

**ELOGIO DE LA IMPREVISIBILIDAD.
SOBRE LA PERSISTENCIA DEL MITO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA y LA
CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO PRINCIPIO**

Claudio Fabián Loguarro

Abogado (UBA), Doctor en Derecho (UJFK), Docente universitario, Secretario de la
Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Resumen

Se impone asignar a la *seguridad jurídica* un rol más modesto que el otorgado hasta ahora. Constituye sin dudas un valor apreciable pero no el único, ni el mejor. Antes que buscarla en un inexistente sistema jurídico ideal dotado de unidad y coherencia, se debe trabajar en la construcción de un concepto de *seguridad jurídica* de nuevo cuño, a través de la legitimación del actuar de los jueces y con base en la exigencia de justificación de sus decisiones.

Apostamos por otro concepto de seguridad jurídica que se conciba y nutra desde otro lugar. Su verdadero valor ya no será el de una previsibilidad "inexistente, mítica e interesada" sino el del *control* de las decisiones judiciales.

Palabras claves

Seguridad jurídica; Control de las decisiones judiciales

Summary

It is imposed to assign to the artificial security a more modest list that the one granted up to now. It constitutes without doubts an appreciable value but not the only one, neither the best. Before to look for it in a nonexistent system juridical ideal endowed with unit and coherence, one should work again in the construction of a concept of artificial security stamp, through the legitimation of acting of the judges and with base in the demand of justification of their decisions.

We bet for another concept of artificial security that is conceived and nurture from another place. Their true value will no longer be that of a predictability "nonexistent, mythical and interested" but that of the control of the judicial decisions.

Key words

Artificial security; Control of the judicial decisions

Indice

El problema de la seguridad jurídica y su complejidad

Marco teórico

Repensando una nueva seguridad jurídica

La globalización y sus efectos

Del Estado soberano al Estado global

La globalización del derecho

Estado, derecho y Poder judicial

Un nuevo principio

La seguridad jurídica y sus posibilidades

Cálculo de previsión y nuevo rol para la Seguridad jurídica

El problema de la seguridad jurídica y su complejidad.

Existen posturas como la de Farell que apuntan a lograr una aplicación de las leyes de la manera más automática posible, esto es, reducir hasta el mínimo la amplitud del poder decisorio de los jueces. Cuanto más sencillo sea predecir el resultado de una contienda, más seguridad jurídica brindará el sistema en cuestión. Cualquier “lucha por el derecho” debe realizarse a nivel legislativo y no judicial.

Es preferible, razona el autor citado, que si una ley resulta perjudicial se la aplique como tal, pues más perjudicial aún es ignorar la posible decisión del tribunalⁱ.

Creemos que el problema es mucho más complejo y no admite simplificaciones, soluciones mágicas ni superficiales como las que, lamentablemente, no pocos autores proponen.

Adelantamos que nuestra postura está en las antípodas del pensamiento exegético que reducía el derecho a la ley merced a una visión legalista que asignaba una absoluta pasividad al rol del juez para satisfacer sus deseos de seguridad jurídica.

Incluso Montesquieu, para quien la condición de la seguridad jurídica era que los jueces sean “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, reconoció que existen relaciones de equidad anteriores a las leyes positivas que las establecen.

Es más, advertía: “decir que no hay nada de justo y de injusto más que lo que ordenan o prohíben las leyes positivas es lo mismo que decir que antes de que se haya trazado un círculo todos los radios no eran iguales”.ⁱⁱ

Marco teórico.

Varias clasificaciones se han llevado a cabo sobre el tópico en cuestión.

Adherimos a la efectuada por Vigo por considerarla útil y adecuada en razón de los objetivos propuestos en nuestra tesis.

Consecuentemente, se pueden identificar las siguientes posiciones en torno a la *seguridad jurídica*.ⁱⁱⁱ

a) *Negativistas o escépticos:*

Se agrupan aquí a todos aquellos que ignoran, desconfían o rechazan la seguridad jurídica. Ejemplo de ello es la posición de J. Frank quien ve a la seguridad como un “rasgo de la mentalidad infantil” y la de Kelsen que califica como “ficción” la pretensión de que cada norma general sólo admita una solución.

b) *La seguridad jurídica como valor principal.*

Es el fin u objetivo más importante a conseguir, incluso a costa de la justicia. Radbruch sintetiza dicho pensamiento al sostener que es más importante la existencia de un orden jurídico que su justicia y finalidad. Dentro de esta postura se incluye, también, a Recaséns Siches ya que reconoce que la seguridad es el valor fundamental de lo jurídico.

c) *La seguridad jurídica como valor autónomo o específico.*

La seguridad tiene un objeto propio y peculiar y no puede ser asimilado al de la justicia. Autores como García Maynez resultan enrolados en esta corriente que abarcaría incluso a Cossio a partir de su teoría de los siete valores.

d) *Asimilación de la seguridad jurídica a la justicia.*

Le niegan especificidad a la seguridad jurídica en tanto la identifican con la justicia. Cita obligada dentro de esta corriente es la posición de Peces-Barba para quien la seguridad es hoy la justicia formal, conclusión apoyada por Massini y Perez Luño.

e) *La seguridad como valor anexo o adjetivo de la justicia.*

En esta orientación, se rescata la *seguridad* como algo valioso que aporta mejorar el derecho desde su especificidad, pero ella no funciona ni puede existir independientemente de la *justicia* sino como complementaria, adscripta o anexo a la justicia. Esta es la idea que apoyamos y con la cual coinciden, entre otros, M. Atienza y el propio Vigo.

Sentado lo expuesto, surge de manera palmaria toda la complejidad del tema abordado, lo que impone desentrañar aquellos elementos que deberán ser tenidos en cuenta –y de los que la doctrina no se ha hecho cargo suficientemente- para intentar la construcción de una nueva manera de entender la *seguridad jurídica*.

Repensando una nueva seguridad jurídica.

La concepción clásica de la “seguridad jurídica” en la aplicación del derecho, ha girado en torno a la previsibilidad de las decisiones judiciales. Sin embargo, intentaremos demostrar que este enfoque se basa en premisas insostenibles para quienes entienden al derecho como algo más que un mero conjunto de normas destinadas, exclusivamente, al “bien común”.

En primer término, destacaremos la incidencia innegable sobre el tópico propuesto del denominado “*fenómeno de la globalización*”. Su estudio permitirá dar cuenta de las implicancias directas e indirectas sobre el principio jurídico anotado. El análisis se detendrá en la evolución del Estado y las transformaciones operadas en el sistema jurídico. Rescataremos del olvido la importancia trascendental que revisten los factores extralegales en la toma de decisiones, aspecto subvaluado en los estudios de la materia.

Por último, nos detendremos en el concepto específico de *seguridad jurídica* tal como ha sido concebido tradicionalmente, para proponer finalmente a “la argumentación

jurídica” como punto de partida hacia la construcción de un concepto de seguridad jurídica distinto y superador.

Se trata de contribuir a la elaboración de otro concepto de *seguridad jurídica* que, a diferencia del tradicional, se concentre en el acto mismo de decidir, en las razones y argumentaciones alegadas para justificar las decisiones.

La globalización y sus efectos.

La globalización impacta sobre el Estado de Derecho, uno de cuyos rasgos, es el principio de seguridad jurídica.

Dicho fenómeno se presenta como un hecho consumado, irreversible. Sin embargo, hasta su significado es vago y controvertido, por lo que se impone efectuar algunas precisiones al respecto.

No existe en el ámbito académico una concepción uniforme y una teoría aceptada pacíficamente sobre el mismo.

Puede intentarse una clasificación aproximada –con las limitaciones que toda clasificación importa– acerca de las tres grandes líneas de pensamiento que intentan explicarla: la de los “globalizadores”, la de los “escépticos” y la de los “transformadores”^{iv}.

Los “*globalizadores*” comparten la convicción de que la economía está construyendo una nueva forma de organización social que suplantará a los Estados- Nación como las unidades económicas y políticas primarias del mundo.

La segunda corriente agrupa a los “*escépticos*” quienes sostienen que la globalización es un mito, pues los niveles actuales de interdependencia económica no son los más elevados en la historia. Según estos autores, lo que observamos es un

proceso de regionalización en grandes bloques económicos (América del Norte, Europa y Asia Pacífico).

Por último, los “*transformadores*” sostienen que los procesos que se viven ahora no tienen precedentes históricos, que los gobiernos y las sociedades deberán ajustarse a un mundo en que no existe más una clara distinción entre lo nacional y lo internacional y que la globalización está transformando profundamente el poder del Estado, la política mundial y la forma de vida de los habitantes del planeta.

Más allá de toda clasificación y discusión al respecto, de lo que no cabe duda, tal como advierte Pedro David, es que la *globalización* más que un modelo de características universales es un *nuevo paradigma* de características internacionales y en beneficio principalmente de los sectores dominantes^v.

El sistema económico.

La expansión del comercio internacional es probablemente el primer indicador que como dato de la realidad, da cuenta del proceso de integración económica mundial.

Ante la creciente demanda de capital y la incapacidad del sistema internacional para proporcionarlo, asistimos a una intensa y a veces cruel competencia mundial por atraer los excedentes de capital.

Las economías nacionales son cada vez más interdependientes y están sujetas a los procesos de producción, comercio y circulación de capitales que han tomado un carácter global.

Sin perjuicio de lo expuesto, los Estados aún siguen manteniendo un papel crucial y central en la economía mundial.

Cabe destacar que ningún mercado puede existir sin que el Estado, directa o indirectamente, prevea un mínimo de orden y seguridad.

La historia avala lo antedicho. El capitalismo no habría podido desarrollarse fuera del marco de un Estado de derecho.

Como afirma Guido Risso, el destino del derecho parece ser el de contribuir al crecimiento y consolidación del sistema económico. La actividad económica del capitalista-financista se transforma en el bien jurídicamente más apreciado y el derecho aparece como el espacio en que se organizan y regulan las relaciones entre dominantes y dominados”.^{vi}

Del Estado soberano al Estado global.

Definido jurídicamente como la unidad entre un territorio, un gobierno y una población, el Estado ha funcionado como el eje alrededor del cual se articula el mundo moderno.

El Estado moderno fue una innovadora forma de organización política que nació como respuesta a la crisis de organización espacial y territorial de finales de la Edad Media para convertirse después en un modelo que se extendió al mundo entero y que en la actualidad atraviesa crisis de distintas dimensiones que lo interpelan en orden a su readecuación en función del nuevo escenario mundial.

Implicó la centralización del ejercicio del poder en una instancia suprema, teóricamente única y exclusiva.

Esta idea fue el producto de una larga evolución histórica que culminó a finales del siglo XVI^{vii} con la formulación de la doctrina de la soberanía y el nacimiento de los Estados nacionales.

Con la consolidación del Estado Nacional se formuló de manera cada vez más elaborada el concepto de soberanía (visión clásica de la soberanía: monopolio del derecho y monopolio de la violencia).

En dicho sentido, su principal función declamada consiste en garantizar una convivencia organizada, en particular la paz y la seguridad jurídica.

La fragmentación del poder del Estado.

Las nuevas condiciones del mundo generan una erosión del poder del Estado a la vez que contribuyen al nacimiento y desarrollo de un nuevo orden internacional, en el que bajo nuevas hegemonías concurren los Estados junto con la formación de bloques

regionales y procesos de integración de diferente intensidad (organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, empresas transnacionales^{viii}, etc). El Estado no es más un centro autónomo de ejercicio del poder.

La globalización actúa como una red de aeropuertos, puentes y supercarreteras que se superponen entre la estructura institucional del pasado y los nuevos modos de interrelación entre los países más poderosos y los menos afortunados productivamente.^{ix} Actualmente, el reconocimiento de los Estados no pasa sólo por su reconocimiento jurídico sino también por su adecuación a una serie de valores, principios y reglas generadas internacionalmente y que suponen un control externo de legitimidad permanente.

Repensar el Estado.

Los cambios en las condiciones materiales hacen que los Estados no puedan reivindicar más el monopolio exclusivo del control territorial.

Ya no es posible sostener que el ejercicio efectivo del poder está sólo en manos de los Estados nacionales.

El poder se ha fragmentado y hoy concurren en su ejercicio, junto con el Estado, una multiplicidad de actores con intereses anclados en ámbitos locales, nacionales, regionales y globales.

La actuación de los Estados en grupos o bloques regionales y las limitaciones que el entorno económico y político internacional les imponen, hacen que resulte difícil seguir entendiendo la soberanía como una forma ilimitada, indivisible y exclusiva.

La línea que antes dividía con relativa nitidez lo nacional de lo internacional es hoy un trazo apenas perceptible.

La globalización del derecho.

En la teoría jurídica y política moderna ha existido una vinculación muy estrecha entre derecho y Estado.

Ante la nueva realidad se impone reflexionar sobre los nuevos espacios normativos que atraviesan al Estado, lo que conlleva a la modificación del paradigma lineal (jerárquico) con el que se conceptuaba al derecho para utilizar un modelo más complejo y adecuado.

Con la globalización salen a escena nuevos espacios normativos que no emanan directamente de los órganos del Estado sino de otras instancias, pero que resultan igualmente obligatorios para los individuos sujetos a ella.

El Estado sería así sólo uno de los ejes de organización de la acción, el cual está en interacción continua con otros agentes y elementos que escapan a su control territorial.

La experiencia demuestra que los procesos de integración jurídica han puesto de manifiesto las dificultades para alcanzar una verdadera unificación del derecho, o, al menos, la reducción de las diferencias existentes entre distintos ordenamientos (Unión Europea, Mercosur, entre otros.).

Lo que queda claro es que el modelo tradicional, lineal y jerárquico del sistema jurídico, que hace del derecho y el Estado un binomio indisoluble y jerarquizado, debe reformularse con una visión que dé cuenta y se haga cargo de distintos problemas a enfrentar como:

- la frontera entre lo externo y lo interno que se hace cada vez más difusa.
- la primacía o no de la Constitución sobre el resto de las normas jurídicas internacionales (tratados internacionales de derechos humanos, reconocimientos de jurisdicciones internacionales, etc).
- y los problemas relacionados con la interpretación y la aplicación de las normas.

Estado, Derecho y Poder Judicial.

La concepción misma del Estado y del derecho se ha modificado.

Las atribuciones de los órganos de los Estados en el contexto globalizado contemporáneo también se han transformado. En el primer caso, el efecto ha sido que muchos otros actores concurren con los Estados en la generación de normas y en la adopción de prácticas que rigen las relaciones dentro de la sociedad global.

Del esquema en el cual el Estado ocupó la posición fundamental en las relaciones internacionales hemos transitado a un esquema donde la función del Estado sigue siendo preeminente pero no exclusiva.

En el panorama actual, los Poderes Ejecutivo y Legislativo interactúan junto con otros muchos actores en el proceso de generación de normas y códigos de conducta en el ámbito global.

Por otra parte, existe un número cada vez mayor de tratados internacionales que regulan materias que tienen un fuerte y directo impacto en el derecho interno.

Las funciones de los tribunales ya no quedan reducidas a las que les impone un orden jurídico nacional y, concomitantemente, a defender los intereses jurídicos de un Estado nacional, sino que tienen una responsabilidad directa en la construcción de un orden jurídico global.

Por otro lado, los tribunales son reclamados desde el poder como instituciones de importancia capital para garantizar un clima general de estabilidad y predictibilidad que resulte favorable para la inversión y el comercio.

Desde ese sector dominante se espera que faciliten, sin más, toda la gama de relaciones de intercambio en la sociedad.

Según esta perspectiva, el Estado de derecho y la dignidad del hombre son una consecuencia simultánea de la operatividad de un mercado abierto.

La noción subyacente es que la ausencia de un sistema judicial predecible genera costos significativos que obstaculizan el crecimiento económico.

Por otro lado, los tribunales se han convertido y han absorbido demandas crecientes exponencialmente, demandas políticas, económicas y sobre todo, demandas morales.

Estas funciones conllevan también sus riesgos.

La imagen de una judicatura poderosa puede volverse contra los tribunales mismos, porque es muy sencillo decepcionar tantas expectativas sociales.

La importancia y número creciente de los temas a dilucidar que impactan derechamente en el seno social impide eludir decisiones que rozan y afectan al poder gubernamental de turno y a los sectores de poder dominantes, todo lo cual genera tensiones y presiones a los magistrados a la vez que pone en crisis el papel conservador que históricamente han desempeñado.

Ello así, la importancia de los factores extralegales en la toma de decisiones jurisdiccionales resulta innegable y trascendental y constituye un dato esencial para su comprensión y análisis.

Un nuevo principio.

Por lo visto, la seguridad jurídica se ha identificado tradicionalmente como uno de los fines del derecho.

En términos generales, supone la certeza que tienen los sujetos de derecho de que su situación jurídica no será modificada sino mediante procedimientos establecidos previamente.

Una perspectiva más sociológica identificaría a la *seguridad jurídica* como una de las condiciones de racionalidad del derecho, ligada a la previsibilidad de las conductas en sociedad y que constituye uno de los fundamentos de la actividad económica y social.

Se dice, como vimos precedentemente, que la seguridad jurídica es una de las condiciones necesarias para el desarrollo de las economías de mercado.

Desde esta perspectiva, la relación entre *globalización* y *seguridad jurídica* aparece como un punto de articulación complejo pues si la globalización del derecho importa la creación de espacios jurídicos horizontales, resulta obvio que aquella puede verse menoscabada en la medida que la aplicación de las normas globalizadas escapa a los mecanismos que el Estado moderno ha tradicionalmente puesto en marcha para asegurar su cumplimiento.

Como resultado de la globalización, el fenómeno jurídico es hoy mucho más problemático y admite una diversidad de fuentes que se generan por mecanismos “supra” e “infra” estatales.

Ello implica un cambio en la manera de entender el derecho. El mismo ya no se vislumbra como un sistema piramidal y territorial, sino como un sistema de red en el cual, aunque el Estado permanece al centro, no puede más reivindicar un papel único y exclusivo.

La Seguridad Jurídica y sus posibilidades.

El binomio orden/seguridad. Variantes de la seguridad.

Enseña Sagües^x que la filosofía jurídica diferencia los valores “orden” y “seguridad”, a los que asigna diferente cotización axiológica, distinto vigor jurídico y roles igualmente opuestos.

Sin embargo, se reconoce que ambos son valores primordiales; que entre ellos hay una relación ontológica, que están esencialmente ligados y que sin el primero no puede darse la segunda.

Los grados de la seguridad.

Desde tal perspectiva, se diferencia distintos niveles de seguridad jurídica con base en los siguientes argumentos.

a. Primer nivel de seguridad jurídica.

Supóngase el caso de un régimen auténticamente despótico que, al decir de Montesquieu, es aquel donde el gobernante puede decidir lo que quiera, sin otra sujeción que su propio capricho^{xi}. Ninguna ley es oponible a su voluntad que, por lo demás, es la fuente del derecho; ni los jueces, desde luego, fallarán contra él. Los comportamientos, por ende, son predecibles.

Desde otra perspectiva, podría añadirse que tampoco hay “riesgos” puesto que como nadie, en definitiva, tiene derechos oponibles al déspota, nadie corre tampoco el peligro de perder lo que no es suyo. En tan hipotético ejemplo, la inseguridad más absoluta es, paradójicamente, la muestra más trágica de “seguridad”.

b. Segundo nivel de seguridad jurídica.

Se da un paso adelante cuando en un sistema jurídico es posible pronosticar en buena medida el contenido concreto de las decisiones futuras de sus operadores.

Esta “seguridad de contenido” implica saber específicamente “cómo” y “qué” van a resolver esos operadores. Es factible predecir tanto el órgano y el tiempo de la decisión como su posible mensaje.

En el segundo nivel, se requiere que las decisiones estatales sean adoptadas según el esquema constitucional de asignación de competencias, por los órganos respectivos y de acuerdo a las directrices de contenido que también trae la Constitución.

c. Tercer nivel de seguridad jurídica.

En este tramo el concepto de seguridad jurídica es mucho más exigente: pretende augurar tanto el quién, el cómo y el qué del comportamiento de los sujetos

jurídicos, como también una dosis mínima de razonabilidad, legitimidad o justicia en esas conductas.

El tercer nivel aspira, de todos modos, a trabajar por una seguridad jurídica entendida como “el resultado de que se realizan actos de justicia”.

Así entendida, ella no se conforma con la necesidad de predecir eventos, de controlar los riesgos y de programar la estabilidad en las relaciones humanas. También requiere que ese mecanismo predictivo brinde a la postre un *producto aceptable, básicamente justo, respetuoso de los derechos humanos básicos*.

Los límites de la seguridad jurídica.

Cabe comenzar por recordar la contundente reflexión de J. Frank sobre la necesidad de abandonar el mito básico del derecho (*basic legal myth*):

“Es necesario abandonar la fabricación de mitos y mentiras paternas: esa historia de Santa Claus de la completa certidumbre jurídica; el cuento de hadas de una marmita de áureo derecho que ya está ahí, y que el buen jurista puede encontrar con sólo ser lo bastante diligente; la fantasía de un sistema estéticamente satisfactorio y armonioso, consistente y uniforme, que brotará cuando hallemos la varita mágica de un principio racionalizador”.^{xii}

Lo cierto es que las mutaciones en el contexto de vida pueden requerir (y a veces imperiosamente) revisar los patrones formales de decisión y el contenido mismo de las decisiones.

Un sistema jurídico que no sea capaz de afrontar tales transformaciones y de brindar respuestas jurídicas distintas a las tradicionales corre el riesgo de perder estabilidad y eficacia.

La continuidad o persistencia de un sistema no son incompatibles, sino todo lo contrario, con su aptitud de renovación.

Por eso apunta inteligentemente Easton que la idea de persistencia del sistema se vincula con la de continuidad en el cambio, y que “el cambio es a todas luces compatible con la continuidad. Parece posible y necesario decir que un sistema dura si, al mismo tiempo, sufre alteraciones sustanciales”.^{xiii}

En momentos de cambio, por ende, no es fácil predecir todos los comportamientos. Además, habrá que satisfacer los costos de ese cambio, en particular el abandono de soluciones anteriores, con lo que, naturalmente, aumenta la dosis de riesgo jurídico.

Tampoco es solución concebir un criterio de “seguridad jurídica” en abstracto.

Paralelamente, al Poder Judicial le cabe una relectura constante de la Constitución, en particular en cuanto a sus “cláusulas abiertas” y a las que contengan conceptos jurídicos indeterminados. Tal tarea de precisión y de determinación de la Constitución es generalmente inevitable, debido a la brevedad y el laconismo del documento constitucional, a la aparición de nuevos problemas jurídicos y a la mutación del sistema de creencias y valores sociales.

En resumen, la judicatura debe cumplir una *misión de esclarecimiento jurídico*, presupuesto básico para que se configure una situación de seguridad jurídica.

No obstante, en períodos de cambio y de emergencia tal continuidad tendrá sus obligatorias dispensas y excepciones, admisibles y hasta alentadoras en cuanto sean legítimas y logren, por su mérito intrínseco, cierto grado de consenso social.

En esto, la actividad del más Alto Tribunal de la Nación y cabeza del poder judicial resulta determinante.

Pero la Corte Suprema, escribe Lief Carter, no es una institución académica, no interpreta para profesores de derecho, y el cambio y la relatividad en el derecho no

amenazan su legitimidad. Antes bien, valen las soluciones pragmáticas, adecuadas para la solución de los conflictos sometidos a la decisión de la Corte^{xiv}.

De todos modos, si el mundo se vuelve complejo, cambiante y problemático a la par que la historia se acelera, las respuestas jurídicas de ayer por parte de una Corte Suprema, pueden resultar no ser idóneas hoy.

Es factible que en un proceso de tal tipo los “principios” jurídicos más o menos estables demanden ser corregidos mediante “excepciones” y que éstas, a su turno, de ser muy sólidas o abundantes, generen con el tiempo –que puede ser corto- un “jus singulare” o “nuevo principio”, a su turno también excepcionado; y así sucesivamente.

La legitimidad judicial de estas mutaciones dependerá de la habilidad de los tribunales para asumir sensata y cautamente los cambios, detectar cuándo un principio o doctrina deja de ser funcional (es decir, cuando su mantenimiento causa más problemas que su reemplazo) y escoger en caso de obsolescencia entre la alternativa de formular excepciones o formular un nuevo “jus singulare” o un principio que sea mejor que el sustituido^{xv}.

Cálculo de previsión y nuevo rol para la Seguridad Jurídica.

Puede constatarse así que el rol del Poder Judicial es harto importante y definitorio para que en un Estado concreto haya *seguridad jurídica*.

Pero al preguntarnos y reflexionar por los intereses servidos bajo su paraguas protector, surge nítidamente su contribución y lazos afectivos con lo económico y con la clase dominante que impone, merced a la relación de fuerzas favorables, las normativas en vigencia.

Es como indica Guido Rizzo bajo el rótulo “cálculo de previsión”, cuando refiere que en nuestras sociedades el funcionamiento de la justicia, de la legislación y de la administración central debe manifestarse por medio de actos, juicios, razonamientos y decisiones previsibles y ser, entonces, calculable de antemano. Esta necesidad de previsibilidad cristaliza determinados valores y es engendrada sólo en una sociedad de concentración de capitales en donde la acumulación característica de ese capital y la importancia de los intereses principalmente económicos/financieros en juego representa la ideología de base^{xvi}.

Desde el derecho clásico ya puede verse claramente que la propiedad, el trabajo y el contrato fueron instrumentados por los sectores sociales con amplio acceso a esos bienes, por esta razón, se piensa en el individuo “ya instalado en el bien”.

Existe, según Lorenzetti, un umbral de entrada al derecho privado que importa la exclusión de grandes grupos de personas: no todos llegan a ser propietarios, ni contratantes, ni trabajadores, ni actores en un proceso^{xvii}.

El mito del “legislador racional” atribuye al derecho unas propiedades ideales imposibles de hallar.

Consecuente con ello, se crea la ilusión de la plenitud y determinación del derecho que garantizan la certeza de las leyes y con ello, la previsibilidad y objetividad de las decisiones judiciales.

Participamos de quienes opinan que el derecho no está terminado ni muchos menos que resulta completo y absolutamente coherente. Tampoco es rígido y estático.

Cueto Rúa se interroga sagazmente: ¿Cómo suponer que, partiendo de un texto escrito, sólo se puede arribar a una única conclusión lógica? Si fuera así, los jueces serían innecesarios y no habría variaciones jurisprudenciales^{xviii}.

Por otra parte, el derecho no es ajeno al caos social que pretende regular o controlar a partir de las reglas en él contenidas.

Mal que les pese a los que buscan certezas en este mundo y tal como refiere Bauman, siguiendo a Pierre Bourdieu, las características más extendidas de las condiciones de vida contemporáneas son la precariedad, inestabilidad y vulnerabilidad^{xix}.

A veces, la búsqueda de la equidad puede introducir elementos de incertidumbre, pero está claro que bajo el amparo e invocación de la misma no pueden cobijarse otras cuestiones que nada tienen que ver con la justicia del caso concreto.

Por otra parte, resulta insuficiente un razonamiento puramente formal que se contente con controlar la corrección de las inferencias sin formular un juicio sobre el valor de la conclusión.

Antes que decisiones correctas y previsibles desde el punto de vista estrictamente lógico, preferimos soluciones justas.

El razonamiento jurídico es complejo y no puede reducirse solamente a su dimensión lógica.

El equilibrio debe intentarse sin descuidar las exigencias de orden sistemático, pero tampoco las de orden pragmático. Las primeras tienen que ver con un orden coherente mientras que las segundas, con un orden justo y razonable.

El derecho sólo se comprende en relación con el medio social en el que es aplicable.

Debemos hacernos cargo que el sistema jurídico no es un sistema cerrado, aislado del contexto cultural y social en el que se inserta.

El derecho está condenado a una incesante puesta a punto. Por lo tanto, mal puede alegarse una pretendida neutralidad y objetividad en la labor judicial que de un modo absolutamente ficticio asegure, de una vez y para siempre, la previsibilidad del sistema.

Dworkin^{xx} advierte que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva y como tal, no puede ser objetiva.

Benjamín Cardozo, uno de los mayores jueces de la Corte de los EE.UU., enseña que podemos intentar ver las cosas con el grado de objetividad que nos parezca. No obstante, nunca las podremos ver con otros ojos que no sean los nuestros.^{xxi}

Recordamos, una y otra vez, que el objeto del razonamiento jurídico es el obrar humano que como tal resulta imprevisible, concreto y singular.

El desafío es conciliar el derecho con la equidad y no sostener un sistema abstracto y cerrado en sí mismo, sin preocupación alguna por las personas de carne y hueso sobre las que se proyecta.

Blas Pascal ya advertía que el equilibrio difícilmente se logra situándose en algunos de los extremos.

Cabe otorgar a la ley un puesto central pero también resulta imprescindible disponer de poder para flexibilizarla. Conciliar el respeto de los textos legales con la solución más equitativa y más razonable.

Esto tiene que ver con la función social del derecho.

El derecho debe ser aceptado y no sólo impuesto por coacción.

Tal como lo expresa Mario Bunge, la certidumbre debe buscarse tan sólo en las ciencias formales.^{xxii}

El desafío en la hora, ante la perplejidad, la ausencia de verdades evidentes y la desazón reinante, es ofrecer criterios de racionalidad que permitan distinguir entre buenos y malos argumentos.

Los paradigmas aseguran las interpretaciones, pero ningún paradigma está seguro del desafío de una nueva interpretación que explique mejor y que lo aísle como si fuera un error. Todo paradigma nace, inexorablemente, con una fecha de vencimiento.

El propio Thomas Samuel Khun afirmó que toda investigación científica se inserta dentro de una visión del mundo y en una metodología que no puede prescindir de los juicios de valor y de apreciaciones previas a cualquier teoría^{xxiii}.

En la Ética Nicomaquea, Aristóteles señala que es propio del hombre culto no afanarse por alcanzar la precisión en cada género de problemas sino la que consiente la naturaleza del asunto.

El acierto de la retórica es el de haber ubicado la racionalidad práctica en el contexto histórico social, por lo que obliga a considerar a quienes se dirige la argumentación por la que se justifica una pauta de acción.

Las peculiaridades y circunstancias que rodean a cada caso resultan ser lo más importante a tener en cuenta si se requiere realizar un juicio no meramente racional (en sentido formal) sino también correcto en sentido material (realización de los valores de justicia y equidad).

En consecuencia, se impone asignar a la *seguridad jurídica* un rol más modesto que el otorgado hasta ahora.

Constituye sin dudas un valor apreciable pero no el único, ni el mejor.

Antes que buscarla en un inexistente sistema jurídico ideal dotado de unidad y coherencia, se debe trabajar en la construcción de un concepto de *seguridad jurídica* de nuevo cuño, a través de la legitimación del actuar de los jueces y con base en la exigencia de justificación de sus decisiones.

Apostamos por otro concepto de seguridad jurídica que se conciba y nutra desde otro lugar.

Su verdadero valor ya no será el de una previsibilidad “inexistente, mítica e interesada” sino el del *control* de las decisiones judiciales.

Por tal motivo, esta nueva seguridad jurídica ofrecerá solamente una pretensión de corrección limitada, una certeza *derrotable* pero esto más que una debilidad constituirá, paradójicamente, su mayor fortaleza.

Con ello, su contribución a humanizar el derecho.

De eso se trata.

Notas

- 1 Farrell, M. (1977) Cuestiones de filosofía y derecho: Buenos Aires: Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 48.
- 2 Perelman Ch. (1979) La lógica jurídica y la nueva retórica : Madrid: Editorial Civitas , 26.
- 3 Sigo la clasificación propuesta por Vigo, R.L. (1999) Interpretación jurídica: Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 267.
- 4 Lopez Ayllón, S. (2004) Globalización, estado de derecho y seguridad jurídica : México: Dirección Gral. Coordinación de Compilación y Sistematización Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 5 David, P. (1999) Globalización, prevención del delito y justicia penal: Buenos Aires: Editorial Zavalía, 28.
- 6 Risso, G. (2002) Economía y Derecho. Acerca de la instrumentalización económica del derecho: Buenos Aires: Editorial García Alonso, 135.
- 7 Risso, G. (2003) República y democracia. Teoría e historia jurídico-políticas de las nociones de república y democracia: Buenos Aires: La Ley.
- 8 que generan incluso su propio derecho. vg: código de conducta de las empresas transnacionales, etc.
- 9 David, P. (1999) Globalización, prevención del delito y justicia penal: Buenos Aires: Editorial Zavalía, 30.
- 10 Sagües, N. (1996) Seguridad Jurídica y confiabilidad en las instituciones judiciales: Buenos Aires: La ley, 957.
- 11 Montesquieu, Barón de. (1942) Del espíritu de las Leyes : Buenos Aires: Editorial Albatros, 11.
- 12 Frank, J. (1970) Law and the modern mind : Gloucester: Peter Smith.
- 13 Easton, D. (1973) Esquema para el análisis político : Buenos Aires: Editorial Amorrortu, 123.
- 14 Carter, Lief H. (1992) Derecho Constitucional contemporáneo : Buenos Aires: Editorial Abeledo –Perrot, 174.
- 15 Para ampliar sobre las distinciones entre principios, excepciones y “jus singulare”, ver: Bielsa, R. (1961) Metodología jurídica : Santa Fe : Ediciones Castellví.
- 16 Risso, G. (2006) Comunicación constitucional y fuerza normativa : Buenos Aires: Ediar.
- 17 Gerlero M. S. (2006) Introducción a la Sociología Jurídica : Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos.
- 18 Gerlero, M.S. (2006) Introducción a la Sociología Jurídica: Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 10.
- 19 Bauman, Z. (2002) Modernidad líquida: Buenos Aires: Fondo de cultura económica de Argentina.
- 20 Dworkin, R. (1988) El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica : Barcelona: Gedisa Editorial.
- 21 Andruet (h), A. S. (2003) Teoría general de la argumentación forense : Cordoba: Alveroni, 66.
- 22 Bunge, M. (1995) La ciencia. Su método y su filosofía : Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- 23 Perelman, Ch. (1979) La lógica jurídica y la nueva retórica: Madrid: Editorial Civitas, 15

