

La seguridad jurídica en la decisión judicial. ¿ Utopía o realidad?

Eduardo Barbarosch*

Resumen

Existe una pretensión muy extendida en nuestra sociedad, amplificada a través de los medios, grupos de opinión, diversos sectores sociales, sobre la necesidad imperiosa de garantizar tanto a la sociedad como a los individuos la seguridad jurídica. Esta noción de seguridad jurídica se confunde con otra noción que es la de la protección de intereses vinculados a determinados sectores. Como en toda sociedad en la nuestra existen conflictos de intereses y es natural que aquellos que se ven afectados en sus intereses por decisiones legislativas o judiciales, tiendan a alegar que lo que se afecta simultáneamente es la seguridad jurídica, valor indispensable para el progreso y la convivencia en la sociedad. En este trabajo me ocuparé de uno de los aspectos que se vinculan con la seguridad jurídica, aquél que refiere a la racionalidad del derecho y a la posibilidad de predecir de antemano cuáles serán las decisiones judiciales frente a los intereses en conflicto planteados ante sus estrados. Esta es una cuestión muy debatida en el ámbito de los especialistas del derecho, pero más aún en el espacio de discusión abierto en la filosofía del derecho bajo el título de la interpretación judicial. Ese debate puede sintetizarse en una cuestión a dilucidar: ¿La seguridad jurídica es un ideal utópico o realista? Para analizar esta pregunta es necesario recorrer el largo camino que se ha dado en las discusiones teóricas sobre el tema. Defenderé la tesis que es un camino minado, y que existen utopías que no dejan de ser realistas, aunque su concreción absoluta no deje de ser más que un noble sueño.

1.- Introducción

La noción de seguridad jurídica nace con la modernidad. En el ámbito de los estudios sociológicos Max Weber¹ desarrolló con singular agudeza una idea que sostenía era propia del espíritu del capitalismo moderno a diferencia del capitalismo aventurero. El cálculo económico debía ser seguro en una economía moderna organizada racionalmente, y ello no podía ni siquiera concebirse si el derecho y su administración no estuvieran conformados con una perfección formal técnico-jurídica. Weber se preguntaba: ¿ A qué se debe la existencia del derecho? Y si bien, no lo consideró el factor único y dominante, atribuía a los intereses capitalistas haber allanado el camino de la dominación de los juristas (educados en el derecho racional) en la esfera tanto de la justicia como de la administración.

Pero más allá de la explicación sociológica weberiana, de cómo, en cierta medida, el valor de la seguridad jurídica es el resultado de la certidumbre que se busca en la economía capitalista, no es menos cierto que en los tribunales judiciales se ventilan otras cuestiones que de hecho tienen un nexo más remoto con el incremento de la riqueza.

¹ Max Weber. La ética protestante y el espíritu del capitalismo. Ediciones Península. 1979. Barcelona, España.

En este sentido quienes tienen un conflicto de intereses para ventilar en los tribunales judiciales, no dejan de considerar como algo justo que la decisión judicial no debe ser el resultado del mero arbitrio de los jueces. Tienen una exigencia de racionalidad en la aplicación del derecho que compete a los jueces. Cuando se habla de aplicación del derecho es porque se distingue de la creación del derecho. Esto se compadece con el presupuesto de que existe un derecho preexistente a la decisión judicial y que ese derecho válido y preexistente debe ser acatado por el juzgador para que la sentencia pueda ser considerada justa y para que no se vulnere la seguridad jurídica. En la mentalidad de aquellos que tienen una formación jurídica, la seguridad jurídica está íntimamente ligada a la previsibilidad de las decisiones de los órganos jurisdiccionales.

2.- La racionalidad formal del derecho en el sistema continental y las posiciones antagónicas

Dentro de la línea de pensamiento vinculada a la previsibilidad de las decisiones judiciales, que es enfáticamente sostenida por la mayoría de los juristas, no existe un criterio unánime sobre cuáles son los fundamentos de la seguridad jurídica. Weber sostuvo, como vimos, un criterio de racionalidad económica aunque no lo llevó hasta sus últimas consecuencias. Pues creyó que la racionalidad del derecho estaba perfectamente asegurada si esta racionalidad era puramente formal. Este criterio puramente formal independiente del contenido del derecho garantizaba la constitución de una ciencia jurídica y simultáneamente un alto grado de certeza en la decisión judicial. Este tipo de formalismo jurídico implicaba una separación conceptual del derecho con la moral y con otras disciplinas no jurídicas. La noción weberiana del derecho aseguraba la autonomía del derecho en relación con otras disciplinas y simultáneamente implicaba la configuración de un approach al derecho que conformó lo que se denominó como positivismo jurídico.

Uno de los juristas más destacados del Siglo XX, Hans Kelsen es quien en la teoría del derecho desplegó en plenitud la intuición weberiana sobre la racionalidad formal del derecho. Kelsen introdujo conceptos puramente formales, independientes del contenido, para caracterizar la naturaleza de todo ordenamiento jurídico y de cómo funciona en sentido dinámico. El criterio de validez que Kelsen introduce en su teoría es un criterio de legitimidad formal que permite identificar que normas jurídicas pertenecen al sistema y aquellas que son ajenas al mismo. Por otro lado distingue entre normas generales (leyes) y normas individuales (sentencias judiciales) Señala así que el sistema organizado bajo el principio del estado de derecho es en esencia el principio de la seguridad jurídica. En la medida que las decisiones de los tribunales en casos concretos quedan ligadas a las normas generales sancionadas por el poder

legislativo, las decisiones esperadas por los litigantes son previsibles hasta cierto grado². Recordemos, además, que en una democracia dualista, esto es, con una constitución rígida, determinados derechos y en particular el derecho de propiedad establecidos en la constitución limitan a su vez la actividad de creación de normas generales por el legislador. El poder judicial, un poder no elegido directamente por el pueblo y con jueces elegidos a perpetuidad tienen competencia para invalidar leyes generales sancionadas por el legislador. Sin embargo, Kelsen apunta que los jueces tienen una función creadora del derecho aunque, no en el sentido de aquellos otros teóricos del derecho que consideran que los jueces deben asumir y de hecho asumen una actividad de libre creación del derecho cuando dictan sentencias.

¿Cuál es la razón que esgrime Kelsen para rechazar la libre creación del derecho y a su vez admitir la función creadora de los jueces dentro de lo que denomina el marco de posibilidades que la norma general le ofrece al órgano jurisdiccional? Una libre creación del derecho no responde al criterio ínsito de su teoría del derecho, que como dijimos, es el de la racionalidad formal.

Kelsen apunta que frente a la corriente racional y formal del derecho aparece una corriente adversa que propone instituir la libre creación del derecho para garantizar la flexibilidad de éste y fundada, a veces, en nombre de la justicia. Justa sería una sentencia cuando atiende a las peculiaridades del caso concreto, como los casos nunca son idénticos la aplicación de una norma general a un caso concreto nunca llevaría a una sentencia justa. De esta manera la corriente que apoya la libre creación del derecho no admite la validez de la legislación si el órgano de aplicación no lo considera justa y lo convoca a ese órgano a la formulación de normas generales.

El modelo de la libre creación del derecho para los jueces, fue desarrollado en el sistema de derecho continental. Esta corriente inaugura una reacción irracionalista frente a la racionalidad weberiana en el ámbito de la de la decisión judicial y de esa manera pone en crisis el valor de la seguridad jurídica. La manera racionalista de tratar a la sentencia judicial como si fuera un silogismo judicial en el que el precepto legal es la premisa mayor, los hechos la premisa menor y el fallo la conclusión, es rechazada por la escuela del Derecho libre que podemos ubicar en la Alemania de principios del siglo XX. Así uno de sus principales mentores Germán Kantorowicz formulaba estas apreciaciones: “ El juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley reclama. En

² Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho. Traducción Roberto J. Vernengo. UNAM.1979

ambos casos dictará el juez la sentencia que según su convicción el actual Poder del Estado habría decretado, si hubiese pensado en el caso de autos”³

Kelsen se mantiene dentro de los criterios de la racionalidad weberiana cuando analiza la cuestión de la interpretación que los jueces hacen al aplicar las normas generales a los casos individuales. No duda que en la creación de una norma individual (la sentencia) el juez no es un mero mecanismo cognitivo de aplicación del derecho. Por eso nos habla de creación del derecho y no de aplicación estricta del derecho. Para Kelsen la decisión judicial no es estrictamente un acto cognoscitivo, sino volitivo. Este autor considera que la ley a la que el juez debe atenerse al dictar sentencia constituye un marco de solución para los casos sujetos a decisión y ese marco ofrece varias posibilidades al juzgador. Cuando el juez decide un caso finalmente elige una de las posibilidades que ese marco ofrece y ese acto de elegir significa la expresión de un acto de voluntad. La sentencia judicial en Kelsen sería el resultado de un acto de voluntad, expresión de un acto de creación y no de mera aplicación. Así en las propias palabras de Kelsen: “ La teoría usual de la interpretación quiere hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar *una* decisión correcta, y que la “corrección” jurídico positiva de esa decisión tiene su fundamento en la ley misma. Plantea el proceso de interpretación como si sólo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento o de comprensión, como si el órgano de aplicación del derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad; y como si mediante una pura actividad del entendimiento pudiera encontrarse, entre las posibilidades dadas una opción correcta según el derecho positivo, que correspondiera al derecho positivo”⁴

Las conclusiones que podemos sacar de estas dos versiones de la teoría del derecho sobre la decisión judicial, en el ámbito del derecho continental, excluyen toda posibilidad de pretender que los jueces se transformen en autómatas o meros voceros del legislador. La certeza queda excluida en los muchos de los casos judiciales y esa impredecibilidad acompaña como la sombra al cuerpo a una cantidad importante de los litigios judiciales en prácticamente todas las materias del derecho.

3.- La era de la globalización económica y la racionalidad del derecho en el mundo anglosajón

En la era de la globalización económica se ha recomendado a las economías emergentes que querían ser beneficiadas con el ingreso de capitales como condición necesaria para el flujo de esos capitales una adaptación del modelo de derecho

³ La lucha por la ciencia del derecho. Editorial Losada. 1949

⁴ Kelsen, Hans, ob,cit, pag, 352

continental al modelo del “ Common Law” que impera en el mundo anglosajón. Dos razones se esgrimieron para esas recomendaciones que tomaron finalmente el carácter de advertencias. La adaptación y la recepción de ese modelo, que se presupone que ha llegado a un alto grado de racionalidad, asegurarían simultáneamente la seguridad jurídica y la eficiencia.

Debemos señalar que no existe una uniformidad de criterios en la teoría jurídica desarrollada contemporáneamente en los Estados Unidos y en el Reino Unido. Sin embargo, algunos autores señalan que una nueva forma del “realismo jurídico” tiende a predominar en estos países y pretende expandir sus tesis al resto del mundo. El realismo jurídico en la actualidad se expresa en una nueva versión manteniendo los presupuestos epistemológicos que le dieron origen. En su origen el realismo jurídico americano adhirió a la idea de que los estudios sociales debían alcanzar los mismos niveles de cientificidad que aquellos dedicados a la naturaleza. En este sentido se señalaba que la teoría jurídica para constituirse en una verdadera ciencia social positiva debía calificar en el campo de la predicción y la explicación. El realismo jurídico nace en las décadas de los 20 del siglo pasado como una reacción contra el formalismo jurídico. El realismo jurídico fue un fenómeno heterogéneo y jugó, en algunas de sus versiones, un papel importante en la época del New Deal. Como ideas centrales que se corresponden a estas diversas versiones del realismo jurídico se puede rescatar una de ellas, su rechazo al uso de conceptos normativos, en particular, el concepto de “validez” muy utilizado por la teoría del derecho kelseniana y otros autores del mundo anglosajón como lo es en el caso profesor de Oxford en “Jurisprudence” H. L. Hart. Para los realistas jurídicos las nociones de normatividad carecen de contenido para formular una teoría científica sobre el Derecho⁵ La visión de los primeros realistas sobre las normas jurídicas era que constituían profecías acerca de cómo los jueces habrían de resolver los casos. Las nociones de obligatoriedad del derecho y otras similares hacían agua, y el derecho quedaba básicamente en una indeterminación radical. De esta forma se afirmaba que el derecho era lo que los jueces en sus sentencias afirmaban que era derecho. Esta tesis de la indeterminación radical, aunque el realismo jurídico de las primeras décadas del siglo anterior ha desaparecido prácticamente, es el estandarte de una de las versiones actuales que se han dado en llamar “Critical Legal Studies” Estas concepciones, por supuesto, no pueden garantizar ni la eficiencia ni la seguridad jurídica y se convertirían en un mal trago si se pensara que adaptar el derecho a las necesidades de la globalización le

⁵ Cfr. Horacio Spector . Elementos de Análisis Económico del Derecho. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe 2004.

hicieran concebir a legisladores y jueces que las normas no constituyen más que “juguetes vistosos” aptos para cualquier aplicación discrecional.

Pero existe dentro de las versiones actuales del realismo jurídico una corriente denominada Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) que aparece como disciplina en los años 60 del siglo pasado. Esta teoría se ha presentado como una concepción científica que sería la que puede conferir al derecho en general, a la actividad legislativa y judicial, un alto grado de rigor acorde con los requisitos de una ciencia social que quiera asemejarse en sus resultados a la de las ciencias naturales.

Esta teoría, además, se presenta como una solución al problema de la inseguridad jurídica en las decisiones judiciales. La noción de eficiencia paretiana puede reemplazar a una noción de naturaleza metafísica como la “ validez” o cualquier otra noción normativa incorporando a la teoría jurídica una serie de términos teóricos que transforman a las normas en guías ciertas para la decisión judicial. Para ello, además, el saber jurídico debería modificar sus criterios de justicia.

Esta modificación debe introducirse en las ideas de justicia aplicables al Derecho Privado, vinculadas al derecho de propiedad, la reparación de daños y la celebración y cumplimiento de los contratos. En general se ha entendido que la asignación de derechos de propiedad se regula por una concepción de la justicia distributiva, la reparación de los daños por una justicia correctiva o rectificadora y la celebración y cumplimiento de los contratos por la denominada justicia conmutativa. El origen de estas distintas ideas de justicia puede rastrearse en la filosofía aristotélica. El AED reemplaza el esquema aristotélico y la idea de justicia es reemplazada por el concepto de eficiencia.⁶

La racionalidad weberiana con esta corriente dejaría de ser puramente formal, como se advierte en la obra de Kelsen. Este jurista no asume ningún criterio moral, económico o de justicia para legitimar un orden jurídico. El criterio de validez en Kelsen, en principio, no tiene ninguna relevancia moral ni sustantiva. El positivismo jurídico se caracteriza por establecer una clara distinción entre el derecho que es y del derecho que debe ser. Es posible suponer que la racionalidad que Weber advertía como propia del capitalismo requiriera de una teoría económica como fundamento del derecho si la noción de seguridad jurídica es esencial al cálculo para la predecibilidad económica. La idea que aporta la teoría del AED, le resta, sin embargo, autonomía al derecho y neutralidad a la ciencia jurídica pues tanto el legislador, el juez o el jurista en sus diferentes funciones deberán guiarse exclusivamente por el criterio de eficiencia económica. De ahí que algunos autores se hayan preguntado si en verdad el sistema

⁶ Cfr. Horacio Spector ob, cit, a quien seguimos en parte en su descripción del AED

jurídico debe ser eficiente, o lo que es lo mismo, si la eficiencia económica es un valor que fundamente y justifique las decisiones jurídicas.⁷ Este interrogante se asemeja a la pregunta abierta con que Moore fustigaba al naturalismo ético, esto es, si la justicia puede ser definida, ahora, como eficiencia. Una respuesta afirmativa debería admitir que es inconsistente interrogarse si lo que resulta eficiente es justo. En caso contrario, si formular esa pregunta no implicase ninguna inconsistencia la definición de justicia basada en la eficiencia incurriría en la falacia naturalista.

Sin embargo, al respecto, existe una respuesta que brindan aquellos que adhieren a la corriente del AED. Así se dice que AED no es una corriente que asuma una posición “economicista”, pues no sostiene que la eficiencia es el único valor digno de ser promovido.⁸ Sin embargo, no resulta una hipótesis descabellada pensar que con la introducción del criterio de eficiencia para sustituir el criterio de validez formal se instaure el “imperialismo económico” sobre el derecho. Acaso podría pensarse que se sustituye a otro tipo de imperialismo aquel que entiende que la moral subordina al derecho y le confiere su validez.

Conviene detenerse en el concepto de eficiencia cuya definición se debe a Vilfredo Pareto. Bien señala Spector⁹ que las nociones de justicia distributiva, correctiva o rectificadora y conmutativa son reemplazadas por dos nociones diferentes de eficiencia la productiva y la vinculada con la asignación. La noción de eficiencia paretiana puede ser presentada de diferentes maneras. ¿Cuándo una decisión social es óptima? Cuando es preferida unánimemente o cuando alguien como consecuencia de esa elección puede mejorar su situación sin empeorar la de otro. Pareto se ha aplicado tanto a la eficiencia productiva como a la eficiencia en la asignación. Si tenemos que comparar dos estados a los que denominamos S1 y S2 y queremos establecer la eficiencia de la productividad tendremos que observar cuantos bienes producen ambos, pues de lo que se trata es de producir la mayor cantidad de bienes posibles. S1 será productivamente más eficiente si produce más de algunos o algún bien que en S2, sin producir menos de ningún bien que en S2. La noción de *Pareto superior* es una noción comparativa que funciona en la eficiencia de la asignación recursos. ¿Cuándo es aceptable pasar a estados alternativos de asignación de recursos? La noción de Pareto lo admite cuando en ese estado alternativo al menos mejore alguno, sin que se perjudique ninguno. Ese segundo estado será *Pareto superior*. Pareto óptimo es aplicable a aquél estado de asignación de recursos que no admite la posibilidad de pasar a otro estado alternativo y ello porque no es posible

⁷ Cfr. Pedro Mercado Pacheco El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1994

⁸ Horacio Spector, ob,cit, pag.21

mejorar la posición de algún o algunos individuos sin empeorar al mismo tiempo la de alguien.

Cuál es, nos podemos preguntar, la especificidad del AED, en su aplicación al derecho que generalmente se lo vincula con un sistema de obligaciones o prohibiciones acompañadas de sanciones. En primer lugar, se abandona la noción prescriptiva o imperativa del derecho para introducir una noción vinculada a las ciencias económicas, como son los incentivos. Por supuesto para ello se vale del modelo de acción racional de la ciencia económica que permite predecir las conductas que provocarán las normas jurídicas. Se considera que los estímulos económicos llevarán a la posibilidad de predecir, explicar y guiar las conductas humanas. La certeza y la seguridad jurídica alcanzarían un nivel más elevado, pues aplicando la racionalidad económica no habría desvíos de las conductas esperadas sin que aparejara una compensación de los costos que las decisiones irracionales habrían de provocar. Se podría tener garantizado de antemano cuales serán no solo las decisiones legislativas sino, también, las decisiones judiciales, pues todos los órganos oficiales deberían conducirse por el principio básico de AED como es la maximización de la riqueza. Este principio de la maximización de la riqueza es introducido por Richard Posner, uno de los mentores del AED, de esta forma se reemplaza al concepto de utilidad que ofrecía dificultades insalvables por su inconmensurabilidad. Al derecho, en la visión de Posner, solo le competiría incrementar la riqueza. La maximización de la riqueza se define en Posner como la maximización del conjunto de satisfacciones individuales que tienen un valor real en cuanto se expresan a través de una voluntad concreta de pago. ¿Que función cumple el derecho? La de proveer los mecanismos de garantía del mercado o su sustitución cuando éste no pueda funcionar por la existencia de obstáculos que hagan posible una solución negociada.¹⁰ La indeterminación judicial según el AED, podría quedar resuelta pues habría una racionalidad subyacente en el *common law* basado en el principio de la eficiencia económica. Los jueces deben asumir que en los casos a resolver existiendo una indeterminación en las normas aplicables deben recurrir no a las leyes análogas o a los principios generales del derecho, sino obrar de manera consecuencialista, esto es, llenar las lagunas normativas con razones protegidas por la eficiencia económica.

Richard Posner¹¹ ha intentado demostrar que el AED como teoría pragmática del derecho y ante los problemas de la interpretación judicial debe suministrar guías para las decisiones judiciales fundadas en las consecuencias de esas decisiones. Así

⁹ ob,cit, pag. 9

¹⁰ Cfr. Pedro Pacheco Mercado, ob,cit. pag.60

¹¹ Cfr. Richard A. Posner, *Overcoming Law*. Harvard University Press. 1995

señala que el derecho debería facilitar y promover mercados competitivos y estimular sus resultados en situaciones en las cuales los costos de transacción del mercado son prohibitivos. Estas nociones que propone tendrían, además, un fundamento ético muy semejante a las éticas kantianas o utilitaristas. Lo primero porque mediante la aplicación del AED se asegura a las personas que son productivas o lo son potencialmente, su autonomía. Lo segundo, pues existiría una relación inextricable entre los mercados libres y el bienestar humano.

El mismo autor antes mencionado sostiene que aunque un approach pragmático al derecho no fuera deducible o consistente con un sistema ético, esto no sería una objeción a ese punto de vista. Simplemente se permite afirmar que la mejor aproximación al derecho americano a seguir, dado lo que conocemos de los mercados, de las legislaturas americanas y de los jueces americanos y los valores del pueblo americano, es justamente el pragmatismo que nos propone.

Pero más aún, piensa que el consenso superpuesto concebido por Rawls en su filosofía política, el principio de la maximización de la riqueza sería aceptado para regir un campo particular de la interacción social. Un igualitario, un liberal milliano, un libertario en economía o un adherente a la justicia correctiva aristotélica, podrían llegar a un acuerdo superpuesto sobre el sistema de daños legales concebido bajo el sistema de maximización de la riqueza para regular la mayoría de los litigios vinculados con los accidentes.¹²

Sin embargo, numerosos autores han puesto en duda el modelo económico del derecho en cuanto su viabilidad para comprender el derecho privado, y esto a su vez genera nuevas dudas sobre la ayuda que pueda prestar a la seguridad jurídica. Su énfasis en la eficiencia es completamente inadecuada para un punto de vista normativo y más aun para el punto de vista interpretativo.¹³ Debe considerarse que las finalidades del derecho privado son mucho más variadas y constrictivas que la eficiencia. El modelo económico del derecho no captaría el aspecto deóntico o normativo del sistema jurídico. En particular se ha sostenido que intuitivamente la comprensión del derecho privado como un dominio de los “derechos subjetivos privados” contrasta con el dominio del derecho público que se conecta con los bienes públicos, los beneficios públicos o los “derechos subjetivos públicos.” El derecho de propiedad, el derecho de los contratos, se vincula con la realización de la justicia entre las partes, y el respeto de los derechos y las obligaciones particulares. El derecho criminal, el derecho de inmigración, el derecho de bienestar, es acerca de servicios

¹² Richard Posner ob.cit. pag.404.

¹³ Benjamín Zipursky . Philosophy of Private Law, en Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford University Press.2002

públicos, necesidades y bienes públicos. Esta distinción se pierde en el AED. En las decisiones judiciales tanto en el sistema continental como en el sistema del “common law” se fundan en un derecho ya existente codificado generalmente en el primero y vinculado con la regla del “stare decisis” en el segundo. De ninguna manera se puede sostener que en todos los casos las partes están esperando que el juez invente el derecho aplicable. Así, Zipursky¹⁴ afirma que desde un punto de vista prescriptivo el concepto de obligatoriedad de un sistema jurídico se funda en un concepto de lo correcto y no en un infundado e injustificable concepto como el de un sistema de precios establecidos por los economistas.

Podemos concluir que independientemente de los valores que simboliza el AED, que serían materia de una discusión de filosofía política, la novedosa introducción de una metodología que proviene de la microeconomía no coadyuva a lograr la seguridad jurídica o a erradicar la indeterminación normativa. Es poco confiable conferir a los jueces la facultad de desconocer las reglas prescriptivas o interpretarlas a la luz de un mercado simulado, para que adopte una solución que en el mercado se hubiera adoptado de no existir obstáculos para su funcionamiento.¹⁵

A esta altura parece obvio que no existe sistema alguno que permita asegurar la certeza en las decisiones judiciales. Ninguna teoría del derecho puede sugerir, sin incurrir en un autoengaño, que para todos los casos litigiosos posibles y en cualquiera de las materias del derecho, existe algún método o procedimiento que haga predecible la decisión judicial. Si la tesis de la indeterminación radical está equivocada en el sentido de que en su función los jueces no hacen otra cosa que continuar la política por otros medios. Tampoco es posible suponer que las normas jurídicas no constituyen guías para la acción, la noción de *seguir una regla* no constituye una pretensión utópica. En la teoría del derecho anglosajona existe una amplia discusión sobre esos temas y son teorías que excluyen la supeditación del derecho a los resultados de las investigaciones de la ciencia económica. La problemática de la seguridad jurídica está más allá en estas teorías de una solución a la que podría contribuir el AED. La relativa indeterminación del derecho es una preocupación que trasciende al derecho de propiedad y afecta, también, a las libertades básicas de los individuos frente a la persecución estatal en los casos penales y en otras ramas como el derecho de familia, etcétera. Son muchos los factores que influyen para debilitar la tesis de la división de poderes en los estados de derecho, y que, por ende, hacen probable que los jueces no siempre se encuentren en condiciones de *seguir las reglas* dictadas por el legislador. En muchas circunstancias es necesario recurrir a la

¹⁴ ob, cit. pag.627

¹⁵ Cfr. Pedro Mercado Pacheco, ob.cit, pag. 37.

interpretación. Ello ocurre en los casos comúnmente clasificados por la teoría del derecho como *casos difíciles* (hard cases) diversas explicaciones de este fenómeno se han dado y también existen diferentes respuestas cuyo tratamiento va más allá de los límites de extensión de este trabajo.

4.- Conclusiones

Podemos en consecuencia concluir que la seguridad jurídica entendida como la posibilidad de prever de antemano las soluciones que los jueces van a dar a los casos judiciales en conflicto es una utopía. Utopía que como tal es irrealizable en cualquier sistema judicial ya sea en países emergentes como desarrollados. Sin embargo, como hemos apuntado la indeterminación del derecho no es absoluta y en los casos claros, donde no existen zonas de penumbra es posible pensar que si un estado de derecho funciona con regularidad no habrá motivo para pensar que las decisiones dependerán de la discrecionalidad o arbitrariedad de los jueces. Creo conveniente señalar que los estados de derecho pasan por situaciones de excepción cuando situaciones de catástrofe económicas, políticas y sociales se presentan. En estos casos no puede pensarse que las decisiones judiciales van a quedar indemnes a esas excepciones, ello sería desconocer que la realidad fáctica es un factor que influye sobre la validez normativa del derecho. En estos casos, aquellos que consideran a los derechos como cartas de triunfo suelen admitir que los derechos y en particular el derecho de propiedad, debe ceder ante las crisis que resultan insuperables. La seguridad jurídica como todo ideal presupone una sana utopía que, con las limitaciones indicadas, no deja de ser practicable y realista.

* Abogado y Doctor, UBA. Profesor regular adjunto de Teoría General y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Investigador permanente en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja.