

¿Puede el Derecho ofrecer certezas y seguridad en el mundo actual?

Un esbozo de respuesta a partir del valor de la seguridad jurídica

Borja Sánchez Barroso

Investigador (FPU) U. P. Comillas - ICADE
E-mail: bsanchezb@comillas.edu

Recibido: 19 de mayo de 2019

Aceptado: 14 de junio de 2019

RESUMEN: La capacidad del Derecho para ofrecer certezas y seguridad en un mundo cada vez más inestable y complejo depende en gran medida de la importancia otorgada a la seguridad jurídica. Este valor se encuentra amenazado en el contexto actual, ante la emergencia de un nuevo principio: el imperativo de la flexibilidad. Recuperar el valor de la seguridad jurídica, pese a las dificultades que ello comporta, puede ser la única forma de preservar la naturaleza y la función mismas del Derecho.

PALABRAS CLAVE: Seguridad jurídica; certeza; previsibilidad; poder judicial; principios jurídicos; flexibilidad.

Can law offer certainty and security in today's world?

An outline of a response based on the value of legal certainty

ABSTRACT: The ability of law to provide certainty and security in an increasingly unstable and complex world depends to a large extent on the importance attached to legal certainty. This value is threatened in the current context, given the emergence of a new principle: the imperative of flexibility. Recovering the value of legal certainty, despite the difficulties that this entails, may be the only way to preserve the very nature and function of law.

KEYWORDS: Legal certainty; certainty; predictability; judiciary; legal principles; flexibility.

1. Introducción

Se ha vuelto casi un tópico afirmar que el mundo de hoy es más incierto e inseguro que el de ayer. Incierto por el advenimiento de la posmodernidad, de la sociedad y los valores líquidos¹, de una intersubjetividad entendida más como relativismo que como nuevo horizonte de la objetividad, y de fuentes de información cada vez menos fiables, colonizadas por las *fake news*. Inseguro, o percibido como tal, desde que nos instaláramos en aquella sociedad del riesgo teorizada por U. Beck², en la que las fuerzas desatadas por la técnica amenazan al ser humano, al resto de formas de vida y a la propia *casa común*, multiplicando los peligros en numerosos frentes.

En este contexto, muchos de los conceptos centrales del Derecho se encuentran en entredicho. Uno de ellos, si no el principal, es de la seguridad jurídica. La problemática en torno a este principio afecta a la idea misma del Derecho. ¿Puede el Derecho seguir ofreciendo certezas y seguridad en un mundo cada vez más incierto e inseguro?

¹ Z. BAUMAN, *Tiempos líquidos: vivir en una época de incertidumbre*, trad. C. Corral, Tusquets, Barcelona 2007.

² U. BECK, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno 1986.

2. Una aproximación al concepto de seguridad jurídica

La seguridad jurídica ha sido históricamente un concepto controvertido y difícil de definir. Mientras que muchos lo considerarían un elemento prácticamente intuitivo del Derecho, que todo sistema jurídico debe perseguir, su existencia como concepto autónomo llegó incluso a negarse a lo largo del pasado siglo, denostándose como mito o como instrumento al servicio del poder burgués³.

Las ambigüedades que rodean este concepto se explican en parte por su marcado carácter polisémico. Por un lado, la seguridad jurídica puede entenderse como una cualidad del Derecho, que expresa la corrección formal, estructural y funcional de las normas y del ordenamiento jurídico en el que se insertan (normas accesibles y correctamente redactadas, coherentes y consistentes entre sí, que puedan ser eficazmente aplicadas para alcanzar los fines propuestos)⁴. Por otro lado, la seguridad jurídica también designa el efecto que di-

³ F. ARCOS RAMÍREZ, *Seguridad Jurídica: una teoría formal*, Dykinson, Madrid 2000, 173-192.

⁴ A-E. PÉREZ LUÑO, "La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la Justicia" en *Boletín de la Facultad de Derecho* 15 (2000), 28-29.

cha corrección del Derecho provoca, es decir, una situación de hecho en la que los distintos operadores jurídicos (ciudadanos, empresas, actores públicos, etc.) pueden confiar en la eficacia del Derecho para dar solución a sus problemas, ayudando a construir así un marco estable y pacífico de convivencia. La metonimia, inusual en el ámbito jurídico, consistente en designar con un mismo término la causa –la seguridad o corrección del Derecho– y su efecto –la seguridad a través del Derecho o gracias al Derecho– no contribuye a reducir la ambigüedad.

3. La seguridad jurídica como realidad amenazada

Si nos centramos en la seguridad formal, podrá comprobarse que la corrección formal, estructural y funcional del Derecho parece hoy una meta remota, acaso utópica en un contexto como el actual en el que la estabilidad y la previsibilidad brillan por su ausencia en muchos otros ámbitos. Esto no ha venido provocado solamente por la realidad extrajurídica, sino también por el devenir del Derecho a lo largo de las últimas décadas. Cabe identificar al menos tres causas jurídicas que explican este hecho, estrechamente relacionadas entre sí.

En el aspecto formal, como primera causa, se ha producido un empobrecimiento general de la calidad de los enunciados normativos, que emplean un lenguaje cada vez más confuso e impreciso, así como constantes remisiones a otras normas. Esto hace difícil llegar a un acuerdo sobre su sentido más básico, incluso entre los estudiosos del Derecho. El problema ha llegado hasta tal punto que han debido elaborarse guías y directrices de redacción o técnica legislativa, como la Guía práctica común del Parlamento europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea o las Directrices de técnica normativa aprobadas en España. Además de lo anterior, las normas expresadas en dichos enunciados han perdido gran parte de su abstracción y generalidad, características que habían encumbrado la Ley como instrumento jurídico por excelencia del Estado liberal.

Como segunda causa, en la vertiente estructural, existe desde hace décadas una evidente hiperinflación normativa, a cargo de centros de producción normativa cada vez más numerosos y heterogéneos. En otras palabras, una multiplicación imparable de normas producidas por un número cada vez mayor de instancias reguladoras, a diferentes niveles y en distintos territorios, cuyas com-

petencias para regular una materia se superponen. Los poderes legislativo y ejecutivo del Estado y de las Comunidades Autónomas, los municipios, las instituciones de la Unión Europea, las organizaciones internacionales y hasta organismos de naturaleza privada generan normas, todas ellas válidas, aunque muchas veces contradictorias entre sí, que hacen del ordenamiento jurídico una realidad cada vez más compleja e inabarcable. Algo tan básico como conocer el Derecho vigente se ha vuelto una tarea imposible sin la ayuda de herramientas informáticas operadas por terceros, en las cuales todos los operadores jurídicos se ven obligados a confiar⁵. Se ha hablado así de “complejidad, oscuridad, incertidumbre, indeterminación, inestabilidad y discontinuidad” del Derecho, de “‘lluvia de leyes’ (*Gesetzesflut*), ‘histeria legislativa’ (*Gesetzgebungshysterie*) y ‘caos legislativo’ (*Gesetzgebungschaos*) [...] ‘huracán normativo’, ‘incontinencia legislativa’, ‘aluvión de normas’ y ‘orgía en la producción de leyes’ ”⁶.

⁵ A-E. PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, 35-37.

⁶ Expresiones recopiladas en H. ÁVILA, *Teoría de la seguridad jurídica*, trad. L. Criado, Marcial Pons, Madrid 2012, 37-38. En un sentido similar, J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid 2005, 133 y ss.

Finalmente, en cuanto a la vertiente funcional y como tercera causa, asistimos a una aplicación del Derecho cada vez más vacilante y controvertida debido a numerosos factores. Por ejemplo, el fin de la uniformidad en la sociedad multicultural o la creciente complejidad económica y científica, que empujan a la Administración y a los Tribunales a intervenir en asuntos de naturaleza cada vez más diversa. Estos asuntos plantean problemas generalmente alejados de las áreas tradicionales del Derecho –y de aquellas, por tanto, para las cuales fueron formados los que deben dar respuesta a los mismos–, además de presentar un grado de complejidad, que hace difícil su resolución de forma pacíficamente aceptada por la comunidad.

4. Puesta en entredicho de la seguridad jurídica como valor

Como sucede en otros ámbitos, cuando la realidad que se percibe se aleja de la realidad que se persigue, o los hechos se distancian cada vez más de los valores, solo existen tres posibilidades: negar el problema, tratar de realizar los valores pese a las dificultades encontradas o modificar los valores que se dicen perseguir para hacerlos coincidir con los hechos que se observan (cambiando así el ajuste mundo-a-norma o mundo-

a-valor por su contrario; la norma y el valor se ajustan al mundo que pretendían regular, en pro de una discutible coherencia formal que pone en entredicho la propia naturaleza de la norma o el valor en cuanto tales). Ante lo evidente de la crisis actual de la seguridad jurídica, y la dificultad de realizarla, muchas posturas doctrinales y jurisprudenciales se han decantado por esto último. Estas posturas, si no niegan la eventual relevancia teórica de la seguridad jurídica, sí la han postergado tanto en relación con otros valores o han atenuado tanto sus requisitos que la han convertido en un valor residual, vacío de contenido y sin apenas eficacia práctica.

Las posturas anteriores propugnan, en su lugar, un nuevo principio rector del Derecho, a veces de forma implícita, otras expresa, como es el imperativo de la flexibilidad. Este imperativo suele entenderse en dos sentidos. El primero, estático, reclama una rápida producción de normas para seguir el ritmo del entorno. El segundo, dinámico, exige a las normas existentes un mayor margen de adaptación al momento de su aplicación, lo que se traduce en una más amplia discrecionalidad y capacidad de interpretación de

las normas por los poderes llamados a aplicarlas⁷.

En su primera vertiente, este nuevo valor explica en parte la multiplicación de normas, aquella “*legislación motorizada*” a la que ya hiciera referencia tempranamente el profesor García de Enterría por remisión a la expresiva formulación de C. Schmitt⁸ (una *legislación motorizada* que hoy sería más bien *reglamentación motorizada*, por la importancia que los reglamentos y otros instrumentos normativos más flexibles han adquirido con respecto a la ley formal). En su segunda vertiente, este imperativo de la flexibilidad ayuda a explicar, al menos en parte, la centralidad de los conceptos jurídicos indeterminados en los enunciados normativos, como expresiones de textura abierta que la Administración y los Tribunales deben a la postre precisar. Existen algunas normas, incluso, que solo parecen emplear este tipo de conceptos, lo que plantea serias dudas sobre el núcleo de su contenido normativo⁹.

⁷ A. GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa” en *Anuario de filosofía del Derecho* 32 (2016), 303.

⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo” en *Revista de Administración Pública* 40 (1963), 198.

⁹ Un ejemplo, entre muchos otros, en el Real Decreto 1801/2003, de 26 de di-

El principio “flexibilidad” también contribuye a explicar la reivindicación de los principios como normas directamente aplicables por encima o en contra de lo predicado por las reglas expresas, más cerradas en su formulación y, por tanto, aparentemente menos flexibles a la hora de su aplicación. Se ha hablado así de un Derecho líquido¹⁰ o de un “Derecho frágil. Delicado, incierto, provisional, cambiante, inconstante”¹¹, pero la obra de referencia a este respecto sigue siendo el célebre *Diritto mite* de G. Zagrebelsky, traducido en España como “Derecho dúctil”¹².

ciembre, sobre seguridad general de los productos, que obliga a comercializar y distribuir únicamente ‘productos seguros’, entendiéndose por tales los que “en condiciones de utilización normales o razonablemente previsible, incluidas las condiciones de duración y, si procede, de puesta en servicio, instalación y de mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de las personas...” (art. 2.a). Se han subrayado los conceptos jurídicos indeterminados que expresan el núcleo de la norma.

¹⁰ F. OST, “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez” en *DOXA* 14 (1993), 187; y, en la estela de Bauman, M. P. GARCÍA RUBIO, “Sociedad líquida y codificación” en *Anuario de Derecho civil*, vol. 69, 3 (2016), 743-780.

¹¹ A.-J. ARNAUD, “Los juristas frente a la sociedad” en *Doxa* 15-16 (1994), 1000.

¹² G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*. Ley,

Con esta reivindicación de la flexibilidad, se pretende dotar al poder ejecutivo de una mayor discrecionalidad, especialmente en el ámbito tecnológico y científico, para hacer frente a los riesgos cambiantes del entorno. Pero sobre todo se busca consagrar a los órganos del poder judicial como actores por excelencia en la creación y aplicación del Derecho, otorgándoles la posibilidad de excluir la aplicación de reglas emanadas del legislador a favor de soluciones individuales derivadas directamente de los citados principios, atendiendo a las características de cada caso. En dicho contexto, la apelación a un Juez Hércules resulta habitual, un modelo ideal de juez que resolvería los conflictos gracias a unas habilidades, una capacidad de aprendizaje, una paciencia y una astucia sobrehumanas, en la célebre caracterización de R. Dworkin¹³.

5. Reivindicación de la importancia de la seguridad jurídica

Frente a las posturas anteriores, creemos que resulta necesario re-

derechos, justicia, trad. M. Gascón, Editorial Trotta, Madrid 1997. Una visión crítica en R. GUASTINI, “Derecho dúctil, Derecho incierto” en *Anuario de filosofía del derecho* 13-14 (1997), 120-122.

¹³ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Duckworth, Londres 1996 (8ª ed.), 105.

cuperar la importancia de la seguridad jurídica como principio estructural del Estado de Derecho y uno de los pilares básicos del entramado de garantías constitucional. En España, ello debería resultar más sencillo que en otros Estados de nuestro entorno (donde se deriva de otras reglas fragmentarias o del concepto general de Estado de Derecho), puesto que se ha dotado al principio de seguridad jurídica de un reconocimiento expreso al más alto nivel normativo en el art. 9.3 de la Constitución¹⁴. A ello debería contribuir también que el principio de seguridad jurídica haya sido reconocido expresamente y goce de un renovado énfasis en el Derecho de la Unión Europea, y ante al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos¹⁵. Su reivindicación no supone renunciar a la flexibilidad del Derecho, pero sí enmarcarla y subordinarla a dicho conjunto de garantías.

¹⁴ Sí se refleja el principio en las Constituciones de México o Ecuador así como, de forma tangencial, en la Constitución de Portugal (art. 282.4).

¹⁵ J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, "El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado" en *Cuadernos de Derecho Público* 28 (2006), 39 y ss.; A-L. VALEMBOS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit français*, L.G.D.J., París 2005, 200 y ss.

El Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a esta necesidad y ha señalado reiteradamente que, aunque el principio de seguridad jurídica no consagra un derecho subjetivo que los particulares puedan esgrimir directamente ante los Tribunales, ello no significa que carezca de eficacia. En concreto, exige al legislador "perseguir la claridad y no la confusión normativa, [ya que] 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"¹⁶. Además, debe "promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no [...] provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas". Si esto no se garantiza, la vulneración del principio de seguridad jurídica será "patente"¹⁷.

Y es que, a nivel conceptual, existe una indisoluble unidad entre el

¹⁶ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 135/2018, de 13 de diciembre.

¹⁷ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 46/1990, de 15 de marzo.

principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones –un Derecho publicado y accesible, preciso y previsible– y la idea misma de Estado constitucional. No podría entenderse este último si no es como una forma de Estado que ha sido capaz, por primera vez en la Historia, de conjugar la defensa de valores individuales y colectivos con un conjunto de garantías que protegen al individuo frente a la acción del poder, incluso cuando este último actúa o dice actuar en defensa de esos valores¹⁸. Así lo ha señalado nuevamente el Tribunal Constitucional, cuando afirma que la seguridad jurídica “es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”¹⁹.

¹⁸ Esta conjugación esencial entre valores y garantías ya fue intuida en el célebre artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (“*Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución*”).

¹⁹ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio.

Que los ciudadanos conozcan cuál es la conducta que el Derecho vigente espera de ellos y puedan ajustarla en consonancia, sabiendo que no se enfrentarán a consecuencias negativas inesperadas, es una de estas garantías, quizás incluso la primera. De esta forma, el Estado constitucional asume, como uno de sus postulados elementales, que la posible justicia material de una decisión no compensa ni debe prevalecer sobre la injusticia que supondría una actuación sorpresiva del poder, con efectos negativos sobre la esfera individual del ciudadano, aunque esta se lleve a cabo bajo capa de juridicidad. Algún autor ha ido más allá y ha visto en la seguridad jurídica un atributo esencial de cualquier Derecho digno de tal nombre, aunque no se desarrolle dentro de un marco estrictamente constitucional. Véase, por ejemplo, el concepto de “*inner law morality*” [moral interna del Derecho] acuñado por L. Fuller para fundar la obligación moral de obediencia al Derecho²⁰.

Los ejemplos históricos que avallan lo anterior son numerosos. Un ejemplo clásico de justicia sin ley formal se encuentra en las teorías del filósofo-rey, primera teorización del despotismo ilustrado que resul-

²⁰ L. L. FULLER, *The morality of Law*, Yale University Press, New Haven 1964, 33-94.

tó fallida en Siracusa y que toda la teoría política posterior se ha encargado de refutar, siendo incluso matizada por el propio Platón al final de su vida²¹. El Estado constitucional no pasa por hacer más sabio al gobernante, o por instaurar una tecnocracia –ni siquiera bajo la moderna forma de los comités técnicos y de las autoridades expertas–, sino en combinar fuertes controles al poder (legislativo, ejecutivo y judicial) con la promoción de valores compartidos, a través de un Derecho formal que dé vida a la célebre máxima según la cual deben gobernar las leyes y no los hombres, por sabios que estos sean²².

6. Reforzar la seguridad jurídica en el contexto actual

La gran pregunta consiste en cómo lograr garantizar un cumplimien-

to mínimo del principio de seguridad jurídica en un contexto como el actual donde, como se vio, se encuentra amenazada desde diferentes frentes. Las respuestas tradicionales parecen claramente inadaptadas. Por un lado, no cabría volver a encumbrar la Ley como figura normativa por excelencia, en un ordenamiento jurídico que ya no es exclusivamente estatal –ni siquiera primordialmente estatal, en muchos ámbitos–, donde los Parlamentos deben enfrentarse a sus propios retos²³ y con jueces muy distintos de aquella “boca que pronuncia las palabras de la Ley” a la que se refería Montesquieu. Pero tampoco cabe, a nuestro juicio, consagrar a los jueces como nuevos Hércules y a los principios como llave maestra capaz de resolver cualquier tipo de supuesto, al margen de las reglas que los deben concretar, al menos no en la jurisdicción ordinaria, cuestión distinta es la jurisdicción constitucional por la especialísima posición institucional del Tribunal Constitucional en el sistema y la cualidad del objeto interpretado, la propia Constitución²⁴. Un esbo-

²¹ G. SABINE, *A History of Political Theory*, Henry Holt and Company, Nueva York 1950, 63-66.

²² En un sentido similar, F. RUBIO LLORENTE, “El principio de legalidad” en *Revista española de Derecho constitucional* 39 (1993), 34. Ya se apuntaba en las Leyes de Platón (715d) que “*en la [ciudad en la] que la ley esté eventualmente dominada y no tenga poder, veo su ya pronta destrucción. Pero en aquella en la que la ley fuere amo de los gobernantes y los gobernantes esclavos de las leyes, contemplo la salvación*” (PLATÓN, *Diálogos VIII, Leyes (Libros I-VI)*, trad. F. Lisi, Ed. Gredos, Madrid 1999, 373-374).

²³ I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, *El Parlamento moderno: importancia, descrito y cambio*, Iustel, Madrid 2017.

²⁴ Un desarrollo sobre los específicos retos afrontados por el Derecho constitucional en M. I. ÁLVAREZ VÉLEZ Y F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, “Una mirada al futuro: algunos retos del Derecho cons-

zo de solución puede entreverse a lo largo de tres ejes.

a) *Estructura del Derecho*

Si la Ley ya no es la figura central del ordenamiento jurídico y proliferan las normas emanadas de muy diferentes centros de decisión, es evidente que hace falta dotar de una cierta coherencia a este entramado normativo si queremos hacer del Derecho algo accesible, preciso y previsible. Cobran para ello una especial importancia los principios jurídicos, sí, pero no como sustitutos de las reglas sino como “paraguas” que les dan su verdadero sentido, que orientan su interpretación e inspiran al legislador para dictar nuevas normas cada vez más concretas. La estructura “principio jurídico-regla general que lo concreta-acto que aplica la regla” debe servir como modelo de referencia, al menos en la jurisdicción ordinaria. Además, estos principios no serán ya los que el Estado decida unilateralmente proclamar sino, sobre todo, aquellos que el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea, junto con los Estados, van desarrollando en una

titucional en el siglo XXI”, en M. ROMERO VELASCO, *Nuevos Horizontes y Perspectivas para el Derecho en el siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2018, 455-479.

suerte de juego de espejos en el que los actores ya no están ligados por una relación jerárquica sino de interdependencia. Una estructura que muchos califican ya como un Derecho-red²⁵, y que, con su evolución, puede acercarse más a un Derecho natural de tintes universales que cualquier otro Derecho estatal, más aislado, a lo largo de la Historia.

b) *Actuación de los operadores jurídicos*

La complejidad del contexto jurídico actual y la necesaria concreción sucesiva de los principios en reglas exigen una especial responsabilidad de los órganos encargados de elaborar normas para cuidar su calidad y potenciar su coherencia dentro del ordenamiento. Esto no exige tanto una reforma de los procedimientos de elaboración de normas, aunque en ello se ha insistido en los últimos tiempos como una modificación de los comportamientos²⁶. En relación con los jueces, estos rasgos se acentúan hasta hacer de ellos lo que algún autor ha calificado como nuevos “Hermes”, mensajeros de los dioses encargados de volar entre las distintas normas aplicables para

²⁵ F. OST, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

²⁶ En un sentido similar, en relación con el Parlamento, I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, *op. cit.*, 477 y ss.

dar con la solución más adecuada²⁷.

Lejos de esa imagen mitológica, que invoca unos poderes sobrenaturales difíciles de exigir similares a los que R. Dworkin predicaba de su Juez-Hércules, aunque sin salir del imaginario griego, creemos que hace falta más bien potenciar los nuevos jueces *socráticos*²⁸. En otras palabras, jueces que parten de las reglas existentes sin quedarse en su literalidad, pues indagan sobre su verdadero sentido para dar razones de ellas, dialogando con otros poderes, con otras jurisdicciones, con la ciencia y con la tecnología, con la sociedad y consigo mismos, para interpretar y aplicar dichas reglas de la forma más eficaz y consistente como sea posible. Pero jueces también que, una vez agotadas las vías jurídicas para corregir una regla que entienden injusta²⁹, son capaces de *beber*

la cicuta y aplicar la regla dentro del límite fijado por sus propios términos, con la humildad de quien ha sometido la cuestión a otras instancias y confía en la razón compartida más que en la propia, garantizando así la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento como garantía última de los particulares.

c) *Reacciones del ordenamiento jurídico ante la inseguridad jurídica*

Un principio como la seguridad jurídica no se defiende solo invocando su relevancia o inculcándola en aquellos que deben hacer y aplicar el Derecho, sino también estableciendo medios que garanticen la reacción del propio ordenamiento cuando el principio sea vulnerado. Aunque bajo unos estrictos requisitos, y no exactamente coincidente con la seguridad jurídica, esto último se ha venido potenciando a lo largo de las últimas décadas mediante la consagración de un derecho a la protección de la confianza legítima. Se trata de un derecho ligado a la expectativa de estabilidad del ordenamiento por el cual, si la Administración desarrolla una actividad que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, no puede defraudar dicha confianza y quebrantar las legítimas

²⁷ F. OST, *op. cit.*, 116 y ss.

²⁸ En un sentido parcialmente coincidente, aunque descriptivo, no normativo, vid. J. S. GÓMEZ SÁMANO, "Juez creador de historia: El juez como espectador, actor y director de la historia en la modernidad" en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* 34 (2012), 80 y ss.

²⁹ Cuestión de inconstitucionalidad, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, diálogo judicial con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si algún día España firma el Protocolo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, etc.

mas expectativas engendradas en los particulares so pena de verse obligada a compensar el perjuicio patrimonial causado³⁰. Como se vio en apartados anteriores, en relación con el legislador, aunque los Tribunales no lo han reconocido expresamente sí lo ha hecho algún órgano arbitral en situaciones particulares, entendiendo que una vulneración irrazonable de la estabilidad y previsibilidad del ordenamiento puede constituir un trato injusto e inequitativo contra ciertos inversores, a los que el Estado se ve obligado a indemnizar (contra el criterio, por cierto, de los Tribunales nacionales).

7. Conclusión

El devenir del principio de seguridad jurídica y su vigencia como valor estructural del Estado constitucional marcarán, en gran medida, la forma de entender el Derecho y su capacidad para ofrecer seguridad y certezas a un mundo externo cada vez más cambiante, incierto e inseguro. Es este prin-

cipio de seguridad jurídica el que asegura que el Derecho no sea una amalgama de normas fragmentadas, que dan respuesta a problemas concretos, sino un conjunto ordenado que expresa un proyecto de deber ser, que realice la justicia material a través de (y de forma inseparable a) la justicia formal.

La consecución de la seguridad jurídica es difícil en el contexto actual, y pasa por actuar sobre la estructura misma del ordenamiento jurídico, la actitud de aquellos llamados a completarlo y aplicarlo, y la capacidad del propio ordenamiento para reaccionar ante una insuficiente corrección formal del Derecho. Pero no por ello deben abandonarse los intentos en este sentido, mucho menos postergar la seguridad jurídica a favor de otros principios, como el de flexibilidad. En caso contrario, el Derecho no solo no ofrecerá certezas y seguridad, sino que se contagiará, como ya se ha contagiado en parte, del frenesí y de la urgencia que caracterizan en gran medida la posmodernidad actual. ■

³⁰ Es ilustrativa la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 51/2018, de 10 de mayo (FJ 5º), que recapitula la jurisprudencia constitucional recaída sobre esta materia. En un sentido similar, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª) de 24 de noviembre de 2004 o 9 de julio de 2012.