

# LA INELUCTABLE RELACIÓN DE INTERDEPENDENCIA DE LA «SEGURIDAD JURÍDICA» CON EL «ESTADO DE DERECHO».

Por JORGE REINALDO VANOSSI\*

## SUMARIO

I. LA SEGURIDAD Y LAS SEGURIDADES.—2. CONCLUSIONES ACERCA DE LA «SEGURIDAD JURÍDICA».

## RESUMEN

La seguridad jurídica es un requisito imprescindible del Estado de Derecho. El autor hace un análisis de ciertas ideas que pueden contribuir a implementar el principio de seguridad y advierte de la deriva al totalitarismo a que puede llevar la relativización de este concepto, en tanto —muchas veces— los regímenes dictatoriales hacen de la noción de seguridad su *ratio essendi*.

*Palabras clave:* Seguridad jurídica, Estado de Derecho, Kelsen, Somalia, realización de los derechos fundamentales.

## ABSTRACT

Legal certainty is a pre-requisite for the rule of law. The article analyses certain ideas that may contribute to the enforcement of this principle and warns that its relativisation may trigger a shift towards totalitarianism, in that —very often— dictatorial regimes use the concept of certainty as their *ratio essendi*.

*Key words:* Legal certainty, rule of law, Kelsen, Somalia, enforcement of fundamental rights.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, de la Academia Nacional de Educación y de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires (Argentina).

## 1. LA SEGURIDAD Y LAS SEGURIDADES

En su «Manual de Derecho Constitucional» (Kapeluz, Bs. As, 1956) destacaba Carlos Sánchez Viamonte que «para la manifestación de la personalidad y para su pleno desarrollo se necesitan un conjunto de condiciones que consagren su inviolabilidad. A este conjunto de condiciones se le llama seguridad, y corresponden a una cualidad esencial de la personalidad humana: la dignidad» (p. 127).

El léxico de las «crucifixiones» se desborda de acusaciones y de jactancias sobre la ausencia o presencia de ciertos niveles de la seguridad, que es la *conditio sine qua non* de la real y efectiva vigencia de un Estado de Derecho. No todo Estado «formal» de Derecho es tal si no cuenta con datos mensurables de un Estado «material» de Derecho, por la razón de que las autocracias y hasta los totalitarismos pueden engañar o cautivar con la nota de su perduración, cuando ésta —en rigor— se halla sometida al vaivén del circunstancial detentador del poder. Por ello, errónea es la creencia de que loada sea la seguridad que se apoya en la mera coerción del poder, cuando la simple exhibición cohibitoria no puede sostenerse en ausencia de consentimiento social con garantías de asegurar reglas jurídicas legítimas, estables, claras, perdurables y garantizadas en su cumplimiento por el libre ejercicio de los órganos de control independientes.

La concentración del poder es apariencia óptica pero no es garantía concreta de limitaciones que impidan el abuso o la desviación (*detournement*) del poder. Motivos por los cuales la «seguridad» es un dato polifacético y comprensivo de elementos tan mutua y recíprocamente interdependientes como el establecimiento —exigible por la ciudadanía— de una organización del poder que naciendo de la preservación de la «seguridad personal» o individual, se prolongue en el firme mantenimiento de la «seguridad jurídica» (reglas de calculabilidad, de predictibilidad, previsión y sanciones), más el reaseguro de un componente indeclinable en favor de la cobertura de las necesidades mínimas de las sociedades que requieren movilidad ascendente y que recibe el nombre de «seguridad social».

Así y todo, si bien es cierto que el reconocimiento de la seguridad en general responde a la sumatoria de datos objetivos, no es menos cierto que en cuanto a la confiabilidad y a la credibilidad de un standard razonable y aceptable de «seguridad jurídica» —indispensable para crecer en los terrenos de la inversión (interna o externa)—, de la ocupación, de la asunción del riesgo emprendedor, de las garantías protectoras y de la reparación de los despojos confiscatorios, todo ello se presenta a juicio y ponderación de la sociedad (y no sólo de los «calificadores» de riesgos) como la percepción de una «sensación térmica» de fuerte influjo decisorio.

Sólo un país «desnortado», sin brújula que lo oriente en el camino del afianzamiento de esas condiciones y recaudos, puede creer viable o divertida la burla en el derecho objetivo y el pisoteo prolongado de los derechos subjetivos, más allá de las limitaciones anormales y transitorias que puedan justificar las emergencias nacidas de una crisis y que deben cesar tan pronto se supere la necesidad de una excepcionalidad que jamás puede extenderse con la amplitud de regla permanente.

El derecho no es una estructura de convalidación complaciente de «super-poderes» que trastocan de quicio la regularidad de los derechos y garantías. Es cierto que «a grandes males deben corresponder grandes remedios», pero cuando los avatares del siniestro —ya sea político, económico o social— vuelven a recuperar las tonalidades, variaciones y amplitudes afines con la normalidad, los órganos de control deben ejercer un *pouvoir d'empêcher* frente a la vesania de quienes se creen iluminados para gobernar *de legibus solutus* sin percibir que además del daño inmediato y el retraimiento de la libre acción humana creadora habrán de inyectar un soporífero desmoche que causará la pérdida de frecuencia hasta llegar a la fase de la anemia de las fuerzas que impulsan el desarrollo social. La remembranza de experiencias habidas en diversas partes del globo nos lleva al convencimiento de que quienes así actúan —tan «despreparada» o incapacitadamente para esas funciones— no consiguen otra cosa que lo opuesto a una proclamada mejora de la «inclusión», pues como consecuencia inevitable, ante la detracción productiva habrán de multiplicarse los índices de «exclusión».

Cuadro macabro. Aguja punzante. Son trazos patéticos de «adanismo» (por Adán) que —aún sin tomar conciencia de ello— actúan a la manera de querer o pretender empezar todo de nuevo. Son espíritus (¿?) que habitan en la mansarda o buhardilla de los trastos viejos y gastados, fijados en recetas cuya obsolescencia indica el signo del fracaso. La psiquiatría los califica como enfermos de «parafrenia», por cuanto residen en un pasado lejano (la niñez, la adolescencia, la juventud, la pubertad o la «estudiantina») que producen el doble efecto de: a) impedir la apreciación correcta de la situación real, para actuar en consonancia con los cambios necesarios; y b) cegarse ante el desafío de una «futuridad» que reclama adaptarse y adecuarse a una «globalización» que —guste o no guste— está presente e impone imaginación y valor para precaverse de sus ansias dominantes sin renunciar a la aparcería en sus beneficios. Pero a veces nos topamos en el camino con extravíos que hasta las aves voladoras rehuyen, aunque como observaba Franz Kafka, «siempre hay un pájaro que voló hacia su jaula». ¿Habrá pensado en los argentinos?

La tragedia de Somalia, en el llamado «cuerno de África», que lleva muchos años de matanzas, invasiones exteriores, guerras civiles, contra-

invasiones, choques tribales, enfrentamientos raciales y religiosos, luchas de tribus y clanes, más otras desgracias como el hambre, la pobreza y las pestes; son éstos algunos de los datos elocuentes que permiten dudar de la existencia misma del Estado. En efecto, Somalia (que no es el único caso) sufre desde 1991 una sangría interna que ha destruido cualquier forma de organización estatal. Afirman los *reporters* que cubren con informaciones procedentes de ese cuadro dantesco, que el «*Kaláshnikov*» (por la legendaria arma de origen ruso) es la única autoridad real de Somalia (sic); transcribiéndose la penosa confesión de un nativo: «Nunca he visto un Gobierno en mi vida, sólo he visto jóvenes con armas y mucha destrucción» («El País», 20/I/2007). Podríamos —desde nuestra óptica— resumir esta vista lacerante y verista del vacío existencial del Estado, que los pobladores que allí sobreviven sueñan con un Estado; y, en tanto, imaginan lo que podría ser y hacer un Estado; pero no lo tienen. Sin Estado, sin Derecho, sin dignidad humana, el «todo contra todos»; el sentirse cada ser como algo igual o inferior a un rejuntemiento de chabisque, es decir, de lodo y fango. Son gente y no personas (pues no se sienten en tal condición), que si sobreviven, transitan el tiempo matando a otro o huyendo de otros; y si algún respiro tienen, podrán tunar (andar vagando en holgazanerías) o tuneando (de tunear, o sea, procediendo como pícaros). ¡Triste destino de quienes siendo también criaturas de Dios, difícil resulta considerarlos nuestros semejantes!

Si Han Kelsen identificó Estado y Derecho, al punto de que su concepto de la estatalidad equivale a la de una personificación metafórica del orden jurídico total; entonces, bien podría sostenerse que en ciertas partes del globo —como el ejemplo somalí— tampoco existe el Derecho, ya que como sustituto de una ordenación basada en la legitimidad y la legalidad, lo que impera es «un no sé qué» (como diría Francois Sagan) cuyos «dictum» emanan de la boca de disparo de las *Kaláshnikov*. ¿Cómo se va a mentar un «orden justo», si ni siquiera rige un mínimo de «orden»? ¿Cómo se va a referenciar un Estado si no está vigente el monopolio de la coerción legítima y de la represión legal en manos de los poderes públicos, que son virtuales o inexistentes? ¿Cómo se van a predicar los elementos del Estado, si al decir de Jellinek no tiene gravitación «tan siquiera un umbral de ética»? La conclusión huelga: allí no hay Estado ni Derecho, en pleno siglo XXI.

Cuando el maestro de Viena examina el rol de la interpretación de las normas, por más generosas que sean las amplitudes y extensiones admitidas por sus discípulos, es evidente que al reconocer Kelsen que en la hermenéutica de los textos legales existe o hay cabida para «un marco abierto de posibilidades», tal afirmación conduce a un par de señalizaciones, a saber:

- 1.º) Que en todo acto interpretativo está presente el conocimiento y la voluntad que en ello vuelca la autoridad de aplicación que la lleva a cabo (p. ej., el legislador ordinario con respecto a la Constitución, el ejecutivo con relación a las leyes, los jueces en cuanto a todas las normas que invocan para fundar sentencias; y así sucesivamente). Los métodos de interpretación empleados en la exégesis de las normas jurídicas son múltiples y complementarios (p. ej., el literal, el finalista o teleológico —ver Fallos 307:1018— el integrador, etc.); y es admisible que cuando se trata de las «leyes supremas», cuanto mayor es su jerarquía con mayor frecuencia se confluya en la tarea con lecturas de significado distinto según se haya adoptado un método de interpretación «estática» u otro de interpretación «dinámica» (p.ej., con el texto de la Constitución Nacional). Así se puede llegar a resultados diferentes, ya que con el primero —el método estático— la norma es entendida «históricamente», con el tope de los alcances previstos o contemplados al tiempo de su incorporación por el Constituyente, mientras que aplicando el segundo —el método dinámico— las normas sub examine se desprenden de la voluntad presunta o explícita de su autor (el poder constituyente) y, al emanciparse como una suerte de rotura de su cordón umbilical, pasa a ser interpretada y aplicada a tenor de los valores que se estiman preeminentes contemporáneamente; y, en muchos casos, ello contribuye a prolongar en el tiempo la vigencia de normas sin necesidad de acudir a su reforma o cambio.
- 2.º) Que al reiterar Kelsen su dibujo o figura de la interpretación de las normas como «un marco abierto de posibilidades», tanto en la «Teoría pura del Derecho» cuanto en su «Teoría General del Derecho y del Estado», no ha abierto las compuertas para un jolgorio o relaje de la interpretación normativa; ya que si bien incluye en su conceptualización el término «abierto» —que denota amplitud— también lo une al sustantivo «marco», el cual juega como una circunscripción: hay límites; o sea, una laxitud limitada. Un marco puede ser cuadrado, triangular, rectangular, ovalado y hasta incompleto en su perfil geométrico; pero no deja de ser un marco, o sea una figura que asociamos a la idea de un cartabón o de un cerco que rodea, ciñe o guarnece; con lo que queda entendido que se supone la presencia de «límites» que encuadran a una cuestión o a un contenido (DRAE).

¿Qué queremos sostener con esto? Que si bien el Derecho regula su propia creación (Kelsen *dixit*), los límites están dados por la escala axio-

lógica que el propio Constituyente incorpora a su obra, no siendo la habilitación que reciben los órganos de aplicación una potestad ilimitada (*de legibus solutus*). No se pueden traspasar los parámetros, por ejemplo, invirtiendo los términos de esa escala de valores. Si así ocurre, se está en presencia de la violación del plexo jurídico de base o, en el caso de las normas más individualizadas, ante la comisión de prevaricatos. En conclusión, el Derecho regula su propia creación, pero también el Derecho custodia su legitimidad (que según Max Weber, es la creencia en una cierta legalidad). Por cierto que siempre quedará pendiente el interrogante acerca de «quién custodia al custodio» (*Quis custodiet ipsos custodes*<sup>1</sup>); y la respuesta deja traslucir un suspenso: la Sociedad.

## 2. CONCLUSIONES ACERCA DE LA «SEGURIDAD JURÍDICA»

1) La seguridad es la atmósfera en la que se desenvuelve el Derecho. El concepto de seguridad es incluyente de «todos» y de «todo», a partir del *prius* de la dignidad de la persona; por lo cual ampara a víctimas y a victimarios, a tal punto que el Art. 18 de la Constitución Nacional, al referirse a las cárceles, señala que las mismas serán «para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas» (1853). Resulta incomprensible la orientación denominada «abolicionista», que predicaban algunos cultores del derecho penal, cuyo progresismo contradice el garantismo que todo el conjunto de la Sociedad necesita y merece, comenzando por el valor de la seguridad. Un adalid de esa vertiente, el profesor holandés Louk Hulsmán disertó sobre «Sistema Penal y Abolicionismo» en la Facultad de Derecho de la UBA el 27/XI/2006, en cuya oportunidad esgrimió el sofisma de que el abolicionismo apunta a la justicia penal pero no comprende la supresión del derecho penal; aclarando que la primera (la justicia penal, que calificó de «tradicional») ha buscado sus soluciones «siempre burocráticamente y negativamente». Añadió que esa justicia «no otorga ningún beneficio a las víctimas»; y que, el derecho civil, en cambio, ha logrado avanzar poniendo el énfasis «no en la culpabilidad del autor sino en la indemnización de la víctima»; y a pesar de su distinción inicial, arremetió contra el derecho penal afirmando que «se ha quedado en el nivel de la teología moral» (sic). Asimismo, intentó distinguir entre un abolicionismo emparentado con el «movimiento social» (antirracismo, feminismo, etc.) y

<sup>1</sup> Frase latina del poeta romano Juvenal, diversamente traducida como «Quién vigila al vigilante?», «Quién hace centinela al centinela?», «Quién vigilará a los vigilantes de ellos mismos?», y similares. El problema esencial fue primeramente expuesto por Platón en «República», la sociedad perfecta descrita por Sócrates. La pregunta es dirigida a Sócrates: quién vigilará a los vigilantes? o, quién nos protegerá de los que protegen?

otra vertiente a la que llamó «aboliciónismo académico», cuyo sentido estricto es «que la justicia penal no es legítima» (sic); pero a renglón seguido distinguí en este caso un rostro «conservador» y otro «crítico», adjudicando al primero (el conservador) la formación que se imparte en los claustros universitarios y el lenguaje de los profesionales; y remató su argumentación exhortando a los estudiantes a «desafiar las instituciones existentes» y a «trascender los patrones tradicionales» con miras a avizorar «nuevas y originales vías de solución de los problemas sociales y de ejercicio de la defensa penal» (sic). Su única propuesta fue «utilizar un nuevo lenguaje» para «empezar a pensar a la ciudadanía» —y no al Estado— «como destinatario del servicio profesional y de intentar solucionar las conductas ilícitas de una manera positiva e integradora» (sic)<sup>2</sup>.

Queda en mi modesto entendimiento la convicción de que las ideas expuestas por el Profesor de la Universidad Erasmus de Róterdam no contribuyen a preservar el valor de la «seguridad».

2) La seguridad jurídica es un componente insoslayable del «Estado de Derecho», sustancialmente considerado (y no meramente formal).

3) La «calculabilidad» como regla de previsión —especialmente en materias de tributación y de penalidades— es el motor de la acción humana.

4) El apego y respeto a las «instituciones» es indicativo de la alta o baja calidad de vida institucional de la que goza una sociedad.

5) Si lo más «previsible» es la perspectiva de una persistente incertidumbre institucional y una escasa certeza jurídica, la consecuencia es rotunda: ausencia o insuficiencia de «seguridad».

6) No puede defenderse como válido el supuesto de un régimen autoritario que garantice la seguridad jurídica, pues aún en la hipótesis de una momentánea vigencia de ella, no pasaría de una ficción, siendo de alta peligrosidad ya que al cabo del tiempo y no habiendo límites, se entraría súbita o paulatinamente en el reinado de la discrecionalidad del poder.

7) Las raíces del problema de la inseguridad jurídica y los horizontes de una rehabilitación de la auténtica juridicidad en un Estado de Derecho, tienen una base común: cultural.

8) La dificultad radica en que el «mito de Sísifo» (Albert Camus) es la nota descollante en el comportamiento de sociedades como la argentina: la piedra no solamente se cae repetidamente, sino que con la fenomenología de un síndrome, tropezamos hasta diez veces con ella, sin rectificar el rumbo a tiempo.

9) No se nota gran empeño en mejorar la calidad institucional. Se persiste en hacer «chapuzas», o sea, realizar actos o efectuar hechos «sin

---

<sup>2</sup> Conf., «Derecho al Día», *Boletín de la Facultad de Derecho (UBA)*, n. 100, 28/XII/06, p. 8.

arte ni esmero», toscos e imperfectos, que no fortalecen el Estado de Derecho. Como paradoja, acontece que al mismo tiempo se observa entre los líderes de opinión una creciente preocupación por el problema: una encuesta de Poliarquía Consultores («Clarín», 27/1/07) muestra que la exigencia de una mayor calidad institucional aparece a la cabeza con 47 %, por encima de *issues* como la cuestión social (34), la seguridad física (26) y la falta de un proyecto de país (18). Llama la atención que a pesar de esa inquietud de una sociedad que demanda mayor «calidad institucional», el Presidente de la Nación se haya expresado con mofa y desdén acerca de ese recaudo del Estado de Derecho, en su discurso de apertura de las sesiones ordinarias del Congreso Nacional, el 1.º de marzo del corriente año, sin darse cuenta que con ello incurre en burla y escarnio hacia la ciudadanía (fueron palabras infortunadas, reiteradas a lo largo del discurso, propenso a la zafia).

10) Queda la impresión de que para los detentadores del poder —en numerosas naciones estancadas— la vigencia de la juridicidad está relegada por los ansiosos impulsos del oportunismo y de un mal entendido pragmatismo. Se considera al Derecho como un suburbio; y a las normas legales a respetar y cumplir, como si fueran «chabolas», es decir, chozas o ranchos de muy pobre construcción y de escasas proporciones, con pobladores condenados a vegetar marginalmente.

11) Si cupiera formular un símil o comparación para «dar idea viva y eficaz a una de ellas», en el tema de la estrecha relación bi-direccional que existe entre la seguridad jurídica y el Estado de Derecho, me atrevería a acudir a la expresión «sincopado». En efecto, si por síncope se conoce una figura de dicción que consiste en la supresión de uno o más sonidos dentro de un vocablo (DRAE), pues entonces la seguridad jurídica es al Estado de Derecho lo que musicalmente acontece entre el ritmo y la síncope: mientras que el ritmo es un orden acompasado en la sucesión o acaecimiento de las cosas, con una proporción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente (DRAE), o sea, el mismo rasgo que caracteriza al Estado de Derecho; en cambio, nuestra crónica inseguridad jurídica sorprende cual si fuera una nota sincopada que «toma un movimiento contrario al orden natural, es decir, que va a contratiempo» (DRAE).

12) Por último, sería reconfortante que un día nos anoticiáramos que hemos decidido cambiar el rumbo, tomando en cuenta el aviso dado por el más alto Tribunal, hace menos de una década, cuando expresó: «Que resulta pertinente recordar que la jurisprudencia de esta Corte ha establecido la necesidad de que los particulares conozcan de antemano las «reglas claras de juego» a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica (Fallos 311:2082, Consid. 7º in fine), y destacó la «especial prudencia» que debe



presidir la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios (Fallos 308:552)»<sup>3</sup>. Convendría que todos los gobernantes siguieran estos lineamientos, pues resulta obvio que las «reglas claras de juego» y la «especial prudencia» en sus cambios, hacen al valor de la seguridad jurídica.

Todo lo antedicho adquiere significación tangible y perceptible para el pueblo de cada nación, siempre y cuando la mentada «seguridad jurídica» sirva como rampa de lanzamiento para la movilización de las fuerzas y energías sociales que en goce del cuadro de garantías asegurado se orienten hacia la libertad creadora, en el más amplio sentido de la expresión. Existe una estrecha correlación e interdependencia de todos los factores actuantes, a tal punto que la carencia o insuficiencia de alguno de ellos derivará a la mutilación de los demás engranajes que componen la compleja pieza del sistema socio-económico. Ya señalaba Leandro N. Alem (*circa* 1890) que no puede concebirse una buena economía sin el acompañamiento de una sana política institucional. Así, observamos a más de un siglo después, que los términos se relativizan entre sí: de poco vale la productividad (consecuencia de la seguridad jurídica) si no está asegurada la competitividad (resultado de un marco regulatorio antimonopólico); si no aumenta la productividad (que tiene que contar con garantías para las inversiones de riesgo) de qué vale entonces la competitividad; de qué vale el juego del mercado si no hay suficientes consumidores y usuarios; de qué vale el régimen de premios y castigos (como estímulo para toda actividad, material o intelectual) si los derechos son declaraciones y las expectativas son ilusiones; de qué valen los bienes y servicios si se confisca tributariamente el poder de compra, retaceándose de esa forma la posibilidad de acceso; etcétera, etc. Muchos más interrogantes quedan flotando en la confusa atmósfera de la movilidad social ascendente-descendente que muestran las experiencias de un mundo globalizado. El derecho a la búsqueda de la felicidad que incluyera Thomas Jefferson en la Declaración de la Independencia está demasiado opacado por manchas de insatisfacción (recomendamos la lectura de la obra de Lord Richard Layard, «La felicidad: lecciones de una nueva ciencia»; es para meditar).

---

<sup>3</sup> *Orbiter dictum* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos «I.B.M Argentina S.A c/ Administración Nacional de Aduanas», sentencia del 7/V/1998, publicada en «La Ley» 1998-D, 695.