

La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

I. INTRODUCCION

En una carta inédita de Tocqueville a Charles Stoffels de 21 de Abril de 1830, escribe que «... el cuerpo social lo ha previsto todo; el individuo sólo se toma la pena de nacer, en cuanto a lo demás, la sociedad lo coge en sus brazos de nodriza, vigila su educación, abre ante él los caminos de la fortuna, le sostiene en su marcha, aparta de su cabeza los peligros...», y añade inmediatamente: «... El, avanza en paz bajo la mirada de esa segunda providencia; el poder tutelar que le ha protegido durante toda su vida, vigila también el reposo de sus cenizas: he ahí la mente del hombre civilizado...» (Citado por Díez del Corral «El pensamiento político de Tocqueville». Alianza Universal Madrid 1989, p.51).

En una primera aproximación nos sirve esta caracterización de la seguridad que recuerda otro texto más pesimista de Rousseau como protección que produce orden y certeza, si la vemos desde el punto de vista objetivo y como ausencia de temor y ausencia de duda, si lo hacemos desde el punto de vista subjetivo. En Tocqueville se describe a la seguridad, pero también se valora, con preocupación, la posibilidad de que adormezca la iniciativa y la creatividad, fomentando la servidumbre voluntaria de la que habló, ya en el siglo XVI, Etienne de la Boétie.

Por otro lado Hobbes considera a la seguridad como paz derivada del contrato social que saca al hombre del Estado de Naturaleza y le convierte en ciudadano que entrega al Poder, al Leviathan, su seguridad, en detrimento de su libertad natural que le llevaba a la guerra de todos contra todos.

Estamos ante un concepto complejo que evoca tranquilidad, ausencia de miedo y de violencia pero que entronca también con servidumbre, como conformismo, como ausencia de iniciativa y como ausencia de libertad. La primera servidumbre lo es en el campo de la cultura como esa

pretensión del espíritu humano de obtener una tranquilidad imposible en el ámbito de la inteligencia que puede fomentar o favorecer la segunda, la servidumbre política, a través de un proceso psicológico que Frömm estudió sobre todo en «El miedo a la libertad».

Esta idea general de seguridad, concretada en su dimensión jurídica adquiere a su vez diversos matices que no son, como veremos, ajenos a la evolución del poder político y de su derecho, con lo que probablemente, la función principal de la filosofía jurídica sea intentar acotar los sentidos del término seguridad, distinguiendo sus denominaciones léxicas de las estipulativas y preparando una clarificación útil para el científico del Derecho y en general para todos los operadores jurídicos.

Frente a las desviaciones patológicas de la seguridad que conducen a las servidumbres que acabamos de evocar, se perfilará en el mundo moderno un concepto progresivamente vinculado a las concepciones democráticas, que superará planteamientos antitéticos con la idea de justicia para acabar integrándose en esta noción clave para la comprensión integral del Derecho. La evolución histórica que prepara este proceso y los rasgos centrales que lo identifican serán el desarrollo principal de estas reflexiones desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho.

II. EVOLUCION DE LA SEGURIDAD JURIDICA

A) Como casi todos los términos culturales, la seguridad jurídica es un concepto histórico que encontramos en el mundo moderno. La seguridad, en un sentido más general, vinculada a otros factores distintos del Derecho, existe en la Edad Media, aunque su raíz sea más bien social y religiosa. La ausencia de temor y de duda del hombre medieval es consecuencia de su inserción por un lado en una comunidad, un gremio, una relación de vasallaje, una corporación, donde desde su nacimiento es formado, orientado y protegido hasta su muerte. Por otro lado la unidad, en la interpretación del mundo y de la vida, que produce, el monopolio de la Iglesia católica en el ámbito de la fe y de las creencias y del imperialismo de la Teología en relación con todas las demás formas de conocimiento humano permite que todos sepan a que atenerse sobre su destino último, sobre el camino para llegar a él, y difumina las incertidumbres, los temores y las dudas.

En cambio, visto desde un punto de vista moderno, el Derecho de aquel tiempo no genera seguridad. El pluralismo de fuentes, el entrecruzamiento de competencias, una creatividad judicial sin norma previa, buscando el «*id quod iustum est*», en el caso concreto y sobre todo, la falta de un poder capaz de imponer sus normas jurídicas, no permite hablar de certeza, ni de ausencia de temor. Los juristas nostálgicos con una vuelta a la Edad Media, no sacan, a mi parecer, todas las consecuencias de esta realidad.

La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho

Lo cierto es que la seguridad se genera por un monismo ideológico, y por una rigidez social y comunitaria que disminuyen la importancia del pluralismo jurídico medieval.

Cuando a partir del tránsito a la modernidad se rompa este monismo ideológico y ese control desde la teología católica con el pluralismo religioso originado por el fenómeno protestante y la proliferación de Iglesias y sectas, y cuando el individualismo de la burguesía naciente resquebraje el comunitarismo gremialista, la seguridad cambiará de signo y empezará a ser seguridad jurídica, con la aparición del Derecho moderno. Ciertamente hay precedentes de la idea en algunos privilegios estamentales, especialmente garantías procesales de los vasallos, como las de Alfonso IX a las Cortes de León en 1188 o en la Carta Magna. Pero como vemos pese al esfuerzo de Carlyle estos precedentes son escasos y tienen diferente significado.

El monopolio en el uso de la fuerza legítima que supone el Estado como forma política propia del mundo moderno en el decir de Weber, y la reserva al Soberano estatal de la producción jurídica en la formulación de Bodino que refleja fielmente la realidad de su tiempo y la evolución posterior, trasladarán el centro de gravedad de la seguridad. El monismo jurídico moderno empezará a coexistir con el pluralismo ideológico y con un individualismo creciente, y se podrá hablar propiamente, a partir de entonces, de seguridad jurídica, sin perjuicio de los precedentes antiguos que encontramos en el Derecho Romano. Así la recepción en el tránsito a la modernidad del Derecho Romano como «ratio scripta», para superar el pluralismo jurídico medieval y para favorecer la unificación de los reinos explica también la identificación de la seguridad con el Derecho. La dialéctica monismo ideológico-religioso-pluralismo jurídico primero, y pluralismo ideológico-religioso-monismo jurídico después, estarán en la raíz del cambio de sentido de la seguridad.

B) El humanismo jurídico, el iusnaturalismo racionalista, el positivismo normativista y su superación desde perspectivas plurales en la actualidad, manteniendo el carácter central del Derecho como ordenamiento jurídico, desde el punto de vista interno, y por otro lado las aportaciones del pensamiento político renacentista, ilustrado, liberal, democrático y socialista desde el punto de vista externo, marcarán hasta hoy la evolución de la idea de seguridad jurídica.

Junto al cambio que hemos señalado de una seguridad apoyada en el monismo ideológico y en la rigidez social, a la protegida por el monismo del Derecho Estatal en el mundo moderno otro fenómeno cultural tendrá relevancia significativa en la evolución de la idea de seguridad jurídica. Me refiero a la crisis del iusnaturalismo, y de su idea de una justicia material, que se producirá a finales del siglo XVIII a partir del triunfo de las revoluciones liberales en Francia y en las colonias inglesas de Norteamérica, aunque el iusnaturalismo moderno, racionalista y fundamentalmen-

te protestante, ya encerraba serias contradicciones que prepararon su propia destrucción. En efecto, la idea del contrato social como origen del poder legítimo del Derecho como primera función del poder soberano surgido del contrato, y el paso de la libertad natural a la civil para la eficacia social de los derechos, que son ideas-fuerza de esa concepción anuncian el positivismo. Quizás en este sentido el más coherente de los autores de esa época, sea Hobbes para quien la única función del Derecho Natural es legitimar la obediencia al Derecho Positivo.

La repercusión de este proceso en la idea de seguridad jurídica será convertir a ésta, de una característica no buscada, derivada de la misma existencia del Derecho, al fin principal del mismo, puesto que parece imposible un objetivo de justicia material, razón de ser del Derecho Natural. Si no existen verdades objetivas que constituyan el contenido del Derecho justo, busquemos mecanismos y técnicas formales que aseguren la posibilidad de una autonomía libre para la actividad del individuo. Pascal en sus *Pensées*, lo formulará, probablemente sin intención pero con una feliz expresión: «Si la justicia no es fuerte hagamos que la fuerza sea justa». Se iniciará así la idea positivista de la seguridad jurídica, vinculada a la concepción política liberal democrática que propugna y defiende procedimientos y técnicas que aseguren y den certeza al individuo, ciudadano y hombre privado. La justicia material es sustituida por la seguridad jurídica como justicia formal o procedimental.

Dentro de los límites y de los puntos de vista del positivismo legalista y estatalista del siglo XIX este esfuerzo que caracterizamos más adelante, pero que podemos identificar con el Estado de Derecho, se puede valorar positivamente, frente al exceso de lo que llama Bobbio la Teoría formalista de la justicia, propia del positivismo ideológico, en virtud de la cual el Derecho es justo por ser Derecho. Es el reduccionismo de la justicia a la validez, tan rechazable como su contrario, el de la validez a justicia propio del iusnaturalismo extremo.

La idea positivista liberal de seguridad jurídica encontrará la resistencia de las posiciones que defienden la posibilidad de un Derecho justo de carácter material, y éstas se formularán como antagonismo de justicia y seguridad jurídica que aparecerán como contradictorias. Muchas de las ponencias al Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica de 1938 en Roma, se situarán en esta perspectiva.

Se podría decir que la seguridad jurídica como justicia formal o procedimental, se encuentra centrada entre dos posiciones extremas, en la cultura jurídica moderna: la que cree que el Derecho al existir no sólo crea seguridad sino también justicia y la que contrapone la seguridad a una justicia material identificable por la autoridad de su autor, Dios, o por la racionalidad de sus contenidos —Derecho Natural—.

Hoy esta situación está superada y vivimos, en la cultura jurídica, un intento de evitar la dialéctica iusnaturalismo versus positivismo.

La teoría jurídica kelseniana, probablemente por sus planteamientos la más genuina representante de esa ideología liberal positivista formalista, de la seguridad jurídica, se completará y se corregirá haciéndola compatible con contenidos materiales de justicia, procedentes de la moralidad democrática, producto de la dialéctica razón e historia, en el mundo moderno. En los principios, los valores y los derechos fundamentales se integrarán esas dos perspectivas que superan la dialéctica antagónica iusnaturalismo-positivismo. Hart o Bobbio, en la doctrina y el ejemplo de nuestra Constitución con su artículo 1-1, en el Derecho positivo son expresivos de esas nuevas tendencias, que he intentado poner de relieve en mi libro sobre «Los valores superiores» (Tecnos Madrid, 1984).

C) El núcleo central de la idea de seguridad jurídica, es creación del pensamiento jurídico liberal, del Estado parlamentario representativo, pero arranca ya en el origen del Estado como Estado Absoluto y se prolonga en el Estado Social.

La aparición del Estado como forma política del mundo moderno, al reclamar como hemos dicho, el monopolio de la fuerza y al suprimir o, al menos, iniciar la supresión del pluralismo de fuentes del Derecho, convirtiéndose progresivamente al Derecho en estatal, permitirá la consideración del mismo como sistema, primera condición indispensable para que podamos hablar de seguridad jurídica. Las concepciones tópicas del Derecho como problema, frente al Derecho como sistema son incompatibles con la idea de seguridad jurídica. Sistema y Seguridad jurídica son inseparables. No hay sistema que no produzca, por su sola existencia, una cierta seguridad jurídica, ni seguridad jurídica que se pueda concebir al margen del sistema.

En ese sentido se sitúan las críticas de Bentham al Common Law, en su defensa de la Legislación, puesto que este no puede generar seguridad al actuar jurídicamente «ex post facto», aunque no creo que sea razonable ese planteamiento, puesto que el Common Law es también un sistema con sus reglas del precedente y del «stare decisis».

La segunda gran aportación a la organización de la seguridad jurídica será la progresiva supresión de los privilegios y de las normas especiales, y la aparición de un destinatario genérico de las normas jurídicas, el «homo iuridicus», el futuro ciudadano como destinatario del Derecho en el Estado liberal. Es lo que llamaríamos la igualdad como generalización, una condición «sine qua non» del sistema que afecta al sujeto pasivo y al objeto y contenido de las normas. Junto con la unificación en el soberano, sujeto activo de la producción de normas, en ese primer modelo de Estado moderno se crean las condiciones, de un Derecho estatal, sistemático en cuyo seno existirán las bases de la seguridad jurídica que el Estado liberal completará y profundizará. La mera existencia del Derecho en

este momento crea seguridad, puesto que supera la autotutela del llamado Estado de Naturaleza y la situación real de anarquía y la guerra de todos contra todos de finales de la Edad Media. Hobbes será probablemente el mejor intérprete de esa seguridad jurídica preliberal, y no se puede negar que en su pensamiento están ya las grandes bases de la cultura jurídica moderna.

El Estado liberal será la expresión más pura de la seguridad jurídica, no ya como hecho sino como ideología. La influencia del iusnaturalismo racionalista, con su rígido sistematismo de raíz matemática, será decisivo para impulsar un modelo que se trasladará al Derecho positivo. La Declaración de 1789, con su recepción de la seguridad jurídica como derecho natural del hombre culmina la evolución, ya existente también en el modelo americano, de una idea que añade una dimensión subjetiva a una realidad hasta entonces principalmente objetiva. Por cierto, que hablar de un derecho natural a la seguridad jurídica es un contrasentido, símbolo del contrasentido genérico que supone hablar de derechos naturales o derechos morales. En ningún caso se puede entender como previo al Estado, porque los propios contractualistas iusnaturalistas reconocen que éste surge para, entre otras cosas, hacer posible la seguridad jurídica, que es así sólo consecuencia de la existencia del Estado y su Derecho.

Asimismo la vinculación que la Declaración francesa hace en su artículo sexto de la libertad con la Ley, será el origen del Estado de Derecho y de la legalidad como garantía de la seguridad, o dicho de otra forma, de la seguridad por la Ley, el paso del gobierno de los hombres al gobierno de las Leyes.

La relación de la idea de sistema con la seguridad supondrá propugnar su traslado desde el pensamiento jurídico al Derecho positivo, en el ámbito del Derecho público por el Constitucionalismo y en el privado en la Codificación, y será en el sistema del Constitucionalismo y en el de la Codificación donde crecerá la seguridad jurídica liberal, preparada con esfuerzos anteriores como el de Domat con sus obras «*Les loix civiles dans leur ordre naturel*», y «*Les Loix politiques, suite des loix civiles dans leur ordre naturel*».

Así, tanto en el ámbito del Derecho público, como seguridad ante el poder y ante su Derecho, de los ciudadanos, y del Derecho privado, en las relaciones entre particulares en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se va generando la seguridad jurídica, más que como un derecho fundamental como un principio o un valor que inspira a todo el Ordenamiento jurídico y del que se desprende esa certeza, esa ausencia de temor, esa tranquilidad como reflejo en el individuo de esa situación objetiva, aunque en algunos aspectos aparecerá como derecho humano.

Hasta el siglo XVIII el Derecho era fundamentalmente Derecho privado con una función garantizadora de esa autonomía y libertad para obligarse y contratar, y Derecho Penal con una función represora de las

violaciones de los ámbitos garantizados por el Derecho Privado, y por consiguiente la seguridad jurídica se formará inicialmente en ese sector. Las instituciones del Derecho privado vinculadas a la seguridad jurídica arrancarán de aquel tiempo. El Derecho público, como expresión de la voluntad del poder, tenía menor estabilidad y representaba menos la realidad natural. Por eso muchas veces se identificaban, como en Kant, Derecho Privado y Derecho Natural, y el Público se descartaba como obra propia de la razón y se situaba en el ámbito más arbitrario y contingente de la voluntad soberana. La filosofía de los límites del poder que, a través del iusnaturalismo conduce al Constitucionalismo, será el cauce para la incorporación de la seguridad jurídica al Derecho público. Cuando la escuela del Derecho Público alemán, Jellinek, Gerber, Laband, etc, construyan la Teoría del Estado como Teoría de la Constitución, las instituciones de la seguridad jurídica estarán ya sólidamente instaladas en ese ámbito.

En la actualidad la seguridad, como efecto del constitucionalismo del Estado social, por influencia del pensamiento democrático y socialista, ampliará su campo. Además de seguridad del ciudadano frente al poder y del individuo en sus relaciones privadas, la seguridad se buscará en el seno de la sociedad, como expresión de la relación del hombre con las necesidades sociales y su satisfacción, y se podrá hablar de seguridad social, en sentido amplio, con la función promocional que realiza el nuevo Derecho social, además de las funciones de garantía —Derecho Privado y de represión Derecho Penal— del viejo Derecho liberal. La seguridad social será seguridad jurídica, puesto que se establece por medio de la Ley, en la nueva relación libertad-ley del Estado social, pero mezclada con dimensiones de justicia material, de libertad y de igualdad material, y contribuirá a crear condiciones sociales de superación de necesidades o de certeza ante la vejez, la enfermedad o la muerte. Probablemente los iusprivatistas que siguen considerando al Derecho como Derecho privado se resisten a admitir esta extensión.

En esta última etapa culmina un proceso de progresiva integración de las ideas de seguridad y de justicia, que todavía discutía en 1938, en su trabajo «El problema de los fines del Derecho: su lugar en la Filosofía del Derecho», el Padre Delos. También Radbruch establecía una vinculación entre iusnaturalismo e idea de justicia contraponiéndola al positivismo vinculado a la seguridad, en su trabajo «El Fin del Derecho» (Unam. México. Cuarta Edición, 1967). Creo que en este planteamiento de Radbruch está, entendido a sensu contrario, la razón de este acercamiento entre seguridad y justicia, puesto que la dialéctica iusnaturalismo versus positivismo está superada. La seguridad es hoy justicia formal y la justicia material es libertad mas igualdad o libertad igualitaria. Probablemente ese gran hallazgo que es el artículo 1-1 de la Constitución española hubiera tenido una formulación más certera si hubiera situado como valores superiores a la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad, significando

las dimensiones formal y material de la justicia, y el cierre de la contradicción Derecho positivo Derecho justo.

Como veremos muchas instituciones, valores, principios o derechos no se pueden atribuir o a la idea de seguridad o a la de justicia, pues contribuyen de manera ambivalente a ambas.

III. LAS PRINCIPALES DIMENSIONES DE LA SEGURIDAD JURIDICA

Un análisis estructural de la seguridad jurídica en un Ordenamiento moderno se puede iniciar identificando los diversos ámbitos en que se encuentra, partiendo siempre de la idea de que es una seguridad a través del Derecho. Así podemos hablar de la seguridad jurídica en relación con el poder, en relación con el mismo Derecho, y en relación con la sociedad.

A) La seguridad jurídica en relación con el poder se expresa a través de instituciones, de principios de organización o de valores del Derecho Público, especialmente Constitucional y Administrativo, que se reflejan en derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o simples situaciones jurídicas de los ciudadanos y de los grupos. Se refieren al origen del poder, al ejercicio del poder y a los límites del poder. Expresa un tipo de acción peculiar del Derecho sobre el poder.

En cuanto al origen del poder, la repercusión de las teorías democráticas, contractualistas o consensualistas en el tema de la seguridad jurídica, está en la existencia del soberano popular, creador de las normas, directamente o por medio de sus representantes —sistema parlamentario—, que permite responder a una pregunta clave para la seguridad: ¿quien manda?, y garantizar un sujeto activo como sujeto universal, creador de las normas que Bobbio llamará colectivas frente a otros sujetos activos, parciales, que aseguran menos al sujeto pasivo o destinatario. Y la mayor seguridad procede de una identidad, al menos parcial entre sujeto creador del Derecho y los sujetos destinatarios del mismo. De una manera más específica establece las instituciones, los órganos, los funcionarios, en definitiva los operadores jurídicos habilitados por el Derecho para crear normas, es decir, identifica al poder jurídico.

El ejercicio del poder desde el punto de vista de la seguridad jurídica supone, en primer lugar la respuesta adecuada a la pregunta ¿cómo se manda?, es decir, la formulación de procedimientos previos para la formación de la voluntad del poder establecidos por la Constitución y la Ley. Esta es una de las claves de bóveda de nuestro tema: la existencia no sólo de la identificación del órgano o del operador jurídico competente para producir Derecho, ya sea el legislador, el ejecutivo o sus funcionarios, los jueces o Tribunales, u órganos no estatales delegados, como los parti-

culares, o los colectivos de trabajadores y empresarios, sino también de los cauces o reglas de procedimiento necesarios para que esas normas sean válidas. Así la existencia del procedimiento legislativo, regulado en la Constitución o en los reglamentos de las Cámaras, o los cauces para la producción de normas reglamentarias, o las reglas de los diversos procesos judiciales hasta llegar a una sentencia en una mayor cuantía, o el trámite para la creación de los convenios colectivos, etc. Esta garantía central de la seguridad jurídica es el imperio de la Ley, el «rule of law», el Estado de Derecho, donde se expresa de manera eminente la relación inescindible del Derecho y poder en una de sus dos dimensiones, la interna. La que llamamos externa, es la forma más clásica de formulación de la relación, en virtud de la cual todo sistema jurídico no es un sistema autosuficiente ni cerrado en sí mismo como sostenía Kelsen, sino que se fundamenta en un hecho, que llamo el hecho fundante básico, que es el poder, como conjunto de instituciones, de grupos sociales, de funcionarios o de ciudadanos que tienen la fuerza para sostener un determinado orden de Derecho, basado en una Constitución, que lo usan y lo aplican convirtiéndolo así en efectivo y eficaz. Pero esta relación que va del Poder al Derecho se completa por la que he situado como punto de vista interno, que va del Derecho del poder, como juridificación del poder, y que es la dimensión principal de la seguridad jurídica, en virtud de la cual el Derecho se convierte en regulador y racionalizador del uso de la fuerza —quien puede usarla, con qué procedimiento, con qué contenidos, con qué límites, con qué destinatarios—, y asegura, tranquiliza, da certeza y permite a todos saber a qué atenerse.

Algunos principios de organización como el de separación de poderes, el de las mayorías, el de igualdad, o de interdicción de la arbitrariedad y de la derogación singular de los reglamentos, obedecen también a criterios de seguridad jurídica en relación con el poder, con el fin de racionalizar su ejercicio, de limitarlo. En algunos supuestos esos principios no están expresamente formulados, pero se deducen de la organización del poder: así el principio de separación de poderes o el de las mayorías. En otros casos se sitúan en un marco que excede de su dimensión vinculada a la seguridad jurídica, como es el caso del de igualdad que aparece como valor superior en el artículo 1-1 de la Constitución, donde coexiste con dimensiones de justicia material. Podríamos decir que su faceta más propia de nuestro tema se encuentra desarrollada en el artículo 14, en la igualdad como no discriminación que influye en todas las relaciones jurídicas e inspira la interpretación de todas las normas del Ordenamiento por ser consecuencia de un valor superior. Otros principios de organización aparecen expresamente regulados, como los ya señalados, que lo son en el artículo 9-3 de la Constitución.

Finalmente la seguridad jurídica en relación con el ejercicio del poder se presenta también en otros casos como derecho fundamental. El

puesto más claro es el de las llamadas garantías procesales —derecho a un proceso justo e imparcial, derecho a la defensa, derecho a un procedimiento y a un juez preestablecidos—, etc. que con diversas formulaciones encontramos en todos los Ordenamientos democráticos, incluso con precedentes medievales y en todo caso a partir de las revoluciones liberales iniciadas en el siglo XVII. También se sitúan aquí las llamadas garantías penales —principio de legalidad penal, «*nullum crimen nulla poena sine previa lege*»— principio «*non bis in idem*» etc., que se subjetivizan y pasan de ser principios a derechos fundamentales. El movimiento intelectual, con gran importancia en la cultura jurídica moderna, que podríamos denominar de humanización del Derecho penal y procesal de la Monarquía absoluta, con autores como Montaigne, Tomasio, Montesquieu, Beccaria o Voltaire, será decisivo para el arraigo de estos puntos de vista, en claro disenso con el sistema jurídico del Estado preliberal. Este es uno de los supuestos donde esta noción de justicia formal o de seguridad jurídica aparece mezclada con el valor libertad, en definitiva con la justicia material. Montesquieu, por ejemplo en el Libro XII de su «*Esprit des Lois*» sitúa a las garantías procesales como libertad política en relación con el ciudadano, en su famoso texto donde vincula esa libertad con la bondad de las leyes criminales.

Estas garantías procesales, derechos fundamentales de seguridad jurídica, son un límite al poder, a la fuerza de su *ius puniendi*.

B) La seguridad jurídica en relación con el mismo Derecho supone la existencia de mecanismos, de técnicas, formuladas como principios de organización, de interpretación o como derechos subjetivos, que funcionan en el interior del Ordenamiento y que Hart, recogiendo una expresión de un crítico del positivismo llama «moral interna del Derecho». El profesor de Jurisprudence en Oxford, refiriéndose a la función de control social dice que las reglas del Derecho «... tienen que satisfacer ciertos requisitos: han de ser inteligibles y poder ser obedecidas por la mayoría y en principio no deben ser retroactivas aunque excepcionalmente pueden serlo» (El Concepto de Derecho. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 255). A las normas que regulan aspectos de las relaciones dinámicas entre las normas de un sistema, el propio nacimiento de esas normas y de su derogación, o que garantizan una interpretación previsible en algunos casos difíciles, o que, por fin garantizan la eficacia de derechos o protegen situaciones o intereses en las relaciones entre particulares las podemos situar en ese grupo. Si en el supuesto anterior la seguridad jurídica la producía el Derecho al regular con sus normas la realidad del poder y podíamos hablar de seguridad a través del Derecho, en este caso se puede hablar de seguridad en el Derecho, en el sistema jurídico, considerado en sí mismo, desde el punto de vista interno.

Esta seguridad jurídica puede abarcar al conjunto del sistema, ser una seguridad a través de normas aplicables a todo el Ordenamiento, o puede

referirse solamente a una parte, un subsistema y así estamos ante la seguridad jurídica en el Derecho Público, o en el Derecho privado, e incluso en el interior de esos subsistemas podemos encontrar otras subdivisiones respecto a la seguridad jurídica en el ámbito del Derecho Administrativo, en el del Civil, Mercantil, etc.

Los preceptos que pretenden seguridad jurídica en el conjunto del sistema se refieren a la creación y derogación de las normas, a su aplicación e interpretación y a su preservación o garantía.

En la creación y derogación de normas, la seguridad jurídica se asegura por la existencia de un procedimiento previo, que es ambivalente, pues supone también una garantía frente al poder. En lo que aquí nos interesa se trata de que el destinatario de todas las normas, bien sea el ciudadano para las primarias, o el operador jurídico para las secundarias en la terminología de Hart, sepa a que atenerse y distinga una norma del mandato de una banda de ladrones, tema tradicional de la Filosofía del Derecho, desde San Agustín hasta Kelsen, precisamente por la identificación del procedimiento. Otras dimensiones que consolidan la positividad del Derecho, y que pretenden asegurar al destinatario de que lo que se establece es Derecho, son requisitos como la sanción, la promulgación, la publicación en el Boletín Oficial, la certeza sobre la entrada en vigor, etc, que por cierto fueron inicialmente estudiadas con sumo detalle por los iusnaturalistas racionalistas como Pufendorf, Tomasio, Burlamaqui y otros, un signo más de que, en la cultura jurídica moderna, desarrollaron una tarea de secularización y de legitimación del Derecho positivo.

El principio de jerarquía al otorgar diversa fuerza normativa a los preceptos jurídicos, que funcionan en el sistema con una cadena de validez, en la terminología de Raz, lo que permite indagar su «pedigree», contribuye a la coherencia y a la plenitud del sistema, e impide, o al menos dificulta, la inseguridad del caos normativo, de las contradicciones entre normas. La certeza que genera este principio formal en la creación y en la derogación de las normas supone una de las garantías de seguridad más importantes del sistema.

No está de más recordar aquí, que la seguridad jurídica en esta dimensión que engloba a todo el sistema jurídico en su funcionamiento interno, se sitúa en una concepción normativista, aunque sea corregida, del Derecho. Ya hemos dicho que las posiciones tópicas oscurecen la idea de seguridad jurídica, y ahora hay que añadir que el realismo, con la identificación de la ineficacia de las normas con su pérdida de validez, es decir, con la admisión de una derogación por desuso, convierte en inservibles a estas precauciones aseguradoras del sistema jurídico y de los destinatarios de sus normas. Parece que el normativismo corregido refleja mejor la realidad del Derecho, lo que sucede en la vida social. Se puede decir de este realismo anglosajón o escandinavo, o de sus ramificaciones nacionales, no sólo con este ejemplo sino con otros muchos, que es poco realista.

Me recuerda la anécdota de Balzac que cortaba las conversaciones de sus amigos diciendo: «volvamos a la realidad, hablemos de Eugenia Grandet».

En cuanto al ámbito de la aplicación del Derecho, las instituciones que responden a la idea de seguridad jurídica son el principio general de irretroactividad de las normas que permite certeza en cuanto a la norma aplicable, aunque pueda haber excepciones y situaciones fronterizas que suponen casos difíciles, la consolidación jurídica del tiempo, que otorga relevancia a las situaciones temporales de hecho en cuanto a la norma aplicable (caducidad, prescripción) y en general los plazos que abren o cierran la posibilidad de aplicar una determinada norma, y de ser alegada en defensa de un derecho, de un interés o de una situación.

También en un campo tan fluido como el de la interpretación, se supera el fetichismo legalista del juez de Montesquieu, boca muda que pronuncia las palabras de la Ley, y se reconoce mayor autonomía a los operadores jurídicos, aunque Dworkin, el americano sucesor de Hart en la cátedra de Oxford, suponga un paso atrás, puesto que el juez vuelve a ser la boca muda que pronuncia la única respuesta correcta de los principios. La seguridad jurídica se aseguraba antes, a partir de la revolución liberal en este campo de la interpretación, vaciándola de contenido y considerándola aplicación mecánica de la ley, pero ante la evolución de la cultura jurídica, han ido consolidándose una serie de principios generales de interpretación, como la norma general excluyente, que supone la imposibilidad de la interpretación analógica en las leyes penales, en las excepcionales o en las de ámbito temporal, o la norma general incluyente que favorece la analogía en otros supuestos. Otros principios, como el «odiosa sunt restringenda; favorabilia sunt amplianda», el principio de especialidad, el de jerarquía o el cronológico facilitan criterios de interpretación sobre las normas aplicables, que suponen certeza.

Finalmente, desde el punto de vista de la seguridad jurídica el sistema de recursos, incluidos los que se sustancian ante el Tribunal Constitucional, el principio de responsabilidad de la Administración, por el funcionamiento de los servicios públicos, el principio de responsabilidad del Estado por el error judicial reconocido en el artículo 121, o el principio de cosa juzgada que dan firmeza a los fallos judiciales se pueden incluir en lo que he llamado preservación o garantía del Ordenamiento. Son instituciones que obedecen a veces a orígenes históricos y a filosofías diferentes, pero que tienen una misión de fortalecer, de facilitar la resistencia del Derecho y por consiguiente de impedir la inseguridad que supondría su fluidez y su movilidad.

Las técnicas inspiradas en la seguridad jurídica que funcionan en el ámbito de subsistemas como el del Derecho Público, el Privado o en ramas de éstos, son asimismo de gran importancia, en unos casos, como el del Derecho civil y el del penal, porque constituyen el substrato más anti-

guo y más elaborado del Derecho y en otros, como el Derecho del trabajo o el Derecho administrativo, porque han alcanzado un enorme desarrollo en el último siglo. Los criterios de seguridad jurídica que ya hemos analizado se aplican en estos subsistemas, aunque no se agoten en ellos, y ese es el caso de los principios de interpretación, de las garantías procesales o penales que tienen consideración especial en el ámbito del Derecho Penal y Procesal.

No se debe olvidar tampoco que en la concepción liberal clásica del Derecho, las funciones centrales del mismo, de garantía y de represión están principalmente inspiradas en criterios de seguridad jurídica, lo que equivale a decir que la razón de ser del Derecho civil y del Derecho Penal se basa de manera sustancial en razones de seguridad jurídica, y además que ya desde entonces justicia material y seguridad aparecen mezcladas e interrelacionadas.

No se puede olvidar tampoco que hoy es indiscutible la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, lo que supone que todos los derechos justificados por razones de seguridad jurídica iluminan o fundamentan las relaciones derivadas de sus peculiaridades.

Pero existen criterios de seguridad jurídica que fundamentan a subsistemas con carácter propio, como los principios interpretativos «in dubio pro reo» del Derecho Penal o «in dubio pro operario» del Derecho laboral, o el Derecho cautelar en el Derecho privado y lo que Mezquita llama la acción depuradora sustantiva o la acción antilitigiosa o de economía jurisdiccional, o la forma como elemento distintivo de lo jurídico por el uso de una determinada expresión lingüística, la exigencia de la escritura o de determinados comportamientos de las partes de la relación jurídica o de un derecho subjetivo.

Incluso se puede hablar de operadores jurídicos especialmente destinados a defender el valor de la seguridad jurídica a través de gran parte del ejercicio de sus competencias, como son notarios y registradores. Probablemente algunos piensen que de esa forma se desprecia una función que valoran, con razón como muy importante. No es ya que la seguridad abra las puertas y prepare la realización de la Justicia, como dice en su libro el Sr. Mezquita, sino que es su misma justicia la dimensión formal de la justicia (Vid Mezquita del Cacho «Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar. Dos volúmenes. Bosch. Barcelona 1989).

C) En relación con la sociedad, la seguridad jurídica supone la extensión de la acción del Derecho a sectores tradicionalmente abandonados a la autonomía de la voluntad, a la libre acción de los particulares y se incorpora progresivamente a las preocupaciones y problemas de la cultura jurídica por influencia democrática y socialista. Naturalmente que esta función promocional del Derecho del Estado social, no es todavía pacífica y se rechaza por las posiciones neoliberales, que predicán un Estado

mínimo como Nozick, y la superación de los problemas por cada uno, en una contienda darwinista donde sobrevive el más fuerte. Tampoco los defensores del análisis económico del Derecho que valoran las normas por su utilidad y por su rendimiento para el mercado, verán con buenos ojos eso que sin duda juzgarán como una extensión abusiva de la idea de seguridad jurídica. Por mi parte defendiendo la necesidad del Estado social y creo que su preocupación por crear condiciones de igualdad en la libertad tiene repercusiones en la idea de seguridad jurídica, que sería en este caso no sólo ausencia de temor o certeza, sino también la tranquilidad derivada de que se cree que los más débiles no son abandonados ante los más fuertes y que cada uno puede afrontar esa gran empresa de ser hombre, con necesidades básicas resueltas. Es la seguridad frente a la deseperanza.

La limitación de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo, con la exclusión de las reglas del Derecho privado, en el arrendamiento de servicios es un precedente de esa extensión, que hoy abarca a los derechos de los consumidores y de los usuarios o al aseguramiento del futuro, a la llegada de la vejez, de la enfermedad, de la incapacidad de la muerte para los familiares sobrevivientes. Es un tema muy extenso y sólo puedo apuntarlo, aunque desde mi punto de vista las limitaciones al tráfico jurídico, a la propiedad y a la libertad de empresa que supone el reconocimiento de esos derechos de los consumidores y usuarios, y la intervención de los poderes públicos para protegerlos, supone más un aseguramiento ante la indefensión del individuo consumidor. es decir, obedecen más al valor seguridad que al valor justicia.

No podemos formular una concepción clásica de la seguridad jurídica. sino que la extensión a la protección frente a las necesidades básicas obedece también a una idea de seguridad, que se obtiene a través del Derecho, especialmente por los débiles que no pueden resolver por si mismos problemas tan básicos para la vida y para la realización moral del hombre, como la salud, la vejez, la jubilación o la muerte.

Una vez más la reflexión sobre el Derecho aparece vinculada a las grandes opciones políticas y morales de la humanidad, y si es pacífica y generalmente aceptada la vinculación de la seguridad jurídica en su función aseguradora en el Derecho privado y también en el derecho público, no lo es tanto esta extensión propia del Estado social que hago. Tengo la impresión de que está un paso atrás respecto a un concepto próximo que suscitó resistencias doctrinales hace algunos años, los derechos económicos, sociales y culturales, que muchos autores liberales se negaban a incluir en el concepto de derechos fundamentales. El rechazo de esta última generación de la seguridad jurídica, probablemente por las mismas razones doctrinales y por los mismos intereses, espero que tenga una evolución similar y que acabe imponiéndose la realidad. El futuro dirá si estamos ante una verdad prematura o ante una fantasía.

IV. Concluyo aquí estas observaciones de las que deduciré las siguientes conclusiones:

1) La seguridad jurídica es un concepto cultural o histórico del mundo moderno.

2) Su núcleo central se genera con la formación de la concepción liberal del Derecho y se significa, aunque no se agota en el Derecho Privado con la codificación y en el público con el constitucionalismo.

3) La seguridad jurídica supone asumir una concepción sistemática del Derecho como conjunto de normas o como Ordenamiento. El punto de vista tópic, del Derecho como problema, sitúa la seguridad jurídica en un orden ideal de justicia, que el preclaro intérprete aplica al caso concreto, como sacerdote privilegiado de ese orden inefable, y ese planteamiento es incompatible con la idea que es común a la cultura jurídica moderna de la seguridad jurídica.

4) Junto con la idea clásica de la seguridad jurídica, elaborada inicialmente desde el Derecho privado, completada más tarde por la reflexión del Derecho público, constitucional y administrativo, especialmente, y vinculadas a la concepción liberal-democrática del Estado Parlamentario representativo, surge una noción de seguridad jurídica, como protección del usuario y del consumidor y ante necesidades básicas para la existencia humana a través de la acción promocional del Derecho en el Estado Social.

5) La seguridad jurídica no es un término antitético ni en tensión dialéctica con la justicia, supone por el contrario una dimensión de ésta, es la justicia formal o procedimental. En la interpretación y aplicación del Derecho vivo, e incluso en sus propias normas aparece esta integración, que supera la dialéctica iusnaturalismo positivismo y que supone una de las grandes conquistas de la cultura jurídica moderna.