

¿Certeza del derecho o «derecho a la certeza»?¹

Carla Faralli

Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Bolonia —Italia—

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CERTEZA DEL DERECHO DEL ILUMINISMO AL POSITIVISMO JURÍDICO.—III. LA CRÍTICA DE JEROME FRANK AL «MITO» DE LA CERTEZA DEL DERECHO.—IV. LA CERTEZA DEL DERECHO EN LA ERA DE LA DESCODIFICACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Es un tema recurrente en el pensamiento de Bobbio la consideración de que los derechos humanos «son derechos históricos, es decir nacidos en ciertas circunstancias en las que se ha luchado para defender nuevas libertades contra los viejos poderes, de forma gradual, no todo de una vez ni de una vez por todas». Por ejemplo, la libertad religiosa es un efecto de las guerras religiosas; los derechos civiles, de las luchas de los Parlamentos contra los monarcas absolutos; los derechos políticos y sociales, del nacimiento y desarrollo del movimiento obrero; y así sucesivamente. De hecho, ciertas demandas nacen sólo cuando surgen nuevas necesidades, las cuales nacen de acuerdo con las condiciones de la sociedad².

¹ Traducción castellana de MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA del texto italiano «Certeza del Diritto o 'diritto alla certezza'», presentado como ponencia en Madrid en las Jornadas Internacionales «Nuevas perspectivas de los derechos humanos», celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, por el Instituto de Derechos Humanos de dicha Universidad en noviembre de 2002.

² N. BOBBIO: *Letà dei diritti*. Turin. 1990, pp. xiii-xiv.

Siguiendo esta línea interpretativa, trataré de demostrar como ha surgido en la sociedad contemporánea un «derecho a la certeza» o, en sentido amplio, a la seguridad, correspondiente a los llamados derechos de tercera generación, categoría vaga y heterogénea, cuyo rasgo distintivo deriva de su carácter de aspiraciones difusas, deseos no de individuos singulares, sino de grupos, de pueblos y naciones.

II. LA CERTEZA DEL DERECHO DEL ILUMINISMO AL POSITIVISMO JURÍDICO

Desde tiempos antiguos la certeza del Derecho ha sido considerada como una característica esencial y constitutiva del Derecho y se ha argumentado que la misma venía garantizada en primer lugar y principalmente por las leyes generales y abstractas. Estas leyes no conciernen al individuo, sino a la generalidad, y no regulan comportamientos particulares, sino una determinada clase de comportamientos, lo que nos permite predecir la valoración que el Derecho dará a nuestras acciones y las consecuencias jurídicas derivadas de nuestra conducta.

Sin embargo, es una ilusión pensar que la generalidad y la abstracción de las leyes aseguren por sí la certeza. Para garantizarla se requieren, como ha sido amplia y convincentemente sostenido³, presupuestos materiales como la posibilidad de que los destinatarios de las leyes conozcan su contenido, acompañado de la uniformidad de interpretación por parte de los órganos judiciales, la eficacia del ordenamiento jurídico, condiciones todas ellas que requieran estabilidad y cohesión social.

Como es sabido, el ideal de un derecho cierto, cognoscible y previsible se convierte en un tema central en el pen-

³ Hay que referirse especialmente a M. CORSALE: *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milan, 1979. Para una bibliografía básica sobre la certeza jurídica, ver L. GIANFORMAGGIO: «Certeza del diritto», en *Digesto. Discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. 2. Turin, 1988, pp. 274-178, y M. CORSALE: «Certeza del diritto: Profili storici», y A. PIZZORUSSO: «Certeza del diritto: Profili applicatori», vol. 6 de la *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988.

samiento jurídico ilustrado: todo el pensamiento iusnaturalista moderno está impregnado por la exigencia de proteger a los individuos, todos iguales y libres según las leyes de la naturaleza, frente a cualquier posibilidad de abuso arbitrario. Es por eso por lo que, según Locke, «debe administrarse justicia y decidirse sobre los derechos de los súbditos conforme a leyes promulgadas y fijas y por jueces autorizados y conocidos». Esta es la razón por la cual —concluye Locke— «los seres humanos ceden todo su poder natural a la sociedad de la que forman parte y la comunidad otorga el poder legislativo a aquellos que considera más adecuados, confiando que sea gobernada por las leyes promulgadas, pues si no la paz, la tranquilidad y la propiedad permanecerán en un estado de constante incertidumbre como el existente en el estado de naturaleza»⁴.

El fin indicado por Locke fue perseguido en gran parte por los Estados de la Europa continental a través de la codificación que, sin embargo, lejos de ser la traducción en normas positivas de los principios ideales del Derecho natural, como habrían deseado los iusnaturalistas, se resolvió en una simple «consolidación» de normas preexistentes, del Derecho romano y consuetudinario⁵. Como señala Fassò⁶, a lo que los códigos dieron cuerpo fue al principio menos inspirado por el iusnaturalismo, aquél que contenía en sí el germen más activo del positivismo jurídico: el principio de que el código debía ser pleno, dejando al intérprete la menor libertad posible. En algunos proyectos de Código se obligaba al juez incluso, en caso de silencio, contradicción u oscuridad de la ley, a recurrir a la asamblea legislativa, con el fin de afirmar el principio de que nadie podía «crear» Derecho, salvo el legislador. Ninguno de los textos definitivos de Códigos llegaron a este extremo, aunque sí que establecieron igualmente que el juez debía ate-

⁴ J. LOCKE: *Two Treatises on Government*, Cambridge, 1960, § 136.

⁵ La obra clásica sobre el tema, en la doctrina italiana, es aún G. TARELLO: *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. 1 de *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

⁶ G. FASSÒ: *Storia della filosofia del diritto*, vol. 3 (*Ottocento e Novecento*), nueva edición revisada, ed. C. Faralli, Roma-Bari, 2001, pp. 14 y ss.

nerse estrictamente a las palabras de la ley y que, en caso de silencio de ésta, debía decidir de acuerdo con los principios generales del Código y según las normas previstas en él para casos análogos al caso en cuestión.

En la teoría de la codificación el problema de la certeza del Derecho halla respuesta pues —tanto desde el punto de vista de la producción como desde el de la aplicación— en una jerarquía de las fuentes del Derecho, en cuyo punto más alto se encuentra la voluntad soberana (la ley) y en una posición subordinada la interpretación de los jueces, que no pueden ser, por decirlo con la expresión de Montesquieu, otra cosa que «la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley»⁷.

Los códigos constituyeron, así, el involuntario puente entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico del siglo diecinueve, expresión este último de una época de estabilidad económica y social, caracterizada por el monopolio político y legislativo de la burguesía, la única clase que hallaba expresión plena en la ley, a diferencia de las otras fuerzas sociales, que, debido a la inexistencia del sufragio universal, no tenían representación alguna.

Según Zagrebelski⁸, no se puede entender el significado de esta concepción si pensamos en las leyes tal y como las conocemos hoy: numerosas, mutables, fragmentarias, ocasionales, contradictorias. La ley por excelencia era entonces el código: en el código se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley, es decir la voluntad positiva del legislador, capaz de imponerse indiferenciadamente en todo el territorio del estado y al servicio de un proyecto jurídico de la razón (la razón de la burguesía liberal); el carácter deductivo del desarrollo de las normas; la sistematicidad, la plenitud, la generalidad y la abstracción.

Precisamente en cuanto general y abstracta la ley era considerada apta para garantizar la imparcialidad del Es-

⁷ C. MONTESQUIEU: *De l'esprit des lois*, 4 vols., Paris, 1950-1961, LXI, capítulo 6.

⁸ G. ZAGREBELSKI: *Il diritto mite*, Turin, 1992.

tado de cara a los ciudadanos, la consiguiente igualdad de estos últimos y la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de la actuación individual, exigencia fuertemente sentida por la emergente burguesía del momento.

Se ha escrito que un Derecho que realice plenamente el valor de la certeza representa un ideal al que los derechos históricos pueden aproximarse más o menos notablemente, pero sin tener la pretensión o ilusión de realizarlo. El Derecho codificado en el Estado de Derecho del siglo XIX se aproximó a tal ideal no porque estuviese constituido por normas generales y abstractas, sino porque la sociedad era básicamente estable y las normas contenidas en los códigos fueron uniformemente interpretadas por los jueces de acuerdo con una ideología común que respondía a las necesidades de la época.

Sin embargo, a partir de finales del siglo XVIII, las profundas transformaciones sociales y económicas resultantes de la revolución industrial, la progresiva erosión del poder de la burguesía y el nivelamiento de las diversas clases sociales han producido consecuencias profundas en el Estado de Derecho. En una sociedad caracterizada por rápidas transformaciones, de una enorme movilidad y de una continua diversificación de grupos y estratos sociales, la ley con su característica de generalidad y abstracción pierde progresivamente su papel central. El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico se convierte en insostenible en una realidad en transformación, en la que siempre las nuevas actividades y las nuevas relaciones económicas hacen surgir continuamente la necesidad de nuevas instituciones y relaciones jurídicas correlativas. En consecuencia, emerge la idea de un papel «creador» del juez, que, en su actividad, no se limita a recurrir a procedimientos puramente lógico-formales, sino que interpreta las profundas exigencias de la sociedad —económicas, éticas, sociales— para colmar las inevitables lagunas existentes en el Derecho.

En este clima de estabilidad, no es una coincidencia que se comiencen a formular las primeras críticas a la certeza del Derecho por parte de un positivista como Hans Kelsen y de un antiformalista del realismo nortea-

americano como Jerome Frank. Kelsen adopta una postura escéptica en el tema de la certeza, liquidándola bruscamente como una ilusión; es decir, como un presupuesto ideológico de la Jurisprudencia de Conceptos del siglo XVIII (*Begriffsjurisprudenz*) y de la Dogmática jurídica⁹. Tal ilusión «surge en última instancia de la necesidad de representarse el Derecho como un ordenamiento fijo que determina el comportamiento humano en todas sus facetas, y especialmente la actividad de los órganos que aplican el Derecho —de los tribunales en particular— y las funciones de éstos, y así también la interpretación, considerada sólo como la búsqueda de normas ya existentes, que deben por tanto ser descubiertas a través de un cierto procedimiento».

También Herbert Hart considera la certeza no como un rasgo de carácter fáctico del ordenamiento, sino más bien como un ideal al que los sistemas jurídicos deben tender. Partiendo de una perspectiva analítico-lingüística, Hart pone de manifiesto que toda formulación lingüística conlleva términos que tienen un significado fijo, cuya determinación es incuestionable, y términos que presentan una zona de penumbra y de incertidumbre.

Así, también en el ámbito jurídico ocurre lo mismo: existen casos claros, fáciles de solucionar —regidos por reglas jurídicas cuyo significado es definido y cuyo margen de indeterminación es mínimo— y también hay casos en los que la incertidumbre es evidente y manifiesta. Esto hace necesario recurrir a la decisión discrecional, a una elección entre diferentes soluciones, posibles en abstracto: no es posible conocer de antemano el resultado de tal decisión. Frank, uno de los exponentes más extremos de la «revuelta antiformalista», que constituye la expresión más radical de la tan cambiante sociedad americana, hace la crítica más corrosiva de ella¹⁰.

⁹ H. KELSEN: *La dottrina pura del diritto*, 1934, trad. italiana, Turin, 1952, pp. 99, 124-125.

¹⁰ H. L. A. HART: *The Concept of Law*, 1961. Traducción italiana, Turín, 1965, pp. 159-160.

III. LA CRÍTICA DE JEROME FRANK AL «MITO» DE LA CERTEZA DEL DERECHO

La tarea que Frank se propone es la de dismantelar el edificio de ficción jurídica en que consiste el «mito» de la certeza del Derecho y promover, siguiendo el ejemplo de Holmes «primer jurista verdaderamente adulto», una ciencia jurídica «adulta», acorde con la realidad de los hechos¹¹. El punto de partida de la reflexión de Frank, como por otro lado de la de casi todos los realistas americanos, es el rechazo de definir el Derecho: éste viene concebido como una «noción para usar», no como un concepto para definir¹².

En *Law and the Modern Mind*, Frank sigue las huellas de Holmes e intenta dar una definición del Derecho, afirmando que para toda situación dada el Derecho es o Derecho real y propio, es decir una decisión específica ya tomada, o Derecho probable, o sea una conjetura respecto a la decisión futura en relación con el caso concreto. Así, en síntesis, el Derecho consta de concretas y específicas decisiones pasadas y de conjeturas sobre concretas y específicas decisiones futuras¹³.

Pero en los años inmediatamente siguientes a la publicación de *Law and the Modern Mind*, en sus artículos *Are Judges Human?*, de 1931, y *What Courts Do in Fact*, de 1932¹⁴, Frank rectifica su posición, concluyendo que

¹¹ J. FRANK: «Mr. Justice Holmes and Non Euclidean Legal Thinking», en *Cornell Law Quarterly*, 1932, p. 568.

¹² Para un análisis más profundos de la crítica de los realistas del Derecho como un concepto, ver G. TARELLO: *Il realismo giuridico americano*, Milan, 1962, pp. 73 y ss.

¹³ J. FRANK: *Law and the Modern Mind*, 1930, New York, 1949. De 1930 a 1949 se publicaron seis ediciones de la obra; la sexta edición va precedida de una larga introducción en la que FRANK especifica cual es su punto de vista y su postura dentro de la perspectiva realista. Para una bibliografía de FRANK, ver F. PAUL: *A Study of Fact Scepticism and The Judicial Process: The Legal Realism of Jerome Frank*, The Hague, 1959, pp. 158-162, y W. E. VOLKOMER: *The Passionate Liberal: The Political and Legal Ideas of Jerome Frank*, The Hague, 1970, pp. 225-231.

¹⁴ J. FRANK: «Are Judges Human?», en *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 17-53, 233-267; «What Courts Do in Fact», en *Illinois Law Review*, pp. 645-666, 761-784.

existen palabras que, si fuese posible, sería bueno abolir, ya que su vaguedad provoca disputas fútiles y sin final. «Pero no es posible que un movimiento para la abolición de las palabras ambiguas tenga éxito. Lo que sí cabe es reducir el uso de dichas palabras. El Derecho es una de esas palabras»¹⁵. Muchos años después, reflexionando sobre la evolución de su pensamiento, Frank recuerda, «Hace diecinueve años publiqué un libro en el que fui lo suficientemente estúpido para intentar dar mi propia definición de Derecho (...) Inmediatamente me encontré inmerso en medio de una disputa terminológica con otros juristas que definían el Derecho de manera diferente. Me retiré con prontitud de dicha batalla. Desde entonces he evitado, en la medida de lo posible, usar el término Derecho. En cambio he declarado directamente —sin hacer intervenir definición alguna de aquella vaga y litigiosa palabra— simplemente lo que estaba diciendo, es decir, que es lo que los tribunales y los abogados hacen o deberían hacer en el campo de la administración de justicia»¹⁶.

Según Frank, la obstinación con la que los juristas persisten en definir el Derecho se debe a la mistificadora intención de presentar la experiencia jurídica como cierta. «Existen docenas de definiciones de esta palabra —argumenta él— y casi todas se formulan para hacer aparecer el Derecho como sustancialmente cierto, definido y uniforme, aunque las decisiones judiciales no los sean. Excluyendo de las definiciones todo aquello que es manifiestamente incierto y no uniforme, aquellos que han definido el Derecho han conseguido convencerse a sí mismos y, con ellos, a muchos otros de que los elementos peculiarmente inciertos carecen de significado, no constituyendo elementos constitutivos de la definición de Derecho. De este modo los *legal magicians* se encuentran a gusto con un derecho que es o puede ser estable y rehusan contemplar

¹⁵ J. FRANK: «What Courts Do in Fact», p. 645.

¹⁶ Cf. J. FRANK: *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton, 1949, pp. 66-67.

el hecho de que el éxito de los casos litigiosos diarios depende del caso»¹⁷.

La ambigüedad del término Derecho deriva de un conocimiento intencionadamente parcial de la realidad jurídica: únicamente la parte formal, normativa del Derecho es estable y es a ella a la que se considera fundamental; los factores que también intervienen, pero que se caracterizan por su mutabilidad y contingencia, han sido tachados de irrelevantes.

La crítica de Frank al concepto de Derecho objetivo es extensible también a los derechos subjetivos. Frank presenta el derecho subjetivo como una pretensión que ya ha tenido éxito o que presumiblemente lo tendrá, en cuanto que es altamente probable que el titular del derecho logrará persuadir al juez para que falle a su favor. En la sociedad primitiva los individuos luchaban para hacerse con los bienes; en las sociedades modernas entre los individuos y sus pretensiones median los tribunales, pero «el objeto inmediato o directo del combate en una sociedad primitiva, sin tribunales, y el objeto mediato e indirecto de los litigios ante los tribunales es esencialmente el mismo, a saber, hacer que los demás hagan lo que nosotros queremos que hagan».

En la sociedad primitiva el vencedor no sólo obtenía el reconocimiento del propio derecho, sino también que el perdedor actuase en consecuencia. En la sociedad moderna, el vencedor es alguien que se las arregla para convencer al tribunal para que decida a su favor durante el combate que tiene lugar en el juicio y, por lo tanto, persigue el reconocimiento de un derecho subjetivo por la autoridad jurídica contra el perdedor. En la sociedad primitiva la ga-

¹⁷ En el capítulo 4 del trabajo arriba citado, titulado *Modern Legal Magic* (ver pp. 37 y ss.), FRANK define la magia jurídica como el contemplar la realidad no tal y como es, sino a través del prisma deformador de las propias preferencias e ideales: su función básica es ocultar factores contingentes que son fuente de inseguridad jurídica. «Estos artífices de la magia legal moderna desean un sistema en el cual haya pocos cambios... Quieren creer que sus deseos son realidad y así, en vez de decir «esto es lo que querría que ocurriese en los tribunales», dicen «esto es lo que de hecho ocurre en los tribunales».

rantía de la aplicación del derecho era la fuerza de las armas; en la sociedad moderna esta garantía se produce a través de armas meramente verbales, instrumentos de persuasión, medios de doblegar las mentes de los jueces o del jurado a fin de obtener una solución favorable. Los casos individuales ocupan el puesto de combates individuales, medios para el logro de los derechos. No existen, pues, derechos subjetivos previos al debate en la sala del juicio: «Un derecho es una causa vencida y un deber es una causa perdida»¹⁸.

Pero, ¿qué argumentación puede hacerse valer para asegurarse una posición subjetiva ventajosa? En la mayoría de los casos se considera que los jueces se dejan persuadir por un argumento que procede silogísticamente de una premisa mayor, normativa, a la que se sienten vinculados, y de una premisa menor, asertiva de un hecho probado, a las cuales va unida una conclusión jurídica. Pero, sostiene Frank, en primer lugar «los hechos y las reglas jurídicas interaccionan en el proceso de decisión y no representan de hecho, como sostiene la teoría tradicional, entidades independientes, que actúan la una contra la otra sólo silogísticamente en la determinación de la decisión, ... el juez no separa ciertamente sus conclusiones sobre los «hechos» de sus conclusiones sobre el «Derecho».

Supongamos que al escuchar a los testigos el juez piense que una determinada formulación de una regla particular será adecuada para resolver el caso. Tal regla entonces servirá como guía al prestar atención a aquellos testimonios que se refieran a hechos específicamente relevantes para su versión de la regla, pero, si en el curso del proceso el juez cambia de idea sobre la formulación correcta de la regla, entonces no podrá recordar bien los testimonios relevantes para la nueva formulación de la regla que considera correcta¹⁹.

¹⁸ J. FRANK: *Law and the Modern Mind*, op. cit., p. 46, y *Courts on Trial*, op. cit., pp. 8 y ss., 16, 24, 27, 103 y ss.

¹⁹ J. FRANK: *Law and the Modern Mind*, op. cit., p. 116, y *Courts on Trial*, op. cit., p. 181.

A la luz del análisis de Dewey en su ensayo *Logical Method and Law*²⁰, entusiastamente definido por Frank como «*the best available description of the logical method employed by judges*»²¹, las normas jurídicas no son hechas al instante y están a mano para su aplicación tal como son en un silogismo; las mismas tienen una función meramente indicativa, son simplemente, como Frank las define, «escalas psicológicas, puentes mentales, carteles indicadores, modos de reflexión, «como-sis», convenientes hipostaciones, formulaciones provisionales, postes indicadores, guías» que nos dejan en el «terreno movedizo de la incertidumbre»²².

A su vez, Frank considera que los hechos no existen antes de que un caso judicial empiece: no son lo que realmente ocurrió entre las partes en litigio, sino lo que el tribunal considera que ocurrió —son, por así decirlo, «creados» por él—. En cada caso concreto, los hechos no son ni pueden ser conocidos antes de la decisión del tribunal. Según Frank, pocos juristas, incluso entre los realistas, se han ocupado del problema de la determinación de los hechos, o sea de los eventos que han llevado a la vía judicial, tarea especial de los tribunales jerárquicamente inferiores —*trial courts*—, cuya actividad es, sin embargo,

²⁰ En *Philosophical Review*, 1924, pp. 560-572 (también en *Cornell Law Quarterly*, 1924, pp. 17-27). Sobre la influencia del ensayo de Dewey sobre los realistas, ver C. FARALLI: *John Dewey: Una filosofía del diritto per la democrazia*, Bologna, 1990, pp. 137 y ss.

²¹ La definición de FRANK se encuentra contenida en *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 337. FRANK analiza el pensamiento de DEWEY en un largo ensayo titulado «Modern and Ancient Legal Pragmatism: John Dewey & Co. vs. Aristotle», en *Notre Dame Lawyer*, 1950, I, pp. 207-257; II, pp. 460-504. En este artículo FRANK, aunque poniendo el énfasis en los indiscutibles méritos del filósofo americano por haber liberado el Derecho del abstracto mundo de procesos conceptual y haber reconocido su función como una guía ideal para trazar una nueva e importante relación entre la teoría y la acción, critica fuertemente a DEWEY y a los que llama los Deweyistas jurídicos (entre los realistas LEWELLYN y COOK) por haber confinado su análisis al ámbito del trabajo de los tribunales superiores, olvidando el análisis de los hechos que son establecidos por los tribunales inferiores. FRANK hace críticas similares del trabajo de DEWEY en *Courts on Trial*, *op. cit.*, p. 193.

²² J. FRANK: *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 167, y «What Courts do in Fact», *op. cit.*, p. 761.

importantísima, ya sea porque constituye la parte cuantitativamente más relevante del sistema judicial americano, ya sea porque las decisiones de los tribunales superiores dependen de la fijación de los hechos en primera instancia²³.

Frank señala dos etapas en el proceso de determinación de los hechos: la primera, antes del proceso verdadero y propio, incluye el hecho mismo que determinó el recurso a la justicia y la búsqueda de los testigos. La segunda comprende el proceso de su actuación especialmente el comportamiento de los testigos, de los jueces y, eventualmente, del jurado. En la mayoría de los casos, según Frank, los hechos determinados en el curso del proceso no corresponden a los hechos realmente acaecidos, lo que se debe a varios factores.

En primer lugar, el testimonio de los testigos depende de su capacidad sensorial, emocional y cultural. Además, cuando los testigos hacen su deposición, refieren aquello que recuerdan de lo que han observado, visto u oído en el pasado. «Un testimonio —observa Frank— no es una película fotográfica o una grabación magnetofónica»: en su realización pueden intervenir múltiples factores de error.

Aparte del supuesto en el que un testigo deliberadamente preste un falso testimonio, el mismo puede haber observado erróneamente el hecho..., «la percepción humana es falible, subjetiva, e influenciada por los defectos de vista, de oído o por las condiciones emotivas o psicológicas o por nociones preconcebidas. Como centenares de experimentos han puesto de manifiesto, dos testigos de un mismo hecho

²³ Sobre el papel central de los tribunales inferiores en el ordenamiento jurídico norteamericano, ver en particular J. FRANK: «Mr. Justice Holmes», *op. cit.*, p. 597; «Are Judges Human?», *op. cit.*, p. 242; «A Plea for Lawyer Schools», en *Yale Law Journal*, 1947, p. 1311; «Words and Music», en *Columbia Law Review*, 1947, p. 1273; y *Courts on Trial*, *op. cit.*, pp. 4 y 23. De acuerdo con FRANK, el haber descuidado el trabajo de los tribunales inferiores impidió a una vertiente de los realistas, los *rule skeptics*, el análisis en profundidad de la realidad, aun cuando ellos defendían la importancia del Derecho en acción en contra del formalismo legal. K. LLEWELLYN respondió a las críticas de FRANK a los *rule skeptics* en el libro de FRANK: *Law and the Modern Mind*, en K. LLEWELLYN, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, 1962, pp. 101-110.

con frecuencia no se ponen de acuerdo»²⁴. Pero, incluso admitiendo que el testigo no se haya equivocado en su observación del hecho, puede recordar de modo equivocado aquello que ha observado correctamente. «Muchos testigos tienen una memoria imaginativa, y tratando de describir el hecho que están recordando y esforzándose por dar una descripción completa, sustituyen el hecho por la fantasía o fabrican hechos olvidados según su sentido común»²⁵.

Por su parte, el juez «es él mismo un testigo, un testigo de un testigo»²⁶. Su defectuosa percepción de los testigos, debida a la falta de atención o a otros factores, su error a la hora de conjugar lo que ha percibido, influyen en su determinación de los hechos. Lo que realmente —observa Frank— mueve al juez a decidir en el modo en que lo hace no son sus actitudes políticas, económicas o sociales, las cuales son fácilmente reconocibles y no siempre entran en juego, sino sus actitudes subconscientes, sus creencias momentáneas, sus inclinaciones instintivas particulares y prejuicios. Por ejemplo, «la simpatía o antipatía del juez, su preferencia o no por las mujeres rubias, por los hombres con barba, por los sudistas, los italianos, o los ingleses, los fontaneros, los ministros, los licenciados universitarios, o los demócratas, interfieren en su valoración de los testigos, de los abogados y de las partes en el juicio. Una cierta voz nasal, un cierto modo de toser o de gesticular pueden traer a la memoria del juez recuerdos placenteros o desagradables. Y tales recuerdos, mientras escucha al testigo que lo pronuncia, esa tos o esos gestos, pueden influenciar el modo en que el juez recibe el testimonio y, en un segundo momento, el modo en que reconstruirá lo que el testigo ha dicho, y la importancia o la credibilidad que otorgará al testimonio mismo»²⁷.

Todo esto demostraría, según Frank, que la justicia es un asunto muy personal, que refleja el temperamento, la

²⁴ J. FRANK: *Law and the Modern Mind*, op. cit., pp. 107 y ss.

²⁵ J. FRANK: *Courts on Trial*, op. cit., pp. 17-18.

²⁶ J. FRANK: «Judicial Fact Finding and Psychology», en *Ohio State Law Journal*, 1953, pp. 183-189.

²⁷ J. FRANK: *Law and the Modern Mind*, op. cit., p. 106.

personalidad, la educación, el ambiente, los rasgos peculiares del juez y, si la personalidad del juez es el factor clave en la administración de justicia, como el análisis de la realidad prueba, entonces el Derecho está destinado a variar según la personalidad del juez que se ocupa de un determinado caso.

Muchas críticas le han llovido a Frank por haber insistido demasiado en los factores individuales²⁸, a las cuales el jurista americano replica, afirmando no tener ninguna noción ingenua de un juez sin prejuicios: nunca ha existido y nunca existirá. «Lo que yo quiero no es vivir en una sociedad en la que tales jueces subhumanos o superhumanos ejerciten su poder..., pero lo que sí es ausplicable e incluso posible es tener jueces suficientemente conscientes de sus propias inclinaciones y capaces de contener los efectos indeseables»²⁹.

Lo dicho para los testigos y los jueces vale, según Frank, también para los jurados: las percepciones subjetivas, las inclinaciones, los prejuicios influyen profundamente en el éxito de la tarea de sus miembros que, además, están escasamente familiarizados con las reglas, los precedentes, el lenguaje jurídico en general. «Es inconcebible —observa Frank— que un grupo de doce hombres comunes, casualmente reunidos y unidos por pocos días, puedan, simplemente escuchando las palabras del juez, obtener el conocimiento necesario para comprender aquellas palabras que a menudo han adquirido su significado después de centenares de años de disputas profesionales»³⁰.

²⁸ Como muestra de ello, ver las recensiones a *Courts on Trial*, *op. cit.*, de F. RODELL, en *Indiana Law Journal*, 1949, pp. 117-118; L. BENDIX, en *California Law Review*, 1950, pp. 782-784; J. STONE, en *Harvard Law Review*, 1950, pp. 1466-1473; y O. J. ROBERTS, en *University of Pennsylvania Law Review*, 1950, pp. 447 y ss.

²⁹ J. FRANK: «What Courts do in Fact», *op. cit.*, p. 764; similares observaciones se pueden encontrar también en «A Plea for Lawyer School», *op. cit.*, pp. 1308-1309, y en *Courts on Trial*, *op. cit.*, p. 413.

³⁰ J. FRANK: *Courts on Trial*, *op. cit.*, p. 116. Sobre el jurado, ver también la obra de FRANK: *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, pp. 170-185, 302-309, y *If Men were Angels*, New York, 1942, pp. 80-90, 95 y ss.

Todo ello lleva a Frank a concluir que todo proceso debe considerarse único y resulta imposible cualquier previsión de la sentencia. Ya sea el Derecho objetivo, en general, ya los derechos subjetivos, en particular, no tienen una definición previa a su afirmación por los tribunales: sólo con la elección del juez, los mismos se actualizan y se convierten en derechos y deberes del caso específico. Por lo tanto, todo consejo dado por un abogado sobre los derechos y deberes de un individuo está sujeto una inevitable incertidumbre, resultante del hecho de que ningún derecho o deber específico puede conocerse antes del juicio del tribunal.

Aunque el examen del comportamiento de los tribunales demuestra que en las cuestiones jurídicas el coeficiente de incertidumbre es increíblemente alto, continúa perdiendo entre los hombres de leyes y entre la gente común el mito de la certeza del Derecho. Frank se propone rastrear las raíces de este mito reelaborando teorías psicológicas, en particular de Freud y de Piaget, que eran muy populares en la escena americana en torno a los años treinta. Con una cierta superficialidad y con la actitud típica de la gente que cree haber descubierto alguna verdad fundamental largo tiempo oculta, Frank se declaró convencido de que «en los problemas infantiles y en el modo en que el niño trata de resolverlos se pueden encontrar los orígenes de muchas de las ilusiones más tenaces de los años de madurez»³¹.

Al nacer, el niño se ve literalmente forzado a entrar en un mundo nuevo: debe respirar y alimentarse, iniciar su lucha por la existencia. Sus necesidades son al principio pocas y satisfacerlas no le cuesta mucho esfuerzo; los padres hacen todo lo que pueden para colmar sus deseos. Precisamente por este motivo el niño experimenta una sensación de omnipotencia, en vista de que le basta pedir para ser obedecido al minuto. A medida que el niño crece, sin embargo, su omnipotencia disminuye. No obstante, «él no duda ni un momento en la existencia de la omnipoten-

³¹ J. FRANK: *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

cia. Para él no es posible concebir lo contingente y lo accidental».

Transcurrida la primera infancia, cala en la conciencia del niño su poder de control y de organización de la realidad, y si él no lo puede ejercitar por sí mismo, cree que los padres podrán hacerlo por él. «El niño se aferra a la creencia de que el padre es omnisciente y omnipotente, que establece reglas de conducta infalibles y perfectas...». En la secular subdivisión de roles en la sociedad patriarcal, a la figura masculina, en cuanto cabeza de familia, siempre se le ha atribuido la función de guía, de juez, de árbitro; a la madre, por el contrario, aquella de satisfacer las demandas de protección y ternura.

El padre personifica aquello que es cierto, seguro, infalible, y, pese a que la vida cotidiana desmienta constantemente esta imagen, el niño no llega a ser nunca plenamente consciente de la realidad, no está dispuesto a aceptar completamente la desilusión. Con el tiempo otras personas ocupan el lugar del padre: el sacerdote, el gobernante o el jefe del grupo. Todos, antes o después, acaban por traicionar las expectativas creadas, pese a lo cual la necesidad de la autoridad del padre no disminuye. Los sustitutos del padre cada vez juegan un papel menor, más vago e impersonal, aunque dicho tipo de relaciones constituya el paradigma, el prototipo de las relaciones posteriores.

Si a los ojos del niño el padre es un juez infalible, el creador de normas de conducta precisas, para el adulto el Derecho, es decir aquel conjunto de reglas creadas para fijar de modo infalible lo que es justo y lo que es injusto, se convierte inevitablemente en un «sustituto parcial de la autoridad del Padre, en su condición de juez infalible». En otras palabras, los deseos infantiles de guiarse por un padre, cuya capacidad y sabiduría sean infinitas, no disminuyen en la edad adulta y son satisfechos en una «concepción inconsciente y antropomórfica del Derecho, atribuyendo al Derecho algunas de las características del Padre-Juez infantil».

Consiguientemente, la gente que no ha abandonado aún del todo la necesidad infantil de la autoridad paterna, inconscientemente busca en la ley un sustituto de aquellas condiciones de firmeza, estabilidad, seguridad, certeza e infalibilidad, que durante su infancia atribuía al padre, asignando al Derecho una certeza que es, sin embargo, irrealizable. De hecho —subraya Frank— ni siquiera en el caso de un orden social estable es posible predecir todos los cambios y combinaciones de acontecimientos futuros: si se verifican siempre situaciones nuevas que no podrían haber sido previstas en el momento inicial de formulación de la ley, a mayor razón, si las relaciones humanas se transforman diariamente, las relaciones jurídicas no pueden formularse de un modo duradero³².

La crítica ha puesto de manifiesto que el reduccionismo de la cuestión de la certeza del Derecho a una analogía con actitudes derivadas de la psicología infantil es en sí misma un poco ingenua y muy discutible si se presenta, como hace Frank, con pretensiones de científicidad³³.

Como hemos señalado, el problema de la certeza del Derecho sólo puede emplazarse correctamente a través de un análisis histórico-sociológico profundo, que Frank no hace, limitándose a acoger entusiásticamente los dictámenes de la psicología infantil, aplicándolos sin rigor alguno, sólo en base a analogías, a menudo sólo aparentes, a un ámbito distinto, como el del Derecho que, a diferencia de las otras figuras alternativas a la del Padre-Juez infalible infantil, no es una persona. Es oportuno subrayar, de hecho, que, según Frank, la certeza absoluta del Derecho no

³² J. FRANK: *Law and the Modern Mind*, op. cit., p. 6.

³³ Críticas de este tipo se formularon contra FRANK por otros miembros del movimiento realista en sentido amplio, por ejemplo, R. POUND: «The Call for a Realistic Jurisprudence», en *Harvard Law Review*, 1931, p. 700, y M. R. COHEN: *Law and Social Order: Essays in Legal Philosophy*, New York, 1967, pp. 359-360.

Objeciones similares pueden encontrarse en N. BOBBIO: «La certezza del diritto è un mito?», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1951, pp. 146-152; J. PAUL: *The Legal Realism of Jerome Frank*, op. cit.; S. De GRAZIA: *The Political Community: A Study of Anomie*, Chicago, 1948, pp. 203-204; y G. W. PATON: *A Text Book of Jurisprudence*, Oxford, 1946, p. 19.

corresponde a los jueces, sino al conjunto de normas y reglas que forman el Derecho.

IV. LA CERTEZA DEL DERECHO EN LA ERA DE LA DESCODIFICACIÓN

La obra de Frank tuvo un gran éxito en América — pese a las ásperas críticas también suscitadas, a las que nos hemos referido en el epígrafe anterior— y consiguió el gran mérito de promover estudios sobre las reformas procesales³⁴.

En gran parte de la Europa continental, y sobre todo en Italia, las tesis de Frank, consideradas como expresión de una mentalidad típica de un sistema de *common law*, no han sido objeto de especial atención y han sido criticadas por su radicalidad, una cierta ingenuidad y una buena dosis de banalidad³⁵. Estas críticas están ampliamente extendidas; aunque es interesante destacar que Frank desvía el discurso sobre la certeza del Derecho del plano objetivo al plano subjetivo, subrayando que la certeza no es una característica intrínseca del Derecho, sino una exigencia individual.

Este aspecto de la obra de Frank se presta a una más amplia valoración hoy que las diferencias entre los sistemas de *civil law* y de *common law* están más difuminadas.

Los Códigos y las normas generales y abstractas en ellos contenidas han perdido de manera progresiva y casi por completo su carácter central: estamos hoy, por decirlo usando una frase famosísima de Natalino Irti, en la edad

³⁴ En este aspecto, ver R. J. GLENNON: *The Iconoclast as Reformer: Jerome Frank's Impact on American Law*, Ithaca, 1985.

³⁵ Se pueden encontrar discusiones a la obra de FRANK en Italia en las contribuciones generales al realismo americano enumeradas en la actualizada bibliografía a S. CASTIGNONE: *Diritto, linguaggio, realtà: Saggi sul realismo giuridico*, Turín, 1995, pp. 304 y ss., y en S. CASTIGNONE, C. FARALLI, y M. RIPOLI: *Il diritto come profezia: Antologia dei realisti americani*, Turín, 2002; además, su trabajo es también discutido en dos recensiones, una de N. BOBBIO: *La certezza del diritto è un mito?*, *op. cit.*, y la otra de G. TARELLO: «A proposito di un libro del Frank», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1957, pp. 464-467.

de la descodificación, caracterizada por la cada vez mayor importancia atribuida a las leyes especiales, ante la formación de micro-sistemas normativos lógicamente autónomos, de una multiplicación de las leyes, reglamentos, órdenes y decretos.

«La crisis del papel estelar del Código —destaca Irti— es sólo una manifestación de la crisis del estado moderno y de la emergencia histórica de grupos y clases, de categorías económicas y élites que exigen reglas y leyes específicas... La creación de normas especiales es el fiel espejo de una sociedad fragmentaria que ya no refleja un orden de valores común»³⁶.

Asistimos a un aumento incontrolado de la legislación, a través de procedimientos a menudo escasamente coordinados entre sí, llenos de formulaciones vagas, equívocas y ambiguas, fruto de inciertos y precarios compromisos, resultado de negociaciones entre los partidos políticos. Hay que destacar que la nota distintiva de la legislación de nuestros días es el «compromiso», que convierte la legislación de una tarea normativa racional guiada por intereses generales y tutora de los intereses individuales, en campo de batallas y desencuentros.

Todo esto resquebraja el principio de la certeza del Derecho: hoy ningún ciudadano, ni siquiera el más experto, está en condiciones de conocer el Derecho en vigor y, en consecuencia, de prever las consecuencias jurídicas de su conducta. Además, esta situación ha cambiado radicalmente la jerarquía de las fuentes. «La concepción clásica del Derecho —argumenta Galgano— no coloca la sentencia y el contrato entre las fuentes normativas, pero, si continuásemos considerando el contrato y la sentencia como mera aplicación del Derecho y no como fuentes de Derecho nuevo, acabaríamos con toda posibilidad de comprender cómo cambia el Derecho de nuestro tiempo»³⁷.

³⁶ N. IRTI: *Letà della decodificazione*, Milán, 1979, pp. 38,96. (La traducción es nuestra)

³⁷ F. GALGANO: «Le fonti del diritto nella società postindustriale», en *Sociologia del diritto*, 1990, p. 158. (La traducción es nuestra).

Otros factores que han contribuido a la crisis actual de la ley son el Derecho internacional, especialmente el privado, y la llamada *lex mercatoria*.

El Derecho internacional privado, o sea, el conjunto de normas que sirven para individualizar las reglas aplicables entre ciudadanos de un Estado y extranjeros, tiene cada vez mayor relevancia en las sociedades multiétnicas modernas.

La *lex mercatoria*, expresión con la cual, como es sabido, se designa un Derecho derivado de los usos, de los contratos y de los reglamentos de los sistemas profesionales en el ámbito del comercio internacional, aplicado por árbitros, elegidos por las partes en sustitución de los jueces nacionales, para la decisión de las controversias entre comerciantes de distintos países, ha superado desde hace tiempo la fragmentación de los Derechos nacionales, respondiendo a las exigencias de la globalización de los mercados.

Como una consecuencia de todo esto, los jueces en los sistemas de *civil law* tienen que vérselas ahora con problemas similares a los de un *judge-made law*, pero sin las características culturales de los países del *common law*³⁸. La producción legislativa cada vez más abundante, caótica, continuamente modificada, plagada de fórmulas oscuras de compromiso, deja abiertos márgenes muy amplios a la «creatividad» del juez³⁹.

La falta del punto de referencia que venían siendo los Códigos y el surgimiento de nuevas fuentes del Derecho hicieron emerger dramáticamente el problema de cómo re-

³⁸ La observación es de A. GIULIANI: *Le disposizioni sulla legge in generale: Gli articoli da 1 a 15*, en el vol. 1 del *Trattato di diritto privato*, editado por P. Rescigno, Turín, 1982, p. 209.

³⁹ A principios de los setenta, GUIDO FASSÒ, en un ensayo titulado «Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1972, pp. 897-952, advertía de que la jurisprudencia creativa podía llevar al liberalismo social de HOLMES, pero también al nacional socialista como el decisionismo. Es significativo que en Alemania y en Italia el tema de la certeza del Derecho se haya construido como una defensa extrema de la libertad contra el régimen arbitrario del estado totalitario: ver G. RADBRUCH: *Vorshule der Rechtsphilosophie*, Göttingen, 1948, y F. LOPEZ DE OÑATE: *La certezza del diritto*, Roma, 1942.

cuperar un aceptable grado de certeza jurídica. La primera solución propuesta por la Teoría del Derecho tiene que ver con el papel atribuido a la Constitución. Al proporcionar los parámetros de legitimidad de las leyes ordinarias y al ofrecer las guías para la redacción de leyes especiales, las normas constitucionales reducen o deberían reducir la falta de certeza desde el punto de vista de la producción legislativa, proporcionando el marco que permitirá al ciudadano ordinario dar un razonable sentido jurídico a sus acciones individuales, «la única certeza posible en una sociedad fragmentada y en un estado inmerso en un cambio violento»⁴⁰.

Otros autores han propuesto solucionar la moderna inseguridad jurídica invocando principios, tanto en términos legislativos (en el sentido de una legislación acorde con principios capaces de garantizar la flexibilidad del sistema) como desde el punto de vista jurisprudencial (en el sentido de un «Derecho de los jueces basado en principios»).

Como es bien sabido, los principios se caracterizan por su textura abierta: la existencia de un principio, en palabras de Dworkin, «no determina todavía las condiciones que hacen su aplicación necesaria. Mas bien afirman una razón que nos conduce en una dirección, pero que no necesita de una decisión particular»⁴¹. Alexy, que retoma el modelo de Dworkin, ampliándolo, considera los principios como «preceptos de optimización», o sea como normas cuya realización es susceptible de gradación: los mismos se limitan a prescribir que algo debe ser realizado en un cierto grado y medida, en relación a la compatibilidad jurídica (la tensión con otros principios) y fáctica (las características concretas de cada caso)⁴².

En cualquier caso estamos muy lejos de un concepto fuerte de certeza como aquél que había caracterizado al

⁴⁰ N. IRTI: *Letà della decodificazione*, op. cit., pp. 96-97.

⁴¹ R. DWORKIN: *Taking Rights Seriously*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1977.

⁴² R. ALEXY: *Concetto e validità del diritto*, Turín, 1997, pp. 72 y ss.

positivismo legal en un contexto político, social y cultural estable y homogéneo. La sociedad del siglo XIX ha sido considerada como «el mundo de la seguridad», una seguridad objetiva que nacía de la estructura misma de la sociedad en la que los Códigos, recogiendo y fijando los valores dominantes, constituían un marco de referencia cierto y seguro, en base al cual todo individuo sabía lo que cabía esperar de los otros individuos y de la autoridad pública.

La sociedad moderna, en continua transformación, cada vez más fragmentada en grupos y categorías que no comparten valores comunes, sino que son defensores de intereses diversos, a menudo contrastantes entre sí y profundamente variables, se caracteriza por la inseguridad y la inestabilidad y no puede por ello expresar un Derecho uniforme e indiferenciado.

Como resultado de este estado de cosas, cada vez se siente con más fuerza por los individuos la exigencia irrenunciable a aquello que, según una tendencia hoy ampliamente extendida de presentar todo discurso en torno a valores y principios como un discurso sobre derechos, puede definirse como un «derecho a la certeza»⁴³, o, en términos más amplios, un «derecho a la seguridad»⁴⁴.

Este derecho a la seguridad —anteriormente considerado como perteneciente a los derechos de tercera genera-

⁴³ Este aspecto ha sido señalado en particular por A. AARNIO (ver *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1987, pp. 3-5), que emplea el término «certeza» en un sentido muy amplio no sólo para indicar la predictibilidad de las consecuencias jurídicas de nuestras acciones, sino también para indicar la conformidad del Derecho a parámetros como la justicia, la corrección, etc. Estoy de acuerdo con P. COMANDUCCI: «Aarnio e il problema della certezza del diritto», en *Analisi e diritto*, 1994, pp. 11-127, restringiendo los juicios de AARNIO sobre las expectativas de certeza extendidas entre los ciudadanos en las modernas sociedades democráticas, a la certeza entendida en el sentido tradicional *stricto sensu*.

⁴⁴ El tema de la certeza se considera que se extiende a la seguridad en el siglo XX como una reacción contra los efectos y problemas de la sociedad de clase media contemporánea, como dice F. X. KAUFMANN, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem: Untersuchungen zu einer Wertidee hoch differenzierter Gesellschaften*, Stuttgart, 1973, pp. 74 y ss. (Ver también N. LUHMANN: *La differenziazione del diritto: Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, 1981, trad. italiana editada por R. De Giorgi, Bolonia, 1990, pp. 354 y ss.).

ción— figura en el moderno pensamiento constitucional como un derecho constitucional, un derecho que la Constitución debe perseguir y proteger. Se trata de un concepto muy amplio que comprende la protección frente a los riesgos de la vida de las personas y de las sociedades, frente a la enfermedad y el paro, y frente a los males del desarrollo tecnológico e industrial (incluyendo el riesgo de daño ambiental) y que comprende un núcleo estrictamente jurídico llamado seguridad jurídica⁴⁵, que a su vez presenta una dimensión objetiva (claramente inspirada en raíces hobbesianas) y una dimensión subjetiva; Peces Barba las llama «la seguridad a través del Derecho» y «la seguridad en el Derecho» respectivamente, coincidiendo esta última precisamente con la certeza jurídica⁴⁶.

Ésta es una certeza más débil que la concebida en el pasado que, en la crisis más arriba señalada, de lo que era un punto de referencia como la ley, ha trasladado el centro de gravedad de la ley en sí misma a la actividad a través de la cual dicha ley es interpretada y aplicada. Al igual que la leyes, también las decisiones judiciales —escribe Habermas⁴⁷ citando a Dworkin— son «creaciones ya de la historia, ya de la moral: aquello a lo que un individuo tiene derecho en una sociedad depende ya de la costumbre, ya de la justicia de las instituciones políticas. El problema de la racionalidad judicial depende de en qué medida un derecho formado en circunstancias contingentes es aplicado: depende de si la aplicación de este derecho es consistente, desde un punto de vista interno, y racionalmente motivada, desde un punto de vista externo, hasta el punto de garantizar la certeza jurídica por un lado y la corrección por otro».

⁴⁵ E. DENNINGER: «Sicherheit/Vielfalt/Solidarität», en *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt am Main, U. K. Preuss (ed.), 1994, pp. 115 y ss.; D. GRIMM: *Il futuro della costituzione*, Turín, 1996, pp. 144 y ss.; G. PECES BARBA MARTÍNEZ: «Legal Security from the Point of View of the Philosophy of Law», en *Ratio Iuris*, 1995, pp. 127 y ss.; A. E. PÉREZ LUÑO: *La seguridad jurídica*, Barcelona, 1991.

⁴⁶ G. PECES BARBA: *Teoria dei Diritti Fondamentali*, 1991, trad. italiana, editada por V. Ferrari, Milan, 1993, pp. 222 y ss.

⁴⁷ J. HABERMAS: *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, 1992.

La certeza del Derecho que se puede y se debe perseguir en la sociedad contemporánea, caracterizada, como se ha visto, por un derecho que se presenta como una entidad dinámica, *in fieri* perpetuo, por un «*diritto mite*», según la célebre definición de Zagrebelsky, reside en la posibilidad de buscar la solución jurídica de los casos concretos a través de un procedimiento argumentativo que haga que la solución adoptada, aunque no sea en realidad la única posible, pueda ser reconocida como legítima y no arbitraria, como la mejor de argumentar a la luz de, y en coherencia con, los principios en los que se basa el Derecho.

Por eso puede considerarse cierto sólo aquel Derecho cuya aplicación a casos particulares es coherente con los principios básicos fundamentales del ordenamiento jurídico, de acuerdo con un procedimiento racionalmente formado, y justificable (al menos en gran medida) a la luz de los criterios de racionalidad ampliamente aceptados en una sociedad dada. La certeza del Derecho consiste, por lo tanto, en la posibilidad de apreciar que los procedimientos de toma de decisiones de un ordenamiento jurídico dado son predecibles y tienen lugar respetando los principios de racionalidad general y ampliamente compartidos. El derecho a la certeza expresa, incluso en este sentido débil, una antigua necesidad que la gente tiene de protegerse frente a toda forma de arbitrariedad.