

# Certeza en el Derecho

## Una propuesta conceptual sobre la Seguridad Jurídica

*Guillermo J. Munné*

Uno de los problemas más notorios que en general afecta a la bibliografía sobre la seguridad jurídica es cuando son excedidos los límites conceptuales de la cuestión. Ofrecer una teoría satisfactoria de la seguridad jurídica implica, entonces, avanzar en su determinación conceptual. La preocupación por la seguridad jurídica es la de combatir las inseguridades que se producen por defectos del derecho mismo, por lo cual se debe dar una transformación en torno a la noción de seguridad jurídica.

One of the most important problems that affects the bibliography about de juridical security is that are traspassed the limits about the matter. Offering a satisfactory theory about the juridical security, includes the togo ahead in its conceptual determination.

The responsibility about the juridical secutiry is to fight against the insecurity, that is produced by the errors of the right by itself that's why, we have to give a better option about the juridical security.

SUMARIO: I. Introducción. / II. Camino a la seguridad jurídica. / III. Aquello que la seguridad jurídica prescribe. / IV. Algunos desafíos actuales. / Bibliografía.

### I. Introducción

Al presentar una concepción de la seguridad jurídica nos proponemos una tarea que toma por objeto a una de las principales ideas del derecho occidental moderno. Nos beneficiamos así de un gran número de trabajos previos entre los que se encuentran contribuciones de muy importantes teóricos del derecho. No obstante, uno de los problemas más notorios que en general afecta a la bibliografía sobre la seguridad jurídica es cuando son excedidos los límites conceptuales de la cuestión. Ofrecer una teoría satisfactoria de la seguridad jurídica implica, entonces, avanzar en su determinación conceptual.

Buena parte de los textos sobre la seguridad jurídica aluden a la gran imprecisión con que se

maneja la noción de seguridad jurídica. A pesar de ello, no evitan el anacronismo de hablar sobre la seguridad jurídica en el pensamiento premoderno u otras formas inapropiadas de insertar esta noción en contextos históricos que le son ajenos. También se suele mezclar el problema de la seguridad jurídica con cuestiones propias de la idea de la seguridad sin más o se omiten las debidas distinciones con otros ideales que presentan relaciones de gran interés con la aspiración de seguridad jurídica, pero que no deben ser confundidos con ella, tal como sucede con los principios sustantivos de justicia o las exigencias normativas de la democracia. En otras ocasiones no se diferencia entre aspectos conceptuales de la seguridad jurídica y aspiraciones que sólo apuntan a condiciones favorables para su vigencia.

En el presente texto intentaremos señalar las notas más salientes de las situaciones históricas en que emergió la búsqueda de la seguridad jurídica y cuya comprensión otorga mejores posibilidades para llevar a cabo con éxito el trabajo teórico de precisión conceptual de esta noción. Asimismo, plantearemos la distinción que debe efectuarse entre seguridad jurídica y otros principios normativos vinculados a ella, para luego hacer explícitas las concretas exigencias que se incluyen dentro de la idea de seguridad jurídica. Finalmente, haremos mención a ciertas preocupaciones propias de nuestros días cuyas relaciones con la problemática de la seguridad jurídica resultan de especial interés.

## II. Camino a la seguridad jurídica:

Cuando se intenta brindar referencias históricas sobre la evolución seguida por el ideal de seguridad jurídica, frecuentemente se destaca la obra de Thomas Hobbes. Esto evidencia uno de los errores en que incurren muchos trabajos sobre la seguridad jurídica, esto es, confundirla con la cuestión de la “seguridad”. La preocupación de Hobbes y de todo el primer contractualismo tiene que ver con la construcción del Estado como agente que monopolice la violencia legítima y brinde, así, condiciones de protección para los bienes de los individuos frente al ataque de otros integrantes del grupo social. Este problema es el de la paz interna, del orden o de la seguridad, para imposibilitar que los súbditos asuman por sí mismo la defensa de sus bienes. La seguridad jurídica es algo muy distinto de ello.

La preocupación por la seguridad jurídica es la de combatir las inseguridades que se producen por defectos del derecho mismo. El orden o la seguridad refieren a la protección contra las agresiones fácticas a los bienes de una persona. La seguridad jurídica refiere al mejor aseguramiento de los derechos de cada persona frente a problemas de incertidumbre que puede generar el propio sistema jurídico por oscuridad de sus normas o por arbitrariedad de los órganos de aplicación. La inseguridad jurídica no tiene que ver con ataques materiales a los bienes sino con defectos normativos o institucionales que los amenazan jurídicamente. El contexto histórico

de surgimiento de la idea de seguridad jurídica corresponde al de la modernidad occidental, pero los procesos sociales con los que puede ser relacionada de manera más pertinente son el desarrollo del capitalismo racional, por un lado, y la lucha contra el Estado absolutista, por el otro.

Como supo mostrar Max Weber, una de las peculiaridades de orden social occidental que explican el desarrollo del moderno capitalismo racional es el de haber ofrecido un derecho previsible.<sup>1</sup> El capitalismo que se orienta hacia las oportunidades de mercado y se basa en realizaciones económicas propias, planteaba Weber, no podía desarrollarse en el marco de organismos estatales de construcción irracional. La moderna empresa capitalista racional necesita tanto de la calculabilidad de los medios técnicos del trabajo como de un derecho previsible y una administración guiada por reglas formales. Donde faltan estas condiciones son posibles el capitalismo aventurero, comercial y especulador, y toda suerte de capitalismo político, pero es imposible la empresa racional privada con un capital fijo y un cálculo seguro. La empresa capitalista racional necesita para su existencia de una justicia y una administración cuyo funcionamiento pueda calcularse racionalmente, por lo menos en principio, por normas fijas generales con la exactitud con la cual se puede calcular el rendimiento de una máquina.<sup>2</sup>

Los capitalistas, según Weber, no fueron el factor principal para la aparición de este tipo de derecho que respondió más a una evolución interna de la cultura de los juristas y al desarrollo del Estado secular y burocrático. Los factores de orden económico, según Weber, no fueron decisivos, pero en la medida que “...tuvieron participación en la formación de los rasgos específicamente modernos del actual derecho occidental, la dirección de su influencia consistió en la racionalización y sistematización del derecho, lo que en general significó para los interesados en el mercado, con la reserva de una limitación posterior, una creciente posibilidad de cálculo del funcionamiento de la administración de justicia, que es una de las más importantes condiciones previas de las explotaciones económicas de

<sup>1</sup> Ensayos sobre sociología de la religión I, 2ª ed, trad. José Almaraz y Julio Caravana, Taurus, Madrid, 1987, p. 20.

<sup>2</sup> Weber, Max, Economía y sociedad, 2ª ed., trad. J. Medina Echevarría, J. Roum Parella, E. Imaz, E. García Mainez, Fondo de Cultura Económica, México, 1.964, pp. 1061 y s.

carácter permanente, especialmente aquellas de tipo capitalista que han menester de la seguridad del tráfico.”<sup>3</sup>

El otro proceso histórico que hemos vinculado al surgimiento del ideal de seguridad jurídica es la demanda de garantías contra el Estado absolutista que culminaría en la construcción del estado de Derecho.<sup>4</sup> Esta compleja transformación de las formas de dominación alumbró una serie de exigencias que posteriormente se aglutinarían en torno a la noción de seguridad jurídica: publicidad del derecho vigente, claridad del contenido normativo, respeto de los derechos adquiridos, subordinación de la actividad estatal a reglas jurídicas pre-estatuadas, exclusión de la arbitrariedad en la actividad jurisdiccional y resolución de los casos particulares por medio de una estricta aplicación de normas jurídicas generales. Los reclamos contra el antiguo régimen y en favor de un derecho cierto que se aplique sin arbitrariedades, abarcan los intereses de los burgueses, que tratamos anteriormente como exigencias del

moderno capitalismo racional, pero también los superan. La conformación del estado de Derecho no sólo buscaba brindar seguridad en el tráfico económico sino también garantizar una esfera de autonomía privada contra interferencias caprichosas del poder estatal. Las garantías formales que antes relacionamos con la idea de seguridad jurídica no sólo interesaban para proteger libertades económicas sino también otras posiciones civiles que se ubicaban en el centro del nuevo individualismo liberal.

Un análisis de estos motivos ideológicos, que por su agudeza se ha convertido en un clásico, es el debido a Benjamin Constant, activo partícipe de la lucha contra el Estado absolutista y de la elaboración del derecho público posrevolucionario. El tema aparece en su merecidamente famosa oposición de libertad de los antiguos frente a libertad de los modernos. Mientras que los antiguos concebían su libertad como ejercicio colectivo y directo de la soberanía, para los modernos, la libertad es la independencia del individuo en su vida privada o, como también supo decir, el “... disfrute pacífico de la independencia individual”.<sup>5</sup> Entre las principales garantías exigidas por los modernos, Constant incluía el derecho de no estar sometido sino a leyes, de no poder ser detenido, ni preso, ni muerto, ni maltratado de manera alguna por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o de muchos individuos.<sup>6</sup>

De esta constelación de intereses parten los impulsos teóricos que irán delineando la seguridad jurídica como aspiración del derecho moderno: previsibilidad para la actividad económica bajo

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 650 y ss. El moderno capitalismo racional, con su exigencia de un derecho previsible, sólo podía generarse: 1) Allí donde, como en Inglaterra, los abogados que servían intereses capitalistas creaban la forma adecuada de los negocios y los jueces estaban ligados estrictamente al esquema calculable de los “precedentes”; o bien 2) En el moderno Estado occidental basado en la burocracia profesional y el derecho sistemático-racional de la Europa continental, con un funcionamiento que en conjunto puede calcularse; *ibidem*, p. 1062. La cuestión del desarrollo capitalista en Inglaterra a pesar de su justicia empírica y su derecho sin pretensiones de sistematización racional, representó un desafío para la teoría weberiana sobre el capitalismo racional, dando lugar a explicaciones que presentan ciertas inconsistencias. En la literatura sobre la sociología jurídica de Weber, se discute el tema como el “problema de Inglaterra”. Al respecto puede verse Ewing, Sally, “Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber’s Sociology of Law” en *Law & Society Review*, vol. 21, N° 3, 1987, pp 487-511.

<sup>4</sup> Por esto también consideramos inapropiado encontrar en Hobbes un teórico históricamente relevante para el problema de la seguridad jurídica. Como dijimos, Hobbes se preocupa del problema de la seguridad contra la violencia y no de la seguridad jurídica. Si es cierto que en el *Leviathan* o en el *De Cive*, se pueden encontrar esbozos de la máxima *nullum crimen sine lege*, esto no permite convertir a Hobbes en un teórico verdaderamente interesado en limitar las distintas formas de arbitrariedad estatal para brindar previsibilidad a los súbditos. Hobbes construye una justificación del Estado absolutista en oposición al cual se elaborarán las garantías que presupone la seguridad jurídica. Hobbes es más un apologista del Estado absoluto que ahoga el conflicto social en aguas invencibles del orden autoritario, antes que un precursor del Estado de derecho que siembra seguridad jurídica para el florecimiento de negocios y autonomía privada.

Acerca de la presencia del principio de legalidad en materia penal dentro de la obra de Hobbes, ver López de Oñate, Flavio, *La certeza del derecho*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, Ejea, Buenos Aires, 1953, p. 84, donde también se da cuenta de las reservas que al respecto expresaba Bobbio.

<sup>5</sup> Constant, B., *Curso de Política Constitucional*, Taurus, Madrid, 1968, p. 232.

<sup>6</sup> “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos” en *Escritos políticos*, trad. María Luisa Sánchez Mejía, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. El gran malentendido en torno a la obra de Constant es el haberlo considerado como un mero propagandista de lo que él analizaba como libertad de los modernos. Esto tiene que ver con la presentación que de él efectuó Isaiah Berlin como un defensor de la “libertad negativa”, ver “Two Concepts of Liberty” en King, J. Charles, y McGilvray, James A., *Political and Social Philosophy*, McGraw-Hill, New York, 1973. Esta visión no tiene en cuenta las advertencias que Constant formulaba contra el repliegue hacia la vida privada que se seguía de las ideas de los modernos, otorgando nuevas oportunidades para el despotismo. Constant percibía que la autonomía privada es también amenazada si se abandona el ejercicio de las libertades políticas y por estas últimas profesaba un entusiasmo romántico. Al respecto puede verse Barberis, Mauro, Benjamin Constant. *Rivoluzione, costituzione, progresso*. Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 301 y ss.



Los antiguos concebían su libertad como ejercicio colectivo y directo de la soberanía, para los modernos, la libertad es la independencia del individuo en su vida privada

esquemas de mercado y exclusión de toda arbitrariedad que atente contra la autonomía individual. Así se puede apreciar en el análisis, que a principios del siglo XX, hacía R. Demogue de la idea de seguridad jurídica. Para este civilista cabía distinguir entre seguridad jurídica “estática”, volcada a la protección de los derechos subjetivos, y la seguridad jurídica “dinámica”, orientada a la protección del tráfico o comercio jurídico.<sup>7</sup>

Las breves referencias al campo histórico de donde surgió la preocupación por la seguridad jurídica nos permiten obtener algunas conclusiones de importancia. En primer lugar, que la seguridad jurídica es un tema propio del moderno derecho occidental. Cuando en los trabajos sobre la seguridad jurídica se echa mano a citas del pensamiento pre-moderno, es posible que se ande en busca de una escritura elegante con inciertos resultados

estilísticos, pero sin duda se está cometiendo un error teórico. Otras veces, el tema de la seguridad jurídica inspira la pretensión de hacer una historia de largo alcance en un muy corto espacio, utilizando ciertos rudimentos antropológicos. Así, uno se encuentra con la presentación en escasos párrafos de una curiosa historia de la evolución del derecho por medio de las civilizaciones humanas, alumbrada por la noción de seguridad jurídica. Frente a tales anacronismos, afirmamos que la seguridad jurídica es un problema que sólo puede comprenderse en el marco de la modernidad occidental, conforme a los intereses que se desprende de su sistema económico y de sus nuevas formas de dominación política.

Otra conclusión que nos interesa destacar es que las discusiones en torno a la seguridad jurídica han tenido siempre que ver, por un lado, con la opción por la empresa capitalista racional que persigue beneficios estables en el marco de un orden jurídico previsible y, por otro, con la construcción de un orden político basado en el imperio de la ley y opuesto a la arbitrariedad

<sup>7</sup> *Notions fondamentales du Droit Privé*, Lib. A. Rousseau, Paris, 1911.

estatal. Actualmente y en nuestro ámbito, éstas siguen siendo las principales motivaciones que explican el interés por la seguridad jurídica: pensar cuáles son las condiciones para un desarrollo económico que se sustente en inversiones que no obtengan su renta de irregularidades o privilegios, y cuáles son los arreglos institucionales que permitan consolidar un estado de Derecho donde los derechos de las personas no se vean amenazados por arbitrariedades.

La seguridad jurídica frente a otros principios:

Otra manifestación de las imprecisiones con que se usa la noción de seguridad jurídica es la ampliación que se hace de su significado hasta abarcar exigencias que corresponden a principios diferentes. En los textos sobre la seguridad jurídica es frecuente verla convertida en un concepto voraz que absorbe cuestiones propias de los principios de igualdad, libertad, equidad distributiva, democracia, etc.

Un ejemplo de lo que planteamos es la postura que Elías Díaz defendía sobre el tema con anterioridad a la democratización de España. Este autor proponía distinguir entre un sentido estricto de seguridad jurídica que supone sujeción del gobernado y el respeto de una legalidad por parte del Estado, en contraposición a un puro Estado de arbitrariedad, y otro sentido más amplio que se sitúa no en el estricto ámbito de la legalidad, sino en el nivel superior de la legitimidad. El sentido más pleno de la seguridad jurídica se alcanzaría al trascender el plano de la mera legalidad y cuando las libertades fundamentales y derechos humanos estén adecuadamente incorporados a un sistema jurídico y protegidos con toda la fuerza de que el mismo dispone. Sin ello no habría propiamente seguridad jurídica aunque exista sistema de legalidad.<sup>8</sup> Dada la época en que se elaboró este enfoque, es posible advertir que constituye una parte de la polémica que protagonizaba E. Díaz contra el franquismo, disputando el sentido de los valores formales con que el régimen pretendía legitimarse y a los cuales el autor cargaba de sustantividad democrática para volverlos críticamente contra el orden imperante. Pero a pesar de haberse superado la etapa de este origen polémico del enfoque de E. Díaz, se ha mantenido el mismo por parte del autor y de otros importantes teóricos

españoles del derecho, como Manuel Atienza y Albert Calsamiglia.<sup>9</sup> En la misma línea argumental se inscribe el trabajo de quienes proponen incluir en la idea de seguridad jurídica a la busca de la equidad en las relaciones contractuales y en otras situaciones donde se puedan presentar problemas de aguda desigualdad material.<sup>10</sup>

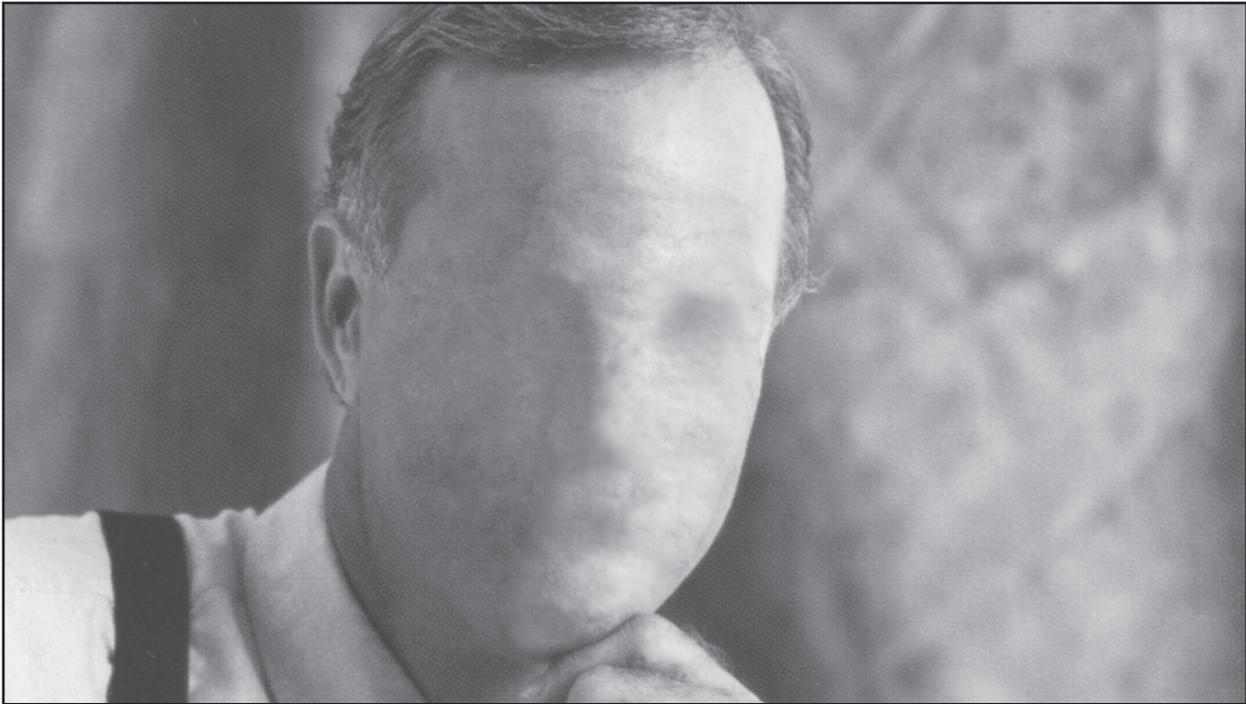
El problema con este tipo de concepciones es que preocupados por construir una concepción de la seguridad jurídica que nos resulte moralmente más atractiva, incluyen cuestiones propias de otros principios y deterioran la especificidad conceptual de la noción que aquí nos interesa. Encontramos, así, entre los aspectos abarcados por la seguridad jurídica a todas las exigencias del estado de Derecho, de la democracia, de la equidad en las relaciones sociales, etc. A los principios fundamentales de la organización social (condiciones de legitimidad del Estado, régimen de libertades, pautas de distribución de la riqueza, etc.) corresponde discutirlos dentro de lo que se conoce como teoría de la justicia. En los trabajos que criticamos se parte afirmando que la seguridad jurídica no tiene que ser vista como conflictiva con los principios de justicia, lo cual es acertado,<sup>11</sup> para terminar operando con una idea de seguridad jurídica tan ampliada que es prácticamente coextensiva con la de justicia, lo cual es un error.

<sup>9</sup> Atienza presenta la distinción entre seguridad-orden y la seguridad jurídica, implicando esta última la garantía de una constante progresión en la libertad, igualdad y dignidad humanas. La "seguridad jurídica en sentido estricto" se abre, según este autor, cuando el Ordenamiento asegura en cierta medida los valores de libertad e igualdad; *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, pp. 115-119. Por su parte Calsamiglia sostiene que el "... concepto seguridad jurídica no sólo hace referencia a la previsibilidad, sino también sino también a la Justicia ... para que exista un orden social es necesario que haya no sólo una seguridad-hecho sino un tipo especial de seguridad como exigencia de justicia y resultante de ella"; *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986, pp. 140 y s.

<sup>10</sup> Para José Luis Mezquita del Cacho, la seguridad jurídica dentro de un Estado social debe servir a la promoción de la igualdad real empezando por remover el obstáculo que deriva, a este efecto, del desequilibrio de poder en él se lleva a cabo la contratación sobre bienes de necesidad individual dentro una sociedad neocapitalista. La legislación de protección de usuarios y consumidores constituiría una muestra de dicho propósito. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1989, p. 246.

<sup>11</sup> Una buena parte de la literatura sobre la seguridad jurídica se ocupa de discutir las relaciones entre seguridad jurídica y justicia. Gustav Radbruch, en la etapa positivista de su pensamiento, veía una relación contradictoria entre seguridad jurídica y justicia, y proponía como valor propio del derecho a la primera en contra de la segunda. La importancia del autor y lo polémico de su planteo en cierta medida explican la atención que posteriormente recibió el tema.

<sup>8</sup> Díaz, Elías, La seguridad jurídica y el estado de Derecho, Cuadernos para el diálogo, núm. extraord. XVII, dic. 1969, pp. 7-10.



La seguridad jurídica se convierte en un concepto imperialista que todo lo domina, pero que a pesar de lo vasto de su poder padece un grave defecto: carece de rostro propio.

Para abordar estos problemas, lo adecuado es calificar o adjetivar la noción de seguridad jurídica y ponerla en relación con otros conceptos de importancia. Sin duda, es de gran interés plantearnos qué sentido cobra la seguridad jurídica en el contexto de un Estado democrático o a luz de los fines del Estado social, pero no hacer que en el problema conceptual de la seguridad jurídica se resuelva toda una teoría de la legitimidad democrática o de la forma de Estado más adecuada para materializar el sistema completo de los derechos humanos. De lo contrario la seguridad jurídica se convierte en un concepto imperialista que todo lo domina, pero que a pesar de lo vasto de su poder padece un grave defecto: carece de rostro propio.

Por nuestra parte, entendemos que la seguridad jurídica reúne una serie de exigencias para el sistema jurídico que representan una dimensión sólo parcial y formal de la idea de justicia. Como aspecto parcial de la idea de justicia, no se puede descartar que se presenten casos de importantes conflictos entre cierto postulados de la seguridad jurídica y otras exigencias de justicia (por ejemplo, entre respeto de los derechos adquiridos y medidas que provoquen un gran cambio social para una distribución más justa de la riqueza, o entre estabilidad de las relaciones contractuales y correcciones de equidad) que deben solventarse en discursos de aplicación que procuren

la mejor solución para cada caso.<sup>12</sup> A su vez, la seguridad jurídica puede encontrar condiciones más favorables para su efectividad cuanto más avanzada sea la materialización de otras exigencias de justicia (por ejemplo, una ciudadanía activa y condiciones sociales equitativas serán circunstancias favorables para un mejor conocimiento de las normas jurídicas por parte de sus destinatarios y una mejor defensa de los derechos de cada uno), pero ello no nos puede llevar a incluir a estos otros principios entre los elementos conceptuales de la seguridad jurídica.

Además, dado el carácter formal de los postulados que abarca la seguridad jurídica, un cumplimiento avanzado de los mismos no nos asegura que haya un avance significativo de las libertades individuales, la democracia o la justicia social. Como hemos comentado, hay un nexo histórico entre la preocupación por la seguridad jurídica y la derrota del Estado absolutista lograda por los movimientos liberales. Pero ello no nos puede llevar a pensar que siempre que se respete la seguridad jurídica habrá una sociedad donde el régimen de libertades sea

<sup>12</sup> En sentido similar Peczenik, Aleksander, "Law-State, Legal Certainty and Legitimacy of Law" en Karlsson, Mikael y Jónsson, Olafur, (eds.), *Law, Justice and the State IV. ARSP- Beiheft 61*, 1995, p. 120.

extenso y reconocido igualitariamente a todos. Un régimen autoritario que restrinja en gran medida los derechos de los individuos frente al poder del Estado bien puede atenerse a normas estables, claras y públicas. Lo mismo puede suceder con una sociedad racista donde normas claras y ciertas consagren sistemas de derechos discriminatorios para cierto grupo.

De la traumática experiencia padecida en estados autoritarios donde imperaba la arbitrariedad y la incertidumbre, se extrae la conclusión equivocada que no puede haber seguridad jurídica donde no se asegure un vigoroso sistema de derechos fundamentales o donde no rija un sistema democrático. También la historia nos muestra casos donde un gran interés por la seguridad jurídica no era acompañado por igual preocupación en garantizar las libertades políticas o los derechos sociales. Así, durante el siglo XIX, el pensamiento jurídico del continente europeo se dedicó a afirmar los postulados del estado de Derecho, incluidos aquellos que conforman la idea de seguridad jurídica, a pesar de la falta de democratización de los distintos países.

Afirmar que aún en un régimen autoritario puede haber seguridad jurídica es un reconocimiento que, por desagradable, no deja de ser cierto. Ello porque la seguridad jurídica se realiza según grados, no es cuestión de todo o nada y, por tanto, aunque sin duda no representará la mejor situación, un régimen autoritario bien puede hacer culto de las exigencias de un derecho cierto y eficaz. Pero, además, ello es posible por las limitaciones que presenta el concepto de seguridad jurídica en tanto sólo refiere a exigencias formales que no nos informan sobre el igualitarismo de una sociedad o lo democrática que sea su organización política. Como señalaba H.L.A. Hart, un régimen de normas jurídicas claras y no retroactivas desafortunadamente es compatible con una gran injusticia.<sup>13</sup> Para quienes nos involucramos en la defensa de los derechos humanos, la democracia y una distribución justa de la riqueza, debe estar claro que la seguridad jurídica es sólo una exigencia parcial y formal de la justicia, que debe ser complementada con otros principios diferentes que afirman una igual y efectiva libertad para todos.

<sup>13</sup> The Concept of Law, 2a. ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 207.

### III. Aquello que la seguridad jurídica prescribe:

Ya hemos adelantado la prevención de no confundir la seguridad jurídica con el problema de la seguridad o el orden. Como decíamos, la seguridad jurídica no es la forma en que se intenta proteger a los derechos de las personas frente a agresiones fácticas o del mundo material, sino que trata de evitar amenazas que provienen del sistema jurídico mismo. La seguridad jurídica no es cualquier seguridad procurada mediante disposiciones jurídicas, pues ello equivaldría a mezclar el tema con lo que se conoce como la seguridad ciudadana o la seguridad vital o la seguridad en el medio ambiente de trabajo.<sup>14</sup> Advertía Radbruch que seguridad jurídica no es seguridad por medio del derecho o seguridad frente a las lesiones en los derechos, sino seguridad en el Derecho mismo como sistema.<sup>15</sup> La seguridad jurídica procura erradicar incertidumbres generadas por características estructurales del propio sistema jurídico.

Entendemos, entonces, por seguridad jurídica a la búsqueda de un derecho *cierto*, donde el contenido de las normas jurídicas vigentes pueda ser plenamente conocido por sus destinatarios, y al cual se atengan los instancias estatales de aplicación, es decir, *libre de arbitrariedades*.<sup>16</sup> El ajuste

<sup>14</sup> Lucien Francois reflexiona sobre esto denunciando la estrategia ingenua de pretender que el problema de establecer el sentido de la seguridad jurídica se pueda superar combinando el significado de los vocablos “seguridad” y “jurídica” que componen el sintagma “seguridad jurídica”; “La fiabilité du droit, dite sécurité juridique” AAVV, *La sécurité juridique*, ASBL Editions du jeune barreau de Liege, Liege, 1993, pp. 9 y s.

<sup>15</sup> Para Radbruch esto requería dos cosas: que el derecho no sea abandonado al conflicto de las opiniones, sino establecido por autoridad (derecho positivo), y que no haya equivocidad o duda en su identificación o reconocimiento (derecho cierto); *El espíritu del derecho inglés*, trad. F. Vela, Rev. de Occidente, 1958, pp. 39 y ss.

<sup>16</sup> Próxima a esta propuesta conceptual encontramos la de J. L. Díez-Picazo, quien reconoce dos aspectos de la seguridad jurídica: uno de *certidumbre*, que apela al sistema normativo en demanda de certeza (sistema de fuentes, publicidad normativa, tipicidad penal, reglas de transición en los cambios normativos, respeto de los derechos adquiridos); y otro de *confianza*, que refiere fundamentalmente al aparato jurisdiccional establecido, a la capacidad que el mismo tenga para resolver justa y oportunamente los conflictos; *Fundamentos de Derechos Civil Patrimonial*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 47 y s. Las exigencias de un derecho cierto y de una actuación estatal libre de arbitrariedades, que planteamos como núcleo de la idea de seguridad jurídica, de algún modo coinciden, también, con lo que Antonio-Enrique Pérez Luño llama la corrección estructural del ordenamiento (demandas objetivas sobre características de las normas) y, parcialmente, con lo que llama corrección funcional

del sistema jurídico a estas pautas procura que los ciudadanos puedan decidir su conducta confiados en el conocimiento de las normas que los rigen y logren planificar los cursos de su acción futura con base a un derecho previsible.<sup>17</sup>

Estas aspiraciones que conforman nuestra concepción de la seguridad jurídica las encontraremos materializadas en distintos grados, oponiéndose grandes dificultades a que se alcancen situaciones altamente satisfactorias en las sociedades de nuestro tiempo con firmes relaciones de desigualdad, exclusión y falta de transparencia institucional. En cada sociedad, las tradiciones jurídicas e institucionales van consolidando una serie de pautas más específicas y de instrumentos por medio de los cuales se encuentra adecuado efectivizar las exigencias de la seguridad jurídica. Aquí efectuaremos una enumeración de las que nos parecen más relevantes, sin ninguna pretensión de exhaustividad. Como ya expresamos, estas pautas pueden llegar a presentarse, en ciertos casos, en tensión unas con otras o con otros principios fundamentales, situaciones en las cuales pueden encontrarse buenas razones para apartarse de las mismas o admitir importantes restricciones a su aplicación. Conforme a la concepción de la seguridad jurídica que venimos defendiendo, las expondremos distinguiendo entre las que se orientan a posibilitar un conocimiento cierto sobre el derecho vigente y aquéllas que procuran una actuación estatal sin arbitrariedades y ajustada al orden jurídico.



En cada sociedad, las tradiciones jurídicas e institucionales van consolidando una serie de pautas más específicas.

#### 1) Derecho cierto:

- a) Sistema de fuentes que determine los condiciones de pertenencia y jerarquía de las normas del sistema jurídico, así como, de su producción, modificación y derogación.<sup>18</sup>
- b) Reglas sobre los ámbitos territoriales, materiales, personales y temporales de aplicación de las normas jurídicas.
- c) Publicidad de las normas jurídicas generales.
- d) Claridad y precisión del contenido de las normas jurídicas.
- e) Carencia de contradicciones, lagunas y redundancias en el sistema jurídico.

<sup>18</sup> Para Hart los regímenes que cuentan sólo con normas primarias de conducta presentan defectos de incertidumbre que son superados, en los grandes grupos humanos de las sociedades complejas, mediante normas secundarias que identifican cuáles normas jurídicas pertenecen al ordenamiento. Las reglas secundarias de reconocimiento intervienen en el tránsito de una etapa pre-jurídica a otra donde se cuenta con un verdadero sistema jurídico. *The Concept of Law* cit., pp. 94 y s.

(demandas respecto de la actuación de los órganos estatales en cuanto su sujeción a la ley, celeridad en la aplicación, etc.), dentro de su concepción de la seguridad jurídica *strictu sensu*; *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 21 y s.

<sup>17</sup> Perez Luño aconseja distinguir entre seguridad jurídica *strictu sensu*, que se manifiesta como exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de normas e instituciones, y certeza del Derecho, que es la proyección en las situaciones personales de la anterior dimensión de la seguridad jurídica y apunta al conocimiento del derecho por parte de sus destinatarios para poder organizar su conducta jurídica presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura. A favor de esta distinción cita terminología corriente en la doctrina alemana, italiana y anglosajona; *La seguridad jurídica* cit., pp. 21 y s. Hay quienes encuentran problemático la referencia a la previsibilidad desde el punto de vista subjetivo pues esto significaría adentrarse en un esquivo plano psicológico. Por el contrario, nosotros resaltamos que el grado de certeza que ofrece el derecho sólo puede establecerse desde el punto de vista de los actores sociales que participan del respectivo sistema jurídico. Esto no implica embarcarse en indagaciones introspectivas o empáticas de estados de conciencia individual, sino que la cuestión depende de la opinión colectiva que socialmente se construye acerca de los logros del sistema jurídico compartido.

- f) Ordenación de las normas en cuerpos sistemáticos por materia y respeto de principios propios de cada una que informen el contenido de las normas y orienten su interpretación.
- g) Legalidad e irretroactividad de las normas repressivas.
- h) Respeto de los derechos adquiridos en las modificaciones normativas.
- i) Derogación expresa de las normas y reglas que solucionen los problemas de transición en las reformas importantes de cierta área del sistema jurídico.
- j) Busca de la economía y estabilidad normativa, evitando situaciones injustificadas de profusión de normas, cambios vertiginosos o corta vigencia de las mismas, por efecto de reformas reiteradas.<sup>19</sup>
- k) Normas sobre prescripción de acciones jurídicas y sobre prescripción adquisitiva, a fin de brindar estabilidad a las situaciones jurídicas.
- l) Publicidad de los derechos reales sobre los bienes de mayor valor y de actos jurídicos que interesan a terceros.
- m) Formas especiales que doten de certeza a la celebración y contenido de actos jurídicos de especial relevancia.<sup>20</sup>

## II) Actuación estatal conforme a derecho:

- a) Servicio de justicia a cargo de un poder independiente que cumpla con la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, y asegure la resolución definitiva de conflictos por un tercero imparcial y con estricta aplicación del derecho vigente.<sup>21</sup>
- b) Garantías procesales de acuerdo a las exigencias del derecho de defensa y del debido proceso, incluyendo la doble instancia judicial para remediar las decisiones defectuosas.
- c) Recursos extraordinarios contra los procesos irregulares y las decisiones arbitrarias.
- d) Reglas sobre preclusión y plazos procesales que limiten la duración de los pleitos.
- e) Agilidad del servicio de justicia para una resolución en tiempo oportuno de los conflictos.
- f) Autocontrol de la administración pública sobre la regularidad jurídica de sus actos.
- g) Control judicial de la actividad administrativa.
- h) Fundamentación de las decisiones de los órganos de aplicación, tanto en los actos administrativos como en las sentencias judiciales.

<sup>19</sup> Respecto de la exigencia de economía normativa debemos evitar la confusión con el lugar común de nuestro tiempo según el cual se sufre “una inflación de normas” por la simple circunstancia del gran incremento del número de leyes y la multiplicación de regulaciones jurídicas. Lo que exige la seguridad jurídica es que no se aumente el número de normas de manera injustificada. Contra lo que difundió el pensamiento conservador del liberalismo económico, el alcance adecuado de las regulaciones no es una mera cuestión numérica o cuantitativa. Son necesarias muchas más regulaciones que en el pasado porque el Estado, por muy importantes razones, ha dejado de abstenerse de intervenir en numerosos temas antes confiados sólo al mercado (relaciones laborales, sistemas de protección social, políticas antimonopólicas, protección del consumidor, protección del medioambiente, etc.) y porque la sociedad ha aumentado su complejidad. Como lo expresan los análisis sistémicos, ante el aumento de la complejidad del ambiente, el sistema jurídico tiene que reaccionar mediante una mayor diferenciación interna. En las sociedades contemporáneas, altamente complejas, no cabe abrigar una nostalgia romántica por un derecho más simple. La economía normativa sólo puede consistir en una exigencia de justificar adecuadamente la necesidad de cada nueva regulación y evitar el incremento superfluo de normas que se produce con políticas erráticas de los gobiernos que en ocasiones deciden la aprobación de una nueva normativa de forma tan rápida como luego la abandonan por falta de convicción en su justificación. La mera simplificación de los sistemas jurídicos contemporáneos mediante el achicamiento de la normativa no significa otra cosa que el Estado renuncia a regular numerosos asuntos sociales de importancia y los deja librado a la relación de fuerzas entre los particulares que están afectados.

<sup>20</sup> Aquí se observa un ilustrativo caso de cómo elementos jurídicos primitivos propios de las sociedades pre-modernas, como son los ritos formales de los que se hace depender la validez de un acto, son retomados en las sociedades complejas en favor de intereses plenamente modernos como son los vinculados a la seguridad jurídica.

<sup>21</sup> Cuando hablamos de resolución de los casos particulares mediante decisiones ajustadas a derecho, utilizamos los mismos términos en que se expresaban las teorías sobre la seguridad jurídica en el siglo XIX pero una gran diferencia de significados, además del tiempo, separa a un discurso del otro. En el siglo XIX se confiaba en la posibilidad de decidir los casos judiciales de manera silogística y donde la ley podía ser premisa mayor *suficiente* del razonamiento. Aún Weber, cuando destacaba la mayor previsibilidad del derecho formalmente racionalizado, pensaba en este tipo de razonamiento jurídico y adhería a una visión de la dogmática cuya tarea era la dilucidación del “contenido objetivo, lógicamente correcto” de los preceptos jurídicos. Entre esa época y hoy, en teoría del derecho se ha analizado con profundidad el problema de lagunas que puede ofrecer el orden legal y la zonas de penumbra que se presentan en la interpretación de los enunciados normativos. Otras decisiones importantes que adopta el órgano de aplicación tienen que ver con la elección del material normativo en que basará su decisión. Por nuestra parte participamos de la corriente de pensamiento según la cual, en la resolución de todos estos problemas, el discurso jurídico de justificación traba relaciones con el discurso político y moral, contra quienes sostienen la insularidad del razonamiento jurídico. Hay quienes opinan que la adecuada justificación de las decisiones del órgano de aplicación, *también* desde un punto de vista de justicia, es un incremento de la “certeza jurídica”, mientras que otros rechazan tal concepción de la certeza jurídica a partir de un no-cognitivism en materia moral. Como ejemplo de cada una de estas posturas puede verse Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, por un lado, y, por otro, las críticas que se le formulan en Comanducci, Paolo, “Aarnio and the Problem of Legal Certainty”, en *Rechtstheorie*, N° 26, 1996, pp. 27-44.



‘Certeza del derecho’ es un principio que, formado en el tardo Medioevo, se impuso en la época moderna como un baluarte esencial de civilidad.

- i) Mecanismos jurisdiccionales que aseguren la prevalencia de las normas superiores del ordenamiento y que protejan los derechos fundamentales aún contra la propia actuación del legislador ordinario.

En la enumeración precedente procuramos mantener coherencia con nuestra postura, previamente expuesta, de no extender la idea de seguridad jurídica abarcando contenidos de otros principios sustantivos diferentes. Cuando afirmamos que se deben establecer mecanismos jurisdiccionales que aseguren el predominio de las normas superiores del ordenamiento no estamos presuponiendo que se tratará de constituciones democráticas. Al decir que se deben proteger los derechos fundamentales, nos referimos a aquellos derechos subjetivos que un ordenamiento positivo garantice de manera especial, sin calificar el eventual contenido de tal categoría. El reclamo de que un ordenamiento jurídico esté presidido por una constitución democrática o que garantice de forma integral al conjunto de derechos humanos no es algo que se siga simplemente de la idea de seguridad jurídica sino que depende de otros principios como los de

libertad, igualdad o dignidad humana.<sup>22</sup> También hemos tratado de no confundir las pautas que integran el núcleo de lo que denominamos seguridad jurídica con aquellas condiciones sociales que pueden resultar favorables para su realización, pero que conceptualmente integran otro tipo de objetivos de la organización social. Tal es el caso del grado de educación de la población, del activismo de la ciudadanía, de la equidad en la distribución de la riqueza, etc.<sup>23</sup>

## IV. Algunos desafíos actuales:

Desde varias décadas atrás se vienen produciendo transformaciones especialmente relevantes en las condiciones de aplicación de algunos de los elementos comprendidos por la idea de seguridad jurídica. Así observamos lo sucedido respecto del sistema de fuentes y acerca de los mecanismos jurisdiccionales previstos para hacer valer la jerarquía de las normas superiores del sistema jurídico.

<sup>22</sup>Una concepción de la seguridad jurídica, similar a la que hemos defendido y que a su vez es puesta en relación con otros principios importantes y de carácter sustantivo, es la esbozada por Antonio Baldassarre, quien reflexiona sobre el tema bajo la habitual terminología italiana de la “certeza del derecho”. Dice este jurista, presidente de la Corte Constitucional italiana, que la “... ‘certeza del derecho’ es un principio que, formado en el tardo Medioevo, se impuso en la época moderna como un baluarte esencial de civilidad. El mismo presupone que todo sujeto sea puesto en condiciones de conocer preventivamente no sólo la *fuerza* del derecho, sino también el *contenido* de la regla de aplicación, de forma que se reduzca al mínimo el arbitrio de la autoridad (jueces, administración pública) competente para ejecutar el derecho y aplicarlo en el caso concreto. La ‘certeza del derecho’ es, por lo tanto, función tanto de la *seguridad* y de la *libertad* de las personas, como de la uniformidad y de la generalidad-abstracción de la norma jurídica y por ello, sobre este último aspecto, de la *igualdad* entre los hombres”; *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma, 2002, p. 380, destacados en el original. No es de extrañar que remita sobre el punto a la clásica contribución que en 1942 hiciera F. López de Oñate con su *La certeza del diritto* y que ya hemos citado por la edición en castellano de 1953.

<sup>23</sup> Este es el tipo de problemas que encontramos en sugerencias como las de Mezquita del Cacho, quien incluye en las exigencias de la seguridad jurídica a las “medidas que promuevan el equilibrio más equitativo entre los ciudadanos en toda clase de relaciones”, *Seguridad jurídica y sistema cautelar* cit., p. 79; o como las de Rodolfo Vigo cuando abarca bajo el concepto de seguridad jurídica a la “disposición ciudadana al cumplimiento de sus deberes” o a “la existencia de una moneda estable”, “Aproximaciones a la seguridad jurídica” en *Derechos y libertades*, Año III, N° 6, Madrid, febrero 1998, p. 512 y s.

Con posterioridad a la segunda Guerra Mundial, en los sistemas jurídicos occidentales se ha producido un gran cambio en la forma de protección de los derechos fundamentales. Sea mediante reformas de los textos constitucionales o por la entrada en vigencia de tratados internacionales, son ahora muy numerosos los países que reconocen como derechos fundamentales a un conjunto de derechos mucho más amplio que los clásicos derechos civiles y políticos. Se encuentra muy extendido el reconocimiento jurídico de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, así como, del aún más heterogéneo conjunto designado como derechos de tercera generación, con todas las tensiones que ello implica en sociedades que continúan produciendo enormes desigualdades económicas y sociales, junto con situaciones de marginalidad, agresión cultural, degradación del medioambiente, etc. Algunos países, además, han superado su carencia de mecanismos de control de constitucionalidad mediante la conformación de sistemas concentrados. En tal sentido, es notorio el caso de Europa continental.

Acompañando estos cambios se ha desarrollado el constitucionalismo, entendido como la defensa de una teoría exigente sobre las condiciones de validez material de las normas inferiores del sistema jurídico a partir de una enfática afirmación de los derechos fundamentales consagrados por las normas superiores. La proyección que esta situación tiene sobre el problema de la seguridad jurídica no deja de ser un tema polémico. Para algunos, este es el camino del progreso hacia un sistema jurídico donde no se toleren las irregularidades provocadas por acciones u omisiones de los distintos órganos estatales, incluido el legislador ordinario, en desconocimiento de los efectos de las normas superiores como verdaderas normas jurídicas. Otros se alarman por el poder que habrían cobrado los jueces generando problemas no sólo de legitimidad democrática (el cambio de la posición relativa de los jueces respecto del legislador designado por elección popular) sino también de mayor incertidumbre sobre los derechos de cada uno. Se ha ampliado el margen de discrecionalidad para los jueces, se plantea desde este último punto de vista, porque los enunciados jurídicos sobre derechos fundamentales van más allá de la formulación escueta, propia de todos los preceptos constitucionales, para presentarse como principios jurídicos, lo que significa un alto grado de generalidad e imprecisión.

Presentar este debate a partir del tema del constitucionalismo, quizá pueda oscurecer otros aspectos significativos que tiene la multiplicación de los esquemas de protección de los derechos fundamentales. Debe prestarse también atención a la evolución seguida desde la posguerra en el campo de la protección internacional de los derechos fundamentales. Esto ha cambiado la posición que ocupan las normas internacionales en el sistema de fuentes de muchos países, pero además ha dado lugar a situaciones inéditas de intervención de órganos internacionales en el enjuiciamiento de casos que anteriormente se consideraban de competencia exclusiva de los tribunales nacionales.

Finalmente, queremos resaltar el nuevo escenario en que se ubican los países que participan de procesos de integración regional. El desarrollo de un derecho supranacional altera el sistema de fuentes de los países miembros de un modo tal que devienen obsoletas las teorías consolidadas por la tradición y se encuentran importantes dificultades para la construcción de teorías que den cabalmente cuenta del actual estado de cosas. En este caso, no estamos hablando solamente de declaraciones internacionales de derechos, sino del despliegue de una profusa normativa que establece complejas regulaciones sobre una gran variedad de esferas de acción social. Además de los cuestionamientos por el déficit democrático con el cual se erige este nuevo derecho, se hace visible el insuficiente desarrollo de formas institucionales y doctrinarias que faciliten su conocimiento y el examen crítico de su aplicación. Los países involucrados en este tipo de experiencias deben advertir que esta es una vía por la que arriban unos de sus más importantes desafíos para la aspiración de que los ciudadanos puedan actuar y decidir a partir de un derecho cierto y aplicado sin arbitrariedades.

## Bibliografía

- Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcano-va, Barcelona, 1985.
- Baldassarre, Antonio, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma, 2002.

- Barberis, Mauro, Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso. Il Mulino, Bologna, 1988.
- Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty" en King, J. Charles, y McGilvray, James A., Political and Social Philosophy, McGraw-Hill, New York, 1973.
- Calsamiglia, Albert, Introducción a la ciencia jurídica, Ariel, Barcelona, 1986.
- Comanducci, Paolo, "Aarnio and the Problem of Legal Certainty", en *Rechtstheorie*, N° 26, 1996, pp. 27-44.
- Constant, Benjamin, Curso de Política Constitucional, Taurus, Madrid, 1968.
- Constant, Benjamin, "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" en *Escritos políticos*, trad. María Luisa Sánchez Mejía, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Demogue, René, *Notions fondamentales du Droit Privé*, Lib. A. Rousseau, Paris, 1911.
- Díaz, Elías, La seguridad jurídica y el Estado de derecho, Cuadernos para el diálogo, num. extraord. XVII, dic. 1969.
- Díez-Picazo, José Luis, *Fundamentos de Derechos Civil Patrimonial*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1979.
- Ewing, Sally, "Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber's Sociology of Law" en *Law & Society Review*, vol.21, N° 3, 1987.
- Francois, Lucien, "La fiabilité du droit, dite sécurité juridique" en AAVV, *La sécurité juridique*, ASBL Editions du jeune barreau de Liege, Liege, 1993 pp. 7-20.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Clarendon Press, Oxford, 1994.
- López de Oñate, Flavio, *La certeza del derecho*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, Ejea, Buenos Aires, 1953.
- Mezquita del Cacho, José Luis, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1989.
- Peczenik, Aleksander, "Law-State, Legal Certainty and Legitimacy of Law" en Karlsson, Mikael y Jónsson, Olafur, (eds.), *Law, Justice and the State IV. ARSP- Beiheft 61*, 1995, pp. 118-124.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.
- Radbruch, Gustav, *El espíritu del derecho inglés*, trad. F. Vela, *Rev. de Occidente*, 1958.
- Vigo, Rodolfo, "Aproximaciones a la seguridad jurídica" en *Derechos y libertades*, Año III, N° 6, Madrid, febrero 1998, pp. 495-516.
- Weber, Max, *Economía y sociedad*, trad. J. Medina Echevarría, J. Roum Parella, E. Imaz, E. García Mainez, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed. 1.964.
- Weber, Max, *Ensayos sobre sociología de la religión I*, 2ª. ed, trad. José Almaraz y Julio Caravana, Taurus, Madrid, 1987.