de los operadores jurídicos, y aquellas que el Tribunal Constitucional ha considerado verdaderamente contrarias a ese principio. Las razones son más bien funcionales, y no tanto dogmáticas, porque el TC debe efectuar una aproximación con la debida prudencia para evitar que sus pronunciamientos provoquen movimientos cuasi sísmicos en el ordenamiento jurídico, cuyas consecuencias resultan difíciles de prever a corto o medio plazo.

Más concretamente, la doctrina científica ha venido señalando en las últimas décadas que la frenética actividad del legislador aboca a un ordenamiento inabarcable y que en puridad no puede ser conocido por sus destinatarios. Las normas son muy numerosas; se reforman a menudo, incluso de forma insospechada en disposiciones de otros ámbitos; se abusa de la legislación de urgencia, y en concreto del real decreto-ley, conduciendo a normas de algún modo sorprendentes, sin debate parlamentario; los contenidos de las normas son, cada vez más, heterogéneos; la redacción dista de resultar clara, etc. En suma, la técnica legislativa ha ido deteriorándose a medida que la actividad legislativa se ha intensificado, porque la cantidad ha ido acompañada de una disminución considerable de la calidad, lo que supone, en último término, que los destinatarios a menudo no conocen las normas, y en cierto modo esas dificultades pueden alcanzar a los aplicadores del Derecho, cuestionándose si el principio *iura novit curia* cuenta con plena vigencia (V.2).

El TC, con buen criterio, ha minimizado el impacto de todas esas circunstancias sobre el principio de seguridad jurídica, pues de lo contrario habría de proceder a la declaración de inconstitucionalidad de un número muy elevado de leyes. Únicamente ante deficiencias insalvables, como en el caso de las leyes de presupuestos con contenido poco ajustado, o normas con un ámbito de aplicación imposible de delimitar, se ha mostrado más riguroso. A la postre, la publicación de la ley en un boletín oficial permite su conocimiento, y no cabe menospreciar, desde esta perspectiva de la seguridad jurídica, la relevante labor de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, que de alguna manera está procediendo a una «codificación digital», agrupando legislación en «códigos electrónicos» y, lo que probablemente cuenta con mayor utilidad desde este enfoque, proporcionando una versión consolidada de las normas.

En último término, la seguridad jurídica no puede entenderse vulnerada por el hecho mismo de que el ordenamiento jurídico resulte ya inabarcable e imposible de conocer para el individuo, ni tampoco juega un papel en este terreno el artículo 6.1 CC cuando advierte que «la ignorancia de las leyes no

excusa de su cumplimiento», regla, por lo demás, que se asienta en ciertas presunciones, como el conocimiento de las leyes por parte de los destinatarios, que en puridad son una «ficción», o directamente una «falsedad»³⁹. Lo relevante, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, no es que el ciudadano conozca efectivamente las normas, sino que esté en disposición de conocerlas, pueda acceder a ellas por vías razonablemente sencillas y pueda deducir razonablemente qué conductas resultan acordes a la ley, cuáles no y qué consecuencias se derivan⁴⁰. La codificación, en general, y la más moderna «codificación digital», en particular, son herramientas muy útiles, pues facilitan el acceso no sólo a la versión vigente de una disposición, sino también a sus distintas redacciones anteriores en función de las reformas que ha sufrido, y todo ello con una inmediatez y una sencillez desconocidas apenas unos años atrás⁴¹.

Sin embargo, pueden detectarse más zonas grises de las que sería deseable y quizá no todos los defectos de técnica legislativa hayan de merecer el mismo grado de condescendencia. La doctrina científica señaló, con buen criterio, que el propio legislador ha provocado algunas deficiencias estructurales en el procedimiento de elaboración de las normas, pues en 1997 fue suprimida, de manera poco razonable por los beneficios que proporcionaba, la obligación de incluir una tabla de vigencias en cada disposición⁴², supresión que obedeció a que en la práctica dicha regla era sistemáticamente incumplida, por la dificultad inherente⁴³. En teoría, instrumentos como esa tabla de vigencias facilitan enormemente la tarea de conocer qué normas siguen vigentes y cuáles no. Sin embargo, el legislador, además de suprimir esa obligación, se muestra especialmente descuidado en la redacción de las disposiciones derogatorias, resultando muy frecuente la incorporación de cláusulas o formulaciones genéricas que expulsan del ordenamiento, sin mayor matización, «todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto» en

³⁹ Vid. COSTA Y MARTÍNEZ, J., *El problema de la ignorancia del Derecho*, Civitas, Madrid, 2000, p. 31; CAZORLA PRIETO, L. M., «La codificación como función de los poderes públicos en el Estado contemporáneo», en AA. VV., *Seguridad jurídica y codificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 52 ss.

⁴⁰ Vid. CREMADES, J. B., «Justicia y seguridad jurídica», en Nebrera, M. (Coord.), *Seguridad y seguridad jurídica*, ISEGS, 2020, pp. 44-45.

⁴¹ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pp. 68 ss.; CHECA GONZÁLEZ, C. J., «La inseguridad jurídica en la esfera tributaria: causas de la misma y perniciosos efectos que genera», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 36, 2020, pp. 180 ss.; PAU PEDRÓN, A., «La recodificación como remedio», en Menéndez Menéndez, A., (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 457 ss.

⁴² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 93 ss.

⁴³ Vid. PALMA FERNÁNDEZ, J. L., *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 30-33.

la ley correspondiente, opción que complica la labor del intérprete, aunque probablemente nunca dará lugar a un reproche jurídico de tanta intensidad que conduzca a la anulación.

Ese tipo de fórmulas proporciona al legislador comodidad, principalmente, pero en modo alguno satisface la seguridad jurídica rectamente entendida⁴⁴, pues hace descansar sobre el intérprete la tarea de encontrar y analizar esas disposiciones –no mencionadas– que puedan colisionar, y que no necesariamente habrán de ser normas íntegras, sino cualesquiera preceptos de cualesquiera normas del ordenamiento. Además, la valoración sobre el alcance de «contradecir» u «oponerse» genera su propia dificultad. Así se explica que puedan suscitarse legítimas dudas sobre la vigencia de algunas normas preconstitucionales que no han sido objeto de derogación posterior, y que podrían contar todavía con un encaje en el ordenamiento, convenientemente depuradas por vía interpretativa (*v. gr.*, vacunación obligatoria)⁴⁵.

Mientras que el principio de seguridad jurídica no sufre por el mero hecho de que una disposición admita varias interpretaciones, ya que esa es una consecuencia natural e inevitable, consustancial al Derecho, la duda legítima sobre la vigencia misma de una ley plantea un escenario cualitativamente distinto. No cabe exigir cabalmente que se cumpla la ley cuando se desconoce si está vigente, ni es razonable ni realista forzar al ciudadano lego en Derecho a rescatar y diseccionar normas precedentes para averiguar qué contenidos siguen siendo o no operativos. La cuestión sobre la vigencia o derogación de una norma, en suma, se integra en el núcleo duro o contenido esencial de la vertiente objetiva del principio de seguridad jurídica, al conectar con la certeza del Derecho.

En el terreno de la vertiente subjetiva, la configuración actual del ordenamiento, y las dinámicas propias del Derecho en los Estados modernos, conducen a que la «previsibilidad» no sea una cualidad que pueda predicarse habitualmente de las normas. No sin razón, la doctrina científica ha indicado que el Derecho ya no inspira confianza, porque el ciudadano «ya no sabe cuál es la regla válida», y, aun pudiendo conocerla, «no está seguro de si esa regla, aunque sea válida, se aplicará efectivamente a su caso», o si seguirá siendo válida en un futuro cercano, porque el Derecho «no es previsible ni calculable»⁴⁶,

⁴⁴ Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «Principio de seguridad jurídica y técnica normativa», *Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 4, 2007 (BIB 2007/529).

⁴⁵ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La prohibición de discriminación en el trabajo por razón de COVID*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 48 ss.

⁴⁶ Cfr. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 53-54.

tanto en relación con sus modos de producción normativa como en lo relativo a su interpretación y aplicación.

Por supuesto, algunos de esos riesgos evidentes para la seguridad jurídica son inherentes a las sociedades actuales, y al propio Derecho. La previsibilidad plena en el ámbito jurídico no siempre es posible, por razones muy diversas, por lo que es necesario aceptar y convivir con esa situación sin sobredimensionar sus consecuencias. En el plano estrictamente de creación normativa, la previsibilidad y confianza que derivan del respeto a la seguridad jurídica no pueden impedir el cambio normativo. La elevación del principio de seguridad jurídica hasta provocar la petrificación del ordenamiento no es razonable. La función del principio de seguridad jurídica no es, ni puede ser, la perpetuación de una norma que ya no responde a la realidad ni tutela de la mejor forma los intereses en juego, por más que la sucesión de reformas de una misma disposición provoque alguna fisura en los rasgos tradicionales de ese principio, pero se trata de fisuras que no derivan en quiebras o fracturas estructurales del principio de seguridad jurídica, en el bien entendido de que es un principio con un contenido y alcance eminentemente evolutivos. En este punto, la doctrina del TC, que sólo aprecia por lo general una vulneración del principio de seguridad jurídica en situaciones de retroactividad intensa y perjudicial, ofrece un punto de equilibrio muy adecuado entre los distintos intereses en juego, porque la seguridad jurídica perfecta, en último término, es «imposible» y, además, «indeseable»⁴⁷.

Desde la faceta subjetiva, las principales amenazas provienen de la aplicación de la norma, y no tanto de su diseño. Como es conocido, las normas jurídicas han de ser, por definición, generales y abstractas, y susceptibles por tanto de dar respuesta a supuestos de hecho muy distintos. El legislador no puede prever todas las posibles circunstancias o elementos que potencialmente inciden en un determinado resultado, y por ello la norma no podrá fijar con precisión las consecuencias de cada concreta conducta atendiendo a todos los detalles y matices. Las leyes se elaboran a partir de un determinado hecho-base, un supuesto más o menos prototípico, y en ocasiones se contemplan reglas especiales o posibles excepciones, pero es por lo general imposible predecir toda la casuística potencial. La aplicación concreta de la ley, así pues, requiere de un proceso de acomodo y adaptación a la realidad que se lleva a cabo a través de los cauces de la exégesis jurídica.

⁴⁷ Cfr. ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 68.

Esa labor de interpretación, entendida como un proceso para «determinar el significado y alcance de las normas jurídicas» en atención al diccionario RAE, es de todo punto imprescindible, e inevitable, pues mantener la ley en sus términos originarios de generalidad y abstracción o bien provocaría lagunas en el ordenamiento, por la falta de encaje entre el supuesto de hecho y esa norma virgen y no apegada a la realidad, o bien daría lugar a resultados absurdos y jurídicamente inaceptables. El Derecho no cumpliría su función si la norma jurídica se configurase como un molde rígido al que la realidad debe ajustarse, porque las circunstancias concretas siempre provocarían fricciones o desbordamientos. La actividad interpretativa permite que los contornos de ese molde puedan resultar lo suficientemente maleables como para dar cabida no sólo al supuesto de hecho prototípico, sino a sus eventuales variantes.

Desde esta perspectiva, la seguridad jurídica no depende tanto del derecho positivo, de la norma jurídica en sentido estricto, como de la combinación entre la norma y su interpretación. La previsibilidad del resultado no puede alcanzarse a partir de una simple lectura del texto normativo correspondiente, sino que debe atenderse a la interpretación que hayan efectuado las instancias pertinentes –judiciales o, en su caso, administrativas–, pues sólo a través de esa apreciación conjunta se podrá llegar a una conclusión razonable. Dicho de otro modo, no cabe deducir de manera automática que se ha vulnerado la seguridad jurídica por el mero hecho de que un tribunal haya ofrecido una respuesta que no parece derivarse natural o directamente del tenor literal de una norma. Tal vulneración podría haberse producido, pero la seguridad jurídica no se resentiría en modo alguno en el caso de que esa línea interpretativa –elaborada por la instancia pertinente y competente– ya conformase una doctrina previa cuyo conocimiento fuera accesible por los cauces ordinarios, aun cuando la interpretación resultara cuestionable. La seguridad jurídica conecta con la previsibilidad de la respuesta, y no necesariamente con la mayor pulcritud, profundidad y exactitud de los argumentos, siempre que no resulten irracionales o discriminatorios.

Por desgracia para la efectividad de la seguridad jurídica, esa labor de interpretación de la ley no es en absoluto sencilla, porque muchos elementos impactan y entorpecen el adecuado devenir de ese proceso. Por lo pronto, la seguridad jurídica completa no es posible porque tampoco es jurídicamente viable que la subsunción de los hechos en la norma ofrezca resultados inequívocos. La realidad es compleja, requiere a menudo de una adecuada evaluación de distintos factores, de un proceso intelectual y valorativo, y por ello la aplicación de la ley no es susceptible de automatización. Al menos hasta el momento, y en el estadio actual de la inteligencia artificial, la interpretación y

aplicación del Derecho no puede descansar en algoritmos o programaciones informáticas. Y no parece que ese escenario esté llamado a cambiar a corto plazo, a menos que se alcance un previo consenso sobre el alcance de mecanismos de difícil aprehensión, como por ejemplo la «ponderación» entre distintos intereses en juego, la justicia o, incluso, la seguridad jurídica. La interpretación jurídica no es, y probablemente nunca pueda ser, un proceso matemático o aritmético, aun cuando las normas se hayan diseñado y elaborado de forma técnicamente impecable⁴⁸.

Téngase en cuenta que los comportamientos de las personas no son estrictamente iguales, pues caben muchos matices, y por ello el legislador se decanta por formulaciones más generales, y recurre a menudo a conceptos jurídicos indeterminados, que permiten dotar a la ley de un mayor alcance, a costa, claro está, de requerir un esfuerzo de interpretación y aplicación adicional. A ello se une, como ya se ha indicado, que el procedimiento legislativo dista de alcanzar altas cotas de perfección técnica, de modo que la redacción de las normas es, por lo general, manifiestamente mejorable. Y en ocasiones el legislador no articula correctamente las relaciones entre distintas ramas del Derecho, o no ofrece una respuesta expresa a determinados problemas, creando un vacío o laguna que el juez debe integrar, pues el ordenamiento, en apariencia, es completo y los «Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (art. 1.7 CC). Los operadores jurídicos, así pues, han de afrontar una tarea compleja, que exige una valoración sosegada y un progresivo proceso de aquilatarlo para perfilar correctamente los contornos de la norma.

A mayor abundamiento, los criterios sentados por los tribunales para la aplicación de la ley no siempre tienen atribuido un valor jurídico específico y perfectamente determinado, pues la solución a un caso concreto no necesariamente amplifica su alcance a todo el ordenamiento, a salvo de que el precedente se configure con eficacia vinculante. Allí donde esas soluciones a casos concretos sólo adquieren otra dimensión cuando derivan de tribunales de última instancia y además se repiten, conformando lo que se ha dado en llamar jurisprudencia, la seguridad jurídica sufre, al menos temporalmente, pues la doctrina jurisprudencial necesita tiempo para su construcción, varias situaciones similares a partir de las cuales el tribunal correspondiente, principalmente el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, pero también otros órganos de ámbito más extenso, como el TJUE y el TEDH, van elaborando reglas

⁴⁸ Vid. ATIENZA, M., «Argumentación y legislación», en Menéndez Menéndez, A., (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 93 ss.

generales, matices y excepciones. De ahí que durante varios años, pues el trayecto desde que los asuntos comienzan en primera instancia hasta que reciben una respuesta definitiva no es en absoluto corto, la previsibilidad del resultado de la aplicación de las normas simplemente no puede alcanzarse. En un sistema que funciona bajo estas coordenadas, cabría afirmar que la seguridad jurídica, desde esa vertiente subjetiva, se consigue de forma diferida, o después de períodos de transición, pues depende en gran medida de esa labor de los tribunales que elaboran jurisprudencia en sentido técnico. Como resulta evidente, el recurso de casación para la unificación de doctrina es singularmente valioso desde la perspectiva de la seguridad jurídica, pero hasta que ese pronunciamiento unificador se materializa es imposible prever el resultado, porque varios tribunales han ofrecido respuestas directamente contradictorias en casos sustancialmente iguales.

Estos períodos de indefinición a la espera de la conformación de criterios sólidos sobre el verdadero alcance de la ley parecen inevitables en los Estados modernos, por más celo que pongan el legislador y los tribunales. La seguridad jurídica, desde luego, sufre, aunque la causa principal no es la ley, ni su necesidad de interpretación. La exégesis jurídica es una operación técnica, sujeta a reglas, pero esas reglas deben conceder cierto margen a los operadores jurídicos, precisamente para facilitar el acomodo de los numerosos y heterogéneos supuestos que pueden acontecer en la práctica. En cambio, la lentitud de los procedimientos judiciales, aun en presencia de normas técnicamente correctas, provoca una extensión desmedida de esos períodos de indefinición, porque dilata sobremanera la construcción de la jurisprudencia y contribuye por tanto a incrementar el tiempo de imprevisibilidad y, en suma, de inseguridad jurídica.

En verdad, un análisis de más amplio espectro permite concluir que la inseguridad jurídica no es imputable exclusivamente al legislador, ni a los tribunales, ni tampoco a la combinación o suma de deficiencias en la elaboración y aplicación de las normas. En gran parte, la inseguridad jurídica es fruto también de las sociedades modernas, cada vez más complejas y sofisticadas, y, además, permanentemente en estado de cambio, que exigen normas que respondan a sus intereses y problemas, y el legislador es a menudo receptivo, en una dimensión de «autopoiesis», «autocreación» o «autorreproducción»⁴⁹. El contexto socioeconómico da lugar a necesidades distintas, pero también a la

⁴⁹ Cfr. LAPORTA, F. J., «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en Menéndez Menéndez, A., (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 54-55.

búsqueda de resquicios o aperturas legales para nuevas formas de actividad, negocio o, en general, para maximizar beneficios u optimizar derechos. La información resulta más accesible y, por tanto, es más fácil detectar lagunas o vacíos que sorprenden tanto al legislador como al aplicador de las normas, para los que no siempre es posible proporcionar pronta y adecuada respuesta, porque los procedimientos legislativos y judiciales son maquinarias más pesadas, que no pueden actuar con total inmediatez ante los cambios socioeconómicos, particularmente cuando son constantes y, en muchos casos, dirigidos precisamente a eludir determinadas restricciones u obstáculos normativos.

En cualquier caso, el legislador sí trata a menudo de ofrecer un marco regulador adecuado, aun cuando en ocasiones su actuación pueda estimarse tardía, pero en todo este camino se producen frecuentes disfunciones, y también colisiones con derechos de otros interesados, e incluso con el interés general. Toda esta dinámica de acción-reacción da lugar a un ordenamiento cada vez más abigarrado o directamente saturado, con normas no siempre meditadas suficientemente, ni tampoco abstractas y generales, porque se dirigen a resolver problemas concretos o a alcanzar objetivos determinados. El ordenamiento se nutre cada vez menos de normas estables diseñadas para el largo plazo, y más de disposiciones coyunturales, muy frecuentemente modificadas. A ello contribuye que los conflictos en la práctica no siempre derivan de incumplimientos gruesos, sino de la adopción de conductas o comportamientos sofisticados, que plantean retos jurídicos de gran entidad.

Asimismo, surgen tensiones evidentes entre los principios de seguridad jurídica y libertad, porque la petición al legislador de mayores espacios de libertad de actuación para los individuos, y consecuentemente la eliminación de trabas y limitaciones, contrasta con las reacciones virulentas ante determinadas situaciones poco edificantes o moralmente reprobables que no se contemplan expresamente en la norma, o con las incesantes peticiones de regular ámbitos que se perciben como potenciales amenazas para la convivencia o para distintos intereses (*v. gr.*, actividad en internet o en redes sociales, o las criptomonedas). A modo de paradoja, y pese a esas aspiraciones idílicas de libertad individual, las sociedades modernas parecen más cómodas con la sobreabundancia de legislación, con leyes expresas para cada situación, aun cuando simplemente se limiten a permitir la actuación correspondiente, porque la inseguridad, y no sólo la jurídica, se percibe como un elemento o factor perturbador, o incluso de bloqueo⁵⁰.

⁵⁰ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pp. 7 ss.

Obviamente, en un Estado de Derecho sigue plenamente operativa la máxima tradicional que consagra que todo aquello que no se encuentra explícitamente prohibido está permitido, pero de algún modo en las últimas décadas la sociedad prefiere, en apariencia, una confirmación previa, mediante norma explícita, quizá porque es la forma de alcanzar la seguridad jurídica en la vertiente subjetiva. Esa necesidad social de contar con una norma de autorización pone en duda que efectivamente exista previsibilidad en la aplicación del Derecho en ausencia de regla explícita y, con ello, seguridad jurídica desde la vertiente subjetiva; y al mismo tiempo provoca una hiperinflación normativa, que es también un riesgo para la seguridad jurídica, curiosamente, cuando en apariencia el efecto habría de ser inverso⁵¹.

4. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA RAMA SOCIAL DEL DERECHO

La seguridad jurídica es un principio no específicamente laboral, sino general, que afecta el conjunto del ordenamiento y que despliega efectos en la rama social del Derecho. Ese carácter general u omnicomprensivo quizás explique que la doctrina laboralista no se haya ocupado de analizar y perfilar su alcance en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ni por tanto de precisar sus singularidades, si las tuviera. En apariencia, se considera que es una cuestión más propia de otras disciplinas, como la Filosofía del Derecho. No obstante, algunos de los riesgos más modernos para la seguridad jurídica, como la «motorización legislativa», afectan especialmente a la rama de lo social, y la tensión ya aludida entre seguridad jurídica y justicia se manifiesta con mayor intensidad en una parcela del ordenamiento que nació con una finalidad eminentemente tuitiva. Por consiguiente, el principio de seguridad jurídica –su configuración, contenido y el grado de implementación o respeto– es susceptible de una valoración no sólo en abstracto, tomando el ordenamiento como un todo unitario y monolítico, sino también en concreto, atendiendo a los distintos sectores que lo conforman, pues las singularidades de cada uno podrían introducir matices en la configuración y aplicación de la seguridad jurídica.

Sin embargo, cuando la doctrina científica laboralista ha centrado su atención en los principios del Derecho del Trabajo, la seguridad jurídica rara vez se ha incorporado al elenco, más allá de alguna mención incidental. La

⁵¹ Vid. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 40-42.

doctrina se decanta por analizar los principios más específicos del Derecho del Trabajo, como el principio *pro operario*, los principios de norma mínima y norma más favorable, de irrenunciabilidad de derechos, del respeto a las condiciones más beneficiosas o el principio de no discriminación. O los particulares del Derecho de la Seguridad Social, como los principios de solidaridad, unidad o universalidad⁵². Por supuesto, el principio de justicia social también está muy presente⁵³, y entronca decisivamente con la seguridad jurídica, aunque no es ese un terreno demasiado explorado por la doctrina laboralista.

En cualquier caso, conviene poner en valor que numerosos litigios relativos a la seguridad jurídica que a lo largo de los años han alcanzado al TC tenían su origen en la rama de lo social. Es más, muchas de sus sentencias sobre estas cuestiones en la década de los 80 derivaban de litigios laborales y de seguridad social, aunque con temáticas muy diversas, y algunas de ellas de menor relevancia en el momento presente, como los eventuales efectos de normas preconstitucionales laborales/funcionariales tras la entrada en vigor de la Carta Magna⁵⁴, o la licitud de modificaciones normativas perjudiciales para los derechos de los trabajadores (reiterando la inviabilidad de recurso de amparo sustentado en el principio de seguridad jurídica, ni a partir del art. 9.3⁵⁵, ni tampoco del art. 17⁵⁶). La problemática suscitada era, en ocasiones, meramente procesal, de actuación de los jueces, de configuración del proceso (*v. gr.*, acceso al recurso⁵⁷ o forma de los actos y comunicaciones procesales⁵⁸), de significación de la prescripción de las acciones (cuya conexión con la seguridad jurídica se puso de manifiesto en relación con la legislación de amnistía, no solamente en general, sino también en su aplicación al ámbito de lo social)⁵⁹ o del alcance de las resoluciones judiciales (*v. gr.*, principio de inmodificabili-

⁵² Por todos, *vid.* SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, 2.ª edición, ACARL, Madrid, 1991, pp. 14 ss.; MERCADER UGUINA, J. R., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo. Formación, decadencia y crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 21 ss.; De La Villa Gil, L. E., y López Cumbre, L., (Dir.), *Los principios del Derecho del Trabajo*, CEF, Madrid, 2003, pp. 17 ss.; PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios del Derecho del Trabajo*, 2.ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 23 ss.; CASTRO ARGÜELLES, M., *Principios fundamentales en el sistema español de Seguridad Social*, KRK, Oviedo, 2019, pp. 18 ss.; DE FERRARI, F., *Los principios de la Seguridad Social*, Segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1972, pp. 22 ss.

⁵³ *Vid.* MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 32.ª Ed., Madrid, 2023, p. 58.

⁵⁴ *Vid.* STC 67/1982, de 15 noviembre.

⁵⁵ *Vid.* ATC 379/1986, de 23 abril.

⁵⁶ *Vid.* STC 167/1990, de 5 noviembre.

⁵⁷ *Vid.* SSTC 58/1986, de 14 mayo, y 143/1992, de 13 octubre.

⁵⁸ *Vid.* STC 44/1994, de 15 febrero.

⁵⁹ *Vid.* STC 147/1986, de 25 de noviembre.

dad de las sentencias⁶⁰ y efectos de la cosa juzgada⁶¹). La doctrina sentada en estos asuntos es perfectamente extrapolable a cualquier otro sector del ordenamiento –con matices, desde luego, en el orden penal–, o a cuestiones no directamente conectadas con la rama de lo social, porque, como se dijo, la seguridad jurídica es un ingrediente esencial de la tutela judicial efectiva (II.3). Además, en la mayor parte de esos litigios el aspecto social no introducía particularidad alguna en la doctrina del TC sobre la seguridad jurídica.

En la misma línea, las exigencias de seguridad jurídica en el terreno administrativo sancionador son aplicables sin duda al contexto de las infracciones y sanciones del orden social, de modo que las infracciones deben definirse con claridad y las sanciones no pueden contar con carácter indeterminado, lo que no supone, por cierto, que sea imprescindible establecer un importe fijo predeterminado, sino que es perfectamente respetuoso con la seguridad jurídica que la sanción aparejada a infracciones en materia de prestaciones pueda depender de la cuantía percibida por el beneficiario infractor⁶².

En un sentido análogo, el TC reproduce su doctrina general sobre el contenido constitucionalmente admisible de las leyes de presupuestos cuando incorporan contenido propio de la rama social del Derecho, aunque no suele poner reparos en relación con la regulación de derechos de protección social, pues tratándose de cotizaciones y prestaciones públicas la afectación a los ingresos y gastos resulta palmaria e inevitable⁶³. Es cierto que podría cuestionarse la pertinencia de incluir una previsión con vocación de permanencia en una norma que nace con una dimensión temporal acotada, pero el Tribunal no considera tal circunstancia como un defecto que deba ocasionar la inconstitucionalidad de la disposición, y ni siquiera técnicamente afecta a la seguridad jurídica⁶⁴. No obstante, cabe poner en duda la pertinencia de reformas estructurales de la legislación laboral, operación relativamente frecuente en las disposiciones adicionales y finales de las leyes presupuestarias, pues los derechos y deberes recíprocos de empresario y trabajador se desenvuelven en el estricto marco de su relación privada, no afectan ni a la previsión de ingresos y ni a la habilitación de gastos del Estado, y por consiguiente no parecen un contenido pertinente para la ley de presupuestos.

Por cierto, esa doctrina sobre el alcance y los límites de la ley de presupuestos puede extrapolarse a otra clase de norma con un contenido constitucionalmente acotado, el real decreto-ley, de uso desmedido en la rama de lo

⁶⁰ *Vid.* SSTC 32/1998, de 11 febrero, y 219/2000, de 18 septiembre.

⁶¹ *Vid.* SSTC 84/2008, de 21 julio.

⁶² *Vid.* ATC 171/2020, de 15 diciembre.

⁶³ *Vid.* ATC 306/2004, de 20 julio.

⁶⁴ *Vid.* STC 66/1990, de 5 abril.

social (IV.1). Por un lado, la infracción de los límites materiales de esa norma vulneraría el principio de seguridad jurídica, del mismo modo que sucede con la legislación de presupuestos. Por otro, y es también relevante, la eventual invocación de la seguridad jurídica podría justificar las medidas a adoptar, pero no es un motivo de suficiente peso como para considerar satisfechas las exigencias de urgencia y necesidad⁶⁵.

Al margen de estas cuestiones más incidentales o accesorias, se constata sin dificultad que la materia social ha contado con gran protagonismo en la construcción de la jurisprudencia constitucional sobre seguridad jurídica, porque al igual que sucede con la rama tributaria, y sin necesidad de recurrir a juegos de palabras (seguridad jurídica-seguridad social), es un sector del ordenamiento sometido a cambios incesantes, no siempre respetuosos con expectativas de derechos, y en ocasiones con derechos adquiridos, y por ello requiere una cuidadosa valoración sobre los límites en la actuación del legislador. Lógicamente, el TC reproduce la doctrina general que admite las reformas normativas para no provocar una congelación del ordenamiento, máxime cuando las circunstancias económicas y sociales requieren actuaciones de urgencia⁶⁶. No obstante, en un sector sometido a cambios continuos, la jurisprudencia constitucional ha contado con numerosas ocasiones para perfilar sus criterios.

En general, y en el marco de la seguridad social, el TC concede un amplio margen al legislador, como demuestra su doctrina relativa a la modificación de la edad de jubilación, pues una eventual elevación perjudica expectativas de derecho. En relación con la jubilación de los jueces y magistrados, la muy significativa STC 108/1986, de 29 de julio, distinguió entre la «existencia de una carrera judicial o de un derecho a la jubilación de sus integrantes», que «son elementos que no están en la disponibilidad del legislador», y las «condiciones» para la pertenencia o la finalización de la carrera judicial, pues «quien accede a la función pública como juez no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una expectativa a ser a tal edad, lo que acarrea evidentes consecuencias a las cuales se alude a continuación».

Sobre esas premisas, el TC descarta que la seguridad jurídica pueda derivar en una «exigencia de que el legislador respete los derechos adquiridos o, en general, las situaciones jurídicas subjetivas que se habrían creado a favor de los jueces actualmente en activo y que se verían afectados por el adelantamiento

⁶⁵ Vid. STC 111/2021, de 13 mayo.

⁶⁶ Vid. STC 81/2015, de 30 abril.

de la jubilación», pues la «teoría (calificada de “huidiza”) de los derechos adquiridos no está acogida deliberadamente en la Constitución» y «no concierne al legislador ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensor del ordenamiento, como intérprete de la Constitución». Por consiguiente, «aun en la hipótesis de la existencia de derechos subjetivos (y con más razón sin duda tratándose de expectativas) respecto a la jubilación, no podría invocarse el principio de seguridad jurídica para hacerlos valer frente al legislador ante este Tribunal». De este modo, el TC se decanta por un concepto de seguridad jurídica de carácter restrictivo, o limitado, en contraposición con otras concepciones algo más abiertas o extensivas, que, sin propugnar la inmutabilidad ni negar la capacidad de adaptación del ordenamiento frente a los cambios, entienden que la seguridad jurídica se opone a «modificaciones violentas», porque solo se satisface cuando el Derecho es «confiable»⁶⁷, posición que también se encuentra en el trasfondo de algún voto particular discrepante con la solución mayoritaria en estas situaciones⁶⁸.

En verdad, las modificaciones normativas en materia de seguridad social suelen repercutir notablemente en las expectativas de los interesados, máxime cuando ya desde la década de los 70 del siglo pasado se han sucedido reformas para la «consolidación», «racionalización» o «perfeccionamiento» del Sistema de Seguridad Social, eufemismos que se traducen ordinariamente en un endurecimiento de los requisitos de acceso a prestaciones, en fórmulas de cálculo que conducen a cuantías menos generosas o en reglas de compatibilidad –con otras prestaciones o con el trabajo– más restrictivas. El TC, con carácter general, considera que la seguridad jurídica no impide al legislador proceder de ese modo, en ocasiones invocando la conocida doctrina sobre el necesario dinamismo del ordenamiento, y en otras advirtiendo que si bien la reforma concreta es perjudicial para un colectivo, la nueva regulación no supone una diferencia de trato prohibida, sino la igualación con otros colectivos, ya que el propósito del legislador consistía en suprimir una ventaja previa⁶⁹.

Por supuesto, cuando las modificaciones normativas despliegan efectos retroactivos, y ello afecta a la cotización, el TC trae a colación la doctrina elaborada en relación con la retroactividad de las normas tributarias, y valora con cautela estas situaciones, concediendo una especial relevancia a la seguridad jurídica, pues si los derechos y obligaciones precedentes eran claros y fueron respetados, no cabe una modificación ulterior e imprevisible de las normas en

⁶⁷ Cfr. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 194.

⁶⁸ *Vid.* STC 208/1988, de 10 noviembre, en relación con los derechos derivados del Montepío de Funcionarios de la Organización Sindical.

⁶⁹ *Vid.* STC 66/1990, de 5 abril.

perjuicio de los destinatarios. Así se pronunció el Tribunal, por ejemplo, en relación con los sucesivos cambios de criterio en el encuadramiento de ciertos socios y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, porque el legislador, tras haberlos incorporado al RETA, decidió al año siguiente su trasvase al Régimen General con efectos retroactivos, lo que suponía crear una obligación de cotizar sobrevenida para los empleadores⁷⁰.

En el ámbito del Derecho del Trabajo, el TC también se ha pronunciado sobre modificaciones normativas peyorativas, que ha admitido incluso aunque afecten a convenios colectivos en vigor. Por cierto, y conviene resaltarlo, si bien las disposiciones transitorias son una herramienta técnica muy utilizada para dulcificar las consecuencias del cambio legal, el TC no considera que la entrada en vigor inmediata de la norma, sin reglas de aplicación paulatina o de «congelación» que respeten determinadas situaciones precedentes, sea contraria *per se* a la seguridad jurídica⁷¹.

Al margen de esas situaciones que conectan con el dinamismo del ordenamiento, la seguridad jurídica ha contado con protagonismo en otras parcelas que carecen de una significación tan estructural, y quizá se vinculan con un concepto menos técnico y común de la seguridad jurídica, o más enraizado en sus orígenes de claridad de la norma. Por ejemplo, el TC acepta la constitucionalidad de los diferentes requisitos para el acceso a la pensión de viudedad entre las parejas de hecho y el matrimonio, que responden a un «objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones» y «favorecen la seguridad jurídica y evitan el fraude en la reclamación de pensiones de viudedad», argumentos que quizá no son decisivos completamente, pero que sirven como apoyo o refuerzo⁷². Y alguna mención a la seguridad jurídica se encuentra en otros escenarios problemáticos, como los incrementos retributivos para los empleados públicos pactados en la negociación colectiva superando los límites establecidos en la legislación presupuestaria⁷³, el encuadramiento en el RETA de los profesionales sanitarios que realizan actividades privadas complementarias a su labor como personal estatutario⁷⁴ o la licitud de la fijación de un plazo de revisión en la resolución que pone fin a un procedimiento de incapacidad permanente, pues dicho plazo se considera «una exigencia de seguridad jurídica y de respeto a la legítima confianza en la estabilidad de los efectos de una declaración administrativa firme»⁷⁵.

⁷⁰ Vid. STC 89/2009, de 20 abril.

⁷¹ Vid. STC 210/1990, de 20 diciembre.

⁷² Vid. SSTC 44 y 51/2014, de 7 abril.

⁷³ Vid. STC 62/2001, de 1 marzo.

⁷⁴ Vid. ATC 146/2012, de 16 julio.

⁷⁵ Cfr. STC 205/2011, de 15 diciembre.

No obstante, quizá más trascendente, por estructural, es la invocación de la seguridad jurídica en relación con la regulación del despido. Más allá de que el TC se apoye en la seguridad jurídica para defender la constitucionalidad de un sistema legal de indemnización tasada ante la extinción del contrato⁷⁶, ese principio ha contado con singular protagonismo en el enjuiciamiento del derecho de opción que como regla general corresponde al empresario en situaciones de despido improcedente. Obviamente, esa opción no permite al trabajador conocer cuál será el resultado final de un litigio en el que se estima su pretensión, toda vez que será el empleador el que decida en última instancia. El TC recuerda que la seguridad jurídica es un ingrediente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero que se satisface si la norma en cuestión es clara respecto de su alcance y significado. De este modo, concluye que la ley clarifica los «posibles efectos de la decisión judicial sobre la impugnación del despido, según quede acreditado o no el incumplimiento contractual alegado por el empresario en su comunicación extintiva, así como el contenido y efectos del derecho empresarial de opción en caso de que el despido sea declarado improcedente»⁷⁷, por lo que la seguridad jurídica se respeta aunque el trabajador no pueda conocer con antelación si retornará o no a su puesto de trabajo en caso de estimación de la demanda.

⁷⁶ Vid. AATC 43/2014, de 12 febrero, y 35/2015, de 17 febrero.

⁷⁷ Cfr. STC 84/2008, de 21 julio.

IV. SEGURIDAD JURÍDICA EN LA FASE DE CREACIÓN NORMATIVA

Tras la delimitación del concepto de seguridad jurídica, procede valorar en qué medida el legislador contribuye al respeto de dicho principio. La rama social del Derecho se ve aquejada por algunos males ya señalados, como la «motorización» legislativa –piénsese en el número de reformas que ha sufrido la normativa del ingreso mínimo vital en su limitado período de vigencia– o los defectos puramente técnicos, que son comunes a todas las parcelas del ordenamiento. Pero se enfrenta asimismo a retos particulares, porque, por un lado, algunas de sus zonas grises conectan íntimamente con otras ramas del Derecho, y, por otro, la legislación laboral y la de seguridad social constituyen, de algún modo, dos facetas de una misma realidad. Por consiguiente, la seguridad jurídica exigiría una correcta coordinación no sólo entre las normas «sociales» y las dirigidas a otros sectores del ordenamiento, sino también entre las propias normas de la rama de lo social, coordinación que, en muchas ocasiones, no parece una preocupación prioritaria para el legislador.

1. EL LEGISLADOR COMO PRIMER Y PRINCIPAL GARANTE DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

El artículo 9.3 CE «garantiza» la seguridad jurídica, pero el texto constitucional, a lo largo de su articulado, no solamente omite una definición de ese principio, ni precisa su alcance y contenido, sino que tampoco proporciona instrumentos o herramientas que permitan articular esa garantía. Por lo pronto, la seguridad jurídica no se ubica entre los derechos fundamentales, por lo que no cabrá invocarla por la vía del recurso de amparo, salvo de forma indirecta,

y únicamente a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad podrá pronunciarse el TC (II.3). Desde luego, la garantía de la seguridad jurídica no puede descansar exclusivamente sobre los hombros del Tribunal Constitucional, tarea ya de por sí titánica, y obviamente muy compleja por las restringidas vías de acceso y la siempre costosa labor de elaborar una doctrina general a partir de casos concretos que, por sus peculiaridades, no se ajustan a pautas dogmáticas clásicas y uniformes. Tampoco conviene desdeñar los potenciales efectos que generaría ese protagonismo principal del TC, máxime si decidiera proteger con especial celo la seguridad jurídica a partir de parámetros clásicos y estrictos. En ese escenario, un buen número de normas quedaría por debajo de ese estándar de excelencia jurídica, de modo que tras la pertinente declaración de inconstitucionalidad se producirían lagunas o incoherencias de regulación que, al menos en el corto y medio plazo, paradójicamente incrementarían la inseguridad jurídica.

Como es razonable, el responsable principal de contribuir a la seguridad jurídica debe ser el legislador, pues le corresponde dotar de coherencia al ordenamiento jurídico. Es el legislador el que debe identificar las parcelas que requieren una regulación y el encargado de elaborar las normas adecuadas para cada contexto, porque no cabe partir de la premisa –atribuida a Platón– de que allí «donde reina el amor sobran las leyes». La ley es imprescindible en las sociedades actuales, donde los intereses son muy diversos y el conflicto prácticamente inevitable, aunque conviene poner de manifiesto que el legislador no siempre actúa movido por las mismas razones o impulsos, pues en ocasiones es «activo», en otras «reactivo», pero también «autorreproductivo» o incluso «negociador»¹.

Además, y no es cuestión baladí, la aprobación de una ley no siempre responde, o no sólo responde, a la finalidad de articular un marco jurídico adecuado para regular una concreta realidad, sino que la ley es un vehículo para la consecución de objetivos políticos. El propósito de una ley puede incluso circunscribirse a «complacer al público», aunque el legislador sea consciente de que «no va a contribuir a resolver los problemas», lo que ha dado lugar a clasificaciones en el ámbito académico para identificar normas que verdaderamente no buscan atender y solucionar problemas de los ciudadanos, sino que conectan con intereses propios del poder político. Denominaciones como ley «propaganda», «manifiesto», «oropel» o «tribunicia»

¹ Cfr. LAPORTA, F. J., «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en Menéndez Menéndez, A., (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 54 ss.

resultan suficientemente autoexplicativas² y constituyen un uso desviado de uno de los poderes del Estado.

En este terreno, cierto es, se entremezclan muy frecuentemente las intenciones y las realidades, pues a menudo se anuncian en los medios de comunicación reformas legales que se dan por culminadas cuando no son más que propuestas o meros «globos sonda» con propósito de valorar la reacción de la sociedad para decidir si la iniciativa se impulsará o no en el futuro (*v. gr.*, reformas de pensiones), aunque también podrían buscar la implantación de una cierta idea en el imaginario colectivo, bien para obtener réditos políticos en caso de tratarse de una medida ventajosa, bien, en el supuesto de decisiones impopulares, para conseguir la aceptación de los ciudadanos por mera resignación producto del paso del tiempo (*v. gr.*, imposición de peajes en autovías).

Estas últimas no son actuaciones que puedan merecer reproche jurídico, porque entran en el terreno de la estrategia política, pero de alguna manera entroncan con la difusa línea entre lo políticamente deseado y lo jurídicamente viable. Las promesas de normas imposibles quizás no afectan al principio de seguridad jurídica en sentido técnico o más estricto, pero sí perturban el ideal de seguridad jurídica. Ahora bien, es claro que el obstáculo que convierte temporalmente en imposible una regulación podría desaparecer en el futuro, pues tanto la sociedad como el Derecho evolucionan. Ilustrativa de esa fuerza de la ley, capaz de regular cualquier materia, es la célebre sentencia, atribuida a De Lolme, la «ley lo puede todo, menos convertir a un hombre en mujer», límite que se ha demostrado obsoleto.

La voluntad del legislador, por consiguiente, se acaba imponiendo, hasta el punto de que disfruta de un espacio casi ilimitado de actuación, por lo que no es ocioso exigir que extreme la diligencia. La ley debería intervenir en aquellas parcelas en las que resulta imprescindible aprobar una regulación para disciplinar la convivencia y conciliar los distintos intereses, pero no ha sido infrecuente que por razones netamente políticas el legislador se inhiba y decida esperar al pronunciamiento de los tribunales, para evitar en cierto modo el reproche ciudadano. El régimen jurídico de la huelga —y también, aunque con otras connotaciones, la determinación precisa de los derechos laborales y de seguridad social de los extranjeros en situación irregular— sirve como ejemplo para ilustrar cómo el legislador renuncia, conscientemente, a

² Vid. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 42; CHECA GONZÁLEZ, C. J., «La inseguridad jurídica en la esfera tributaria: causas de la misma y perniciosos efectos que genera», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 36, 2020, pp. 180 ss.

tomar la iniciativa en asuntos en los que prefiere delegar en los tribunales, lo que conduce a una creación judicial del Derecho alentada y aceptada por el propio legislador.

Por supuesto, la intervención del legislador, deseable, pues a él le corresponde la tarea de elaborar las normas en un Estado de Derecho y evitar lagunas normativas, debe producirse por los cauces pertinentes, y por tanto debe reclamarse medida en la utilización de un instrumento normativo, el real decreto-ley, que habría de ser excepcional, pero se ha convertido en ordinario, lo que supone que el Gobierno suplanta de algún modo al Parlamento y que se elude el procedimiento legislativo ordinario a favor de vías más expeditivas, pero también más proclives al error y, en último término, al quebranto de la seguridad jurídica. Como es sabido, resulta relativamente frecuente articular las reformas laborales y de seguridad social a través de ese instrumento, sin que verdaderamente pueda acreditarse una extraordinaria y urgente necesidad, como el TC ha puesto de manifiesto en más de una ocasión (*v. gr.*, STC 68/2007). Ciertamente es que las consecuencias de esa declaración de inconstitucionalidad suelen quedar restringidas al ámbito político, y no tanto al jurídico, pues en la mayor parte de los casos el contenido del real decreto-ley es incluido en una ley ordinaria, como demuestra que, a salvo de la reforma laboral de 2021, todas las reformas laborales introducidas por real decreto-ley se tramitaron posteriormente como ley ordinaria, y el lapso entre la norma de urgencia y la ley ordinaria nunca superó el año (siete meses, en realidad).

En ese escenario, la eventual declaración de inconstitucionalidad de un real decreto-ley por ausencia del presupuesto habilitante despliega efectos muy limitados, precisamente por la incorporación ulterior de su contenido a una ley ordinaria, ya que únicamente afectará a los supuestos de hecho producidos durante su breve vigencia. De este modo, en el momento en el que el TC declara la inconstitucionalidad del real decreto-ley, esa norma ya ha sido derogada por la ley posterior, y las medidas que contenía se pueden seguir aplicando gracias, precisamente, a ese respaldo legal. En verdad, la impugnación ante el TC de un real decreto-ley suele tener como principal propósito conseguir una victoria política, y no tanto cuestionar el contenido de la norma, lo que no es óbice para afirmar que «la seguridad jurídica es la que quiebra cuando la estabilidad de la normativa legal decae por el uso extensivo, cuando no abusivo, de la legislación de urgencia»³. Y todo ello sin perjuicio de las incertidumbres que genera la eventual

³ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., «El uso del Decreto Ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación indefinida», *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2014, pp. 4 ss.

no convalidación de una de estas normas de urgencia por el Parlamento (como sucedió con el Real Decreto-ley 7/2023). La no superación del trámite parlamentario no provoca la anulación, sino la derogación, pero esa es una norma que ha producido efectos durante su plazo de vigencia. Esa diferencia entre anulación y derogación permite sostener, desde luego, que las situaciones jurídicas nacidas al amparo del real decreto-ley siguen produciendo efectos (aspecto positivo), pero también cabría defender en hipótesis que las normas derogadas por el real decreto-ley fallido no reviven, porque esa no es una consecuencia natural tras la pérdida de vigencia de una norma jurídica (art. 2.2 del Código Civil). Sin embargo, mantener esa derogación hacia el futuro generaría una laguna o vacío contrario a la seguridad jurídica, y muy perjudicial para muchas personas.

En una apreciación global, se llega a la conclusión de que la seguridad jurídica no es un objetivo, causa o premisa de partida para el legislador, porque ese no es un principio que oriente su actuación, al menos en apariencia, pese a la recurrente invocación en muchas exposiciones de motivos⁴. En verdad, esa preocupación por la seguridad jurídica únicamente parece real cuando la aprobación de la ley se justifica para eludir responsabilidades a nivel internacional⁵. Por su parte, las alusiones a la seguridad jurídica en el articulado de una norma, no ya en el preámbulo, son extraordinarias, además de genéricas, porque nunca se precisa el contenido y alcance de ese principio⁶. Y, cuando se ofrece un cierto desarrollo, el contenido de la norma parece contradictorio con la propia noción de seguridad jurídica.

Ilustrativo resulta el RD 504/2022, de 27 de junio, que, en el contexto de la reformulación de las reglas sobre actos de encuadramiento y cotización, afirma en su Preámbulo que «en cumplimiento del principio de seguridad jurídica la regulación de este real decreto resulta coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, generando un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilita su conocimiento y comprensión». Resulta difícil compartir esa conclusión, toda vez que

⁴ Recientemente, *vid.* LO 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación de la formación profesional, LO 11/2021, de 28 de diciembre, contra el dopaje en el deporte, LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, o LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

⁵ A modo de ejemplo, *vid.* LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, o Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

⁶ Como muestra, el artículo 32.3 LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, disponía que «la ANECA desarrollará su actividad de acuerdo con los principios de competencia técnica y científica, legalidad y seguridad jurídica, independencia y transparencia, atendiendo a los criterios de actuación usuales de estas instituciones en el ámbito internacional».

es una norma que, aprobada en junio de 2022, demoró su entrada en vigor hasta 2 de enero de 2023, y que, como también precisa el Preámbulo, se «enmarca en la implantación gradual de un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos, en función de sus ingresos reales, prevista en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», sistema que, en el momento de publicación de este Real Decreto, no había sido aprobado ni había comenzado a implantarse, amén de que el Gobierno, en apariencia, deseaba alcanzar un consenso con los interlocutores sociales, pero no lo había conseguido. Dicho de otro modo, este Real Decreto se aprueba con la pretensión de convertirse en el desarrollo reglamentario –parcial– de una norma futura, lo que constituye una evidente anomalía jurídica, que, no obstante, se resolvió un mes después tras la aprobación del Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad.

Por supuesto, la seguridad jurídica podría considerarse como una consecuencia de un procedimiento legislativo bien construido. Sin embargo, en el contexto actual parece más fruto de la casualidad que uno de los propósitos principales al aprobar la ley. No en vano, las presiones externas, cada vez más intensas debido en buena medida a las nuevas tecnologías y a las redes sociales, que no sólo permiten visibilizar las críticas sino amplificar su potencia, han provocado un abuso de la legislación precipitada, introducida por vías de urgencia o en disposiciones adicionales o finales de normas con otro objetivo, y por tanto se trata de una legislación poco meditada y no siempre conciliable fácilmente con el ordenamiento en su conjunto.

En este sentido, los defectos de técnica legislativa no se agotan en un uso poco preciso del lenguaje jurídico que pueda salvarse con una interpretación generosa, sino que afectan a la propia coherencia del ordenamiento. Es el legislador el que debe procurar esa coherencia para que las distintas piezas encajen sin fricciones, porque ese es un presupuesto para la seguridad jurídica, y verdaderamente una necesidad. El principio de seguridad jurídica se resiente cuando falla esa coherencia interna y las normas se contradicen.

En las últimas décadas, y cada vez con más claridad, no es fácil identificar un plan global o de conjunto en la conformación del ordenamiento, que no evoluciona a partir de una reflexión sosegada sobre las necesidades actuales y futuras de la sociedad, sino muy habitualmente a partir de impulsos destinados a afrontar problemas concretos, propiciando una legislación aluvional, caracterizada por leyes que no se elaboran en unidad de acto y bajo un mismo criterio, y que tampoco son completas, lo que aboca a numerosos «parches» o «remiendos» con carácter sobrevenido, y que a menudo no encajan bien con el

resto de la norma en la que se integran y/o con otras parcelas. Además, la configuración interna de las leyes resulta manifiestamente mejorable, porque son frecuentes las remisiones o reenvíos a otras disposiciones, e incluso las llamadas a reglamentos que se demoran en el tiempo o incluso nunca son aprobados, lo que obliga a «rescatar» desarrollos reglamentarios de la regulación precedente, debiendo identificar los pasajes que pueden todavía resultar de utilidad, frente a aquellos que deben entenderse derogados tácitamente⁷.

En esta línea, y al margen de los defectos imputables a la propia premura en la elaboración, la falta de derogaciones expresas o de una correcta ubicación en el ordenamiento dan lugar a problemas de identificación de la norma aplicable y a dudas sobre la vigencia, situación no deseable desde la perspectiva de la seguridad jurídica, como se desarrollará en un epígrafe posterior (IV.3). Baste señalar, en este momento, que algunas leyes recientes exigen tal esfuerzo de interpretación que resulta difícil salvar sus deficiencias técnicas y considerar respetado el principio de seguridad jurídica.

Repárese, por ejemplo, en la Disposición Derogatoria Única de la LO 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional. Al margen de la cláusula derogatoria general de su apartado 4 («quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente ley»), que no se ajusta a las Directrices sobre elaboración de normas, como se desarrollará en el siguiente epígrafe, el apartado 2 deroga «cuantas disposiciones de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral se opongan a lo establecido en la presente ley», pero a continuación habilita al Gobierno para «modificar las disposiciones de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral que se vean afectadas por esta disposición derogatoria». No parece técnicamente una deslegalización, toda vez que las disposiciones «afectadas» son aquellas derogadas, por lo que difícilmente el Gobierno «modificará» una norma ya derogada, sino que es de suponer que deberá completar la laguna correspondiente desarrollando la nueva norma; o quizá lo que se quiere indicar es que esas leyes no han sido formalmente derogadas, sino que subsisten transitoriamente hasta su modificación por el Gobierno, opción que parece razonable, pero que habría requerido otra formulación legal mucho más precisa.

⁷ Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «Principio de seguridad jurídica y técnica normativa», *Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 4, 2007 (BIB 2007\529); PALMA FERNÁNDEZ, J. L., *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 49-50.

Sea como fuere, ya se indicó en el capítulo anterior que la redacción ambigua, poco esmerada o imprecisa no deriva en la inconstitucionalidad de la norma a juicio del TC. Las actuaciones descuidadas resultan muy frecuentes, e incluso no es inhabitual incorporar al texto definitivo de una ley partes completas de las proposiciones o propuestas que se encuentran en su germen, de modo que en la redacción final, bien en la parte dispositiva, bien en el preámbulo, aparecen muy a menudo expresiones como «se propone añadir» o «se propone modificar», notoriamente impertinentes, porque una ley no propone esos añadidos o modificaciones, sino que procede a ellos⁸. Se trata, no obstante, de defectos de técnica legislativa que el TC considera menores –en buena medida lo son–, y que por tanto no afectan a la validez y eficacia de la norma, porque no hay duda sobre la voluntad del legislador, por más que pueda apreciarse algún grado de negligencia.

Tampoco se considera contraria a la seguridad jurídica la redacción legal excesivamente alambicada y poco comprensible para el ciudadano medio, sin duda criticable⁹, de modo que ese principio únicamente se verá afectado, salvo excepciones ya mencionadas con anterioridad (imposibilidad de determinar el ámbito de aplicación o el particular problema de los límites materiales de ciertas normas, como las leyes de presupuestos, las leyes orgánicas o el real decreto-ley), por aspectos sustantivos, de fondo, que verdaderamente impidan conocer el sentido y alcance de la norma (II.5).

En el mismo sentido, se minimiza el reproche frente al incumplimiento de compromisos o mandatos con una vertiente más política que propiamente jurídica, de modo que su ignorancia no genera consecuencias en forma de sanciones. En general, la legislación debe elaborarse y aprobarse con un diseño que permita su aplicación, y sería conveniente reducir –o directamente eliminar– los contenidos de corte programático, pero de escasa virtualidad práctica. Sin embargo, esas son –malas– prácticas habituales, aunque tampoco cabe considerar que quiebran el principio de la seguridad jurídica en la configuración dada por el TC.

⁸ A modo de ejemplo, el preámbulo de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, afirma que «se propone aplicar a todas las liquidaciones las nuevas reglas de purga o subsistencia de las posibles garantías reales a las que pudiesen estar sujetos todos o algunos de los bienes incluidos en una unidad productiva y las reglas sobre sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social», mientras que en el de la Ley 13/2021, de 1 de octubre, se lee que «se propone una modificación de varios apartados del artículo 315.1» de la Ley 16/1987.

⁹ «La elaboración de las normas, incluso las que se alejan de los sectores especializados y se adentran en el terreno de la generalidad de los ciudadanos, comienza a estar presidida por un afán de alcanzar ámbitos sectoriales de élite jurídica, perdiendo la noción de que existe un colectivo no especializado (por supuesto, el más numeroso) sobre el que se proyectan los efectos y que no tiene obligación de profundizar en terminología o denominaciones propias de experto conocedor del Derecho»; cfr. PALMA FERNÁNDEZ, J. L., *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 47.

A la misma conclusión puede llegarse en relación con las obligaciones que no se acompañan de una sanción ante el incumplimiento, o con la aparente atribución de derechos que no son susceptibles de invocación directa ante los tribunales, o incluso respecto de una regulación cuya efectividad se condiciona a un desarrollo reglamentario que nunca se aprueba o a una infraestructura que requiere de un sustento económico que no se proporciona. Además de la frustración que ello provoca en la ciudadanía, el principio de seguridad jurídica se resiente cuando los derechos no pueden hacerse valer como auténticos derechos y las obligaciones carecen de componente jurídico y se limitan al plano moral. Sin embargo, en el contexto actual no parece que esos formatos conduzcan a la nulidad de la ley, o a reproche jurídico sustantivo a la actuación del legislador, ni siquiera a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cambio, la seguridad jurídica sí puede resultar vulnerada cuando las competencias entre las distintas instancias de producción normativa no se encuentran perfectamente perfiladas, o no se respetan de forma debida, o no se produce la necesaria coordinación. Son estas cuestiones que conectan directamente con la certeza del Derecho, con el principio de ley cierta que exige respeto al procedimiento legislativo y a las instancias pertinentes para la aprobación de las normas. Desde luego, los litigios competenciales entre el Estado y las CCAA han sido desgraciadamente frecuentes. Además, el legislador interno no siempre ha mostrado la suficiente diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones relativas al Derecho de la UE, y en particular a la transposición de directivas, sin mencionar que la doctrina del TJUE en ocasiones no ha sido objeto ni de pronta ni de adecuada recepción. Todo ello afecta a la seguridad jurídica, pues ni siquiera está clara la norma aplicable¹⁰. Piénsese en los múltiples problemas que ha planteado el efecto directo de las directivas, en sus diferentes modalidades (vertical, horizontal e incluso «oblicuo»)¹¹. Y, aunque no debieran producirse tantas fricciones, el ejercicio de la potestad reglamentaria genera sus propias dificultades, no ya porque el titular de esa potestad pretenda suplantar al legislador, sino porque en ocasiones debe suplir carencias de la norma o realizar aportaciones más creativas, y ese exceso puede incurrir en *ultra vires*.

El respeto a las competencias de otras instancias entronca, en suma, con una amenaza más general para la seguridad jurídica, cual es la pretensión de hacer valer aspiraciones políticas que no siempre cuentan con encaje jurídico,

¹⁰ Vid. BERMEJO VERA, J., *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 140 ss.

¹¹ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos», *REDT*, núm. 194, 2017, pp. 165 ss.

pues el titular de la potestad normativa debe respetar una serie de condicionantes extrínsecos establecidos en la Constitución o en normas internacionales. Los conflictos competenciales (entre el Estado y las CCAA, o en su caso con la UE) a los que se acaba de aludir, los conatos de declarar la independencia de determinados territorios o la pretensión de valorar y enjuiciar situaciones preconstitucionales ya prescritas o amnistiadas, constituyen buenos ejemplos de riesgo para la seguridad jurídica, pues en todos los casos se pretende incorporar a una norma deseos políticos, apoyados en su caso por un porcentaje más o menos relevante de la sociedad.

La seguridad jurídica exige el respeto al marco normativo, y no cabe ignorar las normas invocando una pretendida legitimidad democrática para justificar ciertas actuaciones. La verdadera legitimidad democrática debe conducir a la modificación del marco jurídico para articular esas pretensiones. Ni siquiera cabe contraponer la legitimidad democrática a la seguridad jurídica, en esa vertiente de cumplimiento de las normas, pues si el Parlamento representa al pueblo (art. 66 CE), las leyes que de él emanan siguiendo los cauces pertinentes disfrutan de legitimidad democrática –y en mayor medida la Constitución, respaldada en referéndum–, y el respeto y el cumplimiento de las mismas no sólo es exigencia de la seguridad jurídica, sino precisamente manifestación de esa legitimidad democrática.

2. EL CUMPLIMIENTO DE LAS PAUTAS TÉCNICAS EN LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS

La actuación diligente del legislador en relación con las materias que deben ser objeto de regulación y el vehículo normativo utilizado no satisface completamente el principio de seguridad jurídica. Sería deseable, además, un escrupuloso respeto de las reglas de técnica normativa. Sin embargo, ni el legislador ni, en general, las múltiples instancias de producción normativa han mostrado una particular preocupación, o interés, por acatar esas pautas, como muestran las notables deficiencias técnicas de las normas desde hace décadas. No en vano, se ha llegado a afirmar que «sólo los espíritus románticos se ocupan sentidamente de la técnica legislativa»¹².

¹² Cfr. MARTÍNEZ CORRAL, J. A., «Los errores en la redacción y la publicación de las leyes: formas de corregirlos y su incidencia sobre la entrada en vigor de aquellas», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009, p. 31.

Este desinterés viene motivado, en gran medida, por la doctrina del TC que minimiza el impacto jurídico de los defectos de técnica legislativa, que, como se dijo, no conducen usualmente a la inconstitucionalidad de la norma (II.5), de manera tal que las «Cortes Generales pueden aprobar malas leyes con tal de que se respeten los requisitos formales de competencia y procedimiento»¹³. El hecho de que una sentencia pueda dirigir reproches al legislador –o en su caso al Ejecutivo– por deficiencias o imprecisiones no parece preocupar en exceso al artífice de la norma, que está satisfecho con que no se cuestione la vigencia y aplicabilidad. Utilizando un símil académico, el legislador no aspira a elaborar una ley que obtenga una calificación máxima, de matrícula de honor, sino que en términos de técnica legislativa se conforma con el mínimo imprescindible para superar el listón constitucional, mínimo que tampoco se configura con demasiado rigor o rigidez. El legislador hace tiempo que ha renunciado a convertirse en un estudiante aplicado, por el escaso beneficio (o la ausencia de perjuicio) que ello le reporta. No procede ahora insistir en los argumentos ofrecidos por el TC para minimizar el impacto de las deficiencias técnicas en la elaboración de las normas, pero sí es conveniente identificar someramente algunas de las pautas técnicas que habrían de respetarse, tanto en la fase de elaboración de las leyes como en la de su publicación.

Por lo pronto, cabría afirmar que el legislador no presta la debida atención a las numerosas directrices sobre buenas prácticas elaboradas tanto a nivel estatal como de la UE¹⁴, ni tampoco sigue ejemplos de otros Estados miembros que han puesto en marcha fórmulas para mejorar la producción normativa y contener las amenazas para la seguridad jurídica¹⁵. Por supuesto, el procedimiento legislativo en España habría de acomodarse a las pertinentes directrices (las actualmente vigentes datan de 2005)¹⁶, pero el legislador no siempre las respeta¹⁷. A modo de ejemplo, esas Directrices advierten claramente que deben evitarse «cláusulas genéricas de derogación del derecho vigente que en ningún

¹³ Cfr. DE LUCAS, J., «Sobre técnica legislativa, ideología y democracia. Una nota a propósito de la LO 10/2022», *Teoría y Derecho*, núm. 33, 2022, p. 357.

¹⁴ Vid. SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «La técnica normativa en la UE», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009, pp. 77 ss.; PASCUA MATEO, F., «La técnica normativa en el sistema jurídico comunitario», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 125 ss.; GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., «Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 13, 2005, pp. 121 ss.

¹⁵ Vid. TUR AUSINA, R., «Técnica normativa, formas de gobierno y sistemas jurídicos», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009, pp. 103 ss.

¹⁶ Vid. Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa (BOE de 29 de julio).

¹⁷ Acerca de esta clase de instrumentos, vid. SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Las Directrices de técnica normativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pp. 41 ss.; MARTÍN CASALS, M., «La

caso pueden sustituir a la propia enunciación de las normas derogadas», o que en las disposiciones finales tendrán carácter «excepcional» los preceptos que «modifiquen el derecho vigente, cuando la modificación no sea objeto principal de la disposición». Como se sabe, ni las cláusulas derogatorias genéricas son infrecuentes, ni las disposiciones finales se utilizan con la debida medida, hasta el punto de que, en ocasiones, han podido computarse en alguna ley de reforma laboral casi tantas disposiciones finales como artículos¹⁸.

Ello no es óbice para que puede detectarse cierta preocupación por esa vertiente más formal, aunque con cuestionables resultados prácticos. En este sentido, y por influjo de la OCDE, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, incorporó expresamente el principio de buena regulación en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. En concreto, el artículo 9 encomienda al Secretariado del Gobierno «velar por el cumplimiento de los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas y contribuir a la mejora de la calidad técnica de las disposiciones aprobadas por el Gobierno», mientras que el Ministerio de la Presidencia, a tenor del artículo 26.9.f), ha de «analizar» el «cumplimiento o congruencia de la iniciativa con los proyectos de reducción de cargas administrativas o buena regulación que se hayan aprobado en disposiciones o acuerdos de carácter general para la Administración General del Estado», contando para ello con una Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, regulada en el RD 1081/2017¹⁹.

Asimismo, y gracias a la influencia del Derecho de la UE, comienza a resultar más habitual la incorporación de un listado de definiciones de conceptos o instituciones clave en la norma correspondiente que facilitan la interpretación y aplicación, una buena práctica que debiera ser más común, pues en líneas generales suele circunscribirse a aquellas normas que transponen disposiciones de la UE, de modo que esas definiciones no son más que una reproducción de las recogidas en esa norma de la UE que está siendo objeto de recepción. Raramente se encuentran excepciones donde el legislador español construye esas definiciones con propósito no sólo pedagógico, sino también de clarificación del ámbito de aplicación de la norma, como se aprecia, por ejemplo, en el artículo 6 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

estructura básica de un manual español de técnica legislativa», en Menéndez Menéndez, A., (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 243 ss.

¹⁸ V. gr., Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que cuenta con 25 artículos y 21 disposiciones finales.

¹⁹ Vid. GARCÍA NOVOA, C., «El principio constitucional de seguridad jurídica y los tributos. Algunos aspectos destacables», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 124, 2019, p. 62.

En esta misma línea, parece también conveniente que la regulación sustantiva venga acompañada de un preámbulo o exposición de motivos, con el fin de que el propio legislador explique las razones que llevan a la aprobación de la ley, y facilite, en último extremo, la determinación del sentido y alcance de la disposición correspondiente²⁰. Sin embargo, por más conveniente que resulte esa práctica, el TC ha recordado que el «legislador no está constitucionalmente obligado a justificar sus opciones legislativas en las exposiciones de motivos o preámbulos de las leyes»²¹, de forma que esa omisión no provoca consecuencias en un plano jurídico. Además, se aprecia en los últimos tiempos cierta separación entre lo expresado en el preámbulo y el tenor literal del articulado, pues no son infrecuentes las normas en las que se anuncian medidas y objetivos muy ambiciosos, con cierto tono de propaganda política y ataques explícitos a adversarios, que no coinciden con el contenido jurídicamente vinculante.

En general, cabría afirmar que el legislador se ha vuelto despreocupado, hasta el punto de que se han desarrollado inercias poco saludables para el principio de seguridad jurídica, como la ya aludida tendencia a «legislar en bloque, asistemáticamente, sin motivación alguna visible»²², incluyendo en la misma norma previsiones dirigidas a distintos sectores del ordenamiento sin anuncio previo ni explicación suficiente. El propio legislador ha reconocido que en determinados ámbitos se ha llegado a un punto de «maraña legislativa»²³, pero aun así son frecuentes las leyes *omnibus*, y no siempre se aprecia un esfuerzo para desbrozar ese enredo. La codificación digital facilita la localización de la norma aplicable en un contexto de reformas parciales prácticamente permanentes, pero sería deseable una mayor implicación del legislador, no necesariamente mediante la aprobación de normas completamente nuevas, sino con más encomiendas de elaboración de reales decretos legislativos, que contribuyen a una adecuada sistematización y ordenación. Evidentemente, esa es una tarea compleja, que el Gobierno debe afrontar con la debida diligencia y evitando extralimitaciones, y más de carácter grueso, como en alguna ocasión ha sucedido en la rama de lo social, por ejemplo en materia de derechos de las personas con discapacidad²⁴.

²⁰ Por todas, *vid.* STC 140/2018.

²¹ Cfr. STC 49/2008.

²² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, p. 80.

²³ Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

²⁴ *Vid.* STS de 29 de noviembre de 2018 (recurso 3382/2016), en relación con la consideración «a todos los efectos» como personas con discapacidad de los pensionistas de incapacidad permanente operada por el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social,

Por otro lado, el procedimiento legislativo ha de culminar con la publicación de la norma, que incluye, en su caso, la corrección de eventuales errores. Lógicamente, la rectificación de erratas o deficiencias meramente gramaticales parece una exigencia de la seguridad jurídica, pues contribuye a proporcionar claridad. Ahora bien, esa posibilidad de corregir una norma ya publicada oficialmente debe ajustarse a unos parámetros y límites, pues de lo contrario el resultado final podría diferir del texto que fue aprobado por la instancia competente. Las reglas concretas para proceder a ese trámite se encuentran en el artículo 26 del RD 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado», que diferencia entre las erratas durante el proceso de publicación, por problemas en la edición del texto, y los errores o erratas que ya se encontraban en el texto recibido por la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

En el primer caso, errata producida durante el proceso de publicación, se prevé la corrección de oficio, pues el texto publicado oficialmente debe coincidir con el aprobado por la instancia competente, si bien esa corrección únicamente procede cuando dichas erratas «supongan alteración o modificación del sentido de las mismas o puedan suscitar dudas al respecto», de modo que, técnicamente, las erratas menores, de mera ortografía, por ejemplo, no activarían este particular mecanismo, aunque tratándose de normas jurídicas no parece reprochable que se rectifiquen cualesquiera deficiencias de redacción, por más nimias que parezcan, porque no debería admitirse ninguna discrepancia entre el texto aprobado por la instancia u órgano competente y el finalmente publicado, toda vez que ese texto publicado «tendrá la consideración de oficial y auténtico» (art. 3 del RD 181/2008), y que es una exigencia que los originales sean «insertados en los mismos términos en que se hallen redactados y autorizados, sin que puedan modificarse, salvo autorización del organismo remitente» (art. 23.2 RD 181/2008).

En cuanto al segundo supuesto, esto es, que el texto remitido ya contenga alguna errata, la Agencia no puede proceder a su rectificación de oficio, pues el defecto no es imputable al proceso de publicación. La iniciativa en este caso debe partir del organismo competente, que ha de «instar» la «reproducción del texto, o de la parte necesaria del mismo, con las debidas correcciones», si bien esa corrección de errores, obviamente la más usual, únicamente procede ante «meros errores u omisiones materiales», de escasa entidad, y que «no constituyan modificación o alteración del sentido de las disposiciones o se deduzcan claramente del contexto, pero cuya rectificación se juzgue conveniente para evitar posibles confusiones».

calificada como *ultra vires* porque la equiparación original no tenía ese alcance, sino que se limitaba «a los efectos de esta ley» (art. 1.2 Ley 51/2003).

La corrección de errores no es, por consiguiente, una vía que permita rectificar deficiencias sustanciales que alteren el sentido del texto. Si esa fuera la intención, es decir, «siempre que los errores u omisiones puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma», ese artículo 26 únicamente permite salvarlos «mediante disposición del mismo rango», lo que en puridad no implica una mera corrección de errores, sino la aprobación de una nueva norma que modifica la anterior. No se estaría corrigiendo una errata, sino reformando la disposición previamente aprobada y correctamente publicada, aunque esta nueva norma tiene naturaleza de corrección de errores y por tanto no está sujeta a plazos, precisión relevante en supuestos de delegación legislativa²⁵.

Aun cuando teóricamente las reglas están claras, la práctica demuestra algún exceso en ese sentido, porque el número de errores, que no erratas, se ha multiplicado en los últimos años, producto no tanto de la malicia del legislador como de una falta de atención al detalle. Las normas se elaboran cada vez con más premura y ello da lugar inevitablemente a inexactitudes u omisiones, en ocasiones gruesas, que probablemente excedan del error material o la mera errata, pero que suelen rectificarse por esa vía más cómoda, sin que esa forma de proceder haya merecido, en general, un reproche jurídico.

En alguna ocasión, no obstante, el legislador ha abusado de este trámite de forma patente, introduciendo una nueva regulación sustantiva bajo el pretexto de una corrección de falsas erratas, lo que conduce, naturalmente, a la nulidad de la rectificación operada, y por tanto al mantenimiento de la vigencia del texto originalmente publicado²⁶. Un ejemplo manifiesto, en la rama de lo social, tuvo lugar con la LPL, pues la corrección de errores incorporó, incluso, nuevos procedimientos, entre otras novedades sustanciales, «lo que ya de por sí los hace incompatibles con el sistema de rectificación de errores utilizado, y quizás por eso en aquélla se advierte que a lo que se procede en relación con el Libro IV es a una nueva publicación, olvidando lo dispuesto en el artículo 19 del RD 1511/1986 antes citado, en el sentido de que en los casos en que los errores u omisiones puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma, como ya dijimos, exige que la rectificación de errores se lleve a cabo mediante disposición de igual rango». De ahí que el TS declarara nula esa rectificación de errores, remitiendo por tanto al texto inicialmente publicado, «sin perjuicio de la facultad que corresponde al Consejo de Ministros

²⁵ Vid. STS (Cont-Adv.) de 3 de octubre de 1997 (recurso 953/1990).

²⁶ Vid. MARTÍNEZ CORRAL, J. A., «Los errores en la redacción y la publicación de las leyes: formas de corregirlos y su incidencia sobre la entrada en vigor de aquéllas», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009, p. 62 ss.

de acordar la rectificación de errores, con arreglo a lo que establece el artículo 19, norma segunda, apartado b) del Real Decreto 1511/1986, que estime oportuna, si así lo considera procedente, en cualquier momento sin condicionamiento temporal derivado del plazo de habilitación»²⁷.

No está claro si esa será la vía para volver a atribuir ciertos derechos laborales a las víctimas de violencias sexuales. Como se sabe, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, creó la categoría de víctimas de violencias sexuales, y atribuyó a las mujeres en esa condición una protección que seguía parámetros similares a los que sirvieron para reforzar la tutela de las víctimas de violencia de género y de las víctimas de terrorismo. Entre los derechos atribuidos se encontraban algunos de índole laboral y de seguridad social, lo que conllevaba la modificación de los textos legales pertinentes, y entre ellos el Estatuto de los Trabajadores, para incorporar la referencia a «víctimas de violencias sexuales» al lado de esas otras dos categorías de víctimas más tradicionales.

Sin embargo, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, modificó los preceptos del ET donde se habían incorporado las referencias a las víctimas de violencia sexual (art. 37.8, 40.4, 45.1, 49.1, 53.4 y 55.5), eliminando todo rastro de ese colectivo del ET. El impacto sobre los derechos de esas víctimas es notable, y no puede ser completamente salvado por la aplicación directa de los artículos 38 y ss. de la LO 10/2022. Es muy probable que no se haya tratado de una decisión consciente, sino de una negligencia producto del largo proceso de elaboración de la norma. Posiblemente el proyecto de la «ley trans» se redactó mucho antes de la aprobación de la LO 10/2022, pero las discrepancias políticas demoraron su tramitación, y cuando finalmente se alcanzó un acuerdo el texto presentado ante las Cortes no se actualizó a través de las pertinentes enmiendas, de modo que modificaba una versión de la norma que ya no estaba vigente. Si esa fuera la explicación, y así parece por la remisión al ET de otras normas, como la LGSS (*v. gr.*, arts. 207 y 267 LGSS), el error de técnica legislativa es grueso, y no cabe su rectificación a través de una corrección de errores ordinaria, sino que habría de aprobarse una norma del mismo rango²⁸.

En suma, se trata de deficiencias legislativas producidas por la escasa comunicación entre los diversos departamentos o secciones encargadas de elabo-

²⁷ Vid. STS (Cont-Adv.) de 3 de octubre de 1997 (recurso 953/1990).

²⁸ Vid. GOERLICH PESET, J. M., ¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?, en <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>.

rar los diferentes proyectos dentro del Gobierno y la escasa atención del personal técnico encargado de comprobar esas posibles colisiones o conflictos normativos durante la tramitación parlamentaria. Resulta difícil encontrar justificaciones válidas más allá de la escasa atención al detalle. En la medida en que los perjuicios no son meramente cosméticos y no quedan constreñidos al buen quehacer legislativo, sino que tienen un impacto evidente en los derechos de las personas, no cabe descartar que los perjudicados pudieran activar las vías de reparación correspondientes, y en particular solicitar responsabilidad patrimonial, que no solamente procede ante la actuación de la administración, sino también ante actos puramente legislativos (responsabilidad del Estado legislador)²⁹.

3. LA INCERTIDUMBRE SOBRE LA VIGENCIA TEMPORAL DE LAS NORMAS: EJEMPLOS Y CONSECUENCIAS

La jurisprudencia constitucional que minimiza el impacto de las deficiencias de técnica legislativa no es obstáculo para afirmar que no todas son igualmente relevantes ni han de provocar los mismos efectos. En particular, conviene analizar con atención los numerosos problemas que puede generar una configuración poco clara de la vigencia de una disposición. Como premisa de partida, es imprescindible acudir al artículo 2 CC, cuyo apartado 1 dispone que las leyes «entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación» en el *BOE*, siempre que no se disponga otra cosa; en su apartado 2, que las «leyes sólo se derogan por otras posteriores» y que la «derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior» (advirtiéndose que «por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado»); y en su apartado 3, que las «leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario». Se trata de reglas ya conocidas y con suficiente tradición, y por ello sorprende que el legislador no siempre haya prestado la atención debida a esos aspectos relativos a la vigencia, que obviamente resultan esenciales para la operatividad y aplicación de una norma, amén de para su misma existencia dentro del ordenamiento.

²⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2005, pp. 221 ss.; LEIVA RAMÍREZ, E., y ALONSO GARCÍA, M. C., «La responsabilidad patrimonial del legislador», *Administración & Desarrollo*, Vol. 40, núm. 55, 2012, pp. 33 ss.; MORET MILLÁN, V., y GATÓO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., «La responsabilidad del Estado-legislador: antecedentes y situación tras la reforma de 2015», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 100-101-102, 2017, pp. 7 ss.; GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del estado legislador*; Cedecs, 2001, pp. 15 ss.

En principio, el legislador no está obligado a introducir ninguna precisión específica sobre la vigencia, porque el artículo 2 CC ya ofrece pautas por defecto para determinar la entrada en vigor, y, si nada se precisa, la vigencia de una norma es indefinida, por lo que el eventual silencio sobre estas cuestiones no genera, en principio, una laguna o una dificultad jurídica de entidad. No obstante, resulta muy habitual que las leyes incluyan previsiones sobre su vigencia, que puede ser inmediata o posponerse en el tiempo, incluso con períodos de *vacatio legis* muy amplios. Y también es frecuente que las leyes entren en vigor, pero contemplen precisiones sobre su aplicación y efectos, bien retroactivos o bien futuros, porque no todos los bloques o apartados han de resultar aplicables desde un primer momento. Aunque están relacionadas, la vigencia y la aplicabilidad de una norma son conceptos jurídicos diferentes y que no conviene confundir³⁰.

Obviamente, la eventual retroactividad de las leyes puede colisionar con las exigencias de la seguridad jurídica, así como también las disposiciones derogatorias poco precisas, porque no siempre es sencillo identificar las normas afectadas y dilucidar si se oponen a la más moderna o si, en cambio, cabe encontrar una interpretación compatible. Esas son cuestiones que ya han sido tratadas en epígrafes precedentes (II.6 y IV.1) y que, en sentido estricto, no afectan a la vigencia de la norma aprobada, sino eventualmente a otras anteriores o conexas. En el mismo sentido, no resulta *per se* problemático, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, que se contemplen períodos transitorios de vigencia para la legislación llamada a ser sustituida. Más bien al contrario, pues esas reglas pretenden atender y proteger expectativas, e incluso verdaderos derechos, nacidos de la legislación anterior y cuya supresión no se estima conveniente. Cuestión distinta es que esas disposiciones transitorias se configuren de forma compleja y exijan interpretación, lo que ha llevado al TS a recurrir, incluso, a la equidad prevista en el CC para evitar perjuicios desmedidos al interesado, por ejemplo en relación con el cambio de reglas de compatibilidad entre la percepción de una prestación de seguridad social y el desempeño de un trabajo productivo³¹.

Al margen de esos supuestos, lo cierto es que no siempre el legislador delimita con la adecuada precisión la vigencia temporal de una disposición. En general, la vigencia inicial no suele suscitar incertidumbres, pues bien sea en el propio articulado, bien sea por aplicación del artículo 2 CC, ese momento

³⁰ En general, *vid.* QUINTERO LIMA, M. G., *Derecho transitorio de la Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 11 ss.

³¹ *Vid.* STS de 12 de febrero de 1992 (recurso 1260/1991).

puede determinarse sin mucha complejidad. En la práctica, es cierto, se han producido situaciones anómalas, en la que se entremezclan cuestiones de vigencia y aplicabilidad que conducen a equívocos por la propia impericia del legislador.

Quizá la situación más extraña se produjo tras la simultánea aprobación de las leyes 3/2023, de 28 de febrero, de empleo, y 4/2023, también de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. En lo que aquí interesa, ambas procedieron a la modificación del artículo 16.1.c) de la LISOS, pero con redacciones no exactamente equivalentes. En un caso la infracción consistente en solicitar datos de carácter personal se circunscribe a los «procesos de selección», mientras que en el otro se alude a «cualquier proceso de intermediación o colocación». Además, se considera sancionable el establecimiento de condiciones discriminatorias para el acceso al empleo, pero el listado de causas de discriminación que se recoge no es estrictamente coincidente. Los principios de legalidad y tipicidad en el ámbito sancionador no permiten analogías ni interpretaciones extensivas, lo que obliga a decantarse por una de las dos normas, con la dificultad que supone el hecho de que se trata de normas del mismo rango, aprobadas el mismo día (28 de febrero de 2023) y publicadas en el *BOE* también el mismo día (1 de marzo). En defecto de intervención legislativa quizá habría que considerar más moderna la Ley 4/2023 simplemente porque su numeración es posterior, aun cuando ese es un dato más bien aleatorio y que no depende tanto de la voluntad del legislador como del orden que internamente se haya seguido en el procedimiento de confección del *BOE* de esa fecha.

En un sentido análogo, dos leyes del mismo día, 28 de diciembre de 2021, incorporaron a la LGSS sendas disposiciones adicionales 39.^a y 40.^a, pero con un contenido muy distinto. Por un lado, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, introducía en la DA 39.^a LGSS pautas sobre el «seguimiento de la revalorización de las pensiones y garantía de mantenimiento de poder adquisitivo de las pensiones», y en la DA 40.^a reglas sobre «pensión de viudedad de parejas de hecho en supuestos excepcionales». Por su parte, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, decidía asignar a la DA 39.^a de la LGSS un contenido centrado en los «beneficios en la cotización a la seguridad social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED», mientras que la DA 40.^a se ocuparía de la «actuación de la Inspección de Trabajo y seguridad social».

Desde una perspectiva de las fuentes del Derecho, y de la determinación de la norma vigente y aplicable, se suscitan cuestiones dogmáticas de mucho interés, toda vez que la Ley 21/2021 fue publicada un día antes (*BOE* del 29 de diciembre) que la reforma laboral (*BOE* del 30 de diciembre), pero el Real Decreto-ley 32/2021 entró en vigor el día 31 de diciembre de 2021, mientras que la Ley 21/2021 demoró esa entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2022. Desde luego, si la norma aplicable debe determinarse a partir del principio de modernidad la respuesta no parece demasiado nítida, aunque, a la postre, se trata de un defecto de técnica legislativa, de una confusión por falta de coordinación entre los impulsores de cada una de esas normas, que, aun cuando merezca crítica, podría haberse corregido a partir de una interpretación integradora, entendiendo que la LGSS contenía dos disposiciones adicionales 39 y otras dos disposiciones adicionales 40 con distinto contenido. Era preferible, en cualquier caso, una intervención directa, que tuvo lugar mediante la corrección de errores del Real Decreto-ley 32/2021³². La respuesta consistió en reenumerar las disposiciones adicionales que introducía en la LGSS, que han pasado a convertirse, respectivamente, en la 44 y 45, mientras que permanecen como DDAA 39 y 40 las incorporadas por la Ley 21/2021.

Al margen de estas situaciones anómalas, la vigencia inicial de las normas suele encontrarse perfectamente determinada, pero no es infrecuente que el legislador decida posponer la entrada en vigor mediante una modificación normativa. Pese a que pueda resultar perturbador social o políticamente, esa operación es admisible y no violenta la seguridad jurídica en tanto se respeten los cauces oportunos para esa reforma. Así sucedió, por ejemplo, en relación con la ampliación de la suspensión del contrato por paternidad a cuatro semanas, medida contenida en la Ley 9/2009, de 6 de octubre. Su entrada en vigor estaba prevista inicialmente para 1 de enero de 2011, pero la DF 2.^a de esa Ley fue modificada en numerosas ocasiones para retrasar esa fecha, de modo que esa reforma no entró en vigor hasta 1 de enero de 2017.

Una operación similar, aunque técnicamente más dudosa, tuvo lugar con la regulación del trabajo autónomo a tiempo parcial. Esa es una modalidad que la versión original de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, no contemplaba, pero que fue introducida por la DF 10.^a Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social. En concreto, y tras esa reforma, el artículo 1.1 de la Ley 20/2007 admitía la realización del trabajo por cuenta propia a tiempo parcial, aunque el artículo 24 parecía condicionar su efectiva operatividad al

³² *BOE* de 19 de enero de 2022.

desarrollo reglamentario. El artículo 25 facultaba al legislador para establecer reglas peculiares de cotización, pero en su defecto remitía a las previstas para los trabajadores asalariados. Estas modificaciones, tal y como se desprende de la DF 12.^a de la Ley 27/2011, entraron en vigor el 1 de enero de 2013.

Sin embargo, las evidentes dificultades prácticas, y la falta de una adecuada normativa de desarrollo, provocaron que años después de la entrada en vigor, y sin verdadera aplicación, el legislador decidiera demorar su efectividad, aunque con previsiones contradictorias. En este sentido, la DF 17.^a de la Ley 3/2017, de 27 de junio (de Presupuestos), dispuso que esa regulación del trabajo por cuenta propia a tiempo parcial «no será de aplicación» hasta 1 de enero de 2019, pero la DA 2.^a del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, no continuó en esa línea de suspensión aplicativa, sino que «aplazó» la entrada en vigor –*sine die*, al no fijar una fecha–, previsión técnicamente extraña, porque no se puede aplazar la entrada en vigor de preceptos que ya estaban vigentes desde 1 de enero de 2013, con independencia de que no pudieran ser aplicados –y es dudoso– sin un desarrollo normativo ulterior. Habría sido técnicamente mucho más preciso suspender la vigencia.

En cualquier caso, ese «aplazamiento» de la entrada en vigor es la fórmula que se consolidó en normas posteriores (DA 26.^a Ley 11/2020 y DA 105 Ley 22/2021), que no establecieron una fecha límite o un horizonte claro. Teniendo en cuenta que el vehículo normativo utilizado limitaba su vigencia a un año natural (ley de presupuestos o norma de revalorización de pensiones), el legislador mostró su preferencia por reiterar esa regla para evitar que una omisión en el futuro hiciera revivir normas estructurales que, en un sentido estrictamente técnico, deberían encontrarse en vigor, aunque pudiera discutirse su aplicabilidad.

Sin embargo, la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, no incorporó una previsión similar, mostrando que el legislador renunciaba expresamente a regular esa figura del trabajador autónomo a tiempo parcial. En efecto, el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, al mismo tiempo que reformaba las reglas de cotización de los trabajadores por cuenta propia otorgando más relevancia a los ingresos reales, suprimió las referencias al trabajo autónomo a tiempo parcial, considerando que este nuevo sistema de cotización de alguna manera ya permite tener en cuenta las peculiaridades de quienes desarrollan actividades por cuenta propia sin dedicación temporal particularmente intensa, aunque en el trasfondo se encuentra, qué duda cabe, la dificultad para regular una modalidad que encaja mal con la autonomía e independencia que se predicen de esa manera de realizar una actividad profesional.

Por supuesto, las demoras excesivas en la efectiva aplicación de una norma ya aprobada, y en general la fijación de amplios períodos de *vacatio legis*, incrementan las probabilidades de que se produzca un cambio de circunstancias que provoque la inadecuación de las reglas correspondientes antes de que verdaderamente hayan podido ser aplicadas. Los supuestos anteriormente mencionados –suspensión del contrato por paternidad o trabajo autónomo a tiempo parcial– suscitaban dificultades por razones principalmente económicas y financieras, además de mucha complejidad técnica en el trabajo por cuenta propia a tiempo parcial. En otras ocasiones, en cambio, el mero paso del tiempo puede dar lugar a una variación en las prioridades del legislador, de modo que razones estrictamente políticas motivan modificaciones en normas aprobadas pero que todavía no han entrado en vigor. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, proporciona algunos ejemplos ilustrativos, en particular en relación con la jubilación anticipada y la jubilación parcial.

El nuevo régimen jurídico de esas modalidades debía haber entrado en vigor el 1 de enero de 2013, pero la DA 1.^a del Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, «suspendió durante tres meses la aplicación» de esas medidas, para dar tiempo a una reforma legal. En este caso el legislador fue razonablemente prudente, y la suspensión aplicativa es técnicamente más precisa que el aplazamiento de la entrada en vigor, toda vez que la Ley 27/2011 iniciaba su vigencia el 1 de enero de 2013, mismo día que también entró en vigor el Real Decreto-ley 29/2012. La posposición de la entrada en vigor requiere que la norma que realiza esa operación sea anterior en el tiempo. Tratándose de normas del mismo día, y las dos igualmente vigentes, la suspensión de la aplicación es, en este concreto caso, la opción técnica más precisa, aunque tampoco es claro que se tratase de una voluntad deliberada. A la postre, la DF 8.^a del Real Decreto-ley 29/2012 contemplaba su entrada en vigor «el día siguiente al de su publicación en el *BOE*». Esa es una norma que fue aprobada el 28 de diciembre, por lo que bien habría podido entrar en vigor antes del final del año natural, pero no se publicó en el *BOE* hasta 31 de diciembre. Por tanto, la precisión técnica parece fruto más de la casualidad que de un verdadero convencimiento sobre la fórmula más correcta a emplear.

Ya se trate de una suspensión aplicativa, ya de una posposición de la entrada en vigor, el régimen jurídico tanto de la jubilación anticipada como de la jubilación parcial previstos en la versión original de la Ley 27/2011 nunca llegaron a contar con trascendencia práctica, pues fueron sustancialmente modificados dentro de ese período de tres meses por el Real Decreto-ley 5/2013,

de 15 de marzo, que a su vez plantea una interesante cuestión dogmática, que podría sin duda haber generado dificultades prácticas durante un período limitado, aunque el legislador sí demostró pericia técnica. En concreto, la DF 12 de ese Real Decreto-ley 5/2013 entró en vigor el 17 de marzo (al día siguiente de su publicación en el *BOE*), pero la nueva regulación de las modalidades de jubilación antedichas no se introdujo en la LGSS, sino que se modificaron los preceptos correspondientes de la Ley 27/2011. Y esos artículos habían quedado suspendidos en su aplicación por el Real Decreto-ley 29/2012 durante tres meses, y no hasta la aprobación de una modificación legal.

Cabría aducir que la finalidad de la suspensión aplicativa consistía en reformar el contenido de dichos preceptos, de modo que una vez realizada tal operación y habiendo entrado en vigor el Real Decreto-ley 5/2013 su aplicación habría de ser inmediata. Pero en términos estrictos de técnica legislativa, los artículos 5 y 6 de la Ley 27/2011 no resultaban aplicables hasta 1 de abril de 2013, pues así derivaba de la DA 1.^a del Real Decreto-ley 29/2012, que no condicionaba la suspensión aplicativa al contenido concreto de esos preceptos. Esta es una disquisición meramente teórica, puesto que la DD Única del Real Decreto-ley 5/2013 derogó expresamente los apartados 1 y 2 de la DA 1.^a del Real Decreto-ley 29/2012, y con ello la suspensión aplicativa durante tres meses de los preceptos correspondientes de la Ley 27/2011, que pudieron entrar en vigor, con su nueva redacción, en el momento fijado por el Real Decreto-ley 5/2013 sin quebranto para la seguridad jurídica.

Como es fácil de comprender, las causas que provocan incertidumbre sobre el momento inicial de vigencia no coinciden, normalmente, con las que generan esas dudas respecto de la fecha de finalización. Las normas nacen con una vocación de vigencia indefinida, salvo que en ellas se precise otra cosa, y esa vigencia decae cuando son sustituidas por otras, que proceden a su derogación expresa o tácita. Sin embargo, la práctica ha mostrado otras situaciones que plantean interesantes cuestiones dogmáticas, porque el legislador no es todo lo preciso que desearía cuando pretende configurar un límite a la vigencia.

En efecto, ese momento último no siempre se ha expresado mediante una fecha determinada y perfectamente identificable, sino que en ocasiones se ha remitido a un acontecimiento futuro e incierto. Así sucedió, por ejemplo, con algunas medidas laborales aprobadas en contexto de crisis económicas, y que suponían una cierta reducción de derechos y garantías para los trabajadores que se pretendía justificar por la elevada destrucción de empleo, de modo que, en suma, se consideraba preferible el acceso a un trabajo en condiciones menos ventajosas que la perpetuación del desempleo. El denominado «contrato

de apoyo a los emprendedores» o el incremento temporal de la edad límite para celebrar el contrato para la formación así lo ilustran, y en ambos casos esas medidas se instauraron con un horizonte explícitamente temporal, pero incierto, pues podrían seguir operativas «hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento» (DT 9.^a Ley 3/2012); y la misma solución se extendió al denominado contrato de «primer empleo joven» (art. 12 Ley 11/2013, de 26 de julio).

Aunque bienintencionada, una previsión de esta índole podría llegar a generar problemas de gran envergadura práctica, porque debería determinarse, en primer lugar, qué referencia debe utilizarse, pues, por ejemplo, los datos de la EPA pueden no coincidir con el paro registrado. Además, es menester precisar si la pérdida de vigencia se produce automáticamente o si es necesario algún acto del Gobierno o del legislador. A partir de la interpretación literal, en principio ese es un efecto automático, pues se trata de una vigencia sometida a condición. Cumplida la condición, esas modalidades contractuales no resultarían operativas en la práctica. Por supuesto, los contratos celebrados válidamente hasta entonces no se extinguirían automáticamente, pero ya no cabría celebrar lícitamente un contrato de trabajo bajo alguna de esas modalidades.

Sin embargo, esa aparente claridad desde una perspectiva teórica plantea dificultades evidentes en defecto de un acto expreso, normativo o no, porque debe determinarse el momento preciso en que se cumple tal condición. Los datos del desempleo suelen ser anunciados en primera instancia por el Gobierno, incluso en ocasiones filtrados previamente a la prensa, y solo se publican íntegramente después. Esas circunstancias, que de ordinario serían irrelevantes, se tornarían decisivas para los contratos celebrados en ese lapso de tiempo.

Esta es una problemática que no llegó a provocar litigiosidad, aunque plantea incertidumbre. El incremento del límite de edad en los contratos para la formación fue derogado con la entrada en vigor del Texto Refundido de la LGSS de 2015 (DD única 6 del Real Decreto Legislativo 2/2015), pero en ese momento la tasa de desempleo se situaba por encima del 20%. Sin embargo, el contrato de apoyo a los emprendedores y el contrato de primer empleo joven perdieron el soporte normativo a partir de la DD única del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre. No se cuestionó, o no parece haberse cuestionado, que los datos de la EPA reflejaban una tasa de desempleo menor al 15% desde julio de ese año, por lo que, en principio, ya hacía meses que esas fórmulas no estaban operativas. El Real Decreto-ley 28/2018 justifica la derogación de las previsiones correspondientes precisamente por la reducción de la tasa de desempleo de forma consistente, lo que da fe de que el Gobierno consideraba necesario un acto expreso para la expulsión del ordenamiento de

esas medidas excepcionales y coyunturales. Esa fórmula incrementa la seguridad jurídica, y evita que pudieran plantearse escenarios complejos, como la reducción puntual de la tasa de paro por debajo del límite un solo mes con un incremento inmediato posterior, porque esas normas no contemplaban la posibilidad de revivir o revitalizarse en función del cambio de coyuntura. En cualquier caso, es recomendable que el legislador eluda este tipo de fórmulas de vigencia condicionada si no proporciona pautas muy precisas de actuación, máxime cuando una norma sometida a plazo o condición no debería ser aplicable una vez que esas circunstancias se actualizan, sin necesidad de actos expresos posteriores.

Como es fácil de imaginar, la pandemia COVID, y la normativa excepcional y de emergencia que se aprobó para lidiar con esa particular situación, ha proporcionado numerosos ejemplos de normas con vigencia indeterminada y poco clara, pues el legislador –y en particular el Gobierno– ha mantenido una conducta errática. En efecto, en ocasiones se contempla explícitamente una fecha límite y en otras no, pero sea cual fuere la situación, no siempre el legislador se ha mostrado consistente con su decisión inicial. Piénsese, por ejemplo, en el teletrabajo, que disfrutó inicialmente de alguna regla particular elaborada durante el confinamiento (art. 5 del Real Decreto-ley 8/2020), y que, en vista de su éxito, mereció una atención monográfica para modernizar su régimen jurídico con vocación más general, primero a través del Real Decreto-ley 28/2020 y después de la Ley 10/2021 (sobre «trabajo a distancia»), que vendrían acompañadas de reglas específicas para el teletrabajo en el empleo público gracias a la introducción de un nuevo artículo 47 bis en el EBEP por medio del Real Decreto-ley 29/2020.

En lo que aquí interesa, la DT 3.^a tanto del Real Decreto-ley 28/2020 como de la Ley 10/2021 excluyeron de su radio de acción el «trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19». De este modo, debían coexistir dos regímenes jurídicos distintos para el trabajo a distancia. Por un lado, el general, que se caracteriza por su voluntariedad y que debe ser plasmado en un acuerdo entre empresario y trabajador en los términos de la norma aprobada en septiembre de 2020. Por otro, el excepcional derivado de la pandemia y amparado por el artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020 al que «le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria», sin perjuicio de que «las empresas estarán obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario» y de que la «negociación colectiva establecerá la forma de

compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia, si existieran y no hubieran sido ya compensados»³³.

Al margen de las eventuales dificultades de articulación entre esos preceptos³⁴, la regla provoca extrañeza en cuanto a su ámbito temporal, porque el Real Decreto-ley 28/2020 entró en vigor el 23 de septiembre de 2021, momento en el que el artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020 ya había perdido vigencia. Como se sabe, en un primer momento la DF 10.^a del Real Decreto-ley 8/2020 contemplaba una extensión temporal de un mes para estas medidas, pero pronto se constató que la pandemia se dilataría en el tiempo, de modo que el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, extendió ese plazo «hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma», pero el artículo 15 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, precisaría que el «contenido de estos artículos se mantendrá vigente durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista» en esa DF 10.^a, es decir, tres meses después de la finalización del estado de alarma. Esa circunstancia tuvo lugar el 21 de junio de 2020, de modo que el 21 de septiembre de 2021 las reglas sobre el «teletrabajo COVID» ya no se encontraban formalmente en vigor, y es muy discutible que la DT 3.^a del Real Decreto-ley 28/2020, o de la Ley 10/2021, puedan satisfacer la habilitación que se hacía al Gobierno en el artículo 15 del Real Decreto-ley 15/2020, en el sentido de proceder a «prórrogas adicionales» de vigencia de esa normativa. Más bien parece que el legislador olvidó que esa normativa excepcional estaba sometida a plazo.

Conviene asimismo tener presente que el Real Decreto-ley 29/2020 omitió una regla transitoria similar en el marco del teletrabajo en la Administración Pública, lo que plantea dificultades interpretativas específicas, pues no es claro que existiera fundamento legal suficiente para imponer el teletrabajo por motivos de COVID. Ciertamente es que si la DT 3.^a del Real Decreto-ley 28/2020 se interpreta en el sentido de una prórroga de efectos del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, su virtualidad también alcanzaría al ámbito público, por más que ese precepto no tenga parangón en el Real Decreto-ley 29/2020 o que mencione a las «empresas» y no a las Administraciones Públicas. El artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, no se olvide, contaba con un ámbito de aplicación general y fue ampliamente utilizado en el empleo público. Ahora bien,

³³ Vid. SIERRA BENÍTEZ, E. M., «¿Se mantiene el carácter preferente del trabajo a distancia en su nueva regulación?», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. 2, 2020, pp. 8-10; GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 143-144.

³⁴ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «El teletrabajo en la Administración Pública», en García Murcia, J., (Dir.), *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, MTES, Madrid, 2021, pp. 165 ss.

extraer esas consecuencias de una disposición transitoria contenida en una norma que entró en vigor después del final de la vigencia del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020 es, cuando menos, atrevido. La preferencia legal por el teletrabajo concluyó el 21 de septiembre de 2020, y a partir de entonces únicamente debía procederse a su potenciación, en los términos del artículo 7.1.e) del Real Decreto-ley 21/2020.

El teletrabajo no ha sido el único ejemplo durante la pandemia en el que cabe encontrar reglas de vigencia y/o aplicabilidad anómalas o poco comprensibles, como muestra la Ley 4/2021, de 12 de abril, por la que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. Esa es una norma que trae causa del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, aprobado, como se puede apreciar, un año antes y por motivos de urgencia más que justificados en el momento del confinamiento más severo. Ese «permiso retribuido recuperable» *ex lege* debió disfrutarse entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, y recuperarse antes del 31 de diciembre de 2020. Por consiguiente, Ley 4/2021, de 12 de abril, es una norma que, aunque cuando formalmente pudiera considerarse vigente, nació muerta, pues no tenía pretensión de aplicación retroactiva, sino que se limitaba a reproducir el contenido de otra precedente, inclusive su extensión temporal. Seguramente el propósito consistió en hacer partícipes a las Cortes en la producción normativa durante la pandemia, muy marcada por el protagonismo del Gobierno, pero esta forma de proceder es profundamente perturbadora y, desde un punto de vista jurídico, inadecuada y poco pertinente.

Al margen del particular contexto de la pandemia, es claro que la ausencia de derogación expresa de una ley provoca dudas muy razonables sobre su vigencia, dudas que no siempre son sencillas de despejar, incluso aunque se cuestionen normas aprobadas hace muchas décadas y bajo un régimen político anterior. La vigencia y aplicabilidad de normativa laboral preconstitucional ha dado lugar a problemas diversos, y algunos fueron puestos de manifiesto con anterioridad, en particular los que conectan con la legislación de amnistía (II.2). Otros, sin embargo, han permanecido algo más soterrados, pero han planteado cierto debate judicial, todavía no acabado. A modo de ejemplo, un Decreto de 2 de marzo de 1944, publicado en la Gaceta del 16 de ese mes, estableció un «socorro de quince días de jornal a la familia de todo trabajador que fallezca de muerte natural», socorro, o indemnización, a cargo

del empleador³⁵. Varias décadas después, y en un contexto muy diferente –en su momento esta ayuda se justificaba por la ausencia de un sistema público de seguridad social que compensara a los familiares por la pérdida de rentas–, se planteó la vigencia y aplicabilidad de esa norma, que no ha sido derogada expresamente, y de ahí que los tribunales hayan manifestado disparidad de criterios³⁶.

Se echa en falta una intervención expresa del legislador para proporcionar la pertinente certidumbre, y no únicamente en esa situación. Habría sido conveniente una correcta depuración del ordenamiento que aclarase la eventual vigencia de las normas preconstitucionales, y también de las aprobadas durante la transición y en los primeros albores de la Democracia, sobre vacunación obligatoria, que desde luego podrían jugar un papel en contextos de pandemia y eventualmente repercutir en derechos y deberes laborales³⁷.

Con carácter más atemporal y genérico, cabría reclamar al legislador mucha mayor diligencia para atender la inseguridad jurídica que indudablemente provoca la declaración de inconstitucionalidad de una determinada normativa, o su incompatibilidad con normas internacionales. Es cierto que, por lo general, el legislador español acaba procediendo a una reforma para adecuar nuestro ordenamiento, como por ejemplo sucedió en el ámbito de los derechos de seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial, regulación que ha sido objeto de numerosos reproches por parte del TJUE y del TC³⁸; pero en ocasiones esa actuación se demora meses o incluso años, provocando dificultades insostenibles para la entidad gestora. Así volvió a suceder recientemente con la sentencia del Tribunal de Luxemburgo que declaró incompatible con el Derecho de la Unión la exclusión de la protección por desempleo de las personas dedicadas al servicio doméstico³⁹, situación que tardó varios meses en ser corregida por vía normativa, en concreto hasta el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las perso-

³⁵ Vid. MIRANDA BOTO, J. M., «La discutida vigencia del Decreto de 2 de marzo de 1944, sobre muerte natural del trabajador», *Actualidad laboral*, núm. 1, 2005, pp. 1142 ss., y «La afirmada vigencia del Decreto de 2 de marzo de 1944, sobre muerte natural del trabajador», *Aranzadi Social*, núm. 2, 2005, pp. 2640 ss.

³⁶ A favor, *vid.* SSTSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2005 y 12 de febrero de 2008 (recursos 3/2005 y 2955/2007) y de Asturias de 6 de noviembre de 2018 (recurso 2264/2018). En contra, *vid.* STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de mayo de 2014 (recurso 101/2014).

³⁷ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Prohibición de discriminación en el trabajo por razón de Covid*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 48 ss.

³⁸ Vid. SSTJUE Elbal Moreno (de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11), Espadas Recio (de 9 de noviembre de 2017, asunto C98/15) y Villar Láziz (8 de mayo de 2019, asunto C-161/18); y SSTC 91/2019 y 155/2021.

³⁹ Vid. STJUE TGSS (24-2-2022, asunto C389/20).

nas trabajadoras al servicio del hogar. Ello generó notables disfunciones, máxime cuando los tribunales parecían partidarios de incluir directamente a ese colectivo en la protección por desempleo⁴⁰, con el desajuste que ello provoca ante la ausencia de marco normativo adecuado (por ejemplo en materia de cotización), y porque seguramente la vía más pertinente en estas situaciones es la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, y no tanto el reconocimiento de prestaciones sin el adecuado soporte legal, ya que, en puridad, habrían de extrapolarse reglas diseñadas para colectivos y escenarios distintos y cuyo acomodo podría resultar técnicamente inviable.

En fin, en esta línea de exigencia de mayor cuidado a quien debe elaborar la ley, también resulta imprescindible la aprobación diligente de la normativa reglamentaria adaptada a un cambio legislativo, pues de lo contrario pueden generarse situaciones muy difíciles de articular. Piénsese, por ejemplo, en la extensión de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado del menor, y de la correspondiente prestación de seguridad social, a los supuestos de interrupción del embarazo una vez transcurridos 180 días de gestación, que contempla el artículo 8.4 del RD 295/2009. Ese es un artículo que formalmente no se encuentra derogado, pero que plantea una dificultad interpretativa de entidad, por cuanto limita el derecho a la madre, restricción muy razonable en el marco normativo precedente, pero discutible en el actual, donde la suspensión/prestación por nacimiento y cuidado del menor se regula en los mismos términos para ambos progenitores. Ciertamente, cabría pensar que la diferencia se debe a razones puramente médicas y de salud, y por ello debe circunscribirse ese derecho a la madre biológica, pero pueden esgrimirse interpretaciones contrarias con argumentos igualmente sólidos. En definitiva, los titulares de la potestad legislativa y de la potestad reglamentaria han de comportarse de manera mucho más diligente. Ciertamente es que el TS parece haber puesto fin al debate rechazando que el varón (o el otro progenitor, en general) pueda disfrutar del derecho en estas circunstancias⁴¹.

4. LAS DIFICULTADES DE APLICACIÓN DE NORMAS VIGENTES POR DEFECTOS DE DISEÑO

Como es obvio, las normas que entran en vigor tienen vocación de aplicabilidad, pues su utilidad y su propósito principal consiste en dar respuesta

⁴⁰ Vid. STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 2022 (recurso 5506/2021).

⁴¹ Vid. STS de 18 de octubre de 2023 (recurso 292/2022).

jurídica a los supuestos de hecho que encajan en su radio de acción. De este modo, la norma vigente sin espacio o posibilidad para ser aplicada constituye una anomalía, en ocasiones muy difícil de explicar, como sucede con la Ley 4/2021 sobre permiso retribuido recuperable, mencionada en el epígrafe anterior. En la generalidad de los casos, sin embargo, esa imposibilidad de aplicación suele ser la consecuencia del mero paso del tiempo y de la evolución de la sociedad y el contexto, que pueden provocar que la norma quede vacía de contenido, pero el legislador simplemente olvide proceder a su derogación expresa.

Con todo, la práctica demuestra que las normas vigentes no siempre son susceptibles de –completa– aplicación práctica, por motivos muy diversos, porque las dificultades no provienen en todo caso de un diseño técnicamente incorrecto, o de un obstáculo jurídico, sino de otra clase de circunstancias. A la postre, los derechos sociales son derechos de prestación, cuya efectividad no se garantiza con el mero reconocimiento, sino que es necesaria una dotación económica, instrumental y logística adecuada. En ausencia de todo ese entramado puede resultar imposible que la ley se despliegue en toda su integridad, como ha sucedido, por ejemplo, con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Asimismo, la propia norma se configura a menudo como programática, o con vocación de comprometer al legislador hacia el futuro mediante anuncios de reformas. Como es fácil de comprender, la mera declaración de intenciones no genera derechos y obligaciones, y ni siquiera expectativas de contenido jurídico. Previsiones como la contenida en la DA 1.^a de la Ley 24/1997, en la que se concedía al Gobierno un plazo de ocho meses para presentar un estudio dirigido a analizar la posible inclusión en el Sistema de Seguridad Social de «quienes trabajen al cuidado de su propio hogar y no estén amparados por otras prestaciones contributivas», no atribuyen derechos subjetivos, ni son susceptibles de aplicación directa, ni generan consecuencias jurídicas ante el incumplimiento. De ahí que, en general, esa clase de invocaciones al legislador o al gobierno para reformar una determinada institución hayan sido ignoradas con mucha frecuencia. La transformación de la pensión de viudedad en una prestación de naturaleza asistencial constituye otro ejemplo palmario.

En verdad, esos anuncios reiterados e incumplidos podrían afectar a la recta aplicación de las normas, e incluso entorpecerla, porque inducen a confusión entre la *voluntas legis* y la *voluntas legislatoris*. Ahora bien, conviene distinguir, por un lado, entre las disposiciones que plantean la necesidad o conveniencia de acometer una determinada reforma, y, por otro, las

explicaciones del legislador sobre el contenido y alcance de determinados preceptos en vigor. Las normas programáticas, a pesar de su relativo interés, no plantean dificultades jurídicas de entidad, pues no generan derechos subjetivos ni expectativas. En cambio, las afirmaciones del legislador, incluso en la propia norma mediante su incorporación a la exposición de motivos, habrán de ser valoradas por los operadores jurídicos conforme a las pautas exegéticas tradicionales del Derecho, bien sea para dar sentido a oscuridades del texto normativo, bien sea para conciliar los propósitos declarados del legislador y el contenido real de la norma.

En este sentido, la doctrina científica ha puesto de manifiesto la frecuencia con la que el legislador recurre en tiempos recientes a la aprobación de normas «propaganda» o «manifiesto»⁴², con exposiciones de motivos de marcado carácter político muy poco apropiadas para una norma de alcance general⁴³, o con ambiciosas declaraciones sobre los efectos y consecuencias de la nueva regulación que difícilmente encuentran acomodo en el tenor literal del texto aprobado⁴⁴. El ámbito laboral ofrece dos ejemplos recientes muy ilustrativos.

En primer lugar, el preámbulo de la que se ha dado en llamar *Ley rider* (Ley 12/2021, de 28 de septiembre) afirma que «los algoritmos merecen nuestra atención y análisis, por los cambios que están introduciendo en la gestión de los servicios y actividades empresariales, en todos los aspectos de las condiciones de trabajo y, sobre todo, porque dichas alteraciones se están dando de manera ajena al esquema tradicional de participación de las personas trabajadoras en la empresa», y añade que «no podemos ignorar la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral y la necesidad de que la legislación laboral tenga en cuenta esta repercusión tanto en los derechos colectivos e individuales de las personas trabajadoras como en la competencia entre las empresas».

Pese a esas afirmaciones tan ambiciosas, la ley se limita a establecer una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas laborales de reparto y a atribuir a la representación de los trabajadores un derecho de información, ni siquiera de consulta, sobre los «parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». Por

⁴² Vid. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 42.

⁴³ A modo de ejemplo, vid. LO 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal.

⁴⁴ Como sucede con el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

consiguiente, existe una diferencia significativa entre lo que se anuncia en el preámbulo y el contenido real de la norma, que en modo alguno regula el contenido y alcance del uso de algoritmos en la relación laboral.

Esa discrepancia es también evidente en la reforma laboral aprobada mediante Real Decreto-Ley 32/2021, cuya exposición de motivos genera unas expectativas que el contenido de la norma difícilmente puede sostener. Resulta significativa, por ejemplo, la afirmación de que las medidas de flexibilidad interna pasarán a tener preferencia («fórmula alternativa y prioritaria») frente al despido, afirmación que, quizá, podría sustentarse en la incorporación a la redacción del artículo 47 ET de una novedosa referencia a la «temporalidad» de las causas que justifican el ERTE. Cabría así defender que se ha producido un cambio de paradigma, pues a través de esa especie de prohibición de despedir implícita las causas temporales no justificarían un despido colectivo.

Sin embargo, el legislador no ha ofrecido ninguna pauta para dilucidar cuándo la causa es temporal y cuándo es definitiva, y la definición de las causas en el artículo 47 ET es la misma antes y después de la reforma. Es más, las causas que permiten acudir a un ERTE son también idénticas a las que justifican un despido colectivo (art. 51), con una pequeña diferencia en relación con el número de trimestres que se toman como referencia para precisar si existe causa económica. De este modo, no se conocen los parámetros para determinar si la causa es temporal o no, ni para efectuar tal valoración *a priori*, ni para identificar al sujeto competente o capacitado para ello. Remitir esa decisión/valoración a la vía judicial supone, a la postre, generar una incertidumbre insoportable sobre todo el sistema, especialmente si se llega a la conclusión de que un despido colectivo fundado en una causa temporal habrá de considerarse nulo. Teniendo en cuenta que, por lo general, toda circunstancia –social, económica e incluso vital– es temporal, la inseguridad jurídica resulta inaceptable.

Conviene además tener presente que el propio legislador ha enviado mensajes equívocos. Como se sabe, las consecuencias de la invasión de Ucrania por parte de Rusia, con el aumento del precio de los carburantes y la energía, llevaron al Gobierno a rescatar la «prohibición de despedir» vigente durante la pandemia COVID⁴⁵ –denominación equívoca como demuestra que su contravención no conduce a la nulidad del despido⁴⁶– y extrapolarla, aunque con otra

⁴⁵ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Facultades extintivas del empresario en la era Covid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 17 ss.

⁴⁶ Vid. STS de 19 de octubre de 2022 (recurso 2206/2021).

configuración, a este contexto bélico (art. 44 Real Decreto-ley 6/2022)⁴⁷, por lo que cabe entender que no existe tal prohibición general implícita para circunstancias temporales tras la reforma laboral, ya que de lo contrario no habría sido necesario aprobar una nueva norma con una regla expresa, y además con vigencia acotada (primero hasta el 30 de junio de 2022, y después hasta el 31 de diciembre, tras el Real Decreto-ley 11/2022). Más bien al contrario, pues parece imprescindible que si el legislador desea modificar el régimen jurídico de una determinada institución proceda a ello de la forma más nítida posible.

Por otro lado, es claro que las obligaciones que no van acompañadas de las pertinentes reglas sobre procedimiento, competencia y responsabilidades acaban convirtiéndose más en recomendaciones que en obligaciones jurídicas. En ese mismo escenario de los ERTE, el artículo 47 ET se limita a indicar que la reducción de jornada es prioritaria sobre la suspensión de contratos, pero no determina quién y cómo decide sobre esa prioridad, ni cuáles son las consecuencias que derivan del incumplimiento. Pero quizá resulte más significativa la nueva regulación de las prohibiciones relativas a las horas extraordinarias, a la contratación de trabajadores y a la externalización [art. 47.7.d) ET], porque las infracciones y sanciones que se han incorporado a la LISOS adolecen de defectos de diseño relevantes.

Por ejemplo, únicamente se han introducido en la LISOS de forma explícita los incumplimientos de las prohibiciones relativas a nuevas contrataciones y externalizaciones del artículo 47 ET, sin mención al artículo 47 bis, por lo que parecen quedar fuera los ERTE del mecanismo RED, así como los incumplimientos relativos a las horas extraordinarias. Además, ni en el artículo 47 ET ni en la LISOS se ha añadido referencia alguna a la contratación de trabajadores a través de una ETT. Los principios de tipicidad y legalidad, y la imposibilidad de interpretación extensiva o analógica de normas sancionadoras, pueden hacer inviable la sanción de conductas que a buen seguro el legislador pretende prohibir, pero que quizá queden impunes. En esa línea, el artículo 7.5 LISOS no parece completamente adecuado para sancionar los incumplimientos relativos a las horas extraordinarias, porque menciona los preceptos del ET relativos a la jornada de trabajo, y las remisiones entre los artículos 47 y 47 bis ET en relación con esas prohibiciones no deberían salvar la omisión del artículo 47.bis ET en la LISOS⁴⁸.

⁴⁷ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Las prohibiciones de despido por la invasión de Ucrania: fines, funciones, similitudes con las medidas Covid y articulación con la legislación estructural», *Labos*, Vol. 3, núm. 22, 2022, pp. 51-75.

⁴⁸ Vid. GARCÍA MURCIA, J., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Régimen sancionador: perspectiva de conjunto», en Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Escanciano, S., y Rodríguez Iniesta (Dir.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2022, pp. 573 ss.

Por consiguiente, y ya en términos generales, el legislador debería dedicar mucho más esmero a la configuración de los derechos y las obligaciones de empresario y trabajador, o del beneficiario y la entidad gestora, pues sin una sintonía entre las normas sustantivas, las procedimentales y las sancionadoras la seguridad jurídica se resiente. Los ejemplos son numerosos, pero en otro contexto se podría aludir a la suspensión del contrato por nacimiento o cuidado del menor, que ambos progenitores deben disfrutar de forma obligatoria durante las seis primeras semanas (arts. 48.4 y 48.5 ET). Sin embargo, dicha obligatoriedad no se acompaña de ningún tipo de sanción o consecuencia, de modo que, en teoría, cabría renuncia voluntaria –salvo para la madre biológica–, y, al margen de presiones imputables al empleador, lo cierto es que la empresa ni siquiera habría de conocer la situación, porque el trabajador, si no desea ejercitar el derecho, no está obligado a informar al empresario sobre su nueva condición de progenitor. Por consiguiente, la renuncia a esas seis semanas obligatorias del progenitor distinto a la madre biológica es un incumplimiento legal sin una consecuencia expresa.

Esas son circunstancias más o menos ordinarias, y seguramente toleradas por el legislador, que mediante ese tipo de obligaciones de carácter «blando» persigue en cierto modo un cambio cultural, y no tanto el reproche jurídico en forma de sanciones. Se trata de previsiones con un componente pedagógico, no estrictamente imposiciones legales, que de hecho podrían llegar a plantear algún desajuste con otros derechos, incluso de carácter constitucional (*v. gr.*, derecho al trabajo). Es un escenario que conviene distinguir, por cierto, de los «cambios en la textura jurídica» que han comenzado a detectarse en los últimos tiempos. Esos cambios de textura consisten en la apuesta por regulaciones conscientemente imprecisas, que se decantan por configurar la norma a partir de «principios o criterios genéricos, con lo que su estructura lógica se desdibuja: el supuesto de hecho se configura vagamente, el mandato no se explicita con claridad y la consecuencia jurídica de su vulneración, tampoco»⁴⁹, lo que incrementa la complejidad en la aplicación.

Algunos de los derechos digitales reconocidos por la LO 3/2018, de 5 de diciembre, encajan sin lugar a dudas en esa tendencia más moderna de reconocer derechos cuyo contenido no se desgrana completamente, como sucede con el derecho a la desconexión digital (art. 88). Los derechos a la concreción horaria, o a la elección de turno, para atender necesidades derivadas de la conciliación de la vida laboral y familiar han suscitado dificultades

⁴⁹ Cfr. GOERLICH PESET, J. M., «Algunas tendencias del sistema de fuentes. Manifestaciones recientes en el ámbito jurídico-laboral», *Labos*, Vol. 3, núm. 1, 2022, pp. 15-16.

similares (art. 34.8 ET). El propósito, loable, de mantener un equilibrio entre los derechos e intereses de las partes no puede esconder que esos intereses pueden resultar incompatibles, por lo que, en último término, debe atribuirse la capacidad de decisión a uno de los sujetos involucrados, y no siempre el legislador concede nítidamente la prioridad a uno de ellos o establece un método de resolución de discrepancias distinto a la vía judicial⁵⁰.

Una problemática particular suscita la normativa que en apariencia cuenta con vocación de aplicabilidad, pero que carece de un soporte adecuado al remitir tan frecuentemente a desarrollos reglamentarios que no resulta operativa sin ese apoyo. Por consiguiente, en tanto el reglamento de desarrollo no sea aprobado, la ley o bien no puede aplicarse, o bien debe sustentarse en los reglamentos elaborados para un texto legal precedente, cuya depuración no siempre es sencilla. El ámbito de la seguridad social ofrece ejemplos muy numerosos, ya desde hace más cinco décadas, y la situación no parece que vaya a mejorar en un futuro cercano. No sólo es que se mantengan vigentes, total o parcialmente, normas reglamentarias de las décadas de los 60 y 70 del siglo pasado, sino que las leyes más recientes tampoco reciben la atención que merecerían. Así lo demuestra el ingreso mínimo vital, pues ni la norma que lo creó, el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, ni la que posteriormente la sustituyó (Ley 19/2021, de 20 de diciembre), han recibido la pertinente atención gubernativa, pese a las numerosas llamadas al reglamento.

La ausencia de desarrollo resulta particularmente problemática cuando el reglamento se convierte en presupuesto de aplicación, de modo que la ley no despliega efectos hasta ese momento posterior en que interviene el gobierno. Como se puso de manifiesto en el epígrafe anterior, así ocurrió con el trabajo autónomo a tiempo parcial, y también con otras muchas situaciones que, incluso, agotaron su período de vigencia sin desplegar efectos prácticos. Piénsese en la inclusión en la «seguridad social de las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas» (DA 5.^a del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre), que no llegó a materializarse porque nunca se aprobó el reglamento previsto en su apartado 6 (y quizá por ello la nueva DA 52.^a LGSS introducida por el Real Decreto-ley 2/2023 incorpora a ese colectivo en el Sistema de Seguridad Social sin necesidad de desarrollo reglamentario); o en el contrato para la formación dual universitaria previsto en el artículo 11.3 ET hasta la reforma laboral de 2021.

⁵⁰ Vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., «Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2021, pp. 5 ss.

Resulta especialmente problemático que el legislador, en ocasiones, ni siquiera concrete cuándo el reglamento se convierte en presupuesto de aplicación de la ley, o cuándo la ley puede resultar aplicable por sí misma. No conviene olvidar que la Administración puede cumplir en determinados ámbitos –como la seguridad social– un papel determinante a través de la aprobación de instrucciones, criterios, resoluciones y otros instrumentos que facilitan la aplicación inmediata de la norma. Ese tipo de criterios o resoluciones no se caracterizan por su facilidad de acceso y consulta, pues no son objeto de publicación oficial (y no adquieren por consiguiente el carácter de norma), pero sin ellos el interesado desconoce realmente cómo se aplicará la ley. Es una situación que dista de ser ideal, y que repercute en la seguridad jurídica, no sólo porque esos criterios de aplicación no satisfacen la referencia al reglamento previsto en la ley, sino también porque se convierten en decisivos en esta fase de aplicación, pero de ordinario resultan completamente desconocidos.

El escenario se torna particularmente delicado en el empleo público, toda vez que la distinción entre las facultades que corresponden a la administración como auténtica administración, en ejercicio de potestades públicas dirigidas a la satisfacción del interés general, y las que derivan del poder de dirección y organización que nace del contrato de trabajo no ha sido correctamente delimitada, lo que quizá podría dar lugar, incluso, a que determinadas normas laborales pudieran llegar a ser aplicadas en el empleo público y no en el sector privado, precisamente en esos supuestos donde se entiende que la ley únicamente es susceptible de aplicación si se apoya en un reglamento. Obviamente, la confusión de esas dos facetas de la Administración debería generar las pertinentes consecuencias.

Al margen de esta particular intervención administrativa, el reglamento, en sentido estricto, es un producto normativo que contribuye, por lo general, a la seguridad jurídica, al concretar y precisar la ley, en el bien entendido de que su regulación resulte adecuada y coherente. En particular, los reglamentos suelen ocuparse de los procedimientos a través de los que deben canalizarse los derechos y las obligaciones de las partes, procedimientos que habrán de estar dotados de las garantías pertinentes y que, sobre todo en el ámbito laboral, se caracterizan por su celeridad –también en sede judicial–, para evitar perjuicios sobrevenidos.

En contraposición, aquellos procedimientos que se dilatan en el tiempo y en los que la respuesta sobre la licitud de una determinada decisión se produce en un momento donde no es sencilla una completa reparación del daño, o cuando menos, una reposición a la situación anterior, plantean una problemática particular para la seguridad jurídica, y para la propia efectividad del

Derecho. Ese es el caso de la fijación de servicios mínimos⁵¹, que es competencia en primera instancia del empresario. No obstante, y aun siendo impugnada la decisión, su licitud únicamente se determinará en el futuro, con las dificultades que ello provoca para la satisfacción real de los trabajadores afectados, cuyo contrato podría incluso haber expirado en ese momento y que pueden encontrarse con dificultades insuperables para reclamar judicialmente y obtener una compensación por el daño sufrido⁵². Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, el legislador quizá debería apostar por procedimientos que se sustancien *a priori*, con carácter preferente y sumario, bien ante instancias administrativas dedicadas a la conciliación y mediación, bien dentro de la propia empresa, a través de los cauces de información y consulta, o incluso por vía judicial, tomando como referencia procedimientos como el de vacaciones (arts. 125 y 126 LRJS). Respecto de la huelga, cabría incluso una actuación más estructural en la que, en tiempos de paz, se identificasen los puestos de trabajo que deben cubrirse durante un conflicto, ya sea mediante servicios mínimos, ya sea mediante servicios de mantenimiento y seguridad. Sin embargo, la inacción del legislador conduce a la incertidumbre, a la inseguridad jurídica en suma, con el resultado de un incremento notable de la conflictividad.

En fin, en este plano de la relación entre las distintas normas no conviene olvidar que el Derecho del Trabajo cuenta con peculiaridades significativas respecto de otras ramas del ordenamiento, pues muchas de sus normas no reúnen los rasgos típicos o más comunes, y en particular en lo que se refiere a su imperatividad. Aunque las normas imperativas absolutas son conocidas en el Derecho del Trabajo, y razonablemente frecuentes (*v. gr.*, edad mínima de acceso al trabajo, art. 6 ET), en la mayor parte de ocasiones las normas laborales se configuran con una imperatividad relativa, esto es, se admite su mejora a través de pacto, ya colectivo, ya individual (*v. gr.*, duración de las vacaciones, art. 38.1 ET). Y también se encuentran normas completamente dispositivas, que se aplican en defecto de acuerdo (*v. gr.*, duración del período de prueba, art. 14.1 ET). Este tipo de operaciones requiere de notable pericia legal para evitar conflictos normativos de difícil resolución, y, lamentablemente, la técnica legislativa resulta manifiestamente mejorable, como la doctrina ha puesto de manifiesto⁵³.

⁵¹ Vid. ARGÜELLES BLANCO, A. R., *Derecho de huelga y determinación de los servicios mínimos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 85 ss.

⁵² Vid. STS de 13 de octubre de 2021 (recurso 4919/2018).

⁵³ Vid. SALA FRANCO, T., y BLASCO PELLICER, A., «Acerca de la seguridad jurídica y de la naturaleza de las normas laborales: reflexiones para un debate», en Sala Franco, T., (Dir.), *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2001, pp. 13 ss.

5. DEFICIENCIAS APAREJADAS A LA ESTRUCTURA Y ORDENACIÓN DE LA PROPIA NORMA

Como ya se ha insistido en epígrafes precedentes, los meros defectos de técnica legislativa, aunque reprochables, no suponen una transgresión del principio de seguridad jurídica en tanto que la norma identifique a sus destinatarios, delimite correctamente su ámbito de aplicación y sea susceptible de una interpretación razonable. La redacción mejorable o la estructura incorrecta, así pues, constituyen de ordinario deficiencias de menor calado que no vulneran la Constitución ni ponen en riesgo la vigencia y operatividad de la norma en cuestión, que no será expulsada del ordenamiento por esa razón. Esa falta de atención al detalle del legislador puede dar lugar a dificultades de interpretación que eventualmente requieran la intervención de los tribunales en aras a su clarificación, pero, por decirlo de alguna manera, esa es una problemática natural u ordinaria en la dinámica de un ordenamiento jurídico. El lenguaje es equívoco, incluso el más técnico, y la necesidad de interpretación es consustancial a la norma jurídica, por más que haya sido redactada de manera impecable conforme a los más elevados estándares técnicos (II.5 y IV.2).

Ahora bien, cuando la escasa precisión técnica obliga a esfuerzos interpretativos de más entidad de la que sería deseable se pone en riesgo la seguridad jurídica. Por ejemplo, partiendo de la premisa de que el contrato de trabajo es un contrato oneroso, y que el trabajador desempeña la actividad a título lucrativo y con la intención de obtener una contraprestación económica, que se convierte en objeto del propio contrato, parece evidente que las alusiones a esa contraprestación habrían de ser inequívocas. Sin embargo, el ET no sólo utiliza como referencia principal «salario» (art. 26), sino que recurre también a expresiones como «retribución» (arts. 11, 17, 22 o 28), «remuneración» (arts. 4, 9, 26, 28 o 37) o «compensación económica» (arts. 21, 37 o 28). En ciertos escenarios es claro que no todas estas expresiones equivalen a salario, como sucede en el art. 53.5.b) ET⁵⁴, pero en otras ocasiones el legislador se sirve de ellas como vocablos intercambiables, una fórmula para dotar de pulcritud a la redacción evitando la reiteración de la misma palabra.

El legislador, y ahí estriba la dificultad, no advierte cuándo una de esas referencias es sinónimo de salario, o cuándo pretende dotar a la expresión correspondiente de una dimensión más amplia o más restringida, y ni siquiera ha

⁵⁴ «Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de esta el importe de dicha indemnización».

definido de forma precisa cada uno de esos términos. Surgen de este modo dudas legítimas de interpretación, que deben ponerse en relación con las normas de seguridad social, y en particular las relativas a la base de cotización, que se conforma a partir de la «remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena» (art. 147.1 LGSS).

Las reformas legales de la última década han puesto de manifiesto que esa «remuneración total» no puede identificarse con el concepto de salario, pero es probable además que la extensión y contenido de la «remuneración total» del artículo 147 LGSS resulten parcialmente diferentes en comparación con las que puedan atribuirse al concepto de «remuneración» que contempla el ET. Esa disparidad quizá pueda venir motivada porque las reglas de cotización conectan de forma más intensa con las tributarias que propiamente con el Derecho del Trabajo.

No es esa, por cierto, la única coyuntura en la que la legislación laboral utiliza expresiones en apariencia sinónimas, o con un contenido equivalente, pero que en la práctica han conducido a significados diferentes. Piénsese en el tiempo de permanencia en la empresa, que tradicionalmente se identifica con la «antigüedad», pero en el contexto de las indemnizaciones por extinción del contrato el legislador se ha decantado por la referencia a «años de servicio», que parece sustancialmente equivalente a «antigüedad», pero la jurisprudencia ha preferido dotar a esa expresión de autonomía, generando notables problemas interpretativos⁵⁵.

Ciertamente, el legislador, incluso por razones de estilo de redacción, puede decantarse por utilizar expresiones distintas para designar una misma realidad, aun cuando esa opción incremente las dificultades interpretativas. Sería muy recomendable que, en situaciones con riesgo de equívoco, el propio legislador proporcionase una pauta para que el intérprete pudiera inferir si el uso de expresiones diferentes es un mero recurso estilístico en orden a evitar reiteraciones y cacofonías, o verdaderamente responde a una necesidad técnica debido a su distinto significado. Obviamente, se trata de situaciones difíciles de erradicar completamente *a priori*, más fáciles de corregir que de prevenir, porque no cabe revestir al lenguaje, incluso al jurídico, de precisión matemática.

⁵⁵ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *El cálculo de la indemnización por extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 47 ss.

En cambio, el legislador habría de minimizar los problemas derivados de normas mal redactadas o deficientemente estructuradas, que complican la interpretación, e incluso conducen a cambios de criterio interpretativo, pero no por rasgos propios del lenguaje, sino por la escasa pericia del creador de la norma. El listado potencial de normas laborales y de seguridad social con deficiencias estructurales es amplio, porque esos defectos obedecen a muy distintos motivos. No es infrecuente que el legislador contemple consecuencias para un determinado supuesto, pero olvide concretar qué ocurre en el espacio no cubierto por la norma. Como muestra, el artículo 49 ET, en relación con la expiración de contratos temporales, advierte que «si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días». En cambio, no precisa cuál es dicha antelación mínima para los contratos de duración inferior, pese a que, en principio, ambas partes deben respetar esa obligación de preaviso, una muestra más de falta de precisión en el diseño de las normas.

Por supuesto, cabe encontrar ejemplos de mayor entidad, que de alguna manera afectan a los pilares sobre los que se asienta una determinada institución o parcela de regulación. Con carácter meramente ilustrativo, pueden señalarse tres situaciones con notable atención doctrinal y jurisprudencial. En primer lugar, la determinación de las responsabilidades empresariales en supuestos de subcontratación. En segundo lugar, las consecuencias laborales y de seguridad social del trabajo prestado por los extranjeros en situación administrativa irregular. Y en tercer lugar, la forma de distribución de la pensión de viudedad en supuestos de concurrencia de cónyuges y excónyuges.

En relación con la subcontratación, el artículo 42 ET se dirigía en su origen a establecer responsabilidades en el marco de las contrataciones de propia actividad. Con el tiempo, su contenido se fue enriqueciendo, incorporando derechos de información, para los trabajadores y sus representantes, o cierta equiparación entre los trabajadores de la empresa principal y los de las empresas contratistas y subcontratistas, así como reglas de coordinación para las empresas y representaciones legales involucradas. Sin embargo, el legislador nunca ha aclarado explícitamente si esas nuevas previsiones del artículo 42 ET se circunscribían a las contrataciones de propia actividad o debían extenderse a cualesquiera supuestos de subcontratación, incertidumbre que resulta particularmente relevante tras la reforma de 2021, que ha introducido en el apartado 6 una regla sobre determinación del convenio colectivo aplicable. Desde luego, habría sido razonable que el legislador identificara explícitamente qué reglas se aplican a cualesquiera contrataciones y cuáles otras únicamente a las de propia actividad. Si esta es la conclusión

que cabe extraer, resultaría conveniente reordenar el precepto de forma más lógica, comenzando por las disposiciones aplicables a cualesquiera contratas y concluyendo con aquellas exclusivamente dirigidas a las de propia actividad.

No es, en cualquier caso, la única dificultad interpretativa relativa a las contratas, sino que debe conectarse el artículo 42 ET con las previsiones de la LGSS. Mientras el artículo 42 ET, en sus apartados relativos a las contratas de propia actividad, contempla la responsabilidad solidaria de los empresarios afectados, la LGSS se decanta por la responsabilidad subsidiaria en ciertos supuestos, en particular en casos de responsabilidad en orden a las prestaciones. El artículo 127.1 LGSS/1994 contemplaba esa regla, que comenzaba con el siguiente tenor: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable [...]». La redacción del precepto no era la más afortunada, pues al ubicar entre comas el inciso central –«para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante»– cabría dudar legítimamente si este supuesto de responsabilidad subsidiaria se constreñía a esa clase de contratas o bien si desplegaba efectos en cualesquiera contratas. Quizá en un exceso de delegación legislativa, pero con buen criterio, el Texto Refundido de 2015 contribuyó a despejar la incertidumbre suprimiendo la primera de las comas («sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable [...]»), de modo que el artículo 168.1 LGSS establece una responsabilidad subsidiaria que podría afectar a cualquier supuesto de subcontratación, encaje o no en el concepto de propia actividad.

Por otro lado, es bastante frecuente en los últimos años que la doctrina científica y la judicial revivan –o reaviven– debates interpretativos previos que parecían superados, pero que en realidad habían quedado latentes, y por ello aparecen nuevamente –y con cierto oportunismo– cuando alguna circunstancia, y en particular una reforma legal, permite volver a plantearlos con perspectivas de éxito. Es, a la postre, una muestra de inconformismo o de resistencia que enturbia la labor interpretativa, atribuyendo intenciones ocultas al legislador a partir de premisas o puntos de partida no siempre sólidos.

Un ejemplo evidente lo ha proporcionado la legislación de extranjería, pues en su versión original la LO 4/2000 incluía una regla («la carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de

trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero»), que, sin perjuicio de su cambio de ubicación (del inicial art. 33.3 pasó al art. 36.3 y después, muy enriquecida, al apartado 5 de ese art. 36), fue interpretada por muchos como un cambio completo de paradigma, e incluso el TS llegó a afirmar que «el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es en la actual legislación un contrato nulo»⁵⁶. Sin embargo, el propio Tribunal sería consciente de que la norma adolecía de ese propósito tan rupturista, y que resultaba excesivo derivar tal consecuencia en todos los órdenes (por ejemplo, en relación con la seguridad social), por lo que rectificaría su posición posteriormente, advirtiendo que el «contrato del extranjero irregular es nulo y no debe continuar ejecutándose», sin perjuicio de que pudieran derivarse de él ciertos derechos o exigirse determinadas responsabilidades en el marco de la relación laboral⁵⁷.

Quizá con menos impacto práctico, pero muy ilustrativo a nivel dogmático y teórico, el reparto de la pensión de viudedad entre cónyuges y excónyuges también ha planteado dificultades. La regla proporcional en el reparto en caso de concurrencia de beneficiarios fue fuertemente cuestionada⁵⁸, en un debate que se intensificó tras la STS de 21 de marzo de 1995⁵⁹, que modificaba un criterio clásico al concluir que «el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge superviviente, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último». En la pugna entre los partidarios de la tesis atributiva y los defensores de la tesis distributiva⁶⁰, el TS rechazó la tesis distributiva, considerando que la pensión de los excónyuges no es una auténtica pensión de viudedad, sino una pensión «asimilada a la de viudedad»⁶¹, y con ello su cuantía debe calcularse en proporción al tiempo convivido, a diferencia del superviviente, que disfruta de un derecho pleno, pues es el «verdadero viudo»⁶². De ahí que cuando el único beneficiario era un excónyuge no recibía la pensión íntegramente, sino la parte proporcional al tiempo convivido, lo que motivó que se calificase al INSS como un «viudo» más, al resultar, de alguna manera, un beneficiario en el reparto⁶³.

⁵⁶ Cfr. STS de 9 de junio de 2003 (recurso 4217/2002).

⁵⁷ Vid. ATS de 21 de enero de 2010 (recurso 106/2009).

⁵⁸ Un resumen en NAVARRO ROLDÁN, R., *Pensión de supervivencia*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 157 ss.

⁵⁹ Recurso 1712/1993.

⁶⁰ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Pensión de viudedad y divorcio», *RL*, núm. 11, 1995, pp. 4 ss.

⁶¹ Vid. STS de 26 de mayo de 2004 (recurso 3103/2003).

⁶² Vid. STS de 17 de julio de 2000 (recurso 67/2000).

⁶³ Vid. POQUET CATALÁ, R., «Pensión de viudedad: ¿el INSS como tercera viuda?», *REDT*, núm. 176, 2015, pp. 203 ss.

Es un debate que, probablemente, se cerró en falso, y por ello se volvió a plantear con fuerza tras la reforma de 2007 y continúa generando litigiosidad⁶⁴, porque la modificación del artículo 174 LGSS/1994 (actual art. 220) no se realizó con la debida precisión técnica. Sin duda, la redacción del precepto legal cambió significativamente tras la aprobación de la Ley 40/2007, pero es muy dudoso que el legislador pretendiera posicionarse –desautorizando al TS– en una polémica que parecía ya enterrada. En su redacción previa a la reforma de 2007, el artículo 174.2 LGSS/1994 disponía que «en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio», limitando el criterio de proporcionalidad a los excónyuges (en todo caso, y recogiendo supuestos de nulidad en el párrafo siguiente de ese mismo apartado) y excluyendo su aplicación –por omisión– al supérstite.

Tras la reforma de 2007 el primer párrafo de ese artículo 174.2 se dividió en dos. El primero reconocía el derecho a la pensión «en los casos de separación o divorcio» a quien «sea o haya sido cónyuge legítimo», pero ese derecho se condicionaba «en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante». El segundo de esos párrafos establecía la regla especial para supuestos de concurrencia de beneficiarios «habiendo mediado divorcio», con la garantía del 40 % a favor del supérstite y disponiendo expresamente que todos los beneficiarios en este supuesto tienen derecho a la pensión en «cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante».

Esta modificación admite una interpretación favorable al excónyuge, que disfrutaría de un derecho pleno si fuera el único beneficiario, y en perjuicio del supérstite, al que se le calcularía una pensión proporcional en situaciones de concurrencia. No obstante, cabe asimismo una lectura distinta, netamente continuista y absolutamente compatible con el derecho de acrecimiento de los huérfanos, a partir de una interpretación más convincente que la voluntad no declarada o el descuido del legislador. Bien mirado, el objetivo de esa reformulación del precepto legal parece entroncar, directa y exclusivamente, con dos acciones expresamente anunciadas por el legislador a lo largo de la tramitación parlamentaria, y también en el Preámbulo de la Ley 40/2007, amén de que se encontraban asimismo en el Acuerdo sobre

⁶⁴ Vid. STS de 9 de febrero de 2022 (recurso 4823/2019).

medidas en materia de seguridad social de 2006. En todos esos momentos se insistió, por un lado, en que la pensión compensatoria sería un requisito para que los excónyuges pudieran acceder a la pensión de viudedad; y, por otro, en que parecía razonable garantizar al supérstite un mínimo de pensión, sobre la base de que su situación de necesidad debía estimarse más intensa por su potencial dependencia económica del causante, y que a tal efecto debía introducirse algún factor de corrección que evitase un importe de pensión muy reducido por la concurrencia como beneficiario de un excónyuge con un largo período de convivencia con el causante.

Desde esa perspectiva, el primer párrafo del artículo 174.2 LGSS/1994 (actual párrafo segundo del artículo 220.1 LGSS/2015) tiene como objetivo condicionar la pensión de viudedad de los excónyuges a la previa percepción de la pensión compensatoria. No hay, así pues, un propósito de mejorar el derecho de los excónyuges, convirtiéndolo en pleno cuando son beneficiarios únicos, sino de restringir aún más su derecho proporcional. No conviene olvidar que la Ley 26/2009 amplió la función y efectos de la pensión compensatoria, que no se limitaría a convertirse en condición de disfrute de la pensión, sino que también actuaría como límite máximo del importe a percibir.

El segundo párrafo, por su parte, presenta una finalidad distinta, aunque en íntima relación con el primero. Su objetivo consiste, sin lugar a dudas, en introducir la nueva garantía para el supérstite en supuestos de concurrencia de beneficiarios, al reconocer el derecho a un mínimo del 40% de la pensión. La expresa mención a la proporcionalidad se explica por un defecto de técnica legislativa, al «heredar» en cierto modo la redacción precedente. El hecho de que el artículo 174.2 LGSS/1994 previo a la reforma de 2007 limitase la proporcionalidad a los excónyuges no es un argumento definitivo en contrario. En ese momento el derecho del excónyuge no se veía mediatizado por el supérstite, por lo que la cuantía de su pensión no variaba por esa circunstancia. De ahí que la mención al supérstite en ese artículo 174.2 habría resultado superflua, salvo que su propósito hubiera sido clarificar que la existencia de excónyuges perjudicaba al supérstite, pues era su pensión la que sufría la reducción pertinente. La reforma de 2007 parte de esa premisa, y no la cuestiona, sino que introduce ese factor de corrección en el reparto a favor del supérstite. La mención a la proporcionalidad ya se contenía en la redacción precedente, y se mantiene tras la reforma, pero la escisión de un párrafo en dos ha provocado que esa referencia figure únicamente en uno de ellos, permitiendo interpretaciones contradictorias por la mera impericia del legislador.

6. LA FALTA DE COORDINACIÓN ENTRE SECTORES DEL ORDENAMIENTO COMO RIESGO PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA

Los ordenamientos jurídicos modernos se caracterizan por su extraordinaria complejidad. La abundancia de leyes responde, en buena medida, a la evolución y sofisticación en todos los órdenes –social, económico, productivo o tecnológico–, y, aun así, esa ingente producción normativa no es capaz de ofrecer una respuesta directa a toda la problemática práctica que se suscita. Los debates sobre el ordenamiento jurídico, su carácter completo o la eventual presencia de lagunas, son muy añejos, pero no es este el lugar para visitar las tesis clásicas, como el positivismo de Kelsen⁶⁵ o la concepción de Santi Romano⁶⁶. Lo fundamental, en este momento, es que el artículo 1.7 del Código Civil dispone que los «Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Aun cuando pueda aceptarse la premisa de que el ordenamiento jurídico es completo, y que proporciona suficientes herramientas para afrontar con éxito cualesquiera controversias, no es sencillo considerarlo como un todo unitario, al menos si por unitario se entiende un conjunto ordenado y homogéneo de disposiciones razonablemente coordinadas.

La complejidad y sofisticación de los actuales ordenamientos jurídicos no vienen acompañadas de un adecuado –y muy necesario– esfuerzo de refinamiento o aquilatado. La producción normativa ha alcanzado cotas prácticamente inabarcables, quizá debido a que la propia sociedad demanda reglas que disciplinen cualesquiera aspectos susceptibles de generar conflictos. De algún modo, ya no se confía en el viejo aforismo de que «todo lo que no está prohibido está permitido», pues es común que los titulares de ciertas libertades pretendan extenderlas en lo posible, y también que los afectados por esas libertades deseen un soporte normativo que ofrezca sustento para establecer límites.

La abundancia normativa no es sólo una consecuencia de esas demandas sociales –expresas o tácitas–, sino también de la proliferación de instancias de producción normativa, o de fuentes de derechos y obligaciones. Los Estados modernos han apostado, en general, por una subdivisión interna que deriva en la aparición de numerosos entes administrativos con competencias específicas, e incluso dotados de potestades normativas. Además, esas normas internas deben convivir con las que provienen del entorno internacional, pues, a

⁶⁵ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 1991, pp. 15 ss.

⁶⁶ Vid. ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, Reus, Madrid, 2012, pp. 18 ss.

diferencia de contextos precedentes, el Estado no siempre decide cuándo y cómo se obliga por una norma internacional (obligatoriedad que solo nacía tradicionalmente tras un acto expreso de aceptación), sino que en ciertos escenarios, y en particular en el ámbito de la UE, se ha producido una cesión del ejercicio de competencias soberanas que permite a la Unión aprobar normas vinculantes para los Estados Miembros, sin necesidad de ratificación o adhesión para cada acto o disposición concreta. Y a ello habría que añadir el papel, cada vez intenso, de los agentes sociales, pues, al margen del diálogo social, que condiciona incluso la agenda política, son determinantes por su condición de negociadores de convenios colectivos. La autonomía colectiva, a la postre, da como fruto verdaderas normas jurídicas en el ordenamiento español, y, aunque ello no fuera así, tanto la autonomía colectiva como la individual son fuente de derechos y obligaciones en el ámbito laboral.

Esta cantidad ingente de normas se ha convertido en un signo de los tiempos, una tendencia irrefrenable, pese a que tradicionalmente se haya considerado la avalancha normativa como un síntoma de creciente inseguridad jurídica. El ciudadano, obviamente, ya no conoce todas las normas, ni es materialmente posible que alcance ese conocimiento, pero es una consecuencia inherente a la extensión y profundidad del ordenamiento. El principio de seguridad jurídica, cuyo contenido es evolutivo, se ha reformulado, de modo que no se opone a que las dimensiones del ordenamiento se hayan ampliado hasta límites insospechados hace unas décadas. En la actualidad ese principio pone más el acento en otros factores de riesgo, como la aprobación de normas ignorando las reglas pertinentes de competencia y procedimiento.

En esa tesitura, la abundancia de normas exigirá a los ciudadanos contar con asistencia jurídica de profesionales si quieren enfrentarse con éxito a diferentes retos, porque no es ya que el ordenamiento se encuentre excepcionalmente nutrido en términos cuantitativos, sino que progresivamente ha adquirido mayor profundidad y complejidad. No es extraño, en este sentido, que un sector doctrinal haya distinguido entre la seguridad jurídica desde la perspectiva del ciudadano y la seguridad jurídica desde el punto de vista de un operador jurídico⁶⁷, teniendo en cuenta, además, que el ciudadano no sólo requiere asistencia jurídica, en sentido general, sino que probablemente necesitará asistencia jurídica especializada en su concreto problema o interés, precisamente por imperativo del contexto socio-económico y del propio ordenamiento jurídico. De la misma forma que los profesionales de otros ámbitos han de

⁶⁷ Vid. ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 76 ss.

especializarse para poder enfrentarse con expectativas de éxito a los retos más modernos de su profesión, también los juristas se ven abocados a centrar su atención en una determinada parcela. Si parece razonable que un profesional de la medicina no se ocupe de cualesquiera dolencias o patologías, porque la decisión sobre el mejor tratamiento exige conocer en detalle la parte del cuerpo humano concretamente afectada, la complejidad del ordenamiento debe conducir a una conclusión análoga en el ámbito jurídico.

El jurista, sin mayor adjetivación, tampoco conoce el ordenamiento completo, tarea inabordable, y ello obliga a la especialización. No en vano, el ordenamiento se divide ramas o, incluso, subramas, no siempre definidas o delimitadas con precisión, pues las divisiones académicas no coinciden con las jurisdiccionales (*v. gr.*, Derecho Administrativo y Derecho Financiero y Tributario) y se generan numerosas zonas grises⁶⁸. Podría entenderse que esta división en ramas es un artificio académico o administrativo sin impacto real sobre el ordenamiento en su conjunto, y mucho menos sobre la seguridad jurídica, pero esa conclusión resulta prematura, y seguramente equivocada.

Aun cuando las normas jurídicas que se ubican en una posición jerárquica preeminente en el sistema de fuentes, y en particular las leyes, procedan del Parlamento, y esta institución disfrute de competencia general para regular cualquier materia, no es infrecuente que se utilicen expresiones como «legislador tributario», «legislador laboral», «legislador penal», «legislador educativo» o «legislador administrativo», entre otras, porque la aprobación de una ley no puede hacer olvidar cómo se ha gestado y de dónde provienen la iniciativa y su impulso. Los distintos departamentos ministeriales, a la postre, cuentan con amplia capacidad de actuación e influencia en las materias propias de su competencia, pues no se limitan a desarrollar reglamentariamente las normas de rango legal, sino que de ordinario preparan los borradores o proyectos que están llamados a convertirse en leyes. En ese escenario, el concreto departamento ministerial que elabora el texto realiza una labor decisiva en la determinación de los objetivos a conseguir y de los medios para alcanzarlos.

La adecuada coordinación entre las leyes de los distintos sectores es un presupuesto para que el ordenamiento alcance la ansiada coherencia interna, evitando contradicciones inadmisibles desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Esa coherencia no se ve necesariamente afectada por la práctica ya habitual de modificar disposiciones propias de una rama en normas de

⁶⁸ Vid. PALMA FERNÁNDEZ, J. L., *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 65 ss.

otra («leyes intrusas»)⁶⁹. En esta época, ese es un defecto de técnica legislativa que cabe calificar como menor, y que no quiebra la seguridad jurídica, aunque provoque incomodidad y desasosiego en el jurista u operador jurídico. Sus efectos no son particularmente perniciosos, máxime gracias a la fenomenal labor de codificación digital del *BOE*. Cuestión distinta, obviamente, es la insistencia del legislador en utilizar la ley de presupuestos como instrumento para modificar determinadas normas de la rama social, como la LRJS o el ET, pese a las numerosas reprobaciones del TC⁷⁰, o el real decreto-ley sin justificar el presupuesto de urgencia y necesidad o incorporando materias vedadas a ese tipo de norma (III.4 y IV.1).

Sin embargo, la descoordinación entre las distintas ramas del ordenamiento plantea problemas jurídicos de entidad que entroncan con la seguridad jurídica, comenzando por la identificación misma de la norma aplicable cuando concurren dos o más dirigidas a ramas del ordenamiento diferentes, pero que aspiran a regular la misma realidad. Esta dificultad, desde una perspectiva estrictamente jurídica, podría evitarse simplemente con un mayor cuidado en la articulación. El legislador suele decantarse por disposiciones derogatorias que expulsan del ordenamiento, en general, cualesquiera otras normas contrarias a lo previsto en la más moderna, pero esa operación ni es sencilla, ni resuelve cualquier problemática, máxime cuando la interpretación, en ocasiones, puede recaer en órdenes jurisdiccionales distintos.

Desde luego, los criterios generales de elección de la norma aplicable resultan plenamente operativos, pero en ese escenario no siempre la jerarquía y la modernidad proporcionan un resultado nítido, mientras que el criterio de especialidad obliga a determinar qué norma es especial, tarea en ocasiones ardua, porque viene condicionada por la perspectiva de aproximación. El ámbito del empleo público es, quizás, un escenario propicio para detectar esta clase de disfunciones, pues en él se agudizan algunos problemas de fuentes clásicos, como la relación entre el reglamento y el convenio colectivo, y surgen otros muy particulares, como la correcta ubicación en el sistema de fuentes (normativo o de derechos y obligaciones) de productos que desde cierta perspectiva se asemejan a normas, pero desde otra son más bien ejercicio del poder de dirección del que también disfruta la administración empleadora.

⁶⁹ Vid. Díez-PICAZO, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Civitas, Madrid, 2014, p. 23-24.

⁷⁰ A modo meramente ejemplificativo, la DF 20.^a Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, introduce una regla relativa a la competencia jurisdiccional en la LRJS, mientras que las DDFD 25.^a y 26.^a modifica el ET y el EBEP en relación con los derechos de conciliación.

Con todo, quizá la mayor disfunción proviene de la articulación de las dos principales referencias normativas, el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público, pues el primero se ha confeccionado tomando como referencia al empresario y al trabajador del ámbito privado, mientras el segundo se dirige principalmente a la Administración y al funcionario público. Dicho de otro modo, el Estatuto de los Trabajadores es una norma laboral, elaborada por especialistas en esa disciplina para resolver controversias típicamente laborales, mientras que el EBEP es un texto redactado y diseñado desde una perspectiva netamente administrativista. De ahí que ninguno de los dos se haya preocupado verdaderamente por coordinarse con el otro y de ahí, por tanto, que se hayan suscitado conflictos sobre la norma aplicable en aspectos nucleares, como por ejemplo el tiempo de trabajo⁷¹.

A todo ello se añade, en la línea ya apuntada, que la legislación interna debe respetar la normativa supranacional, y no siempre el legislador de las distintas ramas se percata de que también le atañe ese cumplimiento. Piénsese, por ejemplo, en las directivas más relevantes dirigidas a proteger los derechos de los trabajadores, porque es jurisprudencia consolidada del TJUE que el Derecho de la UE maneja un concepto propio de trabajador que no necesariamente coincide con el del derecho interno, lo que implica, por lo pronto, que los funcionarios públicos se encuentran dentro del ámbito de aplicación de esas directivas, como pauta general⁷². Sin embargo, es frecuente que la tarea de transposición sea acometida con una perspectiva puramente laboral, considerando como destinatarios exclusivamente a los trabajadores asalariados. El legislador administrativo siente las normas «laborales» como ajenas, alejadas de la relación funcionarial, y no ha implementado en toda su dimensión obligaciones tan significativas como el registro horario. Una disfunción similar también acontece, por cierto, con las relaciones laborales de carácter especial, pues la transposición de las directivas en muchas ocasiones se produce mediante la modificación del Estatuto de los Trabajadores, con el riesgo que ello implica cuando las normas que disciplinan las relaciones laborales especiales no remiten al ET en ese concreto aspecto.

En el ámbito del empleo público, la situación más preocupante es la que afecta a los derechos y garantías de los trabajadores temporales, ante la falta de mecanismos efectivos frente a la contratación irregular en las administraciones públicas. El impacto ha sido muy notable, y las condenas a España han forzado

⁷¹ Por todos, *vid.* GARCÍA ROMERO, B., «Tiempo de trabajo y permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo público», *RTSS (CEF)*, núm. 458, 2001, pp. 19 ss.

⁷² *Vid.* SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea y en la Jurisprudencia del TJUE», *REDT*, núm. 232, 2020, pp. 35 ss.

un cambio de actuación de la Administración, como muestran la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público⁷³, o el Real Decreto-ley 12/2022, de 5 de julio, por el que se modifica la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

El Derecho del Trabajo genera otras numerosas zonas de fricción con el Derecho Administrativo –v. gr., acceso a la jubilación parcial de los funcionarios–, en ámbitos que exceden propiamente del empleo público y entroncan con otras parcelas de actuación administrativa, como la organización del entramado educativo. A modo de ejemplo, la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, aspira a un cambio de paradigma, integrando en un único sistema las distintas vías de formación profesional, y en particular la formación profesional reglada, proporcionada dentro del sistema educativo, y la formación dirigida a trabajadores, que tradicionalmente distinguía entre trabajadores en activo (formación profesional continua) y desempleados que deseaban mejorar su empleabilidad y reingresar al mercado de trabajo (formación profesional ocupacional), fórmulas que se agruparon en la más moderna formación profesional para el empleo. La construcción de un único Sistema de Formación Profesional, sin embargo, no viene acompañada de modificaciones en la gestión y la atribución de competencias, lo que supone que el éxito del modelo dependerá en buena medida de la coordinación e implicación de todos los agentes implicados.

En este sentido, la formación reglada es competencia de las administraciones educativas, y las CCAA desempeñan un papel trascendental. En cambio, la formación profesional para el empleo es competencia de la administración laboral, y en ella participan decisivamente el Ministerio de Trabajo, los servicios públicos de empleo y también las organizaciones sindicales y patronales. La integración de ambos subsistemas en el nuevo Sistema de Formación Profesional genera ciertas dudas sobre el papel de cada uno de esos sujetos, que deberán asumir funciones parcialmente distintas, o cuando menos habrán de coordinarse y colaborar si se pretende que el centro de atención sea la persona y no la oferta formativa. De hecho, las llamadas a la coordinación entre los Ministerios de Trabajo y Educación son recurrentes, y de su correcta articulación depende, en buena medida, el éxito del nuevo Sistema, si bien la LO 3/2022 ha tenido su germen en el Ministerio de Educación y no está claro

⁷³ Vid. BOLTAINA BOSCH, X., «Un análisis DAFO de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades», *Temas laborales*, núm. 162, 2022, pp. 55 ss.

hasta qué punto ha influido el Ministerio de Trabajo, y tampoco cabe minusvalorar las dificultades que a buen seguro se generarán en el ámbito autonómico, decisivo en la implantación y gestión de la formación profesional reglada.

Además de la imprescindible coordinación –también con el subsistente Sistema Nacional de Empleo–, la efectividad del nuevo modelo exige del compromiso –y cabría decir incluso la entrega– de actores distintos, como los docentes, los profesionales de la formación para el empleo, las administraciones, los sindicatos y organizaciones patronales, los trabajadores y, muy significativamente, las empresas, y el grado de implicación de todos ellos es difícil de predecir, máxime si tampoco se conoce la existencia y, en su caso, intensidad de los incentivos. Los centros educativos, como novedad, se enfrentarán a responsabilidades –corresponsabilidad– relativas a la contratación laboral de los estudiantes, mientras que las empresas deberán afrontar mayores costes, porque el contrato de formación en alternancia es más oneroso económicamente que las prácticas no laborales, y además asumirán la corresponsabilidad en el diseño e implementación de los planes formativos de las personas en formación. Es previsible, por tanto, que se incrementen las reticencias a los programas de formación dual intensiva, con el lastre que ello supondría para la consecución de los objetivos de la reforma. También es posible vencer esas reticencias eliminando responsabilidades individuales de los docentes e incentivando económicamente a las empresas, pero todo ello requiere un soporte normativo y económico por ahora inexistente.

Por supuesto, no sólo resulta imprescindible la coordinación administrativa en la gestión y aplicación, sino también en el diseño mismo del marco jurídico, pues las normas laborales deben ser plenamente coherentes con las educativas, por ejemplo en el contexto del contrato para la formación en alternancia. La íntima relación entre la formación profesional dual intensiva y el contrato de formación en alternancia provocará que cualquier disfunción entre la legislación educativa y la laboral plantee problemas prácticos de envergadura, máxime cuando los centros educativos asumirán corresponsabilidad también en la faceta laboral, y habrán de enfrentarse eventualmente al escrutinio de la Inspección de Trabajo⁷⁴.

En ese escenario, el legislador no ha de actuar exclusivamente como legislador «educativo» o como legislador «laboral», sino que debe afrontar sus cometidos con espíritu integrador. Por ejemplo, las acciones de mejora de la ocupabilidad o el itinerario de inserción que forman parte del acuerdo de actividad (art. 3 de la

⁷⁴ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación», *RGDTSS* (iustel), núm. 63, 2022.

Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo), las acciones formativas o de recualificación que se contemplan en la legislación laboral en el marco de los ERTE (arts. 47 y 47 bis ET) o las «medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad» (art. 51.2 ET) deben contar con un encaje adecuado en el Sistema de Formación Profesional, pero el legislador no ha efectuado todavía esa conexión. Del mismo modo, tampoco se establece esa relación directa entre las «prácticas no laborales» (RD 1543/2011) y el «Estatuto del Becario» (DA 2.^a del Real Decreto-ley 32/2021), pese al innegable componente formativo de ambas fórmulas. La coherencia entre las distintas ramas, por tanto, depende esencialmente del compromiso y la pericia del legislador.

También conviene advertir que en ocasiones las dificultades no derivan del poco cuidado del legislador en el diseño normativo de los distintos sectores del ordenamiento, sino de la inadecuada coordinación entre los entes con competencias normativas y de ejecución. En efecto, la inseguridad jurídica puede provenir de la ausencia de procedimientos adecuados, o del exceso, o de la incertidumbre sobre el procedimiento pertinente, o incluso de la dificultad para exigir derechos por razones formales. Por señalar un solo ejemplo ilustrativo, el hecho de que las CCAA hayan podido establecer distintos modelos de tarjeta sanitaria ha perjudicado a los administrados cuando se desplazan a otros territorios, porque en algunas comunidades no se incluye en la tarjeta sanitaria el número de afiliación a la seguridad social, y en otras la tarjeta incorpora un chip integrado, lo que ha derivado en que tarjetas sanitarias plenamente válidas no hayan sido reconocidas en una comunidad autónoma distinta de la de expedición y el beneficiario no haya podido hacer valer derechos tan básicos como el descuento pertinente en productos farmacéuticos.

La legislación social muestra también algunas incoherencias con el Derecho Civil, en conexión con el Derecho Penal, como sucede, paradigmáticamente, con el tratamiento de la poligamia. El matrimonio simultáneo con varias personas no está admitido en España, y, en consonancia, el artículo 217 CP castiga «con la pena de prisión de seis meses a un año» a quien «contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior». Sin embargo, la capacidad matrimonial se rige por la ley personal, que viene determinada por la nacionalidad (art. 9 CC); en consecuencia, el ordenamiento español no puede impedir que en otros se reconozcan como válidos varios vínculos matrimoniales simultáneos; si su ley personal lo admite, un extranjero podría contraer dos o más matrimonios al mismo tiempo sin que por ello incurra en el delito tipificado por el artículo 217 CP.

Desde esa perspectiva, el matrimonio polígamo celebrado por extranjeros conforme a su ley personal no parece encajar en el tipo penal, pero aun así

podría reputarse nulo⁷⁵, por contrario al orden público, lo que supone, en definitiva, que el matrimonio poligámico es resultado de un «conflicto de civilizaciones»⁷⁶. En el ámbito de los derechos sociales la nulidad del matrimonio poligámico plantea problemas particulares, pues cualquier derecho que tome como referencia al cónyuge o al matrimonio obligará a determinar quién es el cónyuge legítimo. La pensión de viudedad se ha convertido, seguramente, en la situación más controvertida, pero no en el único foco de conflicto, pues algunos derechos de conciliación se han vinculado al matrimonio hasta tiempos recientes (Real Decreto-ley 5/2023), como sucede con determinados permisos del artículo 37.3 ET (quince días por matrimonio o los días que correspondan por fallecimiento, accidente o enfermedad grave del cónyuge) o con la excedencia para el cuidado de familiares (art. 46.3 ET).

Por influencia del ordenamiento francés⁷⁷, estos obstáculos han tratado de ser salvados dulcificando el concepto de orden público, que debería operar de forma «atenuada»⁷⁸, esto es, sin legitimar el matrimonio polígamo que tiene lugar en España, pero reconociendo los pertinentes efectos a los matrimonios celebrados válidamente conforme a la ley personal de los contrayentes. Se insiste en que el orden público no ha de servir como «instrumento de tutela de la integridad moral de la sociedad nacional»⁷⁹, sino como garantía de un nivel mínimo de seguridad y autonomía individual, puesto que el orden público como límite a la norma de conflicto constituye una excepción, que, como tal, debe interpretarse restrictivamente.

⁷⁵ En contra, *vid.* STEDH *Refah Partisi vs Turquía* (de 13 de febrero de 2003, recursos 41340/98, 41342/98, 41343/98).

⁷⁶ «Conflicts of civilisation are a fascinating topic of research. However, in practice, these conflicts are probably among the most difficult to settle»; *cf.* FOBLETS, M. C., «Conflicts of Law in Cross-Cultural Family Disputes in Europe Today. Who will reorient conflicts law?», en STRIJBOSCH, F., y FOBLETS, M. C., *Relations familiales interculturelles*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Oñati, 1999, p. 8.

⁷⁷ «La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laissez se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français»; *cf.* sentencias de la *Cour de Cassation Chemouni vs. Chemouni* de 28 de enero de 1958 y 19 de febrero de 1963; pueden consultarse en ANCEL, B., y LEQUETTE, Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Tercera Edición, Dalloz, 1998, pp. 235 ss.

⁷⁸ En Francia, la doctrina del «orden público atenuado» tiene efectos en el ámbito del Derecho Privado (liquidación del régimen económico matrimonial, alimentos, sucesiones) y no vincula al Sistema de Seguridad Social, porque una de las causas del rechazo a los matrimonios poligámicos en los Estados occidentales, o al menos así lo ha apuntado un sector doctrinal, es el coste económico que ello supondría para los poderes públicos; *Vid.* ZAMORA, J., «El Derecho Internacional Privado ante el matrimonio polígamo: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España», *Revista de Derecho Privado*, 1982, pp. 112 ss.; Abarca Junco, A. P., (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Segunda Edición, UNED, Madrid, 2004, pp. 100-102.

⁷⁹ *Cfr.* Motilla de la Calle, A. (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho Español*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, pp. 148-149.

Esa es una opción que parece haberse consolidado, gracias sobre todo a que el propio Estado español se ha comprometido con otros países a reconocer efectos al matrimonio poligámico. En este sentido, el artículo 23 del Convenio bilateral de seguridad social entre España y Marruecos⁸⁰ dispone que «la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación» (y una previsión similar se contempla en el art. 24 del Convenio bilateral con Túnez)⁸¹. Es relevante que el TS haya extendido ese criterio al Régimen de Clases Pasivas⁸², pese a que el convenio bilateral no alcanza a ese mecanismo protector, pero conviene asimismo destacar que el legislador no ha intervenido expresamente en otros ámbitos, lo que plantea serias dudas sobre la eventual extensión de efectos del matrimonio poligámico a cualquier otro derecho laboral o de seguridad social condicionado al matrimonio. La respuesta, probablemente, habría de ser afirmativa, pero lo cierto es que el legislador no se ha esmerado en proporcionar un tratamiento jurídico sistemático y coherente⁸³.

En verdad, el catálogo de posibles desajustes es amplio, como muestra el encuadramiento en la seguridad social de los socios trabajadores de cooperativas. El artículo 14 LGSS concede a la cooperativa un derecho de opción en orden a la asimilación de los socios trabajadores bien a trabajadores por cuenta ajena bien a trabajadores por cuenta propia⁸⁴. Es curioso, no obstante, que la edad mínima de acceso al RETA se sitúa en los 18 años, artículo 7.1.b) LGSS, pero la legislación de cooperativas, principalmente los artículos 80 y ss. Ley 27/1999, admite que puedan convertirse en socios trabajadores los menores entre 16 y 18 años, lo que genera una contradicción que probablemente pueda ser salvada por vía interpretativa, pero es poco probable que ni el legislador de cooperativas ni el legislador de seguridad social reparasen en esa cir-

⁸⁰ Firmado el 8 de noviembre de 1979, entró en vigor el 1 de octubre de 1982 (*BOE* de 13 de octubre).

⁸¹ Firmado el 26 de febrero de 2001, entró en vigor el 1 de enero de 2002 (*BOE* de 26 de diciembre de 2001).

⁸² *Vid.* SSTS (Cont-adv.) de 24 de enero de 2018 (recurso 98/2017) y de 17 de diciembre de 2019 (recurso 2679/2017).

⁸³ *Vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 82 ss.; CHARRO BAENA, P., y GONZÁLEZ GARCÍA, S., «Poligamia y pensión de viudedad», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 26, 2021, pp. 115 ss.

⁸⁴ *Vid.* OLARTE ENCABO, S., «Disposición Adicional 4.^a», en Monereo Pérez, J. L., y Moreno Vida, M. N., (Dir.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Granada, Comares, 1999, p. 1951; GONZÁLEZ DE PATTO, R. M., «El nuevo régimen jurídico de las relaciones de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado: ambivalencias en el proceso de laboralización del socio trabajador», *TL*, núm. 53, 2000, pp. 84 ss.

cunstancia, lo que supone, en esencia, un conflicto entre normas de diferentes sectores del ordenamiento que no habría de producirse.

En fin, esa descoordinación y desajuste puede tener lugar, a menudo, entre normas más generales y otras mucho más particulares, porque la concreción de reglas pensadas para otra realidad cuando se enfrentan a las peculiaridades de ramas o casos determinados genera sin duda dificultades. Así puede suceder en relación con el listado de causas de discriminación, que se recoge con un carácter pretendidamente exhaustivo en el artículo 2 de la Ley 15/2022, habida cuenta de su título («integral»). Sin embargo, en ese catálogo se detecta alguna omisión como la «obesidad» y el «sobrepeso», toda vez que el artículo 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición dispone con claridad que «está prohibida cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sobrepeso u obesidad». No parece razonable, obviamente, que la obesidad y el sobrepeso permanezcan al margen de las medidas y garantías de la Ley 15/2022, pues de lo contrario algunas causas de discriminación contarían con un nivel de protección más elevado que otras sin una razón clara, y, por ejemplo, no cabría apreciar discriminación por asociación en el caso de la obesidad y el sobrepeso, pues la Ley 17/2011 únicamente alude a discriminación directa o indirecta.

Por supuesto, cabría entender que la obesidad y el sobrepeso también son causas de discriminación en el marco de la Ley 15/2022, entendiendo que se encuentran comprendidas en la referencia del artículo 2 a «enfermedad o condición de salud». En esa expresión encajan, en apariencia, las afecciones previas que pueden ser relevantes en la aparición o agravación de otros procesos, y no sólo la obesidad, sino circunstancias diversas como por ejemplo la hipertensión. Esta interpretación, posiblemente la más pertinente, genera otras dificultades exegéticas, y en particular la calificación del despido en situación de incapacidad temporal. Esta novedosa causa de discriminación seguramente permitirá calificar como nulo, por discriminatorio, el despido de un trabajador en IT si el origen de esa suspensión contractual deriva de una enfermedad, aun cuando no se trate de enfermedades estigmatizadoras o de dolencias de larga duración que puedan equipararse a la discapacidad en el sentido de las SSTJUE HK Danmark⁸⁵ y Daouidi⁸⁶. Ni siquiera sería necesario el paso a una IT, sino que cabe defender que una decisión empresarial peyorativa, y en particular una extinción contractual, a resultas de un estado emocional negativo, o una depresión, que de algún modo repercuta en el trabajo incurriría en discriminación. No obstante, y en el

⁸⁵ De 11 de marzo de 2013, asuntos acumulados C 335/11 y C 337/11.

⁸⁶ De 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15.

caso particular de la IT, esta nueva formulación legal suscita dudas sobre la calificación de una eventual extinción cuando la contingencia que origina esa situación es un accidente, y no una enfermedad, toda vez que el accidente no da lugar a una «condición de salud», sino más bien a un problema de salud, y por tanto parece prematuro afirmar con rotundidad que el despido en una situación de IT deberá ser calificado como nulo, precisamente porque la normas generales sobre igualdad no han tomado en cuenta suficientemente las peculiaridades de uno de los ámbitos a los que van a ser aplicadas⁸⁷.

7. EN PARTICULAR, LA DESCOORDINACIÓN ENTRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La falta de una adecuada coordinación entre los distintos sectores del ordenamiento da lugar a numerosas incertidumbres jurídicas; esas dificultades se agudizan, lógicamente, cuando la falta de ajuste afecta a dos ramas tan ligadas que su aplicación requiere una profunda sintonía, como sucede con el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. A la postre, el Régimen General, referente principal del Sistema de Seguridad Social, acoge prioritariamente a trabajadores asalariados. Por consiguiente, la legislación laboral debería configurarse con un propósito claro de facilitar la aplicación de la normativa de seguridad social, porque de lo contrario se producirán disfunciones difíciles de solventar. Sin embargo, esa coordinación a menudo es deficiente.

La prestación por nacimiento y cuidado del menor, el trabajo familiar y la incapacidad temporal son tres de los ejemplos que mejor permiten ilustrar las consecuencias de esa falta de coordinación. En relación con la primera, ya se puso de manifiesto anteriormente que su configuración actual suscita dudas legítimas ante la ausencia de mecanismos correctores si un trabajador distinto de la madre biológica decide renunciar al descanso obligatorio durante las seis semanas posteriores al parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (IV.4). Ahora bien, asumiendo que ese descanso efectivamente deba disfrutarse con carácter obligatorio, se aprecia una notable disfunción respecto de la madre biológica y el resto de eventuales beneficiarios.

⁸⁷ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal tras la Ley 15/2022: mitos y realidades a la luz del derecho fundamental a la no discriminación», de próxima publicación en *Trabajo y Derecho*; CORDERO GORDILLO, V., «El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Lex Social*, Vol. 13, núm. 1, 2023; ASQUERINO LAMPARERO, M. J., «La enfermedad como causa de discriminación tras la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Temas Laborales*, núm. 165, 2022, pp. 151 ss.

En este sentido, los artículos 181 y 182 LGSS contemplan un «supuesto especial», mediante el que se reconoce un subsidio, con una cuantía equivalente a la del IPREM, a las «trabajadoras incluidas en este Régimen General que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menor regulada en la sección anterior, salvo el período mínimo de cotización». Este subsidio tiene su origen en la LO 3/2007 y pretendía evitar que las madres biológicas que disfrutaban del descanso obligatorio de seis semanas debieran cumplir tal obligación legal sin percibir ingresos sustitutivos del salario. Al margen de que la configuración del precepto excluía a las trabajadoras que no acreditasen el requisito de alta, sin perjuicio de las responsabilidades empresariales pertinentes, en el momento de su creación este subsidio contaba con un adecuado ámbito subjetivo, toda vez que únicamente las madres biológicas debían descansar obligatoriamente.

Sin embargo, la reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2019 extendió el descanso obligatorio durante las seis primeras semanas a cualquier progenitor, sin modificar este subsidio, de modo que el legislador parece configurar un supuesto de suspensión del contrato de trabajo con carácter obligatorio sin proporcionar una vía de ingresos sustitutiva en todo caso. No es claro si se trata de una consecuencia buscada, ya sea por razones jurídicas, ya sea por motivos económicos, pero lo cierto es que no sólo excluye a los varones, sino que las referencias al otro progenitor comprenden igualmente a las mujeres. No se olvide que el descanso se configura asimismo como obligatorio en supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, y que las personas titulares del derecho podrían ser dos mujeres, tanto en esos supuestos como en los de maternidad biológica a través de técnicas reproducción asistida, pues el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, permite a la cónyuge de la madre biológica convertirse en progenitor legal. En tal caso, la madre biológica que no reúna el período de carencia para el acceso a la prestación de nacimiento y cuidado del menor podría disfrutar de la prestación regulada en los artículos 181 y 182 LGSS, cobertura que no se extiende ni a la madre que no da a luz ni, por supuesto, al varón.

La necesidad de coordinación es evidente, asimismo, en relación con el trabajo familiar, pues la consideración como asalariados o colaboradores autónomos de los parientes del empresario conforme a las normas laborales no habría de recibir un trato discrepante en las de seguridad social. Sin embargo, un análisis histórico demuestra que el legislador de seguridad social y el laboral no se han coordinado debidamente. No es ya que durante años el artículo 3.2 del Decreto 2530/1970 mantuviera una referencia al parentesco de tercer grado, que sin duda debía entenderse derogada tácitamente por contraria a lo dis-

puesto en el artículo 7 LGSS/1994, sino también, y sobre todo, que la regla de seguridad social, hoy recogida en el artículo 12 LGSS, exige tanto convivencia como dependencia económica, por esa referencia a «estar a cargo del empresario», a diferencia del artículo 1.3.e) ET, que únicamente se refiere a la convivencia. Las consecuencias de esa diferencia son inciertas, pero podrían dar lugar a resultados no del todo justificados⁸⁸.

Dentro del contexto de trabajo familiar, la regla del artículo 12.2 LGSS (que se extiende al ámbito agrario por la vía del art. 324.4 LGSS) resulta más perturbadora, al permitir a los trabajadores autónomos «contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos», si bien se excluye de la acción protectora la protección por desempleo. Desde luego, es una previsión –que se extiende asimismo a hijos mayores de 30 años con determinadas discapacidades– con un claro propósito de combatir el fraude, pues la litigiosidad práctica que había provocado el trabajo familiar, y más concretamente el trabajo prestado por hijos para sus progenitores, requería un análisis casuístico no siempre sencillo, y en la mayor parte de ocasiones la pretensión principal consistía en disfrutar del desempleo⁸⁹.

Sin perjuicio de que pudiera cuestionarse la constitucionalidad de una previsión de esta índole a partir de los principios de igualdad y no discriminación –el TS se ha decantado por excluir la protección por desempleo únicamente en caso de convivencia⁹⁰–, el artículo 12.2 LGSS altera las pautas previstas en el ET para determinar cuándo una relación es o no laboral, pues admite expresamente que las partes puedan elegir entre un contrato de trabajo o una relación por cuenta propia, lo que no tiene cabida en las normas laborales, que no conceden a la autonomía de la voluntad la capacidad para determinar la naturaleza del vínculo en contra de la realidad material. Habría resultado más razonable que la norma de seguridad social contemplara una regla específica de seguridad social, una especie de derecho de opción como en el caso de los socios trabajadores de cooperativas, de modo que el hijo, en este supuesto, pudiera acceder al Régimen General sin derecho a desempleo, pero omitiendo

⁸⁸ Vid. MENÉNDEZ Sebastián, P., *El trabajo familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 40 ss.

⁸⁹ Vid. BALLESTER PASTOR I., «El trabajo autónomo de los familiares colaboradores», en Monereo Pérez, J. L., y Vila Tierno F. (Coord.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2017, pp. 60 y ss; GARCÍA ROMERO, B., «Contratación de los hijos del trabajador autónomo menores de 30 años y prestación por desempleo: un derecho subordinado a la ausencia de convivencia», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2020; RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Hijos del empresario menores de 30 años y protección por desempleo», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 7, 2016, pp. 639 ss.

⁹⁰ Vid. SSTTS de 12 de noviembre de 2019 (recurso 2524/2017), de 24 de marzo de 2021 (recurso 3951/2018) y 11 de mayo y 1 de junio de 2022 (recursos 499/2020 y 1568/2019).

cualquier referencia a la calificación jurídica de la relación de trabajo. En cambio, el artículo 12 LGSS se refiere a la contratación como trabajadores por cuenta ajena –no a la incorporación como asimilados al régimen correspondiente–, propiciando una falta de sintonía evidente entre las normas laborales y las de seguridad social, amén de que, curiosamente, no limita el acceso a la prestación por cese de actividad cuando el hijo se incorpora al RETA.

Con todo, es probable que los supuestos de descoordinación más numerosos y más relevantes, por las situaciones de desprotección que generan, deriven de la regulación de la IT. Como es sabido, la IT es una causa de suspensión del contrato de trabajo, artículo 45.1.c) ET, pero su régimen jurídico se contiene íntegramente en normas de seguridad social. El legislador laboral asume que el alta médica es prueba de que el trabajador podrá reincorporarse al trabajo en plenas facultades, pero la legislación de seguridad social contempla varios tipos de alta, y no en todos los casos el trabajador se encuentra plenamente recuperado. Aunque los puntos de fricción son numerosos, el alta por agotamiento de la duración máxima de la IT resulta suficientemente ilustrativa, porque ese acto administrativo no implica una completa recuperación del trabajador, sino la declaración por parte de la Entidad Gestora de que las secuelas del beneficiario no son suficientes para justificar una pensión de IP.

Lógicamente, ante el final de la IT desaparece la causa de suspensión y el trabajador debe retornar a su puesto, pero no siempre se encuentra médicamente recuperado. La legislación de seguridad social no ofrece remedio adecuado, porque no es posible emitir una nueva baja médica, al menos no durante un plazo de seis meses –salvo que el INSS decida lo contrario, sin criterios reglados–, de modo las personas en esa situación deben retornar a su trabajo, pero no podrán rendir al máximo de sus capacidades, con las consecuencias que ello puede generar en el devenir de su relación laboral.

En este sentido, no es infrecuente que el trabajador, tras el pertinente proceso de IT, decida impugnar el alta (por vías diferentes a la disconformidad del artículo 170 LGSS y a las previstas en el RD 1430/2009, y por tanto sin derecho a la extensión de efectos de la IT). Comoquiera que el alta médica, salvo excepciones, pone fin a la suspensión del contrato de trabajo, la reincorporación parece obligatoria, y la ausencia al trabajo habría de considerarse incumplimiento laboral, salvo supuestos poco frecuentes (*v. gr.*, adopción judicial de una medida cautelar manteniendo la suspensión del contrato)⁹¹. La

⁹¹ Vid. TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., «El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica», *RMTAS*, núm. 59, 2005, p. 117.

jurisprudencia ha admitido en alguna ocasión⁹² que la suspensión del contrato pueda prolongarse cuando el trabajador demuestra al empresario que se encuentra *de facto* imposibilitado para prestar servicios, pero advierte que «lo que no cabe es entender que por la simple impugnación de las resoluciones administrativas se mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una decisión judicial firme». A mayor abundamiento, se afirma que «el trabajador ha de desarrollar, con la diligencia exigible en cada caso, una conducta positiva en orden a informar al empresario de la impugnación y a acreditar la subsistencia de una incapacidad temporal para el trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa».

Es, por lo general, una posición compartida por la doctrina de suplicación⁹³, si bien se exige que el trabajador haya conocido fehacientemente el alta, pues en caso contrario la ausencia no es sancionable, al faltar la culpabilidad⁹⁴. Por consiguiente, si el trabajador demuestra que físicamente no se encuentra en condiciones de prestar servicios el alta médica no convierte las ausencias en injustificadas automáticamente, y el eventual despido podría llegar a ser calificado como improcedente⁹⁵, o quizá nulo tras la Ley 15/2022. En cualquier caso, sería conveniente, casi imprescindible, una norma que expresamente proporcionara seguridad jurídica en estas situaciones, porque el hecho de que el Sistema de Seguridad Social no siga ofreciendo cobertura económica no equivale a la plena recuperación de la capacidad para trabajar⁹⁶.

Esos supuestos fronterizos entre la incapacidad temporal y la incapacidad permanente generan dificultades interpretativas de entidad y la respuesta más o menos generosa de los tribunales depende de circunstancias poco previsibles, incluso de la mayor o menor empatía del juzgador. La STC 62/2008⁹⁷ es razonablemente ilustrativa, pues el TC no apreció discriminación en el despido por transgresión de la buena fe contractual de un trabajador con problemas recurrentes de cervicales que motivaban frecuentes procesos de IT, aunque el INSS había denegado la IP. El trabajador comenzó a prestar servicios en una

⁹² *V. gr.*, STS de 27 de marzo de 2013 (recurso 1291/2012).

⁹³ *Vid.* SSTSJ de Andalucía (Granada) de 25 de mayo de 2011 (recurso 999/2011), de Andalucía (Sevilla) de 18 de abril de 2012 (recurso 1847/2011), de Cataluña de 16 de diciembre de 2010 (recurso 5595/2010) y de Galicia de 23 de febrero de 2012 (recurso 5324/2011).

⁹⁴ *Vid.* STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2011 (recurso 5168/2010).

⁹⁵ *Vid.* STSJ de Navarra de 27 de enero de 2012 (recurso 10/2012).

⁹⁶ *Vid.* GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Extinción del contrato y estado de salud del trabajador», en García Murcia, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 586 ss.

⁹⁷ *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Despido por enfermedad y discriminación», *RL*, núm. 20, 2008, pp. 1 ss.

empresa y, tras un nuevo episodio que culminó en una baja médica, el empleador decidió el despido aduciendo que el trabajador no había informado de su dolencia previa, lo que suponía una transgresión de la buena fe contractual. En esencia, la empresa alegaba que de haber conocido el estado de salud del trabajador no habría procedido a su contratación, por motivos de rentabilidad. El TC advierte que esta es una cuestión de mera legalidad ordinaria –calificación del despido como procedente o improcedente–, pero sin trascendencia constitucional, ya que no se vulnera el artículo 14 CE.

Seguramente es una argumentación que el TC no mantendría en la actualidad, pues, en primer término, la doctrina del TJUE, y en particular las sentencias HK Danmark⁹⁸ y Daouidi⁹⁹, sobre la equiparación a la discapacidad de las dolencias de larga duración, ya sugería la necesidad de revisión de esa doctrina constitucional; y, en segundo término, la explícita inclusión de la enfermedad entre las causas de discriminación en el artículo 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación¹⁰⁰, podría desactivar la premisa de partida de esa sentencia, que se asentaba, precisamente, en que la enfermedad no se encontraba entre esas causas de discriminación prohibidas por nuestro ordenamiento, salvo que generase un estigma social.

No obstante, esa STC 62/6008 es reflejo de un problema de fondo, algo soterrado, pero muy relevante. Las dolencias persistentes, aunque no justifiquen una IP y acaben derivando en el alta médica, no permiten la continuidad del contrato de trabajo en las mismas condiciones, porque el trabajador no es capaz de ofrecer el mismo rendimiento, al menos durante un tiempo. La legislación laboral no ofrece una respuesta o remedio satisfactorio –no lo es el despido objetivo por ineptitud–, como se está poniendo de manifiesto también en relación con las secuelas del denominado Covid persistente, que provocan tensiones similares entre dos ramas del ordenamiento cuya coordinación debería ser milimétrica.

⁹⁸ De 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C 335/11 y C 337/11.

⁹⁹ De 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15.

¹⁰⁰ El artículo 2.3 de esa norma dispone que «la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública».

V. SEGURIDAD JURÍDICA EN EL PROCESO DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

La seguridad jurídica, en su versión primigenia, se asociaba al escrupuloso respeto al procedimiento legislativo, de modo que tanto la aprobación como la modificación de las normas debía ajustarse a pautas predefinidas que los gobernantes no podían ignorar. El impacto sobre la seguridad jurídica de la labor de los tribunales es una preocupación más moderna, derivada de un papel más relevante de los jueces, que no siempre se limitan a interpretar el Derecho conforme a cánones tradicionales, sino que en ocasiones ofrecen respuestas que difícilmente encajan en el texto de la ley, ni en la intención del legislador que la aprobó. La creación judicial del Derecho, y en mayor medida el activismo judicial, se han convertido en una amenaza para la seguridad jurídica.

1. LÍMITES Y RETOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL

La exégesis jurídica no es un proceso sencillo, porque no caben automatismos, ni puede convertirse en una ciencia exacta. La realidad es heterogénea y compleja, de modo que los supuestos de hecho no encajarán de ordinario perfectamente en el molde legal. Las normas requieren interpretación para poder acomodarse correctamente a cada situación, y ese proceso de exégesis, aunque debe respetar las pertinentes pautas técnicas, ofrece un margen de maniobra, margen que podría configurarse de forma más amplia o más estrecha, pero que es inevitable. Con buen criterio, se ha llegado a afirmar que la seguridad jurídica no exige dilucidar cuál es el sentido único e indubitado de la

norma, sino que se satisface previendo «un número reducido y no muy diverso de consecuencias normativas»¹.

En el ordenamiento español, el artículo 3 CC proporciona las reglas básicas para acometer esa tarea, advirtiendo que las «normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas», y que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita»².

En verdad, el artículo 3 CC, por más que remita al tenor literal, permite al intérprete alcanzar resultados muy diversos gracias a las referencias al contexto, a la realidad social y al espíritu y finalidad de la norma. No conviene olvidar que en la rama social del Derecho se han introducido tradicionalmente algunos elementos o factores de corrección destinados a la protección de la parte débil, como el principio *pro operario*, e incluso en ocasiones, y con muy dudoso amparo jurídico, se ha invocado un principio *pro beneficiario* en la interpretación de las normas de seguridad social. Aunque de aparición más moderna, no cabe minimizar el impacto de la perspectiva de género, legalmente consagrada en el artículo 4 de la LO 3/2007, a cuyo tenor «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». En ese mismo sentido, el artículo 4.3. de la Ley 15/2022 dispone que «el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». De una u otra manera, son principios que responden a la idea de «justicia», que se juridifica para atender especialmente a personas que se encuentran en situación más precaria y requieren de una aplicación favorable de la norma que tome en cuenta su posición de inferioridad en relación con otros actores involucrados.

Por consiguiente, la seguridad jurídica no implica en todo caso apostar por una interpretación literal, pues deben tenerse en cuenta asimismo esos otros principios y, en general, los intereses de la propia sociedad. Esas modulaciones

¹ Cfr. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 230.

² Vid. DE CASTRO y BRAVO, F., «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley: consideraciones en torno al artículo 3.º, apartado 1, del Código Civil», en DE CASTRO y BRAVO, F., *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Centro de Estudios Registrales, Vol. 2, Madrid, 1997, pp. 1115 ss.

de la interpretación literal deben respetar las exigencias de la técnica jurídica, y no constituyen una habilitación en blanco a los jueces para ignorar la norma y suplantar al legislador sobre la base de un pretendido garantismo, a todas luces espurio³. Dicho de otra forma, aun cuando los principios *pro operario*, *pro beneficiario* o la perspectiva de género –u otros como el interés superior del menor– entronquen con la idea de equidad o de justicia material, el juez no puede reemplazar la norma con su propia ideología o su concreta idea de justicia, porque la justicia material no se identifica con lo que un juez determinado considera justo.

Ese es, quizás, uno de los mayores riesgos actuales para la seguridad jurídica, sobre el que luego se volverá, pues conviene comenzar asentando alguna de las premisas de partida, y en particular la complejidad del proceso de interpretación de normas jurídicas, por más que se respeten escrupulosamente todas las reglas técnicas. Esa complejidad obedece a factores de diversa índole e intensidad. Como ya se ha apuntado, no ayudan a la interpretación las deficiencias técnicas en la elaboración de las normas, ni tampoco el recurso generalizado –quizá inevitable por la complejidad de las sociedades modernas– a conceptos jurídicos indeterminados en la redacción de las leyes, ni la escasa diligencia del legislador para afrontar ciertas contradicciones normativas, e incluso lagunas. La labor de los tribunales se torna cada vez más difícil por la propia oscuridad de la norma, de modo que «seguir defendiendo la previsibilidad de las decisiones judiciales en todos los casos no parece una defensa sino más bien una afirmación ideológica de la seguridad jurídica»⁴.

En esta línea, hace tiempo que la teoría del silogismo judicial, tesis que defiende que la decisión del juez es el resultado de la subsunción de un supuesto de hecho en la norma, ha entrado en crisis, debiendo reformularse ante las nuevas circunstancias jurídicas y sociales⁵. La interpretación jurídica es un proceso que puede conducir a varios resultados alternativos razonables sin que la actuación del intérprete merezca reproche. Los jueces habrán de decantarse por alguno de ellos, y esa pluralidad de respuestas adecuadas y lícitas conforme al ordenamiento no es contraria *per se* a la seguridad jurídica⁶.

³ Vid. SALAZAR UGARTE, P., «Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana», en SALAZAR UGARTE, P.; AGUILÓ REGLA, J., y PRESNO LINERA, M., *Garantismo espurio*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 11 ss.

⁴ Cfr. ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 327.

⁵ Vid. ITURRALDE SESMA, V., «Sobre el silogismo judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1991, pp. 239 ss.

⁶ Vid. DE OTTO, I., *Sistema de fuentes*, 4.ª Edición, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 287 ss.

Cuestión distinta, por cierto, es que esas consecuencias naturales del proceso exegético se instrumentalicen de manera estratégica por los operadores jurídicos. Más concretamente, las amplias posibilidades de litigar y recurrir, positivas por lo que suponen de garantía para el justiciable, dan lugar a una constante presión para conseguir un cambio de criterio, porque se interponen demandas y recursos aun a sabiendas de que las perspectivas de éxito no son óptimas, pero con la esperanza de conseguir un cambio de doctrina, o al menos una excepción a la regla general. La facilidad de acceso al proceso y al recurso debe considerarse como un gran avance social y jurídico, pero genera algún efecto pernicioso, como respuestas contradictorias entre diferentes tribunales ante asuntos de la misma naturaleza.

Al margen de que el recurso de casación para unificación de doctrina contribuya a la creación de criterios uniformes⁷, y de ese modo se haya convertido en un instrumento al servicio del principio de seguridad jurídica⁸, conviene tener presente la jurisprudencia constitucional, de la que se deduce que la disparidad de criterios de los distintos órganos judiciales, e incluso del mismo tribunal –por su composición en salas y secciones–, no es contraria a la seguridad jurídica, sino una consecuencia propia de la actividad jurisdiccional y de los cauces legítimos que proporciona el ordenamiento⁹.

La seguridad jurídica, no obstante, exige coordinación, porque es un ingrediente de la tutela judicial efectiva, de modo que «respecto de cuestiones litigiosas relativas a los mismos hechos, no puede admitirse en ningún caso que unos mismos hechos existan y dejen de existir para los órganos del Estado»¹⁰. Ahora bien, en el orden social se tolera cierto grado de flexibilidad, pues «lo que para el orden penal puede ser irrelevante y no destruye la presunción de inocencia, para los jueces laborales puede constituir base fáctica suficiente para apreciar causa de incumplimiento justificativa de despido»¹¹. Por supuesto, se han producido divergencias muy significativas de fondo a lo largo de los años, como por ejemplo los diferentes criterios relativos a la indemnización por daños y perjuicios derivada de la actualización de una contingencia profesional entre los órdenes civil y social¹², desajustes que se magnifican cuando el legislador decide no intervenir, aunque en ese particular supuesto el

⁷ Vid. SSTC 2/1983, de 24 enero, y 62/1984, de 21 mayo.

⁸ Vid. STC 40/2014, de 11 marzo.

⁹ Vid. SSTC 201 y 202/1991, de 28 octubre.

¹⁰ Cfr. STC 204/1991, de 30 octubre.

¹¹ Cfr. ATC 322/2006, de 25 septiembre.

¹² Por todas, vid. STS de 17 de julio de 2007 (recurso 513/2006) y de 15 de enero de 2014 (recurso 917/2013)

Tribunal Supremo jugó un importante papel unificador y de coordinación¹³, reconociendo la competencia del orden social¹⁴.

Esas son circunstancias propiamente conectadas con la dinámica del Derecho y del propio proceso de interpretación. Otros factores, en cambio, provocan un impacto externo no siempre previsible y de intensidad variable. La sociedad, la economía y la tecnología evolucionan muy rápidamente, la producción normativa es desbordante y el aumento de las libertades facilita la emergencia de situaciones con intereses contrapuestos, de modo que el incremento de la litigiosidad parece una consecuencia inevitable.

Aunque indudablemente merece una valoración positiva, a ello también contribuye el hecho de que las minorías, a diferencia de otras épocas, cuentan con acceso razonablemente sencillo a asesoramiento especializado y que el proceso social no siempre conlleva un coste económico y/o personal inasumible. Ese es un contexto que ha favorecido, por ejemplo, la invocación incesante de los derechos fundamentales en la rama de lo social, sobredimensionando asimismo su contenido. La complejidad de la interpretación jurídica, como se dijo, es elevada, y el resultado se vuelve cada vez más imprevisible si en ese proceso se introducen técnicas que conceden un margen de apreciación al juzgador con límites difusos, como el test de proporcionalidad o la ponderación. Esas técnicas de interpretación cuentan con un claro sustento jurídico y dogmático, pero no cabe desconocer que, tal y como han evolucionado, el resultado de su aplicación depende, en buena medida, de las circunstancias o hechos a los que el juzgador decida conceder mayor peso.

En verdad, a esa mayor complejidad del proceso de interpretación jurídica ha contribuido su progresiva sofisticación, pues requiere actualmente de un grado de abstracción más elevado, amén de un manejo de las fuentes mucho más preciso, por la necesidad de combinar y conciliar instrumentos normativos de diversos orígenes. El número de instancias normativas y operadores jurídicos se ha incrementado, principalmente por la entrada en juego de actores internacionales, con la UE y el Consejo de Europa como protagonistas principales. En el plano estricto de la interpretación jurídica, los tribunales internacionales plantean una problemática singular, porque el diálogo entre los distintos órganos jurisdiccionales, a buen seguro imprescindible, no siempre

¹³ Vid. STS (Civil) de 15 de enero de 2008 (recurso 2374/2000).

¹⁴ Vid. BLASCO PELLICER, A., «Responsabilidad Civil derivada de contingencias profesionales: de la competencia del orden social a la cuantificación de la indemnización del daño: dos sentencias clave», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. Extraordinario, 2021, pp. 119 ss.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el principio del fin de un desencuentro», *Diario la Ley*, núm. 6895, 3 de marzo de 2008, pp. 2 ss.

se produce, o no sigue los cauces adecuados, y pueden generarse discrepancias en algunos aspectos. Aun mediando buena voluntad, no es sencillo incorporar al ordenamiento interno soluciones y argumentos que el TJUE o el TEDH elaboran a partir de la experiencia y contexto de otro Estado¹⁵.

No obstante, el legislador ha ofrecido una pauta que puede adquirir gran relevancia futura, pues, en el marco de la interpretación de los principios de igualdad y no discriminación –donde la perspectiva de aproximación condiciona el resultado–, el artículo 7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, no sólo recuerda que el proceso de interpretación «se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, y tendrá en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales», sino que añade, y es una precisión relevante, que «cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes», porque la ley española «consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación».

Tampoco conviene olvidar que el TEDH suele conceder a los Estados un «margen de apreciación»¹⁶, y que el TJUE muy a menudo remite al juez nacional para que valore las circunstancias y ofrezca una respuesta final ajustándose a los parámetros que fija la sentencia, aunque esos parámetros o

¹⁵ Vid. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «La cuestión prejudicial española ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de política social: 30 años de diálogo jurisdiccional», en Andrés Sáenz de Santa María, P. (Coord.), *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2019, pp. 217 ss.

¹⁶ Vid. GARCÍA MURCIA, J., «Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2014, pp. 647 ss.; VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 20 ss.; CRUZ VILLALÓN, J., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en materia laboral», *Temas laborales*, núm. 145, 2018, pp. 21 ss.; GARCÍA ROCA, J., «Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?», en García Roca, J. y Fernández Sánchez, P. A., (Dir.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEP y C, Madrid, 2009, pp.15 ss.; HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., y WARBRICK, E. P., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 11 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp.97 ss.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 92 ss.

instrucciones adolecen muy frecuentemente del detalle que sería deseable, de ahí que se haya considerado al Tribunal de Luxemburgo más como un «oráculo» que como un tribunal de «última palabra»¹⁷. Por ejemplo, la equiparación con la discapacidad de las dolencias de larga duración o la consideración de fraude de ley en la contratación temporal que se prolonga en el tiempo no han venido acompañadas de la suficiente precisión, porque expresiones como «inusualmente larga», referida a la extensión en el tiempo de la contratación temporal¹⁸, o «duradera», en orden a la equiparación con la discapacidad de un proceso de IT prolongado¹⁹, siguen generando incertidumbres interpretativas que conceden al juez nacional la posibilidad de decantarse por una conclusión o la contraria.

Por consiguiente, es patente la falta de mecanismos adecuados de coordinación entre los tribunales internos y los supranacionales, que, particularmente en relación con derechos fundamentales, pueden conocer de supuestos con identidad de razón, pero en ocasiones la perspectiva de aproximación no coincide y se generan disfunciones que convendría evitar, como ha sucedido en relación con el control empresarial de la actividad de los trabajadores²⁰. Esa es, en cualquier caso, una problemática que entronca exclusivamente con los límites y parámetros de la interpretación jurídica.

Resulta más cuestionable, en cambio, la utilización interesada de las vías de acceso a tribunales internacionales con el fin de desacreditar o desautorizar a los tribunales internos. Como se sabe, es razonablemente habitual en los últimos años que órganos jurisdiccionales internos planteen cuestiones prejudiciales ante el TJUE con la única finalidad de eludir normas internas que no son de su agrado. Obviamente, la cuestión prejudicial es un instrumento procesal perfectamente legítimo, pero en ocasiones se aprecia un uso abusivo, prácticamente una deslealtad institucional, pues, por un lado, se prefiere esa vía antes que la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, aunque esa posibilidad sea plenamente operativa para la finalidad pretendida (*v. gr.*, discriminación); y, por otro, se formulan las preguntas al TJUE de manera sesgada para predeterminedar la respuesta (*v. gr.*, consecuencias de la temporalidad en el empleo público).

Bien mirado, se produce en estos casos una conducta desleal entre los jueces internos, que no quieren asumir la opción legal o, en su caso, el criterio

¹⁷ Cfr. MOLINA NAVARRETE, C., «La cuestión prejudicial y ¿el fin de los tribunales de «última palabra»? experiencias de tutela del contratante débil, *Diario la Ley*, núm. 9008, de 26 de junio de 2017.

¹⁸ *Vid.* STJUE Montero Mateos (de 5 de junio de 2018, asunto C-677/16).

¹⁹ *Vid.* STJUE Daoudi (de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15).

²⁰ V.4.

sentado por el TS y/o el TC. El órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial está legitimado para aplicar la norma interna a partir de la interpretación que postula del Derecho de la UE, si considera que es la correcta, pero también es consciente de que si dicha interpretación se opone al tenor literal de la norma y/o al criterio jurisprudencial imperante, un eventual recurso (de suplicación, casación o amparo) será probablemente estimado y su interpretación alternativa no prosperará. De ahí que se prefiera acudir al TJUE precisamente para minimizar las opciones de los tribunales superiores y forzar, en último término, un cambio legal o jurisprudencial. Estas conductas judiciales, aunque formalmente pudieran considerarse como naturales desde una perspectiva jurídica, esconden a menudo estrategias conscientes de resistencia o rebeldía, con resultados muy poco edificantes, como muestra el caso de Diego Porras. La sentencia inicial del Tribunal de Luxemburgo venía mediatizada por la formulación, tendenciosa, de las cuestiones prejudiciales, hasta el punto de que el presidente del TJUE admitió que los términos en los que se había planteado el debate les habían inducido a confusión²¹. No es, pues, sorprendente, que se rectificase posteriormente el criterio inicial ante el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre el mismo asunto por parte del TS²².

Se pone así de manifiesto que los tribunales no se limitan ya a analizar y resolver casos concretos, sino que persiguen objetivos más ambiciosos, como la modificación misma del ordenamiento. Aunque se insistirá sobre ello en epígrafes posteriores, cada vez es más habitual la invocación de normas internacionales de dudosa aplicación al caso, incluso de *soft law*, con el propósito de desplazar leyes internas con las que se discrepa, gracias a las posibilidades que ofrece el denominado control de convencionalidad. Y, en el caso de órganos colegiados, cuando no es posible convencer a la mayoría, se han generalizado los votos particulares con una finalidad un tanto desviada, porque no se trata tanto de disentir de la respuesta mayoritaria para salvar eventuales responsabilidades del discrepante, y ni siquiera para confortar a la parte perjudicada, como de generar, o contribuir a mantener, un debate doctrinal que permita, en futuras sentencias, modificar el criterio. Es claro que en las últimas dos décadas el voto particular ha sido utilizado con propósitos mucho más cercanos a lo ideológico que a lo

²¹ Vid. <https://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/8163313/02/17/La-Justicia-europea-reconoce-que-ha-patinado-en-su-fallo-sobre-la-indemnizacion-por-despido-de-los-interinos.html>.

²² Vid. STJUE de Diego Porras (de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17).

jurídico²³, pero también se aprecia esa finalidad en las propias sentencias. No debe pasar desapercibida la diferencia en la extensión de las resoluciones de algunos tribunales (*v. gr.*, Tribunal Supremo), que hace tres o cuatro décadas se limitaban a resolver la cuestión planteada de manera directa, mientras que en la actualidad desarrollan prolijamente los argumentos con el fin de construir las bases doctrinales que permitan anticiparse a futuros conflictos, pero también asentar una determinada posición dogmática, e incluso ideológica.

Es una muestra de que en la exégesis judicial entran en juego multitud de variables e intereses, lo que a la postre dificulta la estabilidad y permanencia en el tiempo de una determinada interpretación, pese a que la seguridad jurídica aconsejaría, precisamente, apostar por criterios que no se vieran afectados por razones meramente coyunturales y poco sólidas. No en vano, hace casi tres décadas el TS elevó la estabilidad de la exégesis judicial a categoría de «principio general de Derecho», advirtiendo que, «cuando la jurisprudencia ha fijado una determinada interpretación legal, debe ésta ser mantenida, en aras de la certidumbre y seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto no se demuestre, por modo indubitable, la antinomia de ella con el verdadero contenido de la Ley»²⁴.

Por supuesto, la seguridad jurídica no se opone, en modo alguno, a una modificación de la jurisprudencia previa, aunque se haya consolidado y sea conocida por los interesados. Del mismo modo que no cabe pretender una petrificación del ordenamiento limitando las facultades del legislador (II.6), tampoco los tribunales están obligados a mantener un criterio que ya no resulta apropiado, porque las «exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante»²⁵.

Los tribunales pueden modificar su doctrina, argumentando convenientemente sus razones²⁶, aunque la legislación procesal ofrece instrumentos cuya adecuada utilización contribuye a la seguridad jurídica, porque permiten construir criterios interpretativos uniformes. En particular, el recurso de casación para la unificación de doctrina despliega una poderosa influencia y

²³ Vid. TOROLLO GARCÍA, F. J., «La estructura argumental de las sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo y sus votos particulares», en García Murcia, J., (Dir.), *La jurisprudencia social del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 97 ss..

²⁴ Vid. STS (Civil) de 22 de julio de 1994 (Roj: STS 18045/1994).

²⁵ Cfr. STS de 10 de septiembre de 2019 (recurso 2491/2018).

²⁶ Vid. STC 49/1985 de 28 marzo.

eficacia en la construcción de la jurisprudencia, pero, aun en su defecto, los tribunales deberían respetar en lo posible sus criterios previos sobre los mismos casos (no todos los asuntos alcanzan al TS, o lo hacen rápidamente), pese a que el ordenamiento español no conceda al precedente el mismo valor que los sistemas anglosajones. Con todo, en tanto que la actuación de los tribunales discurra por derroteros razonables, alejados de la arbitrariedad, la seguridad jurídica debe entenderse respetada, sin perjuicio de que por la propia dinámica de la interpretación jurídica puedan surgir discrepancias entre unos tribunales y otros, o que la doctrina precedente deba modificarse en presencia de circunstancias que conduzcan razonablemente a ello²⁷, porque si bien la ausencia de completa previsibilidad puede generar frustración en los perjudicados, «no toda frustración es caso de inseguridad jurídica digna de protección»²⁸.

En fin, la interpretación y aplicación del Derecho corresponde principalmente a los tribunales, pero la Administración juega un papel determinante en algunas ramas del ordenamiento, pues asume, en un primer momento, la tarea de establecer esos criterios exegéticos y de aplicación, sin perjuicio de su posterior revisión en sede jurisdiccional. La legislación tributaria y el Derecho de la Seguridad Social constituyen ejemplos evidentes. La Administración debe también operar conforme a las pautas de seguridad jurídica, aunque en este ámbito ese principio se concreta más bien en el de confianza legítima, plasmado legalmente en el artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que exige a las administraciones actuar conforme a los principios de «buena fe, confianza legítima y lealtad institucional». Es un principio que, de algún modo, todavía no ha sido objeto de un adecuado desarrollo, y que ha venido impulsado por la doctrina del TJUE, pero que obliga a las Administraciones a respetar la ley, a mantener una actuación consistente y coherente y, desde luego, a responsabilizarse de los propios actos, como por ejemplo la deficiente información que proporcionen a los ciudadanos y que pueda conducir a incumplimientos de la norma²⁹.

²⁷ Vid. ROSADO IGLESIAS, G., «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 86 ss.

²⁸ Cfr. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 411.

²⁹ Vid. PALMA FERNÁNDEZ, J. L., *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 39-42; MARTÍNEZ GINER, L. A., «La Seguridad Jurídica como límite a la potestad de comprobación de la Administración Tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 20, 2015 (BIB 2015\17116); PALAO TABOADA, C., «Algunas consideraciones sobre el principio de seguridad jurídica en la aplicación de las normas tributarias», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 185/2020 (BIB 2020\9082).

2. SEGURIDAD JURÍDICA, APLICACIÓN DEL DERECHO Y VIGENCIA DEL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*

Aunque las experiencias en Derecho comparado son diversas, y más en el ámbito laboral, cabría afirmar que, salvo excepciones (v. gr., *conseil de prud'hommes* en Francia), en los ordenamientos modernos los jueces son personas con profundos conocimientos jurídicos, y además especializados en una rama concreta, de modo que se presume *iuris et de iure* que conocen la ley. Ni siquiera se admite que el juez se niegue a dar una solución al caso invocando una laguna (art. 1.7 CC). El ordenamiento es completo y el juez, especialista en Derecho, puede y debe localizar la norma más pertinente para resolver el caso, y además interpretarla y aplicarla correctamente.

Esa presunción de conocimiento del Derecho se ha articulado tradicionalmente a través del brocardo *iura novit curia*, que pretende reflejar, precisamente, que el juez tiene el deber de conocer la norma y de resolver el conflicto ateniéndose a ella, de modo que las partes no están obligadas a probar el Derecho, ni el juez queda constreñido a las normas que las partes invoquen, ni a la interpretación que ellas defiendan³⁰. Ese es un principio que, en apariencia, no parece problemático, pero que sin embargo ha evolucionado en los últimos años, e incluso se ha puesto en cuestión. Desde algunas instancias se ha llegado a afirmar que «el principio *iura novit curia* ha pasado a ser una mera presunción, bastante pretenciosa por cierto, si es que alguna vez fue verídico»³¹, pues la complejidad del Estado, y de la atribución de competencias entre los distintos entes, o las deficiencias evidentes en la técnica legislativa que ya se han puesto de manifiesto, dificultan en gran medida la localización de la norma aplicable, amén de su interpretación.

Sin embargo, esas son circunstancias que, como se ha visto, se consideran consustanciales a los ordenamientos modernos, y que obligan a cierta resignación y a articular los principios tradicionales del Derecho sobre premisas diferentes. En particular, el principio *iura novit curia* sigue desplegando efectos, pues permite a los tribunales dar respuesta a un asunto a partir de normas no invocadas por las partes. El órgano jurisdiccional tiene que ajustarse a las pretensiones de los interesados –principio de justicia rogada–, pero no a sus argumentos jurídicos. Sobre esas premisas, ese principio parece actuar en un

³⁰ Vid. EZQUIAGA GANUZAS, F. J., «*Iura novit curia*» y aplicación judicial del Derecho, *Lex Nova*, Valladolid, 2002, pp. 21 ss.; MEROI, A., «*Iura novit curia* y decisión imparcial», *Ius et Praxis*, Vol. 13, núm. 2, 2007, pp. 379 ss.

³¹ Vid. Memoria del Consejo de Estado de 1992, accesible en <https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/05/MEMORIA-1992.pdf>.

plano distinto al de seguridad jurídica, en el bien entendido de que las normas a disposición del tribunal forman parte del ordenamiento, de su sistema de fuentes, de modo que han sido aprobadas y publicadas por los cauces pertinentes. La seguridad jurídica, en realidad, se vería afectada si el tribunal decidiera ignorar una norma aplicable a un determinado supuesto por el mero hecho de que no haya sido invocada por los litigantes. Ninguna previsibilidad puede predicarse del Derecho si las normas llamadas a disciplinar determinadas situaciones son desplazadas sin razón, o por la mera voluntad o capricho del operador jurídico.

En este sentido, el TC ha afirmado que la congruencia es compatible «con la utilización por el órgano judicial del principio tradicional del cambio del punto de vista jurídico expresado en el aforismo *iura novit curia*, en cuya virtud los Jueces y Tribunales no están obligados a motivar sus sentencias ajustándose estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes», ya que la «congruencia no es extensible a la necesaria identidad entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el órgano judicial, aunque la introducción a la hora de resolver la *litis* de un diverso punto de vista jurídico en ningún caso legitima el variar sustancialmente la *causa petendi*»³².

Esta es una doctrina que, como es natural, ha sido objeto de recepción por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo³³, principalmente para advertir que la obligación del demandante de demostrar la certeza y realidad de los elementos que constituyen la base de su pretensión no alcanza a la «vigencia y contenido del derecho patrio»³⁴. En cualquier caso, conviene advertir que en la gran mayoría de ocasiones en las que el TS recurre a ese principio lo hace para descartar la incongruencia de la sentencia recurrida, alegación que proviene de la parte que vio desestimada su pretensión debido a la aplicación inesperada de un precepto o una norma distinta de la que invocaba³⁵.

No es esa la perspectiva de aproximación que aquí interesa, que debe estar más centrada en la seguridad jurídica y, en concreto, en las normas a las que un tribunal puede –y debe– acudir, o puede legítimamente ignorar. En el contexto actual, y con la ya aludida labor de codificación digital realizada por la Agencia Estatal *BOE*, no parece una tarea imposible localizar las normas aplicables a un caso, por lo que la motorización legislativa y las notables

³² Por todas, cfr. STC 88/1992, de 8 de junio.

³³ Vid. STS de 8 de noviembre de 2006 (recurso 135/2005).

³⁴ Cfr. STS de 4 de noviembre de 2004 (recurso 2652/2003).

³⁵ Vid. AA. VV., «El principio procesal *iura novit curia* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Llengua i Dret*, núm. 64, 2015, pp. 12-13.

deficiencias técnicas de las leyes no pueden considerarse excusas plausibles, ni merecen en este momento mayor atención desde la perspectiva del principio *iura novit curia*. En cambio, ese principio sí puede ser determinante respecto de ciertas normas que no son accesibles por esas vías ordinarias al alcance del tribunal. En particular, conviene detenerse, en primer lugar, en los tratados internacionales. En segundo lugar, en la legislación extranjera. En tercer lugar, en los convenios colectivos. Y, finalmente, en otros productos con vocación, mediata o inmediata, de ser fuente de derechos y obligaciones, o desplegar ciertos efectos regulatorios, pero que no alcanzan en sentido estricto la cualidad de normas jurídicas.

Comenzando por las normas internacionales, ni su vigencia ni su aplicación deberían suscitar dudas, pues su incorporación al ordenamiento debe venir precedida de su publicación oficial, como se desprende del artículo 96.1 CE. Sin embargo, y como la doctrina ha señalado, «la práctica demuestra que, en ocasiones, tratados no publicados oficialmente han sido aplicados por los órganos estatales, práctica que ha sido tolerada mientras tales normas convencionales no supusieran cargas para los ciudadanos, lo que permite interpretar que la publicación acaba funcionando sobre todo como condición para la oponibilidad del tratado a las personas vigencia y contenido del derecho patrio»³⁶. Con buen criterio, el TS ha advertido expresamente que la aplicación de un tratado no publicado provoca un quebranto para la seguridad jurídica³⁷.

Además, conviene tener presente que no siempre el Gobierno ha sido especialmente cuidadoso en el procedimiento de ratificación y publicación de los convenios internacionales, pues pueden encontrarse aporías de difícil explicación. A modo de ejemplo, según consta en la web del Consejo de Europa España firmó el protocolo de 1991 que modificaba la Carta Social Europea, y lo ratificó el 24 de enero de 2000, al igual que el protocolo de 1988. Sin embargo, únicamente se publicó en el *BOE* (25 de abril de 2000) el Instrumento de ratificación del Protocolo de 1988, pero no el de 1991. Es una cuestión menor, porque el Protocolo de 1991 nunca llegó a entrar en vigor por falta de suficientes ratificaciones, pero es una muestra de que en ocasiones pueden producirse desajustes que afectan a la seguridad jurídica.

En relación con el derecho extranjero, es evidente que el principio *iura novit curia* no alcanza a las normas de otros países. Ello no implica, lógicamente,

³⁶ Cfr. IGLESIAS VELASCO, A. J., «Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España», *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 29, 2013, pp. 186-187.

³⁷ Vid. STS de 29 de marzo de 2022 (recurso 2142/2020), en relación con la Carta Social Europea revisada.

que ese derecho extranjero deba ser sistemáticamente ignorado, porque la competencia judicial y la ley aplicable se determinan por reglas distintas y la norma de conflicto no siempre conduce a la legislación española. Cuando la norma de conflicto remita a la ley extranjera, son las partes las que deben probar su contenido y vigencia³⁸. Ahora bien, el TS ha defendido que en defecto de prueba no corresponde al juez la labor de realizar las indagaciones correspondientes, pero tampoco, sorprendentemente, desestimar la pretensión ante la falta de prueba, sino que debe ofrecer una respuesta de fondo aplicando la legislación española, lo que permitiría a las partes eludir la aplicación de la ley que verdaderamente debería disciplinar el asunto³⁹, con las –negativas– consecuencias que ello provoca para la seguridad jurídica, máxime cuando esa solución supone un incumplimiento de los tratados internacionales o del Derecho de la UE, pues las normas de conflicto se contienen frecuentemente en esa clase de instrumentos, que habrían de disfrutar de primacía sobre eventuales normas de conflicto internas.

Por su parte, los convenios colectivos siempre han generado una dificultad particular desde la perspectiva del principio *iura novit curia*, por esa doble condición de norma jurídica y acuerdo. En su faceta de norma, no es sorprendente que el TS niegue «eficacia revisora casacional a los convenios colectivos publicados en un boletín oficial», pues a ellos «resulta aplicable el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), por lo que no es cuestión de hecho el texto del convenio, el cual no debe incluirse en los hechos probados de la sentencia»⁴⁰. Sin embargo, el propio Tribunal es consciente de que no todos los productos de la negociación colectiva son auténticos convenios colectivos con eficacia *erga omnes*, y, sobre todo, que, disfruten o no de esa eficacia, no siempre se publican en el *BOE*, debido a su ámbito de aplicación.

Por razones de practicidad, aunque jurídicamente discutibles, el Tribunal Supremo consideró que el principio *iura novit curia* no se extendía a los convenios colectivos no publicados en el *BOE*⁴¹, de modo que solamente podían tomarse en consideración si las partes los aportaban. Esos convenios, por consi-

³⁸ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La competencia judicial internacional en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo», en García Murcia, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 92 ss.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 27 ss.

³⁹ Vid. STS de 4 de noviembre de 2004 (recurso 2652/2003), rectificando el criterio de la STS de 22 de mayo de 2001 (recurso 2507/2000) tras las SSTC 10/2000, de 17 de enero, 155/2001, de 2 de julio, y 33/2002, de 11 de febrero.

⁴⁰ Cfr. STS de 19 de enero de 2022 (recurso 82/2021).

⁴¹ Vid. SSTs de 28 de noviembre de 1989 y 19 de septiembre de 1990 (recursos de casación por infracción de ley).

guiente, no recibían el tratamiento de normas, sino de hechos, lo que resulta comprensible en un contexto donde la localización no era sencilla. No obstante, la STC 151/1994, de 23 mayo, matizó que esa limitación debía tener en cuenta que los «diarios oficiales autonómicos satisfacen esta exigencia de publicidad de las normas, sirviendo a idénticos fines, y desplegando, respecto de las normas sujetas a ellos, la máxima eficacia al principio *iura novit curia*, cuando menos, para los órganos judiciales cuya competencia no excede del ámbito territorial de aquéllos».

Con todo, esa es una doctrina que debe entenderse superada, porque ya no se puede mantener en un escenario donde el acceso a la información se ha simplificado gracias a internet y a las bases de datos. Desde luego, si, «previa alegación de la parte, el órgano judicial puede conocer su contenido mediante la mera consulta de una publicación oficial, no es admisible que se desestime una demanda por no haberse aportado copia del boletín oficial en el que se encuentra la norma colectiva»⁴². Y no mediando alegación, si el convenio colectivo ha sido objeto de publicación oficial, aun cuando fuera en un diario provincial, un órgano judicial podría –y debería– aplicarlo igualmente, pues de lo contrario se estaría negando el carácter de norma jurídica al convenio colectivo estatutario. Las vías de acceso a la información en este momento permiten dar por superada una doctrina que se fundaba, precisamente, en las dificultades para localizar normas no publicadas en el *BOE*.

Finalmente, parece claro que el principio *iura novit curia* no alcanza a instrumentos que no merecen la calificación de normas jurídicas, por más que puedan contar con relevancia en el proceso, como puede ocurrir con el *soft law* o con reglamentaciones administrativas internas, habitualmente no publicadas⁴³. Esa es una conclusión razonable, obviamente, pero permite poner de manifiesto otro problema para la seguridad jurídica vinculado al oscurantismo de la administración en relación con los criterios de aplicación administrativa. Los órganos administrativos, como se sabe, están llamados a efectuar una primera interpretación de determinadas normas, por ejemplo las de seguridad social. La dificultad de acceder a esos criterios es manifiesta, y de todo punto irrazonable, por cuanto incrementa innecesariamente la litigiosidad. La seguridad jurídica no se satisface por la mera publicación de una norma si se desconoce una interpretación administrativa que hace poco previsible el

⁴² Cfr. MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «Los hechos probados de las sentencias sociales y el Derecho extranjero, consuetudinario y colectivo», *Aranzadi Social*, núm. 13, 2004 (BIB 2004\1632).

⁴³ Vid. STS de 25 de noviembre de 1997 (recurso 528/1997).

resultado⁴⁴. La administración habrá de proporcionar al tribunal esos criterios, si el litigio se produce, pero son criterios que, aunque no vinculantes para el juez, acompañan de alguna manera al texto legal y forman parte del proceso de aplicación de la norma, por lo que habrían de ser públicos, aun cuando no se trata de normas en sentido estricto y permanezcan al margen del principio *iura novit curia*.

3. EL ACTIVISMO JUDICIAL COMO AMENAZA PARA LA SEGURIDAD JURÍDICA

Evidentemente, un protagonismo desmedido del intérprete de la ley no parece compatible con la seguridad jurídica, pues el operador jurídico nunca debería adquirir más relevancia que la norma misma, y el proceso de exégesis no habría de conducir a un resultado opuesto a la finalidad que motivó su aprobación, ni incoherente con el resto del ordenamiento. Sin embargo, no es exagerado afirmar que los jueces y magistrados, en general, no sólo los asignados a tribunales que se encuentran en la cúspide, han ganado relevancia en tiempos recientes. En buena medida se han «autoempoderado», hasta el punto de asumir parcelas de poder que exceden de sus atribuciones naturales. El activismo judicial es una realidad, y constituye una amenaza para la seguridad jurídica, porque difumina las facultades que naturalmente corresponden a cada uno de los poderes del Estado.

Como punto de partida, es menester preguntarse si el Estado de Derecho es compatible con el activismo judicial, y, en caso de respuesta afirmativa, en qué grado. Una mirada detenida hacia la historia reciente, seguramente lleve a concluir que el activismo judicial no sólo es conveniente, sino incluso necesario, pero no en todos los momentos y en todas las instancias, sino más bien en la fase de creación, estructuración o reconfiguración de un sistema/Estado. En el tránsito de un sistema político a otro diferente el papel de los tribunales, y en particular de aquellos que ocupan una posición preeminente, como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, se antoja determinante, pues a través de una faceta creativa deben ofrecer respuestas allí donde no se han aprobado todavía las normas adaptadas al nuevo sistema y no parece conveniente seguir manteniendo las estructuras antiguas. En un escenario que se asienta en valores diferentes, y en distintas bases de conformación de la socie-

⁴⁴ Vid. GARCÍA NOVOA, C., «El principio constitucional de seguridad jurídica y los tributos. Algunos aspectos destacables», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 124, 2019, p. 59.

dad, se explica y justifica una aproximación valiente, cercana a lo transgresor, por parte de los tribunales⁴⁵.

En efecto, en los albores de un ordenamiento las leyes precedentes, preconstitucionales si se quiere, suelen mantener un protagonismo en tanto se pone en marcha a pleno rendimiento la maquinaria legislativa, lo que provoca desajustes naturales. Los tribunales deben adoptar una posición de vanguardia cuando los principios y valores han cambiado, porque la interpretación literal de las normas preconstitucionales resultará a menudo contraria a los valores y principios del nuevo ordenamiento. Los derechos colectivos, y en particular el derecho de huelga y el derecho de libertad sindical, proporcionan valiosos ejemplos en España. El tránsito de un sistema –político y jurídico– a otro distinto exige una reconfiguración de los esquemas precedentes y, si el legislador no actúa, como ha sucedido en relación con la huelga, los tribunales no deben limitarse a asumir un papel de mero solucionador de conflictos, sino que es razonable que, en ese nuevo modelo político, se decanten, entre todas las interpretaciones posibles, por aquellas que permitan afianzar más rápidamente el nuevo sistema e introducir y consolidar los valores y principios sobre los que se asienta.

Por supuesto, ello no es óbice para cuestionar determinadas decisiones, por estimar que rebasan el límite de lo admisible o lo aconsejable. Así podría argüirse, por ejemplo, con la generosidad en el reconocimiento de derechos a los liberados sindicales, o con la extensión de la prohibición de esquirolaje a situaciones que no se encontraban en la mente del constituyente y que, propiamente, no implican la sustitución de un trabajador por otro, sino el ejercicio de facultades empresariales de tipo organizativo o comercial que se integran en la libertad de empresa. Sin embargo, se trata de opciones interpretativas legítimas, que dogmáticamente encuentran un punto de apoyo sólido en la necesidad de proteger adecuadamente los derechos fundamentales, y en particular aquellos que durante largo tiempo estuvieron proscritos y que convenía no sólo reconocer, sino también promocionar en un escenario jurídico que apostaba por incrementar los márgenes de libertad en todos los órdenes.

En esencia, esas mismas consideraciones pueden también extrapolarse a los tribunales internacionales o supranacionales, como el TEDH y el TJUE⁴⁶, a los que se encomienda la elaboración de un cuerpo de doctrina unificado que ha de acomodarse a unos principios comunes, lo que obliga a los pertinentes ajus-

⁴⁵ Vid. PERELMAN, C., *De la Justicia*, UNAM, México, 1964, pp. 49 y 50.

⁴⁶ Vid. VALDÉS DAL-RE, F., «Constitucionalismo laboral europeo», en AA. VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Tercera Edición, BOE, Madrid, 2023, pp. 82 ss.

tes y adaptaciones en los Estados parte. En ese contexto, no ha sido infrecuente la apuesta por criterios vanguardistas, que no son fácilmente aceptados por los Estados individualmente considerados por lo que suponen de novedad y de alteración de sus esquemas clásicos, pero que el correspondiente tribunal adopta porque entiende que es el único modo de construir un sistema común, o cuando menos de acelerar el proceso. La doctrina del TJUE relativa a la extensión y límites de la libertad de circulación de personas/trabajadores proporciona numerosos ejemplos.

En cambio, en sistemas ya estructurados, con cierta tradición y un acervo normativo de suficiente entidad, los tribunales ya no están llamados a realizar esa labor de construcción o avance con tanta contundencia, y quizá incluso agresividad jurídica. Los principios y valores se encuentran definidos en la Constitución y es el legislador de cada momento el que ha de decidir el camino a seguir. Los tribunales deben ocuparse de garantizar la correcta aplicación de las normas, pero sin asumir funciones de diseño estructural o de cambio de modelo, que no les corresponden y no se justifican en un contexto de estabilidad. En el ordenamiento español, con una normativa suficientemente completa y prolija, no es sencillo detectar lagunas, ni situaciones que requieran de los jueces una intervención que exceda de los perfiles más apropiados técnicamente y se decante por una faceta netamente creativa. Nuestro ordenamiento, al igual que sucede con el de los países del entorno más próximo, se caracteriza por una sobreabundancia de legislación, al menos en la rama de lo social, por lo que no es problema para un tribunal, en general, localizar la norma aplicable, y tampoco proceder a una interpretación razonable y coherente con el resto del ordenamiento. En verdad, los problemas suelen presentarse cuando el juez no está cómodo o satisfecho con el resultado que deriva de las pautas exegéticas más pertinentes conforme a las reglas técnicas de la exégesis jurídica.

Por consiguiente, cabría afirmar que el activismo judicial no es contrario a la seguridad jurídica en un escenario en el que esa seguridad jurídica no existe, o está por construir, cuando ese activismo, en definitiva, contribuye precisamente a proporcionar seguridad jurídica. Una actuación vanguardista de los tribunales es necesaria en momentos de construcción del sistema, que exige la articulación de unas reglas con otras (pre y postconstitucionales, internas e internacionales, etc). Son procesos que se caracterizan por desarrollarse con cierta jerarquía, de arriba hacia abajo, pues son los tribunales constitucionales y supremos los que asumen de ordinario esa función.

Sin embargo, ese activismo judicial suscita más reparos cuando se desarrolla en sistemas ya construidos, y en muchas ocasiones de abajo hacia arriba,

porque en último término es señal de que el juez puede ignorar las reglas vigentes –ya coherentes y que no colisionan entre sí– con la intención de imponer su propio sistema de valores. Probablemente se entienda que el cambio es necesario, pero en un ordenamiento asentado y de cierta madurez no habría de admitirse que un juez, cualquier juez, pueda actuar de ese modo, porque un juez no puede comportarse como un *lobby* o grupo de presión. No es ese su cometido. Ni tampoco es este el escenario apropiado para invocar la objeción de conciencia. El juez está sometido al imperio de la ley, y ese sometimiento es incompatible con la ignorancia deliberada de la norma, y también con interpretaciones de todo punto artificiales.

Las razones del juez para separarse de su función primaria y principal, y que constitucionalmente le corresponde, pueden ser variadas, aunque suelen descansar en convicciones ideológicas, religiosas o políticas. También cabría plantearse otras, incluso cercanas a la vanidad («dejar un legado»), pero en términos generales el activismo judicial suele originarse a partir de una discrepancia bien con la norma, bien con la jurisprudencia. El juez, disconforme con la solución al caso que deriva de la interpretación por cauces ordinarios, decide tomar otro camino, eludiendo conscientemente las opciones de las que en apariencia dispone en atención a la ortodoxia jurídica. En ese contexto, es frecuente apostar por una interpretación innovadora, acudiendo a normativa internacional, o por una exégesis alternativa de la legislación interna, y como resultado se elaboran sentencias con cierta difusión en los medios de comunicación, precisamente por ese carácter transgresor. Sin embargo, esa forma de proceder genera riesgos para el propio juez, quizá no en forma de sanciones disciplinarias, poco frecuentes en este ámbito por razones de mera interpretación y por la dificultad de precisar los contornos de la discrecionalidad técnica, pero sí de la necesidad de volver a retomar el caso cuando, como suele resultar habitual, un tribunal superior estima el recurso y obliga a decantarse por exégesis no tan fronterizas. Desde esta perspectiva, el activismo judicial mal ejecutado supone a corto o medio plazo mayor carga de trabajo para el juez que persigue forzar la norma.

De ahí que en la actualidad se exploren más comúnmente otras posibilidades, ya apuntadas anteriormente, que quizá demoran la respuesta al conflicto para las partes, pero no suponen un exceso de carga considerable para el juez, a la par que disminuyen el riesgo de rectificación posterior en instancias superiores. La más habitual en los últimos años consiste en el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, algunas formuladas de forma tendenciosa para predeterminar el resultado, ante el convencimiento de que los cauces internos equivalentes, como la cuestión de inconstitucionalidad, no tendrían

demasiado recorrido. De algún modo, el juzgador que plantea de ese modo las cuestiones prejudiciales es consciente de que su opción interpretativa no tiene cabida en el ordenamiento patrio y busca un refuerzo externo.

El activismo judicial es consecuencia, así pues, del inconformismo del juez con la respuesta jurídica más pertinente en ese momento y de su decisión de transitar otros caminos. Por supuesto, cabría entender que es una manifestación más del conflicto entre justicia y seguridad jurídica, pero desde el momento en el que intervienen otros elementos, y en particular la ideología individual del juez, se convierte más en un problema de seguridad jurídica que propiamente de justicia, porque no puede considerarse como naturalmente justa toda discrepancia de un juez con la legislación vigente. Los tribunales se apartan de la norma simplemente porque no están conformes con ella por razones que entroncan estrictamente con el sistema de valores del propio juez, y ese sistema de valores puede estar conformado a partir de premisas, vivencias o postulados muy diferentes. No se trata por tanto de contraponer seguridad jurídica y justicia, sino de determinar hasta qué punto la aplicación de la norma se puede ver mediatizada, o incluso desplazada, por las convicciones personales del encargado de su interpretación y aplicación. De algún modo, el activismo judicial olvida que la congruencia y correcta motivación de las sentencias son un ingrediente esencial de la seguridad jurídica, y que el respeto a la ley proporciona más justicia material que otras alternativas, como la aplicación arbitraria de la norma conforme a un sistema de valores particular, porque ello conduce a un escenario de imposible gestión en la práctica, de completa incertidumbre.

Los filósofos y los juristas llevan siglos tratando de perfilar el contenido del concepto de justicia, y no parecen más cerca de ofrecer una respuesta satisfactoria ahora que hace dos milenios. Sin duda, la justicia es un valor con una evidente dimensión jurídica, al igual que la equidad, de modo que la modulación de la norma legal a partir de principios generales del Derecho, o de valores y principios consagrados en la propia Constitución, es una opción plenamente aceptada por el ordenamiento, una interpretación que no se aparta de ningún canon técnico.

Tanto la justicia como la equidad deben contar con su espacio en la interpretación jurídica, pero la doctrina ha puesto de manifiesto la dificultad para dotar de un contenido preciso a esos valores y, sobre todo, para trazar una adecuada línea divisoria que permita dilucidar cuándo actúan como instrumentos dirigidos a la realización del propio Derecho y cuándo son herramientas al servicio del juez para apartarse del resultado que deriva de una recta aplicación de

la norma⁴⁷. En definitiva, esos valores o principios con una dimensión no completamente jurídica, sino predominantemente moral, podrán orientar la interpretación, pero no habrían de convertirse en el único elemento sobre el que fundar la argumentación⁴⁸. Más bien, habrían de servir al juez para encontrar el verdadero significado de la norma (interpretación *secundum legem*), e incluso para hallar una respuesta cuando el ordenamiento no parece proporcionarla directamente (interpretación *praeter legem*), pero no han de contar con tanta fuerza como para justificar la ignorancia de la ley (interpretación *contra legem*)⁴⁹.

Cierto es, y no conviene olvidarlo, que en ocasiones esas interpretaciones que nacen *contra legem* se consolidan a través de su reiteración y no son contestadas por el legislador, de manera que acaban por sustituir a la ley que pretendidamente interpretan y se convierten en el verdadero Derecho formal⁵⁰. Estos procesos anómalos demuestran, en suma, que «una de las causas que distorsionan entre nosotros la actividad jurisdiccional es, básicamente, la fuerza que nuestros jueces tienen, el designio de ser justicieros o de hacer justicia»⁵¹. En cierto modo, es paradójica esa búsqueda permanente de la justicia en sede judicial, pues es difícil imaginar «un Derecho que no busque la justicia», o un «legislador que no la invoque en cada redacción normativa», o un «juez que proclame dictar sentencias injustas a sabiendas»⁵². Ninguno de los actores u operadores jurídicos, cuando se desenvuelve por los cauces que proporciona el ordenamiento, considera que actúa de forma injusta, pero achaca el eventual resultado no querido a otro de los agentes implicados y de algún modo se autoconviene que únicamente su intervención puede proporcionar un remedio adecuado.

En cualquier caso, y sin negar la existencia del activismo judicial, también conviene poner de manifiesto que en el trasfondo de muchas críticas a la labor de los tribunales se encuentra un cierto desapego por el poder judicial, e incluso por la actuación de la Administración, a lo que han contribuido los representantes políticos. No ha sido infrecuente en los últimos años que se haya acusado a ciertas decisiones judiciales de «injustas», aduciendo que no

⁴⁷ Vid. OLLERO TASSARA, A., «Equidad, Derecho, Ley», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 13, 1973, pp. 170 ss.

⁴⁸ Vid. FALCÓN Y TELLA, M. J., *Equidad, Derecho y Justicia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 133 ss.

⁴⁹ Vid. RUIZ-GALLARDÓN, I., «La equidad: una justicia más justa», *Foro. Nueva Época*, Vol. 20, núm. 2, 2017, pp. 183 ss.

⁵⁰ Vid. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 2005, pp. 275 ss.

⁵¹ Cfr. Díez-PICAZO, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Civitas, Madrid, 2014, p. 58.

⁵² Cfr. SUÁREZ LLANOS, L., «La justicia como ideal, como contexto y como pretexto», en Suárez Llanos, L., (Coord.), *El Derecho y la Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 483.

estaban basadas en la recta interpretación y aplicación de las normas, sino en motivaciones con un calado más ideológico o político. El uso masivo de las redes sociales, y en general el impacto de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, dan lugar a una sobreabundancia de datos y, sobre todo, de opinión, generando fundamentalmente ruido, porque «demasiada información causa desinformación»⁵³. En ocasiones, directamente se pretende desacreditar a los aplicadores de las normas a partir de circunstancias o elementos que pertenecen a su esfera privada, como indicios sobre su ideología o información sobre sus relaciones o conexiones con otras personas, introduciendo por tanto en el debate público una duda sobre la legitimación de ciertas decisiones al haber sido tomadas por una persona sobre la que recae, real o artificialmente, una sospecha de parcialidad.

La exégesis jurídica es una operación donde influyen notablemente aspectos subjetivos del intérprete. En su sentido más estricto, la objetividad («perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir») no puede predicarse de una actividad humana. El ser humano no puede ser objetivo. Un individuo es un sujeto, y por tanto no puede desprenderse de su subjetividad, ni despojarse de sus emociones. Las personas, y por tanto los jueces, son producto de su educación y sus experiencias, y cabe exigir que en el ejercicio de su función jurisdiccional demuestren imparcialidad, pero no estrictamente objetividad. Un individuo no puede valorar un hecho de manera objetiva, porque ello implicaría que cualquier persona de cualquier época y lugar llegaría a la misma conclusión. Un proceso de valoración no puede desligarse del modo de pensar o del modo de sentir, y de ahí que la objetividad que se predica de un proceso de valoración o enjuiciamiento humano se satisface si el intérprete actúa de modo «desinteresado» o «desapasionado» (segunda definición del Diccionario RAE), adjetivos que, a la postre, son sinónimos de imparcial o ecuánime.

En esa línea, la manera de pensar o sentir, la subjetividad inherente a la persona que aplica la norma, no puede desnaturalizar la operación técnica de exégesis jurídica hasta el punto de que el Derecho deje de ser relevante y quede sustituido por la voluntad del juez⁵⁴. Esa subjetividad concede un margen de apreciación, imprescindible por las razones ya expuestas (carácter no matemático de la interpretación, necesidad de integración de lagunas o vacíos, corrección de imperfecciones o precisión de conceptos jurídicos indeterminados), y que en último término permite a los operadores jurídicos elegir entre

⁵³ Cfr. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 39.

⁵⁴ Vid. BOBBIO, N., *Teoria Generale della Politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 14.

las distintas posibilidades interpretativas que ofrece la norma. Sin embargo, ese margen no es infinito, pues toda operación de esta índole debe desenvolverse dentro del respeto a la ley y a los límites marcados por las reglas técnicas de interpretación⁵⁵.

En fin, tampoco conviene olvidar que la valoración del activismo judicial suele venir mediatizada por otros factores, y en particular por la ideología o creencias de quien realiza esa valoración. En este sentido, ha sido frecuente en los últimos años que desde posiciones académicas o políticas se animase a los jueces a ignorar o inaplicar determinadas normas que se consideraban muy lesivas para los derechos o intereses de ciertos colectivos, incluso una regresión, y se invocan a tal efecto argumentos de muy diversa índole (justicia material, valores o principios constitucionales o compromisos internacionales). El activismo judicial se concibe en tales casos como una garantía para el sistema democrático, una barrera frente al legislador que se excede en su actuación. En cambio, el activismo judicial se rechaza vehementemente cuando la valoración se efectúa desde posiciones ideológicas que coinciden con las que inspiran las normas. En tal caso no suele ponerse el acento en el principio de seguridad jurídica, sino más bien en la legitimidad democrática, que corresponde al legislador elegido por el pueblo y no al poder judicial. El activismo judicial se entiende entonces como un ataque a la democracia, al Estado de Derecho y a la separación de poderes. La ideología, por tanto, condiciona al legislador, a los jueces y también a quienes valoran la actuación tanto de uno como de los otros.

En puridad, esa interferencia de las creencias únicamente se justifica en el caso del legislador, por mor del pluralismo político, y de esas personas que valoran o critican actuaciones ajenas, pues si no participan ni en el proceso de creación ni en el de aplicación se encuentran amparadas por la libertad de expresión. En cambio, los jueces, que han de desarrollar su labor conforme a ciertas pautas técnicas, habrían de mostrar un especial celo para que no ofrezcan dudas ni la sujeción de su actuación a la ley ni su imparcialidad en la toma de decisiones.

4. LAS PECULIARIDADES DE LA RAMA SOCIAL DEL DERECHO

Las normas laborales y de seguridad social plantean riesgos específicos para la seguridad jurídica, porque conforman un sector del ordenamiento con particularidades propias, un ámbito donde lo emocional es insoslayable, donde

⁵⁵ Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 919-929.

las tensiones entre el ser y el deber ser forman parte intrínseca de su esencia, donde se cuestiona permanentemente tanto el ámbito subjetivo de protección como el alcance e intensidad de la tutela que se dispensa a quienes teóricamente están protegidos y donde sistemáticamente se discuten los logros a partir de un cierto ideal de justicia social, en ocasiones utópico. Por decirlo de otra forma, se aprecia en ciertos contextos una permanente insatisfacción con el reconocimiento, contenido, desarrollo y eficacia de los derechos sociales, que a menudo se entienden insuficientes, y ese inconformismo no se alivia con argumentos de corte racional, pues aun cuando se comprenda que las necesidades a satisfacer son mayores que los recursos disponibles, no se acepta que la cobertura proporcionada en un determinado momento haya optimizado esos recursos.

Es característica intrínseca a la rama social del Derecho el propósito de proteger a sujetos en clara posición de inferioridad o debilidad, y por ello las interpretaciones se construyen a partir de premisas de naturaleza tuitiva, como los principios *pro operario* y *pro beneficiario*. No obstante, el impacto de ambos se ha reducido, porque se han visto progresivamente arrinconados en la práctica⁵⁶ y porque su sustento jurídico es cuestionable. No en vano, el TS ha llegado a afirmar que el principio *pro operario* «ni siquiera está positivizado en nuestro ordenamiento jurídico ni tampoco parece desprenderse del conjunto del ordenamiento jurídico laboral»⁵⁷.

Es cierto que los tribunales, y también la doctrina científica, que actúa en ocasiones a modo de grupo de presión⁵⁸, aunque no debiera ser esa su función, han tratado de revitalizarlos en los últimos tiempos, insistiendo, como premisa básica, en la inferioridad del trabajador (Derecho del Trabajo) o en la situación de necesidad del beneficiario (seguridad social), punto de partida que condiciona la interpretación, toda vez que se entiende que la finalidad de estas disciplinas consiste en proporcionar un determinado nivel de tutela. Dicho de otro modo, tiende a considerarse como fallida la configuración de una norma social cuando el trabajador o el beneficiario no alcanza la protección que *a priori* se estima adecuada, un fracaso del sistema, en definitiva, que debe ser corregido por vía interpretativa.

Ese modo de actuar aboca a una intensa creación judicial del Derecho, que de algún modo se sustenta, por un lado, en la independencia judicial y, por

⁵⁶ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., «Consideraciones sobre el principio *pro operario*», *Ius et Veritas*, núm. 5, 1992, pp. 83-84; DESDENTADO BONETE, A., «¿Existe realmente el principio *in dubio pro operario*?», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2003, pp. 605 ss.

⁵⁷ Cfr. STS de 4 de octubre de 2023 (recurso 3/2022).

⁵⁸ Vid. ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 39.

otro, en la posibilidad de que el juez pueda separarse de precedentes previos⁵⁹, pero que da lugar a resultados no completamente satisfactorios desde la perspectiva de la seguridad jurídica, y resulta harto dudoso que contribuya a la justicia social, al menos si previamente no se ha definido en qué consiste esa justicia, más allá del sistema de valores de cada juez, de su disconformidad con la respuesta legal para un determinado caso concreto. No en vano, detrás de algunas decisiones laten valores que no siempre son comúnmente compartidos, ni forman parte de la esencia misma del ordenamiento, sino que se encuentran muy ligados a un determinado contexto histórico y social, y a menudo a intereses concretos y coyunturales que no deberían prevalecer sobre la seguridad jurídica.

A todo ello contribuye la excepcional trascendencia mediática de ciertos supuestos, que desemboca en reivindicaciones sociales dirigidas a que los jueces rectifiquen el resultado de la aplicación de una ley cuando se estima injusto. De hecho, comienza a ser habitual en medios de comunicación que se utilicen parámetros de medición de la relevancia social de un asunto que carecen de cualquier validez, como la repercusión en redes sociales. Se trata de fenómenos hasta cierto punto novedosos, y en los que se corre el evidente riesgo de suplantación del legislador por parte del juez, aparentemente legitimado —o incluso presionado— por la sociedad («clamor popular»). El ámbito penal ha proporcionado ejemplos suficientes en los últimos años, pero son consideraciones que pueden extrapolarse a cualquier contexto en el que las emociones influyen en la toma de decisiones.

Esta mayor incidencia de las emociones, de la sensibilidad del juzgador, da lugar a ciertas disfunciones jurídicas, porque se presta mucha más atención a unos derechos que a otros. En efecto, un análisis de la jurisprudencia ordinaria y constitucional durante los últimos diez años permite concluir que no todos los derechos fundamentales se han desarrollado de la misma manera, o, quizás, que se ha ido confeccionando progresivamente una jerarquía o gradación en los derechos fundamentales que no se deduce de la Constitución, ni de los textos internacionales de referencia en materia de derechos humanos. La intensa promoción de determinados valores ha derivado, en suma, en que algunos derechos fundamentales cuenten con una protección de primer nivel y otros hayan quedado relegados a un segundo plano.

⁵⁹ Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «Independencia del juez social y seguridad jurídica: la tensión entre la ley y los “usos opcionales del derecho” en la experiencia laboral reciente», *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2015 (smarteca).

Esa protección o tutela a dos velocidades puede detectarse incluso en la aplicación del mismo derecho a realidades diferentes, como ilustran los principios de igualdad y no discriminación. En este sentido, los esfuerzos para erradicar las diferencias prohibidas por razón de sexo han merecido un notable impulso en los últimos años. Aun cuando la equiparación social y jurídica entre mujeres y hombres no sea completa, y el camino a recorrer pueda considerarse largo y no exento de obstáculos, es evidente que en ese escenario se han producido avances significativos. Por ejemplo, los tribunales –y la ley– han reconocido el derecho a ciertos cambios en la prestación de trabajo, incluso la elección de turnos, que no tienen parangón cuando se invocan otros derechos, como la libertad religiosa o la protección de la discapacidad, donde la «adecuación razonable» da lugar a un juicio de ponderación sobre cánones mucho menos generosos, y que conducen a la denegación de ciertas peticiones (*v. gr.*, cambio de día descanso por motivos religiosos).

La doctrina relativa a las situaciones que permiten apreciar riesgo durante la lactancia natural demuestra, asimismo, que no todos los derechos fundamentales están mereciendo la misma interpretación extensiva, que, además, es relativamente reciente, pues los tribunales no se pronunciaban con la misma generosidad hace dos décadas. La prohibición de discriminación no se interpreta de igual forma, por ejemplo, en relación con el sexo que en relación con la edad, la nacionalidad o la etnia, pues cuando se valora el impacto del sexo parece entrar en juego una presunción favorable que otras causas no disfrutan. Lógicamente, los intereses y las preocupaciones varían, así como el foco de atención del legislador y de los tribunales, pero lo cierto es que la teoría general de los derechos fundamentales no explica por qué unos merecen más desarrollo y promoción que otros, y cuáles serían los parámetros a tomar en consideración para justificar esa diferencia. No en vano, el legislador convirtió en su momento la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en un «principio informador del ordenamiento jurídico», que debe integrarse y observarse «en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas» (art. 4 LO 3/2007), sin explicitar por qué ese principio de igualdad de trato no se erigía asimismo en principio informador respecto de cualquier otra causa que pueda dar lugar a una diferencia de trato no admitida en el ordenamiento.

Esa discrepancia se ha corregido finalmente tras la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuyo artículo 4.3 dispone que el «derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». No obstante, la discriminación por razón de

sexo sigue ocupando un lugar prioritario en las preocupaciones del legislador, como muestra el artículo 4.4 de esa norma al advertir que «en las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros».

A modo de contraste, los diferentes sistemas de valores entre ordenamientos conducen a escenarios completamente contrapuestos, como ha demostrado el Tribunal Supremo de Estados Unidos, que en el lapso de menos de una semana dictó dos sentencias significativas. En primer lugar, la sentencia *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*⁶⁰, de 24 de junio de 2022, modificó el criterio que había sentado en 1973 la histórica sentencia *Roe vs. Wade*, lo que supone que el aborto deja de ser considerado como un derecho amparado constitucionalmente y puede ser prohibido por ley en cada Estado federado, o incluso en todo el país. Y en segundo lugar, el 27 de junio de 2022, solo tres días después, la sentencia *Kennedy vs. Bremerton School District*⁶¹ garantizaba el derecho de los empleados públicos a rezar en tiempo y lugar de trabajo, declarando inadmisibles el despido por la negativa del trabajador a cumplir la orden empresarial de cesar en esa práctica.

Esas decisiones, se compartan o no, demuestran que el sistema de valores condiciona la interpretación jurídica, y también, ciñéndose al ordenamiento español, que la justicia, como valor superior del ordenamiento e ingrediente consustancial a la rama social del Derecho, no debería ser compatible con el prejuicio, o, en general, con perspectivas de aproximación sesgadas. La invocación de los derechos fundamentales ha proporcionado notables ejemplos en los últimos años, porque en combinación con el principio *pro operario* ha permitido sustentar interpretaciones que no sólo presumen que el trabajador es la parte débil, sino también la parte que actúa con probidad, y el empleador no sólo la parte fuerte, sino la que opera con intereses espurios e intenciones aviesas. La interpretación jurídica favorable al contratante débil no puede derivar en una sobreprotección injustificada, ni tampoco en la desprotección de la otra parte.

Sin embargo, abundan los ejemplos de esa sobreprotección que llevan incluso a minimizar conductas del trabajador que encajan sin dificultad en tipos penales. La interpretación de las causas de despido disciplinario, por ejemplo, suele mostrar una excesiva complacencia con el trabajador, tanto en la

⁶⁰ Vid. https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf.

⁶¹ Vid. https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-418_i425.pdf.

valoración de la conducta en sí⁶², como en relación con los medios de prueba. Así lo demuestran los recelos ante determinadas formas de control empresarial, que han llevado a considerar imprescindible en algún momento para la admisión de la prueba en el juicio la advertencia previa del empleador a los trabajadores sobre el control, pese a que sea la víctima de una conducta delictiva, que cuente con sospechas fehacientes sobre el autor y que esa advertencia frustraría la finalidad del control.

Desde una perspectiva meramente teórica, es razonable limitar las facultades de control empresarial, por su potencial invasivo. Ahora bien, la justicia social no puede satisfacerse mediante la adopción de una perspectiva de aproximación que no valore el conjunto de las circunstancias. Piénsese, por ejemplo, en la STEDH *López Ribalda vs. España*⁶³, que en su versión definitiva, dictada en Gran Sala, fue ampliamente criticada desde algunos sectores, por la restricción que suponía a los derechos de los trabajadores en comparación con la previa –y rectificada– sentencia de sala. No obstante, conviene contextualizar debidamente el asunto. Según los hechos probados de la sentencia, el empleador detectó desfases entre el inventario y los ingresos por ventas que ascendían a las siguientes cantidades: 7.780 euros en febrero de 2009, 17.971 euros en marzo, 13.936 euros en abril, 18.009 en mayo y 24.614 en junio. En ese escenario, la empresa instaló cámaras de seguridad el 15 de junio, es decir, a los cinco meses del inicio de esa anomalía y tras unas pérdidas de más de 80.000 euros, con unas fuertes y evidentes sospechas hacia sus trabajadores.

Obviamente, ni el principio *pro operario*, ni la justicia social rectamente entendida –pues ambos subyacen en la interpretación extensiva de los derechos fundamentales en la rama de lo social–, pueden justificar una limitación tal de las facultades empresariales que no permita la comprobación de un hecho cierto, porque no está en cuestión un control genérico destinado a revelar aspectos relativos a la intimidad de los trabajadores, sino uno específico dirigido a constatar el autor no ya de un incumplimiento laboral, en su caso, sino propiamente de un delito. La justicia social no puede amparar conductas delictivas tan flagrantes, y desde luego es difícil justificar que la invocación de ese

⁶² V.g., STSJ Madrid de 7 de diciembre de 2011 (recurso 3877/2011), que considera que expresiones como «payaso» e «imbécil» dirigidas a un compañero no revisten gravedad suficiente a efectos del despido disciplinario, por tratarse de «manifestación del lenguaje habitual de la gente joven en el ámbito social y de las relaciones laborales». No obstante, la doctrina sobre el despido disciplinario es muy heterogénea, y no resultan infrecuentes las interpretaciones rigurosas. En este sentido, la STSJ de Galicia de 22 de julio de 2010 (recurso 1720/2010) admite la procedencia del despido de un trabajador que se había dirigido a un superior utilizando expresiones como «tener que aguantar a estas alturas a un niño» o «no tienes ni puta idea de nada».

⁶³ Sentencia de 17 de octubre de 2019 (recursos 1874/13 y 8567/13).

valor cuente con tanta fuerza como para obligar al empleador a soportar un robo, o limite sus posibilidades de control hasta el punto de su completa ineficacia. En ningún otro ámbito se exige a la víctima de un acto delictivo que advierta al autor de que será objeto de vigilancia para poder probar el incumplimiento, pero en el contexto laboral se tiende a considerar al trabajador como sujeto merecedor de especial protección aun cuando su conducta sea manifiestamente reprobable.

Por supuesto, el empleador no dispone de facultades ilimitadas, pero su posición de superioridad en el contrato no justifica que deba soportar un daño ilegítimo, ni que su poder disciplinario haya de quedar anulado⁶⁴, y por ello es razonable que la jurisprudencia reciente, tanto ordinaria⁶⁵ como constitucional⁶⁶, conceda un mayor margen de maniobra al empleador, principalmente en presencia de una sospecha razonable de incumplimiento. El principio *pro operario*, y la protección del contratante débil, en suma, no puede dar lugar a una aplicación del Derecho en términos binarios, basados en diferencias simplistas entre «buenos» y «malos». Del mismo modo que se ha advertido de los peligros de configurar la legislación criminal sobre premisas equivocadas, como el «Derecho Penal del enemigo»⁶⁷, conviene también evitar el diseño y aplicación del Derecho del Trabajo de manera tan sesgada ideológicamente que no permita alcanzar algunos de sus objetivos más básicos, como dotar al empleador de las necesarias facultades para obtener el rendimiento y la productividad razonables en su actividad profesional y empresarial.

Cierto es que no siempre la jurisprudencia se decanta por interpretaciones creativas a favor del trabajador, y que sobre el legislador descansa buena parte de la responsabilidad, en unas ocasiones por no actuar dónde y cuándo debe, y en otras por las deficiencias técnicas de las normas aprobadas. No obstante, esos dos factores, unidos además a la instrumentalización de las leyes y los procedimientos por parte de los operadores jurídicos, han incrementado sustancialmente la imprevisibilidad de la legislación social⁶⁸, y han alimentado el activismo judicial en lucha contra las «injusticias», que tratan de remediarse a través de interpretaciones innovadoras.

⁶⁴ Vid. CASTRO ARGÜELLES, M. A., *El régimen disciplinario en la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pp. 31 ss.

⁶⁵ Vid. SSTs de 30 de marzo y 22 de julio de 2022 (recursos 1288/2020 y 701/2021).

⁶⁶ Vid. STC 119/2022, de 29 de septiembre.

⁶⁷ Vid. JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 17 ss.; MUÑOZ CONDE, F., «De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”», *Revista Penal*, núm. 16, 2005, pp. 123 ss.

⁶⁸ Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «El valor económico de una justicia laboral de calidad: ¿activismo jurídico versus favor seguridad jurídica?», *RTSS (CEF)*, núm. 422, 2018, p. 22.

El juez, en suma, decide en ocasiones elevar su idea de justicia, no contrastada y plenamente subjetiva, y la hace prevalecer sobre la voluntad de la ley. A menudo, cuando se antepone la justicia a la seguridad jurídica se parte de la premisa de que el resultado en apariencia injusto es un resultado no querido, un resultado que no debiera haberse producido y que es fruto de la aplicación de una norma general y abstracta a una situación con peculiaridades que de algún modo la desbordan y que merece corregirse. El peligro de esa operación es la ausencia de una previa valoración de alcance general, pues quizá el legislador se haya decantado conscientemente por una determinada configuración que estima más justa en una visión global del ordenamiento, pese a que pudiera perjudicar eventualmente a determinadas personas o colectivos. O quizá, simplemente, y en el marco del pluralismo político reconocido constitucionalmente, esa es la opción que el legislador considera más apropiada, es un resultado querido y buscado. El activismo judicial, en esas situaciones, no es fácilmente admisible, pues habría que explicar por qué el valor justicia permite que un juez, cualquier juez, rectifique al legislador, y por qué esa actuación es compatible con la separación de poderes y con el sometimiento del juez al imperio de la ley, presupuestos de un Estado de Derecho.

La seguridad social proporciona ejemplos más que numerosos, aun cuando es un contexto en el que los tribunales ordinarios deberían contar con más limitaciones para actuar, porque el derecho a la seguridad social, por su ubicación en el artículo 41 CE, no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y, a la postre, un derecho de configuración legal respecto del que el legislador debe contar con un adecuado margen de maniobra, porque no se pueden satisfacer todas las necesidades sociales con recursos limitados⁶⁹. Sin embargo, se ha advertido, con acierto, que algunas fronteras son extraordinariamente dúctiles, porque no cabe identificar «materias de la justicia inaccesibles para el legislador», del mismo modo que tampoco parecen existir «materias de la política inaccesibles para el juez»⁷⁰.

De algún modo, esas tensiones entre la justicia y el principio de seguridad jurídica nacen porque el Sistema de Seguridad Social es un mecanismo de redistribución de la riqueza que debe aspirar a proteger a quien no cuenta con recursos, y por ello se tiende a considerar injusto que una persona en situación de necesidad no reciba una prestación. Como se desarrollará en el capítulo siguiente, la intervención judicial correctora ha sido frecuente, y se han reconocido prestaciones a personas que técnicamente no cumplen los

⁶⁹ Por todas, *vid.* STC 91/2019, de 3 de julio.

⁷⁰ *Vid.* PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 112 ss.

requisitos legales pertinentes, aduciendo que las normas pueden resultar frías e inhumanas, y que debe atenderse a las circunstancias del caso.

Sin embargo, el recurso –quizás desmedido– a consideraciones de justicia material plantea otros interrogantes, porque detrás de estas interpretaciones late cierto inconformismo, o insatisfacción, con las limitaciones de un Estado social que no ha podido garantizar los medios para que todos los ciudadanos puedan obtener los recursos suficientes para subsistir, principalmente a través del trabajo, ni tampoco remediar la ausencia de salario con una prestación para toda persona que carezca de ingresos. La justicia es un valor superior del ordenamiento, que vincula al legislador, porque a él corresponde la valoración sobre la posibilidad y conveniencia de establecer prestaciones para toda situación de necesidad. En otras palabras, no es el juez el único, y ni siquiera el principal, garante de la justicia social, ni ese valor exige que el juez ignore la ley y suplante al legislador para remediar una situación de necesidad.

Debe insistirse, nuevamente, en que las necesidades sociales son siempre mayores que los recursos disponibles, que es el legislador el que ha de definir los contornos de la situación de necesidad, y que no es irracional atribuir al legislador la capacidad de decisión sobre cómo distribuir esos recursos para atender las necesidades más imperiosas. Cualquier labor de distribución o redistribución puede merecer reproche crítico, pues no es fácil atender y satisfacer plenamente todas las necesidades. Sin embargo, el hecho de que los jueces alteren la distribución de recursos finitos decidida por el legislador provoca consecuencias imprevisibles, y quizá no mejore cualitativamente el sistema, porque ese incremento del gasto público derivará o bien en medidas para atraer más ingresos, o bien en acciones para reducir el gasto, generando por tanto daños colaterales. En otras palabras, la intervención judicial mejorando la protección de determinadas personas y/o colectivos va a suponer una merma en la protección de otros, por cuanto los recursos seguirán siendo limitados, y no es descartable que la propia coherencia interna del sistema sufra.

En este sentido, resulta suficientemente ilustrativa la jurisprudencia sobre la revisión de los grados de IP y la compatibilidad de esas pensiones con el trabajo. La generosidad de la jurisprudencia ha derivado en muchas mayores restricciones en el reconocimiento de la IP, precisamente para evitar un incremento de costes inasumible para la seguridad social. En un contexto de recursos limitados es conveniente actuar con notable cautela, porque la valoración sobre la justicia, lo justo o lo injusto en una sociedad depende muy a menudo de la perspectiva de aproximación. Es más, esa constante voluntad de forzar los límites del sistema conduce a resultados inciertos, con posible afectación estructural.

En este contexto de la IP, por ejemplo, el TJUE, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un juzgado español, ha advertido que las reglas de incompatibilidad de pensiones podrían incurrir en discriminación indirecta por razón de sexo⁷¹. Esas reglas, como se sabe, impiden disfrutar cumulativamente de varias pensiones causadas en el Régimen General, debiendo el beneficiario optar por una de ellas, a diferencia de la mayor generosidad que se aprecia cuando las pensiones son reconocidas en regímenes distintos. Aunque el TJUE no se pronuncia de forma contundente porque no está convencido sobre la pertinencia y exactitud de los datos estadísticos suministrados por las partes, esa doctrina pone en duda los pilares clásicos sobre los que se conforma el Sistema de Seguridad Social, y permite plantear, por un lado, si es necesario un cambio legal y, por otro, si la tradicional jurisprudencia constitucional que considera la seguridad social como un derecho de configuración legal donde el legislador disfruta de un amplio margen de decisión no ha comenzado a agrietarse, porque, como demuestra la sentencia del TJUE sobre el desempleo de los trabajadores del hogar⁷², desde la perspectiva europea el principio de no discriminación se aplica al conjunto del Sistema de Seguridad Social y valora la situación de una persona en comparación con otra, considerando a ambas como trabajadores y analizando la efectividad de la protección con independencia del régimen de encuadramiento.

Por otro lado, la doctrina humanizadora, u otras con altas dosis de imaginación jurídica, de los tribunales del orden social no se apoya directamente en la justicia o en la equidad, sino en argumentaciones mucho más sugerentes, pero difusas, al invocar frecuentemente valores constitucionales o principios generales del Derecho (*v. gr.*, interés superior del menor, en caso de la gestación subrogada), pero sin excesivo desarrollo. Además, y sobre todo, se acude a normas o instrumentos internacionales, aun cuando en ocasiones se utilicen referencias con dudosa eficacia normativa, como los dictámenes/resoluciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT o del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa. En verdad, el recurso a instrumentos internacionales ha sido muy frecuente en los últimos años, alentado además por el denominado «control de convencionalidad», de creciente protagonismo en el sistema interamericano de protección de derechos humanos⁷³, pero también

⁷¹ Vid. STJUE KM (30 de junio de 2022, asunto C-625/20).

⁷² Vid. STJUE TGSS (24 de febrero de 2022, asunto C-389/20).

⁷³ Vid. CANOSA USERA, R., *El control de convencionalidad*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 23 ss.; JIMENA QUESADA, L., «La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales», *RGDTSS* (iustel), núm. 53, 2019; GARRIDO PALACIOS, M. A., *Control de convencionalidad y derecho del trabajo: el encaje del derecho internacional del trabajo en el iuslaboralismo español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 76 ss.

en nuestro ordenamiento gracias al aval explícito del TC⁷⁴. En esencia, el control de convencionalidad permite al juez desplazar la norma interna con el fin de aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, como por lo demás deriva de la organización del sistema de fuentes, o de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales.

Sin embargo, este control de convencionalidad suele utilizarse a menudo de forma interesada, y en el ámbito social ha revivido con fuerza para oponerse a los efectos de una legislación interna que no resultaba del agrado de algunos jueces⁷⁵. Lógicamente, la correcta aplicación de este control de convencionalidad requiere que la norma internacional que desplazará la normativa interna despliegue eficacia directa, y además sea clara e indubitada en sus mandatos. Sin embargo, muchos de los instrumentos internacionales a los que suele recurrirse con este propósito no cumplen esas características, porque en el ámbito de los derechos sociales no es sencillo encontrar reglas y compromisos de carácter vinculante o con aplicación directa. Por más que se hayan invocado en los últimos años⁷⁶, muchos convenios de la OIT, los Pactos de la ONU de 1966, o incluso la Carta Social Europea, no son herramientas o pilares sólidos sobre los que pueda asentarse exitosamente el control de convencionalidad, ni que justifiquen ignorar reglas legales expresas, ni sobre los que se puedan articular respuestas más o menos imaginativas por el mero hecho de que el tribunal discrepe del modelo legal, como viene sucediendo, por ejemplo, en relación con la indemnización por despido, donde el Convenio núm. 158 de la OIT (de 1982, no se olvide) y el artículo 24 de la Carta Social Europea sirven como apoyo, o más bien como excusa, para sortear el carácter tasado de la indemnización⁷⁷.

Así lo ha advertido el TS, que ha puesto de manifiesto que el contenido de la Carta Social Europea es «muy heterogéneo» y «no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo», de modo que, «incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular», amén de que la Carta «forma parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las

⁷⁴ Vid. STC 140/2018, de 20 de diciembre.

⁷⁵ Vid. GOERLICH PESET, J. M., «(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?», *Labos*, Vol. 2, núm. 1, 2021, pp. 4 ss.

⁷⁶ Vid. SALCEDO BELTRÁN, C., «Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)», *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2018, pp. 51 ss.

⁷⁷ Por todas, vid. STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2023 (recurso 6219/2022).

restantes, no de forma aislada»⁷⁸. Por consiguiente, la utilización del control de convencionalidad de manera poco meditada provoca un quebranto notable de la seguridad jurídica, máxime si ni siquiera se atiende a las cautelas del TC⁷⁹. Téngase en cuenta, por ejemplo, que la Carta Social Europea, en cualquiera de sus versiones, no reconoce directamente derechos subjetivos a los ciudadanos, por lo general, sino que más bien se dirige a los poderes públicos, en una configuración similar a una directiva de la UE sin efecto directo. De ahí que, probablemente, las consecuencias de su incumplimiento podrían canalizarse mejor por vías como la responsabilidad patrimonial del Estado, por más insatisfacción que ello pueda provocar en quien aspire a cambios drásticos e inmediatos en el ordenamiento.

5. EN PARTICULAR, LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA DOCTRINA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

En capítulos precedentes se detalló cómo la jurisprudencia del TC ha ido construyendo el concepto y alcance de la seguridad jurídica, con una dimensión general. Esa doctrina es extrapolable a la rama social del Derecho, aunque no cabe desconocer que ese concepto de seguridad jurídica se ha ido cimentando a partir de parámetros más vinculados al Derecho Penal o al Derecho Administrativo sancionador o tributario. Procede ahora aproximarse a la doctrina de la Sala de lo Social del TS, para comprobar en qué medida se ha invocado, y cómo se ha acogido, la seguridad jurídica, y constatar si ese órgano ha realizado una labor de acomodación de esa doctrina general a las especificidades propias del ordenamiento laboral y de seguridad social.

Por supuesto, la Sala de lo Social del TS, al igual que el resto de salas de ese órgano jurisdiccional y de cualesquiera tribunales que tienen atribuida la función de intérprete último de determinadas normas –*v. gr.*, TJUE y TEDH–, cumple una misión decisiva para la seguridad jurídica. En la medida en que esos órganos puedan elaborar jurisprudencia, la doctrina que emana de ellos, aunque no despliegue efectos similares al precedente más propio del *common law*, se une a la norma interpretada y la «complementa» (art. 1.6 CC), delimitando su objeto y alcance y precisando el modo en que debe aplicarse. La jurisprudencia, por consiguiente, permite clarificar las incertidum-

⁷⁸ Cfr. STS de 28 de marzo de 2022 (recurso 471/2020), en relación con el contrato de apoyo a los emprendedores.

⁷⁹ *Vid.* STS de 29 de marzo de 2022 (recurso 2142/2020), acerca del despido por absentismo.

bres que naturalmente genera una norma debido a sus rasgos de generalidad y abstracción, así como a la equivocidad del lenguaje jurídico⁸⁰, y proporciona una interpretación uniforme que si bien no es estrictamente vinculante para los órganos jurisdiccionales inferiores, se contempla como motivo de recurso, por lo que en cierta manera se genera la confianza de que el criterio jurisprudencial prevalecerá finalmente, pese a la resistencia de los jueces de instancias inferiores.

Es cierto que la proliferación de tribunales con posibilidad de crear jurisprudencia (TS, TC, TEDH o TJUE) genera disfunciones, porque no siempre su doctrina es estrictamente coincidente entre sí y porque la eventual –y deseable– coordinación no se produce en todo caso, y además no puede ser inmediata. El legislador, por su parte, no siempre sabe a qué atenerse, máxime en supuestos donde un tribunal internacional/supranacional establece un criterio distinto al de los tribunales internos. Conviene, sin duda, extremar la prudencia ante la generalización de ciertas argumentaciones o ante la extrapolación de criterios elaborados para resolver litigios con origen en otros ordenamientos.

En el marco estrictamente patrio, ha de destacarse la fenomenal incidencia del recurso de casación para unificación de doctrina, que se ha convertido en un instrumento decisivo para la seguridad jurídica, particularmente en la rama social del Derecho, aunque también cuenta con limitaciones, pues en ocasiones se echa en falta la «unificación de la doctrina unificada»⁸¹. Sin perjuicio de que la doctrina de la Sala de lo Social haya debido ajustarse a la jurisprudencia del TC, del TJUE o del TEDH, con carácter general ese recurso ha convertido al TS en un impulsor de criterios interpretativos uniformes que han contribuido a clarificar la ley, y también han impulsado numerosas reformas legales, y no solamente para rebatir la posición del TS, sino también para confirmarla⁸².

Es una jurisprudencia abundante y cualitativamente muy rica, pero, curiosamente, la seguridad jurídica no ha contado con una presencia especialmente protagonista. Por supuesto, pueden encontrarse múltiples menciones a

⁸⁰ Vid. BLASCO GASCÓ, P., *La norma jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 45 ss.

⁸¹ Vid. BORRAJO DACRUZ, E., «La enseñanza del Derecho del Trabajo y el método de casos con apoyo jurisprudencial», en CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., y SALA FRANCO, T., *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 28.

⁸² Vid. MARTÍN VALVERDE, A., *Jurisprudencia y casación para la unificación de doctrina*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2009, pp. 19 ss.; GARCÍA MURCIA, J., «Ley y jurisprudencia en la configuración jurídica del recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción», en García Murcia, J., (Dir.), *El recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción*, BOE, Madrid, 2020, pp. 17 ss.

ese principio, pero a menudo de manera incidental, como refuerzo y no siempre con un significado demasiado preciso. Dicho de otra manera, la respuesta y la argumentación de la sentencia correspondiente podrían haberse mantenido en los mismos términos omitiendo la alusión a la seguridad jurídica, que el TS no se ocupa de definir, ni tampoco de concretar su alcance.

En este sentido, muchas menciones recientes a la seguridad jurídica conectan con la cosa juzgada⁸³, que el TS considera como una «proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica»⁸⁴, y de ahí que, en relación con el recurso de revisión, se postule que la seguridad jurídica debe ceder excepcionalmente para poder equilibrar ese principio con la justicia material⁸⁵. No obstante, se echa en falta cierto desarrollo dogmático y conceptual del principio de seguridad jurídica, que en ocasiones es invocado por las partes, pero el TS resuelve a partir de otros principios conexos, como los de publicidad y transparencia, sin detenerse en la seguridad jurídica⁸⁶. O se refiere a ella como manifestación del principio de confianza legítima, o de sujeción de la Administración a sus propios actos, que permite «mantener un criterio jurisprudencial que aparece espontáneamente, asumido y aplicado, en términos de generalidad», por la propia Administración⁸⁷. O simplemente se trata de menciones *ex abundancia* para reforzar ciertos argumentos, como las consecuencias de la prescripción⁸⁸ o la necesidad de respetar las normas procesales⁸⁹.

Es el propio TS, no obstante, el que trae a colación ese principio para justificar una respuesta acorde a su previa doctrina⁹⁰, o bien para explicar que la seguridad jurídica no impide un cambio de criterio jurisprudencial cuando las circunstancias lo aconsejan⁹¹. Quizá el supuesto más significativo, y de singular relevancia, afectó al despido colectivo, pues los empleadores consideraban contrario a la seguridad jurídica que la decisión extintiva pudiera calificarse como nula cuando se ajustaba plenamente al criterio jurisprudencial imperante en el momento del despido, pero después se produjo el cambio de posición.

⁸³ Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pp. 82 ss.

⁸⁴ Por todas, cfr. SSTS de 27 de febrero de 2019 (recurso 3597/2017) y 2 de diciembre de 2021 (recurso 4205/2019).

⁸⁵ Por todas, *vid.* STS de 16 de enero de 2013 (recurso 9/2012).

⁸⁶ Vid. STS de 11 de noviembre de 2021 (recurso 41/2020).

⁸⁷ Cfr. STS de 14 de junio de 1993 (recurso 2050/1991).

⁸⁸ Vid. STS de 7 de junio de 2006 (recurso 265/2005).

⁸⁹ Vid. STS de 25 de junio de 2020 (recurso 2577/2017).

⁹⁰ Vid. STS de 30 de mayo de 2022 (recurso 3192/2021), respecto de la fecha de efectos del complemento por maternidad.

⁹¹ Vid. STS de 15 de noviembre de 2017 (recurso 440/2015), en relación con la figura del indefinido no fijo.

El TS acude en primer término a la doctrina del TEDH para dejar constancia de que un cambio jurisprudencial no vulnera *per se* derechos fundamentales⁹² —a diferencia de la aprobación de normas retroactivas dirigidas a alterar la previsible solución de un asunto que ya ha sido planteado ante los tribunales⁹³—, y después advierte que las limitaciones que debe observar la jurisprudencia no coinciden con las que afectan a la ley, porque la jurisprudencia es un complemento del ordenamiento, no una fuente de Derecho, y por ello las reglas sobre irretroactividad de las leyes no pueden aplicarse miméticamente a la modificación de un criterio jurisprudencial. Esta es una posición que cuenta con el respaldo de la jurisprudencia constitucional, pues ya la STC 95/1993 advirtió que la eventual aplicación de un cambio de criterio interpretativo a supuestos producidos bajo una jurisprudencia anterior no equivale a una aplicación retroactiva *in peius*, sino que «ha hecho decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice».

Sobre esas premisas, el TS afirma que «no existe vulneración de la tutela judicial efectiva (24.1 CE) ni se infringe el principio de seguridad jurídica (9.3 CE) por el hecho de haber cambiado nuestra doctrina y de resolver un caso con la mantenida (vigente, viva) cuando se decide el mismo», e insiste en que «no existe vulneración de principios o valores constitucionales como consecuencia de que trabajadores despedidos en las mismas condiciones reciban respuestas heterogéneas, siendo las resoluciones distantes en el tiempo y habiendo mediado en el interregno un cambio doctrinal relevante para el caso», puesto que «al aplicar (igual que en supuestos anteriores y posteriores) la doctrina jurisprudencial del momento en que se resuelve lo que hacemos es seguir las exigencias del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento»⁹⁴. En suma, no se está produciendo una retroactividad prohibida ni una vulneración de la seguridad jurídica.

Más allá de esa problemática concreta, la Sala de la Social del TS no se ha detenido particularmente en perfilar el contenido de la seguridad jurídica,

⁹² «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso *Unédic contra Francia*). La evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010, caso *Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia*)»; cfr. SSTS de 6 de julio de 2016 (recurso 155/2015), 6 de abril de 2017 (recurso 3566/2015) y 15 de noviembre de 2017 (recurso 440/2015), entre muchas otras.

⁹³ *Vid.* STS de 6 de abril de 2017 (recurso 3566/2015).

⁹⁴ Cfr. STS de 6 de abril de 2017 (recurso 3566/2015).

que es un principio al que no acude frecuentemente y, cuando ello sucede, le concede un valor de mero apoyo o ratificación a una argumentación ya construida, o bien descarta su aplicación al caso concreto. La seguridad jurídica, así pues, es un principio que se erige sobre las bases establecidas por el TC, y que no ha contado hasta el momento con protagonismo en la jurisprudencia de la Sala Cuarta, pese a que en ocasiones su invocación y análisis parecía muy pertinente. Piénsese, por ejemplo, en la doctrina sobre la supresión de mejoras voluntarias, y en particular de complementos de jubilación, por un convenio colectivo posterior cuando los beneficiarios ya estaban disfrutando tales complementos una vez finalizada su relación laboral y causada la pensión. El Tribunal Supremo, salvo en votos particulares, no introdujo en su argumentación el principio de seguridad jurídica, aun cuando en apariencia debía tener su espacio⁹⁵, y tampoco fue esa la perspectiva que adoptó el TEDH cuando conoció de esta cuestión⁹⁶.

⁹⁵ Vid. STS de 16 de julio de 2003 (recurso 862/2002).

⁹⁶ Vid. STEDH *Aizpurúa Ortiz y otros vs. España* (de 2 de febrero de 2010, recurso 42430/05).

VI. EL DIFÍCIL COMPROMISO ENTRE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y OTROS PRINCIPIOS Y VALORES DEL ORDENAMIENTO: UNA SELECCIÓN DE SUPUESTOS EN LA RAMA SOCIAL DEL DERECHO

Una vez delimitado el contenido y alcance de la seguridad jurídica con carácter general, y proporcionado pautas sobre su extrapolación a la rama de lo social, procede ahora seleccionar una serie de supuestos paradigmáticos en los que la seguridad jurídica ha quedado relegada a un segundo plano, tomando como referencia la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, por su especial posición de relevancia. Por supuesto, se trata de una mera selección, y no de un listado con propósito exhaustivo, toda vez que de una u otra manera las interpretaciones que afectan a derechos sociales están imbuidas de un componente emocional, prácticamente inevitable, que late en el trasfondo de un número muy apreciable de decisiones jurisdiccionales en este sector del ordenamiento. Quedarán al margen de análisis, aunque conviene mencionarlos, los criterios para la admisión de recursos, y en particular el de casación para unificación de doctrina, contexto en el que la apreciación de la contradicción se mueve a menudo en unos márgenes de enorme sutileza, y donde la voluntad de conocer o no de determinados supuestos podría prevalecer sobre consideraciones de estricta técnica procesal y jurídica.

1. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO PRINCIPIO EN DECADENCIA EN LA RAMA DE LO SOCIAL

Desde una perspectiva dogmática, cabría afirmar que la seguridad jurídica, en su concepción más pura y aun cuando se encuentre reconocida en el

artículo 9.3 CE, no puede ser garantizada, al menos en su dimensión subjetiva. En efecto, no caben garantías si la seguridad jurídica conecta con la previsibilidad en la interpretación y aplicación de la ley. Como ya se ha puesto de manifiesto suficientemente, el exceso de legislación sin una debida coordinación, la difícil articulación entre las normas internas e internacionales, la ambigüedad y escasa precisión de las leyes (plagadas de defectos técnicos por la precipitación en su diseño y elaboración), las numerosas instancias interpretativas «supremas» (TS, TC, TEDH y TJUE) con diferentes enfoques y un diálogo no siempre fluido –el propio TEDH reconoce que textos idénticos pueden dar lugar a interpretaciones distintas en los diferentes órganos¹– y, en general, la multiplicidad de intereses entre los distintos actores (*v. gr.*, planteamiento estratégico del conflicto por las partes, poca «lealtad» entre instancias judiciales o excesivo peso de factores ideológicos), conducen a un escenario poco propicio para la seguridad jurídica. El TC ha renunciado a una configuración ambiciosa del principio de seguridad jurídica, pero tampoco ha querido negar la existencia y virtualidad de ese principio, y por ello ha apostado por un diseño más pragmático y de eficacia contenida.

Partiendo de esas premisas, y ya en el contexto de la rama social del Derecho, la seguridad jurídica no prejuzga la intensidad tuitiva de las normas sociales, y no es un condicionante para que el Derecho del Trabajo o el Derecho de la Seguridad Social se configuren de forma más generosa o más cicatera. Es conveniente advertirlo, porque de ordinario la seguridad jurídica se considera como un freno a la evolución o al progreso de los derechos sociales. Obviamente, esa podría ser la consecuencia de una invocación interesada de la seguridad jurídica, cuyos efectos resultarían tan perniciosos como los de una aplicación inadecuada de cualquier otro principio. La seguridad jurídica no es, ni debiera ser, un lastre en la evolución de los derechos sociales, sino, al contrario, una garantía para los ciudadanos, que deben conocer el catálogo de derechos que pueden disfrutar, así como su contenido y alcance. Ni el ámbito de aplicación ni la intensidad de la acción protectora de los derechos sociales ha de estar supeditada a la mayor o menor generosidad del empleador, de la Administración o de los tribunales.

Lógicamente, los conflictos de interpretación son inevitables, pero deben canalizarse por los cauces ordinarios del Derecho. La rama social, en cambio, parece vivir en una tensión permanente entre la configuración de la norma y

¹ «However, even where the provisions of the Convention and those of another international human rights instrument are almost identical, the interpretation of the same fundamental right by another international body and by this Court may not always correspond»; *cf.* STEDH *Popović y otros vs. Serbia* (de 30 de junio de 2020, recurso 26944/13), apartado 79.

los deseos de algunos sectores, que aspiran a avanzar más allá, y más rápido, de lo que en cada momento la ley establece. En verdad, da la sensación de que la normativa laboral y de seguridad social, salvo en los aspectos más técnicos de legitimación, procedimiento y plazos, se asienta sobre bases muy poco sólidas que cualquier juez podría alterar. Téngase en cuenta, además, que los frecuentes cambios de criterio interpretativo pueden generar damnificados, y las decisiones de los tribunales no vienen acompañadas de períodos transitorios, lo que en alguna ocasión ha motivado el reproche del TEDH².

El ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo se ha convertido en un ejemplo palmario. En la medida en que constituye el presupuesto de aplicación de toda una rama del Derecho, que las normas cuentan con cierta tradición y que han sido objeto de interpretación en muchas ocasiones, parece razonable suponer que el radio de acción de la normativa laboral es una cuestión pacífica, sin perjuicio de que pudieran suscitarse conflictos de interpretación por la inevitable aparición de zonas grises. Sin embargo, la economía de las plataformas ha vuelto a poner de relieve cierta insatisfacción judicial y doctrinal con el ámbito de aplicación de la legislación laboral, que, a juicio de algunos sectores, no parece depender tanto de la concurrencia de los rasgos tradicionales de ajenidad y dependencia jurídico/funcional, como de la debilidad o dependencia económica respecto de otra persona. De algún modo se considera que la inclusión de determinadas actividades dentro del radio de acción del Derecho del Trabajo es un propósito en sí mismo, porque los derechos laborales se han convertido en el mecanismo protector de referencia para el denominado «trabajo precario». En ocasiones se olvida, no obstante, que la incorporación de un colectivo debería venir acompañada de las adaptaciones pertinentes (*v. gr.*, tiempo de trabajo), so pena de generar disfunciones considerables para todos los actores en juego.

La economía de las plataformas no es el único ejemplo, pues en algún otro ámbito la extensión de derechos laborales da lugar a paradojas jurídicas. Es el caso de los trabajadores extranjeros en situación irregular, a los que TC llegó a reconocer el derecho fundamental de huelga pese a la nulidad del contrato de trabajo, en sentencias (SSTC 236 y 259/2007), por cierto, que declaraban la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley de Extranjería,

² Vid. STEDH *Domenech Aradilla y Rodríguez González vs. España* (de 19 de enero de 2023, recursos 32667/19 y 30807/20), acerca de la desprotección de dos personas que vieron denegada su solicitud de pensión de viudedad por el fallecimiento de su pareja de hecho. El hecho causante se había producido antes de la STC 40/2014, momento en el que cumplían aparentemente los requisitos, pero su solicitud fue resuelta tras la anulación del precepto legal que remitía a la legislación autonómica, lo que derivó en un endurecimiento de las condiciones que propició el rechazo de su solicitud.

pero no su nulidad, en una muestra de cómo los tribunales pueden moldear el Derecho casi a voluntad³. El TC no se pronunciaba, en cambio, sobre las consecuencias de determinadas acciones del empleador, como por ejemplo la sustitución de uno de esos trabajadores mientras ejercitaba el derecho de huelga. Desde la perspectiva constitucional, esa acción no resultaría lícita, por contraria a un derecho fundamental, pero tampoco puede admitirse fácilmente que ese extranjero pueda invocar el derecho a reincorporarse a su puesto tras la conclusión de la huelga, pues ello implicaría exigir al empleador que perpetúe una conducta que incurre en ilícito administrativo, y quizá, dependiendo de las circunstancias, incluso penal.

Es, probablemente, un signo de los tiempos, como también lo es la fascinación por ciertas modas o tendencias, a la que el Derecho no es inmune. La economía de las plataformas está ocupando buena parte de la atención de distintos actores y operadores jurídicos en los últimos años, en contraste, de forma sorprendente, con las situaciones de desprotección en otros sectores más clásicos, como el ámbito periodístico y de la comunicación, que están pasando más desapercibidas pese a que se han generalizado los contratos mercantiles de colaborador para actividades tan poco autónomas o independientes como la narración de eventos o pruebas deportivas. Como consecuencia, en los momentos más duros de la pandemia muchas de esas personas no pudieron desarrollar el trabajo por falta de esos eventos, y no disfrutaron de prestaciones sociales como el desempleo (pretendidamente realizaban un trabajo por cuenta propia y la situación no encajaba estrictamente en un cese de actividad del art. 331 LGSS). Esta es una zona gris suficientemente conocida desde hace tiempo⁴, que entronca con problemáticas patológicas, como el «falso autónomo», pero demuestra en último término la relevancia de dónde se focalice el debate o la preocupación pública. La percepción del problema es, a menudo, más relevante que el problema mismo.

De una u otra manera, todas las normas o todas las decisiones judiciales pueden cuestionarse desde perspectivas variadas, inclusive la seguridad jurídica o la justicia social. Cabría imputar ciertas responsabilidades al legislador, y no sólo por la producción normativa defectuosa, sino por la inacción, que puede provocar perjuicios de entidad (*v. gr.*, irregularidades en la contratación

³ Vid. PRESNO LINERA, M., «El empleo espurio de las sentencias interpretativas para realizar cambios estructurales en el sistema constitucional», en SALAZAR UGARTE, P., AGUILÓ REGLA, J., y PRESNO LINERA, M. *Garantismo espurio*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 137 ss.

⁴ Vid. CASAS BAAMONDE, M. E., «Las fronteras móviles del contrato de trabajo y la función institucional del Derecho del Trabajo: los periodistas tertulianos», en García Murcia, J., (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 44 ss.

temporal en el ámbito público). O cabría considerar que los tribunales deben ser más prudentes y eficaces, aun cuando algunas limitaciones son imposibles de soslayar, pues la conformación de doctrina jurisprudencial requiere, por el propio devenir de las cosas, el paso de un tiempo prudencial, y está muy condicionada por la solución del caso concreto. Los operadores jurídicos prestan escasa ayuda en ocasiones, con prácticas de dudosa ética, como la sobreinvocación interesada de derechos fundamentales. Por supuesto, la garantía y correcta aplicación de los derechos fundamentales no es contraria a la seguridad jurídica, sino una exigencia inherente a ese principio. En cambio, la extensión artificial del radio de acción de un derecho fundamental para eludir la aplicación de reglas legales produce una distorsión evidente en la dinámica normal de funcionamiento de un ordenamiento jurídico, al romper sus equilibrios internos, dañando notablemente ese principio de seguridad jurídica. Lo mismo sucede con el recurso a normativa internacional poco pertinente técnicamente, amén de que los intereses políticos pueden impulsar reformas normativas o cambios de doctrina judicial para satisfacer precisamente esos intereses aun en contra de los principios y valores sobre los que pivota el sistema (*v. gr.*, restricciones relativas a las prestaciones sociales de ciudadanos de la UE para tratar de evitar el Brexit)⁵.

Sin embargo, la seguridad jurídica no sufre tanto por las deficiencias técnicas de normas concretas, o por decisiones más o menos voluntaristas, como por circunstancias más estructurales que tienen que ver con la definición e identificación del contenido, objeto y finalidad del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social. Ese es, a buen seguro, el reto más relevante en un futuro próximo. España es un Estado social de Derecho, y esa dimensión social repercute en la configuración de esas ramas del ordenamiento, porque la defensa e implementación de una determinada idea de justicia social está implícita en el concepto de Estado social. Ahora bien, ni el Estado social ni la justicia social han de resultar incompatibles con el reconocimiento y la garantía de la seguridad jurídica, imprescindible en un Estado de Derecho.

En su extrapolación a la rama de lo social, la seguridad jurídica únicamente podrá ser respetada si se procede a un adecuado diseño y a un correcto desarrollo de las bases y premisas sobre las que se asientan los derechos sociales. Ese es, precisamente, el mayor obstáculo para garantizar la seguridad jurídica, porque tanto el Derecho del Trabajo como el Derecho de la Seguridad

⁵ Vid. CARRASCOSA BERMEJO, D., «Libre circulación de ciudadanos comunitarios inactivos y protección social. ¿Sufrir la UE de aporofobia?», en J. M. Miranda Boto (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, Madrid, 2018, pp. 505 ss.

Social se hallan inmersos en un aparente proceso de reconfiguración, o esa es la sensación que provocan las numerosas voces que muestran su insatisfacción con el grado de desarrollo actual. Los derechos sociales se invocan como contrapeso a la influencia cada vez más acusada de los intereses económicos, en un contexto globalizado de cambios acelerados, y se pretende que den respuestas, y ofrezcan protección, frente a fenómenos tan diversos como la insuficiencia de los salarios derivada de la menor rentabilidad de las empresas y del incremento general de los precios, la devaluación de las condiciones de trabajo en empresas multiservicios o el impacto de la robotización o los algoritmos. Y además se aspira, y prácticamente se exige, una solución inmediata y que proporcione una protección óptima, solución que incluso se trata de forzar cuando la norma en vigor no se estima suficientemente tuitiva.

En ese escenario, resulta imprescindible determinar con precisión los pilares sobre los que se erigen y sustentan los derechos sociales. La seguridad jurídica no exige, como se dijo, que las bases del sistema sean más o menos protectoras, pero sí que estén correctamente definidas. Lógicamente, el legislador debe asumir la responsabilidad principal en ese diseño estructural, y el resto de operadores jurídicos, incluidos los tribunales, habrían de respetar escrupulosamente ese diseño si se aspira a que la construcción del sistema adquiera la necesaria e imprescindible solidez.

Sin embargo, en el ordenamiento español esas bases no han sido suficientemente definidas, ni en el Derecho del Trabajo, como se ha indicado anteriormente, ni tampoco respecto del Derecho de la Seguridad Social. Como instrumento público de redistribución de la riqueza, el Sistema de Seguridad Social está llamado a cumplir una función esencial en el marco de un Estado social, así como a contribuir a la igualdad y a la justicia. La seguridad social forma parte del núcleo duro de instrumentos imprescindibles para la satisfacción de algunos de los principios y valores sobre los que se erige el ordenamiento español. Quizá por ello la configuración del Sistema de Seguridad Social ha merecido críticas a lo largo de sus más de cinco décadas de existencia, bien sea por su ámbito subjetivo, bien sea por la intensidad de su acción protectora, que a menudo se estiman insuficientes como remedio ante situaciones de necesidad.

Como es sabido, en la lógica del Sistema de Seguridad Social, cercana al aseguramiento y no tanto a la protección universal de cualesquiera personas pese al tenor literal del artículo 41 CE, la cobertura de una situación de necesidad no es un elemento completamente determinante para activar la acción protectora, sino que es menester que esa situación de necesidad esté configurada como tal por las reglas que disciplinan el Sistema. Además, aun concurriendo dicha situación de necesidad, resulta de ordinario imprescindible reunir una

serie de requisitos que, en esencia, y respecto de la modalidad contributiva, exigen demostrar un vínculo de cierta duración con la seguridad social en forma de cumplimiento de determinadas obligaciones formales, como la afiliación y el alta, y de un período de cotización más o menos prolongado.

Es cierto que el propio Sistema ofrece vías de escape, pues no se exige el período de carencia cuando la prestación deriva de un accidente, y en caso de contingencia profesional ni siquiera se requiere la afiliación y el alta. Sin embargo, las condiciones generales de acceso a prestaciones (art. 165 LGSS) constituyen de ordinario un obstáculo considerable para disfrutar de la acción protectora. Aun cuando las prestaciones de carácter no contributivo pudieran cubrir ciertas lagunas, máxime tras la creación del ingreso mínimo vital (Ley 19/2021, de 20 de diciembre), lo cierto es que la idea de justicia social genera una serie de expectativas, y a la postre insatisfacción cuando se detectan situaciones de necesidad que no reciben la cobertura a través de la modalidad contributiva.

De algún modo, esas lagunas de protección del Sistema de Seguridad Social son asumidas por el legislador, quizá incluso conscientemente buscadas por otras razones, como la política de empleo o la implicación de otros entramados protectores (*v. gr.*, asistencia social), pero no es infrecuente que los tribunales se rebelen contra ellas, de forma más o menos directa. Por supuesto, en ocasiones los tribunales simplemente aceptan esas limitaciones, pero sugieren al legislador una modificación legislativa para evitar resultados que no se consideran adecuados, como ha sucedido por ejemplo respecto de las prestaciones por muerte y supervivencia; en efecto, TS ha llamado la atención sobre la «obsolescencia» de las normas que regulan esas prestaciones y la «dificultad de concordarlas con previsiones legales posteriores»⁶. Esas llamadas al legislador, por cierto, también pueden encontrarse en el contexto de conflictos netamente laborales, como ha sucedido en relación con el registro horario⁷ o el derecho de huelga⁸.

Sin embargo, y sobre todo en el ámbito de la seguridad social, los tribunales han buscado fórmulas para eludir las consecuencias de la interpretación literal de la norma y proceder a una exégesis más flexible de los requisitos legales con el propósito ampliar el espectro de potenciales beneficiarios. La jurisprudencia adquiere de este modo un papel creativo, no meramente complementario, dando lugar, principalmente, a la denominada «doctrina humanizadora», aunque

⁶ *Vid.* STS de 15 de octubre de 2015 (recurso 1045/2014).

⁷ *Vid.* STS de 23 de marzo de 2017 (recurso 81/2016).

⁸ *Vid.* STS de 13 de octubre de 2021 (recurso 4919/2018).

también a otros criterios flexibilizadores, como sucede con los denominados «días-cuota» o la «teoría del paréntesis», que en cierto modo conforman una subclase de «doctrina humanizadora» y constituyen una muestra de que los aparentemente rígidos criterios legales pueden ser modulados en atención a las circunstancias casi a voluntad del juzgador.

El origen y evolución de esa doctrina no responde a un diseño sistemático y plenamente coherente, sino aluvional y casuístico, como deriva naturalmente de su modo de creación. Precisamente por ello, son criterios con una notable propensión a generar conflictos de interpretación y acomodación con la normativa vigente, o incluso dificultades de clasificación y ordenación dogmática por no venir acompañados de una construcción teórica general. Son, así pues, criterios sujetos a una modulación permanente en atención a las circunstancias de cada caso y a los cambios en las sensibilidades o en la perspectiva de aproximación a lo largo de los años.

En esa tesitura, conviene detenerse periódicamente en el análisis de cuál es el estado de la cuestión, las posibles incoherencias y la eventual proyección futura, toda vez que el legislador parece haber renunciado, como regla general, a abordar directamente este tipo de situaciones y reconoce implícitamente a la jurisprudencia cierto papel regulador que no es claro que forme parte de sus atribuciones constitucionales. En todo caso, no deben confundirse las interpretaciones teleológicas, que flexibilizan ciertos requisitos para no perjudicar desmedidamente a los interesados –*v. gr.*, admitir el cumplimiento de determinadas condiciones no producidas en el plazo legal, sino en el primer día hábil posterior⁹, o no considerar como incumplimiento la falta de abono de cuotas derivadas de un error bancario¹⁰–, o las construcciones dirigidas a descubrir la verdad fáctica sobre las apariencias –*v. gr.*, levantamiento del velo¹¹–, con respuestas que suponen una mera inobservancia de la ley porque el juez no comparte ni el espíritu de la norma ni el resultado de su aplicación, o porque se

⁹ *Vid.* STS de 28 de abril de 2016 (recurso 552/2015).

¹⁰ *Vid.* STS de 16 de enero de 2002 (recurso 58/2001).

¹¹ La Sala de lo Civil del TS advertía hace unas décadas que «en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil), la práctica de penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 del Código Civil) admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de “los derechos de los demás” (art. 10 de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un “ejercicio antisocial” de su derecho (art. 7.2 del Código Civil)»; cfr. STS (Civil) de 24 de septiembre de 1987 (Roj: STS 8684/1987).

asientan en un concepto de justicia material quizá más propio de las convicciones del órgano judicial que de los principios del ordenamiento.

Aun cuando estas argumentaciones pudieran sustentarse en la justicia, sus resultados se aproximan peligrosamente al denominado «uso alternativo del Derecho», muy atractivo en la rama de lo social, pero con evidentes riesgos para la seguridad jurídica¹², pues tampoco se ha explicado por qué solo a través de estas vías, de «jueces justicieros», se pueden «lograr las finalidades de la política general y en particular del Estado»¹³. Es consustancial a un Estado social que la intervención del legislador no sea aséptica, pues las normas son un medio para articular determinadas políticas sociales¹⁴, pero ello no concede una patente de corso a los tribunales para ir más allá de lo querido y previsto por el legislador.

Los supuestos potencialmente conflictivos son innumerables, y, como se dijo, se hace imprescindible una selección, con los riesgos de reduccionismo que ello genera. Quedarán fuera de análisis cuestiones de mucho interés, algunas quizá menores desde una perspectiva más global o estructural, pero extraordinariamente simbólicas, como la duplicación de derechos de conciliación en caso de familias monoparentales¹⁵, que la Sala Cuarta del TS ha rechazado (con un voto particular que demuestra que una vez que se ha roto la barrera que separa la labor de interpretación judicial de la de creación normativa es difícil aceptar pasos atrás, amén de que en apariencia únicamente la autocontención de los tribunales evita que mediante la interpretación se modifique totalmente el sentido con el que la norma se aprobó)¹⁶ –aunque no es

¹² «Esta orientación de determinados sectores críticos y progresistas de la Teoría del Derecho, que adquiere notoria difusión en la década de los setenta, ha supuesto una radicalización, en sentido político, de las premisas metódico-jurídicas de la jurisprudencia de intereses y la Escuela del Derecho libre. El *leitmotiv* básico de tales posturas reside en denunciar la tradicional interpretación burguesa del Derecho en su propio beneficio. Frente a ello, se propugna una interpretación y aplicación “alternativas” en cuanto dirigidas al servicio de los intereses de las clases populares, instrumentalizando para ese fin las cláusulas más progresistas de los textos constitucionales y los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. Estos intentos de politizar abusivamente la interpretación del Derecho, mediante el reforzamiento del arbitrio judicial (*Richtermacht*), entrañan un ataque frontal a la seguridad jurídica, postulado básico del Estado de Derecho»; cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, p. 44.

¹³ Cfr. Díez-PICAZO, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Civitas, Madrid, 2014, p. 65.

¹⁴ Vid. ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 330-331.

¹⁵ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «Prestación por nacimiento y cuidado de menor y familias monoparentales», *Trabajo y Derecho*, núm. 101, 2023 (smarteca); MORENO SOLANA, A., «Derecho a la ampliación de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales: criterios judiciales favorables.», *REDT*, núm. 250, 2022 (BIB 2022\487); TAJADURA Díez, M., y PUERTO BARRIO, A., «La prestación por nacimiento y cuidado del menor y la familia monoparental», *RGDTSS (ius-tel)*, núm. 62, 2022.

¹⁶ Vid. STS de 15 de febrero de 2023 (recurso 3972/2020).

descartable que el asunto se plantee ante la Sala Tercera¹⁷-, pero otras jurídicamente fascinantes y que no parecen tener, en estos momentos, una respuesta satisfactoria, ni desde la perspectiva de la seguridad jurídica ni de la justicia.

A modo de ejemplo, cabría plantearse cuál es el impacto de la transexualidad en los derechos laborales y de seguridad social en un contexto en el que la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, ha facilitado el cambio de sexo jurídico, con escasos condicionantes, más allá de la manifestación de voluntad de la persona interesada (art. 44); además, ha de garantizarse el trato no discriminatorio, como inicialmente advirtió la STC 67/2022, después consagró el artículo 1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y finalmente reforzó esta Ley 4/2023.

En el ámbito de la seguridad social, la transexualidad provocó ciertos problemas en relación con el complemento por maternidad, pues, fuera cual fuera el sexo biológico de la persona beneficiaria, se suscitó una lógica incertidumbre sobre el reconocimiento del complemento a quien nació como hombre, pero posteriormente se convirtió en mujer. Del mismo modo, resultaba insatisfactoria la denegación del complemento a quien nació biológicamente como mujer, tuvo descendencia y posteriormente procedió al cambio de sexo y se convirtió jurídicamente en varón. Ni era razonable reconocer en ambos casos el complemento, ni tampoco denegararlo, pero pueden esgrimirse argumentos sólidos en los dos sentidos, extrapolables en lo esencial, por cierto, al complemento para la reducción de la brecha de género (art. 60 LGSS)¹⁸.

Desde luego, la prevención de riesgos laborales da lugar a problemas particulares, pues, por ejemplo, no es clara la vía para imputar responsabilidades a un empleador por incumplimiento de las medidas pertinentes para proteger a la mujer embarazada si el puesto de trabajo lo ocupa un trabajador jurídicamente varón, pero biológicamente mujer. Es más, es posible que ni siquiera el empleador conozca esa situación, porque la identidad de género está protegida por el derecho a la intimidad y la persona trabajadora no tiene, en principio, obligación de informar al empleador sobre ese extremo.

La nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada podría plantear, asimismo, incertidumbres, toda vez que sería posible que pese a la modificación registral del sexo la persona mantuviera los rasgos biológicos de una mujer, y por tanto la capacidad de gestación, de manera que una eventual

¹⁷ Vid. STSJ de Galicia de 1 de febrero de 2023 (recurso 135/2022), que reconoce la acumulación de esos permisos a una funcionaria de la Policía Nacional.

¹⁸ Vid. VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Comares, Granada, 2021, pp. 4 ss.

extinción del contrato podría coincidir con el estado de gestación. Sin embargo, la norma alude a las «trabajadoras embarazadas» [art. 53.3.b) ET], con las dificultades de interpretación que ello genera. No es, desde luego, el motivo principal de discriminación para las personas transexuales, pero parece razonable que, conocida una situación capaz de provocar fricciones en el ordenamiento, el legislador ofrezca una respuesta. Ciertamente es, no obstante, que la Ley 4/2023 modificó el artículo 48.4 ET para indicar que el «término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes», regla que debiera extenderse, en general, al resto del ordenamiento por elementales razones de coherencia.

En cualquier caso, las disfunciones parecen inevitables en algunos sectores, como por ejemplo el deporte profesional, pues se está limitando la participación en eventos oficiales de deportistas que nacieron varones, pero modificaron su sexo, toda vez que mantienen ciertas condiciones genéticas y físicas que les conceden ventaja competitiva sobre las mujeres biológicas. Por supuesto, y más allá de que en teoría pudieran diseñarse otros modelos de organización de la práctica deportiva que hicieran abstracción del sexo¹⁹, impedir la participación de personas transgénero en competiciones oficiales implicaría, desde la perspectiva laboral, la ausencia de causa para la eventual celebración de un contrato de trabajo –y quizá también una razón válida para la extinción (*v. gr.*, ineptitud)–, pero además plantea dilemas relativos a la prohibición de discriminación y, en general, a la justicia.

Es probable que se pueda calificar como «injusto», y en último término discriminatorio, introducir limitaciones para la participación de estas personas en competiciones deportivas –o al menos para la libre elección de categoría–, pero esa percepción seguramente cambia si la valoración se efectúa desde la perspectiva de quienes biológicamente nacieron como mujeres y deben competir con personas que disfrutan de una ventaja genética y física determinante. Quizá por ello se están abriendo paso otras opciones, como la creación de categorías *open* o inclusivas, abiertas a toda persona, y principalmente dirigidas a que puedan competir las personas transgénero entre sí, lo que, en último término, tampoco resuelve el problema de fondo, porque equipararía a todas las personas transgénero, pero quienes hayan nacido biológicamente como mujeres deberían afrontar una desventaja evidente respecto de quienes hayan nacido biológicamente como hombres. La LO 4/2023 no ofrece una respuesta definitiva, pero no prohíbe esta clase de limitaciones, pues,

¹⁹ Vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J., y ARUFE VARELA, A., *Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 68 ss.

como advierte su artículo 26.3, «en las prácticas, eventos y competiciones deportivas en el ámbito del deporte federado, se estará a lo dispuesto en la normativa específica aplicable, nacional, autonómica e internacional, incluidas las normas de lucha contra el dopaje, que, de modo justificado y proporcionado, tengan por objeto evitar ventajas competitivas que puedan ser contrarias al principio de igualdad».

En abstracto, la autodeterminación de género sin más limitaciones que la voluntad de la persona puede llegar a desvirtuar la finalidad de requisitos o exigencias que se han flexibilizado por aplicación de una perspectiva de género. Así sucede con la diferencia de estatura para el acceso a determinadas profesiones, como las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. La autodeterminación de género podría llegar a impedir a quien nació como mujer que pueda cumplir esos requisitos si ha modificado su sexo registral, o, a la inversa, facilitar la entrada a quien nació como varón y realiza las pruebas en condición de mujer. Sin entrar en consideraciones relativas al abuso de derecho y al fraude de ley, de difícil prueba, esas situaciones provocan un dilema jurídico, con connotaciones ideológicas, sociales y jurídicas de notable complejidad²⁰.

Por consiguiente, en ocasiones el Derecho no ofrece una respuesta clara, porque el marco legal no está preparado para todas las consecuencias que puedan derivar de la práctica, ni la doctrina judicial ha tenido oportunidad de pronunciarse y establecer criterios sólidos y nítidos. Además, en esas situaciones fronterizas otros principios de contenido más ético, como la justicia, la equidad o la igualdad, tampoco permiten llegar a una conclusión satisfactoria. Y no conviene olvidar que la contraposición entre Derecho y justicia se utiliza en ocasiones de modo interesado, quizá artificial, como vía para degradar el Derecho y alcanzar un resultado que encaje dentro del sistema de valores del intérprete.

2. LA «DOCTRINA HUMANIZADORA» COMO MÁXIMO EXPONENTE DE LA PREVALENCIA DE LA JUSTICIA SOCIAL SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA: LA FLEXIBILIZACIÓN DEL REQUISITO DE ALTA EN EL ACCESO A PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

El valor justicia se ha equiparado en ocasiones al antiformalismo con el fin de evitar que la aplicación de las normas a partir de su sentido literal conduzca

²⁰ La situación ya se ha planteado en la práctica en relación con oposiciones a policía local; *Vid.* <https://www.newtral.es/trans-oposiciones-policia-torreldones-nos-preguntais-por/20230324/>.

a resultados que se consideran socialmente inaceptables²¹. En el ámbito de la seguridad social pueden encontrarse numerosos ejemplos, pero la doctrina humanizadora construida por el TS es, quizás, el más paradigmático en ese conflicto permanente entre la seguridad jurídica y la justicia en la rama de lo social. Es una doctrina que, sin ambages, defiende la inaplicación de reglas legales que condicionan el acceso a las prestaciones de seguridad social por razones de índole personal, por la empatía o lástima que suscitan determinadas situaciones cuyo desamparo se considera injusto o inaceptable en un Estado social. La doctrina humanizadora, por tanto, actuaría como una suerte de elemento corrector de disfunciones tuitivas derivadas de una mera aplicación mecánica de las normas, una «solución de justicia material» frente a la mera «justicia técnica» producto de la aplicación literal de la norma²².

Aunque caben formulaciones más elaboradas, esta doctrina propugna, en esencia, una «interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección»²³, y despliega sus efectos en las pensiones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común, cuya protección se supedita a la concurrencia de los requisitos de afiliación, alta y período de carencia. Sin perjuicio de que en ocasiones esos inconvenientes pudieran ser eludidos mediante una generosa interpretación de la contingencia (*v. gr.*, fallecimiento por sobredosis)²⁴, pues el accidente no requiere período de carencia y en caso de contingencia profesional entraría en juego el alta de pleno derecho (art. 166.4 LGSS), en la mayor parte de ocasiones el Tribunal Supremo se ha encontrado con el incumplimiento del requisito de alta, que ha salvado mediante la extensión de la situación asimilada al alta prevista para demandantes de empleo a supuestos donde no se cumplía el requisito de inscripción como desempleado por razones que se consideraban ajenas a la voluntad del interesado, como una enfermedad²⁵ o un proceso de adicción a determinadas sustancias²⁶, amén de mediante la creación de

²¹ Vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Las soluciones de justicia material en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Foro. Nueva época*, núm. 2, 2020, pp. 80 ss.

²² Cfr. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Las soluciones de justicia material en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Foro. Nueva época*, núm. 2, 2020, p. 81.

²³ Cfr. STS de 9 de diciembre de 1999 (recurso 781/1999).

²⁴ Vid. STS de 27 de mayo de 1998 (recurso 2460/1997).

²⁵ Vid. SSTS de 19 de diciembre de 1996 (recurso 1159/1996), de 17 de enero de 2002 (recurso 1872/2001), de 17 de septiembre de 2004 (recurso 4551/2003) y de 8 de marzo de 2017 (recurso 2686/2015).

²⁶ Vid. SSTS de 23 de julio de 1998 (recurso 5170/1997), de 16 de diciembre de 1999 (recurso 1789/1999) y de 22 de febrero de 2017 (recurso 1563/2015).

situaciones asimiladas al alta específicas, como la condición de beneficiario de una pensión de invalidez no contributiva²⁷.

No son, ni mucho menos, las únicas circunstancias que han merecido esa flexibilización²⁸, que procede cuando a juicio del tribunal es «fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta»²⁹, lo que depende, por cierto, de la completa voluntad del juzgador, de la mayor o menor empatía con el causante o, en su caso, con sus familiares, que «no deben resultar perjudicados por la conducta pasiva del causante para permanecer en el ámbito de la seguridad social»³⁰. En efecto, la doctrina humanizadora se asienta en interpretaciones casuísticas sin más reglas que la voluntad del tribunal, su mayor o menor generosidad en supuestos concretos. Esta flexibilización de los requisitos responde a una idea de justicia material, pero su aplicación casuística sin pautas o reglas precisas supone un quebranto a la seguridad jurídica difícil de justificar, pues no es posible adivinar ni predecir con un mínimo de certidumbre quién y cuándo se verá beneficiado por esta generosidad.

A modo de contraste, no es sencillo explicar por qué el TS y el TC han sido tradicionalmente tan rigurosos en el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho, apostando por una aplicación estricta de las reglas legales, y, en cambio, en otras situaciones han decidido simplemente ignorar la ley. Se aprecia, sin duda, cierta incoherencia en el rigor extremo en unos casos frente a la desmedida generosidad en otros, llegando a flexibilizar extraordinariamente las exigencias en supuestos de matrimonio³¹. La justicia social no entraba en juego para las parejas de hecho, pues la situación de dependencia económica del conviviente de hecho, cuando tal circunstancia se acreditaba, se consideraba irrelevante³². Y ni siquiera se acudió a la doctrina humanizadora cuando la pareja de hecho contaba con fecha para el enlace, se habían cumplimentado todos los trámites, pero uno de los miembros enfermaba y fallecía días antes de contraer matrimonio. En suma, y resulta significativo, la formalización del matrimonio se ha considerado como un requisito esencial, pero la formalización de

²⁷ Vid. STS de 20 de diciembre de 2005 (recurso 2398/2004).

²⁸ Vid. BLASCO LAHOZ, J. F., «El acceso a las prestaciones contributivas de la seguridad social desde una situación de inactividad laboral o profesional», *Aranzadi Social*, núm. 18, 2010 (BIB 2009\2049).

²⁹ Por todas, cfr. STS de 3 de junio de 2014 (recurso 2588/2013).

³⁰ Cfr. STS de 18 de junio de 2001 (recurso 784/2000).

³¹ Vid. PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R., «Pensión de viudedad sí o sí», *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2014 (BIB 2014\2531).

³² Vid. STS de 14 de febrero de 2012 (recurso 1114/2011).

la relación jurídica de seguridad social se reconduce a un mero obstáculo administrativo salvable por la mera voluntad del juzgador³³.

En consecuencia, la doctrina humanizadora se asienta en premisas poco sólidas, porque no se ha definido qué es la justicia material y en qué situaciones debe actuar para flexibilizar las normas, o por qué es más justo atender unas necesidades sobre otras; y, a la inversa, tampoco se conoce cuál es la razón por la que la seguridad jurídica es tan relevante en relación con el matrimonio, pero no con el cumplimiento del requisito de alta, hasta el punto de que incluso se han llegado a presumir incumplimientos empresariales para considerar involuntario el cese en el trabajo previo al fallecimiento, pese a que formalmente el trabajador había dimitido³⁴.

En sentido estricto, las referencias genéricas a situaciones merecedoras de protección, o a exclusiones infundadas o injustificadas, habrían de resultar insuficientes para descartar la interpretación de la norma más consistente con la seguridad jurídica y decantarse por otra a partir de una idea de justicia demasiado etérea. La doctrina humanizadora depende, en esencia, de la acreditación de algún hecho o dato que el tribunal considere significativo, con la incertidumbre que ello acarrea³⁵, pues nunca se ha concretado estrictamente cuál es el significado de «impedimento grave, capaz de sustituir la voluntad del afectado»³⁶. Es más, el propio TS ha ignorado ese condicionante, pues en ocasiones el incumplimiento de los requisitos no ha tenido lugar por acontecimientos que escapan a la voluntad del trabajador, sino por su propia imprevisión, por la confianza en que nada iba a ocurrir en el tránsito entre un trabajo previo, en el que se causa baja voluntaria, y otro ya acordado pero no iniciado. Si en ese lapso acontece un accidente y el trabajador no formalizó su condición de desempleado se incumplen las condiciones de acceso a prestaciones por causas imputables exclusivamente al trabajador, pero aun así el Tribunal salvó la impericia del beneficiario, sin ningún impedimento grave ni elemento alguno que sustituya la voluntad del afectado³⁷.

El TS ha llegado a afirmar que esos requisitos pueden ser prácticamente ignorados respecto de quienes «han estado asegurados con regularidad a lo largo de toda una vida de trabajo»³⁸, o que debe atenderse a la «realidad social» y al carácter tuitivo de las normas de seguridad social³⁹, sin mayores

³³ Vid. STS de 29 de octubre de 2007 (recurso 4744/2006).

³⁴ Vid. STS de 17 de mayo de 1994 (recurso 3274/1993).

³⁵ Vid. STS de 4 de abril de 2007 (recurso 4698/2005).

³⁶ Cfr. STS de 23 de marzo de 2006 (recurso 5478/2004).

³⁷ Vid. STS de 23 de febrero de 2017 (recurso 2120/2015).

³⁸ Cfr. STS de 23 de febrero de 1999 (recurso 2636/1998).

³⁹ Cfr. STS de 19 de enero de 2010 (recurso 4014/2008).

precisiones, pero sobre todo sin que necesariamente deba apreciarse un impedimento grave derivado de enfermedad, accidente u otros problemas de entidad. Más claramente, el propio TS ha concluido que el incumplimiento de los requisitos legales no es obstáculo para reconocer la prestación cuando la denegación conduciría a un «resultado manifiestamente contrario a equidad, y netamente perjudicial desde el punto de vista económico»⁴⁰, afirmación que muestra el carácter totalmente maleable de esta doctrina.

Es claro, por tanto, que la doctrina humanizadora propugna la «flexibilidad» en la exigencia del requisito de alta «para evitar que se abra una vía aleatoria de exclusión de la protección en atención a determinadas circunstanciales ajenas a la voluntad del trabajador que impiden la conservación del alta o de una situación asimilada al alta cuando realmente existía o estaba desarrollándose una situación que hubiera debido ser objeto de protección específica por la seguridad social»⁴¹. Y no se introducen las pertinentes cautelas, aunque el propio TS haya descartado esta flexibilización en algún momento al no apreciar «dificultad o inutilidad»⁴² en el cumplimiento de las exigencias formales, porque la aplicación de la doctrina humanizadora es, en buena medida, errática, y, en último término, más aleatoria que la aplicación de los requisitos legales tal y como los ha configurado el legislador, máxime cuando el propio tribunal extiende en unas ocasiones, pero no en otras, esa flexibilidad a supuestos sin identidad de razón, bien porque no se refieren al requisito de alta, bien porque afectan a otras prestaciones distintas de las de IP y muerte y supervivencia (*v. gr.*, cumplimiento de los requisitos de mantenimiento de prestaciones por desempleo)⁴³, incrementando la incertidumbre.

Estas críticas a la labor del Tribunal Supremo no deben esconder, obviamente, que tras más de cuatro décadas de aplicación de la doctrina humanizadora el legislador no ha encontrado razones para intervenir, en un sentido o en otro, de modo que acepta tácitamente las consecuencias –y la inseguridad jurídica– que derivan de la actuación de los tribunales. El legislador debería asumir una posición más activa en aras a la seguridad jurídica, aun cuando el propósito se limite a confirmar la doctrina jurisprudencial. En el fondo, convendría plantearse si existe suficiente justificación para seguir manteniendo las notables diferencias en la dispensación de la acción protectora entre las contingencias comunes y las profesionales. Pero si esa es la decisión, los tribunales

⁴⁰ Cfr. STS de 30 de enero de 2007 (recurso 1574/2005).

⁴¹ Cfr. STS de 25 de septiembre de 2018 (recurso 761/2017).

⁴² Cfr. SSTs de 21 de marzo de 2006 (recurso 2003/2004) y de 30 de junio de 2008 (recurso 4107/2006).

⁴³ *Vid.* STS de 22 de octubre de 2013 (recurso 3200/2012).

no deberían erigirse en correctores de las decisiones del legislador por razones de mera justicia material, pues esa forma de proceder aboca a resultados inesperados y, en último término, aleatorios.

En cualquier caso, el legislador ha preferido no intervenir directamente ni para confirmar ni para rectificar la doctrina humanizadora, al menos en esta vertiente de exoneración de los requisitos formales de afiliación y alta. En cambio, sí ha actuado de forma más decidida cuando ha entendido necesario limitar el impacto económico provocado por la generosidad de otros criterios jurisprudenciales vinculados a la acreditación del período de carencia, al cálculo de la cuantía o al mantenimiento de las prestaciones. El alcance temporal de la devolución de ingresos indebidos cuando concurre buena fe del beneficiario y la restricción del cómputo de días-cuota en las pensiones de jubilación, que ahora se desarrollará, constituyen ejemplos palmarios⁴⁴.

3. LA MODULACIÓN DEL PERÍODO DE CARENCIA: CÓMPUTO DE «DÍAS-CUOTA» Y «TEORÍA DEL PARÉNTESIS»

Las dificultades de acceso a prestaciones no siempre se originan por el incumplimiento de los requisitos puramente formales de afiliación y alta, sino que otras exigencias se erigen en obstáculos de gran envergadura, como sucede con los períodos de carencia, esto es, la necesidad de contar con un período previo de cotización, más elevado cuanto más duradera es la prestación. El Sistema de Seguridad Social no admite el ingreso *a posteriori* de las cotizaciones necesarias para lucrar una concreta prestación, sin perjuicio del mecanismo de invitación al pago previsto para trabajadores autónomos, que tiene otra finalidad (art. 47 LGSS y art. 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto). Por consiguiente, la persona comprendida en el campo de aplicación del Sistema que sufra la actualización de una contingencia protegida no tiene garantizado el disfrute de la prestación correspondiente aun cuando se encuentre de alta, porque podría no alcanzar el período mínimo de carencia, bien genérico (a lo largo de toda la vida), bien específico (en un período inmediatamente anterior al hecho causante).

Desde la perspectiva de la justicia material resulta insatisfactorio que una persona en situación de necesidad se vea excluida de una prestación por no reunir el período de carencia, máxime si no se ha producido un incumplimiento total, sino que el interesado acreditaba contribuciones durante un determinado

⁴⁴ Vid. STS de 11 de junio y 7 de noviembre de 2001 (recursos 3614/2000 y 1533/2001).

tiempo, o incluso se encontraba próximo a la satisfacción de esa exigencia en el momento de la producción del hecho causante. Ahora bien, desde la lógica del Sistema, cuando el requisito no se cumple la prestación se deniega, al no haberse introducido posibilidades de modulación en forma de reducción del importe o limitación temporal del disfrute.

El TC abordó esta cuestión en su muy ilustrativa STC 13/1984, de 3 febrero, en relación con la pérdida del subsidio por desempleo ante la falta de un solo día de cotización para cumplir el período de carencia. El Tribunal afirmó que esa es una consecuencia habitual, y no reprochable, en la aplicación de las normas, pues en el ámbito jurídico «el tiempo aparece en muchas ocasiones como factor determinante para la adquisición de un derecho o para el cumplimiento de las condiciones necesarias para su válido ejercicio, siendo cierto que, en supuestos de este tipo, una breve limitación en exigencias temporales prolongadas ocasiona una inevitable frustración en el particular afectado, pues no deja de parecerle injusto que consecuencias beneficiosas de innegable trascendencia se imposibiliten por una escasa insuficiencia temporal, pero desde un punto de vista jurídico, que es el que inevitablemente ha de adoptarse por los órganos de aplicación del Derecho, nada puede objetarse a tal situación, ya que el riguroso cumplimiento de los presupuestos temporales no posee un significado distinto de otras condiciones jurídicas y es obvio que ni compete a este Tribunal plantearse si era posible una suavización o matización del rigor legal, ni en la confrontación con el principio de justicia pueden alterarse los requisitos previstos, pues padecería la seguridad jurídica, que constituye un valor fundamental en la ordenación de las relaciones sociales».

Sin embargo, el TS, en la línea ya apuntada en el epígrafe anterior, se ha decantado por una vía de interpretación más generosa. Como se sabe, el Sistema de Seguridad Social contempla algunas ficciones de cotización (*v. gr.*, arts. 235 a 237 LGSS), pero no permite computar como cotizados cualesquiera tiempos de laguna. El TS ha tratado de eludir esos obstáculos a partir de consideraciones basadas en la justicia y, en una demostración de creatividad jurídica, arbitró dos posibles remedios ante la insuficiencia de las cotizaciones acreditadas: los días-cuota y la teoría del paréntesis.

Los días-cuota suponen una mejora neta de los períodos de carencia para cualesquiera trabajadores asalariados, pues el TS ha admitido, para completar el período de carencia, el cómputo de cotizaciones ficticias correspondientes a las pagas extraordinarias, hasta un máximo de 60 días al año —excluyendo de su aplicación los períodos en IT⁴⁵—, de modo que a efectos del período mínimo de

⁴⁵ *Vid.* STS de 28 de mayo de 2003 (recurso 4120/2002).

carencia cada año cotizado «no consta solo de los 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuotas abonados por gratificaciones extraordinarias»⁴⁶. Se trata, desde luego, de una interpretación muy generosa, que reconoce al beneficiario 425 días de cotización por cada año natural sin una justificación clara.

Obviamente, y a resultas de esa generosidad, el TS ha debido perfilar su doctrina, en el sentido de extender el beneficio a los trabajadores a tiempo parcial⁴⁷ y a los regímenes especiales que comprenden trabajadores asalariados⁴⁸, pero finalmente hubo de rechazar su aplicación a los trabajadores autónomos, o a los supuestos de desempeño múltiple de actividades cuando el régimen competente es el RETA⁴⁹. Además, el legislador intervino expresamente en el año 2007 para excluir su aplicación en la pensión de jubilación (art. 205 LGSS)⁵⁰, pero no introdujo reglas similares en otras prestaciones, de modo que los días-cuota siguen resultando operativos en pensiones de IP o de muerte y supervivencia (se excluyen expresamente a efectos de desempleo en el art. 3.3 RD 625/1985). No obstante, los efectos beneficiosos de los días-cuota quedan constreñidos a la acreditación del período de carencia, y no alcanzan a la determinación de la base reguladora de ninguna prestación⁵¹, pues «las pagas extras se prorratean en los doce meses de cotización y, por tanto, ya se computan para el cálculo de la base reguladora», de modo que añadir nuevamente los días-cuota supondría computar dos veces las pagas extraordinarias⁵².

Por su parte, la teoría del paréntesis fue elaborada como remedio frente al incumplimiento del período de carencia específico, esto es, el exigido por algunas pensiones en un momento inmediatamente anterior al hecho causante. La referencia a un «paréntesis» pretende ilustrar gráficamente su operativa, pues esta ficción jurídica supone la sustitución de un determinado lapso temporal dentro del período de carencia específica por otro inmediatamente anterior a ese período de referencia, operación que parte de la premisa de que «la exigencia temporal de las cotizaciones debe quedar circunscrita a los supuestos en los que haya existido una posibilidad real de prestar servicios y cotizar por ellos», pues de lo contrario «la exigencia constituiría un óbice insalvable causante de auténtica desprotección de quién es evidente está necesitado de

⁴⁶ Cfr. STS de 28 de enero de 2013 (recurso 812/2012).

⁴⁷ Vid. STS de 25 de junio de 2008 (recurso 2502/2007).

⁴⁸ Vid. STS de 14 de marzo de 2000 (recurso 2565/2000), en relación con los empleados de hogar.

⁴⁹ Vid. STS de 17 de octubre de 2011 (recurso 4610/2010).

⁵⁰ Vid. STS de 17 de abril de 2013 (recurso 2357/2012).

⁵¹ Vid. STS de 16 de diciembre de 2013 (recurso 208/2013).

⁵² Cfr. SSTS 28 de enero y 5 de diciembre de 2013 (recursos 812/2012 y 210/2013), y de 25 de marzo de 2014 (recurso 150/2013).

ella y tiene cotizaciones genéricas suficientes para alcanzarla»⁵³. Por tanto, la teoría del paréntesis ha resultado aplicable a períodos «inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad»⁵⁴.

Sobre esas bases, y en el marco de las pensiones de jubilación, IP y muerte y supervivencia⁵⁵, la teoría del paréntesis ha alcanzado a la situación de paro involuntario sin prestación ni subsidio en tanto se mantenga la inscripción como demandante de empleo, sin perjuicio de que breves interrupciones en la inscripción no demuestran la voluntad de apartarse del mercado laboral y justificarían varios paréntesis, tantos como interrupciones⁵⁶, si bien parece necesario demostrar una «especial circunstancia personal, familiar, de salud o de cualquier otra índole» que justifique esas lagunas⁵⁷. En suma, «cuando se acredita una voluntad de acceder al trabajo puesta de manifiesto por la inscripción en la Oficina de Empleo, ese período de ausencia de cotización debe configurarse como un paréntesis», y ello «obliga a retrotraer el momento a partir del cual se ha de computar el período de carencia específica a la fecha en la que efectivamente, cesó el trabajo efectivo y cotizado»⁵⁸. Además, la doctrina del paréntesis se ha extendido asimismo a otras situaciones donde por motivos fácticos o jurídicos no era posible continuar con la cotización, como sucede con el tiempo en prisión durante el que el interesado no pudo prestar servicios por no existir la pertinente organización productiva en el establecimiento donde se cumplía condena⁵⁹ o con la ya extinta invalidez provisional⁶⁰.

La doctrina del paréntesis no sólo se aplicó inicialmente al cumplimiento de períodos de carencia, sino también a la mejora en el importe de las pensiones, y en concreto al cálculo de la base reguladora, de modo que desplazaba *de facto* la regla legal de integración de lagunas, pues tales lagunas se completaban con períodos previos en los que la base de cotización era superior a la mínima⁶¹. El TS mantuvo la generosidad para los requisitos de acceso, pero

⁵³ Cfr. STS de 15 de marzo de 2004 (recurso 332/2003).

⁵⁴ Cfr. STS de 24 de noviembre de 2010 (recurso 777/2009).

⁵⁵ V. gr., SSTS de 29 de mayo de 1992 (recurso 1996/1991), en relación con la pensión de jubilación, y de 10 de diciembre de 2001 (recurso 561/2001), sobre prestaciones por muerte y supervivencia.

⁵⁶ Vid. SSTS de 12 de julio de 2004 (recurso 636/2003), y de 24 de noviembre de 2010 (recurso 777/2009).

⁵⁷ Vid. STS de 20 de febrero de 2018 (recurso 1845/2016).

⁵⁸ Cfr. STS de 13 de junio de 2006 (recurso 175/2005).

⁵⁹ Vid. SSTS de 15 de marzo de 2004 (recurso 332/2003) y de 30 de octubre de 2018 (recurso 3877/2016).

⁶⁰ Vid. STS de 24 de octubre de 1994 (recurso 3676/1993).

⁶¹ Vid. OLARTE ENCABO, S., «La accidentada evolución de la doctrina del paréntesis en la incapacidad permanente declarada judicialmente», *Temas Laborales*, núm. 93, 2008, pp. 237 ss.; ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Algunas reflexiones sobre la aplicación de la llamada teoría del paréntesis a la determinación

finalmente modificó sus criterios en relación con el cálculo de la prestación, de modo que la doctrina del paréntesis únicamente es de aplicación en materia de base reguladora «a los períodos sin obligación de cotizar, por invalidez provisional inmediata al proceso de invalidez en el que la misma es declarada (en este momento histórico prácticamente inexistente) o a los períodos de prórroga de la incapacidad temporal también inmediatamente anterior a la declaración de invalideces como excepciones a favor de los beneficiarios de tales prestaciones en cuanto supuestos muy específicos en los que las previsiones legales del sistema en la articulación de la protección pueden llevar a perjudicar sin justificación alguna los derechos de aquellos»⁶². De ahí que, por ejemplo, se haya excluido la doctrina del paréntesis, a efectos de una posterior pensión de IP, cuando la laguna de cotización corresponde a períodos previos de percepción de una pensión de IP absoluta posteriormente revocada por sentencia⁶³; al período de pago directo del INSS, sin cotización, tras la extinción del contrato durante la situación de IT que conduce a la calificación de la IP⁶⁴; o a períodos de no cotización a consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, pese a que por la condición de derecho fundamental habría de merecer una interpretación más generosa⁶⁵.

Esta doctrina del paréntesis comparte algunos rasgos con la interpretación humanizadora, pues en esencia el propósito coincide. Se trata, en ambos casos, de permitir el acceso a prestaciones de quien no cumple las exigencias legales, aunque a partir de premisas poco claras. El TS ha llegado a afirmar que «esa interpretación flexible puede llevar a que, aplicando esa misma doctrina jurisprudencial pero teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, proceda o no aplicar la doctrina del paréntesis». Además, puede rechazarse la existencia de contradicción prácticamente a voluntad, toda vez que, «dado el margen de interpretación que la citada doctrina jurisprudencial permite al juez o tribunal que resuelve cada caso, y dado que las circunstancias

de las bases reguladoras de las pensiones de incapacidad permanente», *Temas Laborales*, núm. 58, 2001, pp. 187 ss.; LÓPEZ GANDÍA, J., «La aplicación de la teoría del paréntesis y de la integración de lagunas tras la Ley de medidas específicas de seguridad social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre)», *Actualidad laboral*, núm. 11, 2004, pp. 1309 ss.; RIVAS VALLEJO, P., «Acerca de la teoría del paréntesis y su aplicación a las bases reguladoras de la pensión de incapacidad permanente», *Aranzadi Social*, núm. 16, 2000 (BIB 2000\1896).

⁶² Por todas, cfr. SSTS de 1 de octubre de 2002 (recurso 3666/2001), de 21 de septiembre de 2006 (recurso 2183/2005) y de 10 de julio de 2018 (recurso 3104/2017), sobre no aplicación del paréntesis al tiempo de jubilación anticipada previo al reconocimiento de la IP.

⁶³ Vid. STS de 20 de septiembre de 2011 (recurso 4097/2010).

⁶⁴ Vid. SSTS de 17 de septiembre de 2007 (recurso 2452/2006) y de 15 de marzo de 2010 (recurso 2149/2009), que asimismo llegan a la conclusión que el mejor trato que reciben quienes pasan a desempleo en lugar de seguir en IT no constituye una diferencia discriminatoria.

⁶⁵ Vid. STS de 25 de mayo de 2010 (recurso 2345/2009).

concretas nunca son exactamente iguales –por ejemplo, en el caso de la sentencia recurrida el período de no inscripción como demandante de empleo es inferior que en el caso de la sentencia de contraste– es posible que una y otra sentencias sean correctas y, por ende, no hay propiamente contradicción pese a la diversidad de los pronunciamientos»⁶⁶.

Estos remedios jurisprudenciales, a la postre, plantean dificultades también desde la perspectiva de la justicia, porque la ignorancia misma de la norma da lugar a otra serie de consecuencias. No en vano, es el legislador el que debe abordar las deficiencias de protección del Sistema de Seguridad Social, y no cabe simplemente forzar el acceso a una prestación y considerar que gracias a ello el Sistema se convierte en más justo. España es un Estado social, pero la realización de ese Estado social no depende en exclusiva del Sistema de Seguridad Social. Es imprescindible valorar el ordenamiento en su conjunto. La imposibilidad de acceder a una prestación contributiva no implica que el interesado esté excluido de cualesquiera ayudas públicas (prestaciones no contributivas o asistencia social). La denegación de una prestación por incumplimiento de requisitos puede estar justificada por la existencia de otras (*v. gr.*, prestación temporal de viudedad). Por supuesto, cabría estimar que la denegación de una prestación por un solo día de cotización es poco proporcional, pero la flexibilización de los requisitos lleva a una espiral difícil de detener. Habría que responder con claridad a ciertas preguntas, como cuánto se flexibiliza y para quiénes. Y no conviene olvidar que en un sistema de recursos limitados la excesiva generosidad con unos acabará perjudicando al resto, como demuestra el progresivo endurecimiento de las reglas de acceso a prestaciones o cálculo de cuantías, o la mayor dificultad para el acceso a la IP derivado de la jurisprudencia relativa a la compatibilidad de las pensiones de IP con el trabajo o a las limitaciones de la Entidad Gestora en orden a revisar el grado de IP.

4. LA GENEROSIDAD EN LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO

Sin perjuicio de que pueden encontrarse cientos de sentencias flexibilizando –e incluso forzando– todos los requisitos o condiciones para el acceso a las prestaciones –inclusive el momento del hecho causante⁶⁷– o el cálculo

⁶⁶ Vid. STS de 14 de marzo de 2012 (recurso 4674/2010).

⁶⁷ Vid. STS de 12 de diciembre de 2018 (recurso 4142/2016).

de la cuantía⁶⁸, el concepto de accidente de trabajo se ha convertido en uno de los mayores ejemplos de creación judicial en el ámbito de la seguridad social. La riqueza de la jurisprudencia sobre el accidente de trabajo es tal, que no cabe analizar el alcance de esa institución sin detenerse en los parámetros que ha fijado el TS, tanto respecto de la presunción, como en la determinación de la relación de causalidad. La elevada litigiosidad obedece al decisivo papel que juegan las contingencias profesionales en nuestro sistema, porque, a diferencia de las contingencias comunes, las profesionales siempre merecen protección, al no requerirse período de carencia y entrar en juego el alta presunta o de pleno derecho (art. 166.4 LGSS). Además, el importe de las prestaciones suele resultar más elevado, bien porque las reglas de cálculo de las bases reguladoras son más generosas, por atender al salario real del trabajador y no a una media de bases de cotización en un período previo, bien por disfrutar de porcentajes aplicables a la base reguladora más altos. Es más, algunas prestaciones únicamente pueden ser disfrutadas por quienes sufran una contingencia profesional, como la indemnización por lesiones permanentes no incapacitantes (arts. 201 a 203 LGSS).

No es de extrañar, así pues, que la definición contenida en el artículo 156.1 LGSS, en virtud del cual se califica como accidente de trabajo «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena», se haya demostrado insuficiente, pese a su tradición. Es una definición que repite casi literalmente la ofrecida hace más de un siglo por la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900 (Ley Dato), pero que se ha visto superada por la rica y abundante casuística. El alcance actual de esa regla dista mucho de la originaria, gracias sobre todo a la jurisprudencia⁶⁹.

Este no es el lugar para desarrollar el concepto de accidente de trabajo, y su evolución, sino para poner de manifiesto que el protagonismo central del TS aboca a resultados no siempre previsibles, y que además han ido variando con el tiempo, pues el propio Tribunal se ha percatado de que la construcción del

⁶⁸ Vid. STS de 25 de abril de 2018 (recurso 2322/2016).

⁶⁹ Vid. GARCÍA MURCIA, J., «El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo», en AA. VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Laborum, Murcia, 2020, pp. 39 ss.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «Deconstrucción del concepto de accidente de trabajo. ¿Quién y qué hay que probar en cada caso?», *RTSS (CEF)*, núm. 427, 2018, pp. 19 ss.; ÁLVAREZ ALONSO, D., «Accidente de trabajo», en García Murcia, J., y Castro Argüelles, M. A., (Dir.), *Contingencias y prestaciones de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Reus, Barcelona, 2021, pp. 41 ss.; ROMERO RÓDENAS, M. J., *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 9 ss.; MERCADER UGUINA, J. R., «El colapso plástico del accidente de trabajo y los elementos “intrascendentes y carentes de valor” en la articulación del juicio de contradicción en el recurso de casación para la unificación de doctrina», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extra, 2016, pp. 49 ss.

concepto ha conducido a una expansión quizá desmedida que era imprescindible corregir, al menos si se pretende que el accidente de trabajo, como institución jurídica, se ajuste a unos parámetros razonables. Se trata, en cualquier caso, de un concepto muy vinculado al Derecho de la Seguridad Social, y que no puede ser equiparado al de riesgo laboral, más propio de la legislación preventiva, pues, a la vista de la jurisprudencia, ni el más diligente de los empleadores podría prever y prevenir todos los riesgos que pueden afectar al trabajador. La jurisprudencia sobre el accidente *in itinere* resulta suficientemente ilustrativa, pues de ordinario el empleador contará con escaso margen de actuación en ese contexto externo a la empresa, y difícilmente podrá evitar, por ejemplo, la actuación de un tercero decidido a provocar el daño, y pese a ello, como ilustrativamente refleja el caso del llamado «asesino de la baraja», la calificación como accidente de trabajo desde la perspectiva de la seguridad social no admitió dudas⁷⁰.

En verdad, el accidente *in itinere* ofrece ejemplos muy variados de elasticidad interpretativa, pues encajan en él circunstancias de todo orden, por más alejadas que puedan estar de la prestación de servicios, como el robo sufrido por el trabajador al ir o a al volver del trabajo⁷¹. No es extraño que el Tribunal Supremo haya debido rectificar en ocasiones su doctrina, aunque no para restringir el radio de acción del accidente de trabajo, sino más bien para extender el alcance de la relación de causalidad. En este sentido, el TS no consideró inicialmente como accidente *in itinere* el sufrido en el trayecto cuando no se produce la directa incorporación al trabajo, sino que la longitud del recorrido obliga a pernoctar o transcurre un lapso de tiempo importante entre la salida y la llegada (*v. gr.*, dos residencias distintas, una habitual y otra vacacional)⁷², pero ese criterio se rectificaría posteriormente⁷³. Esa misma amplitud se aprecia en relación con las paradas durante el trayecto de ida y vuelta, en particular cuando varios compañeros comparten medio de transporte para reducir gastos, supuesto que también ha sido considerado como accidente de trabajo en la jurisprudencia más reciente, invocando argumentos un tanto extravagantes en este contexto, como la protección del medio ambiente⁷⁴.

Desde esta perspectiva, se aprecia una notable ampliación del concepto de accidente *in itinere*, que no queda excluido por paradas o interrupciones en el trayecto si «la conducta normal del trabajador responde a patrones usuales

⁷⁰ Vid. STS de 20 de febrero de 2006 (recurso 4145/2004).

⁷¹ Vid. STS de 14 de octubre de 2014 (recurso 1786/2013).

⁷² Vid. STS de 29 de septiembre de 1997 (recurso 2685/1996).

⁷³ Vid. STS de 26 de diciembre de 2013 (recurso 2315/2012).

⁷⁴ Vid. STS de 14 de febrero de 2017 (recurso 838/2015).

de convivencia o comportamiento del común de las gentes»⁷⁵ —expresión con un contenido cada vez más generoso—, a la vez que se ha restringido sustancialmente la protección durante el accidente en misión, distinguiendo nítidamente —a diferencia de lo que sucedía tradicionalmente— tres escenarios durante la misión: el desplazamiento, la ejecución del encargo y el resto del tiempo, incluido el descanso⁷⁶. El trabajador disfrutará de protección durante el desplazamiento, a semejanza del accidente *in itinere*⁷⁷, y durante la ejecución de la tarea, momento amparado por la presunción⁷⁸, pero no, en principio, durante el resto del tiempo en el lugar correspondiente, lo que afecta particularmente a las enfermedades que se manifiesten durante la misión, que requieren un especial esfuerzo probatorio del trabajador en orden a demostrar la relación de causalidad⁷⁹ y, en la práctica, se calificarán mayoritariamente como contingencias comunes precisamente por la dificultad para establecer esa conexión⁸⁰. Esta es, quizá, la única vertiente del accidente de trabajo que ha sufrido una retracción significativa.

Como es fácil de comprender, la entrada en juego de la presunción de accidente de trabajo resulta determinante con carácter general, y también en ese aspecto la jurisprudencia ha mostrado un criterio muy generoso, lo que ha facilitado la calificación como contingencia profesional de numerosas enfermedades que, en sentido estricto, ni son causadas por el trabajo, ni tampoco el episodio concreto es desencadenado por la relación laboral, aunque se manifieste en tiempo y lugar de trabajo. El ejemplo paradigmático, seguramente, es el ataque de epilepsia sufrido por un jardinero, que se transforma en accidente de trabajo gracias a la presunción y a la distinción, un tanto artificial, entre la enfermedad y las consecuencias de la caída⁸¹.

En cualquier caso, no cabe asumir que la doctrina judicial es completamente consistente, sino más bien que los criterios varían en función de circunstancias o momentos. La seguridad jurídica en los litigios relativos al accidente de trabajo es, por lo general, inexistente, por más que pueda apreciarse, como se acaba de poner de manifiesto, una tendencia a la ampliación, salvo en los accidentes en misión. En verdad, los cambios de criterio son constantes e

⁷⁵ Vid. STS 17 de abril de 2018 (recurso 1777/2016).

⁷⁶ Vid. SSTS de 23 de junio de 2015 (recurso 944/2014) y de 18 de abril de 2023 (recurso 3119/2020).

⁷⁷ Vid. STS de 7 de febrero de 2017 (recurso 536/2015).

⁷⁸ Vid. STS de 16 de septiembre de 2013 (recurso 2965/2012).

⁷⁹ Vid. STS de 23 de junio de 2015 (recurso 944/2014).

⁸⁰ Vid. SSTS de 24 de febrero de 2014 (recurso 145/2013) y de 7 de febrero y 1 de diciembre de 2017 (recursos 536/2015 y 3892/2015). Algo más de flexibilidad se aprecia en la STS de 23 de junio de 2015 (recurso 944/2014).

⁸¹ Vid. STS de 27 de febrero de 2008 (recurso 2716/2006).

imprevisibles, pues no es sencillo anticipar cuáles son los parámetros que determinarán la solución final.

Los numerosos casos de enfermedades, y en particular, de edemas y embolias pulmonares o de infartos de miocardio resultan suficientemente ilustrativos, aun cuando quizá pueda afirmarse que si el episodio acontece en tiempo y lugar de trabajo, entendido en sentido muy amplio, merecerá la calificación como contingencia profesional gracias a la presunción, pero si sucede en otro contexto la prueba de la relación de causalidad resultará imposible. Se trata, en todo caso, de afirmaciones muy generales, que pueden verse desvirtuadas por cualquier elemento fáctico que el tribunal estime a bien considerar decisivo en cada caso concreto.

No deja de resultar curioso que enfermedades congénitas puedan merecer esa calificación de contingencia profesional simplemente porque se manifiesten en tiempo y lugar de trabajo⁸², y que de ordinario se minimicen factores o elementos vinculados a los hábitos de vida o al estado de salud cuya conexión causal es, en apariencia, mucho más intensa que la ejecución del trabajo⁸³. En suma, se aprecia cierto voluntarismo –y contradicción– al calificar como contingencia profesional un infarto materializado fuera del lugar y el tiempo de trabajo porque los síntomas comenzaron, precisamente, en el entorno del trabajo⁸⁴, pero al mismo tiempo se llegue a esa misma conclusión, e igualmente por el juego de la presunción, cuando los síntomas aparecen con carácter previo a la incorporación al trabajo, pero el infarto se actualiza en el lugar y tiempo de trabajo, incluso ante dolencias de origen común y carácter crónico⁸⁵. Dicho de otro modo, en ocasiones el resultado parece depender de la mayor o menor generosidad del Tribunal, pero sin un criterio sólido que ofrezca garantías sobre la estabilidad de la doctrina hacia el futuro, que puede cambiar porque se asienta sobre bases muy endeblas.

En la misma línea, la construcción del concepto de imprudencia, y en particular temeraria, demuestra que el principio de seguridad jurídica no constituye una prioridad en el proceso interpretativo. Como es sabido, el TS maneja un concepto de imprudencia temeraria que, en realidad, carece de parangón en ninguna otra rama del ordenamiento, con el propósito, seguramente, de evitar la total desprotección del trabajador, pues la imprudencia temeraria implica técnicamente que no ha tenido lugar un accidente, ni laboral ni no laboral, de modo que el trabajador –o sus beneficiarios en caso de

⁸² Vid. STS de 10 de diciembre de 2014 (recurso 3138/2013).

⁸³ Vid. STS de 4 de octubre de 2012 (recurso 3402/2012).

⁸⁴ Vid. STS de 20 de marzo de 2018 (recurso 2942/2016).

⁸⁵ Vid. STS de 23 de enero de 2020 (recurso 4322/2017).

fallecimiento—, no podrían causar prestaciones de seguridad social. Por ello, es muy complejo encontrar sentencias que califiquen la imprudencia como temeraria, incluso aunque el trabajador incurra en ilícito penal y, precisamente en ese ámbito, la conducta merezca la calificación de imprudencia temeraria⁸⁶.

No deja de resultar significativo que el Derecho Penal, que debe actuar como último recurso, pues se configura a partir de un principio de intervención mínima, y que ha de resultar especialmente garantista (*in dubio pro reo*), califique como imprudencia temeraria una determinada conducta, mientras el orden social rebaja su gravedad por razones no completamente explicitadas, más allá de las consecuencias en materia de prestaciones. Nótese que la legislación penal protege, en principio, bienes jurídicos de mayor envergadura que la legislación social, y la imprudencia temeraria, por ejemplo en los accidentes de circulación, puede poner en riesgo vidas humanas. De ahí que ciertas infracciones se califiquen legalmente como imprudencia temeraria. El orden social, sin embargo, parece conceder mayor valor a la eventual pérdida de una prestación sustitutiva del salario, consecuencia negativa que no debería actuar en el mismo plano que la protección de esos otros bienes.

Dicho de otra forma, parece razonable que en el plano de lo social pudiera considerarse grave una conducta que en el ámbito penal no merezca sanción, precisamente porque el orden penal debe ser más restrictivo; en cambio, las conductas punibles conforme a la legislación penal no deberían contar con menos reproche en la jurisdicción social. Cuestión distinta es que, pese a la explícita calificación como imprudencia temeraria pudiera igualmente causarse la prestación, considerando la situación como contingencia común, aunque esa opción requeriría, o bien una modificación legal, o bien una interpretación generosa del TS, pues, en definitiva, el artículo 156.4.b) LGSS no excluye técnicamente la protección del trabajador en caso de dolo o imprudencia temeraria, sino únicamente la calificación del siniestro como accidente de trabajo.

No obstante, y mientras el legislador no intervenga, o la jurisprudencia no cambie, seguirán siendo calificados como contingencia profesional siniestros en los que concurre un incumplimiento grave o una conducta fuertemente reprochable de los trabajadores, lo que parece contrario a una interpretación razonable que se acomode a las exigencias de la seguridad jurídica. Así sucede, a modo de ejemplo, con la inobservancia del semáforo y de las señales acústicas que alertaban sobre los peligros de cruzar un paso a nivel, con la

⁸⁶ Vid. STS de 13 de marzo de 2008 (recurso 4592/2006).

consecuencia de que el vehículo que conducía el trabajador fue arrollado por el tren en tránsito⁸⁷.

Ello supone, por cierto, que el beneficiario disfrutará de protección reforzada, porque no solamente se reducen las exigencias de acceso, sino que también, de ordinario, se mejora la intensidad de la acción protectora. En este sentido, esa imprudencia grave no impediría invocar la doctrina jurisprudencial que, a partir del principio de reparación íntegra del daño en las contingencias profesionales, reconoce el derecho a prótesis de última generación aunque no estén incluidas en los catálogos de material sanitario, mejora que no podrían disfrutar los afectados por una contingencia común. Destaca, asimismo, que el TS recurre en estos casos a normas muy antiguas, como el Convenio núm. 17 de la OIT de 1925, para justificar la inaplicación de las normas mucho más modernas que disciplinan la prestación de asistencia sanitaria. Y todo ello con el propósito de reforzar un principio muy difuso, porque no se encuentra la razón que, en el momento actual, justifica una asistencia sanitaria de primera o segunda categoría en función de la contingencia sufrida, máxime tras la expansión del concepto de accidente de trabajo, en gran parte por obra de la propia jurisprudencia.

Sin lugar a dudas, son ventajas que, en algunos ámbitos, resultan difíciles de entender y justificar, como sucede en el trabajo en el mar, y en concreto respecto de trabajadores embarcados, donde prácticamente cualesquiera avatares o circunstancias se califican como contingencia profesional, desde una lesión al levantarse de la cama después de dormir⁸⁸, hasta una caída mientras el trabajador estaba viendo «una película en su tiempo de descanso»⁸⁹, o incluso un edema agudo de pulmón derivado de una cirrosis hepática, cuya conexión con el trabajo era, simplemente, inexistente⁹⁰.

En un sentido análogo, la traslación del concepto de accidente de trabajo, tal y como ha sido construido por la jurisprudencia, plantea serias disfunciones en su aplicación al teletrabajo. Tanto la presunción, por las peculiaridades del tiempo y del lugar, como la relación de causalidad, por la dificultad de extender la responsabilidad objetiva del empresario más allá de sus fronteras naturales y a un entorno que no puede controlar, requieren de una necesaria adaptación si se pretende, por un lado, que el teletrabajador disfrute de una

⁸⁷ Vid. STSJ de Asturias de 22 de marzo de 2022 (recurso 245/2022). Más restrictivo, y quizá un punto de inflexión, es el criterio de la STS de 4 de julio de 2023 (recurso 3749/2020), que califica como imprudencia temeraria el atropello de un trabajador cuando tras la puesta de sol cruzaba una carretera por un lugar no habilitado, sin iluminación, sin ropa reflectante y portando bultos.

⁸⁸ Vid. STS de 6 de julio de 2015 (recurso 2990/2013).

⁸⁹ Vid. STS de 16 de julio de 2014 (recurso 2352/2013).

⁹⁰ Vid. STS de 4 de febrero de 2015 (recurso 197/2014).

protección equivalente a la de un trabajador ordinario, y, por otro, que el propio concepto de contingencia profesional no quede desfigurado.

En términos estrictamente técnicos, no es razonable que el ordenamiento proporcione una «hiperprotección» al teletrabajador⁹¹, transmutando en contingencias profesionales daños de origen común. Ni a la inversa, porque no se encuentran razones de peso para convertir el teletrabajo en una actividad en la que se presuma que cualquier contingencia es ajena al trabajo porque acontece o se manifiesta fuera de las instalaciones empresariales. Desde la perspectiva del empleador, parece también evidente que sus obligaciones deben acomodarse al contexto, de modo que no deba afrontar responsabilidades artificiales o desmedidas, pero tampoco quede exonerado aduciendo que más allá de sus instalaciones no dispone de facultades de control ni posibilidades reales de intervención.

Resulta ya muy evidente que la extensión, quizá desmedida, del concepto de accidente de trabajo provoca cierto desajuste entre los derechos del trabajador y las obligaciones y responsabilidades del empresario. Ese concepto se ha construido con la pretensión de facilitar el acceso a las prestaciones, y el TS se ha mostrado particularmente generoso, pero en ocasiones ha olvidado, o quizá ignorado deliberadamente, que la calificación de determinados daños como contingencia profesional puede dar lugar a otras responsabilidades o perjuicios. De hecho, la calificación como accidente de trabajo modifica el sujeto que habrá de asumir el coste de la prestación, que se imputará, directa o indirectamente, a las mutuas, y no a la entidad gestora. Además, el número de accidentes de trabajo en la empresa es un dato relevante a efectos de sistemas de cotización basados en modelos *bonus-malus* o de obtención de distintivos o reconocimientos que acrediten el compromiso con la prevención (y que pueden resultar determinantes por motivos de imagen pública para el éxito de ciertos contratos o negocios).

Por consiguiente, estas situaciones particulares en las que se considere que el trabajador merece una protección adecuada, pero en las que no resulta del todo satisfactorio imputar responsabilidad al empleador, por tratarse de circunstancias que no siempre se encuentran bajo su control, deberían canalizarse por vías diferentes. En los últimos tiempos se ha explorado la técnica de «asimilación» con el accidente de trabajo, en particular en relación con el COVID⁹², lo que permite, precisamente, ofrecer al trabajador la protección pertinente, pero a cargo de la entidad gestora. A partir de esta asimilación determinadas

⁹¹ Cfr. ARRIETA IDIÁKEZ, F. J., «¿Está actualmente justificada la hiperprotección del accidente de trabajo?», en AESSS, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Tomo I, Laborum, Murcia, 2020, pp. 201-202.

⁹² Vid. artículo 5 Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo.

contingencias comunes se benefician de una protección reforzada. Es una opción que, en apariencia, no puede derivar de la aplicación judicial, pues una variación de las reglas de imputación de responsabilidades de esa índole sobrepasaría los límites de la actividad interpretativa, al menos a partir de criterios razonables, lo que supone que el legislador debería intervenir expresamente.

Lógicamente, no se trata de asimilar a contingencia profesional cualesquiera daños sufridos por el trabajador, sino únicamente aquellos que pueden contar con una razonable conexión con el trabajo, pero en los que resulta forzado imputar responsabilidad al empleador o a la mutua. La mayor parte de riesgos psicosociales, por ejemplo, o los accidentes cotidianos o puramente domésticos producidos en el domicilio durante las pausas del teletrabajo (*v. gr.*, corte con la botella de cristal rota) encajarían sin dificultad en esta figura, proporcionando la adecuada cobertura al trabajador y no generando responsabilidades artificiales ni consecuencias negativas no totalmente justificadas para otros sujetos.

Las enfermedades de etiología aparentemente común manifestadas durante la prestación de servicios, no sólo en el teletrabajo, sino en general, quizá podrían merecer una consideración similar, pues en la mayoría de ocasiones su calificación como accidente de trabajo deriva de la aplicación de la presunción, y no de una verdadera conexión con la actividad realizada. Piénsese en enfermedades cardíacas, que a menudo se califican como contingencias profesionales con independencia de que el historial de salud previo demuestre factores de riesgo múltiples. La doctrina judicial debería valorar que el empleador carece de facultades para impedir o limitar hábitos o conductas personales de riesgo (*v. gr.*, consumo de alcohol, tabaco o hábitos alimenticios poco saludables e incompatibles con la dolencia padecida)⁹³. La asimilación a contingencia profesional permitiría conciliar los intereses en juego. No obstante, una modificación legal de ese calado no se adivina en el horizonte.

5. UN EJEMPLO DE INTERPRETACIÓN *CONTRA LEGEM*: LA GESTACIÓN SUBROGADA

La gestación subrogada o por sustitución ha suscitado un notable debate en los últimos años, que desde el plano de la legislación laboral y de seguridad social se centra en el disfrute de los descansos por nacimiento y cuidado

⁹³ *Vid.* SSTSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2020 (recurso 809/2020) y de Aragón de 18 de enero de 2022 (recurso 875/2021).

de menor y en las prestaciones económicas de la seguridad social que compensan la pérdida del salario. El legislador parecía haber establecido nítidamente su posición, pues el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y que lleva por título «gestación por sustitución», declara «nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero», y precisa que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto». Todo ello sin perjuicio, claro está, de la «posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

Por consiguiente, si ese contrato es nulo, porque subyace una operación con connotaciones comerciales contraria al orden público español, habría que entender que no se generan los derechos laborales y de seguridad social correspondientes, pues ni siquiera cabría acudir a la doctrina del orden público atenuado que, como se dijo, ha servido para reconocer efectos a los matrimonios polígamos (IV.6). No son situaciones con identidad de razón, pues el reconocimiento de la pensión de viudedad a todos los cónyuges polígamos pretende dispensar protección a la persona en mayor situación de necesidad, habitualmente una mujer con dificultades sociales y culturales para acceder al mercado de trabajo, de modo que a partir de la acción combinada de la libertad religiosa, que suele jugar un relevante papel en esos casos, y de la perspectiva de género, se dulcifican los efectos de una limitación que, y conviene recordarlo, estaba originalmente concebida para las personas de nacionalidad española, porque el matrimonio se rige por la ley personal de los contrayentes.

En cambio, la gestación subrogada plantea interrogantes diferentes, porque el ordenamiento español prohíbe esa fórmula, y difícilmente cabe aducir que el interesado puede formalizar legalmente esa operación conforme a otra legislación. Como se acaba de apuntar en relación con la poligamia, el artículo 9.1 CC precisa que la ley personal, es decir, la ley que deriva de la nacionalidad, rige la «capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte». Parece claro, así pues, que una persona de nacionalidad española no puede adquirir directamente la condición de progenitor a través de la gestación subrogada –salvo que se trate del progenitor biológico–, aun cuando el eventual contrato se celebre en un país con una legislación más benevolente.

Sin embargo, la Sala de lo Social del TS ha sido favorable al reconocimiento de los derechos que típicamente se encuentran aparejados a la maternidad/paternidad también en caso de gestación subrogada, pese a la aparente

claridad de la legislación española en sentido contrario. El TS acude a las SSTEDH *Mennesson vs. Francia*⁹⁴ y *Paradiso y Campanelli vs. Italia*⁹⁵. En ambas, los Estados involucrados habían impedido la inscripción en el registro de la filiación, pero el Tribunal de Estrasburgo, sin rechazar directamente esa medida, alerta sobre determinadas consecuencias que podría sufrir el menor, por cuanto no considera razonables los obstáculos que se erigen para la adquisición de la nacionalidad y de la legitimación para heredar en un contexto en el que uno de los progenitores subrogados era también progenitor biológico. Concluye el TEDH que un Estado no puede impedir de forma absoluta que el vínculo de filiación quede establecido entre un padre biológico y un hijo nacido por gestación subrogada. Además, y respecto del caso que provenía de Italia, también considera contrario al artículo 8 del Convenio («derecho al respeto a la vida privada y familiar») que tras seis meses de convivencia con los padres subrogados las autoridades italianas entregaran el menor a una familia de acogida, pues a su juicio esa convivencia les había convertido en una familia *de facto*.

Como punto de partida, el TS reconoce que esas sentencias no son extrapolables directamente al caso concreto, pues ni los litigios se habían originado en España, ni la legislación española resultaba de aplicación, ni tampoco se discutía el acceso a derechos laborales o de seguridad social, sino que el asunto se circunscribía al reconocimiento de la filiación. Sin embargo, el TS califica la doctrina del TEDH en esas resoluciones como un «elemento hermenéutico significativo», que constituirá a la postre un apoyo argumental decisivo en el fallo a partir de las conclusiones que el propio TS deduce de esas sentencias. La primera de esas conclusiones es la «necesidad de proteger la situación realmente generada», en el sentido de que «si existe convivencia familiar entre los padres subrogados y los menores, ha de protegerse en beneficio de los segundos; y ello especialmente si uno de los padres subrogados es también padre biológico». El TS se mueve en el terreno de las deducciones, como demuestra la construcción de argumentos del siguiente tenor: «aunque no se explicita de tal modo, lo que se hace es optar por un “mal menor”: mantener las consecuencias de una situación contraria al Derecho nacional (convivencia derivada de la maternidad subrogada) porque así conviene al interés del menor (mantenerlo en su núcleo familiar “de facto”). Y esto, al margen de lo que disponga el Derecho Internacional Privado, obviamente también inte-

⁹⁴ De 26 de junio de 2014, asunto 65192/11.

⁹⁵ De 27 de enero de 2015, asunto 25358/12.

grado en el ordenamiento español»⁹⁶. Sobre estas premisas, el TS entiende que los límites a la inscripción registral que puedan derivarse de la normativa nacional, y también de la internacional, inclusive el Convenio Europeo de Derechos Humanos, «no condicionan el derecho a la protección social», porque el interés del menor debe prevalecer⁹⁷.

Uno de los votos particulares advierte, con buen criterio, que se está produciendo una utilización interesada de la doctrina del TEDH, pues el Tribunal de Estrasburgo en modo alguno ha exigido que los Estados acepten la gestación subrogada, ni que admitan la inscripción registral de la filiación. La principal crítica del TEDH se circunscribía a aspectos muy concretos, y en particular a la imposibilidad jurídica de que el progenitor biológico pudiera hacer valer esa condición, ni mediante el reconocimiento de la filiación ni mediante una eventual adopción. De este modo, el TEDH considera contrario al Convenio, y así lo repite en una Opinión Consultiva de 10 de abril de 2019 solicitada por la Corte de Casación francesa⁹⁸, que un Estado cierre cualquier vía para que el progenitor biológico pueda convertirse en progenitor jurídico del hijo nacido a través de la gestación por sustitución. Ahora bien, la STEDH A. M. vs. Noruega⁹⁹ insiste en que, a falta de un consenso entre los Estados parte del Consejo de Europa, los dilemas éticos que suscita la maternidad subrogada deben conducir a reconocer a la legislación interna un amplio margen de apreciación. El ordenamiento español, como se sabe, admite que el progenitor biológico pueda figurar jurídicamente como tal, y tampoco impide la adopción en caso de ausencia de vínculo biológico, por lo que la doctrina del TEDH en los casos citados no debería conducir automáticamente a una respuesta tan generosa como la del TS, aunque, desde luego, ese no era el único argumento que sustentaba el fallo.

⁹⁶ Cfr. STS de 25 de octubre de 2016 (recurso 3818/2015). En el mismo sentido, SSTS de 22 de noviembre y 14 de diciembre de 2017 (recursos 1504/2016 y 2066/2016), entre muchas otras.

⁹⁷ Vid. ALZAGA RUIZ, I., «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», *RMESS*, núm. 134, 2018, pp. 15 ss.; HIERRO HIERRO, F. J., «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», *REDT*, núm. 190, 2016, pp. 184 ss.; GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., y DE CASTRO MEJUTO, S. J., «¿Mater semper certa est? La maternidad subrogada como situación generadora de los derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrincado litigio», *RGDTSS*, núm. 40, 2015; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «El Tribunal Supremo ante la “gestación por sustitución”: reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017, pp. 154 ss.; MOLINA NAVARRETE, C., «Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RTSS (CEF)*, núm. 399, 2016, pp. 195 ss.

⁹⁸ Petición P16-2018-001 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>).

⁹⁹ De 24 de marzo de 2022, recurso 30254/18.

En cualquier caso, resulta sorprendente esta ampliación, aparentemente *contra legem*, del radio de acción de los derechos laborales y de seguridad social, y cabe incluso cuestionar esa invocación al interés superior del menor. No es la única ocasión en la que el Tribunal utiliza ese argumento, pero en este escenario es particularmente curioso, porque de algún modo da a entender que la protección de ese menor, e incluso sus necesidades vitales, pueden estar en riesgo si se deniega no sólo el descanso laboral, sino, y sobre todo, el reconocimiento de las prestaciones de seguridad social. Como argumento es extraño, toda vez que estas operaciones de gestación por subrogación requieren, en la generalidad de los casos, una posición económica desahogada de los interesados, que han de hacer frente a costes de cierta entidad. Las empresas que comercializan estos servicios ofertan varias tarifas que comienzan a partir de 30.000 euros, pero el coste total suele superar holgadamente los 100.000 euros. Es, cuando menos, cuestionable que en esas condiciones se entienda que el recurso a la solidaridad colectiva que supone la seguridad social se justifica por un pretendido interés del menor, pues los eventuales beneficiarios son personas en buena posición económica que han decidido forzar, cuando no vulnerar, la legislación vigente, y no se aprecia ninguna situación de necesidad real que exija cobertura a través de un mecanismo público estatal de redistribución de la riqueza, máxime cuando el legislador se ha mostrado contrario a esa práctica.

Llevado al extremo, el interés superior del menor obligaría a reconocer prestaciones de seguridad social a cualquier familia con menores a cargo, porque de lo contrario podrían encontrarse en riesgo. Aunque es un argumento atractivo, de algún modo olvida que el Estado puede proporcionar protección a través de otras vías, inclusive la asistencia social, y que por tanto los jueces no deben presuponer que la denegación de una determinada prestación supone en todo caso una desprotección, pues esa forma de actuar acaba derivando en un sobredimensionamiento del Sistema de Seguridad Social no buscado por el legislador y que, en último término, puede resultar incoherente y poco sostenible¹⁰⁰.

En cualquier caso, y desde la perspectiva de la seguridad jurídica, resulta sorprendente que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se muestre tan generosa al abordar las consecuencias jurídicas de la gestación subrogada –admitiendo asimismo que el adoptante podía generar la extinta prestación por

¹⁰⁰ Vid. RODRÍGUEZ INIESTA, G., «Un juez concede por primera vez la pensión de orfandad al hijo de una pareja de hecho. Sostiene que garantizar la integridad de los hijos es una obligación constitucional de los poderes públicos», *Aranzadi Social*, núm. 16, 2004 (BIB 2004\1768).

maternidad tras adoptar al hijo biológico del cónyuge pese a que este ya la había disfrutado y que la regla legal impedía que el mismo menor generase dos prestaciones de esa índole¹⁰¹—, mientras que la Sala de lo Civil parte de premisas completamente opuestas. En efecto, la Sala Primera afirma, de manera contundente, que «la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos», mencionando explícitamente el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que supone identificar la gestación por sustitución con la venta o trata de menores. Insiste el Tribunal en que «tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad», advirtiendo que esta clase de prácticas se aprovechan de la vulnerabilidad de la madre gestante y «cosifican» a los menores. La gestación por sustitución comercial, de este modo, es contraria al orden público español, pues «entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor»¹⁰², sin perjuicio de que deban habilitarse vías para el reconocimiento de la filiación del progenitor biológico, e incluso la eventual adopción.

Nótese, por cierto, que esta contundencia del Tribunal Supremo contrastaba con la aparente indefinición del legislador, pese al artículo 10 de la Ley 14/2006. En este sentido, no se cuestionaba la licitud de las agencias dedicadas a proporcionar estos servicios, ni se había limitado el alcance de la publicidad, lo que de alguna forma ponía de manifiesto que no se apreciaba una amenaza social tan intensa como en otras situaciones que han sido objeto de restricciones recientes (*v. gr.*, casas de apuestas, tras el RD 958/2020, de 3 de noviembre, o prostitución, artículo 11 de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual).

Sin embargo, la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cambió completamente la perspectiva de aproximación, calificando estas operaciones de gestación subrogada como «vulneraciones graves de los derechos reproductivos que constituyen manifestaciones de la violencia contra las mujeres», y como una «forma grave de

¹⁰¹ *Vid.* STS de 21 de diciembre de 2022 (recurso 3763/2019), si bien es cierto que ese mismo derecho había sido reconocido al adoptante —no en supuestos de maternidad subrogada— por la STS de 15 de septiembre de 2010 (recurso 2289/2009), y que la gestación subrogada no introduce un elemento cualitativo de entidad que permita llegar a una solución distinta.

¹⁰² *Cfr.* STS (Civil) de 31 de marzo de 2022 (recurso 907/2021). En sentido análogo, *vid.* STS (Civil) de 6 de febrero de 2014 (recurso 245/2012).

violencia reproductiva» que exige «tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución» (preámbulo). En consecuencia, no sólo se reitera la nulidad del eventual contrato, con o sin precio (art. 32), sino que se prohíbe la publicidad (art. 33). Ahora bien, la ley no rectifica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de modo que, por esa vía interpretativa, continúa siendo una situación protegida a efectos de la suspensión contractual y correspondiente prestación por nacimiento y cuidado de menor. Al menos, esa deducción es la más razonable atendiendo a que la propia LO 1/2023 omite cualquier referencia a la maternidad subrogada en la modificación operada en los artículos 45.1.d) ET, 177 LGSS y 2 RD 295/2009 (en el que, erróneamente, sigue la referencia a la prestación «por maternidad»). Esa era una oportunidad para haber dejado sin efecto el criterio extensivo del Tribunal Supremo, insistiendo, por ejemplo, en que las personas encajan en la categoría de *res extra commercium*. No obstante, manteniéndose el mismo tenor literal de las normas laborales y de seguridad social, no parece probable que la Sala de lo Social vaya a modificar una doctrina que se elaboró en un contexto en el que ese contrato de gestación por sustitución ya era nulo.

6. EL REPROCHE MORAL COMO ELEMENTO DECISIVO IMPLÍCITO: AUTORIZACIONES DE EXTRANJERÍA FALSIFICADAS, EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CONDENA PENAL, INCAPACIDAD TEMPORAL TRAS CIRUGÍA ESTÉTICA Y PROSTITUCIÓN

La apuesta por la equidad, la justicia o cualquier otro valor o principio en el que pretenda sustentarse una interpretación flexible que se aparte, en mayor o menor medida, de la literalidad legal, tiene su origen en la empatía del intérprete hacia quienes considera víctimas inocentes, o injustas, de una determinada situación. Dicho de otra forma, sin una conexión emocional con las personas involucradas en el supuesto de hecho, cierto grado de simpatía ante las circunstancias que han motivado la denegación de un pretendido derecho, no surgirían esta clase de exégesis de la norma. La rama social del Derecho proporciona todos los elementos para que nazca esa conexión emocional, por la especial posición de vulnerabilidad de ciertos grupos de trabajadores o de beneficiarios de prestaciones de seguridad social.

Ahora bien, las emociones del intérprete no siempre actúan en sentido favorable al trabajador o beneficiario, sino que pueden también jugar en contra de los intereses de quienes se encuentran en una situación que no encaja

completamente con los valores tradicionales o con los principios que en un determinado momento defienden con más ahínco los tribunales. Es más, cabe pensar en supuestos contrarios a los valores imperantes, o que puedan generar cierto rechazo, o incluso algún grado de reproche moral, de modo que las expectativas de obtener una resolución no ya favorable, sino sustentada en criterios generosos, es, quizás, poco realista. El prejuicio moral, así pues, puede convertirse en un factor decisivo en la construcción de la jurisprudencia.

Una situación ilustrativa acontece con los extranjeros en situación irregular, que, como se dijo, disfrutaban de prestaciones por contingencia profesional (VI.I). Sin embargo, la jurisprudencia¹⁰³ excluyó de esta interpretación generosa a los extranjeros formalmente en situación regular, pero que habían falseado su identidad para obtener dichas autorizaciones¹⁰⁴. Técnicamente, el trabajador se encuentra en situación irregular con independencia de que carezca totalmente de las autorizaciones o las haya falseado, y ninguna consecuencia debería desplegar esa irregularidad administrativa respecto del Sistema de Seguridad Social, pues a tal efecto el extranjero se encuentra exactamente en la misma situación. En la medida en que, según sus propias sentencias, la protección frente al accidente de trabajo se incardina en el orden público, únicamente el reproche moral de la conducta explica que el TS excluya de tutela al extranjero que haya pretendido hacer pasar por regular una situación administrativa no ajustada a Derecho.

En un sentido análogo, esa valoración moral está implícita asimismo en la jurisprudencia, cambiante, relativa a la subsistencia del contrato de trabajo por ingreso en prisión del trabajador, pues no siempre ha estado claro qué conducta debían seguir empresa y trabajador en orden a que el contrato de trabajo se mantuviera vigente. No obstante, la consideración como faltas injustificadas al trabajo de las ausencias debidas a una condena privativa de libertad, y de este modo como un incumplimiento contractual sancionable con el despido disciplinario, es una consecuencia jurídicamente discutible, toda vez que la inasistencia no se produce en modo alguno por voluntad del trabajador, por un incumplimiento contractual grave o culpable, sino por un impedimento de carácter público. Es evidente que las causas de extinción legalmente previstas no encajan con esta situación, que el TS no quiere acomodar en la ineptitud porque conllevaría el derecho a indemnización, y por ello suele acudir al abandono, aun cuando evidentemente el trabajador no desee la extinción del contrato.

¹⁰³ Vid. STS de 21 de enero de 2010 (recurso 106/2009).

¹⁰⁴ Vid. MARÍN CORREA, J. M., «Jurisprudencia sobre el trabajador extranjero sin papeles», en García Murcia, J., (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 137 ss.

No obstante, el TS parece considerar que, de algún modo, la conducta extralaboral del trabajador merece esa consecuencia en el plano laboral, aunque la argumentación no resulte completamente convincente¹⁰⁵.

Un tercer ejemplo, también nítido, lo ofrece la doctrina jurisprudencial relativa al acceso a la incapacidad temporal tras una operación de cirugía estética voluntaria, no relacionada con accidente, enfermedad o malformación congénita. Los tratamientos estéticos resultan cada vez más habituales y algunos de ellos exigen un período de convalecencia posterior que requiere descanso e impide, de ordinario, continuar con la actividad profesional. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y del Sistema de Seguridad Social la situación plantea ciertas aristas, porque no es sencillo su encaje en el concepto de incapacidad temporal. Como recuerda el TS, el ordenamiento debe «garantizar tanto la eficacia y la igualdad en los servicios prestados como la necesaria estabilidad financiera del sistema»¹⁰⁶, lo que permite perfilar en cada momento el alcance de la acción protectora y no responder ante cualquier pérdida temporal de ingresos¹⁰⁷.

En esta línea, la IT ha de derivar de una enfermedad o un accidente, y las secuelas derivadas de una cirugía estética voluntaria no encajan en ninguna de esas contingencias, salvo circunstancias especiales («complicaciones o patologías que aparezcan como efectos secundarios de la propia intervención libremente asumida; supuestos de incapacidad temporal originados por una operación estética de especial importancia en relación con la profesión del trabajador afectado etc. –podría pensarse también en supuestos en que fuera apreciable un componente físico o psíquico que actuase como condicionante de la decisión del beneficiario y que por ello pudiera excluir la mera voluntariedad de tal decisión–»)¹⁰⁸, lo que implica que no es un supuesto que permita iniciar una incapacidad temporal en sentido técnico, máxime cuando la asistencia sanitaria se recibe en un ámbito privado desligado completamente de la infraestructura pública.

¹⁰⁵ Vid. SSTs de 14 de febrero de 2013 (recurso 979/2012) y 24 de abril de 2018 (recurso 1351/2016).

¹⁰⁶ Vid. STS de 21 de febrero de 2012 (recurso 769/2011).

¹⁰⁷ Vid. ARENAS VIRUEZ, M., «El componente físico o psíquico de las operaciones de cirugía estética y su repercusión en la determinación de la incapacidad temporal», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2013 (BIB 2013\706); MORENO SOLANA, A., «Las intervenciones de cirugía estética: voluntad para encontrarse inmerso en una situación de incapacidad temporal», *Aranzadi Social*, núm. 70, 2012 (BIB 2012\55); RUANO ALBERTOS, S., «El subsidio de incapacidad temporal ante un supuesto de baja médica motivada por intervención de cirugía puramente estética», *Aranzadi Social*, núm. 61, 2011 (BIB 2010\2879).

¹⁰⁸ A buen seguro encajaría en estas excepciones el supuesto de hecho de la STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2014 (recurso 379/2014), que reconoce subsidio tras una cirugía de reemplazo de prótesis mamarias que había tenido lugar por consejo médico ante el riesgo de rotura de las previamente implantadas, constanding además que ese riesgo había provocado en la interesada un estado de ansiedad e intranquilidad.

El TS califica la cirugía estética voluntaria como un «proyecto puramente personal de mejora de la apariencia física», que entra en el terreno de las decisiones individuales legítimas, pero no es un riesgo o contingencia que forme parte naturalmente de la acción protectora de la seguridad social. En consecuencia, el TS concluye afirmando que «el coste que implica una decisión perteneciente a la esfera personal de la trabajadora, como la que aquí es objeto de examen –tanto en lo que se refiere a gastos sanitarios, como a obtener el subsidio por las pérdidas de la renta salarial– debe ser soportado por quien libremente la adoptó –por ejemplo, podría haber solicitado un permiso o utilizar el tiempo de vacaciones–, pero no por terceros –como el empresario y la seguridad social– que no vienen obligados legalmente».

Todo este razonamiento se construye a partir de «los principios que configuran la protección dispensada por el sistema de la seguridad social». Dicho de otro modo, lo que está en juego en esta sentencia es la procedencia o no del derecho al subsidio de IT, y no exactamente la suspensión del contrato de trabajo, que el Tribunal implícitamente parece aceptar, aunque no está claro cuál es la vía que en tal caso debe utilizarse. En verdad, el TS ofrece alternativas a la trabajadora en diferentes pasajes de la sentencia, pues advierte que «podría haber solicitado un permiso o utilizar el tiempo de vacaciones», pero también insinúa que la situación podría haber encajado en los apartados a) o i) del artículo 45.1 ET, es decir, que la suspensión podría haberse producido por mutuo acuerdo de las partes o fuerza mayor temporal.

Por consiguiente, el Tribunal parece descartar completamente la suspensión del contrato por incapacidad temporal, y no contempla la opción de reconocer la suspensión por esa vía sin derecho a subsidio. Recuérdese que el trabajador que sufra un accidente o enfermedad que derive en una incapacidad temporal no recibirá necesariamente un subsidio económico, pues en supuestos de enfermedad común ha de cumplir los pertinentes requisitos, y en particular el alta y el período de carencia (art. 172 LGSS), de modo que resulta posible una suspensión del contrato de trabajo por IT sin subsidio¹⁰⁹.

En esencia, y en estas situaciones derivadas de una intervención con fines estéticos, el TS parece estimar como excesiva la pérdida del empleo –que se derivaría de la calificación como injustificadas de las ausencias–, pero no la denegación del subsidio de IT, considerando implícitamente que no deben sufragarse con dinero público las aspiraciones o expectativas netamente privadas, donde no se justifica el recurso a la solidaridad colectiva que implica la percepción de una prestación de seguridad social. No es esa la clase de

¹⁰⁹ Vid. STS de 21 de septiembre de 2009 (recurso 724/2009).

contingencias que el Sistema de Seguridad Social está llamado a proteger, aunque se eche en falta una mayor coordinación entre la normativa laboral y la de Seguridad, que en este marco de la IT, como ya se advirtió, genera dificultades (IV.7).

Ahora bien, el TS dulcificó sustancialmente el criterio, y admitió el acceso a la IT, en supuestos de cirugía para mejorar la visión (astigmatismo, presbicia, etc.), al considerar que en estos casos se trata una enfermedad que «tiene diferentes tratamientos, alguno de los cuales –singularmente los más avanzados y modernos– no están cubiertos por el sistema nacional de salud», pero «ello no impide que voluntariamente el enfermo pueda recurrir a ellos a sus expensas, pero las consecuencias temporales incapacitantes derivadas de tales tratamientos que requieren asistencia sanitaria configuran, sin dificultad, la situación protegida por el artículo 169.1.a) LGSS, siempre y cuando el control de dicha situación se lleve a cabo por los servicios médicos públicos competentes»¹¹⁰.

Es una doctrina difícil de compartir, por cuanto no se está en presencia de una reclamación de reembolso de gastos sanitarios, sino del acceso a la incapacidad temporal a partir de una asistencia sanitaria privada, por un tratamiento que no se contempla en el catálogo de prestaciones públicas y que, aun cuando pueda mejorar la visión, tiene un indudable componente estético (no utilización de gafas). A la postre, la diferencia entre la respuesta a la cirugía ocular y a la cirugía estética tiene más que ver, como se anticipó, con criterios morales o de empatía, pues en apariencia el Tribunal considera más aceptable socialmente someterse a una intervención para mejorar la visión que a una cirugía de aumento de pecho. Técnicamente, en ambos casos habría procedido denegar la incapacidad temporal por las mismas razones (asistencia sanitaria privada), pero el TS establece una diferencia basada en el menor reproche moral, o en el carácter menos superfluo –o superficial–, de una intervención sobre otra.

Finalmente, el tratamiento laboral y de seguridad social de la prostitución también cuenta con un innegable componente moral, si bien cabe la aproximación a esta realidad desde varias perspectivas, incluso la falta de coordinación entre el Derecho Penal y la rama de lo social. Como es sabido, la prostitución no ha sido admitida como lícito objeto de un contrato de trabajo, sin perjuicio de la difusa –y en buena medida artificial– distinción entre alterne y prostitución¹¹¹, y el argumento principal descansaba en la imposibilidad de construir un vínculo laboral lícito entre la persona que se dedica a esa actividad y quien

¹¹⁰ Cfr. STS de 8 de enero de 2020 (recurso 3179/2017).

¹¹¹ Vid. REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R., y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 195 ss.; GIL SUÁREZ, L., «Validez e invalidez del contrato de trabajo», *REDT*, núm. 100, Tomo I, 2000, pp. 362-363.

habría de figurar como empleador, pues el proxenetismo es una actividad prohibida por el ordenamiento y tipificada penalmente. Sin embargo, la despenalización del proxenetismo por el CP de 1995 –posteriormente corregida¹¹²–, desactivaba ese argumento en contrario¹¹³.

En verdad, el recelo con que se contempla esta actividad se debe a la presunción de extrema necesidad, debilidad y dependencia de las personas que se ven abocadas a ella¹¹⁴, y el ordenamiento español presume una explotación prohibida si un tercero se beneficia¹¹⁵. Por ello, precisamente, el proxenetismo está tipificado como delito. La admisión de la válida celebración de un contrato de trabajo entre quien ejerce la prostitución y quien se lucra con ella legitimaría al proxeneta, que se convertiría en empresario a efectos laborales, con una serie de derechos y deberes impropios de quien comete un delito. En consecuencia, la relación que une al proxeneta con quien mantiene relaciones sexuales a cambio de contraprestación económica no da lugar a un contrato de trabajo.

Obviamente, el legislador penal, cuando decide intervenir sobre la tipificación de las conductas, no siempre tiene en mente ni valora el posible impacto sobre otras ramas del Derecho. Es más, probablemente considere que la tipificación del proxenetismo resuelve eventuales dudas al situar al margen de la ley esa conducta. Se olvida, sin embargo, que la prohibición del proxenetismo no equivale a la prohibición de la prostitución, que es una actividad lícita si se desarrolla por cuenta propia, lo que plantea problemas jurídicos de cierta entidad en el ámbito de la seguridad social, porque no hay argumentos demasiado sólidos para impedir el alta y la cotización en ese caso. La negativa basada en que la actividad no está recogida en el Catálogo Nacional de Actividades Económicas parte de una interpretación extraordinariamente formalista, sin una base legal firme, porque no es ese un requisito ni para encajar en la definición de trabajador autónomo (art. 1 Ley 20/2007), ni para quedar comprendido en el campo de aplicación del RETA (art. 305 LGSS), y que esconde desde luego un prejuicio.

¹¹² El CP de 1995 despenalizó el proxenetismo cuando la prostitución se ejercía por un mayor de edad sin que mediase violencia, intimidación o engaño, si bien volvió a tipificarse tras la LO 11/2003.

¹¹³ En general, *vid.* MARTÍNEZ MORENO, C., «¿Tiene el Derecho del Trabajo alguna respuesta ante la prostitución?», *Labos*, Vol. 1, núm. 2, 2020, pp. 148 y ss; RIVAS VALLEJO, P., «Aspectos laborales de la prostitución voluntaria: perspectiva comunitaria y modelos comparados», en Pérez Alonso, E., (Dir.), *El derecho antes las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 569 ss.

¹¹⁴ *Vid.* TREBILCOCK, M. J., *The limits of freedom of contract*, Harvard University Press, 1993, pp. 38-42.

¹¹⁵ *Vid.* GARRIDO GUZMÁN, L., *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*, EDESA, Madrid, 1992, pp. 164 ss.

Quizá el argumento más convincente para rechazar la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de esta actividad debiera vincularse con el nacimiento mismo de un contrato, sea de trabajo, sea de arrendamiento de servicios, según los casos, contrato que no podría considerarse lícito ante la falta de uno de los elementos esenciales. A la postre, esta actividad no podría ser objeto de un contrato de trabajo si se estima contraria a la moral o a las buenas costumbres en el sentido de los artículos 1271 y 1275 CC¹¹⁶, constituyendo una actividad ilícita, que no estrictamente ilegal¹¹⁷.

Sea como fuere, las consideraciones morales e ideológicas son decisivas tanto en la inacción del legislador como en la doctrina judicial que rechaza ampliar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo y del Sistema de Seguridad Social hacia la prostitución, pero al mismo tiempo legitima la actividad de alterne pese a que, en muchos casos, resulte indisociable de la prostitución. Es una distinción sustentada en una falacia jurídica y, en puridad, insostenible a partir de una interpretación estricta del contenido de la actividad, porque establecer una diferencia entre los servicios que aparentemente se ofrecen –compañía con incitación al consumo de bebidas o relación sexual–, cuando dichos servicios dependen de la voluntad del cliente, es un ejercicio que está impregnado de cierta hipocresía jurídica.

El reproche moral, por consiguiente, entronca con el objeto del eventual contrato, el encuentro sexual explícito, y por ello no se ha dudado de la licitud del contrato (laboral o civil) en otras situaciones en las que el atractivo sexual se utiliza con el propósito de captar espectadores o clientes, como sucede en el contexto de la moda, el cine o la televisión (piénsese, por ejemplo, en la labor de los denominados "tentadores" en el programa «La isla de las tentaciones»)¹¹⁸. Ni tampoco en un supuesto aparentemente próximo como es el trabajo en actividades pornográficas, ya que difícilmente cabe cuestionar la validez del contrato suscrito por quienes voluntariamente y con ánimo de lucro se dedican a la pornografía. Al margen de actividades delictivas cometidas por quienes fuerzan a otros a estas prácticas o por quienes se sirven de menores o incapaces

¹¹⁶ Vid. TORRENTS MARGALEF, J., «La normalización laboral de la prostitución: modelo de integración social de nacionales e inmigrantes», en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, p. 450.

¹¹⁷ Vid. DE LA VILLA DE LA SERNA, D., «Relaciones laborales de hecho, nulidad del contrato de trabajo y actividades laborales de causa u objeto ilícitos o contrarios a las buenas costumbres. Comentario a la doctrina judicial sobre el alterne», *RGDTSS (iustel)*, núm. 6.

¹¹⁸ Vid. DE LA VILLA GIL, L. E., y MERCADER UGUINA, J. R., *Modelos, agencias de modelos y empresas publicitarias*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 9 ss.

para esos fines¹¹⁹, el ordenamiento jurídico permite que una persona física o jurídica se dedique a la producción, difusión y/o venta de material audiovisual con contenidos sexuales explícitos, siempre, claro está, que cuente con el consentimiento de quienes aparecen, consentimiento que en este caso se manifiesta en la suscripción del oportuno contrato, cuyo objeto, en esencia, es el mismo: el comercio carnal a cambio de una retribución.

A la postre, las fronteras vienen marcadas por los usos sociales. Difícilmente puede ofrecerse un concepto de moral objetivado, pues por definición la moral es subjetiva. La moral social, como tal concepto, es etéreo e insatisfactorio, porque la sociedad en sí misma carece de moral. Es el individuo quien cuenta con una serie de valores, y la suma de los valores de los distintos individuos, cuando esos valores se observan generalizados, dan lugar a esa «moral social», que no es más que la moral de la mayoría, con las dificultades que su apreciación conlleva para quien, al interpretar una conducta y su encaje en el ordenamiento jurídico, debe analizar el contenido ético de esta¹²⁰.

La delimitación de la «moral social» resulta harto compleja, y la diferencia entre la pornografía, como actividad económica reconocida por el Derecho del Trabajo y el Sistema de Seguridad Social, y la prostitución, como actividad económica tolerada por el ordenamiento penal pero no susceptible de protección laboral y de seguridad social, es artificial, aun cuando pueda apreciarse en la primera una mayor cercanía con el mundo artístico. Aunque su objeto mediato pueda ser la propia conducta sexual, el consumidor adquiere un bien material, en soporte audiovisual o en papel, y no directamente favores de tipo sexual. La diferencia es decisiva, pues en la pornografía no se comercia propiamente con el cuerpo humano, sino con el resultado obtenido de una actividad de índole, en mayor o menor medida, creativa. En la pornografía los sujetos que mantienen el encuentro sexual no celebran el contrato entre ellos, sino con otra persona –productor, agencia, etc.–, que a su vez pondrá a disposición del público el producto obtenido; por el contrario, en la prostitución por cuenta propia el contrato de arrendamiento de servicios tendría lugar entre quienes han de mantener el contacto carnal, porque su finalidad no consiste en elaborar un producto que comercializar posteriormente, sino en la relación física en sí.

Sin embargo, y pese a esas diferencias, la prostitución y la pornografía tienen un distinto tratamiento jurídico por razones fundamentalmente éticas o morales, porque la prostitución, en definitiva, se entiende contraria a las «buenas

¹¹⁹ Vid. VELÁZQUEZ BARÓN, A., *De los delitos de exhibicionismo obsceno, provocación sexual y prostitución*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 29 ss.

¹²⁰ Vid. MUÑOZ DE JUANA, R., y GUTIÁN, G., *Moral social*, Universidad de Navarra, Navarra, 2019, pp. 12 ss.

costumbres» en los términos del artículo 1271 CC. Las consideraciones morales, que constituyen la razón última de la nulidad del contrato de trabajo se penalice o no el proxenetismo, impiden asimismo el válido nacimiento del contrato de arrendamiento de servicios por ilicitud de objeto y causa, y con ello también la protección del Sistema de Seguridad Social, en cualquiera de sus regímenes.

Aun cuando los conceptos de «moral» o «buenas costumbres» están en constante evolución¹²¹, es claro que la prostitución no es una actividad que sea contemplada con normalidad socialmente, por las implicaciones morales e ideológicas, como demuestran no sólo las limitaciones a la publicidad y la apuesta por la prevención y sensibilización tras la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, sino también la pugna interna dentro del movimiento feminista¹²². Desde una perspectiva jurídica, no puede olvidarse que en determinados ámbitos profesionales es sancionable dedicarse a la prostitución –o actividades análogas–, e incluso la relación de amistad y ayuda a quienes la ejercen, aunque no se haya incurrido en conducta punible penal o administrativamente, como sucede en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹²³; y también tiene impacto en otros escenarios donde la moralidad o la reputación puedan ser valoradas entre las aptitudes profesionales, como ha puesto de manifiesto el TEDH¹²⁴.

7. LA ULTRAACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO

La jurisprudencia relativa al ordenamiento de la seguridad social proporciona los ejemplos más nítidos de ductilidad de las normas a partir de interpretaciones poco consistentes con el tenor literal, hasta el punto de que se ha acuñado la gráfica expresión de «doctrina humanizadora». Sin duda, algunos de los supuestos antes reseñados conectan también con el Derecho del Trabajo, como sucede con la gestación subrogada, la incapacidad temporal o la prostitución, pero en ellos destaca principalmente la faceta de seguridad social, como también ocurre en buena medida con los derechos de los extranjeros en situación irregular.

¹²¹ Vid. DE VAL ARNAL, J. J., «Carecer de medios lícitos de vida o desarrollar actividades ilegales. La historia reciente de una causa de expulsión de los inmigrantes que ejercen la prostitución en España», en AA. VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1093-1094.

¹²² Vid. LAMAS, M., «Feminismo y prostitución: la persistencia de una amarga disputa», *Debate feminista*, núm. 51, 2016, pp. 18 ss.

¹²³ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Las zonas de frontera del campo de aplicación de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 125-133.

¹²⁴ Vid. Decisión de admisibilidad TEDH *Pay vs. Reino Unido* (de 16 de septiembre de 2008, recurso 32792/05), sobre un funcionario del servicio de libertad condicional que asesoraba a condenados por delitos sexuales, pero que al mismo tiempo dirigía una empresa dedicada a la venta de productos orientados al sadomasoquismo y participaba en actividades de esa índole en clubes privados.

Sin embargo, pueden encontrarse criterios jurisprudenciales netamente laborales que se asientan en premisas similares a la doctrina humanizadora, en el sentido de buscar una protección del trabajador a partir de interpretaciones extraordinariamente flexibles de la norma, e incluso sesgadas. Ya se ha hecho alusión a la jurisprudencia que interpreta las causas de despido disciplinario, o también las medidas de control de la actividad laboral, que, en su versión más extrema, llegaba a dejar inerte a un empleador que era víctima de un robo, pues la licitud del control parecía depender de la previa advertencia al trabajador acerca de cómo y cuándo iba a ser vigilado, lo que no supone equilibrar los derechos y facultades de las partes, sino privar de las más elementales herramientas y garantías a una de ellas, teóricamente la perjudicada por una conducta que en ocasiones encaja sin dificultad en tipos penales (V.5). Menos trascendente, seguramente, pero también ilustrativa, es la doctrina sobre conversión en condición más beneficiosa de la cesta de Navidad¹²⁵, pues en ningún otro ámbito de las relaciones sociales las liberalidades o regalos, aunque se repitan en el tiempo, generan un derecho hacia el futuro si verdaderamente se trata de obsequios conmemorando fechas o eventos especiales.

No obstante, el ejemplo más significativo de interpretación *contra legem* en el ámbito del Derecho del Trabajo viene dado por la ultraactividad del convenio colectivo. Como es sabido, el artículo 86.3 ET, en su versión de 1995, contemplaba que, tras la denuncia del convenio y hasta tanto no se lograra acuerdo expreso, perderían vigencia las cláusulas obligacionales, aunque podría mantenerse en vigor el contenido normativo, bien en los términos previstos en el propio convenio, bien en su integridad si nada se disponía en el acuerdo. La Ley 3/2012 alteró sustancialmente esa configuración, pues en defecto de pacto, que podía configurar la vigencia del convenio tras la denuncia en los términos que estimase convenientes¹²⁶, la ultraactividad se mantenía exclusivamente durante un año, de modo que pasado ese plazo sin la aprobación de un nuevo convenio, o sin un laudo arbitral, los trabajadores perderían la cobertura del acuerdo, aunque el artículo 86.3 ET remitía, «si lo hubiere», al «convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación»¹²⁷.

¹²⁵ Vid. STS de 4 de febrero de 2021 (recurso 147/2019).

¹²⁶ Admitiéndose la validez de las cláusulas de convenios denunciados antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012; Vid. SSTs de 17 de marzo y 7 de julio de 2015 (recursos 233/2013 y 193/2014).

¹²⁷ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., «Régimen de la ultraactividad», en GOERLICH PESET, J. M., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1529 ss.; DURÁN LÓPEZ, F., «Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente», en García Murcia, J., (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 958 ss.

Esa reforma legal conducía a un escenario potencialmente muy perjudicial para los trabajadores, que, conforme a la seguridad jurídica, y a la doctrina del TC, no es contrario a la Constitución, porque las modificaciones normativas no han de mejorar los derechos de los afectados, sino que son admisibles las reformas regresivas (II.6). El TS, en cambio, elaboró su argumentación distinguiendo entre una tesis «rupturista» y una tesis «conservacionista», entendiendo ambas como opciones interpretativas razonables de una norma que, en realidad, no ofrecía esa alternativa. Sin embargo, el TS consideraba que una aplicación literal –tesis rupturista– «podría producir en el ámbito del contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez, como son el “objeto cierto que sea materia del contrato” y la “causa de la obligación que se establezca” (arts. 1261, 1271 a 1273 y 1274 a 1277 del Código Civil)».

Se apoyaba asimismo en las peculiaridades de «un ámbito como el social en el que los mínimos de derecho necesario se regulan no solamente en las normas estatales sino también en los convenios colectivos, a los que el legislador remite en importantísimas materias que el Estatuto de los Trabajadores no regula suficientemente», lo que implica que la pérdida abrupta de vigencia de un convenio colectivo provocaría «indeseables consecuencias para ambas partes como, entre otras, que cualquier trabajador (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc.».

En ese contexto, el Tribunal llega a entender que el contrato perdería sobrevenidamente su «causa», y de ahí la apuesta por una tesis «conservacionista», elevando el contrato de trabajo a una posición que no le corresponde en el sistema de fuentes y atribuyéndole unos efectos desconocidos hasta entonces, pues las previsiones del convenio colectivo se integran como contenido del propio contrato y podrían subsistir tras la denuncia del convenio al haberse contractualizado, pues a juicio del Tribunal las normas del convenio colectivo extinto están «ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente», sin perjuicio de que tras la finalización de la vigencia del convenio resultaría lícita la modificación sustancial de dichas condiciones, al no contar con amparo convencional, y de que

esta contractualización no podría alcanzar a los trabajadores que ingresaron en la empresa con posterioridad a la denuncia del pacto¹²⁸.

Por más que la interpretación resulte creativa y atractiva, lo cierto es que carecía de cualquier encaje legal. La reforma del artículo 86 ET por el Real Decreto-ley 32/2021, y el retorno a la ultraactividad indefinida, resta relevancia práctica a esta doctrina jurisprudencial, pero en cualquier caso demuestra que el Tribunal Supremo puede imponerse a la voluntad del legislador y a la voluntad de la propia ley. No conviene olvidar que el Preámbulo de la Ley 3/2012 advertía expresamente que la reforma pretendía «evitar una “petrificación”» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio, limitando la ultraactividad a un año para no demorar el proceso de negociación de un nuevo pacto. El Tribunal Supremo desactivó esa regla legal a través de resortes indirectos, pues no había alternativa exegética, ya que la norma era clara acerca de la pérdida de vigencia del convenio, remitiendo al de ámbito superior, si lo hubiera¹²⁹, y, en su defecto, no cabía mantener la ultraactividad del convenio anterior, ni siquiera por vías tan imaginativas como la contractualización.

Dicho de otro modo, si el artículo 86.3 ET respetaba las exigencias constitucionales y los compromisos internacionales, que es un debate distinto, no cabe hablar de tesis «rupturista» como opción interpretativa, sino que la ruptura fue decidida por el propio legislador y, desde una perspectiva de legalidad ordinaria, el Tribunal Supremo simplemente debía haberla aceptado. Cuestión distinta es que desde la óptica de la justicia social no se considere óptima esa solución, y que desde luego ese criterio contribuyó a la paz social, pero esa no es la misión que tiene atribuida el TS en nuestro ordenamiento. En último término, esta contractualización del convenio colectivo constituye un «paradigma del sacrificio excesivo, e innecesario, de la seguridad jurídica por la justicia social»¹³⁰.

¹²⁸ Por todas, cfr. STS de 22 de diciembre de 2014 (recurso 264/2014).

¹²⁹ Vid. STS de 5 de junio de 2018 (recurso 427/2017).

¹³⁰ Cfr. MOLINA NAVARRETE, C., «Independencia del juez social y seguridad jurídica: la tensión entre la ley y los “usos opcionales del derecho” en la experiencia laboral reciente», *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2015 (smarteca).

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Las invocaciones a la seguridad jurídica son cada vez más frecuentes, tanto en las normas, como en las sentencias y en las investigaciones doctrinales. Esas menciones a la seguridad jurídica no suelen acompañarse de mayores precisiones, como si el contenido, el alcance y la función de la seguridad jurídica fueran sobradamente conocidos y no resultara necesario concretar por qué se está vulnerando la seguridad jurídica en una concreta situación, cuáles son las consecuencias y qué remedios se proponen. En ese escenario de indefinición, no siempre esas referencias a la seguridad jurídica resultan homogéneas o se desenvuelven bajo unos mismos parámetros.

A grandes rasgos, el legislador alude a la seguridad jurídica usualmente con cierto propósito de autocomplacencia o satisfacción, incorporando una referencia a ese principio en el preámbulo de la norma como justificación misma de la disposición, que contribuirá a clarificar o bien la legislación aplicable tras un proceso previo de incertidumbre, o bien la respuesta a un asunto hasta entonces controvertido. El legislador, por consiguiente, contempla su intervención como remedio a un contexto en el que la seguridad jurídica se había resquebrajado, pero no suele ofrecer las razones, ni tampoco es evidente si la seguridad jurídica es la causa que motiva su intervención, o será la consecuencia de esa nueva regulación. Nótese que si la seguridad jurídica se constituye en causa o motivo, la nueva regulación no habría de variar necesariamente las bases o premisas sobre las que se construyó la precedente, sino que únicamente proporcionaría claridad sobre un aspecto oscuro. En cambio, si el legislador decide reformar una institución conforme a otros parámetros distintos, no existe garantía alguna de que esa norma novedosa proporcione seguridad jurídica, toda vez que no se ha enfrentado aún a problemas prácticos y se desconocen sus potenciales consecuencias y disfunciones.

En cuanto a la jurisprudencia, las menciones a la seguridad jurídica en tiempos recientes, y en particular en el ámbito de lo social, o bien resultan superfluas, o bien conectan con doctrina previa, de modo que la seguridad jurídica se invoca para justificar la confirmación de criterios interpretativos ya asentados, pero también se defiende que un cambio jurisprudencial no es contrario *per se* a ese principio. No obstante, y a diferencia de otros órdenes jurisdiccionales, como el contencioso –particularmente en relación con los tributos– o el penal, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no se ha detenido en precisar el concepto y alcance de la seguridad jurídica.

La doctrina científica laboralista invoca mayoritariamente la seguridad jurídica como queja o como ruego, apelando al legislador para que reforme la normativa vigente y aclare las numerosas incertidumbres que se plantean. La escasa precisión técnica de las normas es la causa, en apariencia, de la inseguridad jurídica, y se insta al legislador a actuar con mayor diligencia y precisión técnica. De ordinario, por cierto, no se culpa a la jurisprudencia, aun cuando se critique el activismo judicial, pues probablemente se entienda que las deficiencias de las propias normas abocan naturalmente a criterios interpretativos dispares.

Este contexto demuestra, por un lado, que la expresión «seguridad jurídica» carece de un contenido definido y uniforme, lo que es entendible debido no sólo a su carácter evolutivo, sino también a la menor preocupación por la dogmática jurídica, consecuencia de una multiplicidad de factores: desde la proliferación de normas que obligan a una atención constante al derecho positivo, a las propias inercias y condicionantes de las carreras profesionales de quienes deberían dedicarse con mayor denuedo a esos menesteres (intereses editoriales y criterios de promoción profesional a efectos de acreditación), que no priorizan ni premian la investigación básica o más teórica.

En cualquier caso, asumiendo que la seguridad jurídica cuenta con el doble componente de corrección formal de la norma y de previsibilidad –razonable– en su aplicación, la responsabilidad de la decadencia de ese principio no puede imputarse exclusivamente al legislador. Obviamente, al legislador le corresponde la mayor cuota, pero no conviene olvidar el impacto que genera el inconformismo permanente de los operadores jurídicos y de otros miembros influyentes de la sociedad, en particular de los tribunales y de la doctrina científica, pero también de los medios de comunicación y de colectivos y entidades de distinta índole. Más concretamente, se aprecia una constante presión al legislador para que modifique ciertas normas, en un sentido o en otro, o a los tribunales para alterar su doctrina, y cuando esa presión no tiene éxito se buscan formas para materializar ese cambio por vías indirectas o secundarias.

En este sentido, resulta habitual encontrar críticas doctrinales de gran intensidad frente a determinadas opciones legislativas o exegéticas, acompañadas de fórmulas alternativas sugerentes que, en el fondo, persiguen sortear la interpretación más apropiada conforme a la seguridad jurídica y conducir a resultados no siempre queridos por la norma, cuando no directamente *contra legem*. Los tribunales, por su parte, en ocasiones aceptan esas argumentaciones, o elaboran unas diferentes, pero también con ese objetivo de fabricar otra realidad jurídica. Las tensiones que ello provoca en el ordenamiento resultan evidentes, como demuestran casos tan sensibles socialmente como el aborto, pues se ha llegado a afirmar que la Constitución no permite legitimar la interrupción voluntaria del embarazo, debiendo prevalecer el derecho a la vida, pero al mismo tiempo otros consideran que no sólo debe admitirse su licitud, sino que incluso habrían de desaparecer las restricciones, apoyándose en la libertad reconocida constitucionalmente. El matrimonio entre personas del mismo sexo suscitó una controversia similar, pues se defendió con vehemencia tanto su constitucionalidad como su inconstitucionalidad, incluso a partir del mismo precepto, el artículo 32.1 CE («el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»). Si bien el TC aceptó la constitucionalidad del matrimonio homosexual (STC 198/2012), demoró voluntariamente durante trece años la respuesta sobre el aborto (STC 44/2023), pues no es inmune a esa presión social y política.

La argumentación jurídica es uno de los campos donde se aprecia con nitidez la vigencia del conocido aforismo «el papel lo soporta todo», expresión que se atribuye a la emperatriz Catalina II y que dirigía al filósofo Diderot, acompañándolo de una velada crítica al afirmar que los filósofos eran personas «afortunadas» por poder permitirse plasmar sus pensamientos sin las consecuencias prácticas que genera la toma de decisiones. En el contexto actual, ese inconformismo permanente con la ley, por motivos fundamentalmente ideológicos, ya no oculta la cada vez más indisimulada tendencia a predeterminar el resultado de la interpretación jurídica cuando el Derecho positivo no colma las aspiraciones del intérprete.

Por supuesto, no cabe negar que el Derecho admite opciones, y que en nuestro ordenamiento tanto el legislador como los tribunales cuentan con un margen de actuación de cierta amplitud. El legislador, gracias al carácter abierto de la Constitución, puede decantarse por un modelo u otro, y posteriormente cambiar de criterio y preferir una alternativa contraria, como se aprecia, por ejemplo, en la regulación de la eutanasia, que ya no acarrea la calificación de ilícito penal para la persona que auxilia a otra que desea una muerte digna (art. 143 CP). Además, la ley, avalada por la STC 19/2023, incluso ha

calificado de fundamental el derecho «a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir» (art. 1 LO 3/2021). Y los tribunales también disfrutaron de generosas posibilidades en la interpretación de las normas, e igualmente de la facultad de variar la aproximación cuando lo estiman pertinente.

Todo ello no quebranta la seguridad jurídica, sino que forma parte del normal desenvolvimiento de los ordenamientos modernos, que deben dar respuesta a las necesidades cambiantes de un mundo en permanente evolución, aunque es cierto que en momentos de transición la incertidumbre es elevada, porque el Derecho no ofrece de inmediato una respuesta ante los cambios. Los valores sobre los que se asienta una sociedad pueden variar con el paso del tiempo, y por tanto las normas también deben modificarse, lo que afecta a la seguridad jurídica. Un ejemplo nítido es la valoración de las conductas en redes sociales, donde se han venido tolerando, incluso normalizando, determinados comportamientos que podrían incurrir en delito si la situación tuviera lugar de forma presencial, pues son frecuentes los excesos verbales, así como también conductas cercanas al acoso u hostigamiento grupal a personas individuales por sus opiniones, en una suerte de «acoso digital».

No siempre se trata de muestras de indignación puntual por un suceso concreto, sino que a menudo se articulan como acciones coordinadas y premeditadas, que han dado lugar al fenómeno de la «cultura de la cancelación», y no se limitan al reproche moral o a la pretensión de hacer recapacitar a quien pretendidamente ha cometido un error, sino que buscan causar un daño concreto, más allá de la eventual alienación digital, un perjuicio en la vida personal y profesional del «cancelado». No en vano, se llegan a producir consecuencias de orden laboral, pues excesos en redes sociales pueden repercutir en las oportunidades laborales futuras o, incluso, derivar en una extinción contractual debido a conductas completamente extralaborales pero que la empresa percibe como publicidad negativa, como ha sucedido, por ejemplo, en relación con personas que proferían insultos o descalificaciones en redes sociales contra determinados políticos, o que se jactaban de incumplir las recomendaciones sanitarias durante la pandemia. Aun cuando el ordenamiento proporciona herramientas para enjuiciar esas situaciones, por el momento no es claro que la sociedad valore de la misma forma los comportamientos presenciales y los virtuales, y de ahí la incertidumbre.

Cuestión distinta es la utilización interesada del Derecho, que podría desdibujar las fronteras entre lo jurídico y lo político/ideológico, e incluso sustituir la voluntad del legislador por la del intérprete, y con ello lastrar las aspiraciones del Derecho de alcanzar la categoría de ciencia. En efecto, si debe identificarse una «ciencia», conforme al Diccionario de la Real Acade-

mia, con un «conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales con capacidad predictiva y comprobables experimentalmente», difícilmente cabrá calificar como tal, por más generosidad que se muestre, un sistema en el que el resultado de la interpretación depende de aspectos tan poco previsibles como las convicciones de quien aplica la ley.

El método científico toma como referencia una hipótesis de partida, pero para formular la teoría o tesis que explica la hipótesis más probable y permite alcanzar las conclusiones habrían de llevarse a cabo una serie de experimentos que permitan comprobar o refutar la hipótesis. La aplicación del método científico al ámbito jurídico presenta ciertas dificultades, como es obvio, pero en los últimos años se aprecia una relajación o inobservancia cada vez mayor de las pautas técnicas, pues no se toma como premisa de partida una hipótesis, sino la tesis misma y su conclusión, construyendo la argumentación más conveniente en cada caso. Se sigue el proceso inverso predeterminando el resultado, lo que explica que se alcancen conclusiones totalmente antagónicas al tenor literal de la norma, aunque aparentemente bien fundadas. Esa es una dinámica peligrosa que ataca frontalmente las estructuras del ordenamiento, que pone en riesgo la separación de poderes y que de alguna forma complica también la normal convivencia, por lo que simplemente no resulta aceptable.

El remedio no es sencillo, porque intervienen muchos factores. Es simplista invocar la seguridad jurídica, pedir mayor precisión técnica y solicitar que se eliminen actuaciones voluntaristas, porque la interpretación jurídica admite conclusiones diferentes a partir de argumentos sólidos. Tampoco cabe exigir al legislador que no actúe movido por motivos políticos, porque eso supondría ignorar cuáles son las bases del Estado y del sistema político. Ahora bien, todo ello no es incompatible con requerir del legislador mayor aprecio por la técnica legislativa, y a los tribunales una mejor comprensión –y aceptación– de cuál es su papel y su función como parte de uno de los poderes del Estado.

En esta línea, quizá sería conveniente incrementar el grado de vinculación a los criterios jurisprudenciales, de modo que un cambio de doctrina exija mayorías reforzadas y no dependa de la mera sustitución de un magistrado por otro, o que no se admita que cualquier juez se aparte de tales criterios, sino que, en caso de discrepancia, se articulen remedios particulares. A tal fin, cabría establecer vías de impugnación específicas, como el recurso en interés de ley, o bien un procedimiento análogo al de las cuestiones de inconstitucionalidad, con el fin de que juez que pretenda separarse de la jurisprudencia plantee al Tribunal Supremo las razones que aconsejan un cambio de doctrina, de

modo que sea el Alto Tribunal el que decida si procede o no mantener los mismos criterios. Cabría, obviamente, limitar el número de ocasiones en las que se admite tal posibilidad, para no generar una incertidumbre continua, pero, en último término, parece conveniente reforzar la jerarquía y vinculación entre órganos jurisdiccionales, y también la lealtad entre los propios jueces, evitando por ejemplo las ya aludidas cuestiones prejudiciales ante el TJUE formuladas de forma tendenciosa, máxime cuando esa vía se utiliza para eludir otros cauces también apropiados, como la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Quizá con ese propósito podría ser conveniente habilitar un trámite técnico en el CGPJ para revisar la formulación de cuestiones prejudiciales ante el TJUE y evitar planteamientos sesgados.

En cualquier caso, no resulta admisible que el juez pretenda dejar un legado o forzar un cambio de estructuras del sistema ignorando las vías ordinarias del propio sistema. La ignorancia deliberada de la jurisprudencia quizá debería conllevar, al menos en algunas situaciones, sanciones disciplinarias, porque no es razonable apartarse de la jurisprudencia para forzar el recurso con la esperanza de que el TS acabe modificando su doctrina. Ese es un daño excesivo al justiciable que en último término causa un quebranto a la seguridad jurídica, porque cualquier juez puede desviarse de la literalidad de la ley y/o de la doctrina del TS, y ello supone un coste en términos de tiempo y dinero para el perjudicado, que incluso podría desistir del recurso para no incrementar esos costes. En esencia, la jurisprudencia debe alcanzar de algún modo el valor de precedente vinculante.

La rama social del Derecho es particularmente sensible a todos estos riesgos, y en cierto modo la debilidad del principio de seguridad jurídica es consustancial a un Estado social, por los fines que persigue y por la especial relevancia que adquiere el valor justicia. Si el contenido de la seguridad jurídica es difícil de aprehender, máxime por su carácter evolutivo, el contenido de la justicia resulta todavía más etéreo. El Derecho del Trabajo debe procurar un equilibrio en las posiciones e intereses del empresario y el trabajador, pero debe resaltarse que la prosperidad de un trabajador está ligada a la prosperidad de la empresa, pues es inviable que el trabajador pueda contar con perspectivas halagüeñas en una empresa en dificultades. La protección del trabajador, por tanto, está conectada a la buena salud de la empresa, que de alguna manera tiene que encontrar un acomodo en el contenido de la justicia social.

A la postre, cuando se enfrentan la seguridad jurídica y la justicia es complejo encontrar un equilibrio, porque la construcción de ambos principios/valores suele efectuarse en términos de contraposición, de conflicto, lo que condiciona el resultado. Esa construcción depende de personas, de sujetos que son

producto de la educación, la experiencia y el contexto. Los condicionantes extrínsecos mediatizan la interpretación, y en un escenario tan ideologizado como el actual, la tarea de encontrar un punto óptimo de convivencia entre la seguridad jurídica y la justicia es ardua y, en caso de que pudiera lograrse, es probable que la paz no fuera duradera, porque las tensiones en ambos sentidos son permanentes, y seguramente inevitables.

En fin, como se ha visto, han quedado fuera del análisis algunas parcelas que, quizás, merecerían alguna mención, o reflexión, más pausada, pero que en último término no alterarían las conclusiones ya expuestas. La perspectiva de género, cada vez más integrada en la doctrina jurisprudencial, podría constituir un buen ejemplo. Como resulta evidente, bien entendida y bien implementada, la perspectiva de género y la seguridad jurídica nunca llegan a colisionar. No lo hacen si la perspectiva de género es tomada en consideración por el propio legislador en el diseño de la norma, pues si esta es clara y técnicamente correcta, el principio de seguridad jurídica no sufre quebranto.

En la fase de aplicación del Derecho la perspectiva de género es una técnica que modula la interpretación con el fin de garantizar la efectividad de un derecho fundamental, como es el de igualdad y no discriminación por razón de sexo, y, en ese contexto, la perspectiva de género no provoca mayores riesgos para la seguridad jurídica que cualquier otra técnica, herramienta o principio que ayude en la interpretación, desde el *in dubio pro reo* al principio *pro operario*, o incluso el propio juicio de proporcionalidad. Obviamente, la aplicación de la perspectiva de género a un supuesto concreto pudiera conducir, hipotéticamente, a resultados extraños o extravagantes, contrarios quizá a la seguridad jurídica, pero ese es un riesgo aparejado a la interpretación jurídica basada en cualesquiera otros parámetros si no se respetan convenientemente los cauces y vías más pertinentes. Hasta el momento, la invocación de la perspectiva de género en los tribunales no ha resultado especialmente problemática, o al menos no más que otras técnicas o herramientas –v. gr., control de convencionalidad–, aunque no cabe menospreciar su impacto, pues la perspectiva de género cuenta con la capacidad potencial de alterar las estructuras del sistema.

La seguridad jurídica, en definitiva, no sufre por el mero hecho de que la interpretación esté condicionada por un elemento o factor que de algún modo incline la respuesta a favor de una de las partes. Esa es, en verdad, una operación usual en la práctica jurídica, y no sólo en el orden social, sino en otras ramas del Derecho cuando una de las partes es, en apariencia, más débil, o se encuentra en una posición desfavorable. El consumidor, por ejemplo, disfruta de una especial protección sin que ello viole la seguridad jurídica. Ese principio no es vulnerado por el mero hecho de que las normas, en su dicción lite-

■ LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD...

ral o en su interpretación, ofrezcan mayores garantías a unas personas que a otras. Sí lo sería, en cambio, cuando esa mayor o menor protección no responde ni a la voluntad del legislador ni a la voluntad de la ley, sino que es producto de acciones en buena medida arbitrarias, no previstas o impredecibles, y que por tanto ni siquiera garantizan que ese mismo resultado se repita en el futuro ante circunstancias similares.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., «El principio procesal *iura novit curia* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Llingua i Dret*, núm. 64, 2015.
- ABARCA JUNCO, A. P., (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Segunda Edición, UNED, Madrid, 2004.
- ALEXY, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, núm. 5, 1988.
- ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Primera Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962.
- «La abstención normativa en los orígenes del Derecho del Trabajo moderno», en AA. VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
- *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Civitas, Madrid, 1995.
- «La Constitución Española como fuente de Derecho del Trabajo», en SEMPERE NAVARRO, A., y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2003.
- ÁLVAREZ ALONSO, D., «Accidente de trabajo», en García Murcia, J., y Castro Argüelles, M. A. (Dir.), *Contingencias y prestaciones de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Reus, Barcelona, 2021.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Algunas reflexiones sobre la aplicación de la llamada teoría del paréntesis a la determinación de las bases reguladoras de las pensiones de incapacidad permanente», *Temas Laborales*, núm. 58, 2001.
- ALZAGA RUIZ, I., «Maternidad subrogada y prestaciones de seguridad social», *RMESS*, núm. 134, 2018.
- ANCEL, B., y LEQUETTE, Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Tercera Edición, Dalloz, 1998.
- ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000.

- ARENAS VIRUEZ, M., «El componente físico o psíquico de las operaciones de cirugía estética y su repercusión en la determinación de la incapacidad temporal», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2013 (BIB 2013\706).
- ARGÜELLES BLANCO, A. R., *Derecho de huelga y determinación de los servicios mínimos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- ASQUERINO LAMPARERO, M. J., «La enfermedad como causa de discriminación tras la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Temas Laborales*, núm. 165, 2022.
- ATIENZA, M., «Argumentación y legislación», en Menéndez Menéndez, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004.
- ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- BALLESTER PASTOR I., «El trabajo autónomo de los familiares colaboradores», en Monereo Pérez, J. L., y Vila Tierno F. (Coord.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2017.
- BERMEJO VERA, J., *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid, 2005.
- BLASCO GASCÓ, P., *La norma jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BLASCO LAHOZ, J. F., «El acceso a las prestaciones contributivas de la seguridad social desde una situación de inactividad laboral o profesional», *Aranzadi Social*, núm. 18, 2010 (BIB 2009\2049).
- BLASCO PELLICER, A., «Responsabilidad Civil derivada de contingencias profesionales: de la competencia del orden social a la cuantificación de la indemnización del daño: dos sentencias clave», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. Extraordinario, 2021.
- BOBBIO, N., «La certeza del Diritto é un mito?», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 28, 1951.
- *Teoria Generale della Politica*, Einaudi, Torino, 1999.
- BOLTAINA BOSCH, X., «Un análisis “DAFO” de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades», *Temas laborales*, núm. 162, 2022.
- BORRAJO DACRUZ, E., «La enseñanza del Derecho del Trabajo y el método de casos con apoyo jurisprudencial», en CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., y SALA FRANCO, T., *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CANOSA USERA, R., *El control de convencionalidad*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- CARRASCOSA BERMEJO, D., «Libre circulación de ciudadanos comunitarios inactivos y protección social. ¿Sufre la UE de aporofobia?», en J. M. Miranda Boto (Dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, Madrid, 2018.

- CASAS BAAMONDE, M. E., «La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: reflexiones sobre un Derecho cuestionado por la economía y el desempleo», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2014 (smarteca).
- «La rigidez de la ley laboral flexibilizadora», en Ramos Quintana, M. I., y Rojas Rivero, G. P. (Coord.), *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2014.
- «Las fronteras móviles del contrato de trabajo y la función institucional del Derecho del Trabajo: los periodistas tertulianos», en García Murcia, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015.
- «Igualdad y no discriminación en el trabajo (art. 14 CE)», en GARCÍA MURCIA, J., *La Constitución del trabajo*, KRK, Oviedo, 2020.
- CASTILLO BLANCO, F. A. «El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones», *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, 2002.
- CASTRO ARGÜELLES, M., *El régimen disciplinario en la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1993.
- *Principios fundamentales en el sistema español de seguridad social*, KRK, Oviedo, 2019.
- CAZORLA PRIETO, L. M., «La codificación como función de los poderes públicos en el Estado contemporáneo», en AA. VV., *Seguridad jurídica y codificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- CHARRO BAENA, P., y GONZÁLEZ GARCÍA, S., «Poligamia y pensión de viudedad», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 26, 2021.
- CHECA GONZÁLEZ, C. J., «La inseguridad jurídica en la esfera tributaria: causas de la misma y perniciosos efectos que genera», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 36, 2020.
- CORDERO GORDILLO, V., «El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Lex Social*, Vol. 13, núm. 1, 2023.
- COSTA Y MARTÍNEZ, J., *El problema de la ignorancia del Derecho*, Civitas, Madrid, 2000.
- CREMADES, J. B., «Justicia y seguridad jurídica», en Nebrera, M. (Coord.), *Seguridad y seguridad jurídica*, ISEGS, 2020.
- CRUZ VILLALÓN, P., «Control de calidad de la ley y calidad del control de la ley», en Menéndez Menéndez, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004.
- CRUZ VILLALÓN, P., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en materia laboral», *Temas laborales*, núm. 145, 2018.
- DE BARROS CARVALHO, P., «El supraprincipio de la seguridad jurídica y la revocación de normas tributarias», *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2008 (BIB 2008\548).

- DE CASTRO Y BRAVO, F., «La función de los juristas en el Estado», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7-8, 1942.
- «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley: consideraciones en torno al artículo 3.º, apartado 1, del Código Civil», en DE CASTRO Y BRAVO, F., *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Centro de Estudios Registrales, Vol. 2, Madrid, 1997.
- DE FERRARI, F., *Los principios de la seguridad social*, Segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1972.
- DE LA VILLA DE LA SERNA, D., «Relaciones laborales de hecho, nulidad del contrato de trabajo y actividades laborales de causa u objeto ilícitos o contrarios a las buenas costumbres. Comentario a la doctrina judicial sobre el alterne», *RGDTSS (iustel)*, núm. 6.
- DE LA VILLA GIL, L. E., y LÓPEZ CUMBRE, L. (Dir.), *Los principios del Derecho del Trabajo*, CEF, Madrid, 2003.
- DE LA VILLA GIL, L. E., y MERCADER UGUINA, J. R., *Modelos, agencias de modelos y empresas publicitarias*, Tecnos, Madrid, 1994.
- DE LUCAS, J., «Sobre técnica legislativa, ideología y democracia. Una nota a propósito de la LO 10/2022», *Teoría y Derecho*, núm. 33, 2022.
- DE OTTO, I., *Sistema de fuentes*, 4.ª Edición, Ariel, Barcelona, 1995.
- DE VAL ARNAL, J. J., «Carecer de medios lícitos de vida o desarrollar actividades ilegales. La historia reciente de una causa de expulsión de los inmigrantes que ejercen la prostitución en España», en AA. VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003.
- DESDENTADO BONETE, A., «¿Existe realmente el principio *in dubio pro operario*?», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Civitas, Madrid, 2014.
- DURÁN LÓPEZ, F., «Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente», en García Murcia, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015.
- ECHEVARRÍA PETIT, J. L., «Seguridad jurídica y proliferación legislativa», *Diario la Ley*, núm. 7332, 1 de febrero 2010 (smarteca).
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J., «*Iura novit curia*» y aplicación judicial del Derecho, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- FALCÓN Y TELLA, M. J., *Equidad, Derecho y Justicia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Las soluciones de justicia material en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Foro. Nueva época*, núm. 2, 2020.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2000.
- FOBLETS, M. C., «Conflicts of Law in Cross-Cultural Family Disputes in Europe Today. Who will reorient conflicts law?», en STRIJBOSCH, F., y FOGLETS, M. C.,

- Relations familiales interculturelles*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Oñati, 1999.
- GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del estado legislador*, Cedecs, 2001.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 13, 2005.
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C., «El principio de seguridad jurídica como límite a la retroactividad de las normas tributarias», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 17, 1998 (BIB 1997\78).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 1995.
- «La democracia y el lugar de la ley», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89, 1996.
- *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.
- «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2005.
- GARCÍA MANRIQUE, R., *El valor de la seguridad jurídica*, Iustel, Madrid, 2012.
- GARCÍA MURCIA, J., «Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2014.
- «El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo», en AA. VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Laborum, Murcia, 2020.
- GARCÍA MURCIA, J., «Ley y jurisprudencia en la configuración jurídica del recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción», en García Murcia, J. (Dir.), *El recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción*, BOE, Madrid, 2020.
- GARCÍA MURCIA, J., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Régimen sancionador: perspectiva de conjunto», en Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Escanciano, S., y Rodríguez Iniesta (Dir.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2022.
- GARCÍA NOVOA, C., «El principio constitucional de seguridad jurídica y los tributos. Algunos aspectos destacables», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 124, 2019.
- GARCÍA ROCA, J., «Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?», en García Roca, J., y Fernández Sánchez, P. A. (Dir.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEP y C, Madrid, 2009.
- GARCÍA ROMERO, B., «Tiempo de trabajo y permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el empleo público», *RTSS (CEF)*, núm. 458, 2001.

- «Contratación de los hijos del trabajador autónomo menores de 30 años y prestación por desempleo: un derecho subordinado a la ausencia de convivencia», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2020.
- GARRIDO GUZMÁN, L., *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*, EDERSA, Madrid, 1992.
- GARRIDO PALACIOS, M. A., *Control de convencionalidad y derecho del trabajo: el encaje del derecho internacional del trabajo en el iuslaboralismo español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GIL SUÁREZ, L., «Validez e invalidez del contrato de trabajo», *REDT*, núm. 100, Tomo I, 2000.
- GOERLICH PESET, J. M., «(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?», *Labos*, Vol. 2, núm. 1, 2021.
- «Algunas tendencias del sistema de fuentes. Manifestaciones recientes en el ámbito jurídico-laboral», *Labos*, Vol. 3, núm. 1, 2022.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., «Los principios de la jurisprudencia comunitaria y su influencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 6, 1999.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R. M., «El nuevo régimen jurídico de las relaciones de trabajo en las cooperativas de trabajo asociado: ambivalencias en el proceso de laborización del socio trabajador», *TL*, núm. 53, 2000.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «La cuestión prejudicial española ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de política social: 30 años de diálogo jurisdiccional», en Andrés Sáenz de Santa María, P. (Coord.), *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2019.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Extinción del contrato y estado de salud del trabajador», en García Murcia, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017.
- HARRIS, D. J.; O'BOYLE, M., y WARBRICK, E. P., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2009.
- HIERRO HIERRO, F. J., «Maternidad subrogada y prestaciones de seguridad social», *REDT*, núm. 190, 2016.
- IGLESIAS VELASCO, A. J., «Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España», *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 29, 2013.

- ITURRALDE SESMA, V., «Sobre el silogismo judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1991.
- JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2006.
- JIMENA QUESADA, L., «La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales», *RGDTSS (iustel)*, núm. 53, 2019.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1986.
- *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 1991.
- LAMAS, M., «Feminismo y prostitución: la persistencia de una amarga disputa», *Debate feminista*, núm. 51, 2016.
- LAPORTA, F. J., «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en Menéndez Menéndez, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004.
- LEIVA RAMÍREZ, E., y ALONSO GARCÍA, M. C., «La responsabilidad patrimonial del legislador», *Administración & Desarrollo*, Vol. 40, núm. 55, 2012.
- LÓPEZ GANDÍA, J., «La aplicación de la teoría del paréntesis y de la integración de lagunas tras la Ley de medidas específicas de seguridad social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre)», *Actualidad laboral*, núm. 11, 2004.
- MARÍN CORREA, J. M., «Jurisprudencia sobre el trabajador extranjero sin papeles», en García Murcia, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015.
- MARRERO GARCÍA-ROJO, A., «Los principios garantizados en la Constitución», en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Casas Baamonde, M. E. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, *BOE*, Madrid, 2018.
- MARTÍN CASALS, M., «La estructura básica de un manual español de técnica legislativa», en Menéndez Menéndez, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004.
- MARTÍN VALVERDE, A., «La formación del Derecho del Trabajo en España», en AA. VV., *La legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- «Consideraciones sobre el principio *pro operario*», *Ius et Veritas*, núm. 5, 1992.
- «Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos», en DE LA VILLA Gil, L. E., y López Cumbre, L. (Dir.), *Los principios del Derecho del Trabajo*, CEF, Madrid, 2003.
- *Jurisprudencia y casación para la unificación de doctrina*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2009.
- «Régimen de la ultraactividad», en GOERLICH PESET, J. M., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 32.^a Ed., Madrid, 2023.

- MARTÍNEZ CORRAL, J. A., «Los errores en la redacción y la publicación de las leyes: formas de corregirlos y su incidencia sobre la entrada en vigor de aquellas», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009.
- MARTÍNEZ GINER, L. A., «La Seguridad Jurídica como límite a la potestad de comprobación de la Administración Tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 20, 2015 (BIB 2015\17116).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., y ARUFE VARELA, A., *Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical*, Atelier, Barcelona, 2017.
- MARTÍNEZ MORENO, C., «¿Tiene el Derecho del Trabajo alguna respuesta ante la prostitución?», *Labos*, Vol. 1, núm. 2, 2020.
- MÉNÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Introducción», en Menéndez Menéndez, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004.
- MÉNÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Competencia judicial y Ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- «La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos», *REDT*, núm. 194, 2017.
- «Deconstrucción del concepto de accidente de trabajo. ¿Quién y qué hay que probar en cada caso?», *RTSS (CEF)*, núm. 427, 2018.
- *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, Aranzadi, Pamplona, 2020.
- *Facultades extintivas del empresario en la era Covid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MÉNÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «Prestación por nacimiento y cuidado de menor y familias monoparentales», *Trabajo y Derecho*, núm. 101, 2023 (smarteca).
- *El trabajo familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023.
- MÉNÉNDEZ SEBASTIÁN, P., y CASTRO MEJUTO, S. J., de, «¿*Mater semper certa est?* La maternidad subrogada como situación generadora de los derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrincado litigio», *RGDTSS*, núm. 40, 2015.
- MÉNÉNDEZ SEBASTIÁN, P., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «El impacto de la nueva ordenación legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación», *RGDTSS (iustel)*, núm. 63, 2022.
- «Las prohibiciones de despido por la invasión de Ucrania: fines, funciones, similitudes con las medidas Covid y articulación con la legislación estructural», *Labos*, Vol. 3, núm. 22, 2022.
- «La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal tras la Ley 15/2022: mitos y realidades a la luz del derecho fundamental a la no discriminación», de próxima publicación en *Trabajo y Derecho*.

- MERCADER UGUINA, J. R., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo. Formación, decadencia y crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- «El colapso plástico del accidente de trabajo y los elementos “intrascendentes y carentes de valor” en la articulación del juicio de contradicción en el recurso de casación para la unificación de doctrina», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extra, 2016.
- MEROI, A., «*Iura novit curia* y decisión imparcial», *Ius et Praxis*, Vol. 13, núm. 2, 2007.
- MIRANDA BOTO, J. M., «La discutida vigencia del Decreto de 2 de marzo de 1944, sobre muerte natural del trabajador», *Actualidad laboral*, núm. 1, 2005.
- «La afirmada vigencia del Decreto de 2 de marzo de 1944, sobre muerte natural del trabajador», *Aranzadi Social*, núm. 2, 2005.
- MOLINA NAVARRETE, C., «Independencia del juez social y seguridad jurídica: la tensión entre la ley y los “usos opcionales del derecho” en la experiencia laboral reciente», *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2015 (smarteca).
- «Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RTSS (CEF)*, núm. 399, 2016.
 - «La cuestión prejudicial y ¿el fin de los tribunales de “última palabra”?»: experiencias de tutela del contratante débil», *Diario la Ley*, núm. 9008, de 26 de junio de 2017.
 - «El valor económico de una justicia laboral de calidad: ¿activismo jurídico versus favor seguridad jurídica?», *RTSS (CEF)*, núm. 422, 2018.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «Los hechos probados de las sentencias sociales y el Derecho extranjero, consuetudinario y colectivo», *Aranzadi Social*, núm. 13, 2004 (BIB 2004\1632).
- MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.
- *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017.
 - *La protección de los derechos fundamentales*, Bomarzo, Albacete, 2009.
 - «El valor jurídico de la Carta Social Europea revisada y su significación», *Documentación Laboral*, núm. 125, 2022.
- MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.
- *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Civitas, Madrid, 1975.
 - «El Derecho del Trabajo ante las crisis económicas», en Camps Ruiz, L. M. Ramírez Martínez, J. M. y Sala Franco, T. (Dir.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
 - «Utopías laborales y Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 221, 2019.

- MORENO SOLANA, A., «Las intervenciones de cirugía estética: voluntad para encontrarse inmerso en una situación de incapacidad temporal», *Aranzadi Social*, núm. 70, 2012 (BIB 2012\55).
- «Derecho a la ampliación de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales: criterios judiciales favorables», *REDT*, núm. 250, 2022 (BIB 2022\487).
- MORET MILLÁN, V., y GATÓO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., «La responsabilidad del Estado-legislador: antecedentes y situación tras la reforma de 2015», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 100-101-102, 2017.
- MOTILLA DE LA CALLE, A. (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho Español*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F., «De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”», *Revista Penal*, núm. 16, 2005.
- MUÑOZ DE JUANA, R., y GUITIÁN, G., *Moral social*, Universidad de Navarra, Navarra, 2019.
- NAVARRO ROLDÁN, R., *Pensión de supervivencia*, La Ley, Madrid, 2006.
- OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2010.
- *Derecho transnacional del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- «La dialéctica negativa como realidad del Derecho del Trabajo», *RGDTSS* (ius-tel), núm. 62, 2022.
- OLARTE ENCABO, S., «Disposición Adicional 4.^a», en Monereo Pérez, J. L., y Moreno Vida, M. N. (Dir.), *Comentario a la Ley General de la seguridad social*, Granada, Comares, 1999.
- «La accidentada evolución de la doctrina del paréntesis en la incapacidad permanente declarada judicialmente», *Temas Laborales*, núm. 93, 2008.
- OLLERO TASSARA, A., «Equidad, Derecho, Ley», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 13, 1973.
- PALAO TABOADA, C., «Algunas consideraciones sobre el principio de seguridad jurídica en la aplicación de las normas tributarias», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 185/2020 (BIB 2020\9082).
- PALMA FERNÁNDEZ, J. L., *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- PALOMEQUE-LÓPEZ, M. C., «Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales», en Martínez Abascal, V. A. (Coord.), *Política de empleo y protección social*, Universidad Rovira i Virgili, Barcelona, 1996.
- PASCUA MATEO, F., «La técnica normativa en el sistema jurídico comunitario», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006.
- PAU PEDRÓN, A., «La recodificación como remedio», en Menéndez Menéndez, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho», *Anuario de derechos humanos*, núm. 6, 1990.
- PERELMAN, C., *De la Justicia*, UNAM, México, 1964.
- PÉREZ-FRANCESCH, J. L., «El Estado y la seguridad», en Nebrera, M. (Coord.), *Seguridad y seguridad jurídica*, ISEGS, 2020.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «La seguridad jurídica y sus paradojas actuales», *Teoría y Derecho*, núm. 12, 2012.
- *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: el principio del fin de un desencuentro», *Diario la Ley*, núm. 6895, 3 de marzo de 2008.
- *El recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios del Derecho del Trabajo*, 2.^a Edición, Depalma, Buenos Aires, 1990.
- POQUET CATALÁ, R., «Pensión de viudedad: ¿el INSS como tercera viuda?», *REDT*, núm. 176, 2015.
- PORFIRIO CARPIO, L. J., «El mecanismo de “segunda oportunidad” y el principio constitucional de “seguridad jurídica”: primeras reflexiones», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40, 2016 (BIB 2016\21337).
- PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R., «Pensión de viudedad sí o sí», *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2014 (BIB 2014\2531).
- PRESNO LINERA, M., «El empleo espurio de las sentencias interpretativas para realizar cambios estructurales en el sistema constitucional», en SALAZAR UGARTE, P.; AGUILÓ REGLA, J., y PRESNO LINERA, M., *Garantismo espurio*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- QUINTERO LIMA, M. G., *Derecho transitorio de la seguridad social*, La Ley, Madrid, 2006.
- RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, 4.^a Edición, Comares, Granada, 1999.
- REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R., y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- REYES MONTERREAL, J. M., *Prevención de algunos riesgos judiciales*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

- RIVAS VALLEJO, P., «Acerca de la teoría del paréntesis y su aplicación a las bases reguladoras de la pensión de incapacidad permanente», *Aranzadi Social*, núm. 16, 2000 (BIB 2000\1896).
- «Aspectos laborales de la prostitución voluntaria: perspectiva comunitaria y modelos comparados», en Pérez Alonso, E. (Dir.), *El derecho antes las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Las zonas de frontera del campo de aplicación de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- «Hijos del empresario menores de 30 años y protección por desempleo», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 7, 2016.
- *El cálculo de la indemnización por extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- «El teletrabajo en la Administración Pública», en García Murcia, J., (Dir.), *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, MTES, Madrid, 2021.
- *Prohibición de discriminación en el trabajo por razón de Covid*, Aranzadi, Pamplona, 2021.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «El Tribunal Supremo ante la “gestación por sustitución”: reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G., «Un juez concede por primera vez la pensión de orfandad al hijo de una pareja de hecho. Sostiene que garantizar la integridad de los hijos es una obligación constitucional de los poderes públicos», *Aranzadi Social*, núm. 16, 2004 (BIB 2004\1768).°
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «Principio de seguridad jurídica y técnica normativa», *Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 4, 2007 (BIB 2007\529).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Pensión de viudedad y divorcio», *RL*, núm. 11, 1995.
- «Despido por enfermedad y discriminación», *RL*, núm. 20, 2008.
- «Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo», *Relaciones laborales*, núm. 17, 2009 (smarteca).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo», *Relaciones laborales*, núm. 20, 2011 (smarteca).
- «La competencia judicial internacional en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo», en García Murcia, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., «El uso del Decreto Ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación indefinida», *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2014.
- ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, Reus, Madrid, 2012.

- ROMERO RÓDENAS, M. J., *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, Bomarzo, Albacete, 2015.
- ROSADO IGLESIAS, G., «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006.
- ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 2005.
- RUANO ALBERTOS, S., «El subsidio de incapacidad temporal ante un supuesto de baja médica motivada por intervención de cirugía puramente estética», *Aranzadi Social*, núm. 61, 2011 (BIB 2010\2879).
- RUIZ-GALLARDÓN, I., «La equidad: una justicia más justa», *Foro. Nueva Época*, Vol. 20, núm. 2, 2017.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, 2.^a Edición, ACARL, Madrid, 1991.
- SALA FRANCO, T., y BLASCO PELLICER, A., «Acerca de la seguridad jurídica y de la naturaleza de las normas laborales: reflexiones para un debate», en Sala Franco, T. (Dir.), *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2001.
- SALAZAR UGARTE, P., «Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana», en SALAZAR UGARTE, P.; AGUILÓ REGLA, J., y PRESNO LINERA, M., *Garantismo espurio*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- SALCEDO BELTRÁN, C., «Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)», *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2018.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea y en la Jurisprudencia del TJUE», *REDT*, núm. 232, 2020.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Las Directrices de técnica normativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006.
- «La técnica normativa en la UE», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009.
- SARMIENTO, D., «La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «Sobre el concepto de Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 26, 1986.
- «La jurisprudencia como Derecho vivo del Trabajo», *Revista de derecho de la seguridad social*, núm. extra, 2023.
- SIERRA BENÍTEZ, E. M., «¿Se mantiene el carácter preferente del trabajo a distancia en su nueva regulación?», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. 2, 2020.
- SUÁREZ LLANOS, L., «La justicia como ideal, como contexto y como pretexto», en Suárez Llanos, L. (Coord.), *El Derecho y la Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- TAJADURA DÍEZ, M., y PUERTO BARRIO, A., «La prestación por nacimiento y cuidado del menor y la familia monoparental», *RGDTSS (iustel)*, núm. 62, 2022.

- TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., «El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica», *RMTAS*, núm. 59, 2005.
- «La estructura argumental de las sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo y sus votos particulares», en García Murcia, J. (Dir.), *La jurisprudencia social del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Pamplona, 2023.
- TORRENT, A., «El concepto de *iustitia* en los juristas romanos», *RIDROM (Revista Internacional de Derecho Romano)*, núm. 20, 2018.
- TORRENTS MARGALEF, J., «La normalización laboral de la prostitución: modelo de integración social de nacionales e inmigrantes», en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*, Tomo I, Gobierno de Cantabria, 2003.
- TOSCANO ORTEGA, J. A., «El desbordamiento material de las leyes de presupuestos estatales y la seguridad jurídica», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006.
- TREBILCOCK, M. J., *The limits of freedom of contract*, Harvard University Press, 1993.
- TUR AUSINA, R., «Técnica normativa, formas de gobierno y sistemas jurídicos», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- «Constitucionalismo laboral europeo», en AA. VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Tercera Edición, BOE, Madrid, 2023.
- VELÁZQUEZ BARÓN, A., *De los delitos de exhibicionismo obsceno, provocación sexual y prostitución*, Bosch, Barcelona, 2001.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., «Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2021.
- ZAMORA, J., «El Derecho Internacional Privado ante el matrimonio poligámico: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España», *Revista de Derecho Privado*, 1982.

Iván Antonio Rodríguez Cardo

Iván Antonio Rodríguez Cardo es Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Oviedo. Ha publicado 14 monografías como único autor, más de 60 capítulos de libro y más de 90 artículos en revistas jurídicas. Es, además, Experto Nacional español en la red que asesora a la Comisión Europea en materia de Derecho del Trabajo desde el año 2008 (European Labour Law Network).

Colección Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Director:

Antonio V. Sempere Navarro

Últimos títulos publicados:

15. La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos
Ángel Arias Domínguez
16. La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022
Raquel Aguilera Izquierdo
17. Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia
María Emilia Casas Baamonde
Ignacio García-Perrote Escartín
Román Gil Alburquerque
Adriano Gómez García-Bernal
Antonio V. Sempere Navarro
Directores
18. La nueva regulación del estatuto del artista. Una visión comparada
Djamil Tony Kahale Carrillo
19. La extinción del contrato de trabajo doméstico
Fermín Gallego Moya
20. La compatibilidad entre jubilación y trabajo. Modalidades de jubilación: parcial, flexible, activa
Lourdes Meléndez Morillo-Velarde
21. La influencia de los convenios y recomendaciones de la oit en la legislación social española
Joaquín García Murcia
(Dirección)
22. La nueva cotización al régimen especial de trabajadores autónomos y su contraste con las mutualidades alternativas
Miguel Gutiérrez Pérez
23. El permiso de formación para el empleo (análisis del artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores)
María del Rosario Cristóbal Roncero
24. Recolocación y colocación: políticas públicas y actores públicos y privados
Jaime Cabeza Pereiro

La doctrina laboralista no ha incluido la seguridad jurídica entre el elenco de principios del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social, a diferencia de otros como el principio *pro operario*, el de norma más favorable o el de norma mínima. Sin embargo, es un principio que se invoca cada vez con más frecuencia desde instancias diversas (legislador, tribunales, operadores jurídicos e incluso ciudadanos), y se puede apreciar un cierto consenso sobre su falta de cumplimiento. Esa combinación de factores hace imprescindible un análisis dogmático sobre el alcance y el impacto del principio de seguridad jurídica en la rama social del Derecho, lo que obliga, en primer lugar, a abordar su concepto; en segundo lugar, a precisar su contenido y alcance; y, en tercer lugar, a analizar los riesgos más relevantes para la seguridad jurídica, tanto desde la perspectiva de su dimensión objetiva (motorización legislativa, deficiencias de técnica legislativa o incertidumbres sobre la vigencia de las normas), como de su dimensión subjetiva (significado de «previsibilidad» del Derecho, incremento de la creación judicial del Derecho y potencial activismo judicial).

En el trasvase de esa doctrina general, se pone de manifiesto que la rama social del Derecho introduce particularidades, porque se dirige a proteger a personas en situación de inferioridad y/o vulnerabilidad. Además, España se constituye en un «Estado social» que propugna como valor superior la justicia, también en su dimensión social. Esas dos características generan una permanente tensión entre los deseos de mayor protección y la configuración jurídica de los derechos laborales y de Seguridad Social. La seguridad jurídica se considera, en cierto modo, como un principio que colisiona con la justicia y que debe ceder en algunas ocasiones. Esta obra analiza si esos principios pueden convivir armónicamente y en qué condiciones uno debe prevalecer sobre el otro.