

ESTADO DE DERECHO, SEGURIDAD JURÍDICA Y DESARROLLO ECONÓMICO

Por NORBERT LÖSING *

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. SEGURIDAD JURÍDICA COMO FACTOR A OBSERVAR POR LA ECONOMÍA (FUNDAMENTOS PARA UNA DECISIÓN DE ADJUDICACIÓN).—3. EL JUEGO CONJUNTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA, LA CONFIABILIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL DESARROLLO ECONÓMICO.—4. SEGURIDAD JURÍDICA Y CONFIABILIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO TAREA ESTATAL: A) Origen de la idea del Estado de Derecho y la exigencia de seguridad. B) La seguridad jurídica como tarea estatal. C) Contenido de la seguridad jurídica y de la confiabilidad del ordenamiento jurídico como componente de la misma.—5. LA REALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA: A) El marco de la actividad estatal: la Constitución: a) *Fundamento jurídico-constitucional de la seguridad jurídica: la Constitución española como ejemplo*. b) *Presupuesto para la eficacia de la Constitución*. B) La seguridad jurídica como tarea del Poder Legislativo. C) La seguridad jurídica como tarea del Poder Ejecutivo. D) La seguridad jurídica como tarea del Poder Judicial: a) *Justicia material y cosa juzgada*. b) *Unidad de la jurisprudencia*. E) Seguridad jurídica a través del proceso: a) *La jurisprudencia sobre la cuestión del proceso ordinario en una condena al pago de punitive damages*. b) *Seguridad jurídica y Derecho Penal*. c) *Límites de la conformación del proceso*.—6. RECAPITULACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La seguridad es un concepto complejo. Junto a la clásica seguridad física, la seguridad económica y la social, comprende también la seguridad ecológica. En especial, ha sido reiteradamente analizada por la doctrina

* Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn. Abogado en el bufete *Sieper & Lösing* de Luneburgo. Alemania. Autor de la obra *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, Nomos, Baden-Baden, 2001. Publicada en español bajo el título *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Dykinson-Konrad Adenauer Stiftung, Madrid, 2002.

constitucionalista la relación de la seguridad y la libertad propia del Estado de Derecho. Últimamente, los «paquetes de seguridad» para combatir el terrorismo que han promulgado los legisladores en diferentes países han dado ocasión para una fuerte discusión sobre el tema. Al respecto, se han buscado puntos de apoyo para la fijación de los límites del Estado de Derecho a las medidas estatales de seguridad. Pero la seguridad comprende complementariamente otros aspectos que *prima facie* sólo de forma indirecta se han puesto en conexión con la seguridad física, pero cuyo papel al respecto no puede pasarse por alto. Así, la generación de seguridad, el forzar la paz, tiene también un trasfondo económico. En el curso de la transición que se perfila desde la sociedad agraria a la sociedad mercantil surgió esta nueva necesidad, económicamente fundada, de seguridad. Se partió de los comerciantes que se habían establecido y se dirigió a la venta de bienes y mercancías en mercados mayores que los mercados fuertemente limitados espacialmente, dispersos y puestos a la disposición de los numerosos señores medievales¹. La contribución de la necesidad de seguridad así fundamentada al desarrollo económico y del Estado de Derecho debe destacarse en lo que sigue. Al respecto, debe aclararse, en especial, la importancia de la seguridad jurídica interna para el desarrollo de un país y la garantía de la seguridad jurídica como tarea estatal básica.

El punto de partida para ello puede ser una cita de Ludwig Erhard, tomada de su libro *Wohlstand für alle (Bienestar para todos)*. En el capítulo «Der Fürsorgestaat, ein moderner Irrtum» («El Estado providencia, un error moderno») se ocupa Erhard de la cuestión de la seguridad social omnicompreensiva deseada por algunos y deja sentado que ello es ilusorio. En la subsección «Am Ende steht der 'Sozialuntertan'» («Al final está el 'súbdito social'») manifiesta su concepción:

«El ideal con que yo sueño consiste en que todo individuo pueda decir: 'me querría mantener por mis propias fuerzas; querría asumir sobre mí mismo el riesgo de la vida y ser responsable de mi propia suerte. Tú, Estado, cuida de que yo esté en condiciones para ello'. La invocación no puede, por ello, rezar: 'Estado, ven en mi ayuda, ampárame y apóyame', sino: 'Estado, no te entrometas en mis asuntos, dame tanta libertad y déjame participar tanto en los frutos de mi trabajo que yo mismo pueda encargarme de mi propia existencia, de mi destino y del de mi familia'»².

Aquí el objeto de la exposición no ha de ser el si y el cómo de la seguridad social, sino el deseo, exteriorizado en el sueño de Erhard: «Esta-

¹ Cfr. C. CALLIES, «Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat», *ZRP*, 2002, cuaderno 1, p. 2.

² Citado por la traducción al castellano de Enrique Tierno Galván: LUDWIG ERHARD, *Bienestar para todos*, Barcelona 1957, pp. 217 ss.

do, cuida tú de que yo pueda ocuparme de mi propio destino y pueda ser responsable por mí mismo y por los míos». Ello requiere, al respecto, del Estado, la creación de condiciones-marco que posibiliten un desarrollo autorresponsable. Precisamente estas condiciones-marco, convertidas en el Estado de Derecho, la seguridad jurídica y la confiabilidad del ordenamiento jurídico, son el objeto de este ensayo.

2. SEGURIDAD JURÍDICA COMO FACTOR A OBSERVAR POR LA ECONOMÍA (FUNDAMENTOS PARA UNA DECISIÓN DE ADJUDICACIÓN)

Antes de tratar el tema Estado de Derecho, seguridad jurídica y la confiabilidad del ordenamiento jurídico a ello vinculada desde un punto de vista jurídico, debe ante todo emprenderse un pequeño excursus desde una perspectiva económica. Llama la atención, al respecto, que una discusión respecto al tema de la seguridad jurídica por parte de la ciencia económica ni siquiera tuviera lugar inicialmente o sólo en pequeña medida. De hecho, la mayoría de las teorías económicas aceptaron la seguridad jurídica simplemente como una situación de partida ya dada. Ello constituye lo que Furubotn y Richter llamaron atinadamente «the strange world of costless transactions».

Por ejemplo, el modelo económico neoclásico se basa en realidad en la suposición de que la transacción tiene un coste cero. Esta afirmación, sin embargo, es dudosa. En el enrarecido mundo del coste cero de las transacciones, los que adoptan decisiones pueden, supuestamente, adquirir y procesar cualquier información que ellos deseen de manera instantánea y sin coste alguno. Poseen una previsión perfecta y, por tanto, son capaces de escribir contratos completos, contratos que pueden ser controlados y ejecutados con absoluta precisión. La fuerza, en todas sus formas, está perfectamente monopolizada por el Estado. Consecuentemente, no pueden existir huelgas, boicots, sentadas, no hay necesidad de corrección política u otras formas de presión social. El poder coercitivo está exclusivamente en manos del Estado³.

Se reconoce que existen instituciones políticas, legales, monetarias y otras, pero se las considera como neutrales en su efecto en los resultados económicos y se las ignora en gran medida.

Pero precisamente se deriva claramente de la desatención a las instituciones arriba mencionadas que su función es *conditio sine qua non* para un desarrollo económico, puesto que todas las teorías económicas simplemente las presuponen (independientemente de cómo deban configurarse). Se dis-

³ E. G. FURUBOTN/R. RICHTER, *Institutions and economic theory. The contribution of the new institutional economics*, Michigan 2000, p. 8.

cute en las diferentes teorías qué rol debe jugar el Estado en la creación y mantenimiento de estas instituciones, pero la garantía de la seguridad jurídica es un factor que generalmente se espera del Estado (o de la sociedad).

3. EL JUEGO CONJUNTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA, LA CONFIABILIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL DESARROLLO ECONÓMICO

Para aclarar la importancia de los conceptos abstractos arriba mencionados y, con ello, encontrar una entrada relativamente sencilla en el tema, deben exponerse dos diferentes juegos de balón que aclaran de manera efectiva el juego conjunto de reglas, ejecución y beneficio o desarrollo económico.

El primer juego de balón es un viejo y tradicional juego de balón escocés, al que todavía se juega solamente en un pequeño pueblo de los *Highlands*. El objetivo del juego es llevar un balón a la portería del equipo adversario. Se enfrentan así dos equipos con hasta cien jugadores. El campo de juego es la totalidad del pueblo. No hay reglas, simplemente se desaprueba la utilización de armas o de ropa protectora. No se necesita, por ello, tampoco ningún árbitro. El juego puede durar varios días y deja por lo general grandes daños en el pueblo y una pluralidad de jugadores heridos, graves en parte. Para el espectador no es apropiado el juego, puesto que *no hay una delimitación efectiva del campo de juego* (también las tribunas de espectadores eventualmente levantadas pueden convertirse repentinamente en campo de juego). La única recompensa para el jugador es también solamente la dudosa gloria de «pertenecer al más fuerte equipo del mundo».

El segundo juego de balón es el de todos conocidos fútbol. Dos equipos se enfrentan e intentan, en un campo de juego delimitado con precisión, meter el balón en la portería contraria con el pie o la cabeza. Un reglamento preciso prescribe qué es admisible y qué no lo es. Si bien el ataque corporal es totalmente plausible, la violencia está básicamente excluida en este juego. En consecuencia, se excluye espartanamente la vestimenta protectora de la rodilla y el peroné. Un colegio de tres árbitros vela para que las reglas se observen. En caso de infracción de las mismas, puede imponer sanciones, que pueden ser decisivas para el juego (*piénsese, por ejemplo, en un penalti*). Los jugadores de primera división ganan sueldos de ensueño y un número inabarcable de otras personas viven o sacan provecho de este juego.

Las condiciones, el desarrollo y el resultado del juego de balón aclaran —bien que debe reconocerse que de un modo un tanto simplificador— el juego conjunto de la seguridad jurídica, la confiabilidad del ordenamiento jurídico y el desarrollo económico:

Seguridad jurídica: Gracias a las reglas fijadas, los jugadores en el último juego mencionado saben qué comportamientos están permitidos y cuáles no. Así, saben ya antes de comenzar el juego en dónde se pueden y deben colocar y cómo se pueden preparar en el campo. No sólo la fuerza, sino también la técnica de juego y la estrategia deciden la victoria o la derrota. En el juego de balón escocés, el jugador no sabe en dónde encaja. Que pueda acabar el partido sano y salvo dependerá en gran medida de si el adversario utiliza la violencia, y la medida en que lo haga. No se puede trazar una estrategia firme y apenas depende de la técnica, sino sobre todo de la fuerza.

Confiabilidad del ordenamiento jurídico: En el juego de balón escocés, no existen reglas. Los jugadores no pueden prepararse para nada y deben por ello contar con ser lesionados de manera consciente y deliberada. Los jugadores más débiles se esforzarán por ello en no llegar a estar en posesión del balón a fin de no convertirse en blanco del adversario. Otra cosa es en el caso del fútbol. Las infracciones de las reglas serán sancionadas por los árbitros y los jugadores pueden en principio confiar en que el juego se desarrollará conforme a las reglas conocidas.

Desarrollo económico/costes: El juego de balón escocés es imprevisible y ya sólo se juega al mismo en un pueblo y únicamente una vez al año debido al peligro extremadamente elevado de lesión y de daños materiales cuantiosos (en especial, daños a los edificios, puesto que el camino a través de los tejados del pueblo es el recorrido preferido para el que tenga la posesión del balón). Merece mencionarse que las ganancias no son por ello posibles. Puesto que el juego es imprevisible y el campo de juego no está definido, el espectador en la práctica no puede seguirlo y por ello, no le resulta interesante. Sólo el capitán del equipo vencedor gana una copa. En el fútbol están determinados el campo de juego y las reglas y el colegio de árbitros impone su cumplimiento. El peligro de lesión es reducido; el equipo necesario es, por ello, relativamente económico. Debido a las reglas asumibles, al lugar de juego abarcable con la vista, a la posibilidad de jugar sin grandes inconvenientes y a la interesante competición, este juego se ha extendido a lo largo y ancho del mundo y engendra considerables ganancias.

Este juego intelectual se puede trasladar a la economía. Sólo cuando se fijan ciertas reglas y se impone su observancia, puede tener lugar de modo razonable el «juego», en este caso el desarrollo económico. Cuanto mayor sean la falta de certeza y los peligros, tanto mayores son los costes de transacción (costes para protegerse de las inseguridades), tantos menos actores pueden participar y tanto menor es la ganancia.

4. SEGURIDAD JURÍDICA Y CONFIABILIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO TAREA ESTATAL

El Estado de Derecho, y la seguridad jurídica como elemento del mismo, son conceptos que han encontrado un lugar fijo en la teoría del Derecho, en especial en la teoría del Derecho constitucional y del Estado. Pero la seguridad jurídica es también un fundamento de extraordinaria importancia para decisiones emprendedoras y, por ello, para el desarrollo económico y social de un país.

A) Origen de la idea del Estado de Derecho y la exigencia de seguridad

La idea del Estado de Derecho se refiere en principio a la exigencia y la garantía de la paz y, por ello, de la seguridad⁴. Esta aspiración de seguridad es un componente constitutivo de la vida, como lo expresó en términos claros el filósofo español Ortega y Gasset:

«Nos movemos a la busca de una seguridad radical, que nosotros necesitamos porque lo que nosotros somos interinamente, lo que a nosotros se nos adjudicó ya con el nacimiento en la cuna, es una inseguridad radical»⁵.

Expuesto desde el principio a peligros, no es asombroso que la seguridad sea la necesidad más profunda del hombre: seguridad para la propia vida, para la libertad, para el desarrollo económico y social, por mencionar solamente algunos ámbitos en que reclamamos seguridad. Por todas partes acechan peligros, partiendo de las fuerzas de la naturaleza, los animales salvajes y, en especial, de los propios congéneres. Es el estado de la naturaleza tan característico de Hobbes, la guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), en el que cada hombre representa un lobo para los otros hombres (*homo homini lupus*). Este estado se puede transformar solamente, según Hobbes, en aquel otro en que se concluya un contrato que se dirija a una ordenación estatal del dominio. Al respecto, subraya:

«Los convenios sin la mera espada son meras palabras y no poseen la fuerza para ofrecer a un hombre siquiera la más mínima se-

⁴ G. ROBBERS, «El Estado de Derecho y sus bases éticas», en J. THESING (comp.), *Estado de Derecho y Democracia*, Buenos Aires, 1997, p. 32.

⁵ A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, «La seguridad jurídica», en *La seguridad jurídica como dato para la decisión empresarial*, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, abril-junio 1998, p. 205.

guridad. En caso de que no se erija un poder obligatorio o éste no sea lo suficientemente fuerte para nuestra seguridad, cualquiera confiará justamente, y puede hacerlo, en su propia fuerza y destreza para asegurarse frente a todos los demás hombres»⁶.

En relación con ello, resulta muy claro el desarrollo etimológico de la palabra española «seguridad». Procede del latín «segur» y significa «hacha». En consecuencia, la seguridad se puede comparar con el estado de aquel que tiene el potencial de un guerrero armado y, por ello, es capaz de defenderse y está preparado para hacerlo⁷. Así, tampoco la lanza en las pinturas de las cuevas de Altamira es un accesorio trivial. Por el contrario, debía proporcionar seguridad y confianza en la caza futura⁸. Hoy creemos saber que el dibujo de una lanza no garantiza una caza exitosa, pero muchos piensan todavía que ya una «ley trazada en el papel» (la promulgación de una ley) proporciona seguridad (jurídica).

B) La seguridad jurídica como tarea estatal

A la seguridad jurídica no se la considera solamente como una tarea estatal, sino que también es, en realidad, una razón para la formación del Estado. El fin de la seguridad del Estado moderno reside en la protección de los ciudadanos frente al poder privado, un fin éste por virtud del cual, dice Thomas Hobbes, han sido creados los hombres a fin de cuentas: *para que les asegure la existencia sobre la Tierra y les proporcione la paz*⁹.

Así argumenta también Locke ya en *Two Treaties of Government*:

«men agree freely with each other to join and unite into a community, for their comfortable, safe, peaceable living one amongst another, in a secure enjoyment of their properties, and a greater security against any that are not of it».

Como es bien sabido, existen varios tipos de explicaciones sobre el Estado, que pueden agruparse en teorías contractuales, predatorias y de explotación. North¹⁰ desarrolla una simple «teoría (económica) neoclásica

⁶ HOBBS, *Leviathan*, 1992, cap. 17, p. 134; citado por C. CALLIES, «Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat», *ZRP*, 2002, cuaderno 1, p. 3.

⁷ G. OUVIÑA, *Nuevas bases para una estrategia racional de la seguridad*, Buenos Aires 1991, p. 8.

⁸ G. OUVIÑA, *Nuevas bases para una estrategia racional de la seguridad*, Buenos Aires 1991, p. 21.

⁹ Citado por J. ISENSEE, «Staat und Verfassung», en ISENSEE/KIRCHHOFF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, 1987, § 13, número marginal 79.

¹⁰ D. C. NORTH, *Structure and Change in Economic History*, New York/London, 1981, pp. 21 ss.

del Estado» basada en la idea de un contrato entre el soberano (por ejemplo, un gobierno o un rey) y sus electores. Este modelo (simplificado), que tiene las características que se expresan a continuación, puede servir como ejemplo de las obligaciones del Estado y también de la construcción del Estado:

Primero: El soberano intercambia protección y justicia (incluyendo la protección de los derechos de propiedad y los derechos contractuales) a cambio de impuestos.

Segundo: A causa de esto (Primero), el soberano se convierte en la autoridad suprema para sus electores. El Estado tiene el derecho a ordenar y el derecho a ser obedecido, y en consecuencia la capacidad para recaudar contribuciones forzosas.

Tercero: El soberano está limitado en sus actividades, en un grado mayor o menor, dependiendo de las dificultades afrontadas por sus electores con respecto a:

- a) Los costes de emigrar a otro Estado con condiciones de vida más favorables.
- b) Los costes exigidos para deponer al soberano actual e instalar un rival que prometa mejores servicios a los electores. Siempre existen rivales potenciales para un soberano que pueden proveer servicios similares al soberano actual.

Siguiendo esta hipótesis, North elabora las siguientes teorías:

El servicio básico que el Estado (el soberano) provee consiste en el desarrollo y ejecución de una Constitución, ya sea escrita o no escrita. La Constitución especifica la estructura de los derechos de propiedad de los electores de una manera que maximiza las rentas otorgadas al sujeto soberano para los costes políticos y económicos de transacción. Para lograr esto, es necesario proveer un juego de bienes y servicios públicos (o semi-públicos) diseñados para rebajar los costes de especificar, negociar y aplicar forzosamente los contratos que subyacen al intercambio económico.

Los derechos de propiedad, de acuerdo con North, son especificados por el Estado en un modo tal para permitir la maximización de sus rentas de monopolio. La distribución de la propiedad privada y la propiedad común puede explicarse desde este punto de vista.

La teoría de North se puede ver como un producto destilado, deducido de un enfoque desde la ciencia económica, de la justificación desde la ciencia política del poder soberano del Estado. Jean Bodin podría valer como su partidario más importante. A fin de garantizar la seguridad y el orden, Jean Bodino atribuye, en su obra *De la Republique*, a la dirección del Estado poder soberano, en consecuencia, el monopolio absoluto y siempre

actuante de cualquier aplicación de fuerza¹¹. Queda abierta, no obstante, la cuestión de la legitimación para el ejercicio del poder absoluto por el Señor. Esta cuestión encontró su primera respuesta en las obras de Hobbes (*De Cive* y *Leviatán*). En la historia de la legitimación que así se desarrolla del Estado moderno, el deber de protección se refiere en principio a la vida (Hobbes), luego a la propiedad (Locke), finalmente también a la libertad del ciudadano (Kant)¹². Se trata, al respecto, de un ámbito nuclear iusnatural-preestatal de los deberes estatales de protección. El alcance actual de los deberes estatales de protección es finalmente determinado a través del correspondiente estadio de desarrollo jurídico y de la civilización. La refinación de la cultura de derechos fundamentales crea sutiles necesidades de tutela y exige la adecuación de los deberes estatales de protección¹³. Así, el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad exige la garantía de la seguridad jurídica¹⁴.

C) Contenido de la seguridad jurídica y de la confiabilidad del ordenamiento jurídico como componente de la misma

La seguridad jurídica es, según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal alemán, un elemento básico del Estado de Derecho. La seguridad jurídica significa, según esta jurisprudencia, confiabilidad y previsibilidad del ordenamiento jurídico¹⁵. También el Tribunal Constitucional español define la seguridad jurídica de forma parecida¹⁶. Según él, ésta es «la expectativa del ciudadano basada en motivos razonables de conocer o poder predecir la actuación del poder público en la aplicación del Derecho»¹⁷ (*sic*). La seguridad jurídica es, por ello, una garantía de la libertad dentro de una sociedad. La libertad exige además la confiabilidad del ordenamiento jurídico. Porque la libertad significa, sobre todo, la posibilidad de conformar la vida según los propios proyectos. Una condición esencial para ello es que las circunstancias y factores que puedan influir de manera eficaz en las posibilidades de conformación de tales proyectos y su ejecución, en especial las intervenciones del Estado a tales efectos, puedan ser

¹¹ QUARITSCH, *Staat und Souveränität*, tomo I, 1970, pp. 243 ss.

¹² J. ISENSEE, «Staat und Verfassung», en ISENSEE/KIRCHHOFF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, 1987, § 13, número marginal 80.

¹³ J. ISENSEE, «Staat und Verfassung», en ISENSEE/KIRCHHOFF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, 1987, § 13, número marginal 81.

¹⁴ BVerfGE 2, 380 (403); 253 (267).

¹⁵ En detalle, R. STREINZ, «Seguridad jurídica como desafío a la jurisdicción constitucional», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 1997, pp. 121 ss.

¹⁶ Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992, pp. 98 ss.

¹⁷ STC 36/1991, FJ 5.º

calculadas del modo más fiable posible. La seguridad jurídica es, por ello, un mandato jurídico-constitucional, un mandato finalista que trasciende a los derechos fundamentales, que, según la opinión dominante, puede ser realizado incluso a costa de los intereses protegidos por los derechos fundamentales¹⁸. A ella le corresponde, por ello, una importancia de elevado rango que ha de observar tanto la legislación como la administración, como también la jurisprudencia. Los efectos en la libertad y el desarrollo económico son, además, enormes.

En rigor, la seguridad jurídica sólo existe cuando se complementa la confiabilidad (del ordenamiento jurídico) con el concepto de ejecutabilidad, previsibilidad y el concepto de aceptación. Así entendida, la seguridad jurídica es fundamento de todo desarrollo comunitario, sea social, económico o político. Es, por ello, tarea del Estado crear y mantener un ordenamiento en el que se pueda confiar, que encuentre aceptación en la amplia mayoría de sus ciudadanos. Y este ordenamiento jurídico tiene el Estado que aplicarlo eficazmente.

La cuestión decisiva es, por ello: ¿Cuál es la mejor forma para que el Estado cumpla esta tarea?

5. LA REALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

En la Política, el Derecho y la Economía hay pocas recetas mágicas, no es todo blanco o negro, ni un claro sí o un no. Desafortunadamente, no se puede mostrar un camino estándar para la realización de los objetivos arriba mencionados. Pero pueden mostrarse algunos pasos a dar, cuyo recorrido es adecuado para las aspiraciones de seguridad jurídica y confiabilidad del ordenamiento jurídico.

A) El marco de la actividad estatal: la Constitución

En principio, debe delimitarse el marco de la actividad estatal; por así decirlo, debe fijarse el campo de juego con sus medidas y límites. Ello sucede, por lo general, por medio de una Constitución. En ella se contienen las reglas básicas conforme a las cuales puede desarrollarse el juego. Para ello es necesaria la regulación de la organización del Estado, la actuación de las instituciones estatales y la fijación de los derechos y deberes de los ciudadanos e instituciones. La Constitución ideal prescribe un sistema de *check and balances* y fija los principios conforme a los cuales se deben regir las instituciones y la sociedad en su conjunto, para las que la Cons-

¹⁸ Cfr. por todos: H.-U. GALLWAS, *Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1985, pp. 109 ss.

titudin es vinculante. La divisi3n de poderes, los derechos fundamentales y las reglas del proceso son, por ello, el contenido m1s importante de una Constituci3n. Ella tambi3n debe velar, efectivamente, para que todos los actores act1en conforme a sus preceptos¹⁹. Si ello se logra, se conseguir1 seguridad jur1dica y confiabilidad del ordenamiento jur1dico. Hay que observar al respecto que la vida conjunta comunitaria no es tan simple como un juego de bal3n, que se basta con unas cuantas reglas. Se necesita, m1s bien, una pluralidad de reglas y actuaciones, no todas las cuales pueden ser recepcionadas en la Constituci3n. Pero para vincular tambi3n materialmente a los preceptos de la Constituci3n a estas otras reglas y actuaciones, prev3 aqu3lla determinados mandatos teleol3gicos (principios), determinadas formas para los correspondientes modos de actuaci3n as1 como el principio de legalidad. Este 1ltimo debe asegurar el Estado de Derecho.

a) *Fundamento jur1dico-constitucional de la seguridad jur1dica: la Constituci3n espa1ola como ejemplo*

Con el ejemplo de la Constituci3n espa1ola de 1978²⁰ se puede aclarar c3mo puede crearse el fundamento normativo para la seguridad jur1dica. El punto de partida al respecto es el llamado principio de legalidad en sentido formal y material, esto es, el sometimiento del poder a una Constituci3n que contiene determinados valores y a las leyes que son conformes a dicha Constituci3n.

El llamado principio de legalidad est1 estrechamente vinculado al principio del Estado social y democr1tico de Derecho. El primer fundamento jur1dico-constitucional para el principio de legalidad es, conforme a ello, el art1culo 1.1 de la Constituci3n espa1ola, que reza:

«Espa1a se constituye en un Estado social y democr1tico de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jur1dico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo pol1tico».

El Estado de Derecho significa el sometimiento del conjunto del poder del Estado al ordenamiento jur1dico y, en especial, a la Constituci3n. Tam-

¹⁹ Interesante sobre el tema de la realizaci3n de las directrices constitucionales entre particulares: M. HERDEGEN, «La tutela contra privados: Instrumento certero para implantar la normatividad en la realidad social», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 1997, pp. 183 ss.

²⁰ De acuerdo con D. CALVILLO ARBIZU, «Las infracciones procesales del juzgador y el contenido del principio de legalidad», en J. E. MOLIN3 JORQUES (ed.), *Bolet1n de Legislaci3n El Derecho*, a1o V, n1mero 188, 9 de julio de 2001, pp. 1 ss.

bién significa soberanía plena (democracia), división de poderes y, finalmente, la vinculación a, y la garantía de, los derechos fundamentales. Ello lo formula el artículo 9.1 CE así:

«Los ciudadanos y los poderes públicos se encuentran sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

El artículo 9.3 precisa con mayor detalle todavía a qué principios están sometidos los ciudadanos y las instituciones:

«La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Hay que referirse todavía, por último, al artículo 25.1 CE, que concretiza el principio de legalidad para el poder punitivo del Estado:

«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

Se ha creado con ello un sistema que se debe medir básicamente según sus propios parámetros. El principio de legalidad significa, en último término, el sometimiento del poder a la Ley y a la Constitución. Es además sabido que la Ley y la Constitución reconocen y deben proteger determinados valores (por ejemplo, la dignidad de la persona, la vida, la libertad, la propiedad privada) para posibilitar no sólo un Estado de Derecho formal, sino también material, a cuyo efecto el principio de legalidad contiene un marco razonable, vinculado a valores.

b) *Presupuesto para la eficacia de la Constitución*

Si la Constitución, que, como se ha mostrado, es el fundamento del Estado de Derecho y por ello de la seguridad jurídica y de la confiabilidad del ordenamiento jurídico, debe ser eficaz, hay que observar tres aspectos básicos, de los que de buen grado se hace caso omiso por los legisladores constituyentes, también, y especialmente, en Latinoamérica:

- a) La Constitución debe reflejar un consenso básico de la población. Sólo si encuentra suficiente aceptación, será también seguida vo-

luntariamente. Cuanto más liberal es una Constitución, tanto menos podrá prescindir de un seguimiento voluntario de sus mandatos. Una Constitución por mayorías simples no tendrá un éxito duradero. Ello es constatable, por ejemplo, en la última Constitución de Perú de 1993, que tras la caída de Fujimori se encuentra en proceso de revisión, un destino que probablemente sobrevendrá también a la Constitución de Venezuela de 1999 tan pronto como allí se produzca un cambio de Gobierno.

- b) La Constitución debe prever instituciones fuertes e independientes. Sólo el trabajo conjunto y el control recíproco de tales instituciones puede conducir al mantenimiento y el desarrollo del consenso que una vez hubo en torno a la Constitución.
- c) En la redacción de una Constitución, el constituyente se debe cuestionar una y otra vez si los derechos y principios previstos en la Constitución también son realizables. Tiene que examinar si el Estado, cuando deba ser condenado por un Tribunal a hacer efectivo un determinado derecho fundamental garantizado jurídicamente, está en condiciones de hacerlo así. Si no lo está, no debería tampoco prometer tal derecho en la Constitución. Muchos constituyentes, también los latinoamericanos, tienden por razones populistas a sobrecargar las Constituciones con derechos y promesas. Así se lee cada vez más que se reconoce un derecho a una vivienda apropiada, a la salud, al trabajo, etc., y se debe comprobar, decepcionado, que se trata sólo de lírica constitucional o de pensamiento de deseo. Falta la realización. Ello lleva también, en último término, a la pérdida de la aceptación de una Constitución.

Una Constitución puede desarrollarse con el país. Si una Constitución de un país económicamente más bien débil se concentra en la protección y la realización de los derechos fundamentales clásicos (de la llamada primera generación), puede ella en principio lograr vigencia y contribuir a una cultura del respeto a la Constitución. Si el país experimenta un crecimiento económico, pueden recepcionarse otros derechos fundamentales o ser interpretados de modo más amplio. Una Constitución que no atienda a las posibilidades del país no podrá nunca alcanzar una vigencia aceptable.

Si la Constitución delimita el marco, puede tener lugar su transformación. Para ello, la Constitución o bien ha previsto directamente determinadas instituciones o procesos que pueden contribuir, por su parte, a la seguridad jurídica, o bien ha prescrito su creación. Así, una Ley sólo puede promulgarse por un determinado órgano con un determinado procedimiento, un acto administrativo sólo puede dictarse por un determinado departamento y sólo en una forma determinada y con un determinado contenido, una decisión judicial sólo puede pronunciarse por un determinado

órgano ocupado por un juez y tras la tramitación de un determinado procedimiento. Por ello, el papel de las formas procedimentales, como más tarde se mostrará todavía, no puede subestimarse.

Partiendo de la clásica división de poderes²¹, las funciones obligan a la creación de las condiciones, necesarias también para el desarrollo de la economía, del legislativo, el ejecutivo y la judicatura.

B) La seguridad jurídica como tarea del Poder Legislativo

El Legislativo se ubica en el comienzo del procedimiento que crea la seguridad jurídica. Analiza problemas que pueden resolver conflictos y suministra una solución legislativa. Hasta aquí el caso ideal. El ciudadano puede, de conformidad con ello, ajustar su conducta de modo que evitará un conflicto o podrá confiar en que un determinado conflicto será resuelto de un determinado modo con un determinado resultado. Así es por lo menos en la teoría.

A la vista del flujo de leyes que irrumpen sobre nosotros, se debe considerar que los problemas a solucionar son innumerables y el legislador tiene entretanto tanta experiencia y rutina que el arte de legislar se encuentra en un nivel nunca visto. Como atinadamente señaló Rolf Bender ya en 1974 con relación a la propuesta de reforma de la Justicia de aquel entonces en Alemania, la realidad se presenta de otro modo²². Se carece de una metodología de la legislación, de una «teoría de la legislación», así llamada, y se carece en especial de una eficiente tecnología social que pueda preparar la estrategia para la realización de los fines, así como de un sistema de información²³ «orientado al problema» que ofrezca los datos de partida necesarios para ello. Las leyes no cumplen, por ello, siempre los objetivos fijados y ocasionalmente regulan también materias que no necesitan incluso ninguna regulación. Pero una sobrerregulación estrangula también a la economía. Los costes para la determinación de los preceptos aplicables a un determinado supuesto y los costes causados por el cumplimiento de todos estos preceptos, que, en último término, se reflejan también en los costes de transacción.

Lo mismo sucede si el legislador sirve a los intereses de grupos determinados, sea como agradecimiento por ayudas proporcionadas en la lucha electoral, sea por miedo a las próximas elecciones o a causa de otro medio de presión. Las regulaciones que así surgen crean condiciones desiguales

²¹ No debe infravalorarse, al respecto, el papel controlador de los medios de comunicación de masas.

²² R. BENDER, *Zur Notwendigkeit einer Gesetzgebungslehre dargestellt an aktuellen Problemen der Justizreform*, Stuttgart, 1974, p. 1.

²³ R. BENDER, en *ZRP*, 1973, pp. 134 ss.

para los participantes en el mercado y por ello, en último término, elevados costes para la comunidad. Se plantea un conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia (en especial, en relación al principio de igualdad). Todavía es más problemático el papel del legislador si no se respeta la vinculación a la Constitución y se instrumentaliza a los órganos legislativos para el logro de objetivos contrarios a la Constitución y a los derechos del hombre. El legislador nacionalsocialista sustituyó en 1935, por ejemplo, el principio liberal «nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimen, nulla poena sine lege» por un principio autoritario: «ningún hecho criminal sin pena» («Keine Straftat ohne Strafe»). Por ello, el artículo 2 del Código Penal se formuló como sigue: «Será sancionado quien perpetre un hecho que la ley declare punible o que merezca una pena según la idea básica de una ley penal o según la saludable voluntad del pueblo»²⁴. Los gobernantes invocan de buen grado a la llamada «saludable voluntad popular» cuando no pueden invocar la Constitución y la ley. Con este precepto se convirtió tácitamente en ley la ininteligible «voluntad popular». Resultaba ser totalmente imprevisible qué conducta, en principio, merecía una pena y, cuando era así, qué concreta pena. La puerta a la arbitrariedad quedaba abierta. Aquí se lleva a la cumbre el conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia.

Gustav Radbruch se ha ocupado ampliamente de este tema y concede la primacía frente a la justicia al Derecho positivo (esto es, el Derecho creado por el legislador) y, por tanto, a la seguridad jurídica y ello incluso cuando el contenido del Derecho positivo es injusto o inapropiado, a no ser que la contradicción del Derecho positivo y la justicia sea tal que la ley se transmute en un «Derecho injusto». Si el legislador no se esfuerza por alcanzar la justicia, si en la fijación del Derecho positivo se lesiona el principio de igualdad, siendo éste la esencia de la justicia, entonces la ley no sólo es «Derecho injusto», sino que carece ya de aquella naturaleza jurídica²⁵. Conforme a ello, hay un Derecho supralegal (que debe esbozarse en los valores fijados en la Constitución), que establece límites al Derecho positivo y, por ello, al legislador, incluso al constituyente.

Idealmente, este Derecho supralegal es recepcionado sucesivamente en la Constitución (o en la interpretación constitucional) y, con ello, positivado. En otro ejemplo expuesto más arriba tiene lugar ello por medio del mandato de determinación del artículo 103.2 LF, que ha experimentado un amplio desarrollo por parte de la jurisdicción constitucional²⁶. El artículo 103.2 LF garantiza que un hecho sólo puede ser sancionado cuando la

²⁴ Citado por W. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, traducción de L. Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, p. 311.

²⁵ G. RADBRUCH, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», en *SJZ*, 1946, pp. 105 ss.

²⁶ Cfr. recientemente, Urteil des BVerfG vom 20.03.02, Az.: 2 BvR 794/95.

pena estaba legalmente determinada antes de perpetrarse el hecho. Ello obliga al legislador a describir los presupuestos de la punibilidad tan exactamente que el alcance y el ámbito de aplicación de los tipos penales hayan de ser reconocibles para los destinatarios de la norma ya a partir de la propia ley y puedan averiguarse y concretizarse por medio de la interpretación²⁷. La Ley Fundamental pretende de este modo asegurar que todos puedan ajustar responsablemente su conducta al Derecho penal vigente y no deban temer ninguna reacción estatal imprevisible²⁸. Con la vinculación estricta del legislador penal a la ley, el mandato de determinación garantiza la seguridad jurídica y, para garantizar los derechos de libertad, protege la confianza de los ciudadanos en que el Estado sólo castigará y perseguirá como punible aquel comportamiento que estaba definido legalmente en la fecha del hecho²⁹.

En resumen, puede mostrarse que la tarea del legislador en el análisis de problemas que pueden resolver conflictos consiste en suministrar a éstos una solución justa, igualmente vinculante para todos³⁰.

C) La seguridad jurídica como tarea del Poder Ejecutivo

El Ejecutivo, esto es, la Administración, se ajusta a su tarea de crear y mantener seguridad jurídica cuando se ciñe cuidadosamente al ordenamiento jurídico levantado en la forma arriba descrita, esto es, cuando se esfuerza en respetar el principio de legalidad en sentido formal y material. Sólo así se da la previsibilidad de la actuación pública y sólo así surge un clima de confianza, que de tan extraordinaria importancia es para el desarrollo económico. También juegan al respecto un papel decisivo las formas y procedimientos, pero no pueden ser un fin en sí mismas. Sin embargo, ello sucede reiteradamente a causa de la falta de regulación o simplemente por costumbre. Así, en especial, en Latinoamérica, se exige por las autoridades en numerosos casos un certificado de nacimiento para la tramitación del

²⁷ Cfr. BVerfGE 73, 206 [234]; 75, 329 [340]; 78, 374 [381 f.]; jurisprudencia constante.

²⁸ Cfr. BVerfGE 64, 369 [393 f.]; 85, 69 [72 f].

²⁹ Cfr. BVerfGE 95, 96 [130 ss.]

³⁰ Radbruch se ha centrado, con razón, en la observancia del principio de igualdad como parámetro para la cuestión de la justicia y del carácter de la naturaleza jurídica de una regulación legislativa. Desde este punto de vista, se plantea la cuestión de si los derechos de las minorías recepcionados cada vez por más Constituciones latinoamericanas también son de hecho derechos fundamentales o humanos, o si la necesidad (real o supuesta) de su recepción no revela simplemente la falta de cumplimiento de los derechos igualmente válidos para todos y hace necesaria la garantía de derechos especiales. Muy interesante para esta problemática, en la que aquí no cabe profundizar más, F. SAVATER, «¿Todos los derechos o derechos para todos?», en ÍD., *Sin contemplaciones*, Madrid, 1993, pp. 71 ss.

más sencillo asunto administrativo (por ejemplo, para la homologación de un carné de conducir, para la inscripción en una universidad pública, para la inscripción de una hipoteca, etc.), como si no bastase para ello con el carné de identidad y se debiese todavía demostrar no sólo que se existe, sino también que ya se ha nacido³¹. Las formalidades irrazonables no sirven a la seguridad jurídica. Por el contrario, entrañan el peligro de la corrupción, porque invitan precisamente a evitarlas por medio del pago de un «dinero agilizador»³². Son, por ello, otra fuente para elevar los costes de transacción.

Pero tampoco cabe operar totalmente sin formas ni procedimiento. En este contexto, puede, por ejemplo, mencionarse una discusión introducida en algunos países latinoamericanos —según he sabido hace poco, en Costa Rica— sobre la posibilidad de que pueda llevar a cabo el control difuso de la constitucionalidad no sólo cualquier juez, sino también cualquier autoridad administrativa. En el control difuso de la constitucionalidad, puede cualquier juez inaplicar una ley que debería aplicar en el caso concreto cuando la considere inconstitucional. Ya este sistema no sirve, a mi modo de ver, a la seguridad jurídica y hay que preferir, por ello, un control concentrado de la constitucionalidad ante un tribunal constitucional especializado. En opinión de algunos juristas, por el contrario, las autoridades administrativas también deberían tener esta competencia. El ciudadano que depende de una actuación, de una autorización, de un acto administrativo, etc., de las autoridades, debería, conforme a ello, contar con que el funcionario A (Fulano) no aplique una determinada ley porque la considere inconstitucional, mientras que quizás el funcionario B (Mengano) considere constitucional la ley y proceda en correspondencia con ello. Ya los tribunales constitucionales especializados tienen grandes dificultades para fijar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley de manera inobjetable. Las particulares autoridades administrativas podrían con ello verse sobrecargadas. La seguridad jurídica y el tratamiento igual padecerían si todo funcionario administrativo pudiese decidir en un procedimiento informal sobre la aplicación o inaplicación de una ley o de otras normas. Puesto que la correspondiente ley no se hace ineficaz a través de la inaplicación ni tampoco es derogada, para el ciudadano sería totalmente imprevisible en cualquier momento en que medida puede todavía confiar en el Derecho positivo.

Una tarea importante del ejecutivo que ha de mencionarse todavía aquí inexcusablemente es el seguimiento y ejecución de las sentencias con valor de cosa juzgada. La judicatura no puede ejercer una coerción directa

³¹ Más crítico todavía es el hecho de que en algunos países no dispongan todos los ciudadanos de carné de identidad.

³² Sobre el tema de la corrupción desde un punto de vista penal, cfr. M. ÜBERHOFEN, *La corrupción en el Derecho comparado*, CIEDLA/KAS, Buenos Aires, 1997.

sobre el Ejecutivo. Depende de la disposición del Ejecutivo a observar la Constitución y las leyes y ejecutarlas con los medios puestos a su disposición, en caso de necesidad con la fuerza (monopolio de la fuerza del Estado).

D) La seguridad jurídica como tarea del Poder Judicial

La tarea de la judicatura es proporcionar rápidamente la paz jurídica allí donde ha surgido una controversia. Para ello, tiene que decidir la correspondiente controversia jurídica con eficacia para todas las partes en ella. Si bien, por un lado, la aspiración a una justicia material puede hacer aparecer como indicado un procedimiento judicial tan amplio y minucioso como sea posible, y que se prolongue a través de varias instancias, por otro lado, la pronta producción de seguridad jurídica respecto a una relación jurídica controvertida es un objetivo procesal igualmente importante. Los procedimientos judiciales están, por ello, de un modo especial, al servicio de la seguridad jurídica.

a) *Justicia material y cosa juzgada*

Un punto clave de la discusión científica sobre el tema de la seguridad jurídica reside precisamente en destacar las relaciones tensas entre la seguridad jurídica (creada a través de la cosa juzgada de una sentencia) y la justicia material. Pero solucionar esta relación tensa no es sólo tarea de la Justicia sino también, en especial, una tarea del Legislativo. Así, por ejemplo, el recurso que el artículo 19.4, frase 1, de la Ley Fundamental de Bonn garantiza para las lesiones jurídicas por el poder público necesita la conformación normativa. Para ello, según los tipos de materias a decidir, se pueden adoptar distintas formas y estructuraciones de recursos, en especial, de tipos de procedimientos, principios procesales, tipos de decisiones y efectos de las mismas. Corresponde, al respecto, al legislador una amplia libertad de conformación; en especial para ponderar la primacía entre las exigencias de la seguridad jurídica y las posibles mermas en oportunidades para hacer justicia material en el caso particular. En aras de la seguridad jurídica, el ordenamiento jurídico puede, por ejemplo, conformarse, respecto al instituto de cosa juzgada, con que incluso las decisiones judiciales incorrectas sean finalmente vinculantes para el caso particular. El mandato básico del Estado de Derecho de realizar la justicia material no está, por ello, vinculado sólo al caso particular, sino también al conjunto de efectos del ordenamiento jurídico y a su cumplimiento en su conjunto. Entre este mandato y el objetivo de la seguridad jurídica existe, pues, una

relación tensa, no siempre soluble en el caso particular, pero no una contradicción general insalvable: proporcionar seguridad jurídica respecto a los correspondientes procedimientos³³ es incluso una exigencia de la justicia material. Porque conduce a la garantía de la libertad no asegurada en las controversias jurídicas o a cerciorarse del Derecho no claro³⁴.

De hecho, la justicia material pasa a segundo término en numerosos casos en interés de la seguridad jurídica. Así, también las sentencias firmes materialmente incorrectas y, por ello, injustas, producen sus efectos. Pero en el caso ideal, dicha relación tensa podría incluso no surgir. Es tarea de la justicia, como ya se ha dicho, el rápido establecimiento de la paz jurídica allí donde ha surgido una controversia. Pero la paz jurídica sólo se produce cuando el justiciable obtiene, en un procedimiento rápido, una decisión que comprende y que puede ejecutar. Para la creación o la garantía de la paz jurídica se necesita, por ello, tanto la seguridad jurídica como también la justicia material. Sólo así se garantizan el cumplimiento y la aceptación del ordenamiento jurídico y sólo de esta forma acudirá el ciudadano al Derecho para zanjar o solucionar una controversia.

La seguridad jurídica es también protección frente a la arbitrariedad. La actual discusión en Venezuela sobre la supuesta contraposición entre el Estado de Derecho y el Estado de justicia aclara este enunciado. Según la opinión de algunos políticos y juristas en Venezuela, la «Justicia» precede al Derecho en todo caso. Se han dado ya sentencias en las que los jueces, de manera totalmente consciente, no han observado el Derecho vigente en nombre de la justicia³⁵. Todavía más problemático es el caso cuando el Ejecutivo inaplica el Derecho cuando éste contradice su sentimiento de la justicia. Entonces el ciudadano se expone de hecho a la arbitrariedad de los gobernantes. Las decisiones no son más previsibles, puesto que en nombre de la justicia cabe apartarse en cualquier momento del Derecho legal vigente. Pero la cuestión de qué es justo es subjetiva³⁶. Si la decisión

³³ Sobre el tema de la corrupción desde un punto de vista penal, cfr. M. ÜBERHOFEN, *La corrupción en el Derecho comparado*, CIEDLA/KAS, Buenos Aires, 1997. Según una muy extendida opinión, el principio del Estado de Derecho no ordena un recorte de instancias, sino que más bien le basta la posibilidad amplia de revisión fáctica y jurídica por una instancia judicial. En la praxis se muestra, en efecto, que dicho examen amplio de los hechos y el Derecho por una instancia judicial frecuentemente sólo se realiza cuando pende sobre el tribunal de primera instancia la espada de Damocles de una instancia de apelación. En ello subyace otro ejemplo de cómo el Estado de Derecho y la seguridad jurídica pueden promoverse por medio de regulaciones procesales.

³⁴ BVerfGE 60, 253 ss.

³⁵ Así fue sobre todo en las sentencias de la jurisdicción laboral, en las que se fingieron por el tribunal relaciones laborales *contra legem* en nombre de la justicia.

³⁶ Recuérdate aquí el trabajo de HANS KELSEN «Was ist Gerechtigkeit?» («¿Qué es la justicia?»). Al final de su obra, llega Kelsen a la conclusión de que no puede responder a la pregunta. Simplemente puede determinar qué es para él la justicia. Véase H. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit*, 1953, p. 43.

queda a la libertad de los gobernantes, entonces estamos a un paso del absolutismo.

b) *Unidad de la jurisprudencia*

No sólo el instituto de la cosa juzgada sirve, en el Derecho procesal, a la seguridad jurídica, sino también los esfuerzos en pro de una jurisprudencia unitaria. Las leyes se someten en su aplicación a la interpretación judicial. Pese a determinadas reglas hermenéuticas, dicha interpretación puede tener lugar de modo muy diferente. A ello se refiere también el dicho conocido en Alemania:

«En alta mar y ante los tribunales, se está en manos de Dios»
(«Auf hoher See und vor Gericht ist man in der Hand Gotees»).

Incluso abogados experimentados no pueden predecir con absoluta seguridad cómo resultará un caso, puesto que en último término el juez puede interpretar no sólo las circunstancias de hecho, sino también la ley de un modo diferente que sus colegas o incluso que los abogados.

Es una tarea inherente de la justicia garantizar una unidad de la jurisprudencia en la medida de lo posible, también si, por ejemplo, el ordenamiento jurídico alemán no reconoce en principio la vinculación al precedente. El cumplimiento de esta tarea puede también facilitarse por el legislador. Así, por ejemplo, el legislador alemán ha adoptado prescripciones cautelosas en favor de la unidad de la jurisprudencia y, por ello, de la seguridad jurídica. Entre ellas se cuenta, por ejemplo, la obligación de los tribunales de planteamiento (artículo 100.1 LF) [de una cuestión de inconstitucionalidad ante el TCFA] si tienen dudas de la constitucionalidad de un precepto. La decisión sobre esta cuestión la adopta luego el Tribunal Constitucional Federal, siendo vinculante también para todos los demás tribunales. Otra prescripción para promover la unidad jurisprudencial es el artículo 546.1, número 2, del Código de Enjuiciamiento Civil. Prevé la admisión de una revisión si la sentencia se separa de una decisión impugnada del BGH [Tribunal Federal] o de la Sala Especial de los Tribunales Supremos de la Federación y afecta a esta separación. Ya la creación de esta Sala Especial o común tuvo lugar a favor de la unidad de la jurisprudencia.

E) Seguridad jurídica a través del proceso

Debe aquí exponerse, con todas sus lagunas, el juego conjunto del Derecho material y el Derecho procesal con los ejemplos de los «*punitive*

damages» conocidos en los EEUU, la conformación del proceso penal y con dos ejemplos de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. Debe además aclararse qué importancia tiene la conformación del proceso para el objetivo de la seguridad jurídica y de la unidad de la jurisprudencia. Por otro lado, deben también mostrarse los límites que hacen imposible una seguridad jurídica absoluta en el seguimiento del principio de justicia material a través de la conformación del proceso.

a) *La jurisprudencia sobre la cuestión del proceso ordinario en una condena al pago de punitive damages*

Los casos de la Corte Suprema de los EEUU sobre qué proceso es debido reflejan, en gran medida, la idea de que la razón principal para proporcionar salvaguardas procedimentales es evitar decisiones inapropiadas. Esta idea implica que si los medios por los que se adopta una decisión no introducen un riesgo inaceptablemente alto de error, el procedimiento es válido, no importando la escasa oportunidad que se haya dado de participar al individuo adversamente afectado³⁷.

Pero una serie de comentaristas han argumentado que con las salvaguardas procedimentales debería promoverse otro valor, bastante distinto: el derecho del individuo a que se respete su autonomía, permitiéndole participar en la decisión y recibiendo una explicación razonada de la conducta adversa³⁸.

Un aspecto del derecho al debido proceso en el contexto de la litigación es que un litigante tiene derecho a estar libre de una discreción excesiva por parte de los jurados. Por ejemplo, cuando un Estado permite a los jurados otorgar una indemnización por daños en contra de un demandado, el Estado debe dar, al menos, alguna guía al jurado sobre cuándo se puede permitir una indemnización y en qué cuantía.

Por ejemplo, la Corte Suprema ha indicado que hay algunos límites en cómo puede permitir un Estado a sus jurados otorgar una indemnización por daños ejemplares. En *Pacific Mutual Life Ins. Co. vs. Haslip*, 499 U. S. 1 (1991), el Tribunal indicó que si a un jurado se le daba discreción sin límites en decidir si otorgaba, y en qué cantidad, una indemnización por daños ejemplares, ello violaría (o al menos podría hacerlo) el debido proceso. De modo parecido, un Estado debe dar al demandado revisión en apelación de la cantidad de cualquier indemnización por daños ejemplares. Véase *Honda Motor Co. v. Oberg*, 114 S. Ct. 2331 (June 24, 1994), donde

³⁷ Véase, por ejemplo, *Board of Curators v. Horowitz*, 435 U.S. 78 (1978); *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977); *Pacific Mutual Life Ins.Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991); *Cleveland Bd. Of Ed. v. Loudermill*, 470 U.S. 532 (1985).

³⁸ Véase, por ejemplo, *Van Alstyne*, 62 *Corn. L. Rev.* p. 483.

se sostiene que el rechazo de Oregón a permitir la revisión judicial de la cantidad indemnizatoria por daños ejemplares otorgada por los jurados vulneraba los derechos del demandado al proceso debido.

Pero sólo en circunstancias muy inusuales se apreciará de hecho que una condena de daños ejemplares viola los derechos al proceso debido del demandado. Por ejemplo, en *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 113 S.Ct. 2711 (1993), el Tribunal mantuvo, en contra de la impugnación basada en el debido proceso, una indemnización por daños ejemplares de diez millones de dólares, comparada con los diecinueve mil dólares de daños efectivos (una *ratio* 526 a 1). Sin embargo, no hubo acuerdo mayoritario en el Tribunal en cuál debía ser exactamente el test para saber si una indemnización por daños ejemplares violaba el proceso debido. Todo lo que sabemos es que una alta *ratio* de daños ejemplares respecto a los daños efectivos no será aparentemente suficiente por sí misma para constituir una violación del debido proceso.

b) *Seguridad jurídica y Derecho Penal*

La protección frente a la detención y la persecución penal arbitrarias es el presupuesto para que se goce de la protección de la ley, para que sea calculable el ámbito de libertad y para que uno se pueda mantener y mover en este ámbito de libertad seguro de sí mismo³⁹. Si no existe dicha protección, se desmorona toda la construcción del Estado de Derecho, por ingeniosa que ella sea. Solamente quien puede asegurar la libertad de su derecho fundamental, se aventurará en una actividad económica a largo plazo. Para el prudente desarrollo económico es, por ello, la protección de la libertad no menos importante que la protección de la propiedad privada. Ante el trasfondo de las actuales reformas del Derecho procesal penal en Latinoamérica y los conatos que surgen aisladamente de dar marcha atrás nuevamente en las reformas ya iniciadas, hay que destacar en todo caso la repercusión positiva de las reformas (introducción del principio acusatorio, el principio de intermediación y la oralidad) tanto para el Estado de Derecho como también para el desarrollo económico⁴⁰. Al respecto, se puede aconsejar de modo totalmente apremiante, también en interés a largo plazo de la economía y en nombre de la justicia social⁴¹, profundizar en las reformas comenzadas.

³⁹ M. KRIELE, *Recht, Vernunft, Wirklichkeit*, Teil II, *Menschenrechte*, Berlin 1990, p. 88.

⁴⁰ Así, una colaboradora de la Defensora del Pueblo en Bolivia, informó hace poco de que los amparos contra las detenciones policiales arbitrarias se habían reducido prácticamente a la nada desde la vigencia del nuevo proceso penal.

⁴¹ La mayoría de las veces, la persecución criminal injustificada afecta a las capas más pobres de la población.

b) *Límites de la conformación del proceso*

Que la seguridad jurídica no se puede lograr ilimitadamente por medio de una configuración especialmente ostentosa se puede aclarar con los siguientes ejemplos.

La Constitución guatemalteca de 1965 previó en sus artículos 262 a 265 la posibilidad de un control normativo abstracto. Estaban legitimados activamente el Consejo de Estado (un órgano a cuyo frente estaba el Vicepresidente de la República), el Colegio de Abogados (con exclusión de la asamblea general), el Ministerio Público a instancia del Presidente reunido en el Consejo de Ministros y por último a instancias de un particular, respaldado por diez (!) abogados, que se considere lesionado por la Ley directamente en sus derechos. El quórum necesario para la declaración de la inconstitucionalidad se eleva a 8 de los 12 jueces. Por medio de estos requisitos procesales no sólo se levantó un obstáculo al acceso a la jurisdicción constitucional, sino que también se creó un peligro para adoptar decisiones justas. Este quórum relativamente elevado y la necesidad del respaldo a los particulares por diez abogados fue duramente criticado con razón⁴². Operó (probablemente de modo totalmente deliberado) disuasoriamente frente a los solicitantes potenciales de amparo. Al respecto, debe observarse complementariamente que en caso de derrota se imponían multas a todos los abogados y el particular tenía que asumir las costas del proceso⁴³. En correspondencia con ello, en raras ocasiones se llevaron procedimientos ante el Tribunal Constitucional.

Según el artículo 203 de la Constitución de Panamá de 1994, el Tribunal Supremo puede examinar las sentencias de otros tribunales en su constitucionalidad. No hay nada que objetar a ello. Pero la llamada «demanda de inconstitucionalidad» no está sujeta a plazo; no caduca, por tanto. Ello significa que cualquiera (artículo 203 de la Constitución de 1994) puede recurrir en cualquier momento contra una sentencia, independientemente de si fue parte en el litigio o de si la sentencia ya ha adquirido «cosa juzgada». Por ello, son imaginables requerimientos para examinar la constitucionalidad de sentencias, incluso años después de su ejecución, por cualquiera, por más que no fuera afectado por el concreto litigio en modo alguno. Con ello puede desmoronarse la fuerza de cosa juzgada de las sentencias (inconstitucionales). Si un procedimiento así configurado es todavía a primera vista quizás realizable si se quiere asegurar una primacía incondicional a la Cons-

⁴² H. FIX-ZAMUDIO, *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, México, 1980, pp. 141 ss.

⁴³ F. FERNÁNDEZ SEGADO/D. GARCÍA BELAUNDE, «La jurisdicción constitucional en Guatemala», en GARCÍA BELAUNDE/FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, p. 721.

titudin, se viene, sin embargo, así, a un conflicto con el principio de seguridad jurídica, que también en Panamá pertenece a los principios constitucionales en el marco de la jurisprudencia sobre el «bloque de la constitucionalidad»⁴⁴. Se llega con ello a un conflicto de la absoluta primacía de la Constitución con el principio constitucional de la seguridad jurídica⁴⁵. Pero con el quebrantamiento del principio de seguridad jurídica no se alcanza precisamente tampoco la primacía absoluta de la Constitución (por lo menos, si se parte de una interpretación integral de la Constitución). Si se ataca una sentencia con valor de cosa juzgada, se trata, en último término, de un «conflicto constitucional interno» que sólo puede resolverse en el caso particular por medio de la ponderación de los derechos y principios constitucionales afectados con respecto al principio constitucional de la seguridad jurídica. El constituyente parece efectivamente haber solucionado el conflicto *a priori* a costa de la seguridad jurídica. Por otro lado, las sentencias del Tribunal Supremo en asuntos constitucionales tienen efectos *ex nunc*. La jurisprudencia, sin embargo, los ha limitado a los casos en que una norma se declara inconstitucional. Si, por el contrario, se impugnan con éxito actos administrativos o sentencias, el Tribunal aplica también un efecto *ex tunc*, puesto que, si no, las sentencias en la práctica sólo tendrían un carácter declaratorio y serían «por ello *de facto* irrelevantes»⁴⁶. En realidad, el Tribunal fija el efecto en cada caso particular. Por ejemplo, impugnada una sentencia años después de adquirir valor de cosa juzgada por alguien a través de la «demanda de inconstitucionalidad», el Tribunal podría darle un carácter simplemente declaratorio, aparentando un efecto *ex nunc*. Aquí parece razonable sujetar la impugnación de sentencias por esta vía a ciertos plazos. Además, la legitimación activa debería limitarse a aquellos que hayan sido afectados directamente, y en su persona, en sus derechos subjetivos. Solamente en el examen de normas es defendible la ausencia de plazo exclusorio y la ampliación de la legitimación activa⁴⁷.

⁴⁴ Sobre el llamado «bloque de constitucionalidad», cfr. A. HOYOS, *La interpretación constitucional*, Santa Fe de Bogotá, 1993, especialmente pp. 89 ss. Según ello, pertenecen al bloque de la constitucionalidad la Constitución, la jurisprudencia y el Derecho consuetudinario constitucionales, el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa, las normas de la Constitución derogada de 1946 y el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional. Es discutido si también pueden incluirse en el «bloque de la constitucionalidad» los convenios internacionales, lo que parece valer, al menos, para los convenios sobre derechos humanos. Sobre ello, véase S. RODRÍGUEZ ROBLES, «Algunas reflexiones sobre la doctrina del bloque de constitucionalidad en Panamá», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, 1996, pp. 391 ss. (especialmente, pp. 401 ss.).

⁴⁵ Sobre la seguridad jurídica, cfr., por ejemplo, R. STREINZ, «Seguridad jurídica como desafío a la jurisdicción constitucional», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, 1997, pp. 121 ss.

⁴⁶ C. QUINTERO, «La consulta de inconstitucionalidad en Panamá», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, 1997, p. 167.

⁴⁷ De modo parecido, C. QUINTERO, «La consulta de inconstitucionalidad en Panamá»,

En los ejemplos arriba mencionados se hace perceptible que hay que estructurar los procesos de modo que sirvan al objetivo de la justicia material sin por ello perder de vista, no obstante, el igualmente necesario principio de seguridad jurídica.

6. RECAPITULACIÓN

El Estado de Derecho y la seguridad jurídica son recursos internos cuya disponibilidad no depende —en contraposición al petróleo, el carbón, el acero u otras materias primas— del azar. Toda sociedad está en condiciones de crear estos recursos. Además, la seguridad jurídica y el Estado de Derecho no dependen del número de derechos prometidos, sino de la realización de los mismos. El Estado de Derecho y la seguridad jurídica deben conquistarse paso a paso. Crecen en paralelo al desarrollo social, político y económico de un país. La realización vivida de los derechos garantizados exige, al respecto, una cultura jurídica que permita tal desarrollo.

Friedrich von Hayek dijo poco antes de su muerte:

«El resultado de mi investigación se puede resumir del siguiente modo: La sociedad más feliz es aquella que protege y tiene en gran estima a la familia, la propiedad privada y la rectitud».

Una jurisdicción que, en su jurisprudencia, tiene en muy alto estos valores y les da una estabilidad asegurada, contribuye con ello también al desarrollo económico de su país.

(Traducción del alemán de JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO*).

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Medellín, 1997, p. 165. «[...] Consideramos que la amplitud en cuanto a la capacidad para presentar demandas de inconstitucionalidad en Panamá ha traído más perjuicios que beneficios. [...]».

* Doctor europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

