

Seguridad jurídica y racionalidad

por

LEONARDO BRANDELLI

Doctorando en Derecho por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul - UFRGS.

Máster en Derecho Civil por la Universidad Federal del Rio Grande do Sul - UFRGS.

Profesor de Derecho Civil en la Escuela Paulista de Derecho - EPD.

Registrador de Inmuebles en São Paulo

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. CARACTERIZACIÓN DE LA SEGURIDAD:

- 1.1. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO UN PRINCIPIO DE DERECHO.
- 1.2. SEGURIDAD JURÍDICA COMO DERIVACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO.
- 1.3. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

2. RACIONALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA:

- 2.1. LA RACIONALIDAD COMO CONCRECIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.
- 2.2. LA RACIONALIDAD EN LA ELABORACIÓN LEGISLATIVA.
- 2.3. LA JURISPRUDENCIA RACIONAL.
- 2.4. RACIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

CONCLUSIÓN.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La seguridad jurídica es un principio fundamental del ordenamiento jurídico. Deriva del principio del Estado de Derecho y tiene vínculos umbilicales con el mismo, incorporando valores sumamente importantes para el mantenimiento de los derechos fundamentales de la persona, de modo que, un Estado que se considere democrático, no puede prescindir de él.

La seguridad jurídica, tal como la conocemos actualmente, se comenzó a definir en el momento histórico de la caída de las monarquías absolutistas,

identificado con la legalidad, y representó un significativo avance jurídico-social en la defensa de la libertad y garantías de las personas, eliminando un Estado hasta entonces imprevisible y opresor (1).

Con un apego ciego a la ley, evolucionaron la seguridad y la legalidad en el sentido de acoger cierta carga moral, y entender que, incluso en el más rígido positivismo legalista, siempre hay una esfera de posibilidades interpretativas, dentro de la que cualquier opción en su seno se encuentra en conformidad con el derecho (2).

Tal cambio de paradigma en la seguridad jurídica provocó su crisis, en virtud de la percepción de que era imposible un ordenamiento jurídico cerrado hasta el punto de ofrecer todas las respuestas por medio de la mera subsunción, abstrayendo completamente los valores morales.

Al mismo tiempo, tal percepción origina la necesidad de que se encuentren medios de aplicación segura del ordenamiento jurídico, que no provoquen su incumplimiento pero que, al mismo tiempo, no limiten las posibilidades de su adaptación a la realidad social. Medios de aplicación que no signifiquen una mera subsunción por parte del juez, pero que tampoco permitan al aplicador generar inseguridad, aplicando el derecho con base en sus valores personales, en sus ideologías, con desprecio a los valores integrados en el ordenamiento jurídico y producto de la producción democrática.

En ese punto, surge la racionalidad como el péndulo de la balanza.

Esta exige, en primer lugar, la supresión de la arbitrariedad absoluta del proceso legislativo que, aunque tenga la posibilidad de elegir, a través de las reglas democráticas, cuáles son los valores que se protegerán, implicando una decisión de la mayoría, deberá hacerlo de forma racional, encontrando límites en los dictámenes constitucionales, especialmente en los derechos fundamentales.

Por otro lado, el aplicador de la norma también está limitado por una interpretación racional, debiendo leer, científicamente los valores seleccionados por el juego democrático como dignos de tutela jurídica, estándole vetada la interpretación al margen de la norma en la que imponga sus valores o los valores de un grupo, en cualquier caso, valores que no estén reconocidos en la norma jurídica.

La interpretación de los principios jurídicos, en ese sentido, deberá realizarse por medio de la ponderación, teniéndose en cuenta el criterio del peso, que se sopesará en el caso concreto (3).

Analizar en qué consiste el principio de la seguridad jurídica, y cómo concretarlo en el derecho moderno, es lo que se buscará en el presente trabajo.

(1) Véase al respecto MEZQUITA DEL CACHO, José L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, v. 1, págs. 17-22.

(2) Ver Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, pág. 390.

(3) Afirma Robert ALEXI que la ponderación trata de establecer cuál de los intereses en colisión poseen mayor peso en el caso concreto, a pesar de que tengan la misma importancia abstractamente hablando (*Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 72)

1. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA SEGURIDAD

Para la finalidad del presente trabajo, es prioritario caracterizar la seguridad jurídica, buscando establecer su contenido, sus límites, su naturaleza jurídica, las funciones que desempeña en el mundo jurídico, así como mostrar su entendimiento a lo largo del tiempo, hasta llegar a su conformación actual.

Lo que se busca en este momento es caracterizar para entender el objeto sobre el que se trabajará.

1.1. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO UN PRINCIPIO DE DERECHO

La seguridad jurídica es un *principio jurídico*. Es un principio que deriva de otro, más amplio, como es el de Estado de Derecho.

El ordenamiento jurídico está compuesto de normas jurídicas, que establecen un *deber ser* objetivo (4), que reglamentan el *deber ser* de la conducta humana que, a su vez, *es*. Tales normas abarcan tanto las reglas como los principios, ya que, como alerta Robert ALEXY, toda norma jurídica o es una regla o es un principio (5).

La seguridad jurídica no es una regla, en la medida en que las reglas son normas que prescriben un enunciado deontológico (6), dentro de una lógica de que se deben cumplir o no. O se produce el soporte fáctico de la norma (7) —y no existe soporte fáctico de alguna norma de excepción (8)— y esta debe cumplirse, o no lo es, y la norma no debe ser cumplida.

«Si una regla es válida, entonces se debe hacer exactamente lo que esta exige, ni más ni menos» (9).

O la regla es jurídicamente válida o no lo es. No hay gradación en la aplicación de la regla. Ante una eventual antinomia, solo será válida y aplicable una regla (10).

(4) Ver Kelsen, Hans, *op. cit.*, págs. 5-10.

(5) *Op. cit.*, pág. 68.

(6) Enunciados deontológicos son aquellos que utilizan expresiones, como *puede*, *prohibido* y *deben* (ALEXY, Robert, *op. cit.*, pág. 37).

(7) Soporte fáctico es la previsión general y abstracta prevista en la norma que, si se materializa, si tiene lugar, incide en la aplicación de la consecuencia prevista.

(8) Ver ALEXY, Robert, *op. cit.*, págs. 69-70.

(9) ALEXY, Robert, *op. cit.*, pág. 68.

(10) En un «conflicto de reglas en que no sea posible incluir una cláusula de excepción, debe declararse inválida por lo menos una de las reglas. [...] El problema puede solucionarse por medio de reglas tales como *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión versa sobre la validez» (ALEXY, Robert, *op. cit.*, págs. 69-70).

Los principios, a su vez, consisten en mandatos de optimización que se aplican en la mayor cantidad posible dentro de las peculiaridades del caso concreto. Las posibilidades jurídicas y fácticas del caso determinarán en qué medida será posible la aplicación del principio sin que haya, por lo tanto, una lógica de aplicación *todo o nada*. La aplicación de los principios admite gradación (11).

Un conflicto de principios no implica el reconocimiento de la invalidez de uno de ellos, sino el reconocimiento de que, frente a las circunstancias del caso concreto, uno de ellos deberá ceder ante el otro; uno de ellos prevalecerá, permaneciendo ambos válidos. En otro caso de conflicto de los mismos principios, pero frente a circunstancias jurídicas y/o fácticas diversas, la prevalencia podrá ser diversa (12).

Al mismo tiempo que las reglas establecen conductas deontológicas definitivas, los principios establecen mandatos de optimización, que establecen que determinada situación se debe concretar en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las situaciones jurídica y fáctica concretas.

Por ello, los principios no contienen mandatos definitivos, sino *prima facie*, como alertó ALEXY: «Los principios siempre son razones *prima facie*; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, son *razones definitivas*» (13).

Las normas son objeto de subsunción; los principios de ponderación.

Se ve, de esta forma, que la seguridad jurídica se trata de un principio y, como tal, un valor que se debe implementar lo máximo posible frente a las circunstancias, fácticas y jurídicas, del caso concreto, mediante la ponderación.

Como principio que es, no es algo absoluto, innato, que sea previo al ordenamiento jurídico, sino un valor relativo, como cualquier otro, que requiere su apreciación y ponderación en el caso concreto, de forma racional, con el fin de analizar si debe prevalecer o ceder ante otro principio que entre en conflicto con este.

1.2. SEGURIDAD JURÍDICA COMO DERIVACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

La atención dada a la seguridad jurídica es un fenómeno más o menos reciente, habiéndose iniciado con los teóricos del *contrato social*, en especial HOBBS (14), que en su *Leviatán* defiende la idea de que el fin del Estado es la seguridad (15).

(11) Véase al respecto ALEXY, Robert, *op. cit.*, págs. 67-8.

(12) Véase al respecto ALEXY, Robert, *op. cit.*, págs. 70-6.

(13) *Op. cit.*, pág. 82.

ALEXY muestra que las reglas también pueden tener un carácter *prima facie*, aunque es diferente y esencialmente más fuerte que el de los principios (*op. cit.*, págs. 79-82).

(14) MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 18.

(15) «La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los

Esto se debe al hecho de que, en el *Ius Naturale* es impensable, por su propia esencia, una reflexión referente a la seguridad, estabilidad o certeza (16).

La construcción doctrinaria de la seguridad jurídica comenzó en el siglo XVIII, identificada con la legalidad y amparada por la formulación jurídica del utilitarismo filosófico (17), así como, y especialmente, de la Revolución Francesa (18).

Tal legalismo, que identificó la seguridad jurídica en su génesis junto con la separación de los tres poderes del Estado, desarrollada por MONTESQUIEU, terminó cimentando la teoría del Estado de Derecho, conforme afirma José L. MEZQUITA DEL CACHO (19).

Si por un lado la seguridad jurídica está en la raíz del Estado de Derecho, este finalmente ha alcanzado tal amplitud e importancia que ha terminado englobándola.

El principio del Estado de Derecho, aunque posea un contenido identificable, «no implica [...] mandamientos o prohibiciones unívocamente determinados, de categoría constitucional, sino que es un precepto constitucional que carece de la concreción, de acuerdo con los datos objetivos» (20).

Konrad HESSE alerta ante el hecho de que el contenido y el significado del Estado de Derecho no se encuentran solidificados, aunque exista acuerdo con relación a que en el mismo se contiene el sometimiento de la administración a la ley así como la división de los poderes del Estado (21).

De esta forma, el contenido del principio del Estado de Derecho se concreta en la praxis jurídica, frente a su aplicación por el Tribunal Constitucional (22),

vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de naturaleza» (HOBBS, Thomas, *Leviatán*, pág. 137).

(16) MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 17.

(17) MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, págs. 19-20.

(18) Por la razón de que la legalidad fue la forma inmediata encontrada para proteger al pueblo de los abusos del Estado monárquico-absolutista.

(19) *Op. cit.*, pág. 21.

(20) HECK, Luís Afonso, *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*, pág. 175.

(21) *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, pág. 157.

(22) Afirma Konrad HESSE que el Tribunal Constitucional Federal alemán «entiende el principio del estado de derecho como “decisión fundamental” o como “principio dirigente” que, además de los mandatos de la previsibilidad, de la seguridad jurídica y de la exactitud material o justicia no contiene, con todos los detalles, mandatos o prohibiciones de jerarquía constitucional unívocamente determinados y carece “de la concreción conforme las realidades materiales”. Sobre la cuestión de su contenido específico, este responde cada vez con un cuidadoso avance continuo, solo en la medida en que sea necesario para la decisión del caso concreto» (*op. cit.*, pág. 158).

que ha ido moldeando su contenido, haciendo derivar de este otros principios diferentes y reglas jurídicas. Así, por ejemplo, el principio de la proporcionalidad (23), el de la seguridad jurídica y de la protección a la confianza (24), el de la justicia material (25), el de la precisión legal (26), etc.

La seguridad jurídica es el principio jurídico que deriva del principio mayor del Estado de Derecho.

A veces expreso (27), a veces tácito, el principio de la seguridad jurídica deriva del Estado de Derecho.

En la lección de Véra Maria JACOB DE FRADERA, al referirse al derecho europeo, el principio de la seguridad jurídica, se «considera el *hard core* del Derecho alemán», además de principio objeto «de una importante jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades europeas» (28).

El Estado de Derecho se consolida y gana estructura cuando está dotado de normas jurídicas estables, duraderas, alterables racionalmente, y no en virtud de impulsos de todo tipo, ya que el cambio se produce dentro de él, según sus reglas.

Este efecto estabilizador, además de ser un importante elemento estructurador del propio Estado, es un elemento de protección de la persona pues, el Estado de Derecho, además de constituir forma de racionalización de la vida estatal, constituye forma de limitación del poder estatal (29).

(23) Lo cual exige que «el particular quede protegido de intervenciones innecesarias y excesivas; una ley no debe hipotecar al ciudadano con más intensidad que lo imprescindible para la protección del interés público». De aquí deriva, en el ámbito del Derecho Privado, por ejemplo, como acertadamente subrayó Luís Afonso HECK, que el «legislador debe observar la decisión básica de valores de la ley fundamental en pro de la propiedad privada. [...] La forma de determinación del contenido y límites de la propiedad no debe estar en desacuerdo con la cosa ni intervenir, sin fundamento o en exceso en los intereses de los participantes» (HECK, Luís Afonso, *op. cit.*, págs. 177 y 184).

(24) «Tanto el precepto de la seguridad jurídica como el precepto de la protección de la confianza son partes constitutivas esenciales y, por tanto, elementos esenciales del Principio del Estado de Derecho. Ambos tienen índole constitucional y, así, sirven de criterio normativo» (HECK, Luís Afonso, *op. cit.*, pág. 186).

(25) Con relación al eventual conflicto entre el principio de la seguridad jurídica y el de la justicia material, se manifestó el Tribunal Constitucional alemán en el sentido de que «podría resolverse en el sentido de que el Derecho positivo, asegurado por medio de estatuto y poder, también tenga primacía cuando es injusto e impropio con relación al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la Justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como “derecho incorrecto”, tenga que ceder a la Justicia», limitándose el análisis al aspecto de la arbitrariedad, pero permitiendo una aplicación jurídica individualizada, concentrada en el caso concreto (HECK, Luís Afonso, *op. cit.*, págs. 194-5).

(26) «En este se conjugan los preceptos estatal-jurídicos de la claridad normativa y de la justiciabilidad» (HECK, Luís Afonso, *op. cit.*, pág. 196).

(27) Como, por ejemplo, en la Constitución Española que en su artículo 9.º 3, dispone: «La Constitución garantiza el principio de [...] la seguridad jurídica».

(28) *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*.

(29) Véase HESSE, Konrad, *op. cit.*, págs. 160-1.

1.3. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

De la misma forma que ocurre con el principio de Estado de Derecho, también el de la seguridad jurídica, aunque tenga cierto contenido ya identificado por la doctrina y por la jurisprudencia, no tiene todo su contenido definido ni tampoco lo tiene predefinido.

Como principio jurídico que es, como mandato de optimización que es, se va concretando casuísticamente, a través de la ponderación, ganando poco a poco la delimitación de su contenido, y estipulación de las situaciones en las que tiene prioridad sobre otros principios, así como los casos en los que es relegado a favor de otros principios.

Mientras tanto, ya es posible establecer sus principales características.

En primer lugar, es preciso que se diga que seguridad jurídica no significa exclusivamente legalidad estricta (30), aunque ya lo haya significado, pues con la revolución burguesa, la ley significó la libertad de la opresión estatal.

Actualmente, la legalidad en la seguridad jurídica está vinculada a la obediencia al ordenamiento jurídico como un todo (abarcando la norma positivada, las costumbres, la jurisprudencia, los principios de derecho escritos y no escritos, etc.) y no solo a la legalidad estricta, en el sentido de norma positivada, una vez que el ordenamiento contempla, a veces, normas no positivadas, como costumbres o principios no expresos, por ejemplo (31).

No se trata de principio que determine que la norma escrita se superponga a todo, suministrando una única verdad, no admitiendo ponderación e, incluso, valoración de orden moral.

Así como no hay una verdad absoluta, no hay una seguridad jurídica absoluta, que se superponga a todo y a todos, como valor inatacable. Es un principio sujeto a entrar en conflicto con otros principios y, por lo tanto, sometido a la ponderación racional que, dada la situación concreta, puede dar prioridad a otro principio, como el de la justicia material, por ejemplo.

Se puede, en cierto modo, hablar de una *legalidad legislativa*, de la que emanan las normas positivadas, y una *legalidad jurisprudencial* (32), a partir de la cual también hay una creación jurídica, especialmente completándose principios y conceptos indeterminados, que van tomando forma a partir de las soluciones concretas suministradas por el Poder Judicial.

(30) La «permanencia del derecho no es, necesariamente, la permanencia de la ley. [...] lo que es necesario es que vigore determinado sistema jurídico y exista la convicción de que será aplicado en los casos particulares, pues esto es lo que proporciona la seguridad jurídica» (PONTES DE MIRANDA, F. C., *Sistema de ciência positiva do direito*, t. 4, págs. 205-6).

(31) Esto no significa, no obstante, que por el hecho de que eventualmente la norma no se encuentre positivada, pueda no existir subsunción o ponderación, abriéndose espacio para verdades preestablecidas, para ideologías.

(32) Ver MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 64.

El principio de la seguridad jurídica es una creación artificial (33), acogida por los ordenamientos jurídicos sometidos a un Estado de Derecho porque trae consigo valores importantes para la sociedad, conforme demuestra su evolución histórica. No es, ni se defiende que sea (34), un valor innato al ser humano, preexistente y superior (35) al ordenamiento jurídico (36).

La seguridad jurídica surgió, como hemos visto, vinculada a la idea de legalidad, como importante instrumento de consecución y protección de la libertad y de la justicia, en el momento en que se eliminó el Estado monárquico-absolutista. La separación de los poderes del Estado y la ley fueron el baluarte de salvaguarda de la libertad individual, que libró a los individuos de las arbitrariedades estatales.

Tal carácter también se conserva por el principio. Este tiene la virtud de proteger a los individuos de las arbitrariedades estatales, y garantizar el orden.

Según advierte adecuadamente Konrad HESSE, la ley «determina la situación jurídica del particular, ordena las condiciones de vida y las coordina mutuamente. [...] el estado de derecho es un estado de ley» (37).

Mientras tanto, el principio de la seguridad jurídica actualmente va más allá de la idea de estabilidad de la legalidad (38), ya que además de garantizar un mínimo de continuidad a las relaciones, su visualización como un principio no-absoluto racionalizable en el caso concreto, permite la garantía de un progreso constante de la libertad, igualdad y dignidad humanas (39).

Se habla de la *primacía del derecho*, más amplio que el concepto de legalidad, aunque la legalidad siga teniendo un papel importante y central dentro de la seguridad jurídica (40).

Tras su germinación, vinculada a la legalidad, surgida con la Revolución Francesa y la tripartición de los poderes, la seguridad jurídica cayó en declive, como consecuencia de las teorías iusnaturalistas, volviendo a estar en boga

(33) En el sentido de creación humana.

(34) Lo que solo sería posible bajo una óptica iusnaturalista.

(35) En ese sentido, ya sostenía Kelsen que en la «medida en que las normas» —incluyéndose aquí las reglas y los principios— «que constituyen el fundamento de los juicios de valor, se establecen por actos de una voluntad humana, y no de una voluntad suprahumana, los valores constituidos a través de esta son arbitrarios. [...] Por ello, las normas legisladas por los hombres —y no por una autoridad suprahumana— solo constituyen valores relativos» (*op. cit.*, pág. 19).

(36) Advierte José L. MEZQUITA DEL CACHO que la seguridad jurídica «no es apriorística como la Justicia, sino elaborada por la razón política y jurídica a lo largo de la experiencia social histórica» (*op. cit.*, pág. 52).

(37) *Op. cit.*, págs. 162-3.

(38) En ese sentido, advierte HESSE que el Estado de Derecho es «más que un mero “sistema de artificios técnico-jurídicos para garantía de la libertad legal”» (*op. cit.*, pág. 161).

(39) Véase al respecto: MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 49.

(40) Véase HESSE, Konrad, *op. cit.*, págs. 163-4.

en el siglo XX (41), lo que fue criticado por algunos (42) bajo el argumento de que esta serviría para el abuso contra los ciudadanos, bajo el manto de un Estado-policía.

Mientras tanto, la crítica está desenfocada, en la medida en que la seguridad jurídica es un principio importante, y que debe considerarse con base en criterios objetivo-científicos, y no ideológicos. El peligro real está en establecer verdades precientíficas absolutas, no basadas en racionalidades, y pretender que todo y todos se adapten a ellas (43), como pretenden las tesis iusnaturalistas, independientemente de cuáles sean tales verdades. No hay moral absoluta, y, por lo tanto, cualquier imposición en ese sentido será artificial y atenderá a alguna ideología no-racional.

La tensión entre seguridad jurídica y justicia, que terminó convirtiéndose en una tensión entre positivismo y iusnaturalismo, fue incitada por RADBRUCH, el gran sistematizador de la seguridad jurídica en el siglo XX, para quien el valor objetivo del Derecho, consistente en la seguridad, tiene una coexistencia difícil, y no pocas veces contradictoria con la justicia (44), lo que llevó a algunos a identificar la seguridad jurídica con un positivismo radicalizado (45).

En realidad, no existe una dicotomía absoluta entre seguridad jurídica y justicia material (46), dado que ambos son valores y no hay un valor absoluto. Ambos son valores establecidos, relativos y que se deben ponderar en el caso concreto con el fin de comprobar cuál tendrá más peso.

Desde un punto de vista abstracto, no es posible decir cuál prevalecerá, si la seguridad o la justicia. Ambas están intercomunicadas y (47), en cierto modo, están ligadas en una sola cosa: la justicia es más fácil de implementar si existe seguridad jurídica, y la seguridad se alcanzará más vivamente si existe justicia.

Mientras tanto, frente a la situación concreta planteada, puede existir conflicto entre tales valores, ya que ambos son relativos, de modo que alguno de ellos deberá prevalecer, ponderándose las circunstancias jurídicas y fácticas del caso. Bien podrá prevalecer la seguridad (porque, v.g., aplicar la justicia en el caso concreto podrá significar injusticia para las demás personas, en razón de

(41) G. RADBRUCH fue el gran reanimador de la teoría de la seguridad jurídica en el siglo XX y quien, por primera vez, sistematizó en la filosofía del derecho la teoría de la seguridad jurídica (MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, págs. 23-5).

(42) Ver MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, págs. 27-8.

(43) Ver Kelsen, Hans, *op. cit.*, págs. 18-25.

(44) MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 30.

(45) Véase al respecto: MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 31.

(46) Advierte PONTES DE MIRANDA que el «contenido de la seguridad del derecho, así como el de la justicia, deben adaptarse el uno al otro: no pueden herirse mutuamente» (*op. cit.*, pág. 205).

(47) «Seguridad Jurídica es un valor fundamental cuya realización facilita la de la Justicia, valor del que es por tanto paralelo y complementario» (MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 77).

la inestabilidad que generará, en contra del interés de la colectividad), bien la justicia (porque en el caso concreto, por ejemplo, la formalidad que tiene por finalidad generar seguridad jurídica queda vacía de sentido).

Esta situación llevó a José L. MEZQUITA DEL CACHO a afirmar que «la legalidad cierra una etapa y abre otra; y la etapa, final pero infinita [...] puede calificarse como la de la *Seguridad Jurídica en permanente tensión y busca hacia la fusión con la Justicia*» (48).

Mientras tanto, se fue entendiendo que la seguridad jurídica, como creación humana, tal como la justicia, está sujeta a distorsiones ideológicas, razón por la cual, en sí misma, si se analiza desde un punto de vista científico-objetivo, libre de presiones ideológicas y preconcebidas como verdades absolutas, no representa ningún peligro sino, por el contrario, representa un importante baluarte de salvaguarda de libertades y derechos de las personas (49).

En ese punto, la legalidad tiene un importante papel por desempeñar, en el sentido de posibilitar la separación entre el Derecho y la moral absoluta que, en realidad, es inexistente, pero no pocas veces se aplica bajo el manto ideológico de los que quieren imponer sus verdades a todos, despreciando los valores que democráticamente se han implantado en el ordenamiento jurídico.

Con esto no se pretende decir que exista una separación absoluta entre Derecho y moral, sino que la moral siempre es relativa (50) y, aunque se introduzca en el derecho y los aplicadores del derecho deban tenerla en cuenta (51), al derecho no se le puede dar una aplicación ideológica, en el sentido de imponer su moral, como absoluta, como *justa*, despreciando la moral electa (52).

Así, la seguridad jurídica, como un principio de derecho (53), se fue aceptando como un componente importante de un Estado de Derecho y, lejos de servir a abusos estatales (54), sirve a la libertad y a la posibilidad de desarrollo

(48) *Op. cit.*, pág. 59.

(49) Véase al respecto: MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, págs. 33-4.

(50) Cuando «si no presupone cualquier *a priori* como dado, es decir, si no presupone cualquier valor moral como absoluto, no se tiene ninguna posibilidad de determinar qué se tiene que considerar, en todas las circunstancias, por bueno y malo, justo e injusto» (KELSEN, Hans, *op. cit.*, pág. 73).

(51) Lo que parece defender ALEXI, al defender la ponderación. No se trata, no obstante, de una moral absoluta, sino de una relativa, elegida por el proceso democrático.

(52) En ese sentido, afirma MEZQUITA DEL CACHO que «la idea de legalidad imprimió carácter a los pueblos de Occidente que la pusieron en práctica, y en los que pasó a ser trasunto de una nueva ética civil que independizaba al Derecho de la Moral religiosa, habiendo una gran libertad para adecuar el contenido de los ordenamientos jurídicos al respectivo contexto socioeconómico externo» (*op. cit.*, pág. 63).

(53) Por su propia naturaleza, relativo.

(54) Eventual abuso estatal está vinculado no a la seguridad jurídica, sino a la comprensión preestablecida de verdades impuestas como absolutas, la cual tiene como virtud distorsionar la visión racional-relativa de múltiples conceptos, tales como la justicia o la seguridad.

de los seres humanos siendo, de esta forma, fundamental para la concreción de la dignidad humana.

En ese punto, alerta MEZQUITA DEL CACHO que «la Ciencia Política se ha percatado de que la Seguridad Jurídica auténtica [...] es [...] un factor tan decisivo para la estabilidad del Estado como pueda serlo la realización de la Justicia individual», así como «la Seguridad Jurídica se ha consolidado como noción medular de la Teoría General del Derecho. Pero [...] El sistema habrá de cohonestar al máximo la juridicidad formal con la justicia material, pues aquella nunca se forma solo a base de rigor y corrección técnicos» (55).

Hay que permanecer atentos a la relatividad de los valores en cuestión, y a su concreta valoración pues, si la legalidad, en su origen, tuvo una relación pacífica con la libertad y con la justicia, fue esta la que las permitió a través de la liberación de la arbitrariedad y del sofocamiento estatal, su absolutización puede significar efectivo contraste con la libertad y la justicia material.

Pretender que cualquiera de esos valores sea absoluto, que sea una verdad preconcebida y no-pasible de discusión, es permitir situaciones ideológicas distantes de la realidad de la vida, irracionales, elegidas e impuestas por alguien, como si fuesen de todos.

La seguridad, vislumbrada primordialmente por la legalidad, considerada como valor absoluto, terminará sofocando la libertad y la justicia; la justicia, en su misma condición, sofocará la libertad y la seguridad (y se transformará en injusticia); la libertad, absoluta, matará la justicia y la seguridad.

Solamente la certeza aportada por la legalidad (56), vinculada a la justicia y a la libertad, consistirán en la verdadera seguridad jurídica (57).

La seguridad jurídica, en dosis adecuadas, es esencial para el mantenimiento de la libertad individual (58), mediante el alejamiento de la arbitrariedad estatal, así como a través del reconocimiento de un espacio para la acción libre y autónoma de la voluntad humana (59).

La seguridad jurídica significa también protección a la confianza (60). Significa que las personas pueden confiar en el Derecho establecido, pudiendo

(55) MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, págs. 40-1.

(56) Nos muestra LÓPEZ DE OÑATE que la exigencia de certeza de la norma, y la consecuente certeza del derecho, siempre se han sentido como indispensables para la convivencia social ordenada (*La certeza del derecho*, pág. 73).

(57) MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, v. 1, pág. 190.

(58) No «hay libertad posible sin una base de igualdad entre la Ley y un mínimo equilibrio de poder entre los sujetos del contrato» (MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 192).

(59) A lo que JELLINEK denominó *status negativo* o *status libertatis* (ALEXY, Robert, *op. cit.*, págs. 222-6).

(60) «Que la confianza se actúe por medio de la norma, ese es el dato singular y específico de la experiencia jurídica, así como el elemento totalmente peculiar a través del cual la experiencia jurídica ejerce su magisterio» (LÓPEZ DE OÑATE, *op. cit.*, pág. 76).

así programar sus actividades, especialmente las económicas, y anticipar las consecuencias de sus actos, previendo las posibles intervenciones estatales (61).

Los que actúan de acuerdo con una legítima expectativa en el derecho establecido, deben contar con la protección de esta confianza. La seguridad en ese sentido tiene una profunda importancia para la vida productivo-económica de las personas, dado que esta es la que motiva que se pueda saber lo que está permitido y lo que no lo está, facultando, por lo tanto, una programación racional a largo plazo.

La protección de la confianza es un precepto que se integra en el principio de la seguridad jurídica.

La protección del que ha confiado legítimamente en la legislación establecida —y más reducidamente, en la actuación de otra parte— no puede ver su expectativa frustrada sin que exista motivo racional para ello.

En cierta forma, la confianza se puede traducir por previsibilidad, que implica, como ya observó PONTES DE MIRANDA, entre otras cosas, la aplicabilidad general y efectiva de la norma jurídica, la continuidad de la legislación, y la irretroactividad (62).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional español decidió que la seguridad jurídica, «incluso sin que se pueda erigir en valor absoluto [...] sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad» (63).

Tal aspecto de la seguridad exige que las leyes no puedan tener efectos retroactivos para regular situaciones producidas con anterioridad, así como debe existir certeza con relación a la norma aplicable, en cuanto a su contenido y, también con respecto a su efectivo respeto (64).

La certeza de la norma jurídica, y la consecuente seguridad que de ella deriva, son bienes adquiridos por la humanidad a través de la experiencia jurídica (65).

La seguridad también viene dada mediante la claridad y la precisión legal.

La norma debe ser clara, pasible de entendimiento por parte de sus destinatarios. Además, debe existir estabilidad normativa. La producción normativa desenfadada y confusa, y la alteración fácil de la norma, en virtud de los gustos efímeros, son contrarias a la seguridad según este raciocinio.

(61) HECK, Luís Afonso, *op. cit.*, pág. 187.

(62) *Op. cit.*, pág. 207.

(63) Sentencia 150/1990. MARTÍN REBOLLO, Luis, *Constitución Española*, pág. 64.

(64) Afirma LÓPEZ DE OÑATE que «la certeza del derecho se traduce en certeza de la acción y en posibilidad de la acción» (*op. cit.*, pág. 78).

(65) LÓPEZ DE OÑATE, *op. cit.*, pág. 74.

Mientras tanto, tal estabilidad no se debe entender como rigidez en exceso, pues en ese caso la legislación podría quedar demasiado desfasada con relación a la vida. Así, para evitar la alteración legislativa, es preferible la actuación hermenéutico-adaptativa de la jurisprudencia, bien como la utilización, por el legislador, de conceptos generales, cláusulas generales y conceptos indeterminados (66), que conceden larga vida al texto legal, al hacerlo elástico.

La utilización por el legislador de conceptos generales, conceptos indeterminados y cláusulas generales, no viola *a priori* la necesidad de que los preceptos legales sean precisos, es decir, que no violen el principio de la seguridad jurídica, dado que estos deben contener los límites de su aplicación y permitir la identificación de las situaciones jurídicas de aplicación, correspondiendo a los Tribunales el papel de interpretación y concreción (67).

2. RACIONALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

Una vez visto lo que se entiende por seguridad jurídica, es necesario intentar responder a la cuestión de cómo alcanzarla en el estado actual del Derecho, en el que se supera la idea de un ordenamiento jurídico herméticamente cerrado y completo, cuya única necesidad por el aplicador es la de subsunción.

¿Cuál es el instrumento que permite al Derecho encontrar la seguridad en la medida adecuada, permitiéndole confrontar este principio con otros que le sean contradictorios en el caso concreto? ¿Cómo buscar la solución para el conflicto? ¿Cuál es la actuación legislativa, jurisprudencial y administrativa referente a los ideales de seguridad jurídica?

2.1. LA RACIONALIDAD COMO CONCRECIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Al estar íntimamente vinculada la seguridad jurídica con la idea de legalidad, esta se ha vinculado tradicionalmente con el positivismo jurídico, por identificarse con la regla jurídica escrita y la subsunción.

Se identifica —y se critica— la seguridad con un ordenamiento jurídico cerrado, completo y escrito, en que el aplicador lo único que hace es un ejercicio de subsunción.

(66) HECK, Luís Afonso, *op. cit.*, pág. 206. El autor citado también destaca en la página 208 de la obra comentada, que «el uso, por el legislador, de conceptos jurídicos indeterminados no le exime de formular la prescripción, en lo que se refiere a los presupuestos y al contenido, de forma que aquellos que se vean afectados por esta, puedan reconocer la situación jurídica y orientarse en conformidad con la misma».

(67) HECK, Luís Afonso, *op. cit.*, pág. 208.

Se contraponen, en ese sentido, seguridad jurídica y positivismo, justicia y iusnaturalismo. Esta visión, no obstante, está superada como hemos visto arriba. Ya sea porque la seguridad jurídica y las normas positivadas no pueden abstraer totalmente las cuestiones morales, ni pueden dar respuestas absolutamente verdaderas, ni hay un sistema cerrado, tanto como porque identificar la justicia con el iusnaturalismo supone una visión miope, pues este se encuentra vinculado umbilicalmente a valores absolutos preconcebidos e incuestionables, que frecuentemente se prestan a todo tipo de manipulaciones y a regímenes absolutistas (e injustos).

Como hemos visto, la seguridad jurídica es un principio fundamental en un Estado de Derecho, y posibilita, cuando se orienta adecuadamente, el alcance de la libertad y dignidad humanas.

El desprecio por la seguridad jurídica, bajo el manto iusnaturalista, implica un autoritarismo moral, dado que su premisa es la imposición de verdades consideradas absolutas, preconcebidas e impuestas, independientemente de cuáles sean (justicia, igualdad, etc.).

Por otro lado, el apego excesivo a la norma positivada y a la subsunción, sin posibilidad de ponderación, implica una rigidez artificial del ordenamiento, que lo distancia de la vida, y lo convierte igualmente en impuesto y, en cierta forma, difícil de aceptar.

La solución está en la ponderación racional.

En la medida en que no hay una moral absoluta, la elección de la moral que será acogida por la legislación, así como aquella que será acogida en el proceso hermenéutico, debe realizarse de forma racional, dentro de un proceso que legitime la elección.

Esta interpretación no se concilia con una visión superada del positivismo, en el que se considera posible un sistema herméticamente cerrado y completo, en el que todas las respuestas están en la norma positivada, y para cada caso solo hay una respuesta posible, suministrada por la subsunción realizada por el aplicador.

Mientras tanto, todo enunciado normativo (68) requiere interpretación y, en esta, siempre hay varias posibilidades de respuesta, y no una única. Toda interpretación dispone una especie de cuadro interpretativo que contiene una serie de interpretaciones posibles de la norma, se puede decir, una serie de verdades posibles (69), entre las cuales, el intérprete debe elegir la más adecuada al caso, teniéndose en cuenta el derecho establecido y no sus *verdades* personales. La interpretación debe ser científica y no ideológica. La interpretación que se

(68) Ilustra ALEXY que las disposiciones de derecho consisten en los enunciados contenidos en los textos normativos, al mismo tiempo que, la norma de derecho, es la norma que deriva directamente de estos enunciados (*op. cit.*, pág. 48).

(69) Véase, al respecto, Kelsen, Hans, *op. cit.*, págs. 390-1.

mantiene dentro de este cuadro interpretativo, fiel a los valores elegidos por el legislador, es posible y conforme al derecho.

La primacía del derecho es la que determina que «le corresponde al derecho la prioridad sobre todos los restantes criterios» (70), sin que se pueda dejar de lado, simplemente suprimirse, en nombre de ideologías personales-factuales que parezcan adecuadas (71).

2.2. LA RACIONALIDAD EN LA ELABORACIÓN LEGISLATIVA

El proceso de elaboración legislativa incide en la juridización de valores morales que se seleccionan en el proceso democrático, como dignos de tutela. En este proceso se eligen los valores que serán incorporados al ordenamiento jurídico y que orientarán las actitudes individuales y estatales (72).

En la medida en que no existe una moral absoluta (73), los valores que se incorporarán al ordenamiento jurídico se seleccionan dentro del proceso democrático, no obstante, esta elección debe pautarse en criterios racionales de elección, que permitan a las personas a las que se dirige la norma jurídica entender, también racionalmente, los criterios adoptados y, con eso, seguirlos de forma no-refractaria.

En ese sentido, la racionalidad en el proceso legislativo es sumamente importante para la seguridad jurídica y para la legitimidad de la norma.

En proceso de elección, no hay una posibilidad ilimitada de opciones; no hay una arbitrariedad sin límites.

En primer lugar, la Constitución se debe respetar. El principio de la prioridad de la Constitución es el que determina que ningún acto estatal puede atentar contra la Constitución, incluyéndose la legislación infraconstitucional (74).

(70) HESSE, Konrad, *op. cit.*, pág. 163.

(71) En ese sentido, Konrad HESSE aporta una importante lección: el derecho «también vincula, entonces, cuando esto se vuelva incómodo, cuando necesidad o utilidad en forma de razones “político-estatales”, “intereses estatales preponderantes” o semejantes parezcan demandar desvíos de la legalidad. Solamente entonces, el estado de derecho puede desarrollar su efecto legitimador y estabilizador, cuando el derecho se mantiene frente a resistencias» (*op. cit.*, pág. 163).

(72) En la medida en que no existen valores absolutos, sino valores relativos.

(73) Una moral absoluta, que represente una verdad absoluta, son aspiraciones de regímenes totalitarios, que invocan tal verdad como preconstituída, y dotada de una legitimidad superior, siendo necesario para ello, sofocar la legalidad o distorsionarla.

Afirma Konrad que siempre «las aspiraciones totalitarias han conducido su lucha con la afirmación de una legitimidad superior, se han servido de la “legitimidad” contra “la legalidad” y han intentado socavar esta legalidad y entonces, cuando han alcanzado su objetivo, insisten incluso con más rigor en la observancia de su legalidad» (*op. cit.*, pág. 165).

(74) Véase HESSE, Konrad, *op. cit.*, pág. 165.

La primacía del derecho significa, bajo la óptica legislativa, la vinculación de los particulares, y del propio Estado, a decisiones de mayoría de los cuerpos legislativos (75).

En la medida en que no existen valores absolutos, y que no hay espacio para todos los valores, a través del juego democrático se eligen los valores que se incorporarán al ordenamiento jurídico, mediante decisiones de mayoría.

Además del respeto a la Constitución, es necesario observar que la primacía del derecho incide en la presencia de determinados contenidos en los cuerpos legislativos, porque integran los derechos fundamentales y derivarán del Estado de Derecho (76).

Con relación a tal contenido mínimo y obligatorio, Konrad HESSE afirma que lo integran la protección de la libertad, la igualdad, la propiedad, la prohibición de tribunales de excepción, etc. (77).

La retroactividad de la ley, para abarcar situaciones que le son previas, queda vetada como derivación de la garantía de seguridad jurídica.

La ley, además, debe ser clara.

La seguridad jurídica y el Estado de Derecho exigen que la producción legislativa no sea un proceso sujeto a la arbitrariedad.

Por sí mismo, el paso de un sistema absolutista a un sistema con parlamento significa un avance decisivo para la superación del riesgo de arbitrariedad, no obstante, esto no es suficiente (78).

La eliminación de la arbitrariedad depende de la existencia de un proceso regulado por el propio ordenamiento jurídico, y fiscalizado por un Tribunal Constitucional, con poder de análisis sobre las formalidades del proceso legislativo así como sobre la racionalidad de las elecciones legislativas.

Esto le permitirá al Tribunal Constitucional revisar actuaciones legislativas formalmente válidas bajo un punto de vista de la racionalidad de las elecciones legislativas, con el fin de alejar la arbitrariedad por razones que pueden ir desde la inestabilidad (alteraciones frecuentes y contradictorias de ley, por ejemplo) a la tendenciosidad (v.g., una ley discriminatoria), pasando por una excepcionalidad injustificada (79).

No se aceptan subjetivismos en el proceso legislativo. La ley debe ser objetiva y racionalmente elaborada.

No se debe olvidar la finalidad de estabilidad de la legislación que deriva de la seguridad jurídica, la cual, para cumplirse, debe suprimir los cambios frecuentes y no-racionalmente explicables de la legislación.

(75) Véase HESSE, Konrad, *op. cit.*, pág. 165.

(76) Afirma HESSE que, en ese punto, el Estado de Derecho se transforma en Estado de Derecho material (*op. cit.*, pág. 167).

(77) *Op. cit.*, págs. 168-9.

(78) MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 159.

(79) Véase MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 160.

«La verdadera seguridad, la *confianza*, se asienta sobre razonables dosis de tradición, permanencia, estabilidad» (80).

Esto significa que la estabilidad debe ser la regla general y, el cambio, cuando esté racionalmente justificado, debe ser la excepción, y no debe quebrar la confianza establecida en las personas.

2.3. LA JURISPRUDENCIA RACIONAL

La jurisprudencia desempeña un enorme papel, en especial la del Tribunal Constitucional, para la concreción de la seguridad jurídica por medio de una interpretación racional del Derecho.

Como guardián de la Constitución y de los dictámenes del Estado de Derecho, el Tribunal Constitucional debe asegurar la observancia de las *reglas del juego* establecidas, y velar por la no-arbitrariedad de las elecciones legislativas.

Así, la observancia de los derechos fundamentales, de la obediencia al derecho establecido, de la no-retroactividad, de la claridad de la ley, de la racionalidad de criterios, de la estabilidad, de la justicia material (81), entre otros dictámenes, deben ser supervisados por el Poder judicial, especialmente por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional tiene un importante cometido en la concreción de la seguridad jurídica en este papel de guardián de los preceptos constitucionales, garantizando los postulados del Estado de Derecho, impidiendo, por ejemplo, la usurpación de uno de los poderes del Estado por otro, al mismo tiempo que garantiza los derechos fundamentales (82).

La jurisprudencia tiene que desempeñar un gran papel en la interpretación del Derecho, y, en esa tarea, sobresale la labor en el establecimiento del contenido de los principios y en la resolución de las colisiones entre ellos, que se establecen en los casos concretos.

En la medida en que los principios son mandatos de optimización, su contenido se va completando con las decisiones judiciales (83). Asimismo, tales de-

(80) MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, págs. 169-70.

(81) En lo que se refiere a la justicia material, el Tribunal Constitucional alemán entiende que la seguridad jurídica debe tener primacía con relación a la justicia, en la medida en que debe existir respeto a los valores establecidos por el proceso democrático, pudiendo producirse, no obstante, corrección jurisdiccional cuando se produzca «una contradicción tan insoportable que la ley, como “derecho incorrecto”, tenga que ceder a la Justicia» (ver, al respecto, HECK, Luís Afonso, *op. cit.*, pág. 194).

(82) Por esta razón, algunos autores afirman que el Tribunal Constitucional se trata de un cuarto poder, independiente y por encima de los tres poderes clásicos que son supervisados por este (véase MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, págs. 127-33).

(83) «Desde que conozco muchos casos particulares y condenso tales verdades de mosaico, puedo formular la proposición abstracta, que contenga los caracteres comunes a todas ellas» (PONTES DE MIRANDA, F. C., *op. cit.*, pág. 213).

cisiones no son arbitrarias, ideológicas, sino limitadas por el cuadrante impuesto por el legislador, dentro de la legitimidad del juego democrático, y racionales, es decir, son producto de una ponderación racional.

La concreción de los principios, y la resolución del conflicto de principios, deben resolverse mediante el principio de la proporcionalidad (84), a través de la ponderación.

La concreción de un principio debe producirse mediante una ponderación racional, respetando los límites constitucionales-legales, y suprimiendo la interpretación meramente ideológica.

De la misma forma, la solución para una colisión de principios debe buscarse mediante la ponderación, analizando racionalmente, qué principio tiene mayor peso en el caso concreto, frente a las circunstancias fácticas y jurídicas presentadas (85).

En palabras de Robert ALEXY, la colisión de principios «debería solucionarse “mediante una ponderación de los intereses contrapuestos”. En esta ponderación, de lo que se trata es de establecer cuál de los intereses, que *tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto*» (86).

La ponderación, racional reitérrese, deberá tener en cuenta las condiciones concretas y las limitaciones jurídicas constitucionalmente establecidas, y apuntará que, mediante ciertas condiciones fácticas y jurídicas, determinado principio tiene mayor peso y, por lo tanto, preeminencia, sobre otro principio (87).

La concreción principiológica debe darse mediante la ponderación, racional.

Por ello los principios son razones *prima facie* (88).

La actividad de interpretación siempre será necesaria, ya se trate de regla o de principio, pues el derecho abstracto gana vida, se concreta, mediante una tarea de interpretación. No obstante, el aplicador del derecho no puede excluir la ley.

La interpretación racional del derecho, mediante la subsunción de las reglas y la ponderación de los principios, puede y debe producirse, de forma racional,

(84) «Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. El subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de la ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. [...] Del subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas» (ALEXY, Robert, *op. cit.*, pág. 92).

(85) Con respecto a la posibilidad-necesidad de analizar el caso concreto racionalmente, dentro de los límites jurídicos, pero teniendo en cuenta las peculiaridades jurídico-fácticas, PONTES DE MIRANDA aporta una interesante lección al recordar que «no es preciso igualar y reducir todos los individuos a un solo tipo con el fin de resolver, mediante el socialismo, el problema humano: socializar, no es nivelar, sino generalizar y, no solo pueden variar los casos particulares y las proposiciones sin que las reglas generales varíen, sino también es esencial a la vida» (*op. cit.*, pág. 216).

(86) *Op. cit.*, pág. 72.

(87) Vea al respecto ALEXY, Robert, *op. cit.*, págs. 71-6.

(88) Ver ALEXY, Robert, *op. cit.*, págs. 82-4.

pero dentro de los límites establecidos democráticamente. La superación de las reglas establecidas bajo el manto de ideologías, independientemente de las que sean, no es posible, ni deseable, corriéndose el riesgo de contradecir el principio de seguridad jurídica así como de contrariar el Estado de Derecho.

Sostiene Konrad HESSE que la primacía del derecho, no obstante, no significa distancia de la realidad o inmovilidad, ya que hay necesidad de interpretación, actualización y concreción de las normas jurídicas, existiendo incluso un derecho no-escrito, pero eso «no abre ninguna posibilidad de esquivar la «ley», con apoyo en el «derecho» porque esto conduciría a una eliminación de las funciones constitucionales y privaría a la *lex scripta* del efecto racionalizador y estabilizador que, según la Constitución, le debe corresponder a esta» (89).

La vinculación jurídica es sumamente valiosa, en la medida en que afecta a todos. No solo a los particulares sino también al poder público; no solo a las minorías sino también a las mayorías. Esta garantiza la imparcialidad del derecho (90).

La interpretación así, aunque creadora de derecho, no es algo arbitrario sino algo que el Derecho establecido debe respetar.

Respetar tales límites, evitándose eventuales interpretaciones ideológicas, es fundamental para una interpretación racional, que respete la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

En la labor hermenéutica siempre hay un abanico de posibilidades, dentro de las cuales el intérprete puede actuar, eligiendo la que sea más adecuada al caso concreto frente a criterios racionales, analizados y motivados (91). Asimismo, la actuación fuera de este ámbito, o incluso la elección dentro del mismo, motivada por valores absolutos y no por una elección racional, no son posibles y afrontan los principios constitucionales citados.

La actuación del juez en la aplicación del derecho debe producirse dentro de un esquema de posibilidades interpretativas que respeten los valores acogidos

(89) *Op. cit.*, págs. 163-4.

(90) Ver HESSE, Konrad, *op. cit.*, pág. 164. Asimismo, el aludido autor explica que «una mayoría puede establecer un derecho que, en lo esencial, corresponde a sus intereses; pero ese derecho debe ser constitucional; pudiendo también volverse contra sí mismo, porque cada establecimiento de derecho en el estado de derecho significa autovinculación. El Derecho puede, por consiguiente, convertirse en expresión de intereses particulares solo limitadamente; permanece, en virtud de su primacía, como una grandeza relativamente autónoma, y esa relativa independencia del derecho de intereses alternantes y corrientes políticas se confía a quienes tienen que aplicar el derecho».

(91) Sostiene MEZQUITA DEL CACHO que en la labor de interpretación del derecho «siempre habrá recreación del Hecho [...] pero también del Derecho [...]; y en lo uno y en lo otro hay gran proporción de libertad de criterio, no solo electiva, sino creativa, dentro de un proceso intelectual que combina conciencia y voluntad», criticando, no obstante, el llamado «uso alternativo del Derecho», que es una proposición «eurocomunista», al usurpar el juez funciones que no son suyas (*op. cit.*, págs. 136-40).

por el legislador; el juez no puede, a través de la hermenéutica, apoderarse de una función que es del legislador (92).

Nos valemos una vez más, en ese punto, de la lección de HESSE: «los límites de la interpretación constitucional están allí donde no existe establecimiento obligatorio de la Constitución, donde terminan las posibilidades de una comprensión conveniente del texto de la norma o donde una resolución entraría en contradicción unívoca con el texto de la norma» (93).

Conforme la lección de Luís Afonso HECK, la utilización por el legislador de conceptos legales indeterminados, no viola la exigencia de claridad de la norma, dado que los mismos se complementan mediante la actividad de los tribunales (94).

Hay que destacar que, aunque deba existir un respeto a la norma escrita, que no se puede suprimir ideológicamente, el derecho no se limita a la norma legal. Derecho y ley no coinciden necesariamente, aunque generalmente sí. De la misma forma, el aplicador de la ley no está limitado a su interpretación literal.

«La tarea del Poder Judicial puede exigir, en concreto, revelar y convertir en decisiones las representaciones de valores que son immanentes al orden jurídico constitucional pero que no, o solo de forma incompleta, han llegado a la expresión en los textos de las leyes escritas [...]. Aquí, el juez debe protegerse de la arbitrariedad; su decisión debe basarse en argumentación racional» (95).

2.4. RACIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Asimismo, la administración pública tiene un papel decisivo en la consecución de la concreción del principio de la seguridad jurídica.

En primer lugar, cabe señalar que la primacía del Derecho también le afecta, en la medida en que se encuentra limitada a la legalidad, estándole vetada la arbitrariedad.

La administración se encuentra vinculada al Derecho, estando vetado el subjetivismo, la influencia de otros valores que no sean los derivados de la norma jurídica, independientemente de la naturaleza que sean (96).

(92) En ese sentido, afirma Luís Afonso HECK que «la aplicación jurídica creadora se realiza en el interior del trazado límite constitucional. Esta no constituye la manifestación del inadmisibles despojo judicial, por medio del cual la voluntad reconocible del legislador se suprime y se sustituye por una voluntad judicial de intereses, hecha de forma autárquica. [...] en el camino de la interpretación no se debe atribuir un sentido opuesto a una ley, por el contenido y por el sentido, clara» (*op. cit.*, pág. 212).

(93) *Op. cit.*, pág. 69.

(94) *Op. cit.*, pág. 208.

(95) HECK, Luís Afonso, *op. cit.*, pág. 210.

(96) Ver HESSE, Konrad, *op. cit.*, pág. 164.

Deriva de la legalidad, originada en el principio de la seguridad jurídica, el hecho de que la administración pública se encuentre vinculada a la aplicación del derecho establecido, y solamente a este (97).

Así, la administración tiene el deber de respetar los derechos subjetivos de los ciudadanos, incluyendo especialmente los derechos fundamentales, los cuales le son oponibles. Está obligada a actuar de acuerdo con los valores establecidos en el ordenamiento jurídico, y no otros derivados de subjetivismos, por opción política, por ejemplo.

En ese sentido, por parte de la administración existe un poder-deber de autotutela de la legalidad de sus actos.

En nombre de la seguridad jurídica hay que señalar que la administración actúa en la esfera de desarrollo voluntario del derecho, con el fin de asegurar, en la mayor medida posible, la adecuación al ordenamiento jurídico en los actos privados, incluso antes de que se produzca el litigio. Este intento lo cumplen instituciones como la notarial y la registral, por ejemplo (98).

Es lo que se ha llamado de seguridad jurídica *a priori*, en oposición a la seguridad jurídica *a posteriori*, suministrada por el Poder Judicial una vez iniciado el litigio.

La administración pública, observando los principios de Estado de derecho y de seguridad jurídica, debe abstenerse de invadir la esfera del Poder Legislativo, salvo justificación racional. Así, por ejemplo, tal deber se encuentra en contradicción con el uso de Medidas Provisionales (99), sin que exista un fundamento racional que se encuentre amparado en las condiciones constitucionales que la autorizan.

También aquí, en la esfera de la administración, no existe posibilidad de arbitrariedad en la aplicación del Derecho sino que, al contrario, hay prioridad del Derecho, el cual debe respetarse.

La administración, al interpretar el Derecho, debe hacerlo de forma racional, respetando, además de los límites impuestos por el legislador, las opciones racionales ejercidas por el juzgador al interpretar el ordenamiento jurídico.

Se aplica aquí, en lo que proceda, lo que se ha mencionado antes sobre la actuación del juzgador al interpretar el ordenamiento jurídico, de forma racional, libre de ideologías preconcebidas, acatando los valores adoptados en el juego democrático.

(97) MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 93.

(98) Véase MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, págs. 81 a 93-7.

(99) Acto administrativo, con eficacia de ley, previsto en el sistema jurídico brasileiro, en artículo 62 de la Constitución Federal.

BIBLIOGRAFÍA

- ADEODATO, João Maurício: *Ética & retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2009, 455 págs.
- ALEX, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, 2.^a ed. Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 374 págs.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.^a ed. Tradução de Carlos BERNAL PULIDO. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 601 págs.
- ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia (Coordenadora): *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, 415 págs.
- BERMEJO VERA, José: *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Navarra: Aranzadi, 2005, 246 págs.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia: *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: safE, 2006, 303 págs.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2.^a ed. Tradução de A. MENEZES CORDEIRO. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 311 págs.
- CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre Derecho Hipotecário*, 4.^a ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000, T. II, 1929 págs.
- CRUET, Jean: *A vida do direito e a inutilidade das leis*, Salvador: Livraria Progresso Editora, 1956, 266 págs.
- DE FRADERA, Véra Maria Jacob: *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Tese de doutorado apresentada à Universidade Paris II.
- «A vedação de venire contra factum proprium deve ser relacionada à quebra de confiança e à exigência de coerência contratual», in RUY ROSADO DE AGUIAR, Jr., *Jornada de direito civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, págs. 295-9.
- EHRENBERG, Victor: *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. Tradução de Antonio PAU. Madrid: Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2003, 119 págs.
- FABIAN, Christoph: *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002, 176 págs.
- FIGUEIRAS DACAL, Manuel: *El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad*, Madrid: Dijusa, 2001, 381 págs.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Teoria da ciência jurídica*, 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 287 págs.
- HABERMAS, Jürgen: *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, 123 págs.
- HAMILTON SIQUEIRA JR., Paulo: *Teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2009, 396 págs.
- HECK, Luís Afonso: *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: safE, 1995, 336 págs.
- HESSE, Konrad: *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso HECK. Porto Alegre: safE, 1998, 576 págs.
- *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar FERREIRA MENDES. Porto Alegre: safE, 1991, 34 págs.

- HOBBS, Thomas: *Leviatan*, 2.^a ed. Tradução de Manuel SÁNCHEZ SARTO. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, 618 págs.
- KANT, Immanuel: *Crítica da razão prática*. Tradução de Antonio Carlos BRAGA. São Paulo: Escala, 2006, 191 págs.
- *Principios metafísicos del derecho*. Buenos Aires: Americalee, 1943, 221 págs.
- KELSEN, Hans: *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 427 págs.
- LARENZ, Karl: «Culpa *in contraendo*, dever de segurança no tráfico e “contato social”», en *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 34, abr.-jun., 2008, págs. 343-52.
- LONGO, Mario: *Saggi critici di diritto dell'economia. Problemi di parte generale*. Milano: Giuffrè, 1965, 586 págs.
- LÓPEZ DE OÑATE: *La certeza del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, 212 págs.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica: estudios de derecho y sociología registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, 1995.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (edición preparada por): *Constitución Española*. Navarra: Thompson-Aranzadi, 2003, 243 págs.
- MARQUES DIP, Ricardo Henry: «Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica e o risco de sua pontual agravação com o novo Código Civil brasileiro», in SILVA, Ulysses da (coordenador): *O novo Código Civil e o registro de imóveis*, Porto Alegre: safe, 2004, págs. 147-76.
- MAURER, Harmut: *Direito administrativo geral*. 14.^a ed. Tradução del Dr. Luís Afonso HECK. Barueri: Manole, 2006, 955 págs.
- MEZQUITA DEL CACHO, José L.: *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Barcelona: Bosch, 1989, 2 v.
- MORELLO, U.; MIRABELLI, C., y MENOZZI, F. (A cura di): *Sicurezza delle contrattazioni: dalle opportunità alle regole nel mercato immobiliare*. Milano: Giuffrè, 1996, 226 págs.
- MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio: *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTR, 1996, 324 págs.
- ORTIZ, Jose Maria Chico y. *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*. Madrid: Marcial Pons, 1994, 136 págs.
- PALMA FERNÁNDEZ, José Luis: *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, 96 págs.
- PASCAL, Georges: *Compreender Kant*. 3.^a ed. Petrópolis: Vozes, 2007, 206 págs.
- PAULSEN, Leandro: *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 176 págs.
- PEREIRA MENDES, Isabel: *Estudos sobre registro predial*. Coimbra: Almedina, 1999, 189 págs.
- PESSÔA, Leonel Cesarino: «Segurança jurídica e os paradigmas jurídicos», in PESSÔA, Leonel Cesarino (Org.): *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTR, 2007, págs. 41-50.
- PEYREFITTE, Alain: *A sociedade da confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, 634 págs.

- PIMENTEL ALBUQUERQUE, Mário: *Princípio da confiança no direito penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 181 págs.
- PONTES DE MIRANDA, F. C.: *À margem do direito*. 3.^a ed. Campinas: Bookseller, 2005, 150 págs.
- *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, 2000, T. IV, 519 págs.
- *Tratado de direito privado*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1974, T. I, 543 págs.
- RODRIGUES MACIEL, José Fabio: *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004, 160 págs.
- SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Director): *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, 532 págs.
- STEIN, Torsten: «A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha», in *Acesso à justiça e cidadania*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, págs. 93-117.
- TRILLO-FIGUEROA, Federico, y cols.: *Seguridad jurídica y codificación*. Madrid: Centro de Estudios Registrales [s.d.]. 144 págs.
- VASCONCELOS, Arnaldo: «Segurança do direito», in LIMONGI FRANÇA, R. (Coordenador): *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 67, págs. 267-70.
- VOLPATO DUTRA, Delamar: *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*, Porto Alegre: Edipucrs, 2002, 310 págs.
- ZUVILIVIA, Marina C.: *El notario y la seguridad jurídica*. Rosario: Juris, 2008, 214 págs.
- WESTERMANN, Harm Peter: *Código Civil alemão; direito das obrigações; parte geral*. Porto Alegre: safE, 1983, 214 págs.

RESUMEN

SEGURIDAD JURÍDICA BRASIL

La seguridad jurídica es uno de los principios de derecho más importantes y deriva directamente del principio del Estado de Derecho.

De esta forma, aunque no se mencione expresamente, esta existirá como principio del ordenamiento jurídico.

Como principio que es, la seguridad jurídica no se puede definir rápidamente, consistiendo en una razón prima facie que debe ser aplicada por los Tribunales frente a las situaciones fácticas y jurídicas concretas, a través de una ponderación racional.

La ponderación y la argumentación racional deberán ser; de esta forma, los instrumentos de concreción de la seguridad ju-

ABSTRACT

LEGAL CERTAINTY BRAZIL

Legal certainty is one of the most important principles of law, and it stems directly from the rule of law. Hence, even if it is not expressly mentioned, legal certainty will exist as a legislative principle.

Like any principle, legal certainty cannot be defined quickly. It consists in a prima-facie reason that must be applied by the courts to specific factual and legal situations, through rational deliberation.

Deliberation and rational argument are thus the instruments available to the judiciary for concretizing legal certainty, without contradicting legislation.

Ideological concretion, patterned into pre-established values, is not a valid way

rídica de los que dispone el Poder Judicial, sin contradecir el ordenamiento jurídico.

La concreción ideológica, pautada en valores preestablecidos, no es una forma válida de concreción de los principios jurídicos, incluyéndose en ella el principio en cuestión.

La ponderación, la racionalidad, será la forma legítima de concreción.

No solo la jurisprudencia debe ser racional con el fin de alcanzar la seguridad jurídica, sino también lo deben ser la administración, al interpretar las normas jurídicas, y el legislador, al crear las normas jurídicas.

La racionalidad impone el alejamiento de la completa arbitrariedad. Los límites, en nombre de la racionalidad, existen en todas las esferas de poder, y en esto se basa en gran medida la seguridad jurídica e, igualmente, en esto se fundamentan importantes derechos fundamentales de la persona.

of concretizing legal principles, including the principle at issue.

Deliberation, rationality, will be the legitimate form of concretion. Not only must case law be rational in order to attain legal certainty, but the administration must also be rational when it interprets legislation, and legislators must be rational when they create laws.

Rationality imposes a withdrawal from utter arbitrariness. Limits, in the name of rationality, exist in all spheres of power. Legal certainty is largely based on this fact, and important fundamental personal rights are founded on it as well.

(Trabajo recibido el 17-10-2011 y aceptado para su publicación el 29-11-2011)