El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno

Julio Alvear Téllez
Director del Departamento de Ciencias del Derecho
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La seguridad es una necesidad tan elemental del ser humano que sería huero registrarlo si no fuera por la presencia incesante de los peligros y riesgos que cual ave fénix van renaciendo de manera sorpresiva en cada época histórica.

Esta constatación envuelve de suyo una paradoja. Pues no hay teórico entusiasmado por las promesas progresistas (y cuán dieciochescas) de la modernidad ilustrada y racionalista que no haya imaginado un mundo cada vez más seguro, con un Derecho cada vez más perfecto, y una felicidad social cada vez más asentada, gracias a los encantos de la revolución industrial y tecnológica y a las intervenciones del Estado Benefactor. Sin embargo, la dura realidad ha quebrado los espejismos de la ilusión, especialmente con la irrupción del nuevo siglo. Nuevos vaivenes, nuevas amenazas –muchas de ellas ocasionadas, exasperadas o causadas por la misma tecnología– van tomando cuerpo, volatilizando el ideal fuerte de seguridad. La imposibilidad de planear el futuro, la crisis del Estado de bienestar marcada por una creciente precariedad laboral y por el recorte de la protección social, la competitividad aprendida desde la infancia, la disgregación de la familia, célula de la sociedad, junto a la pérdida de los lazos de vecindad, el tejido social roto o abrumado bajo el peso de la masificación, la obsolescencia de las estrategias primarias de control social en las grandes ciudades, etc., van pintando un cuadro muy poco halagüeño. La lepra y la peste que para Foucault representan el miedo de las sociedades antiguas han sido reemplazadas por otras epidemias.

Pero el Derecho permanece como exigencia de justicia y de esa misma seguridad que pugna por sus fueros. Así fue en cada período histórico, y así lo es en el presente. Como ayer, requerimos *"saber a que atenernos"* en nuestras relacio-

nes de alteridad del cada vez más complejo mundo globalizado; anhelamos resguardar físicamente nuestra persona y nuestros bienes frente a todo lo que los pueda dañar inicuamente; exigimos que el imperio del Derecho prevalezca sobre la norma o decisión arbitraria y que la certeza jurídica cubra de manera íntegra nuestros derechos y los mecanismos de nuestra responsabilidad. También hoy necesitamos calcular de manera seria las consecuencias de nuestros actos y prever las ventajas del ejercicio de nuestros derechos. Por ello, la lucha por la seguridad jurídica se plantea con vigor en nuestros tiempos.

La investigación que a continuación presentamos se divide en dos partes. La primera, puramente teórica, se destina a delimitar el concepto de seguridad jurídica en sus diversas dimensiones en sus aspectos esenciales. Por razones obvias, no pretendemos descender a detalles incompatibles con la extensión de un artículo como el presente.

La segunda parte de este trabajo, de carácter teórico práctico, evalúa la situación de la seguridad jurídica en el Derecho Público chileno en sus dimensiones más controvertidas, en sus líneas fundamentales, y será entregada en el próximo número de la Revista *Actualidad Jurídica*.

I. Noción etimológica de seguridad

El término seguridad, del latín *"securitas"*, evoca la necesidad que tiene cada ser de cuidarse a sí mismo. Pero la tarea, a la vez tan simple y tan compleja, de *"cuidarse"* (cuidado del ser en su ser y en su obrar) lleva la necesidad de una ulterior precisión. Tratándose del ser humano, que vive en sociedad, requerimos saber *de qué* o *de quién* nos hemos de cuidar y *a quién* vamos a atribuir la función primordial o subsidiaria de protección.

Por su parte, el adjetivo *"securus"* denota la condición de vivir "sin temor" o "despreocupado". El Diccionario de la Real Academia Española lo define como lo *"libre y exento de todo peligro, daño o riesgo"*, o como lo *"cierto, indubitable y en cierta manera infalible"*, y como equivalente a *"certeza, seguridad, confianza"*.

II. Noción de seguridad en el lenguaje cotidiano

La definición antecedente de la RAE es susceptible de una amplísima aplicación. De hecho, en el lenguaje coloquial se utiliza la palabra "seguridad" de una manera difusa para un sinúmero de actividades que connotan esa cualidad negativa de *"estar exento de daño o riesgo"* o ese aspecto más positivo de *"certeza"* respecto del futuro.

En términos de una reacción activa de defensa, se ha proyectado la seguridad a diversos géneros de operación: seguridad nacional, seguridad pública, seguridad ciudadana, seguridad urbana, incluso seguridad en la red. Esta última seguridad establece una especie de mundo paralelo al humano, en cuanto más allá de la "seguridad de los datos informáticos", realidad propiamente jurídica, tiende a establecer mecanismos de protección contra los llamados "virus informáticos", que reciben su nombre por analogía con los virus biológicos, que se propagan a costa de los organismos en los que se introducen.[1]

Antonio-Enrique Pérez Luño, en su estudio sobre la seguridad jurídica, constata las múltiples y heterogéneas facetas del vocablo: seguridad personal, seguridad ciudadana, seguridad del empleo, seguridad en el trabajo, seguridad social, seguridad del tráfico negocial, etc.[2]

Las aplicaciones polifacéticas de la seguridad a dimensiones subyacentes o próximas a la juridicidad, nos llevan a aclarar su significado en las ciencias del Derecho.

III. Noción científica de seguridad jurídica

Vamos intentar en este trabajo abordar en su esencia el concepto de seguridad jurídica. Ello implica, como consecuencia, enunciar las instituciones o principios que permiten su realización dentro del sistema jurídico, pero hemos de dejar de lado obviamente las problemáticas, y las (aparentes) antinomias que cada una de estas instituciones presenta.[3]

La seguridad jurídica ha sido considerada como función ínsita al ordenamiento jurídico o como fin, valor o ideal de ese mismo ordenamiento. En la primera acepción, Henkel, vr. gr., sostiene que hay seguridad cuando existe un sistema de legalidad.[4] Por contra, Fuller la considera como *"exigencia moral que*

[1] Los virus informáticos son programas, habitualmente ocultos dentro de otro programa, correo electrónico, pagina web, fichero o volumen. Se ejecutan automáticamente, haciendo copias de sí dentro de otros programas a los que infectan. Esta capacidad de copiarse a sí mismos genera un efecto de propagación exponencial, que además suele conllevar la alteración del funcionamiento del equipo infectado. Los virus no están solos, tienen algunos parientes cercanos que pueden ser igual o más dañinos que ellos: los gusanos, los troyanos y los *backdoors*. Aunque para efectos prácticos se les suele considerar a todos como virus, los perjuicios que generan y las técnicas que usan son diferentes. www.seguridadenlared.org/es/index10esp.html

[2] Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *"La Seguridad Jurídica"*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 7.

[3] Indicaremos, según el caso, la bibliografía que el lector puede consultar para profundizar estas problemáticas.

[4] Cfr. Henkel, H., *"Introducción a la Filosofía del Derecho"*, Taurus, Madrid, 1968, p. 544.

hace posible el Derecho"[5] y López de Oñate habla de la *"específica eticidad del Derecho".*[6]

La noción científica de seguridad jurídica, sobre cuya delimitación existen serias discrepancias, ha conservado, sin embargo, a lo largo del tiempo, un núcleo de común acuerdo. Los autores que se han dedicado con detención a su análisis suelen distinguir en ella una dimensión objetiva y otra subjetiva. En el Derecho anglosajón se reserva, a veces, el término *legal security* o *public safety* para indicar la primera, y *certainty of law* para señalar la segunda. En el Derecho italiano se prefiere hablar en general de *"certezza del diritto"* para abarcar ambos elementos, al igual que en el Derecho germano, que los expresa con el vocablo *"Rechtssicherheit".*

La seguridad jurídica objetiva puede ser definida como *"la exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de normas e instituciones"* y sugiere la idea de una calidad, situación o estado de carencia de riesgo.[7]

La seguridad jurídica subjetiva es *"la certeza del Derecho, es decir, la proyección en las situaciones personales de la seguridad jurídica objetiva"* y alude a la posibilidad subjetiva de conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios, a partir del cual son capaces de organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad.[8]

Desde el punto de vista técnico, el principal desafío de la conceptualización de la seguridad se ha verificado en la ardua tarea de concretar con un nivel de precisión suficiente sus elementos integrantes necesarios. Veamos algunas propuestas.

Gustav Radbruch vincula la seguridad a la positividad del Derecho. *"La seguridad jurídica exige positividad del Derecho: si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico".*[9] Para ello establece cuatro requisitos: (i) que la positividad se establezca mediante leyes; (ii) que el Derecho positivo se base en hechos y no en el arbitrio del juez; (iii) que esos hechos sean "practicables", esto es, susceptibles de verificación; (iv) que el Derecho positivo sea estable.[10]

---

[5] Cfr. Fuller, L.L., *"La moral del Derecho"*, Trillas, México, 1967, p. 43.
[6] Cfr. López de Oñate, F., *"La certezza del diritto"*, Giuffrè, Milán, 1968, p. 634.
[7] Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *"La Seguridad Jurídica"*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 21 y 37.
[8] Cfr. Pérez Luño, A., op. cit., pp. 22 y 37.
[9] Cfr Radbruch, G., *"Filosofía del Derecho"*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 96.
[10] Radbruch, G., *"Introducción a la Filosofía del Derecho"*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, pp. 40-41.

Lon L. Fuller enuncia ocho condiciones para la seguridad jurídica: (i) generalidad de las normas; (ii) promulgación; (iii) irretroactividad; (iv) claridad; (v) coherencia; (vi) posibilidad de cumplimiento; (vii) estabilidad; (viii) conguencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación.[11]

En un texto ya clásico, el ilustre iusfilósofo chileno Jorge Millas ha propuesto la siguiente caracterización: *"Conviene distinguir entre la seguridad específica o de primer grado que procuran las normas individualmente consideradas y en relación con los derechos y obligaciones concretos que reconocen para determinadas situaciones, y la seguridad genérica, formal o de segundo grado que procura el orden normativo como totalidad y respecto de todas las situaciones posibles de convivencia dentro de ese orden"*.[12] Para tales efectos han de existir ciertos principios normativos básicos, ciertas instituciones, que son las siguientes:

i) Principio *"ignorantia vel error juris non excusat"*, que consagra la obligatoriedad absoluta de las normas jurídicas;
ii) Las normas de prefiguración de lo lícito y de lo ilícito;
iii) La irretroactividad de las normas;
iv) La norma de autorregulación del Derecho y las normas que vinculan el órgano público, particularmente el juez, al Derecho;
v) La cosa juzgada;
vi) La prescripción.[13]

También en nuestro medio, el profesor Alejandro Guzmán Brito distingue entre la seguridad en el derecho privado y en el derecho público. En la primera, reseña las siguientes circunstancias condicionantes: (i) eficacia de la organización

[11] Fuller, L., *"La moral de derecho"*, Trillas, México, 1967, pp. 43 ss.

[12] Millas, Jorge, *"Filosofía del Derecho"*, Editorial Universitaria, Santiago, 1961, p. 246. La Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso dedicó a Jorge Millas su volumen Nº49/50, del año 2005. Para nuestros efectos, resultan especialmente interesantes los artículos de Munita Rojas, Enrique, *"La noción de seguridad jurídica en el pensamiento de Jorge Millas"*, pp. 371 ss. y de Cofré, Juan, *"La singularidad del pensamiento jurídico según Jorge Millas"*, pp. 301 ss. El Anuario de Filosofía Jurídica y Social, de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, rindió también un importante homenaje al filósofo chileno en su edición del año 1984. Agustín Squella dedica asimismo atinadas páginas a Millas en su *"Filosofía del Derecho"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

[13] Millas, J., op. cit., p. 247. El autor se detiene útilmente para intentar resolver las problemáticas que plantea la inexcusabilidad del cumplimiento de la ley (pp. 247-250); la prefiguración de lo lícito e ilícito (pp. 250-251); la preexistencia de la norma (pp. 251-263); la irretroactividad de las normas (pp. 263-268); la nomogénesis (pp. 268-278); la cosa juzgada (pp. 278-282). Desde un punto de vista técnico-procesal, consúltese los vínculos entre debido proceso, socialización de la sentencia y cosa juzgada en relación con la seguridad jurídica, en Mosquera Ruiz, Mario, *"Seguridad jurídica y derecho procesal"*, en *"Derecho y Seguridad Jurídica"*, Colección Seminarios Nº 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp. 125-132. Desde la perspectiva civil, los lazos entre certeza, titularidad de los derechos, irretroactividad y seguridad jurídica, pueden estudiarse en Merino S., Francisco, *"La seguridad jurídica en el Derecho Civil"*, en *"Derecho y Seguridad Jurídica"*, Colección Seminarios Nº 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp. 136-149.

judicial y de la regulación procesal para producir el reconocimiento expedito y rápido de los derechos subjetivos y su ejecución; (ii) eficacia de los organismos notariales destinados a velar por su documentación, y de las instituciones registrales garantizadoras de su publicidad y oponibilidad; (iii) facilidades o dificultades para que los derechos nacidos defectuosos se consoliden a través del tiempo mediante la prescripción o la caducidad de las acciones.[14]

Para la seguridad en el Derecho Público, el profesor Guzmán Brito establece los siguientes requisitos: (i) existencia de las normas generales, pues las lagunas de derecho impiden la previsión sobre la validez y eficacia de los negocios jurídicos; (ii) la univocidad de las normas existentes, pues los caracteres de claridad, precisión e inteligencia evitan las controversias de interpretación, que operan como si multiplicaran las normas para un mismo caso; (iii) la fijeza de las normas, que indica su inmutación dentro de plazos relativamente largos, pues lo contrario entorpece la previsión o la defrauda; (iv) la accesibilidad de las normas, es decir, su capacidad para ser conocidas rápida y eficazmente, pues las dificultades para encontrar el derecho vigente implican grandes peligros.[15]

En la actualidad, ha sido el profesor español Antonio-Enrique Pérez Luño quien con mayor acierto ha propuesto un concepto de seguridad jurídica satisfactorio, cuyo esquema seguimos, con las adiciones necesarias que hemos extraído de otros autores.

La seguridad jurídica presupone dos ideas centrales que se condicionan mutuamente:

1) **PRIMERA IDEA: Exigencia de corrección estructural**, que es la garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico.

Ello supone un proceso de formulación normativa que se va decantando en los siguientes momentos lógicos:

a) ***Lege promulgata***: es absolutamente necesario que las normas jurídicas sean debidamente promulgadas. Esta exigencia cobra especial relevancia en las normas de jerarquía legal, cuya misión es regular de una manera general y obligatoria las conductas sociales en orden al bien común, estatuyendo las bases generales del ordenamiento jurídico.[16]

[14] Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *"La seguridad y la ciencia jurídica a través de la historia del Derecho"*, en *"Derecho y Seguridad Jurídica"*, Colección Seminarios Nº 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp. 55.

[15] Ídem, p. 56.

[16] Desde la perspectiva dogmática constitucional, esta finalidad esencial de la ley se desprende del art. 63 Nº 20 en relación con el artículo 1º inc. 3º de la Constitución Política.

A este propósito, es oportuno retrotraernos a las enseñanzas de los clásicos, pues los ordenamientos jurídicos actuales se hacen eco de sus grandes preocupaciones. El príncipe de la escolástica española, Francisco Suárez S. J., nos legó una de las más célebres definiciones de ley: *"lex est commune praeceptum, justum ac stabile, sufficienter promulgatum"*. Con ello quiso decir que no basta que la ley contenga normas jurídicas generales, justas y estables, sino también ha de ser objeto de suficiente promulgación, a fin de que su existencia vinculante sea constatada formalmente por la autoridad pública, e intimada a través de signos sensibles a los ciudadanos, con el objeto de que sea convenientemente conocida y obedecida.[17]

Corolario de lo anterior es la escrituración de la ley. Desde el Derecho Romano a la ley se le ha denominado *lex* o *constitutio scripta*, por oposición a la costumbre o *lex non scripta*. En este punto, Cesare Beccaria exigía como condición de suficiente promulgación para los sistemas jurídicos modernos el que la ley conste por escrito.[18]

Este momento de promulgación, y de consecuente publicación de la ley, está desde antiguo previsto en nuestro Código Civil en los artículos 6º, 7º y 8º.

El profesor Eduardo Soto Kloss llama a esta faceta *"seguridad jurídica/certeza o seguridad jurídica/conocimiento"* y la define como *"la posibilidad de conocimiento cierto por parte de los destinatarios del ordenamiento jurídico de las normas que lo configuran, y de los derechos y obligaciones que derivan de las relaciones jurídicas que tales normas crean, modifican o extinguen"*.[19] Para tales efectos, el sistema jurídico ha establecido variados mecanismos, entre los cuales deben mencionarse:

i) Los procedimientos de elaboración de los distintos actos de los órganos estatales, a través de los cuales actualizan sus distintas funciones y competencias. Estos procedimientos permiten conocer con certeza si dichos actos se han adecuado o no a su normación de elaboración (nomogenética).

ii) Los mecanismos de publicidad de las normas integrantes del ordenamiento jurídico, a fin de conocer con certeza si han sido válidamente insertas en él, desde un momento determinado y comunicadas a sus destinatarios.[20]

[17] Suárez, Francisco S. J., *"Tractatus de Legibus ac de Deo Legislatore"*, Libro I, Cap.12, 2. Vid. también Libro I, Cap. 11 y Libro III Caps. 15 y 16.
[18] Beccaria, C., *"Dei delitti e delle pene"*, V.
[19] Soto Kloss, E., *"Seguridad jurídica e interpretación en el Derecho Público Chileno"*, en *"Derecho y Seguridad Jurídica"*, Colección Seminarios Nº 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, p. 94.
[20] Ídem, pp. 94-95.

b) ***Lege manifesta***: Las normas que componen el ordenamiento jurídico deben ser comprensibles, y han de evitar las expresiones ambiguas, equívocas u oscuras.

La claridad normativa requiere *"una tipificación unívoca de los supuestos de hecho que evite, en lo posible, el abuso de los conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas. Con ello se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho"*.[21]

Este requisito, en realidad, es un elemento consecuencial a una cualidad imprescindible de toda norma de conducta: la racionalidad. Según la famosa definición de Santo Tomás, toda ley (hoy diríamos, toda norma general autoritativa) es una *ordinatio rationis*, una ordenación de la razón.[22] Una norma irracional es un desorden, un elemento espurio del sistema jurídico, que modernamente, vía consideración de arbitrariedad, difícilmente podría pasar el test de constitucionalidad. Una ley irracional no es propiamente ley, sino más bien violencia: *"non habet rationem legis, sed magis violentiae"*.[23]

Pero hay que tener cuidado con la noción de "irracional". Una norma jurídica no es irracional porque sea defectuosa, discutible o insuficiente en razón de su fin. Adquiere tal carácter cuando es contraria a la razón, es decir, cuando es *torpe* (notoriamente inmoral o injusta), *perniciosa* (contraria al bien común, por el alto grado de inadecuación a la realidad social) *e imperita* (cuando debiendo asumir reglas propias de un arte o técnica no lo hace o lo hace distorsionadamente).[24] También es irracional la norma *ilógica, contradictoria o absurda.*

Por otro lado, la insuficiencia en el uso del lenguaje normativo se opone también a la seguridad jurídica en la medida en que hace de la interpretación jurídica una operación extremadamente problemática. De ahí que San Isidoro de Sevilla enunciara como requisito esencial de la norma jurídica el que sea clara (*manifesta quoque*) para que a nadie induzca a error por su oscuridad (*ne aliquid per obscuritatem in captione contineat*).[25] Las normas han de ser *"chiare e precise"* como decía Beccaria.

---

[21] Pérez Luño, A., op. cit., p. 24.
[22] Tomás de Aquino, Santo, *"Suma Teológica"* I-II, q.90, a.4.
[23] Tomás de Aquino, Santo, op. cit., I-II, q.93 a.3 ad.2.
[24] Cfr. Hervada, Javier, *"Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho"*, Eunsa, Pamplona, 1992, pp. 363-369. Esta clasificación de Hervada la presentamos meramente con fines introductorios, pues no nos parece del todo clara. Lo pernicioso y lo torpe puede quedar incluido en una noción más amplia, la de norma injusta, la que a su vez comprende varias especies. Sobre la ley injusta, vid. Santo Tomás, op. cit., I-II, q.93, a.3 y q.95, a.2.
[25] Isidoro de Sevilla, San, *"Etymologiae"* V, XXI, I.

Carlos Santiago Nino ha tipificado, siguiendo a Ross y a Hart, algunos de los problemas de interpretación del lenguaje jurídico más notorios:

i) Ambigüedades semánticas, que van desde la homonimia accidental hasta la distinta significación producida por el uso metafórico de una palabra.
ii) Imprecisiones, que incluyen desde la simple vaguedad hasta las palabras de textura abierta.
iii) La carga emotiva del lenguaje.
iv) La fuerza de las oraciones.
v) Las dificultades en la promulgación de las normas.[26]

El profesor Cruz Villalón discierne tres graduaciones de significados en la noción de "calidad" de la ley. En un primer y amplio significado, calidad equivale a bondad, acierto, adecuación y técnica. En un segundo nivel, la calidad se vincula a los caracteres propios de la ley, la generalidad y estabilidad, y sus consecuencias de racionalidad y coherencia con el ordenamiento en su conjunto (Systemgerechtigkeit). En un tercer nivel, la calidad de la ley se expresa en principios constitucionales tales como seguridad jurídica, confianza y certeza del Derecho o interdicción de la arbitrariedad y tolerabilidad (en el sentido de la Zumutbarkeit).[27]

c) ***Lege plena:*** La plenitud del ordenamiento jurídico se considera una cualidad básica de la seguridad jurídica. Un ordenamiento con vacíos normativos o incapaz de colmarlos incumpliría el objetivo que determina su propia razón de ser: ofrecer una solución con arreglo a Derecho a los problemas que plantea la convivencia humana.

"Para garantizar su plenitud, los ordenamientos jurídicos establecen un sistema de fuentes del Derecho y prevén la utilización por los jueces de unos medios de integración de las eventuales lagunas legales (interpretación extensiva, analogía, equidad y principios generales del Derecho), para evitar que éstos, ante la carencia o insuficiencia legal, puedan limitarse a emitir un non liquet".[28]

En nuestro ordenamiento jurídico, la plenitud del ordenamiento jurídico es un principio que puede desprenderse de diversas normas. La posibilidad de la existencia de las lagunas legales se reconoce en el art. 170 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil. La inexcusablidad de los tribunales, que también supone

[26] Nino, Carlos Santiago, *"Introducción al análisis del Derecho"*, Ariel, Barcelona, 1987, pp.2 59-272.
[27] Cfr. Cruz Villalón, P; *"Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley en la proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho"*, Aurelio Menéndez (Director), Madrid, 2004, pp. 113-133
[28] Pérez Luño, A., op. cit., pp. 24-25.

la primera, se encuentra recogida a nivel constitucional en el art. 76 inc. 2º de la Carta fundamental. La plenitud ha sido estudiada en la dogmática jurídica chilena por el profesor Pablo Rodríguez G. en un trabajo que para estos efectos es bastante relevante.[29]

Como es de prever, las lagunas legales no existen en materia penal, por exigencia del principio de legalidad enunciado por Paul Johann Anselm Feuerbach en los términos siguientes: *"nullum crimen nulla poena sine lege"*. Ello ha sido elevado a principio constitucional por el art. 19 Nº 3 inc. 7º de nuestra Ley Fundamental.

d) ***Lege stricta*:** La función de las normas jurídicas dependen de su naturaleza, función y jerarquía. En este plano, la ley se concibe como una fuente formal que contiene normas generales y abstractas ordenadoras de las conductas sociales. *"Se reserva a la ley, en cuanto norma general y abstracta dictada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del status jurídico de los ciudadanos (...) Esta cláusula de garantía tiene su complemento en el principio de jerarquía normativa por el que se establece un orden de prelación de las fuentes del Derecho, que impide la derogación, modificación o infracción de las normas de rango superior por aquellas que les están subordinadas"*.[30]

Lo anterior requiere de una aclaración. En los sistemas jurídicos continentales, la jerarquía normativa y la prelación de las fuentes del Derecho, que en un principio giró en torno a la ley, hizo que durante mucho tiempo, por especial influencia del positivismo formalista del siglo XIX, el sistema jurídico se equiparara a un sistema legal. De este modo, la seguridad jurídica se transformó, en la práctica, en una seguridad que tendía a garantizar en la mayor medida de lo posible la aplicación del mandato legal. Grosso modo, el Derecho se convirtió en la ley.

Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, con ocasión de una multiplicidad de causas, el centro jerárquico del ordenamiento jurídico se movió hacia una realidad no únicamente legal: los derechos fundamentales. El sistema de fuentes se jerarquizó de otro modo, en la medida en que la Constitución Política comenzó a exigir una real subordinación de las otras fuentes normativas, a través de sistemas de control cada vez más nítidos. La seguridad se entenderá entonces como la seguridad del imperio del Derecho,

[29] Rodríguez G., P., *"Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del Derecho"*, Facultad de Derecho UDD, Santiago, 2006, pp. 171-177. El profesor Rodríguez inserta su investigación sobre la plenitud jurídica en toda una teoría del sistema jurídico que ha propuesto a los medios nacionales. Vid. *"El Derecho como creación colectiva"*, Ediciones jurídicas UDD, Santiago, 1999 y *"Estructura Funcional del Derecho"*, Facultad del Desarrollo UDD, 2001. Las huellas de Kelsen y de Jorge Millas son apreciables en su obra, aunque con notables innovaciones.

[30] Pérez-Luño, A., op. cit., p. 25.

que implicará la subordinación de la ley (y de los actos de administración) a las normas y principios constitucionales.[31]

En materia penal la *lege stricta* es llevada a su más fuerte significado en el principio de tipicidad. Nuestra Constitución establece en tal ámbito que *"ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella"* (art. 19 Nº 3, inc. 8º).[32]

e) ***Lege perpetua***: La estabilidad de la razón regulatoria de las normas generales es un presupuesto de importantes instituciones de la seguridad jurídica. Puntualiza el profesor Pérez Luño: *"La estabilidad del Derecho es un presupuesto básico para generar confianza en su contenido. La tendencia de las normas jurídicas hacia la permanencia se conecta con el aludido principio de su irretroactividad y cristaliza en dos manifestaciones de la seguridad jurídica, frecuentemente invocadas:* ***la cosa juzgada****, que atribuye firmeza a las decisiones judiciales, no susceptibles de ulterior recurso, por desistimiento o renuncia o por haberse agotado las instancias o plazos para interponerlo; y* ***los derechos adquiridos****, que amparan las situaciones jurídicas surgidas de acuerdo con la legalidad vigente en el momento de su conformación, frente a eventuales cambios legislativos que pudieran incidir ex post facto, es decir, retroactivamente en ellas".*[33]

El profesor Soto Kloss llama a esta faceta de la seguridad jurídica *"seguridad/permanencia"* o *"seguridad/estabilidad"*, y la define como *"la permanencia o estabilidad de las normas jurídicas que integran el ordenamiento y sobre todo de los efectos jurídicos que de ellas derivan o se siguen".*[34]

Este tipo de seguridad se logra con un difícil equilibrio entre dos extremos. Por un lado, hay que evitar el exceso de alteración constante de las normas, pues con ello pierden su finalidad regulativa; pero por otro, la inmutabilidad, la permanencia eterna de las normas contradice en cierta medida –*secundum quid*– la idea de la necesaria adaptación a las necesidades sociales, especialmente en el Derecho Público, que tiende a concretar en bien común temporal de una sociedad política dada.

---

[31] Sobre el principio de jerarquía de las fuentes y la supremacía constitucional, vid. Otto Pardo, Ignacio de; *"Derecho constitucional: sistema de fuentes"*, Ariel, Barcelona, 1987; Sánchez Ferriz, Remedios, *"El Estado constitucional y su sistema de fuentes"*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002; Bastida, Francisco J., *"Cuestionario comentado de derecho constitucional: el sistema de fuentes y la jurisdicción constitucional"*, Ariel, Barcelona, 1991.

[32] Un estudio acabado de este principio en Wolf, Erik, *"Las categorias de la tipicidad : estudios previos sobre una doctrina general de la Parte Especial del Derecho Penal"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; Vicente Martínez, Rosario de, *"El principio de legalidad penal"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

[33] Perez Luño, A., op. cit., pp. 25-26.

[34] Cfr. Soto Kloss, E., *"Derecho y Seguridad Jurídica"*, op. cit., p. 95.

La "seguridad/estabilidad" se logra:

i) Prefigurando los procedimientos de modificación de las normas, lo que posibilita su estabilidad, pero actualizada.

ii) Lo anterior, sin perjuicio de la permanencia y estabilidad de los efectos jurídicos producidos por tales normas.[35]

f) *Lege previa*: Es fundamental para la seguridad jurídica el que las normas del sistema jurídico prescriban en orden a las conductas futuras, de tal manera que los ciudadanos conozcan de antemano las consecuencias jurídicas de sus actos y las calificaciones jurídicas de la ley.

La previsibilidad de las leyes, junto a la prefijación de las conductas normadas, fue una premisa básica del Estado moderno. *"Así como para la concepción positivista comtiana, la ciencia consiste en la previsión que se introduce en el conocimiento de la realidad, según la vieja máxima savoir c´est prévoir, el Derecho a través de sus normas introduce la seguridad en la vida social al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos.*

Esta garantía se traduce en la exigencia de irretroactividad de las normas, en cuya virtud no se puede extender la aplicación de las leyes a conductas previas a su promulgación, que, por tanto, fueron realizadas antes que pudiera conocerse su contenido".[36]

Certeza jurídica, información, previsibilidad de las consecuencias jurídicas y libertad de acción formarían así una secuencia. Como ha señalado Finnis, la previsibilidad y certeza jurídicas aseguran a los sujetos a una autoridad la dignidad de la autodeterminación y la libertad frente a ciertas formas de manipulación.[37] Son célebres a este respecto las páginas dedicadas por Georges Ripert al abuso de legislación retroactiva (y a la conversión del Derecho en ley) en una de sus obra que marcó época: *"Le déclin du Droit. Etúdes sur la législation contemporaine".*[38]

En nuestro país, la irretroactividad de la ley penal es un principio constitucional: *"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada*

[35] Cfr. Soto Kloss, E., *"Derecho y Seguridad Jurídica"*, op. cit., p. 95.
[36] Pérez Luño, A., op. cit., p. 25.
[37] FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980, pp. 272-273. Vid. en un mismo sentido RAZ, J., *"The Rule of Law and its virtue"*, en *The Authority of Law*, Oxford, 1979, p. 221; LUCAS, J., *"The Principles of Politics"*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 151.
[38] Editado por Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949, pp. 275 ss.

con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado" (art. 19 Nº 3 inc. 7º).

Asimismo, nadie puede ser juzgado sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho (art. 19 Nº 3 inc. 4º) De la misma manera, ninguna ley puede afectar los derechos adquiridos en la forma garantizada por el art. 19 Nº 24 de la misma Carta Fundamental.[39]

El profesor Soto Kloss habla a este propósito de la *"seguridad/intangibilidad"*, que define como *"el respeto total y cabal de los efectos jurídicos adquiridos en virtud de título válido (ley, acto unilateral o convención), o de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la Constitución"*.[40]

Este tipo de seguridad implica:

i) La inexistencia de una prefiguración normativa de los procedimientos de modificación de esas normas o de los efectos adquiridos por su causa.

ii) Dicha ausencia otorga al sujeto que goza de esos derechos una situación de definitividad. En otras palabras, los efectos jurídicos de esos derechos adquieren un carácter intangible, al punto que no pueden afectarse sin caer en la ilicitud.

iii) Tal definitividad es el grado máximo a que puede aspirarse de seguridad jurídica, y, por ende, los efectos adquiridos de los derechos que el ordenamiento reconoce –sea que emanen de la propia naturaleza humana, como esenciales, sean adquiridos por título positivo válido– configuran una multitud de situaciones jurídicas, las únicas que hacen posible no solo el comercio humano, sino también la vida civilizada.

Este análisis tan claro del profesor Soto Kloss ha de ser matizado, a mi juicio, por el cambio de algunas circunstancias que han hecho variar el revestimiento concreto de aquella definitividad. El llamado proceso de "descodificación" y el papel activo de los tribunales en la creación de reglas jurídicas particulares que adicionan con sentidos variables lo que de unitario tiene la *ratio iuris* de las normas generales, han trasladado la discusión de la previsibilidad y estabilidad de la ley a la previsibilidad de las sentencias judiciales y a la necesidad de uniformar la jurisprudencia en base a algún sistema de precedentes.

[39] Sobre la irretroactividad de la ley, cfr. Verdera Izquierdo, Beatriz, "*La irretroactividad: problemática general*", Dykinson, Madrid, 2006; Suárez Collía, José María, "*El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*", Actas, Madrid, 1994.

[40] Cfr. Soto Kloss, E., "*Derecho y Seguridad Jurídica*", op. cit., p. 96.

2) SEGUNDA IDEA: Exigencia de corrección funcional. El sistema jurídico no solo debe tener las condiciones suficientes para otorgar seguridad jurídica desde un punto de vista *estático* (o estructural). También en su misma *operatividad* (en su funcionalidad, su dinamismo) ha de dar garantía del cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y de la regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación.

El profesor Pérez Luño vincula esta operatividad a la sujeción efectiva al bloque de legalidad por parte de los poderes públicos y de los ciudadanos, acompañada de condicionamientos materiales que se expresan en la tutela de los derechos fundamentales. De este modo, vincula insolublemente Estado de Derecho con Seguridad Jurídica.

"La vinculación de todas las personas públicas y privadas a la ley, que emane de la soberanía popular a través de sus representantes, y que se dirige al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, constituye la clave de bóveda del Estado de Derecho. En esa forma de organización política cobra sentido pleno el solemne aserto de Cicerón: legum omnes servis sumus, ut liberi esse possimus".[41] *En el Estado de Derecho la ley aparece como condición y garantía de la libertad, porque en su cumplimiento por todos reposa el recíproco reconocimiento de los derechos cívicos. El carácter inviolable del Derecho, su respeto y aceptación, lo mismo por quienes lo crean y aplican que por el resto de los ciudadanos, es condición indispensable para una convivencia ordenada y libre. Se previene de este modo la* ***arbitrariedad*** *de quienes ejercen el poder, pero también la eventual trasgresión de las normas por quienes, obligados por ellas, adujeran* ***ignorancia del Derecho****.*

La dimensión funcional de la seguridad enlaza con el principio de la ***eficacia*** *del Derecho. La regularidad operativa de las normas e instituciones de un sistema jurídico es una condición, aunque no la única, de su eficacia. Asimismo, a la inversa, el funcionamiento irregular, o el incumplimiento sistemático de las normas, o sea, la falta de eficacia de un ordenamiento jurídico, conducen a la quiebra de la seguridad".*[42]

"Las leyes, dice Calsamiglia, *deben ser eficaces. Una norma está bien hecha si la mayoría de los ciudadanos la obedecen espontáneamente, y solo en casos excepcionales la desobedecen, y en esos casos, se aplica la sanción de un modo general".*[43] Pero esta eficacia, no hay que olvidarlo, exige en un Estado de Derecho: i) una legalidad vinculada **a la responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad**

[41] Cfr. Cicerón, M.T., *"Pro Cluentio"*, 53, 146.
[42] Cfr. Pérez Luño, A., op. cit., p. 26
[43] Calsamiglia, A., *"Justicia, eficiencia y Derecho"*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1988, Nº 1, p. 329.

de los poderes públicos; ii) mantenimiento **de una coherencia de criterio en la aplicación de la ley y en la solución de supuestos iguales**.

La efectiva realización de la subordinación normativa supone en cada sistema jurídico un sistema de control de la juridicidad en general y de la constitucionalidad en particular. El principio de juridicidad ha sido profundamente estudiado en nuestro país por el profesor Eduardo Soto Kloss, especialmente en lo que dice relación a la sujeción de la ley a la Constitución, y de la Administración al imperio del Derecho, entendiéndolo como *"la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar"*.[44]

3) TERCERA IDEA: LA CERTEZA JURÍDICA. Lo propio de la seguridad objetiva es producir certeza jurídica o seguridad subjetiva en los destinatarios del sistema jurídico. Las dos facetas de la seguridad objetiva –su dimensión funcional y su sentido estructural– operan entonces como presupuestos para su incidencia subjetiva.

La **certeza jurídica** es la convicción que tienen los ciudadanos de que el sistema jurídico tutela sus derechos de un modo eficaz en las diversas áreas normativas, y en el evento de que éstos sean amenazados o violados, el imperio del Derecho será restablecido del modo preestablecido por el mismo sistema. De esta manera, la proyección sobre las conductas futuras en torno a los límites de lo permitido, prohibido e imperado es un motivo razonable para determinar libremente la propia conducta en sociedad.

Lo ideal es que a la seguridad objetiva corresponda la seguridad subjetiva, a través de un proceso normal de mediación institucional. Sin embargo, puede suceder que factores extrínsecos vengan a establecer una solución de continuidad entre estas dos facetas de la seguridad. Un país, por ejemplo, puede asegurar jurídicamente los derechos de sus habitantes, pero éstos pueden tener una sensación de inseguridad ciudadana que les resta confianza en la respuesta del sistema jurídico en la defensa de su persona y sus bienes. Una persistente errónea gestión del gobierno en su discurso público o una imagen mediática exagerada de los problemas de seguridad delictual pueden ocasionar, a mediano o largo plazo, una variable desestabilizadora de la seguridad objetiva.

Ha sido el ilustre iusfilósofo chileno profesor Jorge Millas quien con gran lucidez ha centrado una definición de seguridad jurídica acentuando el aspecto

[44] Soto Kloss, E., *"Derecho Administrativo. Bases fundamentales"*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 24. La lectura de esta obra ha de ser completada por el Tomo I, que constituye una auténtica instancia de reflexión filosófica en torno a las bases y al sentido histórico y deontológico del Derecho Administrativo.

subjetivo. Permítasenos citarlo in extenso habida cuenta de su particular planteamiento:

"La seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando estas se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado. Se tratada a no dudar de una seguridad específica, que conviene apellidar jurídica, para evitar las equívocas resonancias del concepto genérico de seguridad a secas. No es, pues, la seguridad metafísica (sic) del místico, ni la seguridad moral del optimista, ni la seguridad psicológica del hombre equilibrado, ni la seguridad material del hombre de fortuna, sino simplemente la del hombre social que seguro o no en su situación metafísica y económica, sabe con qué ha de contar como norma exigible en su trato con los demás. Es la seguridad, por tanto, de quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno" (...).

"La seguridad jurídica constituye un valor de situación: la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando, sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas que ellas se cumplan".

"Dado este su concepto, la seguridad como posibilidad de ser (ser de situación) que "debe ser", es decir como valor, queda determinada por las siguientes condiciones:

a) Que existan normas reguladoras de las relaciones sociales;
b) Que estas normas preexistan a toda posible decisión concreta de conducta;
c) Que estas normas sean impersonales, esto es, (que se dicten) en función de necesidades y fines comunes de convivencia social;
d) Que estas normas sean objetivas, es decir, que su sentido pueda ser racionalmente determinado;
e) Que estas normas sean o puedan ser reconocidas por el súbdito que le debe acatamiento;
f) Que estas normas tengan autoridad, vale decir, que tengan la garantía del poder público, garantía virtual del cumplimiento futuro, y garantía real de actual y efectivo cumplimiento".

Por tanto, *"la seguridad jurídica, en cuanto situación de quien psicológicamente la vive, se resuelve en dos componentes vivenciales: saber o certeza, por una parte, y expectativa o confianza por la otra. El saber se refiere a la existencia de las normas jurídicas. Es nuestro conocimiento a) de que hay ciertas normas que disponen tales y cuales conductas por modo impersonal y objetivo, y b) de que el orden así previsto es generalmente observado. La confianza deriva de ese conocimiento y consiste en*

la fundada expectativa de una continua y prolongada vigencia del orden jurídico. No se trata aquí de esa certeza de conocimiento teórico respecto de la existencia y contenido de las normas, sino de la anticipación de lo que probablemente ocurrirá en vista de la actual vigencia del orden jurídico dado. Sin embargo, el valor práctico de esa probabilidad es tan grande, que lo equiparamos a la certeza y arreglamos conforme a ellas nuestra conducta. Solo así es posible que se constituya la situación de seguridad".[45]

Tres críticas pueden hacerse a esta concepción, sobre la base de los aportes que la doctrina jurídica constitucional y la filosofía del derecho, primero anglosajona, y posteriormente continental, han venido planteando con fuerza en las últimas décadas:

a) La expectativa, previsibilidad y confianza del ciudadano no tienen como referencia única la norma de carácter general. Nunca las normas son tan *"objetivas"* como para no requerir de la determinación racional de los tribunales. La expectativa del ciudadano también debe ser garantizada respecto de la jurisprudencia judicial.[46]

b) La expectativa, previsibilidad y confianza no se satisfacen sólo con un sistema normativo formalmente establecido. Importa sobremanera el contenido, y, con ello, el asegurar en la medida de lo posible que la solución concreta que el

[45] Millas, Jorge, *"Filosofía del Derecho"*, Editorial Universitaria, Santiago, 1961, pp. 238-241.El pensamiento jurídico de Millas no se encuentra sólo en esta obra. Se haya desperdigado en sus diversos libros, aun a título de antecedente. Cfr. *"Idea de la individualidad"*, Prensas de la Universidad de Chile, Santiago, 1943; *"Ensayos sobre la historia espiritual de Occidente"*, Editorial Universitaria, Santiago,1960; *"De la tarea intelectual"*, Editorial Universitaria, Santiago, 1974, *"El desafío espiritual de la sociedad de masas"*, Editorial Universitaria, Santiago, 1962; *"Idea y defensa de la Universidad"*, Editora del Pacífico, Santiago, 1981.

[46] Es de advertir que el profesor Jorge Millas, siguiendo a Kelsen, y en parte a Roscoe Pound, asume una posición antiformalista y critica la idea de las normas generales como regulación mecánica de conductas. Pero la defensa del principio de prefiguración normativa contra los excesos de la Escuela del Derecho libre o de autores como Jerome Frank lo llevan a mantener intacto el problema. *"El juez,* sostiene el reconocido filósofo chileno, *sólo es juez y el Derecho sólo es Derecho en cuanto el principio de prefiguración (normativa) vale como estatuto de la conducta de aquél y como descripción de la esencia de éste. El Derecho es regulación prefigurativa de conducta y el juez es quien juzga ateniéndose a esa regulación"*. Cfr. Millas, Jorge, op. cit., p. 263. Pero es precisamente la naturaleza de ese *"atenerse"* la que es problemática en sí misma. Sobre la postura del profesor Millas en el llamado realismo norteamericano, vid. pp. 257-26.

Por otro lado, su consideración de la justicia como valor "extrajurídico" fue menguando a lo largo de su carrera. Hacia el final de su vida se siente una variación. Antes de su muerte sostuvo que los derechos humanos tienen su *"raíz"* en la *"experiencia moral"*, en la *"la consideración del prójimo como ente análogo a nosotros y valioso en el mismo sentido en que lo es nuestro propio ser"*. Cfr. Millas, Jorge, *"Fundamento de los derechos humanos"*, en Revista *"Análisis"*, edición de noviembre de 1982. Sobre este punto, vid. Maximiliano Figueroa M., *"La Democracia como construcción moral de la sociedad. Ideas políticas de Jorge Millas"*, en Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Nº 49/50, año 2005, pp. 161 ss (volumen homenaje a Jorge Millas) e *"Idea y desafío de la democracia. El legado de Jorge Millas"*, en Hermenéutica Intercultural. Revista de Filosofía, Ediciones UCSH, Nº 12, Santiago, 2002-2003, pp. 201-217.

ciudadano espera del sistema jurídico sea "justa" o "correcta". La garantía de una función jurisdiccional justa es hoy, quiérase o no, el centro de las preocupaciones teóricas, especialmente en materias de derechos fundamentales.

Las concepciones positivistas de la seguridad tienden a identificarla con la mera existencia de la legalidad positiva. Desde sus premisas, la existencia de un sistema legal, por injusto que pueda parecer, garantiza una determinada seguridad jurídica. Pero esto trae 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 sean justos (...) 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 es una razón de ser que no es atributo 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. De igual modo que no cualquier Estado es un Estado de Derecho, tampoco cualquier Derecho positivo implica un sistema de seguridad jurídica".[47]

"El equívoco 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 compendian 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".[48]

c) El normativismo ha sufrido un verdadero calvario con el estudio, profundización y utilización jurisprudencial de los principios jurídicos, que volviendo por sus fueros como expresiones de la justicia material, se han desmarcado del estrecho margen residual a que los había reducido la mentalidad positivista decimonónica. Incluso, en nuestro país, en la práctica de los tribunales, los principios juegan un papel muchísimo más relevante que el previsto tímidamente por el art. 24 del Código Civil.[49]

[47] Vid. Radbruch, G, *"Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes"*, en la famosa obra de G. Radbruch, E. Schmidt y H. Welsel, *"Derecho injusto y Derecho nulo"*, edición española de Aguilar, Madrid, 1971.

[48] Kelsen, H., *"Reine Rechtslehre"*, Franz Deuticke, Viena, 2ª ed., 1960, p.257. Cfr. Pérez-Luño, A., op. cit., pp. 58-59.

[49] Para un estudio de los principios en nuestro medio, vid. Alcalde R., Enrique, *"Los principios generales del Derecho: su función de garantía en el Derecho Público y Privado Chileno"*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003. Desde un ángulo más abstracto, los derechos fundamentales cumplen una verdadera función de principios como *"mandatos de optimización"*. Cfr. Alexy, R, *"Teoría de los Derechos*

IV. Los actuales peligros de la seguridad jurídica

Vamos a destacar a continuación algunos de los riesgos exponenciales para la seguridad jurídica que penden, en mayor o menor grado, cual espada de Damocles, sobre los sistemas jurídicos de nuestros días, y particularmente sobre el chileno.

1) Crisis del Estado contemporáneo, que ha traído como consecuencia una *defección* y un *exceso*. En efecto, el Estado se caracteriza hoy por una gran **inacción** en asuntos propios de bien común e interés general y por un grave **intervencionismo o hipertrofia** en sus funciones públicas, para lo cual utiliza los instrumentos normativos del Derecho Administrativo.

Anota Pérez Luño que 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 el aumento de de las consiguientes prestaciones y servicios públicos que distingue al *Welfare State* ha tenido su costo en términos de erosión del principio de legalidad, por cuanto la multiplicación de las intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Las clásicas "leyes formales" (*Rechtsgesetze*) se han visto reemplazadas paulatinamente por "leyes medida" (*Massnahmegesetze*).[50]

El Estado social de Derecho que había legitimado su omnipresente intervencionismo en función de un ambicioso programa de bienestar y emancipación, se halla hoy desbordado por sus propios compromisos, siendo ésta una de las causas de la crisis del modelo político. La falta de respuesta estatal a las exigencias sociales, la demora con la que las más apremiantes son atendidas contribuye a crear un clima de inseguridad en la eficacia de la respuesta política a las aspiraciones y necesidades de la sociedad.

En este sentido, Bobbio y Habermas reconocen que el actual modelo político ha sido incapaz de llevar a la práctica las promesas de la modernidad (de felicidad social), como sus teóricos anunciaron, y no ha respondido adecuadamente a las demandas sociales, de ahí sus enormes crisis de confianza y la tendencia a resolver los conflictos con la fuerza y no con el Derecho.[51]

Fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. En su *"Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales"*, Oxford, 2002, responde Alexy a las objeciones de Habermas (para quien el modelo de los principios resta fuerza a los derechos fundamentales) y Böckenförde (que lo considera un riesgo de tránsito desde el Estado legislativo al Estado jurisdiccional).

[50] Cfr. Perez Luño, A., *"Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución"*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 223 ss.

[51] Cfr. Bobbio, Norberto, *"La crisis de la democracia y la lección de los clásicos"*, en AA.VV., *"Crisis de la Democracia"*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 13 ss., y Habermas, Jürgen, *"La modernidad: un proyecto inacabado"*, en *"Ensayos políticos"*, Península, Barcelona, 1988, pp. 279 ss.

2) Crisis de la legalidad y de la información jurídica, que demuele la certeza del Derecho y que según famosas palabras de Simitis *"precipita en las tinieblas el ordenamiento jurídico"*.[52] Las causas señaladas por los estudiosos son dos:

i) "Hipertrofia legislativa" producida por un Estado convertido en *"machine à faire lois"*. *"Corruptissima respublica plurimae leges"*,[53] advertía Tácito. Hoy Zagrebelsky habla del *"derecho dúctil"*.[54]

"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 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".[55]

El flujo incesante de leyes a dado coto a lo que Paolo Grossi denomina *"una legalidad fluida"*, que convierte en más activa y compleja la labor del jurista.[56] La legalidad puede llegar a convertirse en agua que tiene el efecto de ir licuando la seguridad jurídica, justo donde la modernidad había puesto su esperanza por oposición al vapuleado gobierno de los reyes.[57]

ii) La pérdida de la claridad en el lenguaje de las leyes.[58]

"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 son expresadas las disposiciones legales. En estas circunstancias no solo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas –funcionarios administrativos, jueces y abogados– tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho".[59]

iii) Mala calidad de las leyes.

---

[52] Cfr. Simitis, S., *"Crisis de la Información en el Derecho y sistemas automatizados de información jurídica"*, en AA.VV., *"Problemas actuales de la documentación e informática jurídica"*, Tecnos, Madrid, 1987.
[53] Cfr. Tácito, *"Anales"*, III, 27.
[54] Cfr. Zagrebelsky, G., *"El derecho dúctil"*, 3ª ed., Valladolid, 1999.
[55] Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *"La Seguridad Jurídica"*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 46
[56] Grossi, P., *"Prima Lezione di diritto"*, GLF Editori Laterza, Roma, 2003.
[57] Grossi, P., *"Mitología jurídica de la modernidad"*, Trotta, Madrid, 2003. Por el contrario, vid. su exposición sobre el pluralismo jurídico del derecho medieval, en *"El orden jurídico medieval"*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
[58] López de Oñate, F., *"La certezza del diritto"*, op. cit., pp. 65 ss.
[59] Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *"La Seguridad Jurídica"*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 45

3) Crisis de la jurisdicción. La ventajosa "judicialización" del Derecho de las últimas décadas en los sistemas jurídicos continentales ha traído paradojalmente una consecuencia negativa: se han excluido estándares mínimos de previsibilidad decisoria, a veces con resabios de instrumentalización política del sistema.

Estos hechos cuentan con muchos antecedentes históricos. Enfoquemos dos para su mejor comprensión. En la inmediata postguerra se produjo una saludable reacción respecto a los dogmas ilustrados de *sujeción absoluta del juez a la ley positiva, así como de la concepción mecánica de la aplicación judicial del Derecho*. Esta última venía siendo ya arduamente combatida desde inicios de siglo por la llamada "Escuela del Derecho Libre", pero aun desde el seno del positivismo más emblemático encontró fuertes oposiciones.

Respecto del primer punto, Chaïm Perelman escribe: *"Los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933 demostraron que es imposible identificar el derecho con la ley. Hay principios que, aunque no constituyan objeto de una legislación expresa, se imponen a todos aquellos para quienes el derecho no es sólo expresión de la voluntad del legislador, sino de los valores que tiene por misión promover, entre los cuales figura en primer plano la justicia"*.[60]

Pérez Luño señala que con la experiencia totalitaria fue necesario distinguir entre la sumisión del juez al Derecho, en cuanto orden normativo axiológicamente legitimado, y su servidumbre a los contenidos de cualquier legislación positiva, aquel culto a la legalidad positiva condensada en el principio *"Gesetz ist Gesetz"*.

En el plano teórico, se objetó el presupuesto de que la norma general –sobre la cual se fundaba toda la seguridad legalista– tuviera un único significado auténtico y concluyente. Prevaleció la idea de norma como estructura abierta (*open texture*) a diferentes sentidos posibles. En las últimas décadas se produjo una metamorfosis en el concepto de norma que tuvo consecuencias inmediatas en la forma de concebir la función judicial. Hoy se tiende a sustituir la noción de norma jurídica como "norma dato" (meras formulaciones promulgadas por el legislador) por la de "norma resultado", que supone el momento completo y culminante de la elaboración normativa por los operadores jurídicos.

La fidelidad de los operadores jurídicos a la legalidad no tiene por qué suponer una concepción formalista de la interpretación y aplicación del Derecho. La fidelidad a la ley no debe confundirse, en definitiva, con su interpretación

[60] Perelman, Ch., *"La lógica jurídica y la nueva retórica"*, Civitas, Madrid, 1979, p. 97

literal, sino con la búsqueda de su sentido y objetivo. El jurista intérprete debe atender a los contenidos materiales de la legislación que remiten al sistema de valores éticos y políticos que le sirven de fundamento.

La labor judicial es, por tanto, un ejercicio de racionalidad práctica orientado y controlado: 1) por el ethos social institucionalizado en los valores que expresan las convicciones morales de la sociedad, que legitima el ordenamiento jurídico del Estado de Derecho y debe informar su aplicación; 2) por el sistema jurídico que contextualiza la decisión judicial en el seno del conjunto de fuentes normativas: leyes, principios, precedentes jurisprudenciales o doctrina.[61]

Dicho de otro modo, el juez llamado a resolver un asunto, a solucionar un "caso", aspira siempre a dictar una "resolución justa". Y ello se constituye en una de las palancas esenciales del proceso de captación del sentido de las normas y de la significación de los hechos, en una guía fuerte del proceso de aplicación del Derecho. Por ejemplo, la función correctora del Derecho estricto de la *aequitas* romana y de la *equity* inglesa permite comprobar la relevancia de las exigencias éticas de justicia en ambas experiencias jurídicas.[62]

Tomás y Valiente, F., dice a este respecto: *"en un Estado de Derecho se hace justicia al aplicar correctamente el Derecho positivo. Más allá de esta estricta delimitación positivista, la justicia es un concepto formado por nociones que rebasan la posibilidad de la experiencia: es una idea o concepto de razón, o, si se prefiere, un valor cuyo contenido se ha de concretar materialmente en cada momento y en cada situación social".*[63]

Por otra parte, la aplicación mecánica de la norma jurídica por parte del juez se transformó por mucho tiempo en un auténtico desideratum de la seguridad jurídica, en el contexto del papel que la ilustración atribuyó al juez. Como ha indicado el profesor Díez-Picazo, *"los códigos se pensaron, redactaron y promulgaron con una pretensión de estabilidad e incluso, si se puede hablar así, de perennidad. Dicho de otro modo, hechos de una vez, estaban hechos para siempre".*[64]

Pero desde las mismas filas del positivismo, este dogma fue demolido. Kelsen y Hart, por ejemplo, se negarán a suscribir la tesis según la cual las normas

[61] Pérez Luño, A., op. cit., pp. 99, 100, 101, 104.
[62] Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *"Aspetti e funzioni dell´equità"*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto"*, pp. 834 ss.
[63] Tomás y Valiente, F., *"Las garantías de los ciudadanos y el papel del Tribunal Constitucional,"* en *"Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 151.
[64] Cfr. Díez-Picazo, L., *"Un siglo de derecho privado"*, en *"Pensando el derecho en el siglo XX"*, Madrid, 2003, p. 43.

generales poseen la determinación suficiente para que su aplicación a cada caso consista en un simple razonamiento deductivo. Su irrealidad era evidente. Por ello, Kelsen defenderá una indeterminación judicial incluso cercana a la arbitrariedad[65] y Hart sustentará una "zona de penumbra" que verá acompañada a la aplicación e interpretación de toda norma. En el primero, las elecciones llevadas a cabo por los jueces en los espacios de indeterminación normativa deberán considerarse una labor creativa, y en el segundo, los fundamentos de las decisiones judiciales, aunque enmarcados por un conjunto de normas, principios, razonamientos, argumentos, no podrán ser considerados en sí mismos parte del sistema jurídico, pues se trata de estándares valorativos, sociales, políticos, etc.[66] De ahí que sea necesario, por un problema de seguridad jurídica, mirar de frente la realidad del papel de los jueces a fin de recuperar el control del razonamiento jurídico y de la argumentación judicial.[67]

Desde matrices cercanas a la práctica judicial norteamericana, Dworkin rechazará en los años sucesivos la existencia de "espacios de textura abierta" o de indeterminación del derecho, pues va a considerar que si se acepta su existencia, se vulneraría seriamente lo que nosotros hemos llamado seguridad subjetiva. En consecuencia, va a transmutar el modelo de derecho adoptado por Kelsen y Hart, tan caro al positivismo confeso e inconfesado. El Derecho ya no se propondrá como un sistema compuesto exclusivamente de normas ("reglas", en el lenguaje anglosajón), sino también de principios que pueden ser descubiertos por los jueces subyaciendo al derecho establecido, especialmente en los "casos difíciles" en que Kelsen o Hart imaginaban una ausencia de solución normativa unívoca. Es un Derecho que atiende a *"cómo deciden los jueces los casos concretos"*[68] y que pueden encontrar la única respuesta correcta del sistema, desechando así la discrecionalidad judicial.

---

[65] El autor afirma textualmente: *"la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de este modo estas normas se transformarían en normas jurídicas positivas"*. Cfr. Kelsen, H., *"Teoría Pura del Derecho"*, Unam, México, 1982, p. 354. La discusión sobre el exacto rol que juega el juez en el pensamiento de Kelsen puede encontrarse en Luzzati, C., *"La vaghezza delle norme"*, Giuffré, Milano, 1990, pp. 345-346; Ruiz Manero, J., *"Jurisdicción y normas"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 28-29, Lifante, I., *"La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea"*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 70-72.
Aparte de la *"Teoría Pura del Derecho"* en sus tres versiones originales (1934, 1953, 1960), que presentan rectificaciones sucesivas, las obras de Kelsen traducidas al español son las siguientes: *"Teoría general del derecho y del Estado"*, Unam, México, 1969; *"La idea del derecho natural y otros ensayos"*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1946; *"Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo"*, Ed. Siglo XXI, México, 1982; *"Esencia y valor de la democracia"*, Ed. Guadarrama, Madrid, 1977; *"¿Qué es justicia?"*, Ed. Ariel, Barcelona, 1982.

[66] Cfr. Calvo García, M., *Los fundamentos del método jurídico*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 163-164.

[67] Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 47.

[68] Cfr. Dworkin, R., *"Laws Empire"*, Mass Belknap, Cambridge, p. 2. Vid. a este respecto, Cfr. García Figueroa, A., *"Principios y positivismo jurídico"*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 56.

Según Dworkin, los jueces nunca determinan lo que el derecho debe ser, sino que están limitados a descubrir y declarar lo que creen que ya es con anterioridad a su decisión.[69] Frente a la objeción de que los estándares decisorios que no son normas jurídicas no hacen parte del sistema, porque formalmente no se encuentran insertos en él, Dworkin responde distinguiendo dos formas de validez: una basada en la *pertenencia* a un sistema jurídico, de acuerdo con la cual una norma tiene carácter jurídico si forma parte de un sistema identificable como jurídico por criterios como la regla de reconocimiento hartiana, y, otra, la validez como *obligatoriedad*, de acuerdo con la cual una norma es jurídica si es moralmente obligatoria. Los principios serían válidos, tendría existencia jurídica, de esta segunda manera.[70]

Todo lo contrario ocurre con el movimiento *Critical Legal Studies*, corriente del pensamiento jurídico estadounidense capaz de defender la tesis de la discrecionalidad y sostener, al mismo tiempo, que las decisiones judiciales son bastante previsibles. Una previsibilidad que, en lugar de tomar como referencia las normas jurídicas, atenderá al contexto en el que las decisiones son adoptadas.

De cualquier manera, como dice Gianformaggio, el valor de la seguridad jurídica ya no será el de la previsibilidad, sino el del control de las decisiones judiciales. De ahí el aparecimiento de una serie de doctrinas sobre la argumentación jurídica que desde los tiempos de Perelman, Viehweg y Toülmin intentan evitar el decisionismo subjetivista en el Derecho y prometen seguridad jurídica por la vía de someter a pautas de racionalidad el proceso de interpretación y resolución de los casos.[71]

El profesor Xiol Ríos comenta a este propósito: *"La seguridad jurídica no se logra ya mediante una instancia decisora jerárquicamente superior. De manera realista, es de esperar una disminución de la inseguridad jurídica mediante una conexión reiterada de las decisiones jurídicas con las que se van produciendo posteriormente,*

[69] Cfr. Dworkin, R., *"Los derechos en serio"*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 84-85.
[70] Ídem, p. 100.
[71] Cfr. Ruiz Sanz, M., *"El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R.Alexy"*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, p. 349. Alexy identifica cuatro postulados de la racionalidad práctica procedimental: 1) un grado sumo de claridad lingüístico-conceptual; 2) un grado sumo de información empírica; 3) un grado sumo de universalidad; 4) un grado sumo de desprejuiciamiento. Alexy enuncia veintidós reglas (fundamentales, de razón, sobre la carga de la argumentación, de fundamentación y de transición) y una tabla sobre la forma de los argumentos. Tales reglas se resumen en reglas de la lógica, reglas acerca de los derechos de participación e intervención oral, sobre las cargas de la argumentación, diversas variantes de la idea de universalidad, reglas para el examen del surgimiento de convicciones normativas y formas de argumentos deductivos. ALEXY, R., *"La idea de una teoría argumentación jurídica"*, en *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 63.

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

lo cual apunta, en la realidad de la práctica judicial, a la tradición del precedente jurídico".[72]

El profesor Diez-Picazo expresa en análogo sentido: *"hay una idea más profunda en la consideración de la jurisprudencia. En especial cuando se reclama su uniformidad, aflora la intuitiva idea de que la justicia exige la igualdad y que la igualdad exige que casos iguales sean tratados igualmente y que los precedentes judiciales sean respetados, salvo cuando hayan existido fundadas razones para desviarse de ellos. Este es para mí el pilar básico de una teoría de la jurisprudencia: el respeto del precedente judicial como respeto de la idea de justicia a través de la igualdad".*[73]

En un contexto más amplio, el profesor Jesús Remón Peñalver sostiene: *"Desde una perspectiva general, la multiplicación de centros sectoriales de decisión y el creciente recurso a la mediación y el arbitraje podrían analizarse en el contexto de un proceso de "refeudalización"* [74] *del sistema político y social o, si se prefiere, como una muestra del proceso de sustitución de las instituciones por la capacidad de composición de los grupos integrantes de la sociedad civil.*[75] *La lógica del imperio de la ley y el dogma de la racionalidad del legislador, que condujeron al monopolio de la jurisdicción en la tarea de solucionar los conflictos, está siendo paulatinamente sustituida por una "lógica de red" articulada en torno a una trama de estructuras sectoriales autónomas dotadas de sus particulares regímenes jurídicos (Derecho global sin Estado) y de sus propios centros y pautas de decisión".*

"Para que un sistema asentado sobre esas claves pueda estar en condiciones de satisfacer unos mínimos estándares de seguridad será preciso que sea transparente, pero, sobre todo, que asuma el principio de vinculación al precedente para que puedan conocerse las líneas de razón que sirven de fundamento a sus decisiones y todo el mundo pueda saber a qué atenerse".

"¿Cuáles son las claves que explican esta evolución? Me atrevería a decir que, en el fondo, late una falta de confianza en el Estado y, en particular, en la legislación y en la jurisdicción. La sociedad global se estructura en una multitud de escenarios sectoriales que no confían en la capacidad de la ley, entendida como norma general, para resolver sus problemas; y que asimismo consideran que sus peculiaridades no pueden ser eficazmente abordadas por una jurisdicción generalista, sino por un sistema especializado".

---

[72] Xiol Ríos, J. A., *"El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo"*, Madrid, 2005, p. 29.

[73] Díez-Picazo, L., *"La jurisprudencia"*, en *"El Poder Judicial"*, Madrid, 1983, p. 278.

[74] La tensión entre "universalismo" y "localismo" jurídicos es, como se sabe, característica de la Alta Edad Media (véase, por todos, García-Pelayo, M., *"La idea medieval del Derecho"*, en *"Del Mito y de la Razón en el pensamiento político"*, Madrid, 1968)

[75] Pérez Díaz, V.: *"El retorno de la sociedad civil"*, Madrid, 1987.

"Estas dos tendencias se han visto alimentadas por la progresiva pérdida de la calidad de las leyes, más atentas, como se ha visto, a las urgencias coyunturales que a las exigencias de orden y sistema, y por una progresiva disminución del valor de la jurisprudencia, que cuando llega lo hace tarde y pocas veces es uniforme."[76]

4) Fundamentos políticos de la seguridad jurídica

La historia no solo nos sirve para comprender el Derecho y deshacernos del exceso de utopismos y teorizaciones, sino también, en el caso específico de la seguridad jurídica, su formación conceptual, ha observado Pérez Luño, ha sido el resultado más de las conquistas políticas de la sociedad y menos de la elaboración puramente teórica.[77]

La seguridad es ante todo una radical necesidad antropológica humana.[78] Constituye *"un deseo arraigado en la vida anímica del hombre ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido"*.[79] De ahí que en el mundo germano se hable de la *exigencia de seguridad de orientación*.[80]

La apelación al valor de la seguridad como presupuesto y función del Derecho y del Estado será un lugar común en la tradición contractualista. Hobbes, Pufendorf, Locke, Rosseau, Kant, concebirán el tránsito desde el estado de naturaleza a la sociedad como la superación del *ius incertum* y su conversión en estado de seguridad a partir del pacto social.

Por inmediata influencia de la filosofía iluminista y contractualista, la seguridad se convertirá en presupuesto indispensable del Derecho moderno, devenido en Derecho *del* Estado. De ahí la tendencia a inferir que todo Derecho y que todo Estado conforman, por su mera existencia, sistemas de seguridad jurídica. Por influencia del positivismo jurídico decimonónico, el enfoque fue durante mucho tiempo la seguridad *del ordenamiento jurídico, la "seguridad del Derecho mismo"*[81] y no la seguridad *de la sociedad, o más exactamente, de cada uno de sus miembros, para los cuales existe el ordenamiento jurídico.*

---

[76] Cfr. Ramón Peñalver, J., *"La lucha por la seguridad jurídica"*, en Diario La Ley, Madrid, N.° 6642, 1 de febrero de 2007.

[77] Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *"La Seguridad Jurídica"*, Ariel, Barcelona, 1991, p.17.

[78] Un interesante trabajo sobre los vínculos entre seguridad jurídica y necesidad de la naturaleza humana, cfr. Williams Benavente, Jaime, *"La seguridad jurídica como valor del Derecho"*, en *"Derecho y Seguridad Jurídica"*, Colección Seminarios N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp.11-52.

[79] Coing, H., *"Fundamentos de Filosofía del Derecho"*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 67.

[80] Zippelius, R., *"Rechtsphilosophie"*, Beck, Munich, 1982, p. 157.

[81] La frase es de Gustav Radbruch en su *"Introducción a la Filosofía del Derecho"*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 40.

Para Pérez Luño, la seguridad jurídica debe concebirse como presupuesto y función, no de cualquier Estado, sino del Estado de Derecho.

"En su acepción estrictamente empírica puede existir una seguridad impuesta a través de un Derecho que garantice coactiva e inexorablemente el cumplimiento de una legalidad inicua. De hecho, la manipulación de la seguridad jurídica por los despotismos de todo signo representa una constante histórica. En los Estados totalitarios los dogmas de plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico, el principio de inquebrantabilidad e inexorabilidad de la legalidad, la publicidad exagerada hasta la propaganda de la ley, así como el control de la discrecionalidad judicial han sido instrumentalizados al máximo para la imposición del monopolio político e ideológico. (...) Las manifestaciones de ***seguridad de la inseguridad*** *son incompatibles con la razón de ser del Estado de Derecho".*

"En el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: ***presupuesto*** *del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional; y* ***función*** *del Derecho que "asegura" la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no solo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales".*[82]

Hasta los años cincuenta el debate por la seguridad jurídica marcó época: Carl August Emge, Max Rümelin, Gustav Radbruch (Alemania); Piero Calamandrei, Giuseppe Capograssi, Francesco Carnelutti (Italia); Georges Ripert (Francia) y Jerome Franck (EEUU).

"Los totalitarismos de nuestro siglo, paralelamente a su asalto a la razón, han supuesto un asalto a la seguridad. El notorio lema fascista de vivere pericolosamente *o la aversión nazi a la seguridad, en cuanto obstáculo y rémora para la voluntad de transformación política de la comunidad popular (Volksgemeinschaft) interpretada por el Führer en régimen de monopolio así lo corroboran. No menos indulgente con la seguridad se ha mostrado el totalitarismo soviético al reputarla como un instrumento al servicio de la burguesía, dirigido a perpetuar la división de la sociedad de clases"*

"La crisis vital de aquella etapa, manifestada en un difuso estado de ánimo de angustia, traducía un anhelo desesperado e insatisfecho de angustia".[83]

En la postguerra se genera un clima de recuperación y rehabilitación de la seguridad. Pero la evolución cíclica de las circunstancias, ideas e inquietudes

[82] Pérez Luño, E., *"La Seguridad Jurídica"*, op. cit., pp. 19-20.
[83] Ídem, pp. 14-15.

humanas han reproducido en la actualidad, con motivaciones y matices nuevos, la crisis de seguridad que caracterizó la etapa previa a la Segunda Guerra Mundial. Amenaza nuclear, degradación del medio ambiente con el consiguiente riesgo de catástrofe ecológica, abusos de la ingeniería genética, o eventuales abusos de la informática, que hoy definen la existencia cotidiana. A nivel político institucional, a los tradicionales motivos de inseguridad basados en el temor ante el exceso de poder estatal, se añaden, como hemos dicho, los que, a la inversa, dimanan por defecto de actuación pública eficaz en temas que afectan al interés colectivo o a la consecución del bien común.