

La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento

Por ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

Universidad de Murcia

SUMARIO: I. SOBRE EL PROCESO HISTÓRICO DE DESARROLLO Y PERFECCIÓN DEL DERECHO.—II. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO: 1. *La idea de sistema*. 2. *Diferentes acepciones de la idea de ordenamiento jurídico*. 3. *El ordenamiento jurídico como sistema normativo*. 4. *Sentido de la evolución histórica de la concepción del Derecho como sistema normativo: Del ordenamiento de tipo estático al ordenamiento de tipo dinámico*.—III. SUPUESTOS DE LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO COMO ORDENAMIENTO DINÁMICO: SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DE LA IDEA DE SEGURIDAD JURÍDICA: 1. *Planteamiento del tema*. 2. *La concepción positivista del Derecho y la idea de seguridad jurídica*. 3. *Incidencia de la seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento*.

I. SOBRE EL PROCESO HISTÓRICO DE DESARROLLO Y PERFECCIÓN DEL DERECHO

El Derecho, en cuanto fenómeno histórico-cultural, ha sufrido un proceso histórico de desarrollo y transformación cuyo resultado ha sido el progresivo perfeccionamiento material y formal del mismo.

Desde el punto de vista material el Derecho, como observó Del Vecchio¹, ha experimentado, bajo las exigencias de la justicia y otros

¹ Se trata de una apreciación que DEL VECCHIO hace desde la perspectiva de las *investigaciones fenomenológica y deontológica* configuradas, según su concepción de la Filosofía del Derecho, como dos de las tareas fundamentales de la misma. VECCHIO, G. DEL, *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de L. Recasens Siches, corregida y aumentada por L. Legaz Lacambra, 9.ª ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1991, pp. 277 ss.

valores morales, un proceso de depuración y perfeccionamiento ético de sus contenidos en virtud del cual el Derecho, progresivamente, se ha ido humanizando y haciéndose más justo. «El desarrollo histórico del Derecho –dice Del Vecchio– muestra generalmente (aún a través de retrocesos contingentes y parciales) un progresivo acercamiento del mismo al ideal de la justicia»². En este sentido, y en relación con el *progreso jurídico*, añade Del Vecchio, más adelante: «El espíritu humano tiene potencias y aptitudes que se van manifestando por grados. También en el Derecho, las prerrogativas esenciales de la persona humana –tanto del individuo como de las naciones– (los ideales de libertad, orden, paz y justicia) emergen en el curso del tiempo, son reconocidos y se actualizan poco a poco, a medida que la razón se desarrolla; y esto constituye cabalmente –concluye Del Vecchio– el progreso jurídico»³.

Desde la perspectiva formal el Derecho, a instancias de la justicia y la seguridad jurídica, ha experimentado en su desarrollo histórico un proceso de perfeccionamiento técnico en sus formas y estructura que lo ha ido haciendo también, progresivamente, más operativo, eficaz y seguro. Entre las exigencias que la seguridad jurídica proyecta sobre las formas y la estructura del Derecho⁴ interesa destacar aquí la necesidad de *ordenación* del mismo. La ordenación del Derecho implica, desde una perspectiva histórica y técnica, el paso del estado de «dispersión normativa» al de «agrupación, sistematización y unificación del Derecho» para facilitar y tornar seguros los procesos de su conocimiento y aplicación. Momentos de ese proceso histórico y técnico de *ordenación del Derecho* fueron los constituidos por las técnicas de *recopilación* del Derecho, primero, y de su *codificación*, después. En un plano estructural más profundo –y ello es lo que aquí más nos importa– el momento culminante del proceso de ordenación del Derecho impulsado por la seguridad jurídica fue el constituido por la articulación y configuración del Derecho como *ordenamiento jurídico*, entendido como sistema unitario y jerárquico de normas⁵.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. La idea de sistema

La consideración del Derecho como ordenamiento jurídico, esto es, como sistema de normas, exige, previamente, aclarar la significación que la noción de sistema puede tener en el Derecho.

² *Ibídem* p. 279, véanse las pp. 278 y 279.

³ *Ibídem* pp. 488 y 489.

⁴ Dichas exigencias pueden resumirse en las tareas de fijación, ordenación, integración, simplificación y estabilización del Derecho. Sobre el significado y alcance de estas tareas véase mi libro *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 211 ss.

⁵ *Ibídem* pp. 216 y 217.

La idea de sistema hace referencia a una pluralidad de elementos organizados en función de un principio que dota de unidad al conjunto configurándolo como una totalidad. La idea de sistema supone la existencia de un principio común ordenador en virtud del cual a cada parte o elemento se le asigna en el conjunto del sistema (en el todo) un lugar y una función determinados, existiendo, al mismo tiempo, entre el conjunto de elementos cierto tipo de relaciones.

Respecto de la noción de sistema conviene precisar:

1. Que los diferentes elementos o partes que integran el sistema están ordenados (relacionados) de tal modo que forman una *unidad*.
2. Que en el supuesto de que grupos o conjuntos de dichos elementos constituyan a su vez un sistema, se denominan entonces *sub-sistemas*.
3. Que el orden existente entre los diferentes elementos o partes que forman el todo constituye su *estructura*.
4. Que en virtud de la estructura propia del todo o sistema, éste aparece diferenciado de una mera suma o yuxtaposición de elementos⁶.

La idea de sistema referida al Derecho tiene una significación plural y analógica. En este sentido hay que distinguir:

a) El sistema como *tarea y resultado del estudio científico del Derecho* por parte de la Dogmática jurídica con el fin de facilitar su conocimiento y aplicación. En este sentido se habla de sistema científico del Derecho⁷. Larenz recuerda a este respecto: «Descubrir las conexiones de sentido en que las normas jurídicas y regulaciones particulares se encuentran entre sí y con los principios directivos del orden jurídico, y exponerlas de un modo ordenado que posibilite la

⁶ Sobre la noción de sistema *vid.* BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli, Editore, Torino, 1960, pp. 69 ss.; LUMIA, G., *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, trad. esp. de A. Ruiz Miguel, Ed. Debate, Madrid, 1991, pp. 53 ss.; ALCHOURRON, C. E., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, 2.^a reimpresión, Ed. Astrea de A. y R. De Palma, Buenos Aires, 1993, pp. 81 ss.; «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Análisis lógico y Derecho*, prólogo de G. H. von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 393 ss.

Véanse los trabajos contenidos en el vol. «Le système juridique», *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 31, Sirey, París, 1986.

⁷ *Vid.* IHERING, R. von, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, tomo III, cap. 1, sec. II, trad. esp. de E. Príncipe y Satorres, reedición de Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 566 ss.; LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de M. Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, pp. 437 ss.; CANARIS, C. W., *El sistema en la jurisprudencia*, trad. esp. de J. A. García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 27 ss.; KERCHOVE, M. van de, y OST, F., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. esp. de I. Hoyo Sierra, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, pp. 112 ss.; ALCHOURRON, C.E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología cit.*, pp. 90 ss., 113 ss.

visión del conjunto —es decir, en la forma de sistema— es una de las tareas más importantes de la jurisprudencia científica»⁸.

b) El sistema como *dimensión ontológica*, como *estructura del Derecho* en cuanto conjunto unitario de normas en compleja y recíproca conexión entre sí. Ésta es la acepción en que hablamos aquí del Derecho como ordenamiento jurídico o sistema normativo. Tal es la idea que está en la base, por ejemplo, de la noción de interpretación sistemática de la norma jurídica⁹.

c) El sistema como *categoría conceptual*, como *construcción doctrinal* que tiene por objeto la descripción y explicación de los elementos, la estructura y el funcionamiento del Derecho. A esta acepción de la idea de sistema pertenecen las teorías del ordenamiento jurídico elaboradas, entre otros, por R. Bierling, A. Merkl, H. Kelsen, N. Bobbio y H. Hart. Desde esta perspectiva Bobbio ha subrayado que la concepción del Derecho como ordenamiento permite —desde los supuestos de una mejor comprensión del fenómeno jurídico— plantear y resolver adecuadamente muchos problemas de la Teoría general del Derecho¹⁰.

El carácter plural y analógico que posee la noción de sistema se traslada a la idea de ordenamiento jurídico de manera que no existe un único concepto o idea del Derecho como ordenamiento sino una pluralidad de concepciones acerca del mismo.

2. Diferentes acepciones de la idea de ordenamiento jurídico

La idea de ordenamiento o sistema jurídico normativo constituye una realidad compleja que ha sido entendida y formulada de diversas formas. Esa diversidad de concepciones del ordenamiento jurídico se explica, fundamentalmente, en función de dos supuestos: De un lado, la noción o idea que cada autor o corriente doctrinal tiene del Derecho (el Derecho no ha sido ni es entendido del mismo modo en todo tiempo y lugar); de otro lado, la perspectiva científica (dogmática, histórica, sociológica, filosófica, etc.) desde la cual es estudiado el Derecho.

Dentro de la pluralidad de concepciones que se han dado acerca de la consideración del Derecho como sistema u ordenamiento cabe dis-

⁸ *Op. cit.*, p. 437, véanse las pp. 437 ss. Véase también BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 78 ss.; PLESZKA, K. y GIZBERT-STUDNICKI, T., *Le système du Droit dans la dogmatique juridique*, en «Le système juridique» (Archives de Philosophie du Droit), tomo 31, cit., pp. 107 ss.; PONCELA, P., *Analyses systemiques et système normatif dans le champ penal*, ibídem, pp. 121 ss.; GRZEGORCZYK, Ch. *Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du Droit*, ibídem, pp. 281 ss.

⁹ *Vid.* LARENZ, K., *op. cit.*, pp. 36, 321 ss., 331 ss.; CANARIS, C. W., *op. cit.*, pp. 21 ss., 24 ss., 102 ss.; ALCHOURRON, C. E., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología cit.*, pp. 92 ss.

¹⁰ BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 7, 15 y 16, véanse las pp. 14 ss.

tinguir básicamente tres, elaboradas desde supuestos epistemológicos y metodológicos diferentes: la historicista, la normativista y la sociológica o institucional.

A. *La concepción historicista*

Esta concepción fue formulada fundamentalmente por F. C. von Savigny. Savigny concibió el Derecho positivo, no como un conjunto de normas vigentes creadas por un legislador sino como una unidad orgánica dotada de una racionalidad inmanescente y emanada espontáneamente (inconscientemente) del «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*). El Derecho, piensa Savigny, nace así originariamente bajo la forma de costumbre¹¹ y, como la lengua, el arte y la cultura en general, es un fenómeno histórico, en continua evolución, que hunde sus raíces en la tradición y en el «espíritu del pueblo», del que constituye una de sus máximas expresiones. Las costumbres jurídicas, en cuanto comportamientos concretos y típicos de cada pueblo, forman relaciones de vida de naturaleza orgánica que se articulan y constituyen lo que Savigny denominó institutos jurídicos. Según Savigny el Derecho, en cuanto fenómeno histórico-cultural, encuentra el fundamento de su legitimidad y validez, no en un acto reflexivo de la voluntad humana (decisión, pacto) sino en la tradición histórica de cada pueblo¹².

B. *La concepción normativista*

Se trata de la concepción propia del positivismo legalista que reduce el Derecho a un sistema de normas de carácter prioritariamente legal (práctica reducción del Derecho a la ley) emanadas de la voluntad del Estado. La costumbre formará parte del sistema jurídico sólo en los términos en que lo reconozca y establezca la ley. El Derecho adquiere así una significación eminentemente lógico-formal y estatal. El Derecho no es más que el sistema normativo establecido por el Estado.

Esta concepción normativista del Derecho es la desenvuelta por autores como A. J. Austin, A. Merkl, A. Thon, K. Binding, K. Berbohm, F. Gerber, P. Laband, G. Jellinek, E. Zitelmann y otros¹³. Con

¹¹ Escribe SAVIGNY: «... todo Derecho nace como Derecho consuetudinario [...]; es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio del legislador». *De la vocación de nuestra época para la legislación y la Ciencia del Derecho* (1814), trad. esp. de J. Díaz García en el vol. Thibaut y Savigny, «La Codificación», Ed. Aguilar, Madrid, 1970, p. 58.

¹² *Vid. ibídem*, pp. 54 a 59.

¹³ Para una crítica del formalismo jurídico normativista en el ámbito del Derecho público véase TRIEPEL, H. *Derecho público y política*, prólogo, trad. y apéndices de J. L. Carro, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 37 ss., 49 ss., 56, 59, 72 y 79.

todo, la formulación más acabada, brillante y radical de ese modo de entender el Derecho es la debida a H. Kelsen, quien reelaboró críticamente la doctrina del formalismo jurídico normativista tratando de dotarla de una base más rigurosa y coherente desde el punto de vista científico.

Para Kelsen el Derecho es un sistema de normas (normas primarias y secundarias), «una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener»¹⁴. Con ello se quiere decir, añade Kelsen, que la «función esencial (del Derecho) es reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El Derecho aparece así como una organización de la fuerza. El Derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro»¹⁵. Especifica Kelsen su concepción normativista del ordenamiento jurídico indicando que dicho ordenamiento es un sistema escalonado (jerárquico) de normas primarias y secundarias cuya condición jurídica o validez deriva del hecho de su pertenencia al sistema. Dicho sistema —explica Kelsen— «extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas»¹⁶. Más adelante aclara Kelsen: «Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en (un) último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad»¹⁷.

C. *La concepción sociológica del institucionalismo jurídico*

En oposición abierta a las concepciones del positivismo jurídico normativista el institucionalismo jurídico rescata y desarrolla la idea de Savigny de los institutos jurídicos¹⁸, que habían sido barridos del horizonte del pensamiento jurídico por el positivismo legalista del siglo XIX. Partiendo de las ideas de Savigny la corriente doctrinal que integra el institucionalismo jurídico concibe el Derecho como un orden institucional formado por una pluralidad de instituciones. En

¹⁴ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (Introducción a la Ciencia del Derecho), trad. esp. de M. Nilve, 30.ª ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, p. 74.

Sobre la idea de sistema jurídico en Kelsen *vid.*, entre otros, TROPER, M., *Système juridique et État*, en «Le système juridique», cit., pp. 29 ss.; STAMATIS, C. M., *La systematicité du Droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale*, *ibidem*, p. 45 ss.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 74. Véanse también las pp. 76 ss.

¹⁶ *Ibidem* p. 53.

¹⁷ *Ibidem* p. 135.

¹⁸ LARENZ, K., *op. cit.*, pp. 33 ss.

esta línea de pensamiento destacan las aportaciones de M. Hauriou, G. Renard, C. Schmitt, S. Romano¹⁹.

En relación con la concepción del Derecho como ordenamiento merece especial mención, dentro de esta línea de pensamiento, la figura de Santi Romano que en 1917 publicó una obra con el sugestivo título de *L'Ordinamento giuridico*²⁰.

En polémica con el positivismo jurídico legalista y formalista que reduce el Derecho a un conjunto de normas –viendo en ellas un producto exclusivo de la voluntad del Estado– S. Romano desarrolló una concepción institucional del Derecho cuyas ideas fundamentales pueden resumirse así:

1. Insuficiencia de la concepción del Derecho objetivo como norma. El Derecho, antes que como norma, debe ser considerado como *ordenamiento*²¹.

2. El ordenamiento no puede ser definido como un conjunto de normas. Las normas son sólo una parte del ordenamiento jurídico. El ordenamiento, junto con las normas, comprende el complejo de órganos y mecanismos que crean, modifican y aplican las normas²².

3. El Derecho entendido como ordenamiento jurídico, con la estructura y complejidad anteriormente indicadas, se identifica, según S. Romano, con la idea de *Institución*, que implica las nociones de totalidad y unidad. De este modo todo ordenamiento jurídico es una institución y toda institución es un ordenamiento jurídico²³.

4. La institución es un ente o cuerpo social real y efectivo, mediante el cual se manifiesta el Derecho y que al mismo tiempo supone una *organización*, fin característico del Derecho, que ésta lleva a cabo y garantiza mediante el instrumento de sus normas²⁴.

5. Consecuencias de la concepción del Derecho como ordenamiento o institución son: De un lado, la negación del dogma de la *estatalidad del Derecho*. El Derecho no es un fenómeno exclusiva-

¹⁹ En relación con el institucionalismo jurídico véase RUIZ-GIMÉNEZ, J., *La concepción institucional del Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944; CONDE, F. J., *Introducción al Derecho político actual*, Madrid, 1953, pp. 176 ss., 199y ss.; GALÁN Y GUTIERREZ, E. *Los tipos fundamentales del pensamiento jurídico a la luz de la Perennis Philosophia* (Publicado en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», fasc. marzo y abril de 1955, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, pp. 17 ss. 27 ss.; SCHLOSSER, H. *Grundzüge der neuren Privatrechtsgeschichte*, 7 Aufl. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1993, pp. 236 ss.

²⁰ Dicha obra de S. Romano se publicó entre 1917 y 1918 en dos fascículos de los «Annali delle Università Toscane». En 19818 se publicó, en Pisa, en un sólo volumen.

²¹ ROMANO, S. *El Ordenamiento jurídico*, trad. esp. de S. Martín-Retortillo y L. Martín-Retortillo. Estudio preliminar de S. Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 87 ss. 89 ss.

²² *Ibidem* en especial las pp. 99 ss. 107 y 192.

²³ *Ibidem* p. 113. Véanse también las pp. 111 ss., 120 y 128 ss.

²⁴ *Ibidem* pp. 124, 128, 131, 190 ss.

mente estatal²⁵. Del otro lado, la afirmación de que *existen tantos ordenamientos jurídicos como instituciones*²⁶. De acuerdo con ello S. Romano defendió el carácter jurídico del *Derecho internacional y del Derecho canónico* como ordenamientos propios de la comunidad de Estados y de la Iglesia, respectivamente²⁷.

3. El ordenamiento jurídico como sistema normativo

A pesar de los excesos voluntaristas y formalistas del positivismo jurídico normativista y de las críticas dirigidas contra él, parece que la concepción del Derecho actualmente dominante en el pensamiento jurídico es la que ve en el mismo un *ordenamiento* concebido como *sistema normativo*. Ello no significa necesariamente, en todos los casos, caer en una concepción positivista y formalista del Derecho. La idea del Derecho como sistema normativo es perfectamente compatible con una idea no positivista del mismo. En nuestro caso concretamente entendemos que la noción de *ordenamiento jurídico* hace referencia a un sistema de normas que –desprovisto de toda significación formalista y voluntarista– hunde sus raíces en el *orden social institucional*, nutriéndose de las ideas, principios, valores, sentimientos y hábitos que integran el «*ethos*» social vigente en el mismo (*legitimidad*). Dicho sistema normativo en cuanto *orden de validez (deber ser)*, en la medida en que logra alcanzar el momento de su *eficacia*, se convierte en cauce y forma efectiva de un sector de la vida social que se configura como *orden jurídico* (esto es, orden de la vida social, efectivamente regulado y ordenado por el Derecho)²⁸.

La idea de *ordenamiento jurídico como sistema normativo* supone que la pluralidad de normas que lo integran están conectadas entre sí por múltiples relaciones en virtud de las cuales cada norma cobra su pleno y específico sentido en función de sus conexiones con las restantes normas del sistema.

Las relaciones en que se encuentran las normas dentro del ordenamiento son plurales y complejas. En primer lugar tenemos *relaciones de coordinación* (sentido horizontal), que son las existentes entre las normas del mismo rango jerárquico, y *relaciones de subordinación* (sentido vertical) que son las que se dan entre normas de diferente jerarquía y en virtud de la cual cada norma fundamenta su vali-

²⁵ *Ibidem* pp. 205 ss., 207 ss., 212 ss.

²⁶ *Ibidem* pp. 205 ss.

²⁷ *Ibidem* pp. 142 ss., 155, 205 ss. 214 ss. 216 ss., 220 ss.

Sobre la virtualidad metodológica de la idea de ordenamiento jurídico de S. Romano en el ámbito de la Historia del Derecho véase GROSSI, P. *El orden jurídico medieval*, trad. esp. de F. Tomás y Valiente y C. Álvarez, prólogo de F. Tomás y Valiente, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 1996, en especial pp. 44 ss. 51 ss.

²⁸ *Vid.* MONTORO BALLESTEROS, A., *op. cit.*, pp. 38 ss.

dez en una norma de grado superior, y, al mismo tiempo, dota de validez a las normas de grado inferior. En segundo lugar, dentro de esas relaciones de coordinación y subordinación existentes entre las normas que integran el ordenamiento jurídico se dan, a su vez, otras relaciones y funciones de signo muy diverso: relaciones y funciones de legitimación, de complemento, de desarrollo, de aclaración e interpretación, de remisión o reenvío, de garantía, de limitación, de modificación, etc.

Las relaciones existentes entre las normas que integran el ordenamiento tienen, en gran medida, una significación técnica y funcional que se pone de manifiesto en las diferentes teorías del ordenamiento jurídico elaboradas por la Teoría general del Derecho. En este sentido cabe citar la posición de W. Burckhardt quien distinguió, dentro del sistema del Derecho, dos tipos de normas: las *normas de conducta* (*Verhaltensrecht*) que son las que establecen los deberes que deben cumplir los sujetos de Derecho, y las *normas de organización* (*Verfassungsrecht*) que son las que instituyen y regulan las funciones legislativas, administrativas y judiciales, así como el ejercicio de la coacción²⁹. Kelsen, por su parte, distinguió entre normas primarias y secundarias. «*Norma primaria* es –según Kelsen–, la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y *norma secundaria* (...) la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción»³⁰.

Esta diferenciación técnica y funcional de las normas ha sido asumida y desarrollada con diferentes variantes y denominaciones por el pensamiento jurídico posterior: H. Nawiasky³¹, F. Carnelutti³², A. Ross, N. Bobbio y H. Hart, entre otros.

Para A. Ross «el Derecho consiste no sólo en *normas de conducta*, sino también en *normas de competencia*. Estas últimas –añade– establecen un conjunto de autoridades públicas para aprobar normas de conducta y ejercer la fuerza de conformidad con ellas. El Derecho –concluye diciendo– tiene, por ello, lo que puede denominarse carácter institucional»³³.

Por su parte, N. Bobbio entiende que todo ordenamiento es un conjunto de normas de conducta y normas de estructura o competencia. Mientras que las *normas de conducta* son aquellas que prescriben «la conducta que se debe o no observar», las *normas de estructura o de competencia* «son aquellas normas que no prescriben la conducta que se debe o no observar, sino que prescriben las condiciones y los pro-

²⁹ BURCKHARDT, W. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Polygraphischer Verlag, Zurich, 1939, p. 126.

³⁰ *Op. cit.*, p. 77, *vid.* pp. 76 ss.

³¹ *Teoría general del Derecho*, trad. esp. de la 2.ª ed. alemana de J. Zafra Valverde, Ed. Rialp, Madrid, 1962, pp. 34 a 36 y 51.

³² *Teoría general del Derecho*, trad. es. de C. G. Posada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, pp. 68 a 71.

³³ *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. esp. de G. R. Carrió, 5.ª ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, p. 58.

cedimientos mediante los cuales se dictan normas de conducta válidas»³⁴.

De modo análogo H. Hart concibe el Derecho como sistema jurídico integrado por reglas primarias y reglas secundarias³⁵. Según Hart *reglas primarias* son aquellas que «se ocupan de las acciones (conductas) que los individuos deben o no hacer»³⁶; esto es, prescriben el comportamiento que las personas o sujetos de Derecho deben observar con independencia de que lo quieran o no³⁷. Las *reglas secundarias*, por el contrario, no se ocupan de las conductas de las personas sino de las reglas primarias determinando quienes pueden «introducir (en el ordenamiento) nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación»³⁸. Mientras que las reglas primarias imponen deberes las secundarias confieren potestades. Hart distingue tres tipos o clases de reglas secundarias:

1. La *regla de reconocimiento* que es aquella que permite identificar de modo cierto, incontrovertible, las reglas primarias que pertenecen al sistema jurídico y que por ello son válidas y deben ser obedidas³⁹.

2. Las *reglas de cambio* que tienen por objeto la regulación de los órganos y procedimientos para la introducción en el sistema de nuevas reglas primarias o para la modificación o eliminación (extinción) de las reglas primarias ya existentes⁴⁰.

3. Las *reglas de adjudicación* que establecen los órganos y procedimientos mediante los cuales se ha de conocer y decidir cuándo ha sido incumplida (violada) una regla primaria⁴¹.

Hart concluye la exposición y análisis de su idea de ordenamiento en los siguientes términos: «Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política»⁴².

³⁴ BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 217 ss.

³⁵ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, 2.ª ed., trad. esp. de G. R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 117 y 121.

³⁶ *Ibidem* p. 117.

³⁷ *Ibidem* p. 101.

³⁸ *Ibidem* p. 101.

³⁹ *Ibidem* pp. 117 ss.

⁴⁰ *Ibidem* pp. 118 ss.

⁴¹ *Ibidem* pp. 120 ss. Véase en la p. 117 la formulación abreviada de los diferentes tipos de reglas que integran el sistema jurídico normativo.

⁴² *Ibidem* p.121.

4. Sentido de la evolución histórica de la concepción del Derecho como sistema normativo: Del ordenamiento de tipo estático al ordenamiento de tipo dinámico

A. Del *iusnaturalismo* al *iuspositivismo*

Desde una perspectiva histórica –que sustancialmente viene a coincidir con lo que Del Vecchio denominó (dentro de su concepción de la temática de la Filosofía del Derecho) *investigación fenomenológica del Derecho*⁴³–, parece que la evolución del pensamiento jurídico se ha ajustado en gran medida a la ley de los tres estadios enunciada por A. Comte en su interpretación filosófica del curso de la Historia. Según dicha ley el despliegue de la historia aparece articulado en tres fases o momentos sucesivos: el teológico, el metafísico y el positivo⁴⁴. En este sentido cabe distinguir una línea de evolución en el pensamiento jurídico que va desde el *iusnaturalismo* (que fue la concepción predominante en épocas pasadas) al *iuspositivismo* que parece haberse configurado como la posición hegemónica durante los siglos XIX y XX. Momentos fundamentales de dicho proceso de evolución son los constituidos por: 1. *El iusnaturalismo patrístico-escolástico* (San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Escuela española de Derecho Natural y de gentes), de fundamentación teológica. 2. *El iusnaturalismo racionalista* (H. Grocio, S. Pufendorf, G. W. Leibniz...) que sitúa en la razón, en cuanto categoría secularizada, el fundamento último del Derecho⁴⁵. 3. *El positivismo jurídico*, científico primero y legalista después⁴⁶, que reduce el Derecho a la dimensión de la positividad viendo en él un mero producto de una voluntad preeminente (Estado, mayoría popular, líder carismático...) o de la dinámica misma de los hechos y de la historia (historicismo jurídico, materialismo histórico...)⁴⁷.

B. Clases de ordenamientos: ordenamiento de tipo estático y ordenamiento de tipo dinámico

En el proceso histórico del pensamiento jurídico que va del *iusnaturalismo* al *iuspositivismo* aparecen involucradas las categorías acuñadas por Kelsen de ordenamiento de tipo estático y ordenamiento de

⁴³ Vid. VECCHIO, G. DEL, *op. cit.*, pp. 277 ss.

⁴⁴ Vid. COMTE, A., *Cours de Philosophie positive*, vol. VII, 2.ª ed., E. Littré, Paris, 1864, pp. 50 ss.

⁴⁵ WELZEL, H. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.ª Aufl. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1962, pp. 48 ss., 57 ss., 108 ss., 123 ss.

⁴⁶ WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1952, pp. 327 ss.

⁴⁷ WELZEL, H. *op. cit.* pp. 183 ss., 191 ss.

tipo dinámico, de manera que el sentido de la evolución de la idea de Derecho como ordenamiento estaría constituido por el *tránsito del ordenamiento de tipo estático* (de signo iusnaturalista) *al ordenamiento de tipo dinámico*, de indudable cuño positivista.

Ante todo veamos lo que significa uno y otro tipo de ordenamiento.

Para Kelsen «una pluralidad de normas constituye una unidad, un *sistema* o una orden cuando su validez reposa, en (un) último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden (o sistema) determinado –aclara Kelsen– únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base del orden»⁴⁸ o sistema.

Ahora bien, según Kelsen, en función de la índole del fundamento (material o formal) de la validez que la norma básica procura al sistema «cabe distinguir dos tipos diferentes de sistemas de normas: un tipo estático y uno dinámico»⁴⁹.

El *ordenamiento o sistema de tipo estático* es aquél en el que la validez de cada norma depende directa o indirectamente de la conformidad o adecuación de su contenido con el de la norma fundamental. En el sistema estático, indica Kelsen, «la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo –añade Kelsen–: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas –aclara Kelsen– se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados (...En dichos sistemas, concluye Kelsen) las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general»⁵⁰. El ordenamiento de tipo estático tiene pues un significado eminentemente material y a él pertenecen los sistemas éticos de carácter material y las construcciones jurídicas del iusnaturalismo.

En el *ordenamiento o sistema de tipo dinámico* que, según Kelsen, es el propio del Derecho positivo el criterio de validez de las normas

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 135.

⁴⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. De la 2.ª ed. Alemana por R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 203. Véase también la 1.ª ed. cit., p. 135.

⁵⁰ *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.) cit., pp. 135 y 136. Véanse las obras de KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. esp. de E. García Maynez, 2.ª ed. 5.ª reimp. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, pp. 131 ss. y *Teoría pura del Derecho* (2.ª ed.) cit., pp. 203 y 204.

que lo integran no es material sino formal. En él la validez de las normas (su pertenencia al sistema) no depende de la conformidad de su contenido con el contenido propio de la norma fundamental sino del hecho de haber sido creados por el órgano y mediante el procedimiento establecido en una norma superior. En este sentido indica Kelsen: «Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único Derecho válido –añade Kelsen– es el Derecho positivo, el que ha sido «*puesto*». Su positividad –aclara– reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo sistema normativo análogo (como el Derecho natural)». Y concluye Kelsen: En el sistema de tipo dinámico la norma básica «es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico»⁵¹.

Como indicábamos al principio el proceso de evolución del pensamiento jurídico que va del *iusnaturalismo* al *iuspositivismo* implica, de modo paralelo, el paso de una concepción del ordenamiento como sistema de tipo estático (propia del *iusnaturalismo*) hacia una idea del ordenamiento como sistema dinámico, que es la coherente con los supuestos y principios propios del positivismo jurídico. Veamos ahora que factores o resortes impulsaron este tránsito y, en particular, la significación y virtualidad que tuvo al respecto la idea de *seguridad jurídica* en cuanto fin del Derecho.

III. SUPUESTOS DE LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO COMO ORDENAMIENTO DINÁMICO: SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DE LA IDEA DE SEGURIDAD JURÍDICA

1. Planteamiento de tema

De un lado, la concepción del Derecho como sistema u ordenamiento que implica la idea de unidad entre sus normas, con la significación y alcance ya indicados; de otro lado, el aludido proceso de su evolución desde una inicial concepción del Derecho como ordenamiento estático hacia su configuración como ordenamiento dinámico, constituyen una construcción del pensamiento jurídico occidental⁵² a

⁵¹ *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.) cit., pp. 136 y 137. Véanse también, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pp. 132 ss.; *Teoría pura del Derecho* (2.ª ed.) cit., pp. 204 ss.

⁵² Harold J. BERMAN, al trazar los rasgos característicos de la tradición jurídica occidental, dice: «En la tradición jurídica occidental se concibe el Derecho como un todo coherente, como un sistema integrado, como un *cuero*, y se supone que este

la que contribuyeron de modo decisivo, en diferentes momentos, tres ideas capitales pertenecientes, respectivamente, a los ámbitos de la Teología, la Política y el Derecho. Dichas ideas fueron:

1. La idea-creencia del monoteísmo judeo-cristiano de la existencia de un *único Dios, creador y ordenador* (legislador) del universo, y la consiguiente configuración de la noción de Reino de Dios como modelo o arquetipo de la vida política.
2. La *idea de soberanía* (poder soberano) como categoría central de la moderna Filosofía política y su configuración como principio y eje vertebrador del Estado moderno. (Construcciones de Bodino y Hobbes.)
3. La idea de *seguridad jurídica* como fin del Derecho, según los planteamientos de la Filosofía del Derecho, en especial de la Filosofía jurídica positivista.

Las líneas que siguen pretenden solo llevar a cabo una reflexión sobre la significación y el alcance de la idea de seguridad jurídica en la configuración del Derecho como sistema u ordenamiento dinámico.

2. La concepción positivista del Derecho y la idea de seguridad jurídica

El *positivismo jurídico* es una corriente de pensamiento plural y compleja que tiene como denominador común la reducción del Derecho al Derecho positivo. No existe más Derecho que el Derecho positivo. Dentro de esta corriente de pensamiento el *positivismo jurídico normativista (legalista)* ve en el Derecho positivo una creación del poder político y un instrumento de poder para la ordenación y control de la vida social. Desde esta perspectiva el fin fundamental del Derecho no es ya la realización de las exigencias de la idea moral de justicia, –Kelsen es radicalmente claro en este sentido⁵³– aunque en alguna medida pueda y sea conveniente que lo haga⁵⁴, sino la satisfacción

cuerpo se desarrolla, a lo largo del tiempo, de generaciones y de siglos. El concepto del Derecho como un *corpus iuris* puede considerarse implícito en cada tradición jurídica en que el Derecho es visto como algo distinto de la moral y de la costumbre». *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. esp. de M. Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 19.

⁵³ Dice Kelsen: «las normas jurídicas no son válidas porque [...] tengan un contenido cuya fuerza obligatoria sea evidente por sí misma. No son válidas por el valor intrínseco de la exigencia que de las mismas emana. *Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase*. No hay ninguna especie de conducta humana que, por su misma naturaleza, no pueda ser convertida en un deber jurídico correlativo de un derecho subjetivo [...]. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ello». *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 133. Véase también la *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed. cit.), pp. 136 ss.; y *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed. cit., p. 205.

⁵⁴ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 1.ª ed. cit., pp. 65 y 66; HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 230 y 256; GONZÁLEZ VICEN, F. *Sobre el positivismo jurídi-*

del valor de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica se convierte así en la finalidad primaria, fundamental, del Derecho⁵⁵.

Las raíces más próximas de esta idea las encontramos en dos planos diferentes: De un lado (*plano filosófico*), en el racionalismo de la Ilustración y en el contractualismo liberal, preocupados por el valor de la certeza y de la seguridad en la vida social y política; empeñados en la superación del *ius incertum* propio del Antiguo Régimen y en el pleno triunfo de la legalidad racionalista y segura que representaba la idea de codificación⁵⁶. De otro lado (*plano ideológico*), en los intereses y mentalidad de la clase burguesa que había accedido al poder y luchaba por consolidarse en él⁵⁷.

La concepción del positivismo normativista que acabamos de esbozar implica muchas cosas en el orden jurídico. Entre ellas, y por lo que al objeto de nuestro estudio se refiere, dicho positivismo supuso:

A. *La conversión del Derecho en mera técnica de control social*

El positivismo concibe el Derecho como instrumento puramente técnico, neutro (desprovisto de todo valor o significación ética), cuyo único fin es la ordenación y el control social mediante la coacción organizada⁵⁸. Para Kelsen el Derecho no es más que un orden coactivo, una mera técnica de control social cuya «función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres»⁵⁹.

En la concepción positivista el Derecho pierde así su tradicional dimensión ética y se convierte en una mera regla técnica cuyo único

co, en «Estudios de Filosofía del Derecho», Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 200 y 201.

⁵⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ed. Ariel, Barcelona, 1991, pp. 12, notas 9 y 19.

⁵⁶ *Ibidem* pp. 16 y 19.

La incertidumbre, la inseguridad del Derecho del Antiguo Régimen obedecía fundamentalmente a dos razones: De un lado, a la imperfección formal y técnica del mismo (profusión, dispersión normativa, etc.) que se intentaría superar mediante la simplificación y la unificación del Derecho a través de la codificación; de otro lado, al exorbitante y arbitrario poder del monarca absoluto, atento siempre a las fluctuantes consideraciones de la «razón de Estado», *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 97 ss.

⁵⁷ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 1.ª ed. cit., pp. 65 y 66; GONZÁLEZ VICEN, F., *op. cit.*, p. 181; PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, p. 35, nota 6.

⁵⁸ BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico* (Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte dal Dr. N. Morra, Anno Accademico 1960-61). Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Editrice, Torino, pp. 160, 165 ss., 183 ss.

⁵⁹ *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.) cit., p. 74, *vid.* pp. 70 ss. Véase también su estudio *El Derecho como técnica social específica*, en el vol «¿Qué es Justicia?», Estudio preliminar y trad. esp. de A. Calsamiglia, Ed. Ariel, Barcelona, 1982, pp. 152 ss. Análoga posición puede verse en A. ROSS, *op. cit.*, p. 58.

criterio de valor es la eficacia, la utilidad –que nada tiene que ver con la justicia⁶⁰–, que se va a configurar preferentemente bajo la forma de seguridad.

B. *La transmutación del orden de los fines del Derecho*

La reducción del Derecho a mera técnica de control social provoca un lógico cambio en el plano de la consideración de sus fines. Desde esta nueva perspectiva el fin y criterio supremo de la juridicidad no puede consistir ya, como hemos adelantado, en el valor ético de la justicia sino en el más neutro y técnico de la seguridad jurídica, que es ahora la forma que adopta la utilidad. «Si no puede fijarse lo que es justo –reconocerá Radbruch desde su inicial relativismo–, hay que establecer lo que debe ser jurídico, y eso sí, por una magistratura que esté en situación de hacer cumplir lo establecido»⁶¹. De este modo la seguridad jurídica, que en rigor es sólo una parte o elemento de la justicia (puede haber seguridad sin justicia pero no puede existir justicia sin seguridad), desplaza a la justicia y se convierte, para el positivismo jurídico, en el fin último del Derecho el cual, como ya se ha indicado, puede asumir como propio cualquier contenido aunque sea injusto⁶².

3. **Incidencia de la seguridad jurídica en la configuración del Derecho**

La seguridad jurídica en cuanto fin del Derecho proyecta sobre el mismo (*ad intra*) una serie de exigencias de carácter formal y técnico que determinan un mayor grado de perfección estructural y funcional del Derecho. En virtud de ello el Derecho se convierte, en orden a su conocimiento y aplicación, en un instrumento más sencillo, ágil, dinámico y eficaz. Dentro de las múltiples exigencias que la seguridad jurídica proyecta sobre el Derecho⁶³ interesa destacar aquí las relativas a la *ordenación del Derecho*, la *practicabilidad* del mismo y al criterio de *fundamentación de la validez de sus normas*. La conjunción de todas ellas conduce a la articulación y configuración del Derecho como ordenamiento de tipo dinámico.

A. *La ordenación del Derecho*

La facilidad y la seguridad en el conocimiento y aplicación del Derecho exigen la ordenación de sus normas; esto es, el paso de la

⁶⁰ Vid. VECCHIO, G. DEL, *op. cit.*, pp. 500 ss.

⁶¹ *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de J. Medina Echavarría, 1.ª ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 96, véanse las pp. 101, 108 y 109.

⁶² Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.), cit., pp. 136 ss.; *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 133. *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed., cit., p. 205.

⁶³ Vid. mi *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, cit., pp. 211 ss.

«dispersión normativa» —en la que se encuentra el Derecho en las primeras fases de su desarrollo— a la agrupación, sistemátización y unificación de sus normas. Se trata de un proceso que comprende como momentos fundamentales del mismo: 1. La agrupación y sistematización del Derecho ya existente (*compilación o recopilación*). 2. La unificación del Derecho mediante la formulación de un Derecho nuevo a través de una ley o cuerpo legal que regula de forma articulada y sistemática la materia de una determinada rama o sector de la vida jurídica (*codificación*). 3. En un plano estructural y técnico más profundo la articulación del Derecho como ordenamiento y, dentro del mismo, el paso de la concepción del Derecho como ordenamiento estático a la idea de ordenamiento dinámico⁶⁴.

B. *La practicabilidad del Derecho*

Se trata de la cualidad consistente en la aptitud o idoneidad que debe poseer el Derecho para permitir su más fácil y segura interpretación y aplicación. A este respecto la seguridad jurídica exige que, en la medida de lo posible, las normas, tanto en el enunciado de sus prescripciones como en el establecimiento de los hechos y circunstancias de los que se hace depender su aplicación, no se remitan a ideas o nociones indeterminadas (buenas costumbres, peligrosidad social, orden público, etc.) que implican siempre *juicios de valor* (respecto de los cuales es difícil llegar a un acuerdo) sino a *hechos* susceptibles de fácil y segura comprobación empírica. Con esta finalidad la seguridad jurídica se ha servido con frecuencia de los recursos técnicos de la *presunción* y de la *ficción jurídicas*. Así por ejemplo, cuando —salvo que se demuestre lo contrario— se hace depender la adquisición de la plena capacidad de obrar (mayoría de edad) no del grado de madurez psicológica conseguido por la persona (lo cual supone siempre un *juicio de valor*) sino del *hecho* de alcanzar una determinada edad, fijada por igual para todos⁶⁵.

C. *La fundamentación de la validez de las normas jurídicas: Tránsito del ordenamiento estático al ordenamiento dinámico*

El desplazamiento de los «juicios de valor» por la «verificación de los hechos», que posibilita la practicabilidad del Derecho, lo traslada el positivismo jurídico al problema de la validez de las normas jurídi-

⁶⁴ *Ibidem* pp. 215 a 217, *vid.* SEVE, R., *Système et code*, en «Le Système juridique», cit., p. 77 ss.

⁶⁵ *Vid.* RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de W. Roces, 4.^a ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, p. 40; HENKEL, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Fundamentos del Derecho), trad. esp. de E. Gimbernát, Ordeig, Taurus Ed., Madrid, 1968, pp. 543 ss.; ALCHOURRON, C. E., y BULYGIN, E., *Sobre el concepto de orden jurídico*, cit., p. 405.

cas; concretamente al tema de la determinación del fundamento, del criterio de validez de las mismas. De acuerdo con esta idea para el positivismo jurídico la validez de una norma (su pertenencia al sistema normativo del ordenamiento) –norma que como hemos visto puede asumir cualquier contenido⁶⁶– no debe depender de un *juicio de valor* (de la consideración de su justicia o injusticia; de la adecuación o conformidad de su contenido con el contenido de una norma superior...) sino de un *hecho* comprobable por la experiencia; de la referencia y constatación del órgano que ha creado la norma y del procedimiento mediante el cual lo ha hecho. En este sentido dice Kelsen: «Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado (...), sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta.»⁶⁷

Desde esta perspectiva la seguridad jurídica, en cuanto fin del Derecho, exige una especial configuración del ordenamiento jurídico. Dicha configuración no es otra que la constituida por el ordenamiento de tipo dinámico. Ello significa que la seguridad jurídica impulsa el desplazamiento de la concepción del Derecho como *ordenamiento estático* (en el cual la validez de sus normas particulares depende de la adecuación o conformidad de sus contenidos con el contenido de la norma suprema –lo cual implica ya un *juicio de valor*–, según el modelo lógico de la deducción o inferencia de lo particular a partir de lo general⁶⁸) y su sustitución por la idea de *ordenamiento dinámico* en el que la validez de sus normas aparece referida sólo al *hecho* de haber sido producidas conforme al procedimiento establecido en la norma fundamental o básica⁶⁹.

D. *La seguridad jurídica y las notas esenciales del ordenamiento jurídico*

La seguridad jurídica no sólo impulsa el paso del ordenamiento de tipo estático al ordenamiento de carácter dinámico sino que, además, proyecta sobre éste sus exigencias y eficacia conformadora aspirando a dotarlo de las notas, propias de los sistemas normativos, de unidad (independencia), coherencia y plenitud⁷⁰, con el fin de potenciar su aptitud para crear «certeza ordenadora». En este sentido tenemos:

1. *La unidad*, como nota del ordenamiento jurídico, posee, ante todo, una dimensión dogmática significando que todas las normas que

⁶⁶ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed. cit., p. 205.

⁶⁷ *Ibidem* p. 205, *vid.* pp. 201 ss., 205 ss.

⁶⁸ *Ibidem* p. 203.

⁶⁹ *Ibidem* p. 204.

⁷⁰ Vid. ALCHOURRON, C. E., y BULYGIN, E., *Introducción a la Metodología*, cit., pp. 100 ss.

integran el sistema, de modo inmediato o mediato, encuentran el fundamento último de su validez en una única norma —norma fundamental (Kelsen), regla de reconocimiento (Hart), etc.— que constituye la base de todo el ordenamiento⁷¹.

Esa norma básica que fundamenta todo el sistema dotándolo de unidad —permitiendo así una fácil y segura identificación de las normas válidas— es la que, al mismo tiempo, permite caracterizar a dicho sistema como autónomo o independiente. La *autonomía o independencia* del ordenamiento jurídico significa que éste encuentra en su propia estructura —sin necesidad de apelar o abrirse a otros sistemas o normas situados fuera del mismo— el fundamento último de su validez.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica la nota de unidad así entendida —al permitir una fácil y segura identificación de las normas que pertenecen al sistema— es la que posibilita dar una respuesta clara y certera a la *pregunta por el Derecho válido, por el Derecho vigente*. Su función es la de permitir de forma segura, inequívoca, la identificación de las normas válidas, del Derecho vigente. Por ello nada tiene de extraño que Hart denomine a la norma básica del sistema jurídico «regla de reconocimiento».

2. La *coherencia* en cuanto nota del ordenamiento significa *ausencia de antinomias*, de normas contradictorias en el mismo. En cuanto tal la coherencia es una clara aspiración, una exigencia de la seguridad jurídica —con independencia de que de hecho pueda o no pueda alcanzarse— toda vez que el fenómeno de las *antinomias* (conflicto, incompatibilidad de normas que pertenecen al mismo sistema y tienen el mismo ámbito de validez⁷²) genera perplejidad, incertidumbre, frustrando la pretensión de la seguridad jurídica de crear certeza ordenadora. De ahí que, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, la aspiración, la necesidad de coherencia constituya la condición necesaria para responder de modo cierto, seguro, a la *pregunta acerca de lo que el Derecho prescribe*.

3. La idea de *plenitud* del ordenamiento jurídico significa que en el mismo encontraremos siempre, de forma explícita o implícita, la norma o principio adecuados para resolver cualquier problema que pueda plantearse. La plenitud supone pues ausencia de *lagunas jurídicas*⁷³.

⁷¹ Vid. BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 256 ss.; *Teoria dell' Ordinamento giuridico*, cit., pp. 39 ss., 51 ss. Véase también KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.), cit., pp. 135; *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 129 ss.; *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed., cit., p. 44 ss. y 214.

⁷² BOBBIO, H., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 162, 163, 260 ss.; *Teoria dell' Ordinamento giuridico*, cit., pp. 82 ss. y 90.

⁷³ BOBBIO, H., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 163, 260 ss., 268 ss.; *Teoria dell' Ordinamento giuridico*, cit., pp. 125 ss.; véase también KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.), cit., pp. 172 ss.; *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 174 ss.; *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed. cit., p. 254 ss.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica la plenitud se configura como la respuesta a *la pregunta acerca de la capacidad o aptitud del ordenamiento para dar solución a cuantos problemas jurídicos puedan surgir en la vida social.*

La plenitud del ordenamiento se configura como una presunción lógica, necesaria, impuesta por la adopción como propios, por parte del positivismo jurídico, de dos principios consagrados ya por el Derecho positivo resultante del proceso de codificación. Dichos principios fueron: 1º. La obligación del juez, dentro del ámbito de su jurisdicción, de resolver todos los problemas que le fueren sometidos, so pena de incurrir en responsabilidad. 2º. La obligación de resolver dichos problemas de acuerdo con las normas del sistema jurídico vigente y no conforme a los principios o ideas subjetivas del juzgador. El juez no puede crear Derecho⁷⁴.

El deber del juez de decidir siempre conforme al Derecho establecido se configura asimismo como una exigencia de la seguridad jurídica que genera «certeza ordenadora» y permite la previa «calculabilidad» del contenido de las decisiones jurídicas, circunstancia ésta de indudable trascendencia para la práctica jurídica⁷⁵.

Universidad de Murcia, 27 de febrero de 2001

⁷⁴ Vid. RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 121 y 122; BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 268 ss.; *Teoría dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 129 y 130. Véase al respecto el art. 1.º, 1 y 7, del Código Civil español.

⁷⁵ Vid. HENKEL, H., *op. cit.*, pp. 549 a 552.