

HUMBERTO ÁVILA

**TEORÍA
DE LA SEGURIDAD
JURÍDICA**

Traducción de
Laura Criado Sánchez

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA	13
PRÓLOGOS A LA EDICIÓN BRASILEÑA	17
AGRADECIMIENTOS	23
PRESENTACIÓN DE LA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA	27
ABREVIATURAS	29
CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS	31

PRIMERA PARTE

DEFINICIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA

Título 1. Significación de la seguridad jurídica (o ¿qué es la seguridad jurídica?)	83
Capítulo 1. Seguridad no jurídica	87
Capítulo 2. Seguridad jurídica	91
Título 2. Fundamentación de la seguridad jurídica (o ¿cuál es la base de la seguridad jurídica?)	157
Capítulo 1. Los fundamentos en la superestructura constitucional: visión de conjunto	167
Capítulo 2. Los fundamentos en la estructura constitucional: la visión en las partes	171

	<u>Pág.</u>
Título 3. Conceptuación de seguridad jurídica (o ¿qué significa seguridad jurídica?)	211
Capítulo 1. Concepto de seguridad jurídica	215
Capítulo 2. Concepto de seguridad jurídico-tributaria	241

SEGUNDA PARTE

CONTENIDO Y EFICACIA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Título 1. Contenido de la seguridad jurídica (o ¿qué presupone y qué exige el principio de seguridad jurídica?)	247
Capítulo 1. Dimensión estática.....	257
Capítulo 2. Dimensión dinámica	291
Título 2. Eficacia de la seguridad jurídica	533
Capítulo 1. Función normativa	539
Capítulo 2. Fuerza normativa.....	547
CONCLUSIONES Y TESIS	563
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	595

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

¿Qué tienen en común temas clásicos de la teoría del Derecho como la justificación de las decisiones judiciales, la tesis de la única respuesta correcta, la derrotabilidad de las normas o las disputas entre cognoscitivismo y escepticismo interpretativo o el análisis económico del Derecho? Entre otras cosas, el papel central que en esos debates juega la seguridad jurídica.

¿Qué tienen en común la sociología del Derecho, interesada en las formas en que las normas modifican o no los comportamientos sociales, la antropología jurídica, preocupada por las maneras en que las normas pueden motivar el comportamiento humano, la teoría del Derecho y hasta la técnica legislativa? Entre otras cosas, el estudio del rol o del quantum de seguridad jurídica.

¿Qué concepto resulta ineludible en disciplinas como el Derecho mercantil, el Derecho del trabajo, el Derecho fiscal, el Derecho penal, entre otras muchas? Pues no se sorprenderá el lector si respondo que el de seguridad jurídica.

Hoy vemos cómo la seguridad jurídica es reclamada como garantía fundamental del comercio internacional y podría ser invocada también como un elemento de integración social, en la medida en que está firmemente vinculado a la igualdad en la aplicación de la ley. O como garantía de los ciudadanos ante ciertas medidas políticas anti-crisis, como la rebaja unilateral de salarios de los funcionarios públicos.

Por lo que hace al Derecho vigente, la Constitución española, como otras declaraciones de derechos fundamentales, establece en su art. 9.3 a la seguridad jurídica como uno de los principios básicos garantizados por la Carta Magna.

Sin embargo, a pesar del trascendental papel que los párrafos precedentes parecen garantizar al concepto de seguridad jurídica, un somero repaso de la literatura jurídica y en especial de aquella propia de la teoría del Derecho permitirá percibir rápidamente un inmenso desequilibrio: tan importante lugar en los debates contrasta con el muy escaso tratamiento que le ha sido dedicado. Así, salvo muy honrosas y valiosas excepciones (que el lector encontrará fácilmente

en la amplia bibliografía de este libro), la seguridad jurídica ha sido y sigue siendo muchas veces mencionada, alegada y hasta vilipendiada, pero pocas analizada con profundidad.

Quizás sea el propio carácter multidisciplinar antes destacado lo que cause el escaso interés mostrado por la literatura en tan importante concepto. No es difícil adivinar que dicha característica torna más complejo el análisis, más laborioso el estudio, más difícil su abordaje. Y en el mundo del estudio del Derecho (caracterizado aún en gran parte por una artificial y dañina división en áreas que actúa como si éstas fueran compartimentos estancos) el carácter transversal de un concepto o de un problema actúa paradójicamente como un poderoso desincentivo para su estudio. No escapa a ello la filosofía del Derecho, tan reacia (al menos en la de habla española) al contacto con la sociología, la antropología o la psicología. Entiéndase bien, no quiero decir que el análisis filosófico deba confundirse con el antropológico, el sociológico o el psicológico, sino más bien que hay realidades que escapan a nuestras divisiones disciplinares y exigen un análisis desde perspectivas diversas para captar toda su riqueza y alcance.

La necesidad de romper con esta manera de concebir el Derecho y su estudio es hoy, en mi opinión, imperiosa y es también uno de los objetivos fundacionales, desde el punto de vista metodológico, de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. Así, en una presentación de estos objetivos fundacionales, en el año 2009, escribí:

«Aunque las Facultades de Derecho deberían transmitirla (la cultura jurídica) y formar en ella a los nuevos juristas, hoy la cultura jurídica es objeto de grandes desafíos, lanzados por una realidad cambiante, una sociedad en rápida transformación y un Derecho de desarrollos a menudo desbordantes y dispares. (...) [L]os últimos años nos han traído un terremoto en la enseñanza del Derecho, en sus métodos y, quizás menos, en sus contenidos. (...) ¿Qué grandes desafíos presenta nuestra realidad social al Derecho? (...) Éstos y otros problemas también deben abordarse si queremos adecuar nuestras estructuras institucionales a las nuevas circunstancias sociales. (...) El estudio del Derecho deberá romper algunas de sus costuras tradicionales, algunas de sus barreras autoimpuestas: por un lado, abrirse al mundo, adquirir consciencia de esta nueva realidad globalizada, internacionalizarse como objetivo prioritario. Por el otro, deberá abrirse a la sociedad. Los problemas jurídicos no son más que el reflejo de problemas sociales, políticos, económicos, morales; problemas que una sociedad sana debe comprender (...).»

No sorprenderá pues al lector, que desde hace tres años la Cátedra de Cultura Jurídica eligiera como uno de sus temas centrales de trabajo el de la seguridad jurídica, ni que, interesados en la cultura jurídica iberoamericana, lo circunscribiéramos a ese ámbito cultural y geográfico.

Todo lo anterior explica, en mi opinión, que cuando tuve la suerte de conocer en su primer borrador el trabajo de Humberto ÁVILA me apresurara a proponer su traducción al castellano en esta colección, que sirve de expresión de la Cátedra de Cultura Jurídica. Se trata, en mi opinión, de un estudio completísimo de la noción de seguridad jurídica, que aborda su caracterización conceptual, su fundamentación, su finalidad y eficacia, sus perspectivas estática y dinámi-

ca, etc. Lo hace con mucha solvencia y un gran rigor en el análisis; y, hay que añadir, con una indisimulada pretensión de exhaustividad. Es por ello que el libro que tengo el inmenso gusto de prologar es, sin duda alguna, calificable como un verdadero tratado sobre la seguridad jurídica. Uno de esos raros libros que deben ser referencia ineludible en su ámbito.

Humberto ÁVILA, por otra parte, es abogado, maestro en Derecho público y doctor en Derecho tributario (por la Ludwig-Maximilians-Universität, de München). Es profesor de Derecho tributario en la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil). Podrá llamar la atención del lector de habla hispana que, con este perfil, el autor demuestre en el libro (y en obras precedentes, por otra parte) tan sólida formación en teoría del Derecho, muy poco habitual entre nosotros para un abogado cultor de la dogmática jurídica, hasta el punto de poderse dudar legítimamente de si estamos ante un libro de teoría del Derecho o de alta dogmática tributaria. Pero siendo ciertamente tan poco habitual, tampoco es tan extraño que, como he intentado explicar al inicio de este prólogo, un tema como el de la seguridad jurídica exija situarse en las fronteras que separan diversos tipos de conocimientos. Es poco habitual por su dificultad, pero el libro de Humberto ÁVILA transita por esas fronteras con maestría.

Girona, abril de 2012

Jordi FERRER BELTRÁN

PRÓLOGOS A LA EDICIÓN BRASILEÑA

PRÓLOGO I

Desde el principio, este libro se marca como tarea «reconstruir la seguridad jurídica, en general, y en el ámbito del Derecho tributario, como norma-principio fundada en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (CF/88), con un método capaz de reducir progresivamente su indeterminación y atribuirle la mayor funcionalidad posible». Debo decir que la obra logra plenamente su objetivo.

En una primera parte, el libro se ocupa de la definición, el contenido y la eficacia de la seguridad jurídico-tributaria para, en una segunda, analizar el contenido y la eficacia de la seguridad jurídico-tributaria.

En este prólogo no voy a reproducir todo cuanto se examina en la obra. Si bien, destaco que, mediante un minucioso análisis, desmenuza cada elemento de la seguridad jurídico-tributaria. Sin embargo, no puedo dejar de destacar el análisis de la modulación de las decisiones del Supremo Tribunal Federal que declaran la inconstitucionalidad de las leyes.

El estudio de la modulación es primoroso y expone, además, lo que ocurre con idénticas declaraciones del Tribunal Constitucional alemán. Éste, al modular decisiones de inconstitucionalidad, puede declarar la incompatibilidad de la ley con la Constitución manteniendo la eficacia de aquello que haya de constitucional, hasta que el Poder Legislativo corrija los efectos de la inconstitucionalidad.

El depurado examen de la modulación se reduce a razones de seguridad jurídica y no a las de excepcional interés social. El art. 27 de la Ley núm. 9.868, de 10 de noviembre de 1999, afirma: «Al declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo, y teniendo en cuenta razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, el Supremo Tribunal Federal podrá, por mayoría de dos tercios de sus miembros, restringir los efectos de esa declaración o decidir que ésta solo sea eficaz a partir del momento en el que sea firme o de otro fijado a esos efectos».

El autor analiza detalladamente la seguridad jurídica en la modulación. Sin embargo, y realmente porque la obra trata de la seguridad jurídica, esto no sucede cuando la modulación resulta, en los términos de la ley, de «excepcional interés social», concepto bastante indeterminado. Como dice Karl ENGISCH en su Introdução ao Pensamento Jurídico (traducción portuguesa, edición de la Fundación Calouste Gulbenkian, 2.ª ed., Lisboa, 1968, p. 173), se entiende por indeterminado «un concepto cuyo contenido y extensión son en gran medida inciertos». Es lo que ocurre con el concepto de «excepcional interés social», que junto con el interés social incluye además la excepcionalidad. ¿Interés para quién? ¿Para toda la sociedad o para parte de ella? ¿Excepcional según el criterio de quién? ¿De toda la sociedad o de una de sus partes? Se podrían formular otros interrogantes, pero éste no es el lugar apropiado para ello. Simplemente quiero resaltar que, en nombre de un «excepcional interés social», se afecta la seguridad del contribuyente. Supóngase que una ley sobre las contribuciones a la seguridad social sea declarada inconstitucional, lo que, admitido el efecto ex tunc, implicaría la obligación del Estado de devolver importantes cuantías, con lo que se afectaría a la financiación de la seguridad social, especialmente en su aspecto más sensible, el de la salud. En este supuesto, ¿se podría invocar el «excepcional interés social» para fundamentar la modulación de la decisión que declarase la constitucionalidad a los fines de proporcionarle efectos ex nunc? ¿En qué situación quedaría la seguridad del contribuyente?

Cabe hacer una última observación. Se hablaba poco de la seguridad jurídica en el ámbito tributario y me parece evidente que era porque no había un sentimiento generalizado de inseguridad. A partir de un determinado momento, este sentimiento empieza a aumentar y las causas de ello son evidentes. Cascadas de leyes, medidas provisionales (plaga inventada en la Constitución de 1988), actos normativos de diversos matices, convenios y protocolos celebrados por los Estados, leyes extrema e innecesariamente complejas, jurisprudencia en ocasiones inestable, todo ello ha aumentado la sensación de inseguridad. Al mismo tiempo salían a la luz artículos y estudios sobre el tema; por ello, es extremadamente oportuna la publicación de este excelente libro.

São Paulo, 9 de septiembre de 2011

Prof. Dr. Alcides JORGE COSTA

Catedrático de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho
de la Universidad de São Paulo

PRÓLOGO II

Ninguna de las anteriores constituciones brasileñas alteró tan profundamente el panorama jurídico nacional como la Constitución de 1988. Como generalmente ocurre con las reformas legislativas, solo poco a poco, por obra de la jurisprudencia y del trabajo de la doctrina, se va modelando el verdadero perfil de los nuevos textos, acordes al sentido que les proporciona la experiencia jurídica. No obstante, tras poco más de dos décadas de vigencia de la Carta de 1988, ya se pueden identificar los puntos de sus preceptos que, tras pasar por el tamiz de los jueces e interpretarse en los artículos y libros de juristas, introdujeron novedades importantes en el marco de nuestro Derecho objetivo.

La más significativa de esas innovaciones, a mi entender, está en la importancia que se atribuye a los principios y en la mayor utilización de conceptos jurídicos indeterminados. La vigente Constitución, aunque, en rigor, no sea una Constitución principiológica, es innegable que, con los principios explícitos o implícitos en ella recogidos, abrió la estructura de las normas constitucionales. En el antiguo sistema, los jueces que aplicaban las normas tan solo debían ser «la boca que pronuncia las palabras de la ley» o «seres inanimados» irremediablemente supeditados a la literalidad de los enunciados jurídicos, como pretendía MONTESQUIEU, en el célebre fragmento de El espíritu de las leyes. Aunque los adeptos al positivismo jurídico también concibieran en este sentido el papel de los jueces (así como el de quienes interpretan y aplican el derecho en general), lo cierto es que, unos y otros, cuando han de llevar a la realidad de los hechos lo que está escrito en las leyes, casi nunca se limitan a una aplicación mecánica de las normas. La mayoría de las veces, las tareas de interpretar y aplicar esas normas exigen del intérprete y del aplicador una función creativa, integradora de los preceptos. El espacio a cubrir por la creación pretoriana será mayor o menor según la flexibilidad de las normas que deban aplicarse. Si las normas son extremadamente rígidas ese espacio será diminuto o incluso nulo. Sin embargo, si los límites normativos son más elásticos, como ocurre cuando las normas utilizan conceptos jurídicos indeterminados o consisten en principios jurídicos, especialmente si éstos han de ser

ponderados con otros principios, surgen, en ocasiones, zonas en las que se admite la intervención creativa del juez o del aplicador de la ley.

En lo que se refiere específicamente a los principios, muchos de ellos se formulan de forma expresa en el texto constitucional, como ocurre, por ejemplo, con los catalogados en el art. 37, relativos a la Administración Pública. Sin embargo, otros, deben extraerse, por vía interpretativa, puesto que al respecto de ellos, la Constitución guarda silencio. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el principio de razonabilidad o con el principio de proporcionalidad (que Humberto ÁVILA prefiere calificar, más correctamente, de «postulados normativos aplicativos»), o incluso con el principio de seguridad jurídica, todos ellos creaciones pretorianas. Por cierto, el camino para identificar principios constitucionales no explícitos lo facilitan, en varias situaciones, precedentes extraídos del Derecho comparado. Cabe recordar, a este propósito, que el Derecho germánico es rico en ejemplos en esta materia. Al Tribunal Federal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht) se le debe el reconocimiento, en los años 1970, del principio de seguridad jurídica, como principio constitucional, situado al mismo nivel jerárquico que el principio de legalidad, derivados ambos directamente del principio mayor o del principio superior del Estado de Derecho. En Brasil, el Supremo Tribunal Federal solo lo reconocería en los primeros años de la primera década del siglo XXI, en procesos cuya fundamentación fue idéntica a la utilizada por el Tribunal Federal Constitucional germánico.

La Ley Fundamental alemana tampoco se refiere al principio de proporcionalidad, que también es creación del Tribunal Federal Constitucional, que aprovecha las valiosas contribuciones de la doctrina.

En el campo de los principios constitucionales no conozco, en el Derecho brasileño, a nadie que haya investigado, con más minuciosidad y extensión, ni con tanta originalidad y erudición, como Humberto ÁVILA, las intrincadas cuestiones jurídicas que el tema suscita. Desde la primera edición de Teoría dos Princípios, en 2003 (actualmente está en la 12.^a edición), Humberto ÁVILA se confirma como el principal jurista brasileño con un amplio dominio de esta materia, tal vez el más habilitado para debatir con DWORKIN y ALEXY, y en pie de igualdad con estos dos renombrados teóricos del derecho, como de hecho viene ocurriendo, las posiciones que ellos mantienen con relación a los principios constitucionales, especialmente en lo que atañe a la distinción entre principio y regla. Prueba de la importancia de Humberto ÁVILA y del respeto que suscita su producción intelectual en el exterior es la publicación en alemán de la obra Teoría dos Princípios (Theorie der Rechtsprinzipien), en la prestigiosa colección de obras sobre teoría del Derecho Schriften zur Rechtstheorie - Heft 228, publicada, en 2006, por la editorial berlinesa Duncker & Humblot, cuyo prólogo, del profesor Claus-Wilhelm CANARIS, es extremadamente elogioso. En 2007, la editorial Springer la publicó en inglés con el título Theorie of Legal Principles. Y, más recientemente, la editorial Marcial Pons la editó, en Madrid, España, como Teoría de los Principios. Si bien, antes, en 2002, se publicó su tesis, en alemán, sobre las limitaciones constitucionales materiales al poder tributario en la Constitución brasileña y en la Ley Fundamental alemana (Mate-

riell Verfassungsrechtliche Beschränkungen der Besteuerungsgewalt in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz-, *Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft*), dirigida por el profesor Klaus VOGEL y con la que obtuvo el título de Doctor por la Universidad de Múnich. Estas publicaciones en idiomas extranjeros dieron rápidamente a Humberto ÁVILA notoriedad internacional, especialmente en materia de principios, en la que se ha convertido en referencia obligatoria. Asimismo, también destacan, entre las obras de Humberto ÁVILA, *Sistema Constitucional Tributário* (São Paulo, Saraiva, 4.^a ed., 2010) y *Teoria da Igualdade Tributária* (São Paulo, Malheiros, 2.^a ed., 2009), además de artículos publicados en revistas especializadas brasileñas y extranjeras.

Como viejo admirador de la obra y el talento de Humberto ÁVILA no sé qué es lo más admirable de esta obra sobre la seguridad jurídica que tengo el honor de prologar: si el rigor lógico de su análisis, siempre caracterizado por un número considerable de divisiones y subdivisiones, de clasificaciones y subclasificaciones, que permiten examinar la materia desde todos los ángulos; si la erudición del autor, apoyada en una impresionante investigación bibliográfica; si la armonía entre las partes que conforman el libro; o si la precisión de los conceptos empleados, donde se aprecia siempre el refinado espíritu científico del autor.

Asimismo, creo oportuno referir que la obra tiene un gran interés práctico, pues se preocupa de investigar cómo actúa la seguridad jurídica en un ámbito particularmente sensible del Derecho tributario, donde el Estado crea obligaciones pecuniarias que han de satisfacer los individuos y establece relaciones jurídicas con los contribuyentes.

Lo que se discute, en este marco, son los límites a los que deberá someterse el Estado cuando pretenda cambiar la legislación pertinente a esas relaciones jurídicas. Además de los límites clásicos, tradicionalmente estampados en las páginas de nuestras Constituciones, como el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada, existen límites que solo se han admitido en épocas recientes, como los derivados de la protección de la confianza, que es, por así decirlo, el aspecto más novedoso del principio constitucional de seguridad jurídica.

En lo que concierne al derecho adquirido, siempre invocado como obstáculo para las modificaciones legislativas, es pacífico el criterio del Supremo Tribunal Federal de que no existe cuando se trata de régimen jurídico. Sin embargo, como los regímenes jurídicos crean expectativas legítimas en las personas sujetas a ellos, las modificaciones radicales que se pretendan llevar a cabo, para no ser tachadas de inconstitucionales, deberán estar precedidas de normas de transición, como exigencia de la protección de la confianza.

En el libro que ahora publica, Humberto ÁVILA analiza en profundidad problemas como éstos —aquí expuestos de forma muy resumida—, tanto en su aspecto estático como dinámico. Si bien, pienso que, en este prólogo, no me corresponde proceder a analizar las múltiples y complejas cuestiones que rodean a la seguridad jurídica; cuestiones que se refieren a la influencia del tiempo en el Derecho, a la lucha entre lo antiguo y lo nuevo, entre la permanencia y el cambio, a la luz del ordenamiento jurídico.

El lector realmente encontrará respuesta a éstas y otras muchas cuestiones en este admirable libro de Humberto ÁVILA, sobre el que tengo una opinión firme y bien definida, que me lleva a recomendarlo con auténtico entusiasmo: se trata de una obra de excepcional valor y que, por sus inusuales cualidades, sin duda dignificaría a cualquier gran universidad en la que se presentara.

Porto Alegre, Santa Teresa, 10 de agosto de 2011

Prof. Dr. Almiro DO COUTO E SILVA
Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho
de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul

AGRADECIMIENTOS

No es posible elaborar un trabajo de esta extensión sin la valiosa ayuda de muchas personas, todas merecedoras de un efusivo reconocimiento. Sin embargo, inicio mis extensos agradecimientos exactamente por donde debo empezar: por mi familia. Sin el apoyo incondicional de mi esposa, Ana Paula, de mi hija, Georgia, y de mi hijo, André, no habría sido posible terminar este trabajo, ni siquiera lo habría empezado. A cada uno de ellos y a todos les agradezco, desde el fondo de mi corazón, el apoyo afectivo, tan decisivo, y la superación de la distancia, tan dolorosa. Aunque espere de mi esposa la constatación no demorada de que el producto de nuestra distancia tiene algún valor, confío en el tiempo, como mi aliado, para que mis dos hijos pequeños puedan, un día, reconocer que este libro, aunque sin grabados, dibujos o colores, fue el mejor que su padre, con todo el sentimiento y nostalgia del mundo, consiguió dedicarles.

Fijar el inicio de un estudio sobre un tema tan vasto como el de la seguridad jurídico-tributaria es casi imposible, especialmente si se tienen en consideración las décadas empleadas en la formación fundamental, los largos años dedicados a la investigación o el prolongado período destinado a la docencia universitaria. Incluso dejando de lado esos aspectos indirectos, aun así mi reflexión específica al respecto del principio de seguridad jurídico-tributaria es bastante antigua. Se vio fortalecida, sobremana y especialmente, por las disciplinas que imparto, desde 2002, en el Programa de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul («Principios Fundamentales de Derecho del Estado» y «Principio de Seguridad Jurídica») y, en el período de 2000 a 2004, como de profesor visitante, en el Programa de Posgrado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Estadual de Rio de Janeiro («Principios de Seguridad Jurídica»).

Los probables errores y los eventuales aciertos de esta obra son de autoría y responsabilidad exclusivas del autor. Aun así, debo agradecer a todos quienes han garantizado las condiciones indispensables para su realización.

Varias personas e instituciones apoyaron las investigaciones necesarias y directamente relativas a la elaboración concreta de esta tesis. Agradezco al instituto alemán de fomento de la investigación Alexander von Humboldt Stiftung la concesión de una de las diez becas de posdoctorado «Thyssen-Humboldt-Kurzzeitstipendien», concedidas para todas las áreas del conocimiento a investigadores de América Latina, en el período comprendido entre diciembre de 2007 y febrero de 2009.

La concesión de la beca se debió al apoyo certero y decisivo del Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus VOGEL, que redactó una entusiasmada carta de recomendación, tal vez la última, antes de que, desafortunadamente, nos dejara en diciembre de 2007. A él dedico este trabajo, *in memoriam*.

Mi gratitud al Prof. Dr. Ekkehart REIMER, catedrático de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg, por haberme recibido, entre diciembre de 2007 y febrero de 2008, como investigador invitado del Instituto de Derecho Público, período durante el cual me ofreció, además de amistad, las mejores condiciones intelectuales y materiales para la investigación científica, así como soporte académico para organizar la extensa bibliografía y una recomendación de los mejores anticuarios europeos para buscar libros antiguos que no están disponibles ni en las bibliotecas universitarias. Al Prof. Dr. h. c. Paul KIRCHHOFF, también catedrático de Derecho Tributario de la referida Facultad, dirijo mis agradecimientos por la calurosa acogida y apertura al intercambio académico entre Brasil y Alemania.

Igualmente mi reconocimiento al Prof. Dr. Christian WALDHOFF, mi amigo e incentivador desde la época de mi doctorado, en la Universidad de Múnich, ahora catedrático de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bonn, por haberme aceptado, durante el período comprendido entre diciembre de 2008 y febrero de 2009, como investigador visitante del Instituto de Derecho Público, pues tampoco escatimó ninguna de las condiciones necesarias para la conclusión de la tesis y, especialmente, me sugirió la bibliografía más adecuada para enfrentar los puntos cruciales.

Asimismo, le agradezco a la Prof.^a Dr.^a Johanna HEY, catedrática de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, la discusión puntual sobre algunos de los temas tratados en este trabajo y, especialmente, por la acertada recomendación de artículos sobre los temas más problemáticos de la seguridad jurídica. Agradezco la solidaridad hacia mi investigación y el intercambio académico del Prof. Dr. Karl-Peter SOMMERMANN, catedrático de Derecho Público de la Escuela de Administración de Speyer, del Prof. Dr. Roman SEER, catedrático de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de Bochum, y de la Prof.^a Dr.^a Ana Paula DOURADO, profesora de la Universidad de Lisboa.

También dirijo mis agradecimientos al Prof. Dr. Dr. hc. mult. Claus-Wilhelm CANARIS, catedrático emérito de Derecho Civil y Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich, profundo conocedor del tema de la protección de la confianza, por el inestimable apoyo para el estudio de Teoría General del Derecho durante todos esos años en Alema-

nia, así como para la publicación de mis trabajos en el competitivo sector editorial alemán.

Del mismo modo, agradezco al Prof. Dr. Frederick SCHAUER, David and Mary Harrison Distinguished Professor of Law en la Universidad de Virginia, Estados Unidos, no solo por la acogida durante el período de investigación como *visiting scholar* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, de la que en aquel entonces era profesor, sino, particularmente, por el posterior fraternal interés mostrado por la finalización de este trabajo, así como por la sugerencia de bibliografía anglosajona específica sobre temas de capital importancia.

Algunos profesores contribuyeron mediante la discusión de algunos puntos problemáticos del tema, recomendando bibliografía o manifestando su posición, siempre con un elevado espíritu científico y una gran sutileza argumentativa, aunque, insístase, sin comprometerse de manera alguna con resultados independientemente defendidos en esta obra. Entre otros, manifiesto mi gratitud a los eminentes profesores Robert ALEX, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Kiel, Alemania; Riccardo GUASTINI, del Departamento de Cultura Jurídica «Giovane Tarello» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova, Italia, y Shelly KAGAN, de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Yale, Estados Unidos.

Mi agradecimiento, también, al Departamento de Derecho Económico y del Trabajo de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, por autorizar las investigaciones de posdoctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, en Estados Unidos, y en las Facultades de Derecho de las Universidades de Heidelberg y de Bonn, en Alemania, durante períodos concretos entre 2006 y 2009.

Entre tantos profesores a quienes debo gratitud, hay dos que merecen un reconocimiento especial, Eduardo DOMINGOS BOTTALLO y Almiro DO COUTO E SILVA.

En 1993, en el prestigioso y tradicional Congreso de Derecho Tributario del IDEPE, entonces presidido por el eminente y evocado profesor Geraldo ATALIBA, pronuncié mi primer discurso, pues uno de mis artículos fue seleccionado por la comisión científica del acontecimiento. Muy joven, si solo pudiera elegir una palabra para describir el sentimiento dominante en ese momento, ésta sería justamente aquella que expresa la antítesis de este trabajo: inseguridad. Y fue precisamente en ese momento cuando surgió la mano segura del maestro BOTTALLO. Y fue igualmente gracias a ella que tuve el incomparable honor de dar una de las conferencias en una de las últimas ediciones del referido congreso. A este maestro del saber y del ser, desmedidamente generoso, le reconozco la confianza que, desde entonces, deposita en mí. En su nombre, agradezco a los demás profesores de Derecho Tributario que, por ahora, no tengo cómo retribuir.

Al profesor Almiro DO COUTO E SILVA le debo el estímulo para la investigación crítica e históricamente situada de los principios fundamentales del Derecho público, en la literatura brasileña y extranjera. A este maestro

del ser y del saber, expreso mi profundo agradecimiento por su amistad e incentivo académico desde el principio y durante todos esos largos años.

Este libro fue originariamente presentado como tesis llamada a cumplir uno de los requisitos de la oposición para ocupar el cargo de catedrático de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. La referida oposición se celebró entre los días 25 y 28 de octubre de 2010, el tribunal examinador estaba integrado por los profesores César SALDANHA SOUZA JÚNIOR, Diogo PAREDES LEITE DE CAMPOS, Eros Roberto GRAU, Hermes Marcelo HUCK y Luis Edson FACHIN, a quienes les agradezco sus valiosas argumentaciones.

La edición inicial de esta tesis se debe al primoroso trabajo del editor Tito MONTENEGRO BARBOSA NETO, amante de los libros, que permitió, por módicas cantidades, rematar e imprimir los ejemplares necesarios para inscribirla en la referida oposición. A mi querido colega Cristiano José FERRAZZO le agradezco no solo la ayuda en la revisión de los originales y en la solución de los inevitables problemas técnicos surgidos a lo largo de la elaboración de esta extensa tesis, sino, especialmente, la aguda discusión sobre varios de los asuntos tratados.

Y ya por último, les agradezco a todas aquellas personas, a las que puedo nombrar y a las que no, que, directa o indirectamente, consciente o inconscientemente, han contribuido a mantener inquebrantable mi confianza en la efectiva culminación de este trabajo.

Humberto ÁVILA

PRESENTACIÓN DE LA TRADUCCIÓN ESPAÑOLA

El objetivo de esta obra, escrita originalmente en portugués, es construir una teoría general de seguridad jurídica. Su finalidad, por tanto, extrapola el ordenamiento jurídico brasileño, en la medida en que busca desarrollar criterios generales para verificar los elementos, los fundamentos, las dimensiones y la eficacia de la seguridad jurídica como norma jurídica en un determinado ordenamiento.

Sin embargo, como la obra se desarrolla con base en ejemplos de Derecho tributario brasileño y con referencia a las normas de la Constitución de la República Federativa de Brasil, se han introducido, con la mayor humildad académica, unos «comentarios comparativos» con el objetivo de indicar, al lector español, los fundamentos normativos correspondientes en la Constitución española. Estos comentarios demuestran que la obra llega a resultados que pueden, con escasas atenuaciones, trasladarse al ordenamiento jurídico español, pues, aunque la Constitución española no sea tan extensa ni tan analítica como la brasileña, reúne los mismos principios fundamentales y refleja la misma preocupación sistemática con la seguridad jurídica.

Efectivamente, ya en el Preámbulo de la Constitución española se percibe la preocupación por la seguridad y la importancia que tiene el tema, pues en él se asume el compromiso de establecer la justicia, la libertad y la seguridad, mediante la consolidación de un Estado que asegure el imperio de la ley y promueva el progreso con el fin de garantizar a todos una calidad de vida digna. A continuación, en el art. 1, la Constitución española insta un Estado Social y Democrático de Derecho y define como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. En el Título Preliminar, relaciona las garantías fundamentales de los ciudadanos y expresamente define la seguridad jurídica como un derecho fundamental, junto con la libertad, la igualdad, la legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad, la irretroactividad, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Por si

no fuera suficiente, en el Capítulo Segundo (Derechos y Libertades) del Título I (De los Derechos y Deberes Fundamentales) se mencionan, de forma expresa, una serie de garantías y derechos de los ciudadanos, entre ellos, los derechos de libertad y propiedad. No es por casualidad que el propio constituyente definiese estas garantías como esenciales y, pese a prever la posibilidad de reforma constitucional, expresamente determina que cualquier modificación constitucional que afecte a estas garantías requerirá la creación de un nuevo texto constitucional. Asimismo, la Constitución española a lo largo de su articulado recoge otros principios y reglas, bastante similares a los existentes en la Constitución brasileña, que ayudan a la promoción de los ideales inherentes a la noción de seguridad jurídica, los cuales se analizarán a lo largo de esta obra.

Por tanto, considerando la gran semejanza entre el Estado de Derecho instaurado por los ordenamientos constitucionales español y brasileño, las conclusiones sobre la seguridad jurídica y su consecuente redefinición propuestas son aplicables al sistema vigente en España.

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el «saber a qué atenerse» es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón como valor jurídico (A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel, 1991, p. 8).

La seguridad se convierte en asunto cuando la inseguridad se extiende. Y cuanto más inseguras son las circunstancias en la Modernidad mayores son las expectativas de seguridad de los hombres [A. SCHRIMM-HEINS, «Gewissheit und Sicherheit: Geschichte und Bedeutungswandel der Begriffe "certitudo" und "securitas" (Teil 2)», *Archiv für Begriffsgeschichte*, Bonn: Bouvier, 35, 1992, p. 204].

Aquí está así cualquier cosa que mis maestros no me contaron, pero que la vida se encargó de aclarar: ese hacer saber a cualquiera aquello que puede querer es un beneficio que, para poder disfrutarlo, requeriría que las leyes fueran pocas, pero, en vez de eso, son muchas, muchas y se suceden rápidamente, así vertiginosamente una después de la otra; y, en el enmarañado de su multitud, los hombres se pierden como en un laberinto (F. CARNELLUTTI, «La certezza del Diritto», *Rivista de Diritto Civile*, núm. 20, 1942, p. 81).

De los dos elementos tradicionales de todo orden jurídico, la seguridad y el progreso, la concepción actual de la ley sacrifica deliberadamente la primera a favor del segundo, dando así notoriedad al carácter político de la legislación mientras que la concepción antigua descansaba, por el contrario, sobre el papel de la ley más específicamente jurídico y conservador (G. BURDEAU, «Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français», *Archives de Philosophie du Droit*, 1939, p. 48).

I. JUSTIFICACIÓN (O ¿POR QUÉ (IN)SEGURIDAD JURÍDICA?)

Reconstruir la seguridad jurídica, en general, y en el ámbito del Derecho tributario, como norma-principio fundada en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (CF/88), con un método capaz de reducir progresivamente su indeterminación y atribuirle la mayor funcionalidad posible, es la tarea que se asume en la presente obra. Hay razones de sobra para ello.

La justificación inicial ya la ofrece el propio ordenamiento constitucional: él mismo atribuye carácter fundamental a la seguridad jurídica. En efecto, la seguridad ya se menciona en el Preámbulo. Por un lado, el Preámbulo instaura un Estado Democrático destinado a «asegurar», esto es, a «hacer seguro» tanto los derechos sociales e individuales como los valores, entre los que está el propio valor «seguridad»¹. Por otro lado, el mismo Preámbulo califica la libertad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad, la justicia y, también, la «seguridad», como «valores supremos» de la sociedad. Esa sociedad, a su vez, además de fraternal, plural y sin prejuicios, debe fundarse en la «armonía social» y comprometerse, en el «orden» interno e internacional, con la solución «pacífica» de las controversias. Si se considera que la expresión «seguridad jurídica», como se examinará a lo largo de este texto, se asocia a los ideales de determinación, estabilidad y previsibilidad del Derecho, entre otros, se constata, por tanto, que, ya en el Preámbulo, la CF/88 muestra una gran preocupación por la seguridad jurídica mediante la utilización de términos como «seguridad», «asegurar», «armonía» y «orden». Igualmente, el Preámbulo de la Constitución española también expresa una gran preocupación con la cuestión de la seguridad jurídica. Empieza afirmando que la Constitución representa el deseo de la nación de establecer, por un lado, la justicia, la libertad y la «seguridad» y, por otro, la consolidación de un Estado de Derecho, que «asegure», es decir, que haga seguro, el imperio de la ley como expresión

¹ J. S. MAIOR BORGES, «O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo», *RDDT*, São Paulo, núm. 22, 1997, p. 25. G. ATALIBA, *República e Constituição*, 2.^a ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 182.

de la voluntad popular y la promoción del progreso de la cultura y la economía para «asegurar» a todos una calidad de vida digna.

La CF/88 contiene, igualmente, referencias directas e indirectas a la «seguridad». En el título referente a los «Principios Fundamentales», instaura un Estado Democrático de Derecho (art. 1), doctrinalmente asociado, conforme se va a demostrar, a la idea de seguridad jurídica. En el título relativo a los «Derechos y Garantías Fundamentales», no solo prevé el derecho fundamental a la «seguridad» (art. 5, encabezamiento) sino que también establece una serie de «garantías», esto es, de «instrumentos aseguradores» de derechos. En varios ámbitos normativos, establece numerosas «garantías» y «limitaciones» al ejercicio del poder, tradicionalmente comprendidas como elementos parciales de la seguridad jurídica, de la que son ejemplos la legalidad (art. 5.II, y art. 150.I), la irretroactividad [art. 150.III.a)] y la anterioridad [art. 150.III.b)]. La CE, del mismo modo, también contiene referencias directas e indirectas a la «seguridad jurídica». Ya en el artículo primero, instaura un Estado Social y Democrático de Derecho. En el Título Preliminar, cuando establece las garantías jurídicas, no solo prevé el derecho fundamental a la «seguridad jurídica», sino que también establece una serie de instrumentos aseguradores que establecen verdaderas limitaciones al ejercicio del poder, como la legalidad, la irretroactividad y la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3). La referencia directa al derecho a la seguridad se realiza en el Capítulo Segundo, que versa sobre los derechos y las libertades, cuando se afirma que toda persona tiene el derecho fundamental a la libertad y la seguridad (art. 17).

Esta breve constatación inicial, meramente basada en las disposiciones constitucionales, ya basta para demostrar que la seguridad jurídica —independientemente de las disputas, que no son pocas, al respecto de su sentido, fundamentos, elementos, dimensiones y eficacia, que serán oportunamente enfrentadas en el transcurso de este trabajo— es, desde el punto de vista normativo, una preferencia de la propia CF/88. En el Derecho tributario, en virtud de las reglas de legalidad, anterioridad e irretroactividad, así como en razón de las numerosas reglas de competencia, el ideal de seguridad jurídica se acentúa aún más. Por ese motivo, MACHADO DERZI afirma que, en el Derecho tributario, «la seguridad se ve fortalecida al máximo»². Esta misma preferencia, desde el punto de vista normativo, se observa en la CE. A diferencia de la Constitución brasileña, la CE no regula tan detalladamente el sistema tributario nacional. Aun así, el ideal de un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad y, en ningún caso, confiscatorio, está previsto de forma expresa en la CE (art. 31.1), además de la legalidad tributaria (art. 133.1). A su vez, la anterioridad se establece como garantía de los ciudadanos en el Título Preliminar (art. 9.3).

No obstante, la propia Constitución también califica otros ideales como fundamentales, a ejemplo de lo que ocurre con los ideales de igualdad o

² M. DE ABREU MACHADO DERZI, *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*, São Paulo: Noeses, 2009, p. 159.

solidaridad, que, de igual forma, podrían ser tema de una monografía. La siguiente pregunta es, por ello, inevitable desde el principio: en un universo tan amplio de temas, ¿por qué escoger la seguridad jurídica como objeto de una tesis? La primera justificación de esta opción reside en el estado de inseguridad que existe en la actualidad. «Como la seguridad es valor y, por tanto, bipolar y relacional, implica lógicamente su contravalor, la inseguridad, al que se contraponen», afirma MAIOR BORGES³. El punto de partida para el análisis de la seguridad debe ser, por tanto, la inseguridad⁴.

Con ello no se quiere afirmar que la inseguridad jurídica sea un tema completamente nuevo ni que el intento concreto de combatirla y el objetivo científico de estudiarla también sean novedosos, de modo alguno. El estudio de la seguridad jurídica, verdaderamente, varía en función del tiempo y el contexto⁵. Aun así, se pueden identificar, en muchos estudios antiguos, elementos directa o indirectamente asociados a la seguridad jurídica o a uno de sus elementos parciales: en el Derecho romano, el debate sobre el *ius certum* o sobre la *Pax Romana* y sus conceptos conexos de *pax*, *securitas* y *libertas*, aunque no puedan trasladarse sin más hasta nuestros días, en razón del carácter casuístico de aquel Derecho y de la ausencia de instituciones estatales que solo mucho más tarde se consolidarían, revela un embrión lejano del estudio de la certeza del Derecho⁶; en el siglo XVI, la discusión sobre la *certitudo iurisprudentiae* significaba, precisamente, el intento de imprimir racionalidad al conocimiento jurídico⁷; en el siglo XVIII y a principios del XIX, parte del debate en lo que se refiere a la codificación se destinaba a desarrollar leyes claras y determinadas⁸; en los siglos XIX y XX, los estudios sobre la protección de la libertad y la propiedad, en las obras de VON SAVIGNY (1814⁹ y 1840¹⁰), MEYER (1851)¹¹, VON MOHL (1855)¹², HOLLEUFFER (1864)¹³, no solo presuponían que existía algún grado de inseguridad en la época sino también tenían por objetivo garantizar la amenazada seguridad por medio del Derecho y su aplicación uniforme; en la primera mitad del siglo XX, los estudios directamente relacionados a

³ J. SOUTO MAIOR BORGES, «Segurança jurídica: sobre a distinção entre competências fiscais para orientar e atuar o contribuinte», *RDT*, São Paulo, núm. 100, pp. 19-26, s.d.

⁴ A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel, 1991, p. 13.

⁵ H. WIEDEMANN, «Rechtssicherheit - ein absoluter Wert? Gedanken zum Bestimmtheitsfordernis zivilrechtlicher Tatbestände», G. PAULUS et al. (orgs.), *FS für Karl Larenz*, München: Beck, 1973, p. 202.

⁶ W. BRÜGGER, «Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse», *VDSStRL*, Berlin, v. 63, 2004, p. 103.

⁷ A. ARNAULD, *Rechtssicherheit*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 9. I. BIROCHI, *Alla Ricerca dell'Ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino: Giappichelli, 2002, pp. 159 y ss.

⁸ B. MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 354. R. CABRILLAC, *Les codifications*, Paris: PUF, 2002, p. 137.

⁹ F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814, pp. 20, 161 (reimpresión Goldbach: Keip, 1997).

¹⁰ *Id.*, *System des heutigen Römischen Rechts*, 2.^a ed., v. 1, Berlin: Veit und Comp., 1840, p. 322 (reimpresión: Aalen, Scientia, 1981).

¹¹ J. MEYER, *Conversations-Lexicon*, Zweite Abteilung, v. 8, palabra «seguridad».

¹² R. VON MOHL, «Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften», *Monographien dargestellt*, v. 1, Erlangen, 1855.

¹³ C. E. A. VON HOLLEUFFER, *Rechtssicherheit, unabhängige Justiz, ministerielle Cabinets-Justiz im Fürstenthum Schwarzburg-Sonderhausen*, Dessau, 1864, p. 101.

la seguridad jurídica exteriorizan un ambiente de inestabilidad entonces presente y la progresiva construcción de los elementos de la seguridad del Derecho, como revelan las incipientes obras de BENDIX (1914)¹⁴, RÜMELIN (1924)¹⁵, GERMANN (1935)¹⁶, SCHOLZ (1955)¹⁷, entre tantos otros.

Además de en esas obras más antiguas, la seguridad ha sido examinada en trabajos recientes, tanto en obras directamente relacionadas con la seguridad jurídica, en general, como en trabajos referidos a la seguridad jurídico-tributaria, en especial, o, incluso, en obras relativas a algunos de sus aspectos. Esta constatación se hace evidente cuando se examinan los trabajos más representativos sobre el tema, publicados en Alemania¹⁸, Francia¹⁹, Italia²⁰, España²¹, Portugal²², Estados Unidos e Inglaterra²³. La

¹⁴ L. BENDIX, «Das Problem der Rechtssicherheit», M. WEISS (org.), *Zur Psychologie der Urteilsfähigkeit des Berufsrichters und andere Schriften*, Neuwied und Berlin, 1968, p. 12.

¹⁵ M. RÜMELIN, *Die Rechtssicherheit*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1924.

¹⁶ O. A. GERMANN, «Rechtssicherheit (1935)», *Methodische Grundfragen*. 6, Aufsätze, Basel, 1946, p. 59.

¹⁷ F. SCHOLZ, *Die Rechtssicherheit*, Berlin: Walter de Gruyter, 1955.

¹⁸ En Alemania, los clásicos más representativos serían: M. RÜMELIN, *Rechtssicherheit*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1924; O. A. GERMANN, «Rechtssicherheit (1935)», *Methodische Grundfragen*. 6, Aufsätze, Basel, 1946; F. SCHOLZ, *Die Rechtssicherheit*, Berlin: Walter de Gruyter, 1955. Más recientemente, sobre seguridad jurídica, véase A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. Sobre seguridad jurídico-tributaria, véase J. HEX, *Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem*, Köln: Otto Schmidt, 2002; A. LEISNER, *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002; H.-J. PEZZER (org.), *Vertrauensschutz im Steuerrecht. Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, t. 27, Köln: Otto Schmidt, 2004.

¹⁹ En Francia, los clásicos más representativos serían: P. ROUBIER, *Théorie Générale du Droit*, 2.ª ed., Paris: Sirey, 1951. *Id.*, *Le Droit transitoire: conflits des lois dans le temps*, Paris: Dalloz, 1929/33 (1.ª ed., 2. vs.), 1960 (2.ª ed., 1 v.), 2008 (reimpresión de la 2.ª ed.). Más recientemente, sobre seguridad jurídica, véase B. PACTEAU, «La sécurité juridique, un principe que nous manque?», *AJDA*, núm. 20, p. 151, 1995; F. LUCHAIRE, «La sûreté, droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme?», *RDP*, p. 609, 1989; L. FAVOREU, «Une convention collective peut-elle comporter des dispositions à caractère rétroactif?», *D*, 1995-1, C. 82; FROMONT, «Le principe de sécurité juridique», *AJDA*, p. 178, 1996; F. MODERNE, «Actualité des principes généraux du droit», *RFDA*, p. 506, 1998; A.-L. VALEMBOIS, *La Constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit français*, Paris: LGDJ, 2005. Sobre seguridad jurídico-tributaria, véase F. DOUET, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en Droit interne français*, Paris: LGDJ, 1997.

²⁰ En Italia, los clásicos más representativos serían: E. ALLORIO, «La certezza del Diritto dell'Economia», *Rivista del Diritto dell'Economia*, pp. 1198-1212, 1956; M. S. GIANNINI, «Certezza pubblica», *Enciclopedia del Diritto*, v. 6. Milano: Giuffrè, pp. 769-792; F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1968; M. CORSALE, *Certezza del Diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979; L. GIANFORMAGGIO, «Certezza del Diritto», *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino: Giappichelli, 1986; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano: Giuffrè, 1990. Más recientemente, sobre seguridad jurídica, véase E. DICCIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino: Giappichelli, 1999. G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino: Giappichelli, 2005. Sobre seguridad jurídico-tributaria, véase E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza del Diritto Tributario*, Milano: Giuffrè, 2001.

²¹ En España, los clásicos más representativos serían: J. MESQUITA DE CACHO, *Seguridad jurídica y sistema cautelar. Teoría de la Seguridad Jurídica* (v. 1). Sistema Español de Derecho Cautelar (v. 2), Barcelona: Bosch, 1989; G. PECES-BARBA, «La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, pp. 215-229, 1990; A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel, 1991. Más recientemente, sobre seguridad jurídica, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid: Civitas, 1999; F. ARCOS RAMÍREZ, *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid: Dykinson, 2000; J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Madrid: Civitas, 2005.

(Véanse notas 22 y 23 en página siguiente)

literatura brasileña no escapa de esta regla y hay tanto trabajos generales sobre la seguridad jurídica como obras específicas sobre la seguridad jurídico-tributaria²⁴.

En su conjunto, tales obras retoman el tradicional tema de la seguridad jurídica, profundizando en algunos de sus subelementos, especialmente en los relacionados con la protección de la confianza y la prohibición de la retroactividad, y examinando algunos subtemas más recientes, como el concerniente al cambio jurisprudencial.

Dos razones, no obstante, justifican una revisión profunda del tema: el estado de inseguridad hoy existente, por un lado, y el modo cómo la doctrina lo analiza, por otro.

Hoy, el nivel de inseguridad jurídica asumió un grado nunca antes alcanzado. Los términos «complejidad», «oscuridad», «incertidumbre», «indeterminación», «inestabilidad» y «discontinuidad» del ordenamiento

Sobre seguridad jurídico-tributaria, véase C. GARCÍA NOVOA, *El principio de la seguridad jurídica en materia tributaria*, Madrid: Marcial Pons, 2000.

²² En la literatura portuguesa, podrían citarse algunos textos fundamentales, como: J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7.ª ed., 6. reimp., Coimbra: Almedina, 2004, p. 257; J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, v. 1, Coimbra: Almedina, 2003; J. REIS NOVAES, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 261 y ss. Más recientemente, sobre seguridad jurídico-tributaria, véase A. P. DOURADO, *O princípio da legalidade fiscal - tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Coimbra: Almedina, 2007.

²³ En la literatura anglosajona, los clásicos más representativos serían: J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New Brunswick: Transaction, 2009 (1.ª ed., New York: Brentano's Inc., 1930; 2.ª ed. rev. New York: Coward-McCann, 1949); L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, 1964; J. RAZ, «The Rule of Law and its Virtue» (1977), *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford, 1979, p. 221; J. WALDRON, «The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory», *Ratio Juris*, v. 2, núm. 1, pp. 79-96, 1989. Más recientemente, sobre seguridad jurídica, véase J. RAITIO, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Dordrecht: Kluwer, 2003.

²⁴ En Brasil, los clásicos más representativos, directamente relacionados con el tema, serían: Th. CAVALCANTI FILHO, *O problema da segurança no Direito*, São Paulo: RT, 1964; M. REALE, *Revogação e anulamento do ato administrativo*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980. Más recientemente, sobre seguridad jurídica, véase P. FERREIRA BAPTISTA, *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima - análise sistemática e critérios de aplicação no Direito Administrativo brasileiro*, Tesis de doctorado, USP, 2006, inédita. Sobre seguridad jurídico-tributaria, véase J. SOUTO MAIOR BORGES, «O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo», *RDDT*, São Paulo, núm. 22, pp. 24-29, 1997; P. DE BARROS CARVALHO, «O princípio da segurança jurídica no campo tributario», *RDT*, São Paulo, núm. 94, pp. 21-31; M. DE ABREU MACHADO DERZI, «Mutações, complexidade, tipo e conceito, sob o signo da segurança e da proteção da confiança», H. TORRES (org.), *Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*, São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 245-284. T. SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, «Segurança jurídica e normas gerais tributárias», *RDT*, São Paulo, núms. 17-18, pp. 51-56, 1981; L. E. SCHOUEIRI, «Segurança jurídica e normas tributárias indutoras», M. DE F. RIBEIRO (org.), *Direito Tributário e segurança jurídica*, São Paulo: MP, 2008, pp. 117-146; R. LOBO TORRES, «Segurança jurídica e as limitações ao poder de tributar», R. FERRAZ (org.), *Princípios e limites da tributação*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 429-445; *Id.*, «Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica», I. GANDRA DA SILVA MARTINS (org.), *Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica*, São Paulo: RT y CEU, 2007, pp. 61-77; *Id.*, «Liberdade, segurança e Justiça», P. DE BARROS CARVALHO (org.), *Justiça Tributária*, São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 679-705; *Id.*, *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributario*, v. 2. Valores e princípios constitucionais tributarios, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 167-180; R. L. RIBEIRO, *A segurança jurídica do contribuinte*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

jurídico sirven para ilustrar ese momento. Se llega al punto de hablar de «lluvia de leyes» (*Gesetzesflut*), «histeria legislativa» (*Gesetzgebungshysterie*) y «caos legislativo» (*Gesetzgebungschaos*)²⁵. Además, se habla de «huracán normativo»²⁶, «incontinencia legislativa»²⁷, «aluvión de normas»²⁸ y «orgía en la producción de leyes»²⁹. Señalar el carácter inestable, efímero y aleatorio del Derecho se convirtió en algo incluso hasta banal³⁰.

¿Por qué tamaña inseguridad? Se puede, única y exclusivamente con la finalidad de fijar un *punto de referencia* inicial que justifique este estudio, apuntar causas de naturaleza social y causas de naturaleza jurídica para la referida inseguridad hoy existente.

Las causas sociales se refieren a las características de la sociedad actual. Se vive, en nuestro tiempo, en una sociedad plural, también denominada sociedad de riesgo, sociedad global o sociedad de la información³¹. Este tipo de sociedad se caracteriza, en primer lugar, por la existencia de una enorme cantidad de información. Piénsese en la cantidad de leyes, leyes complementarias, decretos, instrucciones normativas, dictámenes normativos, respuestas de consultas, relativas a las tres órbitas federativas, sobre cada uno de los tributos previstos en el sistema tributario nacional. Amplíese ahora para, además de este material normativo, comprender también el Derecho internacional, el Derecho comunitario y el Derecho comparado. Reflexiónese, durante un instante, acerca de las decisiones administrativas y judiciales sobre cada una de esas normas, así como de los libros y artículos publicados sobre el tema. La comprobación es casi intuitiva: la cantidad de información es enorme. Ese material informativo, aunque permita entender mejor el mundo, paradójicamente contribuye al aumento de la incertidumbre: cuanto mayor es la cantidad de información, mayor es la posibilidad de prever el futuro; no obstante, cuanto mayor es la cantidad de información, mayor también es aquello que precisa ser previamente considerado y valorado. De ahí el porqué un mayor conocimiento conduce a aumentar el sentimiento de inseguridad: el ciudadano sabe más y, justamente porque sabe más, también conoce lo que precisa prever y lo que puede no confirmarse en el futuro. El futuro, antes en las manos de Dios, con la secularización, se puso en manos del hombre, a quien le

²⁵ D. GRIMM, *Normenflut - eindämbar? Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, München: Beck, 2001, p. 151. J. HEY, *Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem*, Köln: Otto Schmidt, 2002, pp. 1, 63, 73. M. STÖTZEL, *Vertrauensschutz und Gesetzesrückwirkung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2002, p. 25. P. DE BARROS CARVALHO, «O princípio da segurança jurídica no campo tributário», *RDT*, São Paulo, núm. 94, p. 22, s.d.

²⁶ J. L. PALMA FERNÁNDEZ, *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 14.

²⁷ A.-L. VALEMBOIS, *La Constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit français*, Paris: LGDJ, 2005, p. 100.

²⁸ A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel, 1991, p. 45.

²⁹ F. ARCOS RAMÍREZ, *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid: Dykinson, 2000, p. 334.

³⁰ F. OST, *Le temps du Droit*, Paris: Odile Jacob, 1999, p. 281.

³¹ A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 218; U. BECK, *Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, pp. 7, 25. Ch. CALLIÈS, «Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse», *DVBl*, núm. 118, pp. 1096-1105, 2003.

corresponde dominarlo, mediante la planificación y no la «adivinación»³². No obstante, con la sociedad moderna y el aumento de la complejidad de las relaciones, derivado de los avances técnicos y tecnológicos, el futuro se ha hecho mayor³³. En la búsqueda de seguridad —he aquí la paradoja—, el hombre terminó sintiéndose más inseguro. Al final, demasiada información causa desinformación³⁴. Este panorama se ve agravado en Brasil, en razón de la inflación legislativa, no solo de leyes, sino también de medidas provisionales³⁵.

Este tipo de sociedad está caracterizado, en segundo lugar, por la existencia de una enorme diversidad de intereses. Cada individuo busca resguardar sus intereses en las normas jurídicas. Existe el grupo de las mujeres, los inmigrantes, los étnicos, los ecologistas, los consumidores, los liberales, los conservadores, los empresarios, los trabajadores, los exportadores y así en adelante. Por ello, se habla de «grupismo» y desintegración moral³⁶. Cada grupo también busca forzar el establecimiento de normas que protejan sus intereses. El conjunto de esas normas, por esa razón, tiende a multiplicarse. En esta sociedad, como recuerda irónicamente SENDLER, no ya se puede vivir con solo diez mandamientos³⁷. Los mencionados intereses, aunque por encima, no siempre coinciden. En vez de eso, muchas veces se contradicen, de forma que corresponde al Estado coordinarlos dictando nuevas normas. Estas normas se vuelven, así, no solo más numerosas sino también, cuantitativa y cualitativamente, más complejas: cuantitativamente, porque se dictan no solo normas generales y permanentes sino, también, normas excepcionales (para regular casos marginales), provisionales (para regular provisionalmente los casos) y de transición (para proporcionar el paso del sistema normativo anterior al posterior)³⁸; cualitativamente, porque esas normas se destinan a solucionar problemas técnicos y específicos —desde intrincados problemas tributarios a sofisticadas cuestiones ambientales—. Por ello también se habla de «politeísmo de valores», gracias a la multiplicidad de valores existentes en el medio social, incapaces de ser aprehendidos en nociones conceptuales absolutas³⁹.

³² A. SCHRIMM-HEINS, «Gewissheit und Sicherheit: Geschichte und Bedeutungswandel der Begriffe "certitudo" und "securitas" (Teil 2)», *Archiv für Begriffsgeschichte*, v. 35, 1992, pp. 201, 208.

³³ A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, pp. 68, 73, 116. M. STÖTZEL, *Vertrauensschutz und Gesetzesrückwirkung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2002, p. 31. Th. CAVALCANTI FILHO, *O problema da segurança no Direito*, São Paulo: RT, 1964, p. 54.

³⁴ A.-L. VALEMBOSIS, *La Constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit français*, Paris: LGDJ, 2005, p. 8.

³⁵ O. MEDAUAR, «Segurança jurídica e confiança legítima», H. ÁVILA (org.), *Fundamentos do Estado de Direito*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 118.

³⁶ B. Z. TAMANAHA, *Law as a Means to an End - Threat to the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 4, 223. *Id.*, *On The Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 103.

³⁷ H. SENDLER, «Mehr Gesetze, weniger Rechtsgewährung?», *DVBf*, 15.09.1995, p. 979.

³⁸ L. FERRAJOLI, «The past and the future of the rule of law», P. COSTA y D. ZOLO (orgs.), *The Rule of Law - History, Theory and Criticism*, Dordrecht: Springer, 2007, p. 337.

³⁹ G. PALOMBELLA, *Dopo la Certezza - Il Diritto in Equilibrio tra Giustizia e Democrazia*, Bari: Dedalo, 2006, p. 11.