

La seguridad jurídica en el Estado de Derecho

Antonio E. Pérez Luño

1. LAS QUIEBRAS ACTUALES DE LA SEGURIDAD Y LAS APORTACIONES DE LA INFORMATICA JURIDICA

En su penetrante estudio de 1942 López de Oñate aludía dos tipos de amenazas contra la certeza del Derecho: las *teóricas* representadas por el movimiento del Derecho libre (*Freirechtbewegung*) y las concepciones jurídicas de los sistemas totalitarios nazi y soviético; y las *fácticas* que procedían de la pérdida de claridad y sencillez de las leyes y, de forma especial, por su profusión que desemboca en la "hipertrofia legislativa", producida por un Estado convertido en *machtné à faire lois* (1). En años sucesivos las amenazas teóricas han cambiado de signo, mientras que las fácticas se han multiplicado.

En la misma época de la que data la obra de López de Oñate, y sin que ésta se haga eco de ello, se avanza una implacable crítica doctrinal contra la seguridad jurídica por el realista norteamericano Jerome Frank. Su postura supuso la inversión del planteamiento secular sobre la falta de certeza del Derecho que, para Frank, lejos de constituir un accidente infortunado, comporta un inmenso valor social. Por contra, la aspiración

(1) F. López de Oñate, *La certeza del diritto*, ed. a cargo de G. Astuti, Giuffrè, Milano, 1968, p. 65 ss. La 1.ª ed. de la obra se había publicado en el año 1942. En la de 1968, a parte de una breve Advertencia de Guido Astuti, se incluyen importantes contribuciones al estudio de la certeza del Derecho debidas a: Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, Pio Fedele, Giuseppe Capograssi y Massimo Corsale. De la reimp. de esta obra de 1950, existe una trad. cast. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra, con Prólogo de E.J. Couture, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953. Aquí se cita por la ed. italiana de 1968.

a la certeza del Derecho representa la prolongación en adultos inmaduros de la necesidad infantil de buscar seguridad en la omnipotencia e infalibilidad del padre. La falta de madurez de determinados hombres, su temor a la responsabilidad y a la libertad, les hace proyectar en la ley, así como en la tutela de los tribunales, que encarnan la figura del "Padre-Juez", su anhelo por redescubrir la seguridad paterna perdida (2).

Una significativa infravaloración de la seguridad jurídica se desprende también de los planteamientos de la corriente hermenéutica denominada "uso alternativo del Derecho". Esta orientación de determinados sectores críticos y progresistas de la Teoría del Derecho, que adquiere notoria difusión en la década de los 70, ha supuesto una radicalización, en sentido político, de las premisas metódico-jurídicas de la jurisprudencia de intereses y la Escuela del Derecho libre. El *leit motiv* básico de tales posturas reside en denunciar la tradicional interpretación burguesa del Derecho en su propio beneficio. Frente a ello, se propugna una interpretación y aplicación "alternativas", en cuanto dirigidas al servicio de los intereses de las clases populares, instrumentalizando para ese fin las cláusulas más progresistas de los textos constitucionales y los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. Estos intentos de politizar abusivamente la interpretación del Derecho, mediante el reforzamiento del arbitrio judicial (*Richtermacht*), entrañan un ataque frontal a la seguridad jurídica, postulado básico del Estado de Derecho. La historia constitucional muestra que la tesis alternativa no implica la asunción necesaria de posiciones jurídicas progresistas, sino que esa instrumentalización del Derecho puede degenerar en fenómenos regresivos de "neonazismo jurídico". En las democracias pluralistas el "uso alternativo del Derecho" puede incubar "abusos alternativos del Derecho", en los que el asalto a la seguridad jurídica se traduzca en agresión a las garantías esenciales del propio Estado de Derecho (3).

En orden a las amenazas teóricas a la seguridad han perdido, venturosamente, relevancia actual las provenientes de juristas legitimadores de sistemas políticos totalitarios. La endeblez científica y descrédito de esas tesis se ha visto agudizada por la esperanzadora dinámica de una coyuntura política internacional, que ahora se orienta hacia la consolidación de los Estados de Derecho a escala planetaria. En nuestra época las descalifi-

(2) "Much of the uncertainty of law is not an unfortunate accident: it is of immense social value", escribe textualmente J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Stevens, New York-London, 6a. reimpr., 1949, p. 7.

(3) Cfr. mi libro, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 3a. ed., 1990, pp. 265 ss.

caciones ideológicas más directas contra la seguridad son las que pueden derivarse de determinadas tesis postmodernas (4).

Ha sido en el terreno de los *hechos* desde donde, sin resquicio a duda, se han perpetrado los ataques más implacables al valor jurídico de la seguridad. Es el nuestro un tiempo caracterizado por la ampliación de las tareas de los poderes públicos. El tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho ha comportado una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil. Pero la satisfacción de esa "procura existencial" (*Daseinvorsorge*), a través de las consiguientes prestaciones y servicios públicos, que distingue al *Welfare State* ha tenido su coste en términos de erosión del principio de legalidad. La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por leyes medida (*Massnahmegesetze*) (5).

La *inflación normativa*, que ha dado renovada actualidad a la consabida advertencia de Tácito: "*Corruptissima respublica plurimae leges*" (6), se ha visto acompañada del grave menoscabo de la propia estructura formal de las normas legales. La certeza del Derecho, en cuanto posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones, se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la *prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje* en el que se expresan las disposiciones legales. En esas circunstancias no son sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas —funcionarios administrativos, jueces o abogados— tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho.

El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos. La crisis de la información jurídica —según el certero diagnóstico de Spiros Simitis— pre-

(4) Me refiero a ello en el Capítulo I de mi libro sobre *La seguridad jurídica*, en curso de publicación por la Editorial Ariel, Barcelona.

(5) Cfr. mi libro, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 223 ss.

(6) Tácito, *Annales*, III, 27. La misma inquietud refleja la observación de Tomás Moro sobre el escaso número de leyes de Utopía. Ya que sus habitantes consideran inícuo que se impongan más leyes de las imprescindibles, que así pueden ser conocidas y cumplidas por todos. *Utopía*, II, VII, 125-126.

cipita en las tinieblas al ordenamiento jurídico. La transparencia del sistema normativo, que es presupuesto básico de la certeza del Derecho, se ve suplantada por su creciente opacidad e inescrutabilidad: el Derecho positivo deviene, por tanto, inaccesible para los propios especialistas. El valor de la seguridad jurídica se resquebraja por el menoscabo de la vigencia del ordenamiento jurídico, muchas de cuyas normas permanecen inoperantes por falta de información (7).

Ante esta situación, que ha sido calificada como de decadencia de la seguridad jurídica (*Verfall der Rechtssicherheit*) (8), y en la que la certeza del Derecho se halla más próxima al mito que a la realidad, se hace apremiante la búsqueda de soluciones que restituyan la seguridad perdida. Entre ellas, quizás la que hoy ofrece mayores y más estimulantes posibilidades sea la informática. La crisis de la seguridad se enmarca en un proceso de crisis de adaptación de los conceptos y las categorías jurídicas heredados del pasado a las exigencias de la sociedad tecnológica. En consecuencia, las aportaciones de la *informática jurídica*, es decir, de la disciplina que aborde la proyección de las nuevas tecnológicas de la información y la comunicación al Derecho, representan la respuesta inevitable para tratar de resolver aquellos problemas jurídicos para los que los métodos tradicionales han perdido capacidad operativa.

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

En el plano de la *técnica legislativa* la informática jurídica está en condiciones de prestar servicios relevantes a la seguridad. Puede contribuir

(7) Cfr. Simitis, *Crisis de la información en el derecho y sistemas automatizados de información jurídica*, trad. cast. de A.E. Pérez Luño, en el vol. col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica* (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), ed. a cargo de A.E. Pérez Luño, Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987, pp. 53 ss.

(8) E. Donniger, *Der Präventiv-Staat*, en "Kritische Justiz", 1988, n. 1, p. 3. Vid. también, en época anterior, el comentario a la obra de Jerome Frank cit. en la nota 2, de N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1951, pp. 146 ss.

a la normalización del lenguaje legal al posibilitar el control de la univocidad, precisión y claridad formales de las expresiones normativas; al tiempo que permite el establecimiento de índices de vigencias legislativas y sistemas automatizados de localización de eventuales antinomias. Y en lo que concierne a la *documentación jurídica legislativa, jurisprudencia y doctrinal*, los bancos de datos automatizados representan hoy el único medio válido para su almacenamiento (*storage*) y recuperación (*retrieval*) con las debidas garantías de celeridad y exhaustividad (9).

Es obvio que para el logro de la seguridad jurídica se requiere el adecuado planteamiento político y la correcta organización técnica de los sistemas informatizados. Así, las bases o bancos de datos jurídicos deberán garantizar la *calidad* de las informaciones almacenadas, es decir, su veracidad, objetividad, pertinencia, exhaustividad y actualización; y, al propio tiempo, su *seguridad* para evitar la destrucción, cancelación no autorizada, la pérdida o la manipulación de las mismas. Estas garantías, comunes al funcionamiento de cualquier banco de datos, asumen especial trascendencia para la seguridad jurídica por el efecto multiplicador que, para bien o para mal, se deriva de las proyecciones de las nuevas tecnologías (10).

2. SEGURIDAD Y LIBERTAD: LA OBEDIENCIA DEL DERECHO

Con su habitual lucidez ha recordado Rudolf Wiethölter que el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho supuso, entre otras cosas y no la de menor trascendencia, considerar al orden y la seguridad jurídica como el *presupuesto*, no la *consecuencia*, de las libertades y derechos fundamentales. La seguridad deja así de concebirse como un mero apéndice resultante del ejercicio de las libertades individuales, para devenir condición necesaria de un sistema de derechos fundamentales plenamente garantizados (11).

(9) Cfr.: J. Aguilo, *Informática jurídica legislativa, Teoría General del Derecho y Técnica legislativa*, en el vol. col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, cit., pp. 226 ss.; y mi libro *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*, Fundesco, Madrid, 1987, pp. 95 ss.

(10) Cfr. mis libros *Nuevas tecnologías*, cit., pp. 116 ss.; y *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. con M. Losano y Ma. F. Guerrero Mateus, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 137 ss.

(11) R. Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Frankfurt a.M., 2a. ed., 1986, pp. 165 ss.

Esta llamada de atención ha potenciado una renovada óptica de encuadre de las relaciones entre seguridad y libertad. Ahora no tan sólo se ha superado la pretendida contradicción libertad/seguridad, al concebirse la seguridad como garante de la libertad, sino que se tiende a ampliar el ámbito operativo de la seguridad. Se advierte en determinados empeños doctrinales del presente el propósito de rebasar la tradicional dimensión *objetiva* de la seguridad, en cuanto elemento informador del ordenamiento jurídico, para extenderla a la esfera *subjetiva* de los derechos fundamentales.

A ello, se orienta, por ejemplo, la reivindicación por parte de Josef Isensee de un derecho fundamental a la seguridad (*Das Grundrecht auf Sicherheit*). Este nuevo derecho fundamental no supondría sólo un límite a la actividad del Estado, una defensa frente a injerencias arbitrarias del poder público, fin prioritario atribuido por Wilhelm von Humboldt a la seguridad, sino que encauzaría la política estatal hacia la obtención de determinados bienes jurídicos directamente vinculados con la libertad y la igualdad de los ciudadanos (12).

El nuevo horizonte en el que ahora se inscriben las relaciones entre seguridad y libertad tiene su repercusión más inmediata en el replanteamiento de la *vexata quaestio* de la *obediencia del Derecho*. Nuestra norma constitucional consagra, como una exigencia básica de lo que he denominado aspecto funcional de la seguridad jurídica, el postulado de que: "Los

(12) J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1983, pp. 16 ss. La apelación a la seguridad se halla presente desde los textos de las Declaraciones de derechos que marcan la génesis del constitucionalismo. La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 proclama solemnemente: "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad" (Art. 1). Al tiempo que señalaba como fin prioritario del Gobierno el logro de la "protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad", siendo el mejor modo de gobierno "el más capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad. . ." (Art. 111). Con idéntico énfasis se dice en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que: "La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión" (Art. 2). La Constitución francesa de 1793 definía la seguridad como "la protección que la sociedad otorga a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de su propiedad" (Art. 8). La seguridad personal fue acogida implícitamente en la Constitución gaditana de 1812 (Art. 287). Cfr. mi trabajo, *Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812*, en "Anuario de Derechos Humanos", tomo 2, pp. 347 ss. Es fácil advertir que, en la mayor parte de Declaraciones de derechos y textos pioneros del constitucionalismo, la invocación a la seguridad se hace en un doble plano: como garantía *objetiva* del disfrute de las libertades; y como un derecho fundamental *subjetivo* a la inmutabilidad personal.

ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (Art. 9.1). Es esta una máxima común a todos los ordenamientos jurídicos porque toda legislación positiva se establece para que sea cumplida por sus destinatarios (13).

El Tribunal Constitucional conecta la obediencia con la seguridad en los siguientes términos: "... la Constitución, una vez promulgada, tiene validez y obliga a todos los ciudadanos españoles por haber sido ratificada —entre otros requisitos— por la mayoría del pueblo español, con independencia de cuál fuera el voto de esta o aquella persona, de este o aquel grupo de electores, pues de no ser así, ninguna norma aprobada por una mayoría con el voto en contra o la abstención de una minoría podría pretender obligatoriedad general, lo que no sólo sería un absurdo, sino también contrario al artículo 9.1 de la Constitución y al principio de seguridad jurídica establecido por el artículo 9.3 de la misma" (14).

La argumentación del Tribunal Constitucional posee la virtud de plantear, en sus términos básicos, el sentido que reviste la obediencia al Derecho, en cuanto garantía de seguridad jurídica, en el seno del Estado de Derecho. Según la sentencia, en una sociedad democrática el respeto de la regla de las mayorías determina la obligación de obedecer la ley por parte de las minorías, que hayan votado en contra o se hayan abstenido, para garantizar: la *coherencia* del sistema (lo contrario, dice el Tribunal, que "sería un absurdo"); la *generalidad* de las normas; y, en definitiva, la *seguridad jurídica*. No se le oculta a nuestra jurisdicción constitucional que el principio de la obediencia general de las normas puede engendrar relaciones de tensión con el pluralismo y con la libertad de los ciudadanos. No obstante, de su razonamiento se desprende que la libertad política, cifrada en la dependencia de la ley de la voluntad popular, y el pluralismo se expresan, en una democracia representativa como la definida en nuestro sistema constitucional, a través de los partidos políticos, según dispone el Art. 6 de la Constitución. Por lo que admitir la exención de obligatorie-

(13) Indica F. Suárez, al tratar de la obediencia a las leyes positivas: "que la obligación es como el efecto formal de la ley ni puede haber verdadera ley sin que imponga alguna obligación". *Tractatus de Legibus ac de Deo legislatore*, III, 21, 1 (se cita por la trad. cast. de J. Torribiano, ed. Reus, Madrid, 1918 tomo III, pp. 283-284); señala también que "el gobierno sin potestad de obligar, es ineficaz y fácilmente es despreciado", *ibíd.*, III, 21, 6 (trad. cit., tomo III, p. 291). Se han hecho también clásicas las observaciones de G. Ripert, sobre los peligros que se derivan de la inaplicación de las leyes en los ordenamientos jurídicos actuales, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949, pp. 95 ss.

(14) STC, 101/1983, de 18 de noviembre, F.J. 3.

dad de las minorías a lo aprobado por la mayoría "sería abrir el camino a la disolución de la unidad de la representación y con ello de la unidad del Estado" (15).

La tensión seguridad/libertad ha suscitado, paralelamente, un interesante debate doctrinal. Quienes abogan por el reconocimiento de un deber moral de obediencia al Derecho de los ordenamientos legitimados por el consentimiento o la soberanía popular suelen aducir, en apoyo de su tesis, que con ello se logra: "una garantía de seguridad jurídica, para un sistema democrático apoyado en las mayorías..." (16). A dicho enfoque se le ha objetado, críticamente, que: "Sólo autores que no están a la altura de los tiempos pueden todavía evocar la ya casi olvidada teoría del *Estado policía* proveniente del despotismo ilustrado, y que concibe la relación entre el hombre, el Estado y el Derecho como una especie de reciprocidad, por la cual el hombre devuelve, en forma de obediencia al Estado y al Derecho, su protección y su defensa" (17).

Estimo que en esta crítica se desliza el equívoco de confundir dos realidades tan divergentes y antagónicas como son el *Estado policía* y el *Estado de Derecho*. El pacto de reciprocidad por el que el hombre limita su libertad absoluta, aunque precaria, propia del estado de naturaleza, para entrar en sociedad y someterse a la autoridad, no constituye la fuente legitimadora del Estado policía, sino el germen ideológico del que surgirá el Estado de Derecho. El Estado policía es ajeno a cualquier forma de legitimación democrática contractualista, precisamente, porque implica una manifestación de despotismo, o, en el mejor de los casos, un paternalismo sedicentemente "ilustrado".

(15) *Ibíd.* El Tribunal Constitucional ha perfilado su doctrina sobre la obediencia al Derecho, al pronunciarse sobre uno de sus aspectos, la objeción de conciencia, en sus SSTC, 15/1982, de 23 de abril; 35/1985, de 7 de marzo; 160/1987, de 27 de octubre; y 161/1987, de 27 de octubre, todas ellas referidas al servicio militar. Incidentalmente se ha referido también a la objeción de conciencia en su decisión relativa a la ley del aborto, STC, 53/1985, de 11 de abril. Cfr. M. Gascón y L. Prieto, *Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional*, en "Anuario de Derechos Humanos", 1988-89, No. 5, pp. 97 ss.

(16) E. Fernández, *La obediencia al Derecho*, Cívitas, Madrid, 1987, p. 107. Vid. también sobre esta cuestión: M. Atienza, *La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén*, en el vol. col. a cargo de E. Bulygin y otros, *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carró*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 68 ss.; E. Díaz, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, pp. 92 ss.; G. Peces-Barba, *Desobediencia civil y objeción de conciencia*, en "Anuario de Derechos Humanos", 1988-89, No. 5, pp. 162 ss.

(17) F. González Vicén, *Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones*, en "Sistema", 1989, No. 88, p. 107.

En el Estado de Derecho, a diferencia del Estado policía, el pacto de reciprocidad entraña la fundamentación del poder político en la soberanía popular; soberanía que se ejerce a través de la ley. Por eso, la ley que garantiza la seguridad de los ciudadanos y a la que éstos, en reciprocidad, deben obediencia no es el dictado de una voluntad arbitraria o despótica, sino la expresión de la voluntad general. A ello se añade que el bloque de legalidad del Estado de Derecho no es axiológicamente neutro. Dicha legalidad se halla legitimada *formalmente* por el principio de imparcialidad de su origen (voluntad mayoritaria del pueblo) y de sus destinatarios (igualdad ante la ley); y, *materialmente*, por poseer un contenido básico perfectamente delimitado: el reconocimiento en términos de normas positivas (bajo la forma de derechos fundamentales) de los derechos naturales o derechos humanos, para cuya garantía se establece el pacto de reciprocidad (18).

La ley del Estado de Derecho representa, en suma, la garantía de la seguridad y de la libertad de los ciudadanos. En esta forma política cobra pleno sentido la advertencia ciceroniana de que todo deviene incierto cuando se aleja del Derecho (*"Omnia sunt incerta quae a iure decessum est"* (19)). Porque, a través de la ley legitimada democráticamente, se posibilita un clima de certeza de los ciudadanos, que les permite prever el comportamiento, respecto a sus actos, de los demás ciudadanos y de los órganos del Estado. Al margen de la ley, se torna del todo inseguro el cálculo de las reacciones del poder público y de los miembros de la sociedad y, por ello, el de las consecuencias de las propias acciones.

La ley constituye también seguridad de libertad, al permitir el regular, en cuanto regulado, desenvolvimiento de las conductas humanas. Sin seguridad jurídica, o sea, sin la seguridad que ofrece la ley, resulta inconcebible un ejercicio social y político de la libertad. Tomando como referencia un texto de los *Dialogues des Carmélites* de George Bernanos, ha indicado Vittorio Frosini que: "si es cierto que *ce n'est pas la règle qui nous garde, c'est nous qui gardons la règle*, lo es también que nosotros nos custodiamos a nosotros mismos, precisamente al custodiar la regla,

(18) Cfr. sobre todo ello, el amplio estudio de F. Neumann, *Der Funktionswandel der Gesetze im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, en su vol. *Demokratischer und autoritärer Staat*, con Prólogo de H. Marcuse, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt a.M., 1967, pp. 61 ss. Sobre la formación histórica y notas características del Estado de Derecho, cfr. mi libro *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 187 ss. y 212 ss.

(19) M.T. Cicerón, *Epistulae ad familiares*, IX, 16, 3.

que es custodia de la acción" (20).

El Estado de Derecho representa un modelo político que invierte los términos en los que se plantea la relación entre seguridad/ley y libertad en el Estado policía. En éste se da una tensión, o, más exactamente, un antagonismo recíproco entre esas categorías. En el Estado de Derecho la libertad no se logra a costa de la seguridad y de la ley, sino a través de ellas.

3. SEGURIDAD Y JUSTICIA: LA PROTECCION DE LOS BIENES JURIDICOS

De forma análoga a la redimensión de las relaciones seguridad/libertad, se ha producido un replanteamiento de la tensión seguridad/justicia, tendiente a superar los planteamientos basados en su pretendida antítesis irreductible. Entre estos últimos ha adquirido notoriedad, hasta el punto de constituir una cita clásica en la mayor parte de estudios sobre la seguridad, la expresión atribuida a Wolfgang Goethe de preferir sufrir la injusticia a soportar el desorden.

Esta tesis fue explicitada y ampliamente difundida por Gustav Radbruch al situar la tensión justicia/seguridad como una de las antinomias fundamentales de la idea del Derecho (21). Luego fue formulada, con particular énfasis, por Francesco Carnelutti para quien el logro de la certeza entraña inevitablemente el sacrificio de la justicia, y la superación de la antítesis entre ambos valores sólo es posible al precio de admitir "l'infalibilità del legislatore" (22).

Frente a aquellos enfoques, Erhard Denninger ha sintetizado su diagnóstico de la situación actual como un deslizamiento de la seguridad jurídica hacia la seguridad de los bienes jurídicos como justicia social: "*Von der Rechtssicherheit zur Rechtsgütersicherheit als sozialer Gerechtigkeit*" (23).

(20) V. Frosini, *La estructura del Derecho*, ed. a cargo de A.E. Pérez Luño, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, pp. 54-55.

(21) G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, trad. cast. de J. Medina Echevarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, pp. 95 ss.

(22) F. Carnelutti, *La certeza del diritto*, incluido en el vol. de F. López de Oñate ed. a cargo de G. Astuti, *La certeza del diritto*, cit., en la nota 1, p. 203. En este mismo trabajo alude expresamente a un "irriducibile contrasto tra la giustizia e la certezza del diritto", en p. 199. Sobre el debate en relación con la certeza del Derecho suscitado en la doctrina jurídica italiana de la posguerra cfr. mi libro, *Insustancialismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1970, pp. 132 ss.

(23) E. Denninger, *Der Präventions-Staat*, cit., en la nota 8, p. 1.

La aproximación entre seguridad y justicia se produce ahora a partir de una concreción de ambos valores. El primero deja de identificarse con la mera noción de legalidad o de positividad del Derecho, para conectarse inmediatamente con aquellos bienes jurídicos básicos cuyo "aseguramiento" se estima social y políticamente necesario. La justicia pierde su dimensión ideal y abstracta para incorporar las exigencias igualitarias y democratizadoras que informan su contenido en el Estado social del Derecho.

El principio de la protección de los bienes jurídicos (*Rechtsgüterschutz*) ha sido objeto de una amplia elaboración doctrinal por la Filosofía y la Teoría del Derecho (especialmente la penal) alemanas de nuestros días. En una extensa y documentada investigación debida a Knut Amelung se cifra en los ideales jurídicos de la Ilustración y, en especial en sus proyecciones en el pensamiento de Paul Johann Anselm Feuerbach de los inicios del s. XIX, el planteamiento de esta tesis. En su formulación actual, entraña una tendencia a funcionalizar los instrumentos de protección jurídica hacia el logro de bienes o valores jurídicos que se estiman imprescindibles para la convivencia social (24).

Su relevancia positiva para una revisión de las funciones de la seguridad jurídica estriba en los siguientes aspectos:

1o. Permite dotar de una base empírica a las garantías de seguridad, al vincularlas a la obtención de bienes jurídicos concretos (vida, libertad, salud, calidad de vida, seguridad en el tráfico. . .).

2o. Contribuye a comprobar la eficacia del sistema de seguridad al ponerlo en relación con sus consecuencias en el plano de los bienes jurídicos a cuya tutela se dirige.

3o. Legitima la función de la seguridad en el Estado social y democrático de Derecho como cauce operativo indispensable para la consecución de los grandes objetivos constitucionales. En particular, orienta la labor legislativa al establecimiento de técnicas de protección claras y justas de los bienes jurídicos.

Estos aspectos positivos no pueden velar algunos peligros que se denuncian como contrapunto de una concepción de la seguridad jurídica en

(24) K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt a.M., 1972, pp. 4 ss. y 16 ss.

cuanto seguridad de los bienes jurídicos. Entre los motivos críticos que se avanzan frente a esta tesis me parecen especialmente dignos de ser tomados en consideración los siguientes:

a) El carácter *impreciso* y *equivoco* de la propia noción de "bienes jurídicos". Con ella se corre el riesgo de caer en meras tautologías en las que se incurre cuando se define los bienes jurídicos como "bienes que incumben a todos", o "bienes que el Derecho debe proteger", etc. De otro lado, la propia amplitud de los objetos o bienes que hoy se juzgan merecedores de tutela jurídica que se extiende a temas tales como el medio ambiente, la protección de consumidores y usuarios, o la protección de los datos personales frente a abusos de la informática; así como la correlativa extensión de las situaciones o *status* subjetivos que se estiman dignos de protección y que tiende a incluir a cuantos poseen interés colectivos o difusos sobre esos bienes, amenaza con hacer "insegura" una seguridad basada en un concepto tan amplio y de perfiles tan difusos como el de bienes jurídicos.

b) Entre las imprecisiones que dimanar de la idea de los bienes jurídicos una de las más debatidas es la de si tales bienes se refieren a *intereses individuales* o *sociales y colectivos* (25). La identificación del bien jurídico con intereses puramente individuales parece difícilmente admisible en un Estado social y democrático de Derecho. No menos riesgo implica una versión transpersonalista o estatalista del bien jurídico que lo reduzca al interés de quienes detentan el poder político.

c) El peligro estatalista se ve potenciado por la conexión de la teoría del bien jurídico con la *concepción preventiva del Estado*. Así, para Erhard Denninger la conversión de la seguridad jurídica en seguridad de los bienes jurídicos representa la otra cara del proceso de conversión del Estado de Derecho en Estado de prevención (*Preventions-Staat*). En dicho orden político, el Estado se legitima como garante de la justicia material mediante la producción de seguridad de unos bienes jurídicos, cuya definición él mismo se reserva. Así, so pretexto de la prevención de los bienes jurídicos, frente a hipotéticas o eventuales agresiones, recaba la adhesión incondicionada a sus medidas de control social restrictivas del ejercicio de la libertad. En la práctica política del Estado preventivo, el ciudadano va dejando de ser paulatinamente sujeto de derechos fundamentales

(25) Cfr. sobre la tensión entre concepciones individualistas y estatistas, con especial referencia a los bienes jurídicos objeto de protección penal, cfr. W. Hassemer y F. Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 107 ss.

(*Grundrechtssubjekt*), para devenir mero destinatario de deberes fundamentales (*Grundpflichtadressat*) (26).

El reforzamiento del Estado de prevención, que analiza Denninger, ha sido, en gran medida, impulsado por las nuevas orientaciones del Derecho penal, que ha registrado una paulatina sustitución de su carácter represivo por el preventivo. En ello han jugado un importante papel las medidas de seguridad. Según una distinción generalizada las *penas* se dirigen al pasado, tienden a reprimir y retribuir las acciones típicas, anti-jurídicas y culpables; mientras que las *medidas de seguridad* miran al futuro, y se conciben para prevenir peligros sociales. La tendencia humanizadora del Derecho penal consideró las medidas de seguridad como sustitutorias de las penas en los supuestos en los que el autor del delito no es culpable, pero es peligroso (enfermo mental). Ahora bien, el recurso abusivo e indiscriminado de medidas ha producido, en ocasiones, efectos contrarios a sus pretendida orientación humanitaria. Valga como ilustrativo ejemplo el relato de Christian Geissler *Anfrage*, en el que alude a un proceso en el que el Presidente del Tribunal preguntó al acusado si tenía algo que alegar antes de que se procediera a la deliberación final. El acusado, tras mirar la cara de su hijo, que estaba entre el público, dijo: "—Soy culpable. Pido al Tribunal que no tenga en cuenta la petición que ha hecho mi abogado para que se me declare enfermo mental... Tengo un hijo. Para un hijo es mejor tener a un padre culpable que reconoce su culpabilidad, que un padre loco. No se le hace ningún favor a un hombre negándole la posibilidad de declararse culpable. Puede parecer que se le da algo bondadoso y magnánimo, pero realmente se le está humillando. Al privársele de la justicia, se le está privando también del perdón. Se le quita la dignidad como persona" (27).

Si en las sociedades pluralistas la proliferación de las medidas no se halla exenta de peligros, su utilización por los regímenes totalitarios, como pantalla enmascaradora de su represión, resulta uno de los más graves atentados a la libertad y dignidad humanas. Las dictaduras someten, con frecuencia, a los disidentes a medidas de seguridad (internamiento en centros psiquiátricos), por entender que sólo los locos pueden oponerse a su sistema político, lo que representa una muestra inadmisibles de intolerancia, dogmatismo y cinismo ideológico.

(26) E. Denninger, *op. cit.*, p. 13.

(27) Tomo la cita de W. Hassemmer, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. cast. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo, Bosch, Barcelona, 1984, p. 322, nota 191.

Las medidas de seguridad impuestas tras la comisión de actos típicos y antijurídicos (postdelictivos) no se hallan exentas de los riesgos descritos; pero todavía revisten mayor riesgo para la libertad las que se imponen en función de la mera peligrosidad, aunque no se haya realizado una acción típica y antijurídica (predelictivos). Este tipo de medidas sedicentemente legitimadas en nombre de la seguridad suponen, en la práctica, una clara violación de las garantías de seguridad jurídica propias del Estado de Derecho y, en particular, del principio de legalidad penal (28).

Para evitar los riesgos apuntados, entiendo que la seguridad de los bienes jurídicos debería responder a determinadas exigencias:

1a. En primer término, la ambigüedad y equivocidad conceptual de esa categoría podría hallar un cauce de superación si se identifica con la noción, más precisa, de los *valores constitucionalmente proclamados por los Estados de Derecho*. A su vez, tales valores o bienes jurídicos hallarían así su concreción definitiva en el propio sistema de los derechos fundamentales. La actividad de las jurisdicciones constitucionales, en su labor hermenéutica y aplicadora de los derechos y libertades, constituye un elocuente y estimulante ejercicio continuado de delimitación práctica del contenido de los bienes jurídicos, así como de su compatibilización a través de la "ponderación de bienes" (*Güterabwägung*) (29).

2a. La tensión entre la concepción individualista y transpersonalista de los bienes jurídicos halla precisamente su más acabado intento de solución en el Estado social de Derecho. En éste tipo de organización política los *derechos fundamentales*, o sea, los bienes jurídicos tienden a posibilitar la integración plena y simultánea de las exigencias personales y sociales. Los derechos y libertades dejan de concebirse como un núcleo de *garantías negativas* dirigido a evitar las injerencias del poder público en la esfera privada, para devenir *cauces positivos* tendientes a remover los obstáculos de orden económico, social y cultural que impiden la plena realización de

(28) En España todavía no ha sido formalmente derogada en su totalidad, aunque resulta inaplicable por el manifiesto carácter inconstitucional de buena parte de su contenido, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970. En ella se consideran "peligrosas sociales", a efectos de la aplicación de medidas de seguridad predelictivas, a personas que hayan o no cometido hechos tipificados legalmente como delitos; medidas que se extienden a supuestos en los que ni siquiera se exige la probable comisión de futuros delitos. Cfr. F. Muñoz Conde, *Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo*, en su vol. *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, pp. 51 ss.

(29) Vid. mi libro *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 262 ss. y 286 ss.

la libertad y la igualdad humanas (30).

3a. La función de seguridad de los bienes jurídicos, propia del Estado social de Derecho, puede evitar la involución autoritaria del Estado de prevención en la medida en que su estructura responda a los principios del *pluralismo y la participación democrática*. De este modo, será posible eludir el peligro de que el aseguramiento y la prevención de los bienes jurídicos actúe como un salvoconducto o una coartada legitimadora de cualquier tipo de política de seguridad del poder público.

Los excesos de la teoría penal retributiva no deben encubrir los riesgos que pueden derivarse de una concepción preventiva. Kant y Hegel, los más ilustres justificadores de la tesis retributiva, advirtieron, ya en su tiempo, las amenazas que para la libertad y dignidad de la persona subyacen en determinados planteamientos preventivos. Así, para Kant la pena es un imperativo categórico que no puede servir como medio para conseguir otros bienes del individuo o de la sociedad. No se debe imponer la pena al delincuente para lograr algún provecho para él mismo o el resto de los ciudadanos, sino porque se le considera *digno de castigo*; porque el hombre no puede ser tratado como un medio para los fines de otros, ni confundido como un mero objeto del Derecho real (*Sachenrecht*) (31). Hegel concibe la pena como "violación de la violación" (*Verletzung der Verlet-*

(30) *Ibid.*, pp. 82 ss.; cfr. también mi volumen, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 3a. ed., 1988, pp. 203 ss.

(31) I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, R 49, E, I. El planteamiento "retributivo" kantiano, que acepta expresamente el *ius talionis*, porque entiende que sólo la ley del talión puede establecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, incurre en la exageración. Así, cuando afirma que aunque se disolviera la sociedad debería ejecutarse al último asesino que se hallara en la cárcel; para que cada uno reciba lo que merecen sus actos y para que no recarga la culpa de la sangre del crimen sobre el pueblo que no lo ha castigado (*ibid.*). Ulrich Klug ha puesto de relieve la incongruencia de este ejemplo, ya que basta "preguntarse sobre quién ha de recaer aquella mística *culpa de la sangre*, si precisamente el presupuesto de la hipótesis kantiana es que ya no existe ningún pueblo". *Despedida de Kant y Hegel*, en su vol. *Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho*, trad. cast. de J.M. Seña, Alfa, Barcelona, 1989, p. 33. Si bien, cabe también interpretar la doctrina retributiva kantiana y su defensa del *ius talionis*, no como fundamento de la pena, sino como un criterio de medida de la pena adaptado a la gravedad del delito. Asimismo, el supuesto de la exigencia de ejecutar al último homicida antes de la desaparición de la sociedad civil, sería una metáfora dirigida a mostrar el carácter inviolable del Derecho. Y queda en pie la advertencia kantiana sobre los peligros de que la política penal preventiva o intimidatoria trate al hombre como un objeto y no como un fin en sí mismo, al instrumentalizarlo en función de determinados bienes jurídicos o fines sociales. Cfr. H. Mayer, *Kant, Hegel und das Strafrecht*, en el vol. *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, a cargo de P. Bockelmann, A. Kaufmann y U. Klug, Klostermann, Frankfurt a.M., 1969, pp. 54 ss.

zung) (32), es decir, como la violación de los derechos de quien (delincuente) ha violado el Derecho. Se trata de una retribución (*Wiedervergeltung*) a quien ha lesionado el Derecho, dirigida a restablecerlo (33). Hegel advierte que la fundamentación de la pena en la prevención o la intimidación es como levantar el bastón contra un perro; y así el hombre ya no es tratado según su honor y libertad, sino como un perro (34).

Se trata, en suma, de que en una sociedad democrática y pluralista los valores, bienes o derechos fundamentales no pueden ser el producto de la imposición arbitraria de un grupo ideológico, sino el resultado del consenso intersubjetivo edificado sobre supuestos procedimentalmente imparciales y a partir del sistema de necesidades radicales humanas. Se evita, de este modo, que la justicia social, que se identifica con la seguridad de los bienes jurídicos, corra el riesgo de transformarse en una forma de ab-

(32) G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, R 101. U. Klug, critica este planteamiento al preguntarse: "¿Qué significa una violación de la violación? La curación de una violación o de una lesión podría tener algún sentido... La eliminación del daño causado a la paz social por el delito presupone una acción curativa, positiva...". *Despedida de Kant y Hegel*, cit., en la nota anterior, p. 33.

(33) G.W.F. Hegel, se aparta de Kant en lo concerniente al *ius talionis*, pues es consciente de la imposibilidad práctica de establecer una igualdad absoluta entre delito y pena. La pena no se funda en criterios cuantitativos, sino en su justicia. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, R 101. Hellmuth Mayer, *Kant, Hegel und das Strafrecht*, cit., pp. 56 ss., entiende que la teoría penal de Hegel no puede entenderse al margen de los presupuestos generales de su concepción del Derecho, de la justicia y de la libertad. Por ello, la pena supone reconocer la libertad racional y, en función de ello, la racionalidad del delincuente. Más allá de los propósitos intimidatorios o preventivos de la pena, o de su posible contribución a mejorar (resocializar) al delincuente, lo que para Hegel constituye el elemento básico de su justificación es su correspondencia a los actos realizados. Sólo así, el hombre puede seguir siendo dueño de sus propias acciones y responsable de sus efectos. Eso explica la aparente paradoja hegeliana de considerar la pena como el propio derecho (*sein eigenes Recht*) del delincuente, en *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, R 100.

(34) "... und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt", *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, R 99, *Zusat*. A partir de esas premisas, Hegel llega a afirmar que, a través de la pena, se honra al criminal como ser racional "*darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt*", *ibid.*, R 100. "A Hegel puede objetársele —en opinión de Klug— que es sólo un sueño metafísico pensar que se honra al delincuente cuando se le impone una pena como represalia. Precisamente, el respeto a la dignidad del hombre exige que la sociedad no devuelva los golpes con un mero criterio de represalia, sin objetivo alguno, sino que intente la resocialización. Sólo entonces se honra al delincuente como ser racional". *Despedida de Kant y Hegel*, cit., p. 34. Estimo, no obstante, que el sentido en el que Hegel se refiere a la pena como algo que honra al criminal no es puramente metafísico, como señala Klug. Se trata de reivindicar la dignidad del delincuente y su condición de ser libre y, por tanto, responsable de sus actos. La política de resocialización, así como las medidas de terapia social, bajo la legitimación preventiva pueden encubrir medios de control social represivo. Como se ha tenido ocasión de exponer *supra*, no siempre la sustitución de una pena por una medida de seguridad representa una garantía para la dignidad y libertad humanas. En esos casos, las advertencias anti-preventivas de Kant y Hegel merecen una "bienvenida" más que una "despedida".

solutismo ético-jurídico responsable de una tiranía de valores (35).

De cuanto se ha expuesto no se debe inferir que toda política preventiva sea incompatible con el Estado de Derecho. Lo que he pretendido evidenciar es la necesidad de que cualquier medida preventiva, en concreto las medidas de seguridad, sea conforme con los valores y derechos fundamentales constitucionalmente consagrados por el Estado de Derecho, y se aplique con las garantías procesales y penales propias de su ordenamiento jurídico.

4. SEGURIDAD Y ESTADO DE DERECHO: LA SEGURIDAD COMO FACTOR DE LEGITIMACION POLITICA

La seguridad es el cariz que la vida entera del hombre toma cuando se desenvuelve en un Estado de Derecho. El alcance de la seguridad supone la realización plena de las garantías y los valores del Estado de Derecho. En esta forma política lo que el ciudadano *puede* hacer coincide con lo que *tiene* que hacer (36).

a) Las concepciones *positivistas* de la seguridad propenden a identificarla con la mera existencia de la legalidad positiva. Desde sus premisas, la vigencia de un sistema legal, por injusto que pueda parecer, garantiza una determinada seguridad jurídica. El dato empírico de una legalidad inexorablemente impuesta proporciona la *seguridad* de un funcionamiento ordenado de las instituciones; al tiempo que crea *certeza* de conocimiento y de expectativas sobre la licitud o ilicitud de las conductas y sus consecuencias.

Este planteamiento puede engendrar consecuencias paradójicas. La proclamación del principio de legalidad, la generalidad y abstracción de las leyes constituyen valiosas garantías formales, que engendran seguridad, en la medida en que sus contenidos materiales sean justos. La aplicación taxativa de leyes que consagran cualquier tipo de discriminación (racial, ideológica, sexual, económica. . .), o que proscriben el ejercicio de las libertades políticas o sindicales no puede suponer ninguna garantía de segu-

(35) *Ibíd.*, pp. 162 ss.

(36) Uno de los más caracterizados precursores teóricos del Estado de Derecho, *Montesquieu*, *pudo escribir*: "Dans un Etat, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir", *Esprit des lois*, XI, 3.

ridad jurídica. La seguridad empírica de un atentado legal a los valores y derechos humanos entraña la seguridad de una iniquidad: es decir, la seguridad fáctica de una inseguridad jurídica.

La seguridad jurídica es un valor que el Derecho *debe* garantizar. Supone —en certera expresión de Elías Díaz—, “la exigencia de que la legalidad realice una cierta legitimidad, es decir, un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre y considerado por él como conquista histórica irreversible: la seguridad no es sólo un *hecho*, es también, sobre todo, un *valor*” (37).

Es cierto que Guido Fassò ha reputado la seguridad de “*ragione d'essere stessa del diritto*” (38). Ahora bien, se trata de una razón de ser que no es atribuido inmanente de cualquier Derecho, sino condición y meta del Derecho justo, o, lo que es igual a partir de la modernidad, de los sistemas jurídicos propios de los Estados de Derecho. Y, de igual modo, que no todo Estado es un Estado de Derecho, tampoco cualquier Derecho positivo implica un sistema de seguridad jurídica.

El equivoco del positivismo jurídico, cuya más acabada formulación se desprende de las tesis de Hans Kelsen, reside en haber identificado la seguridad y el Estado de Derecho con la noción de legalidad. Según el planteamiento kelseniano, la centralización legislativa y la generalidad de las leyes compendían el principio del Estado de Derecho, que es esencialmente el principio de la seguridad jurídica: “*Es stellt... das Prinzip der Rechtsstaates dar, das im wesentlichen das Prinzip der Rechtssicherheit ist*” (39). Pero el Estado de Derecho no es sólo un Estado de legalidad formal, sino aquel Estado en el que la legalidad se funda en la soberanía popular y se dirige a la tutela de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho es, por tanto, una expresión de legitimidad política y precisamente por serlo se identifica con ese principio de legitimidad jurídica que representa la seguridad.

b) Desde posiciones *sociológicas* se ha pretendido también suplantar la dimensión axiológica de la seguridad jurídica por su consideración descriptiva y empírica. Quizás la más acabada expresión de esta postura se deba a Massimo Corsale.

(37) E. Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 2a. ed., 1980, p. 45.

(38) G. Fassò, *Società, legge e ragione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1974, p. 111.

(39) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 2a. ed., 1960, p. 257. (De esta obra existe trad. cast. de R. Vernengo, UNAM, México, 1979).

El núcleo de la revisión epistemológica de Corsale reside en negar a la seguridad su cualidad de "valor" entre los restantes a realizar en la *praxis* jurídica. Como alternativa, propugna una concepción de la seguridad basada en una teoría sociológica del ordenamiento jurídico. Por ella, entiende, la dirigida a captar las estructuras culturales que subyacen al derecho formal, aunque no pueden separarse abstractamente de este último. Ambos aspectos, el sociológico y el formal, "*possono e debbono essere considerati nell'unità della Sittlichkeit, nella concretezza del diritto vivente*" (40).

Corsale estima que la seguridad representa un elemento constitutivo e inmanente al concepto de Derecho (41). En apoyo de su tesis, traza una aproximación a los presupuestos sociológicos de la seguridad jurídica. Infiere de ella que la concepción actual de la seguridad arranca de la propia génesis del Estado moderno y constituye una manifestación del *ethos* burgués. La sociedad burguesa requiere instrumentos jurídicos claros y unívocos que garanticen la libertad de relaciones económicas y el disfrute de la propiedad. La seguridad jurídica, entendida básica y primordialmente como garantía del orden público, será el cauce principal para el logro de esos objetivos (42).

La tutela de la seguridad, aunque desde enfoques y niveles diferentes, será un aspecto común a la política de las dos principales formas de Estado moderno, el absolutista y el constitucional. En ambas se tenderá a satisfacer la exigencia de seguridad, en cuanto garantía de orden público y de previsibilidad de las expectativas de comportamiento y consecuencias jurídicas de las acciones. La crisis del Estado moderno, consumada en su sustitución por el Estado social, ha determinado la crisis del modelo tradicional de seguridad jurídica (43).

(40) M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi di legittimazione*, Giuffrè, Milano, 2a. ed., 1979, p. VII.

(41) *Ibid.*, p. 58.

(42) *Ibid.*, pp. 187 ss.

(43) *Ibid.*, pp. 194 ss. Si bien reconoce que: "*lo stato liberaldemocratico costituisce uno strumento di certezza notevolmente più raffinato di quanto non fosse la monarchia assoluta*", *ibid.*, p. 223. El equívoco de Corsale reside en no captar que el tránsito desde el absolutismo al sistema liberaldemocrático constitucional, es decir, al Estado de Derecho, no supuso un mero "refinamiento" o ampliación puramente cuantitativa de la seguridad. Implicó, más bien, un cambio cualitativo desde sistemas normativos de seguridad precaria y, en ocasiones, inexistente a ordenamientos jurídicos en los que la seguridad asume una relevancia axiológica primordial; a través del reconocimiento del principio de una legalidad fundada en los derechos humanos, y la consagración plena del postulado: "*nullum crimen nulla poena sine lege*". Cfr. el apartado 4 del Capítulo I. Vid. también la obra de P.G. Grasso, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1972, esp. pp. 27 ss.

La alternativa a dicha crisis pasa por un doble cambio de rumbo en el planteamiento de la seguridad jurídica: que, en el plano *ideológico*, implique sustituir la impronta individualista y conservadora de la seguridad burguesa por una seguridad social y comunitaria (establecimiento de las condiciones que permitan la coexistencia de los grupos y la armonización de las ideologías sociales); y, en el *jurídico*, superar el legalismo formalista en función de una teoría de la seguridad que no parte de la norma legal, sino de la ideología que informa el ordenamiento (44).

Puntualiza Corsale que su crítica al legalismo (45) no debe confundirse con la aceptación de posturas escépticas o mixtificadoras. Su propuesta tiende a una secularización del planteamiento de la seguridad jurídica, porque, en el mundo actual, la pérdida de cualquier certeza dogmática obliga a desechar cualquier concepción dogmática de la certeza. Pero, ello no supone renunciar a la elaboración de un concepto concreto y real de la seguridad jurídica. Para establecerlo, Massimo Corsale, pretende evitar los escollos de Escila, es decir, de un legalismo conservador y fariseo; y Caribdis, o sea, de un antilegalismo que puede propiciar un totalitarismo; evitando, al propio tiempo, caer en el escepticismo de una estéril *"via di mezzo"*, que califica de filistea (46).

La seguridad jurídica, según puede concluirse de la investigación de Corsale, debe contemplarse como un factor básico de los ordenamientos jurídicos de las sociedades abiertas. Corsale trata, en suma, de propugnar un *"diritto inter-grupale"*, es decir, dirigido a "asegurar" que los grupos sociales puedan influir de forma libre y mediante proyectos universalizables en el pleno desarrollo social (47).

La obra de Corsale me parece muy eficaz y lúcida en la exposición del despliegue histórico de la seguridad, en especial, de su conformación moderna; así como en la crítica de las insuficiencias de ese concepto tra-

(44) *Ibid.*, pp. 121 ss. y 248 ss.

(45) *"Se il legalismo è la bandiera dei farisei di tutti i tempi, la battaglia contro di esso è sempre attuale e sacrosanta"*, escribe M. Corsale, *ibid.*, p. 261.

(46) *Ibid.*, p. 262. No deja de suscitar cierta perplejidad, *en passant*, que la secularización metódica del análisis de la seguridad propugnada por Corsale, no se vea acompañada de la consiguiente secularización del lenguaje utilizado para llevarla a cabo. La alusión a "batallas sacrosantas", así como el recurso a calificativos de tan profundas resonancias bíblicas como los de "fariseo" o "filisteo", no parece compaginarse muy bien con el afán de Corsale por conducir su análisis al margen de símbolos y mitos sagrados.

(47) *Ibid.*, pp. 260-264.

dicional respecto a las actuales condiciones de la sociedad. Menos convincente me resulta su pretensión de situar la seguridad al margen de cualquier referencia axiológica, en función de dos razones básicas:

1a. La argumentación de Corsale, desde su propio título, inserta la noción de seguridad en el marco de los criterios de legitimidad jurídica y política. De ahí, que resulte contradictorio con dicho planteamiento y desarrollo de la investigación su intento de desvincularla del plano de los valores; sin que tal dificultad pueda resolverse mediante el recurso de ofrecer una concepción neutra a los valores de la legitimidad jurídico-política, al cifrarla en la eficacia del ordenamiento, antes que en postulados ideales. Pues, con ello, lo que se hace es convertir la eficacia en objetivo a alcanzar, en premisa de "deber ser"; en suma, en valor. Cuando Corsale afirma que la seguridad jurídica sólo puede subsistir como seguridad de obtener justicia y como previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas, en el seno de ordenamientos cuya ideología sea suficientemente compartida por sus miembros (48), no se coloca en una instancia descriptiva y neutral a los valores. Lo que hace es oponer un criterio de legitimidad democrática, fundado en el sistema de creencias y valoraciones sociales prevalentes, a otros criterios de legitimidad idealistas o formalistas.

2a. El pretendido carácter inmanente de la seguridad respecto al concepto del Derecho propugnado por Corsale, no implica inmanencia de la seguridad en la legalidad, es decir, en el Derecho positivo, sino "a un livello dell'esperienza giuridica più profondo" (49): se trata del Derecho en cuanto expresión de la *Sittlichkeit*, o sea, de las vivencias éticas y aspiraciones de justicia de la sociedad. Luego, también por esta vía, la reflexión de Corsale desemboca en un planteamiento axiológico de la seguridad.

He tratado de exponer los argumentos que comprometen la pretensión positivista y sociologista de sustentar una concepción ajena a los valores de la seguridad jurídica. Al iniciar este apartado avanzaba mi convicción de que la seguridad es un valor jurídico íntimamente vinculado a modelo de legitimación política que representa el Estado de Derecho. Al concluirlo, estimo pertinente aducir, en apoyo de la tesis aquí sustentada, una

(48) *Ibíd.*, p. 121.

(49) *Ibíd.*, p. 59.

reflexión de Gustav Radbruch: "Tenemos que buscar la justicia, pero al mismo tiempo tenemos que mantener la seguridad jurídica, que no es más que un aspecto de la misma justicia, y reconstruir un Estado de Derecho que satisfaga a ambas ideas en la medida de lo posible" (50).

(50) G. Radbruch, *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*, en el vol. de G. Radbruch, E. Schmidt y H. Weizel, *Derecho injusto y Derecho nulo*, ed. cast. a cargo de J. Ma. Rodríguez Paniagua, Aguilar, Madrid, 1971, p. 21.