

LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SUS PARADOJAS ACTUALES

Antonio-Enrique Pérez Luño

Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Planteamiento: la seguridad jurídica revisada. A) *Lex promulgata*. B) *Lex manifesta*. C) *Lex plena*. D) *Lex stricta*. E) *Lex praevia*. F) *Lex perpetua*. 2. Conclusiones. Notas bibliográficas.

1. PLANTEAMIENTO: LA SEGURIDAD JURÍDICA REVISADA

No debiera pasar inadvertida la circunstancia paradójica de que una de las obras más representativas de la literatura del pasado siglo, cuya trama argumental consiste en la angustiada y opresiva situación de un ciudadano al que se le niegan las garantías jurídicas, ostente el nombre de: *El proceso*. La obra de Franz Kafka constituye un dramático testimonio de cómo la instrucción de un procedimiento judicial, de forma tenebrosa y arbitraria, se convierte en una pesadilla implacable y letal para un procesado. Se advierte, de este modo, la profunda ambivalencia, o radical paradoja, subyacente al proceso.

El *due process of law* es un derecho fundamental constitutivo del Estado de Derecho y una de las instituciones máximas del valor de

la seguridad jurídica vertebrador de dicho Estado. Pero, privado de las garantías formales y los valores materiales que deben informar el proceso en las sociedades libres, éste se convierte en uno de los instrumentos más lesivos e implacables contra el *status* de la libertad personal y una de las agresiones más flagrantes a la seguridad jurídica que se produce en los sistemas totalitarios.

La ambivalencia del proceso no es la única paradoja que incide en la seguridad jurídica. En la actualidad se han producido una serie de circunstancias que convierten en paradójicas las principales manifestaciones o exigencias en las que la seguridad jurídica se desglosa. Ese nuevo horizonte contextual en el que opera el valor de la seguridad jurídica en los Estados de Derecho del presente, invita a una revisión de su significado y alcance.

En algunos trabajos anteriores, publicados desde hace dos décadas, he intentado dar cuen-

* El trabajo forma parte de una investigación más amplia sobre “Los problemas de aplicación de la Ley Concursal (y III)”, financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (DER2009-10387, subprograma JURI).

ta de las principales exigencias y manifestaciones del valor de la seguridad jurídica propio de los Estados de Derecho. En el tiempo transcurrido desde que aquellos trabajos fueron editados, se han ido produciendo una serie de circunstancias y fenómenos nuevos que invitan a un replanteamiento de dichas garantías. Este proceso de revisión, entiendo, que puede plantearse bajo el signo de la paradoja.

No huelga advertir que, desde la Antigüedad clásica helena, la labor del intelectual se ha venido cifrando en la revelación de los tópicos y de las ideas rutinarias persistentes en la opinión pública. Advierte José Ortega y Gasset que, como la opinión común, pública y establecida se denominaba en Grecia “*Doxa*”, la opinión del intelectual que es siempre contrap opinión será inevitablemente “*paradoxa*”. La paradoja será, en efecto, un ingrediente básico en la historia de la cultura, y un acicate constante para la renovación de los conceptos y categorías teóricos; también de aquellos que constituyen el arsenal metódico y definitorio de la teoría jurídica.

La paradoja no constituye, por tanto, algo insólito en la actividad de razonar y definir críticamente. La actitud paradójica debe suponer, en el ámbito del derecho, un esfuerzo para eludir los caminos trillados de la rutina y de las ideas preconcebidas, que pretenden quedar exentas de cualquier renovación.

Estas consideraciones pretenden justificar la adopción de un enfoque paradójico. Mediante dicho enfoque, pienso, puede propiciarse un análisis presente de los principales rasgos informadores de la seguridad jurídica, tal como deben ser revisados en el contexto de su nuevo marco operativo.

Como es notorio, la seguridad jurídica es un valor que se concreta en exigencias *objetivas* de: *corrección estructural* (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y *corrección funcional* (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción *subjetiva*

encarnada por la *certeza del Derecho*, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.

Respecto a las condiciones de *corrección estructural* se pueden concretar en una serie de exigencias básicas todas ellas sometidas ahora a un proceso de revisión. En función de esas premisas metódicas, se abordarán en estas reflexiones, por aproximación sucesiva, los principales elementos y garantías vertebradores de la seguridad jurídica, en su dimensión estructural, aludiendo a su sentido hasta ahora vigente y proyectando sobre el mismo las revisiones que dimanen de las circunstancias paradójicas propias de su *status* significativo actual.

A) *Lex promulgata*

La promulgación es esencial a la ley, pues sin ella no podría llegar a conocimiento de los destinatarios y, en consecuencia, no podrían cumplirla. La información y comunicación de la ley, en la que su publicación consiste, responde a la demanda de conocimiento de la norma, a los procedimientos que permiten su transmisión a quienes obliga su cumplimiento. La falta de publicación de las leyes sume al destinatario en el patético déficit de certeza reflejado en las situaciones de aquellos sistemas políticos despóticos en los que el conocimiento del derecho se reservaba a una clase, grupo o partido privilegiado, con exclusión del resto de la sociedad. La garantía de publicidad de las leyes es, por tanto, una exigencia básica de las sociedades libres y democráticas y un rasgo constitutivo de los Estados de Derecho.

Franz Kafka, manifestó, a lo largo de su obra una sensibilidad obsesiva hacia todas aquellas situaciones-límite caracterizadas por la violación de la seguridad jurídica. En su escrito *Sobre las leyes*, imagina, como una pesadilla siniestra, la atmósfera patética de quienes se ven privados del conocimiento del Derecho, en una denuncia plena de dramatismo: “Nuestras leyes no son conocidas por todos, son un secreto reservado al pequeño grupo que nos domina. Estamos convencidos que estas anti-

guas leyes se aplican escrupulosamente, pero nos resulta extremadamente penoso estar gobernados por leyes que ignoramos”.

En nuestro tiempo, uno de cuyos rasgos identitarios se halla conformado por las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), parece que el principio de la publicidad normativa debería haberse potenciado hasta el logro de su plena implantación. No obstante, paradójicamente, la situación real de los sistemas jurídicos actuales es la inversa. Es la nuestra una época en la que se han producido fenómenos normativos que han debilitado su publicidad y transparencia, sustituyéndolas por una progresiva *opacidad*.

Hoy los sistemas jurídicos de las sociedades avanzadas se hallan aquejados de una creciente *inflación normativa*. Esta circunstancia, ha convertido a los Estados del presente en: “máquinas de legislar”. El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos. La crisis de la información jurídica precipita en las tinieblas al ordenamiento jurídico. La transparencia del sistema normativo, que es presupuesto básico de la certeza del Derecho, se ve suplantada por su creciente *opacidad e inescrutabilidad*: el Derecho positivo deviene, por tanto, inaccesible para los propios especialistas. El principio de publicidad normativa, informador de la seguridad jurídica, se resquebraja por el menoscabo de la vigencia del ordenamiento jurídico, muchas de cuyas normas permanecen inoperantes por falta de información.

Ante esa situación en la que la certeza del Derecho se halla más próxima al mito que a la realidad, se hace apremiante la búsqueda de soluciones que restituyan la seguridad perdida. Entre ellas, quizás la que hoy ofrece mayores y más estimulantes posibilidades sea la informática. La crisis de la seguridad se enmarca en un proceso de crisis de adaptación de los conceptos y las categorías jurídicas heredados del pasado a las exigencias de la sociedad tec-

nológica. En consecuencia, las aportaciones de la *Informática jurídica*, es decir, de la disciplina que aborda la proyección de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación al Derecho, representan la respuesta inevitable para tratar de resolver aquellos problemas jurídicos para los que los métodos tradicionales han perdido capacidad operativa.

La crisis de publicidad, es decir, de información y documentación en el Derecho de las sociedades tecnológicamente avanzadas, producida por la avalancha de legislación, jurisprudencia y doctrina, sólo puede ser, a su vez, contrarrestada poniendo en juego medios proporcionados, o sea, a través del adecuado empleo de la tecnología informática y los sistemas de teledocumentación. Sólo así el jurista se halla en condiciones de restablecer un equilibrio entre el incesante flujo de datos jurídicos y su capacidad para asumirlos y aprovecharlos. La informática jurídica documental representa un instrumento imprescindible para el conocimiento adecuado de las fuentes del Derecho y, por tanto, como un vehículo imprescindible para recuperar su publicidad perdida.

B) *Lex manifesta*

Con esta exigencia se alude a la necesidad de que las normas puedan ser comprensibles y eludan las expresiones ambiguas, equívocas u oscuras que puedan confundir a los destinatarios. La claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho. De ese modo, se elimina, en cuanto es posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados. Al propio tiempo, una buena técnica legislativa tenderá a la delimitación precisa de las consecuencias jurídicas. Con ello, se evitará la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho.

En su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre: *La terminología jurídica de la Reforma Concursal*, el profesor Manuel Olivencia hacía especial hincapié en la necesidad de prestar atención al soporte lingüístico en el que las normas jurídicas se expresan. Sin esa atención al lenguaje

normativo y a la exigencia de claridad en el que se formulan las reformas legislativas, muchos de sus aspectos básicos quedarían en la penumbra. Esta observación metódica, estimo que es de incuestionable interés para el planteamiento actual de la seguridad jurídica.

Los métodos actuales del análisis del lenguaje han cifrado como una de sus principales metas en el ámbito jurídico el dotar a la ciencia del Derecho de un lenguaje riguroso. Para ello, se ha dirigido a esclarecer el significado de los términos fundamentales que aparecen en el lenguaje normativo. Su principal preocupación metódica ha sido la de purificar los dominios del Derecho de conceptos inútiles, ambiguos o equívocos. Todo ello, ha venido a reforzar la importancia que reviste la claridad normativa como ingrediente básico de la seguridad jurídica.

El análisis del lenguaje constituye un procedimiento habitual y tradicional de los juristas al ser las normas jurídicas, en su dimensión externa, entidades lingüísticas. El propio profesor Olivencia, mercantilista de denso prestigio, en sus estudios sobre *Lenguaje y Derecho*, reitera las tesis de su maestro el insigne jurista Joaquín Garrigues, cuando nos recuerda que: “Los juristas vivimos de las palabras dichas o escritas. Somos vendedores de palabras. A diferencia de otras profesiones, resolvemos el problema con las palabras de la ley o con las palabras que nos sirven para interpretar la ley...”.

La dimensión lingüística del derecho impone, más que en cualquier ámbito científico o cultural, la exigencia de claridad y precisión. Si Ortega hizo célebre el *motto* de que “la claridad es la cortesía del filósofo”, para el jurista legislador, juez, intérprete o teórico del derecho, el uso de un lenguaje transparente, sin concesión alguna a la obscuridad o a la confusión, constituye una exigencia vinculada al propio valor de la seguridad jurídica. Lo mismo cabe predicar de la precisión, es decir, de la exactitud en el empleo de términos, ideas y conceptos, sea en el lenguaje legislativo, en el de los jueces o en el de los juristas. Tampoco debe desdeñarse en la preceptiva del lenguaje jurídico la pulcritud estilística de sus expresiones. Tiene razón, Ma-

nuel Olivencia para postular que: “la belleza no está reñida con el derecho, las ideas jurídicas pueden envolverse en el hermoso ropaje de una buena literatura, aunque lo que se cuenta sea la doctrina del acto de comercio”.

Hoy las formas estilísticas del lenguaje jurídico, oral o escrito, se alejan de la retórica profusa y barroca que caracterizó el lenguaje de los juristas de anteriores épocas y busca la pulcritud en el empleo de un lenguaje jurídico terso y escueto, cuya calidad se cifra en la austera precisión de sus formulaciones. Estas inquietudes y exigencias deben plantearse en un estudio de una institución tan vinculada al lenguaje jurídico y a sus transformaciones como es la seguridad jurídica. El lenguaje en el que se expresa el Derecho, permitirá advertir el cambio de circunstancias sociales, económicas y jurídicas que han determinado su nueva formulación.

En los últimos años, ha adquirido, asimismo, notoriedad en la doctrina jurídica norteamericana, especialmente en el ámbito penal y procesal, la denominada teoría del “*labeling approach*”, es decir, del enfoque a través de etiquetas o rótulos, denominada también como “teoría de las definiciones”. Se trata de una radicalización de las tesis del análisis del lenguaje jurídico, tendente a maximizar la claridad de los conceptos y categorías de la experiencia jurídica. Ese propósito clarificador tendería también, en definitiva, a precisar el ámbito significativo del Derecho, contribuyendo al reforzamiento del valor de la seguridad jurídica.

Este enfoque metódico, postula que la juridicidad no es una cualidad esencial u ontológica de determinadas conductas o hechos, sino el resultado de un proceso de atribución de tal cualidad. La juridicidad o antijuridicidad, la licitud o ilicitud, la validez o invalidez de los actos jurídicos son categorías de fronteras móviles y oscilantes, que, de ningún modo, pueden considerarse previas a su definición o tipificación como tales. La juridicidad es una etiqueta creada por determinadas instancias formalizadas de los ordenamientos. Esta tesis tiene a su favor el replantear la evidencia, muchas veces indebidamente soslayada, de que

determinadas imprecisiones, equívocos y opacidades del lenguaje normativo o las categorías ambiguas, del lenguaje de los juristas, no son producto de preferencias casuales o arbitrarias. Esas circunstancias, suelen obedecer a mutaciones políticas, sociales o culturales, o a opciones ideológicas, que inciden en la mayor o menor diafanidad del lenguaje del derecho y, por tato, refuerzan o debilitan la seguridad jurídica.

La creciente crisis de la publicidad del Derecho, se ha visto acompañada del grave menoscabo de su *claridad*. La propia estructura formal de las normas legales se halla hoy en crisis motivada por graves problemas de política y de técnica legislativa. La certeza del Derecho, en cuanto posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones, se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la prolijidad, complejidad y equívocidad del lenguaje en el que se expresan las disposiciones legales. En esa coyuntura no son sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas funcionarios administrativos, jueces o abogados, los que tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho.

Haciéndose eco de esas circunstancias, nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado que: “La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas” (STC 46/1990, FJ 4; véase también STC 146/1993 FJ 6). Nuestro máximo intérprete de la Constitución ha sido también sensible a la necesidad de contar con una buena técnica legislativa como garantía de seguridad jurídica. “No cabe subestimar —señala el TC— la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas..., puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además

de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia (STC 150/1990, FJ 8).

C) *Lex plena*

El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* garantiza que no se producirán consecuencias jurídicas penales para las conductas que no hayan sido previamente tipificadas. Pero correlativamente implica que ninguna conducta criminal, o, en una acepción más amplia, ninguna situación o comportamiento susceptible de revestir trascendencia jurídica, carecerá de respuesta normativa. Un ordenamiento con vacíos normativos (lagunas) e incapaz de colmarlos incumpliría el objetivo que determina su propia razón de ser: ofrecer una solución, con arreglo a Derecho, a los casos que plantea la convivencia humana.

El “dogma” de la *plenitudo* se considera nota constitutiva de los ordenamientos jurídicos y cláusula básica de su seguridad. Para garantizar su plenitud los ordenamientos jurídicos establecen un sistema de fuentes del Derecho y prevén la utilización por los jueces de unos medios de integración de las eventuales lagunas legales (interpretación extensiva, analogía, equidad y principios generales del Derecho); para evitar que éstos, ante la carencia o insuficiencia legal, puedan limitarse a emitir un *non liquet*.

Frente al dogma tradicional de la plenitud del orden jurídico, uno de los signos paradójicos característicos del constitucionalismo actual, con inmediata incidencia en la plenitud del sistema de fuentes jurídicas, es el de su paulatino debilitamiento. La cláusula de la plenitud se halla sometida a un paulatino desplazamiento hacia la garantía de una multiplicidad de instancias jurisdiccionales tendentes a articular la tutela efectiva de los derechos. El carácter completo y pleno del ordenamiento jurídico era corolario de su condición de sistema único y cerrado. Por eso, cuando hoy se afirma la dimensión plural y abierta del ordenamiento, necesariamente se cuestiona el rasgo de su plenitud.

Los ordenamientos jurídicos y, en especial su sistema de fuentes, se han visto directamente afectados por el fenómeno del pluralismo. La superación del ámbito de referencia estatal, producto del nuevo orden de relaciones internacionales, se ha traducido en fuentes que expresan una *supra estatalidad normativa*. Pero, el desplazamiento del centro de gravedad en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas no sólo se ha producido por la aparición de poderes normativos superiores al Estado. De forma paralela, se ha producido una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre el ciudadano y el poder estatal. Hoy se asiste a un fenómeno de *infra estatalidad normativa* manifestado en el pluralismo de determinación de fuentes jurídicas. Para aludir a esa situación he utilizado la metáfora del “*Desbordamiento de las fuentes del derecho*”.

En esta nueva coyuntura en la que el ordenamiento jurídico estatal se halla trascendido por otras instancias normativas, aludir a la inexistencia de lagunas en su seno ha perdido gran parte del significado que pudo tener en el periodo histórico anterior como garantía de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

En la coyuntura presente se hace especial hincapié en la apertura al procedimiento jurisdiccional, más que a la plenitud del ordenamiento jurídico, como garantía de la tutela de las libertades. Esa tendencia ha hallado eco doctrinal en la obra colectiva, *Critical Legal Thought*, que vino a ser para los años 90 lo que en la década de los 70 supuso el Congreso de Catania sobre el *Uso Alternativo del Derecho*. En su contribución a dicha obra, Rudolf Wiehöltner ha definido la tarea a cumplir en los años inmediatos por la teoría crítica del derecho, como la “Proceduralización” de las categorías jurídicas. Esa tarea ha sido concretada, en la propia obra, por Erhard Denninger como un esfuerzo hacia la garantía a través del procedimiento de un equilibrio de posiciones entre los miembros de la sociedad democrática, en las relaciones entre particulares y de éstos con los poderes públicos. Ese *status activus processualis*, que completaría la teoría de los status

elaborada por Jellinek, constituye un factor clave de los Estados de Derecho para asegurar el ejercicio pleno de todas las libertades. Este status procesal se concibe como el reconocimiento de cada persona de participar activamente y asumir su propia responsabilidad en los procedimientos que le afectan, así como en las estructuras organizativas. En el plano de los derechos fundamentales, implica reconocer la apertura a la protección jurisdiccional de las libertades, así como acoger formas de participación dinámicas y activas por parte de los interesados en los procedimientos tendentes a la formación de actos jurídicos.

Haciéndose eco de esa inquietud, ha reconocido nuestro TC que: “Para la ordenación adecuada del proceso existen impuestos, formas y requisitos procesales que, por afectar al orden público, son de necesaria observancia por su racionalidad y eficacia”, pero sin que ello suponga aceptar la validez de obstáculos procesales que “sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginan con el derecho a la justicia”. (STC, 95/1983, FJ. 5. Vid. también en sentido análogo las SSTC, 3/1983, FJ 1; 19/1983, FJ 4; 65/1983, FJ 4). Todavía reviste mayor interés, desde el punto de vista del reconocimiento por nuestra jurisprudencia constitucional del derecho a la jurisdicción, cuanto se afirma en la decisión que proclama: “el artículo 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. El TC entiende que el contenido básico de tal derecho “en un orden lógico y cronológico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y, como ha declarado este Tribunal Constitucional, poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas” (STC 220/1993, FJ2; vid., también las SSTC 115/1984; 15/1985; 34/1989; 164/1991; 192/1992; 28/1993 y 101/1993).

En lo que respecta a la tensión entre plenitud y apertura jurisdiccional, los enfoques actuales de la seguridad jurídica deben inclinarse

a una postura mediadora. Cabe demandar a los actuales empeños teóricos y prácticos sobre la significación de la certeza del Derecho un esfuerzo de mediación entre las exigencias, hoy prácticamente inalcanzables, de la absoluta plenitud del orden jurídico y un procedimentalismo entendido como respeto a las garantías procesales y apertura a la jurisdicción que son rasgos informadores de las estructuras jurídicas de las instituciones democráticas.

D) *Lex stricta*

Corolario de la división de poderes, reputada a partir de Montesquieu principio informador del Estado de Derecho, se *reserva a la ley*, en cuanto norma general y abstracta promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...). Esta cláusula de garantía tiene su complemento en el principio de *jerarquía normativa* por el que se establece un orden de prelación de las fuentes del Derecho, que impide la derogación, modificación o infracción de las normas de rango superior por aquellas que les están subordinadas.

La *jerarquía* de las fuentes del Derecho garantizaba la exigencia de subordinación de las normas de rango inferior a las superiores, impidiendo que aquéllas pudieran infringir lo preceptuado en éstas. De esta forma, el principio jerárquico se integraba en los postulados de la seguridad jurídica informadores del Estado de Derecho, en el que las normas procedentes del poder legislativo debían prevalecer sobre las normas y disposiciones administrativas.

Conviene advertir que en el Estado constitucional de Derecho, que es el Estado de las actuales sociedades pluralistas, complejas y pluricéntricas, la jerarquía del ordenamiento jurídico debe concebirse desde nuevos parámetros. En el Estado constitucional se da una heterogeneidad de factores e instancias sociales que influyen en la producción del derecho. De ahí, que la jerarquía del sistema jurídico no pueda concebirse como corolario de un único

principio dominante del que mecánicamente se derivan por subordinación estricta todos los demás.

La morfología del ordenamiento jurídico, inferida de la concepción kelseniana, evocaba la imagen de una pirámide o estructura piramidal, cuyo vértice venía constituido por la *Grundnorm*. Frente a esa representación, el actual significado de los sistemas jurídicos reclama una simbolización que se aproxima más a una *bóveda* que a una *pirámide*. Esa estructura abovedada implica la confluencia, involucro o interacción de un conjunto de arcos o cubiertas esféricas, que cierran el espacio comprendido entre muros o columnas. El actual desplazamiento desde la jerarquía al pluralismo induce y avala ese nuevo enfoque, que ha tenido su consiguiente proyección a nuestro sistema constitucional

Nuestro orden axiológico constitucional no responde, en la actualidad, a una estática y cerrada jerarquía de valores, sino a una estructura abierta y dinámica, corolario del pluralismo político, consagrado también en nuestra Ley de leyes (art. 1.1CE) como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro estatuto de valores y derechos fundamentales se halla, de este modo, fundado en un orden político pluralista, acorde con una sociedad abierta. Esta estructura pluralista es la que legitima a los representantes parlamentarios para una concreción y desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, acorde con las aspiraciones sociales expresadas por las mayorías. De igual modo, el propio proceso hermenéutico constitucional actúa como un cauce abierto a las distintas exigencias y alternativas prácticas, antes que con arreglo a un rígido esquema de jerarquización de valores e intereses, es decir, como una instancia crítica capaz de “ponderar los bienes”, a fin de resolver y canalizar los conflictos que puedan darse entre los diversos valores e intereses tutelados por la normativa constitucional (vid., sobre ello, las SSTC 101/1983; 32/1985; 163/1991; 30/1993...).

No menos paradójica que la metamorfosis de la jerarquía normativa en el Estado constitucional de Derecho, ha sido la transforma-

ción operada en la garantía de la reserva de ley. El orto del Estado de Derecho tuvo una de sus claves de bóveda en el principio de la *reserva de ley*, corolario de la división de poderes propugnada por Montesquieu. Dicho principio suponía atribuir exclusivamente al parlamento la definición, a través de normas generales y abstractas, de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...).

Estimo de interés subrayar que la reserva de ley entrañaba una doble garantía: suponía, de una parte, que las materias jurídicas más importantes no serían reguladas por normas de rango inferior a la ley, pero implicaba, al propio tiempo, una consciente “autolimitación” del legislador, o sea, que éste reservaría la ley a lo esencial, sin recurrir a ella más allá de lo necesario. Pudiera afirmarse que el legislador liberal desarrollaba su actividad sometido a un mandamiento implícito, expresado en los siguientes términos: “no recurrirás a la ley en vano”.

Esta situación experimentó un notable cambio con el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho que supuso una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil. Pero la satisfacción de esa “procura existencial” (*Daseinvorsorge*), a través de las consiguientes prestaciones y servicios públicos, que distingue al *Welfare State* ha tenido su coste en términos de erosión del principio de legalidad. La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por las leyes medida (*Massnahmegesetze*). La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, frecuentemente, por vía de medidas o providencias administrativas.

La ampliación de las tareas de los poderes públicos que caracterizó al Estado social de Derecho produjo en los ordenamientos jurí-

dicos un fenómeno que ha sido denominado, con razón, *hipertrofia legislativa* y, en el ámbito anglosajón, “contaminación legislativa” (*Legal Pollution*) determinado por un crecimiento sin límites de las normas legales que ha erosionado gravemente el principio de la reserva de ley. En estas nuevas circunstancias esta cláusula de seguridad jurídica ha adquirido un nuevo significado y alcance, que dista mucho de su sentido tradicional.

En el desplazamiento desde el Estado social al Estado constitucional de Derecho la “reserva de ley” ha dejado de ser una garantía para regular el *status* normativo de las cuestiones jurídicas básicas y es preciso reemplazarla por la “reserva de Constitución”. Este fenómeno no se halla exento de algunos rasgos paradójicos.

La “reserva de constitución” no implica que el legislador ordinario usurpe el papel que incumbe al constituyente, ya que —como advirtió nuestro Tribunal Constitucional— “lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso de que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente” (STC, 76/1983, FJ 4). Pero, como se desprende del último párrafo del fallo reseñado, existen ámbitos en los que la Constitución puede atribuir al parlamento “alguna función constituyente” para el desarrollo de cuestiones constitucionales básicas; una de ellas, y no la de menos importancia, el desarrollo del sistema de los derechos fundamentales.

Es obvio que la integración en los textos constitucionales de la disciplina *in extenso* de todas esas cuestiones jurídicas básicas ampliaría su contenido hasta extremos inadmisibles. Para evitarlo los Estados constitucionales del presente cuentan con unas normas especiales, que si *formalmente* son leyes o “super-leyes”, por exigir para su aprobación mayorías parlamentarias reforzadas, *materialmente* se integran de lleno en el bloque de la Constitución, al implicar el desarrollo de algunos de sus aspectos nucleares. La Constitución española, contando con el precedente del art. 46 de la francesa de 1958, reserva a unas super-leyes,

denominadas “leyes orgánicas”, al desarrollo de los derechos fundamentales, aprobación de los Estatutos de Autonomía y régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución (art. 81.1).

E) *Lex praevia*

Es sabido que, así como para la concepción positivista comtiana la ciencia consiste en la previsión que se introduce en el conocimiento de la realidad, según la vieja máxima: *savoir c'est prévoir*, el Derecho a través de sus normas introduce la seguridad en la vida social al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos.

Contradice frontalmente la garantía de la *lex praevia* la retroactividad de las normas. Por retroactividad se entiende la proyección del ámbito temporal de las normas a hechos o conductas previas a su promulgación. La prohibición de retroactividad de las leyes representa una manifestación básica y específica de la seguridad jurídica. Ese requisito de la legislación halló plena acogida en el célebre postulado del Iluminismo jurídico: “*Nullum crimen nulla poena sine lege*”, en el que el término “*lege*”, se entendía siempre como *lege praevia*. En el clima cultural de la Ilustración, una de las más inmediatas matrices ideológicas del Estado de Derecho, se reputó una conquista irrenunciable del proceso racionalizador de los sistemas jurídicos el que sus normas establezcan siempre consecuencias jurídicas *ante* y no *ex post facto*.

A partir de la Ilustración, se entiende que la libertad de acción del ciudadano, y la consiguiente posibilidad de calcular los efectos de sus actos, son incompatibles con normas que extiendan su validez a conductas anteriores a su promulgación. Tales comportamientos fueron realizados en un momento en el que, para su agente, resultaba imposible conocer el contenido de futuras leyes y, en consecuencia, prever sus repercusiones.

En la génesis del Estado de Derecho la irretroactividad representó, a un tiempo, una garantía de seguridad y de justicia dirigida a

poner coto a los abusos del *Ancien Régime*. En la fase liberal del Estado de Derecho la irretroactividad se planteó como un dogma jurídico tendente a garantizar el *status quo* económico y político de la sociedad. Esa circunstancia, incide inmediatamente en el cambio de rumbo del propio significado de la retroactividad en el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho.

El Estado social de Derecho no renuncia, ni supone una quiebra de la garantía de irretroactividad. “Una ley que pretenda ser aplicable a un caso que haya ocurrido antes que la ley haya entrado en vigor, es —en palabras de Winfried Hassemer— un fantasma del Estado policial”. En el Estado social de Derecho, como regla, la irretroactividad mantiene íntegra su función de garantía cívica de la necesidad de conocimiento previo de las consecuencias jurídicas de los comportamientos. Esta garantía es de especial aplicación en la esfera de las disposiciones sancionadoras, pues si se admitiera para ellas la retroactividad, se vulneraría abiertamente el principio de legalidad penal. Las garantías formales del Estado de Derecho, por ello también del Estado social de Derecho, no casan con la posibilidad de criminalizar *post festum* conductas desviadas. La confianza de los ciudadanos en el sistema penal exige la publicidad, con la antelación debida, de los presupuestos bajo los cuales una acción se considerará antijurídica y cuáles serán sus consecuencias; en ello se cifra el fundamento social que legitima el Derecho penal en un Estado de Derecho.

La reflexión global e integradora sobre el sentido de la irretroactividad en el Estado social de Derecho y, en nuestros días, en su decantación hacia el Estado constitucional de Derecho, induce a superar cualquier planteamiento antitético entre justicia y seguridad jurídica. Se trata de un signo más de esa significación paradójica que asume hoy la seguridad jurídica en relación con su sentido en épocas anteriores. Esta nueva orientación no está exenta de implicaciones.

Las versiones social y constitucional del Estado de Derecho son incompatibles con una concepción inmovilista de las leyes e institu-

ciones. Ello implica la posibilidad de modificar desde el presente aquellas situaciones del pasado que ahora se juzgan carentes de legitimidad. Señala, en efecto, nuestro Tribunal Constitucional que: “la interdicción absoluta de la retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de situaciones dadas, que son contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2” (STC 8/1982, FJ.3). Nuestro máximo intérprete de la Constitución propugna la supeditación de la irretroactividad en aquellos casos en que se oponga abiertamente a exigencias de bien común, es decir de justicia, y reclama la ponderación de esta garantía con otros valores constitucionales que puedan concurrir en los supuestos concretos en los que aquella pueda venir invocada (STC 126/1987, FJ. 11).

En favor de la irretroactividad se aduce, en ocasiones, que no puede afirmarse *a priori* que toda ley nueva, en cuanto nueva, es más justa que la anterior, sino que aun supuesto que lo fuese, no siempre sería más justo concederle efectos retroactivos. De tal razonamiento se infiere, a la inversa, que en determinadas circunstancias sí será justa la ley nueva y que ésta no necesariamente tiene que perjudicar el *status* de los ciudadanos. En esos supuestos se deberá reconocer al legislador la facultad de dotar a la ley “del ámbito de retroactividad que considere oportuno” (STC 27/1981, FJ 10). En muchas ocasiones, será inevitable que la ley se prolongue con un determinado margen de retroactividad; porque aunque la ley se diseñe como prognosis de futuro es difícil que no incida sobre situaciones preexistentes. Esa retroactividad impropia permite resolver los problemas de derecho transitorio que plantea cualquier sustitución de leyes en el tiempo, no con merma, sino en función de la propia seguridad jurídica.

La retroactividad, en definitiva, presta un servicio simultáneo a la justicia y a la seguridad jurídica cuando opera anulando retroactivamente normas que por atentar gravemente contra el bien común pueden ser motivo de perturbación social; máxime en los supuestos en que tales normas suprimieron retroactiva-

mente una legislación justa. Así las leyes que retroactivamente sancionaron los crímenes contra la humanidad, o reconocieron los méritos de funcionarios privados de sus derechos por sistemas totalitarios. En estos supuestos nos hallamos ante una “retroacción de la retroacción”; o si se quiere parafraseando a Hegel, ante una “violación de la violación” (*Verletzung der Verletzung*). Se trata, en definitiva, de reparar a través de la retroactividad (justa) atentados a la justicia y a la seguridad perpetrados mediante la retroactividad (injusta).

El Tribunal Constitucional español ha reflejado en su trayectoria jurisprudencial los nuevos planteamientos que inciden en el significado y alcance de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de Derechos individuales (art. 9.3 CE). Especial interés reviste, en este aspecto, la STC 112/2006 de 5 de abril. En ella se traza una exposición compendiada de la doctrina del TC en materia de irretroactividad, que refleja las principales orientaciones expuestas *supra* sobre la relevancia actual de este principio de seguridad jurídica en los Estados de Derecho de las sociedades democráticas del presente. (Esta decisión del TC, por su interés para las cuestiones aquí abordadas, será reseñada *in extenso* en el apéndice crítico-bibliográfico de este trabajo).

F) *Lex perpetua*

La estabilidad del Derecho es un presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido. “El hombre —nos dice Helmut Coing— aspira siempre a crear situaciones e instituciones duraderas bajo cuya protección pueda vivir; el hombre quiere sustraer su existencia a un cambio permanente, dirigirla por vías seguras y ordenadas y librarse del asalto constante de lo nuevo”. La tendencia de las normas jurídicas hacia la perduración se conecta con el aludido principio de su irretroactividad y cristaliza en dos manifestaciones de la seguridad jurídica frecuentemente invocadas: la *cosa juzgada*, que atribuye firmeza a las decisiones judiciales no susceptibles de ulterior

recurso, por desistimiento o renuncia o por haberse agotado las instancias o plazos para interponerlo; y los *derechos adquiridos* que ampara las situaciones jurídicas surgidas de acuerdo con la legalidad vigente en el momento de su conformación, frente a eventuales cambios legislativos que pudieran incidir *ex post facto*, es decir, retroactivamente en ellas.

En cuanto valor jurídico la estabilidad normativa que dimana de la seguridad jurídica mantiene una constante relación de engarce no siempre adecuadamente entendida, con la justicia. Dicha relación ha sido planteada, las más de las veces, en términos de una antítesis inevitable cuyas polaridades vienen determinadas por: una justicia concebida como exigencia de adaptación del Derecho a las cambiantes necesidades de la vida social; y una seguridad jurídica encarnada por los rasgos de perdurabilidad del Derecho.

Esa tensión quizá no ha hallado un cauce expresivo más rotundo y diáfano que el ofrecido por José Ortega y Gasset en sus consideraciones sobre la crisis del Derecho en nuestro siglo. No quiero dejar de reproducir sus palabras, que sólo en parte suscribo: “A fuerza de hablar de *justicia* se ha aniquilado el *jus*, el Derecho, porque no se ha respetado su esencia, que es la inexorabilidad y la invariabilidad. El reformismo del Derecho, al hacerlo inestable, mudadizo, lo ha estrangulado. Para ejemplificar ese fenómeno, recuerda Ortega: “el caso del gitano que va a confesarse y al sacerdote, al preguntarle los mandamientos de la ley de Dios, el gitano le responde: ‘Mire usted, padre, yo los iba a aprender, pero he oído por ahí un runrún de que los van a quitar...’. Derecho es sólo hoy el runrún de que algo se va a quitar, no es lo que se da, y todo a cuenta de la llamada justicia”.

En el tiempo transcurrido desde que fueran escritas estas páginas el “runrún” del cambio legislativo ha sido cada vez más intenso, extenso y acelerado, hasta términos que rebasan con creces la preocupación orteguiana. El fenómeno acecha a la seguridad jurídica, pero también, y de ahí mi discrepancia con el planteamiento de Ortega, a la justicia. Porque para Ortega y

Gasset la justicia significa, especialmente desde 1789, “ciertos *desiderata* de orden moral y ético, utópico y místico, por sí ajenos totalmente al Derecho como tal”. En tanto que el perfil del Derecho consiste en dotar “de caracteres absolutos, rígidos, invariables e ineluctables a una figura de comportamiento”. Las normas e instituciones jurídicas romanas, así como el sistema jurídico inglés, no se concibieron —según Ortega— para ser justas sino como resultado de luchas políticas y sociales; como precipitado histórico de experiencias prácticas de y para la convivencia.

El principal error de Ortega, pienso, reside en establecer una confrontación entre términos y categorías que corresponden a distintas órbitas culturales. Falta así el denominador común o los cauces de simetría que son necesarios para cualquier comparación. En otros términos, el concepto romano de justicia debiera ponerse en relación con el concepto romano de Derecho y lo mismo las nociones de justicia y Derecho propias del *common law*. Intentar parangonar el *ius* romano con la idea de justicia que, forjada por el iusnaturalismo racionalista y contractualista, legitima a los Estados de Derecho a partir de 1789, entraña una distorsión histórica en el uso de las categorías jurídicas. Sin que quepa tampoco soslayar que las concepciones jurídicas romana e inglesa no pueden reputarse ajenas a las exigencias éticas y de justicia trascendentes a la positividad.

Las alarmas de Ortega en orden a ese *perpetuum mobile* en que se han convertido los ordenamientos jurídicos actuales constituyen, en todo caso, una penetrante llamada de atención sobre los riesgos que para una vida cívica, dotada de certidumbre, revisten las mutaciones incesantes de la legalidad. Se debe al prestigioso jurista y profesor norteamericano Lon L. Fuller, una afirmación categórica: “Una ley que cambia todos los días es peor que no tener ley en absoluto”. La estabilidad normativa debe seguir siendo considerada, como una de las principales garantías de la seguridad jurídica. Esta garantía ha adquirido especial protagonismo en los sistemas jurídicos contemporáneos de las sociedades avanzadas, en las que

el cambio social, económico y tecnológico se ha traducido en un incesante flujo de normas, que dificultan el conocimiento de la legalidad vigente, incluso para los propios operadores del Derecho.

La mutación constante de las normas, propia de las sociedades avanzadas del presente, ha dado lugar a algunas situaciones que, para los juristas formados en el paradigma de la codificación, hubieran resultado inconcebibles. Para corroborarlos puedo aducir un episodio referido por un prestigioso laboralista, compañero desde hace años en el Claustro docente de la Facultad de Derecho de mi Universidad de Sevilla. Este profesor fue invitado por un colega de la Universidad de Santiago de Compostela a impartir una conferencia sobre un determinado ámbito de la legislación de su especialidad. Mi compañero de Sevilla no quiso apresurar su jornada de viaje, deteniéndose en algunos lugares de la Ruta de la Plata célebres por su monumentalidad. Esta circunstancia le llevó a omitir, durante el breve plazo de su itinerario, el seguimiento de las noticias de actualidad reflejadas en los medios de comunicación. Llegado a su destino, al iniciar su conferencia en la sede universitaria compostelana, con una discreta llamada de atención, su colega le informó que, la normativa objeto de su exposición, había sido derogada el día anterior por el Consejo de Ministros. De este modo, la disertación concebida como un estudio crítico del Derecho laboral vigente, quedó convertida, en el transcurso de unas horas, en unas reflexiones sobre la Historia del Derecho del Trabajo

Al promediar el siglo XIX el fiscal prusiano Julius Hermann von Kirchmann formuló un aserto, destinado a adquirir notoriedad, al señalar que bastaban tres palabras del legislador para condenar a la inutilidad enteras bibliotecas jurídicas. En el tiempo en que fue expresado este juicio, esa contingencia era excepcional; hoy en cambio ha devenido una posibilidad cotidiana.

El carácter perdurable de las normas sigue siendo una garantía de seguridad jurídica, pero las transformaciones sociales culturales económicas y tecnológicas, que constituyen

un dato identitario de los sistemas jurídicos de las sociedades más evolucionadas del presente, paradójicamente, exigen que hoy la seguridad jurídica avale el cambio normativo. Cuando nos lamentamos de las distorsiones e incertidumbres provocadas por la incesante mutación de las leyes, no somos debidamente conscientes de que esa permanente transformación es un signo inevitable de sociedades en continuo progreso científico y tecnológico. Por ello, uno de los aspectos en los que esos cambios legislativos son inevitables es el que concierne a la disciplina jurídica de las Nuevas Tecnologías (NT). Se ha indicado que tras cada Feria o cada Congreso tecnológico aparecen nuevos dispositivos para garantizar la operatividad de los sistemas informáticos, lo que permite al legislador la regulación jurídica de ese sector conforme a esos nuevos avances. No obstante, todas esas garantías de seguridad técnica y jurídica, quedan de inmediato condenadas a la obsolescencia en la medida en que los piratas informáticos, los Hackers, perforan la pretendida seguridad de esos sistemas. La criminalidad informática se caracteriza por las dificultades que entraña descubrirla, probarla y perseguirla. Se ha hecho célebre la imagen de D. B. Parker de que los sistemas informáticos y las normas encaminadas a garantizar su funcionamiento son como “queso de Gruyer”, por las enormes oquedades y lagunas que quedan siempre abiertas a posibles atentados criminales.

Un juicio ponderado sobre el sentido de la estabilidad y la mutación en el Estado de Derecho de las sociedades tecnológicas actuales, induce a un replanteamiento de la tensión entre la permanencia y el cambio jurídico.

Los Estados de Derecho de las sociedades avanzadas de nuestro tiempo son incompatibles con un inmovilismo normativo e institucional que se traduzca “en petrificación del ordenamiento jurídico” (STC99/1987, FJ 6). Como expresamente reitera nuestro Tribunal Constitucional: “El principio de seguridad jurídica no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en rela-

ción con derechos o situaciones determinadas” (STC 227/1988, FJ 10).

La seguridad jurídica adopta en las formas políticas constitucionales del presente, abiertas y permeables a las necesidades sociales, un sentido dinámico que implica la aceptación tácita de la cláusula *rebus sic stantibus* como criterio básico de política legislativa. En función de ese postulado la estabilidad y permanencia de las normas se considera un valor a mantener cuando persiste la *ratio legis* de las mismas. Cuando, por contra, cambian las circunstancias que motivaron la promulgación de la ley, el ordenamiento jurídico en cuanto instrumento de progreso y de perfeccionamiento no puede resistirse a su mutación. El legislador del Estado constitucional de Derecho en las sociedades tecnológicas, no puede congelar el sistema jurídico en normas ajenas a los apremios de la historia. Ello no solo por exigencias de justicia, sino también como garantía de seguridad.

2. CONCLUSIÓN: LA SEGURIDAD JURÍDICA VEINTE AÑOS DESPUÉS

En las reflexiones que anteceden he intentado dar cuenta de los nuevos rumbos por los que discurre el significado y alcance de la seguridad jurídica en la actualidad. Para captar el nuevo perfil que hoy asume este valor, he tomado como punto de referencia de la situación anterior algunos de los trabajos que tuve ocasión de publicar hace dos décadas. El tiempo transcurrido desde entonces ha determinado la aparición de fenómenos nuevos, que ahora condicionan, dificultan u obligan a un cambio de orientación de determinadas garantías tradicionalmente vinculadas con el valor de la seguridad jurídica. De ahí, ese sentido paradójico que la seguridad jurídica ostenta, en nuestros días, con respecto a sus caracterizaciones del pasado.

Ha destacado nuestro Tribunal Constitucional, como uno de los rasgos que dimanan de la seguridad jurídica, su virtualidad para:

“informar el ordenamiento jurídico y presidir la conducta de los poderes públicos” (STC 165/1999, FJ 2). Esa renovada capacidad de irradiación se proyecta, en las elaboraciones doctrinales y en la jurisprudencia, sobre aspectos tales como: la exigencia de generalidad y abstracción de las normas frente a la proliferación de leyes singulares; la necesidad de igualdad en la aplicación de la ley por parte de los tribunales de justicia en la resolución de supuestos análogos; la crítica de los retrasos injustificados de las resoluciones judiciales; la prevención de las consecuencias desfavorables para los ciudadanos del silencio administrativo; la denuncia de la falta de aplicación o de la ineficacia de las leyes... La fuerza expansiva de la seguridad jurídica propicia su conexión con otros valores, instituciones y supuestos del sistema constitucional y se manifiesta en ámbitos tan peculiares del ordenamiento jurídico como el de las leyes presupuestarias. “El principio de seguridad jurídica constitucionalmente garantizado —sostiene el TC— exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de presupuestos generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional” (STC 3/2003, FJ 10; en el mismo sentido se pronuncia la STC 238/2007, FJ 4).

La multiplicidad y heterogeneidad de planos y situaciones, sobre los que la seguridad jurídica incide, hace prácticamente inviable cualquier tentativa de exponerla con exhaustividad. Consciente de ello, he limitado las consideraciones que aquí se avanzan a una mera aproximación indicativa y fragmentaria, de algunos de los aspectos en los que se revela la proyección de ese valor en distintos ámbitos de la experiencia jurídica de nuestros días.

Es la nuestra, en definitiva, una época caracterizada por la omnipresencia de la seguridad jurídica en casi todos los ámbitos del Derecho, así como por la apelación constante a ese valor por parte de los operadores jurídicos y de los ciudadanos. Esta situación se ha traducido en algunas paradojas, a las que he tenido oportunidad de aludir en las reflexiones, que ahora concluyo. Estimo que el planteamiento para-

dójico que ha servido de pauta a este ensayo se ve corroborado por las propias circunstancias de nuestro tiempo. No en vano, la inquietud por la seguridad, constituye la respuesta lógica

al síndrome de la “sociedad del riesgo”, expresión acuñada por el sociólogo germano Ulrich Beck, como diagnóstico de la experiencia colectiva del momento presente.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Ad 1.

Algunos de los principales aspectos jurídicos de la obra de Franz Kafka *El proceso*, han sido objeto de un lúcido comentario por parte de Lorenzo Silva, *El Derecho en la obra de Franz Kafka*, Editorial Rey Lear, Madrid, 2008.

Los trabajos sobre la seguridad jurídica publicados hace dos décadas a los que aludo en el texto son, entre otros:

- *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, 2ª ed. 1994;
- “Las tensiones axiológicas de la seguridad”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 10, 1990, pp. 17-53;
- “Seguridad jurídica y sistema cautelar”, en *Doxa*, n. 17, 1990, pp. 327-340;
- “La seguridad jurídica en el Estado de Derecho”, en *Ius et Praxis* (Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima), n. 16, 1992, pp. 33-54.
- “La seguridad como función jurídica”, en la obra col. *Funciones y fines del Derecho. Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, 1992, pp. 273-289;
- “Legalidad penal y seguridad jurídica”, en la obra col. *Los derechos fundamentales y libertades públicas, XIII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993 vol. I, pp. 457-472;
- “Seguridad jurídica”, voz en la obra colectiva a cargo de E. GARZÓN VALDÉS y F. LAPORTA, *El derecho y la justicia*, de la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 481-492.

Las reflexiones de José ORTEGA Y GASSET sobre la relevancia filosófica de las paradojas, se hallan en su estudio: “La razón histórica”, en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, 1983, vol. 12, p. 270 ss.

Sobre las proyecciones jurídicas de las paradojas, vid.:

C. ALARCÓN CABRERA, *Normas y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1993; y R. DE ASÍS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Dykinson, Madrid, 2ª ed., 2000.

Ad 2.

El texto de Franz KAFKA, *Sobre las leyes*, corresponde en su versión original a su obra, *Zur Frage der Gesetze*, en su vol. *Beschreibung eines Kampfes*, Fischer, Frankfurt a M., 1969, pp. 68 ss. No parece aventurado atribuir a los conocimientos adquiridos durante su etapa de formación jurídica la inspiración de este relato, que parece querer reproducir literariamente el clima de incerteza de los plebeyos en la Roma anterior a la Ley de las XII Tablas.

Sobre la crisis de la información y consiguiente opacidad del Derecho, han devenido clásicas las reflexiones de Spiros Simitis, *Informationskrise des Rechts und Dateverarbeitung*, Müller, Karlsruhe, 1970;

“Crisis de la información en el Derecho y sistemas automatizados de información jurídica”, en A.E. PÉREZ LUÑO, (ed.), *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica* (actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), Madrid, Tecnos, 1987.

Sobre las aportaciones de la informática en la elaboración de los sistemas de información y documentación jurídica, cfr., mis trabajos:

- *Cibernética, Informática y Derecho. Un análisis metodológico*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976;
- *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*, Fundesco, Madrid, 1987;
- *Manual de informática y derecho*, Ariel, Barcelona, 1996;
- *El desbordamiento de la fuentes del Derecho*, La Ley & Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 257. 2011;
- “El derecho ante las nuevas tecnologías”, en *El Notario del Siglo XXI*, 2012, n. 41, pp. 76-82.

Ad 3

Las citas del profesor Manuel OLIVENCIA reseñadas en el texto, corresponden a sus trabajos:

- La terminología jurídica de la Reforma Concursal, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2005, pp. 28 ss.;
 - “Lenguaje y Derecho”, en sus *Estudios Jurídicos*, vol. I, Fundación El Monte, Sevilla, 2005, pp. 496 ss. y 510 ss..
- Me he referido a las teorías actuales del análisis del lenguaje jurídico y el *labeling approach*, en:
- *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, 5ª ed. a cargo de R. GONZÁLEZ-TABLAS y F. LLANO TÉBAR, Madrid, 2007, pp. 45 ss.;

– *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, ed. a cargo J. F. PALOMINO MANCHEGO, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 10.ª ed. 2008, pp. 41 ss. y 125 ss.

Sobre la problemática de la técnica legislativa, cfr.:

– M. ATIENZA, *Contribución para una teoría de la legislación*, Cívitas, Madrid, 1997;

– L. MARTÍNEZ ROLDÁN, J. A. FERNÁNDEZ SUÁREZ y L. SUÁREZ LLANOS, *La ley desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*, Dykinson, Madrid, 2007;

– V. ZAPATERO, *Arte de Legislar*, Thomson & Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

La preocupación del TC por la exigencia de claridad normativa se desprende también del Auto TC 72/2008, FJ. 3, en el que se insta al legislador a actuar: “procurando la claridad y no la confusión normativa, de tal manera que sólo si en el Ordenamiento jurídico en el que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generen en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica”.

Ad 4

Me he referido a la crisis de la plenitud de los ordenamientos jurídicos actuales, así como a sus causas, manifestaciones y efectos, en mi libro: *“El desbordamiento de las fuentes del Derecho”*, cit., en especial, los Capítulos II (“Las fuentes del Derecho y su problemática actual”) y III (“La desconstrucción de la ley en el constitucionalismo global”). En relación a las Tensiones entre plenitud y pluralismo en los sistemas constitucionales del presente, vid., por todos, la obra de Peter HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. a cargo de E. MIKUNDA, Tecnos, Madrid, 2002.

Sobre la proceduralización de las categorías jurídicas, con referencia a las tesis aducidas en el texto, vid.: R. WIETHÖLTER, “Proceduralization of the Category of Law”, en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, a cargo de Ch. JOERGES y D.M. TRUBEK, Nomos, Baden-Baden, 1989, pp. 501 ss.; id.; “Materialization and Proceduralization in Modern Law”, en el vol. col. *Dilemmas of Law in the Welfare State*, a cargo de G. TEUBNER, Walter de GRUYTER, Berlin/New York, 1986, pp. 221 ss. Cfr. G. MARTIN, H. RENK y M. SUDHOF, “Masstäbe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf WIETHÖLTERS”, en *Kritische Justiz*, 1989, n. 2, pp. 244 ss.; E. DENNINGER, “Government Assistance in the Exercise of Basic Rights (Procedure and Organization)”, en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, cit., pp. 461 ss.

Ad 5.

Respecto a la sustitución del principio de jerarquía normativa y de la visión piramidal del orden jurídico, cómo sistema cerrado, vid., mi ensayo: *“Abschied von Hans Kelsen? la metamorfosis actual de los sistemas jurídicos y su impacto en la Teoría pura del Derecho”* en mi obra, *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009.

Sobre el desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de Constitución, en el constitucionalismo pluralista actual, vid.:

P. CRUZ VILLALÓN “¿Reserva de Constitución?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, III/9, 1983, pp. 185 ss.

Peter HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, cit., passim.

A.E. PÉREZ LUÑO “*El desbordamiento de las fuentes del Derecho*”, cit., 78 ss.

Ad 6.

El texto reseñado de Winfried HASSEMER se halla en su obra: *Fundamentos del Derecho penal*, trad. cast. de F. MUÑOZ CONDE y L. ARROYO BOSCH, Barcelona, 1984, pp. 32.

La cita de G.W.F. HEGEL, corresponde a su obra: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §. 101.

La STC 112/2006 de 5 de abril en su FJ. 17, señala que: “El tema del fundamento y alcance de la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, prevista en el art. 9.3CE, ha sido tratado repetidas veces por este Tribunal Constitucional en una jurisprudencia que ha venido a matizar dichos fundamento y alcance... Hemos dicho que la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.2 CE [por todas, SSTC 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983, 6), F. 3, y 126/1987, de 16 de julio (RTC 1987, 126), F. 11] y que dicha regla de irretroactividad no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las Leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona [por todas, STC 42/1986, de 10 de abril (RTC 1986, 42), F. 3]. Por otra parte, lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el

futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir [por todas, SSTC 42/1986, de 10 de abril, F. 3, y 97/1990, de 24 de mayo (RTC 1990, 97), F. 4]. El precepto constitucional, de este modo, no permitiría vigencias retroactivas que produzcan resultados restrictivos o limitaciones de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior (STC 97/1990, de 24 de mayo, F. 5), aunque, sin embargo, la eficacia y protección del derecho individual —nazca de una relación pública o de una privada— dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987, 99), F. 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre (RTC 1989, 178), F. 9], de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre “relaciones consagradas” y afecta a “situaciones agotadas” [por todas, STC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987, 99), F. 6 b)].

Resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido [por todas, SSTC 126/1987, de 16 de julio (RTC 1987, 126), F. 11, y 182/1997, de 28 de octubre (RTC 1997, 182), F. 11] una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia. En el primer supuesto —retroactividad auténtica— la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo —retroactividad impropia— la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso”.

Ad.7

Las referencias incluidas en este epígrafe corresponden a los autores y obras que se relacionan a continuación por el orden en el que se les cita en el texto:

H. Coing, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. cast. de J.M. MAURI, Ariel, Barcelona, 1961, p. 44.

J. ORTEGA Y GASSET, *Una interpretación de la Historia Universal, en Obras Completas*, cit., vol., IX, p. 227; Ortega cita también esta anécdota en *La rebelión de las masas*, en *Obras Completas*, cit., vol. IV, p. 238. Para una exposición reciente del pensamiento jurídico-político orteguiano, vid., F.H. LLANO ALONSO, *El Estado en Ortega y Gasset*, Dykinson, Madrid, 2010.

L.L. FULLER, *La moral del Derecho*, trad. cast. de F. NAVARRO, Trillas, México, 1967, p. 47.

H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, (1849), ed. a cargo de G. NEESSE, Kohlhammer, Stuttgart, 1938, p. 37 (existe trad. cast., a cargo de A. Truyol y Serra, bajo el título de: *La jurisprudencia no es ciencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949).

D.B. PARKER, *Crime by Computer*, Charles Scribner's Son, New York, 1976, p. 46.;

– *Fighting Computer Crime*, Charles Scribner's Son, New York, 1983, p. 72.

Sobre la dimensión temporal de la leyes, Vid., M. VAQUER CABALLERÍA, *La eficacia territorial y temporal de las normas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Ad.8

La referencia a Ulrich BECK alude a su libro: *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, trad. cast., J. NAVARRO, D. JIMÉNEZ, M. R. BORRÁS, Paidós, Barcelona, 2006.