

y otros pierden. Lo que es certeza para unos es incertidumbre para otros. Incluso las certezas de unos se obtienen a costa de las incertidumbres de otros. Tener poder es ser capaz de convertirse en fuente de incertidumbre para los demás⁵.

Precisamente la modernidad filosófica arranca con una famosa proclamación de incertidumbre: la duda cartesiana, que todo lo pone en tela de juicio. Es preciso «poner en duda todas las cosas»⁶. La duda es la única certeza. Todo queda *sub judice*⁷. Este gesto disolvente inaugura una sociedad autocrítica, confrontada consigo misma. Provoca una incertidumbre universal.

Hasta ese momento se partía de lo que parecía cierto. Pero desde entonces la duda es «el motor que ha movido todo pensamiento». La filosofía moderna no consiste sino en «las articulaciones y ramificaciones de la duda»⁸. La duda sigue viva y penetra en todas partes, también en un derecho que necesita un jurista problemático⁹.

Sin embargo para Descartes la duda es la palanca paradójica para encontrar mejores certezas, incluso evidencias. A través de la duda busca lo indudable¹⁰. Pero Pascal objetará: «anhelamos la verdad y no hallamos en nosotros más que incertidumbre»¹¹.

⁵ Cfr. CROZIER, M., *El fenómeno burocrático*, trad. J. M. Guitián de Lucas, Madrid, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, 1965, pp. 189 y ss.

⁶ DESCARTES, R., *Los principios de la filosofía*, trad. G. Quintás, Madrid, Alianza, 1995, I, 1, p. 21. Ya MONTAIGNE, M. de; *Ensayos*, trad. M. D. Picazo y A. Montojo, Madrid, Cátedra, 1992, confesaba: «no creo que haga nada bueno (...) sin rendirme a la duda o a la incertidumbre», Libro I, Cap. L (Vol. I, p. 371).

⁷ WITTGENSTEIN, L., *Sobre la certeza*, trad. J. L. Prades y V. Raga, Barcelona, Gedisa, 1995, puntualiza que «quien quisiera dudar de todo, ni siquiera llegaría a dudar» pues «el mismo juego de la duda presupone ya la certeza». Se pregunta: «¿no se necesitan razones para dudar?» (§§ 115 y 122, p. 18). Nuestras dudas «descansan sobre el hecho de que algunas proposiciones están fuera de duda» y son «como los ejes sobre los que giran aquéllas» (§ 341, p. 44). Las disputas giran sobre el eje de lo que se considera incontestable (cfr. § 655, p. 87).

⁸ ARENDT, H., *La condición humana*, trad. R. Gil, Barcelona, Paidós, 1993, p. 301. Advierte DEWEY, J., *La busca de la certeza: Un estudio de la relación entre el conocimiento y la acción*, trad. E. Ímaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1952, que el método científico no es el camino que conduce a la verdad sino «una técnica para la utilización productiva de la duda» (p. 199). Dirá ORTEGA Y GASSET, J., *Ideas y creencias (y otros ensayos de filosofía)*, Madrid, Alianza, 1993, que el conocimiento «nace en la duda y conserva siempre viva esta fuerza que lo engendró» (p. 54). La certeza no cancela la duda sino que, remontándose sobre ella, la reproduce.

⁹ Confiesa RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, que la profesión de jurista implica «dudar de ella continuamente en alguna de las capas más profundas de nuestro ser» (p. 144). Y VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, plantea un «pensamiento problemático» que se orienta por la «dubitatio» (p. 54).

¹⁰ Apuntará GADAMER, H.-G., *Verdad y método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1984, que la de Descartes es «una duda artificial e hiperbólica» que forma parte de un experimento que «intenta retener sólo lo indudable» (p. 300).

¹¹ PASCAL, B., *Pensamientos*, trad. J. Llansó, Madrid, Alianza, 1994, p. 124 (núm. 437 de Brunschvicg).

No se puede permanecer en la duda. El escepticismo que «no persigue otra meta que la duda misma» es «indecisión del espíritu»¹². La duda es perplejidad e «irresolución», vacilación que «entraña fácilmente un desgarramiento del espíritu», que «produce inquietud y desazón» y «hace al hombre desgraciado»¹³. Pero la escisión, la negatividad, son estímulos decisivos. Por eso es preciso entregarse a «la potencia de la incertidumbre (*die Potenz der Ungewissheit*)». Una potencia que, mostrando lo inestable de las certezas a las que nos apegamos, «aniquila el dogmatismo común que pertenece inconscientemente a las costumbres y leyes»¹⁴.

Hegel lamentará que el «tránsito» de la certeza a la *verdad* presente en Descartes un «carácter simplista», en la forma abstracta de evidencias vacías¹⁵. La emergencia del sujeto (también del sujeto de derecho) es una *conquista de certeza*. Consiste en saberse y descubrirse a sí mismo, pero no en forma de postulado ni de declaración unilateral, sino en la confrontación con el otro. No sólo pensando sino actuando, arriesgándolo todo y *atravesando la máxima incertidumbre*, hasta lograr el reconocimiento recíproco. La certeza no es el punto de partida sino el *resultado de una lucha*¹⁶. Y la conquista de la certeza no es asunto meramente subjetivo, sino que implica una transformación de la realidad.

La modernidad jurídica fue una lucha tenaz contra la incertidumbre. El estado de naturaleza de los contractualistas es un *condensador* de las incertidumbres que es preciso despejar¹⁷. La certeza no es una condición natural sino el producto *artificial* de la racionalidad política y jurídica. Pensar jurídicamente es generar un impulso superador de la incertidumbre, remontando las oscilaciones de lo problemático¹⁸. La

¹² HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, trad. W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, Vol. III, p. 257.

¹³ *Ibidem*, Vol. II, p. 424.

¹⁴ *Idem*, *Relación del escepticismo con la filosofía*, trad. M. C. Paredes, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, p. 75. La expresión alemana puede verse en *Werke*, Vol. II: *Jenaer Schriften. 1801-1807*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990, p. 241.

¹⁵ *Idem*, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, cit., Vol. III, p. 264.

¹⁶ Cfr. *Idem*, *Fenomenología del Espíritu*, trad. W. Roces y R. Guerra, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, IV: «La verdad de la certeza de sí mismo», pp. 107 y ss.

¹⁷ En su descripción del estado de naturaleza HOBBS, T., *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. C. Mellizo, Madrid, Alianza, presenta como «incierto» el resultado de la actividad humana (p. 107), pero su solución mediante un Estado absoluto provoca nuevas y poderosas incertidumbres. En otro contexto LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, trad. F. Giménez, Madrid, Espasa Calpe, 1991, se referirá a «la incertidumbre y mutabilidad de los asuntos humanos» (II, § 156, p. 318). Con KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill, Madrid, Tecnos, 1989, eliminar la incertidumbre (la provisionalidad) se formula como *postulado* y se convierte en un *deber* (cfr. I, §§ 41 y 42, pp. 136 y 137).

¹⁸ FICHTE, J. G., *Fundamento del Derecho natural según los principios de la Doctrina de la ciencia*, trad. J. L. Villacañas y otros, Madrid, Centro de Estudios

ideología de la certeza se afirmaba frente a la arbitrariedad de los jueces y los abusos de los juristas¹⁹. Se sueña con una *certeza perfecta*: el derecho se convertiría en una máquina, los juristas en autómatas, la práctica en mecánica.

El pensamiento decimonónico hizo un uso abusivo de la certeza. Todo se llena de supuestas certezas, en una autosuficiencia a la que no escapa una dogmática jurídica triunfalista²⁰. Pero, tras la ambición del sistema hegeliano, un pequeño libro de Kierkegaard nos devuelve al punto de partida: *de omnibus dubitandum est*²¹. Se inicia el paso de un pensamiento confiado a un pensamiento angustiado.

Ya en el siglo xx la aportación del pragmatismo será decisiva: «La característica distintiva de la actividad práctica, tan propia de ella que no puede ser eliminada, es, precisamente, su incertidumbre». El hombre aspira a «obtener un grado razonable de seguridad en la vida», e incluso se esfuerza por lograrlo «valiéndose de las mismas condiciones y fuerzas que le amenazan», a las que transforma en aliados²².

El ideal de certeza (tanto teórica como práctica) no se puede plantear separado de la acción. Tiene que ver con «el problema de la acción inteligente», de una «inteligencia operante» que «busca la seguridad por medio del control activo del curso cambiante de los fenómenos»²³. Las certezas son una respuesta humana, entre otras posibles, a las incertidumbres de la vida. En una «concepción operacional de los

Constitucionales, 1994, dirá que «el derecho en general es problemático, incierto» (p. 202), y «esta incertidumbre no puede continuar» (p. 203) y se pregunta: «¿Pero cómo debe eliminarse esta incertidumbre?» (p. 204).

¹⁹ VOLTAIRE, *Diccionario filosófico*, Buenos Aires, Sophos, 1940, hace de la voz «Certidumbre, Cierto», un alegato contra los errores judiciales, manifestaciones terribles de «la certidumbre incierta del espíritu humano» (Tomo II, p. 45). En la edición de 1770 declara: «En cuanto a nosotros, ya que no hemos realizado este *Diccionario* más que para hacer preguntas, estamos muy lejos de tener alguna certeza» (de lo que se informa en la edic. de esta obra por L. Martínez Drake, Madrid, Akal, 1985, nota 73, p. 162). Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, trad. J. A. de las Casas, Madrid, Alianza, 1990, propugna el «silogismo perfecto» frente al juez que «abre la puerta a la incertidumbre» (p. 31), para lo que hace falta un «código fijo» que ponga fin a la oscuridad de las leyes, que es «ocasión de la incertidumbre» (p. 32).

²⁰ Con momentos de vacilación, como cuando SAVIGNY, M. F. C. de, *Sistema del derecho romano actual*, trad. J. Mesía y M. Poley, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s. a., alude a «la incertidumbre que generalmente tenemos sobre el móvil verdadero de la ley» (Tomo I, p. 251). Y declara IHERING, R. von; *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. T. A. Banzhaf, Madrid, Civitas, 1987, burlándose de la dogmática de Savigny: «Siento espanto cuando me pinto ese cuadro de la incertidumbre de las cosas humanas» (p. 78).

²¹ Cfr. KIERKEGAARD, S., *Johannes Climacus, o De todo hay que dudar: Relato*, trad. J. Teira, Barcelona, Alba, 2008. Entre los fragmentos relacionados con esta obra se encuentra la siguiente anotación: «*Duda*: es un momento más alto de la incertidumbre. En la duda, determino mi relación con la cosa; no así en la incertidumbre» (núm. 94, p. 138).

²² DEWEY, J., *La busca de la certeza*, cit., pp. 6, 8 y 3. Es una obra de 1929.

²³ *Ibidem*, pp. 38 y 179.

conceptos» éstos son «instrumentos», «artefactos», «herramientas» para tratar con la realidad²⁴.

Ortega y Gasset recurre a un giro muy expresivo de nuestra lengua: es preciso «saber a qué atenerse»²⁵. La vida es «radical inseguridad» y «partimos a la conquista de una seguridad radical» pues «necesitamos hacer pie, hallar algo firme»²⁶. Sentimos que «falla la firmeza» de nuestro suelo y nos parece «caer» en un «abismo», sin encontrar nada para «afirmarnos», en un paradójico «estar en lo inestable». A diferencia de la tierra firme, «lo dudoso es una realidad líquida donde el hombre no puede sostenerse, y cae»²⁷.

El apoyo se revelará como algo sumamente problemático. Heidegger insiste en el fondo que se desfonda, en la imposibilidad de hacer pie y tocar fondo. El fundamento (*Grund*) se resuelve en abismo (*Abgrund*)²⁸. Son los años en los que, desde el trauma del fascismo, un jurista señalaba que «actualmente el problema de la filosofía ha venido a ser, preponderante e intransigentemente, el de la *certeza*, como en la época anterior fue el de la *verdad* y en la época clásica lo fuera el de la *realidad*»²⁹.

En nuestro tiempo, aunque por otras razones, la incertidumbre se ha convertido en un motivo recurrente. Se dice que «nos encontramos en condiciones de incertidumbre endémica»³⁰. Sentimos una «incertidumbre “ambiental” y difusa, ubicua aunque aparentemente inespecí-

²⁴ *Ibidem*, pp. 128, 118 y 129.

²⁵ ORTEGA Y GASSET, J., *Ideas y creencias*, cit., p. 14. Esta expresión la tomará RECASENS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980, pp. 297 y 298, y *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1995, p. 221. Distingue entre *certeza* (saber a qué atenerse) y *seguridad* (saber que eso sucederá forzosamente), cfr. *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1981, pp. 112 y 113, y *Tratado*, cit., p. 221. Y también GEIGER, T., *Estudios preliminares de sociología del derecho*, trad. A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco, Granada, Comares, 2001, p. 89, dirá que es preciso «saber a qué atenerse», distinguiendo entre *certeza de orientación* (seguridad en el sentido de *certus*) y de *realización* (*securus*).

²⁶ ORTEGA Y GASSET, J., *Unas lecciones de metafísica*, en *Obras Completas*, Madrid, Alianza Editorial y Revista de Occidente, 1983, tomo XII, p. 108.

²⁷ *Idem*, *Ideas y creencias*, cit., pp. 35 y 36. En *Sobre la razón histórica*, en *Obras Completas*, cit., tomo XII, reitera que al dudar se está «en lo *infirmo*» en «un *estar* que es un *caer*: se *cae* en la duda». La duda es «como un elemento líquido o fluido, como un mar donde el hombre no hace pie» (p. 189). Ahora la «realidad líquida» orteguiana (que planteaba en una obra publicada en 1940) se ha convertido en habitual. Recuerda BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, que la modernidad, con su poder disolvente, fue desde el principio un «proceso de licuefacción». La «fluidez» y la «liquidez» son metáforas rectoras de la fase actual de la modernidad (cfr. p. 8).

²⁸ Cfr. HEIDEGGER, M., *Conceptos fundamentales (Curso del semestre de verano, Friburgo, 1941)*, trad. M. E. Vázquez, Madrid, Alianza, pp. 99 y ss.

²⁹ LOPEZ DE OÑATE, F., *La certeza del derecho*, trad. S. Sentís y M. Ayerra, Granada, Comares, 2007, p. 6.

³⁰ BAUMAN, Z., *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, trad. C. Corral, Barcelona, Tusquets, 2009, p. 11.

fica y poco fundamentada y, por esta razón, más irritante y enojosa todavía»³¹. La sociología del riesgo proclama la irrupción de una incertidumbre a gran escala, que escapa a nuestros mecanismos de control³². La ciencia introduce nuevos espacios de incertidumbre³³. La teoría de la elección racional se enfrenta a sus propios límites y no puede decidir con certeza³⁴. Hay una incertidumbre ética que no se puede eliminar puesto que es la condición misma de la moralidad³⁵. Las incertidumbres del conocimiento y de la acción impulsan a sustituir el pensamiento simplista, que pretende grandes certezas, por un pensamiento complejo capaz de «dialogar con la incertidumbre»³⁶. La comunicación, por más que genere consenso, es un «factor de incertidumbre»³⁷. La democracia no es tanto el gobierno del pueblo

³¹ BAUMAN, Z., *El arte de la vida. De la vida como obra de arte*, trad. D. Udina, Barcelona, Paidós, 2009, p. 12.

³² Cfr. BECK, U., «Teoría de la sociedad del riesgo», en GIDDENS, A. y otros; *Las consecuencias perversas de la modernidad: Modernidad, contingencia y riesgo*, trad. C. Sánchez, Barcelona, Anthropos, 1996, pp. 211 y ss.

³³ El principio de incertidumbre de Heisenberg es un emblema de la situación actual. Queda ya lejos la ciencia determinista que «insistía en que la certeza era intrínsecamente posible», como apunta WALLERSTEIN, I., *The Uncertainties of Knowledge*, Philadelphia, Temple University Press, 2004, p. 37. Pero dirá PRIGOGINE, I., *El fin de las certidumbres*, trad. P. Jacomet, Madrid, Taurus, 1997, que no hay que verlo como una derrota (cfr. pp. 213 y ss.). En el mismo sentido se expresa TOULMIN, S., *Regreso a la razón*, trad. I. González-Gallarza, Barcelona, Península, 2003, pp. 294 y ss. En todo caso constata BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. Navarro y otros, Barcelona, Paidós, 1998, que «se incrementan los aspectos sujetos a incertidumbre en las ciencias» (p. 227), en parte originados por «la sobreproducción de resultados parciales, hipotéticos, inconexos y contradictorios» (p. 251), producto del desarrollo de una «ultracomplejidad» que escapa a sus propias reglas de control metodológico (p. 205). Sobre las implicaciones jurídicas de todo ello cfr. ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

³⁴ Cfr. por ejemplo ELSTER, J., *El cemento de la sociedad. Las paradojas del orden social*, trad. A. L. Bixio, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 106.

³⁵ MORIN, E., *El Método*, Vol. 6: *Ética*, trad. A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 2006, pp. 45 y ss. Para Bauman, Z., *Ética posmoderna*, trad. B. Ruiz de la Concha, México, Siglo XXI, «la incertidumbre forzosamente debe acompañar la condición del yo moral» (p. 19) pues «los problemas no tienen soluciones predeterminadas» (p. 40) y no se puede partir de la certeza de una «bondad codificada» (p. 73). La moral se basa en una «incierto certidumbre» (p. 94).

³⁶ MORIN, E., *La mente bien ordenada. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento*, trad. M. J. Buxó-Dulce, Barcelona, Seix Barral, 2000, p. 76. En ídem, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, trad. M. Vallejo-Gómez y otros, Barcelona, Paidós, 2001, plantea la necesidad de sustituir «el deseo de aniquilar la Incertidumbre» y «toda orientación hacia la gran Certeza» por un pensamiento capaz de «afrontar la incertidumbre». Tanto el conocimiento como la acción se presentan como «la navegación en un océano de incertidumbres entre archipiélagos de certezas» (p. 110). En ídem, *El método*, Vol. IV: *Las ideas. Su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización*, trad. A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 1992, considera las incertidumbres como impulso para alcanzar un «punto de vista metalógico» (pp. 207 y ss.).

³⁷ GRANT, C. B., *Uncertainty and Communication: New Theoretical Investigations*, New York, Palgrave Macmillan, 2007, p. 10.

como un proceso de institucionalización de la incertidumbre³⁸. La teoría económica expresa también «la gran incertidumbre con que se abordan los problemas en nuestro tiempo»³⁹.

Precisamente la economía es ahora la gran productora de incertidumbre. Pero la precariedad laboral «no es el producto de una *fatalidad económica* sino de una «*voluntad política*». Se inscribe en «un *modo de dominación* de nuevo cuño», que impone sus «estrategias de la *precarización*». Hay que denunciar que «lo que se ha presentando como un régimen económico regido por las leyes inflexibles de una especie de naturaleza social es, en realidad, un *régimen político* que sólo puede instaurarse con la complicidad activa o pasiva de los poderes directamente políticos»⁴⁰.

Se ha calificado de «*economía política de la incertidumbre*» a esta situación que hace vulnerable cualquier posición social y conlleva una falta de resistencia de los afectados. Se van imponiendo las «reglas para acabar con las reglas», promovidas por los poderes de una economía extraterritorial. Se pretende el «desarme de las instituciones» protectoras del Estado Social frente a la «incertidumbre salvaje» de las fuerzas del mercado⁴¹.

El terreno de las fuerzas globales está ya, en gran medida, «fuera del alcance del control político». Con este panorama «los gobiernos estatales, en su esfuerzo diario por capear los temporales que amenazan con arruinar sus programas y sus políticas, van dando tumbos *ad hoc* de una campaña de gestión de crisis a otra y de un conjunto de medidas de emergencia a otro, soñando sólo con mantenerse en el poder tras las próximas elecciones» o tan sólo con agotar la legislatura. El Estado «pierde gran parte de su fuerza, que ahora se evapora en el espacio global». Vivimos en «una sociedad impotente como nunca para decidir su curso con un mínimo grado de certeza, y para mantener el rumbo escogido una vez tomada la decisión». Ahora «la ausencia de control político convierte a los nuevos poderes emancipados en una fuente de profundas y, en principio, indomables incertidumbres»⁴².

El individuo queda a su suerte, sin redes de protección, expuesto a circunstancias que «trascienden la comprensión y la capacidad individual para actuar». Bajo la presión del mercado, que se alimenta de incertidumbre y la reproduce, «se ha dejado en manos de los individuos la búsqueda, la detección y la práctica de soluciones individuales

³⁸ Tomo la referencia de VECCA, S., *Dell' incertezza*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 175.

³⁹ GALBRAITH, J. K., *La era de la incertidumbre*, trad. J. Ferrer, Barcelona, Plaza & Janés, 1981, p. 12.

⁴⁰ BOURDIEU, P., «Actualmente, la precariedad está en todas partes», en ídem, *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, trad. J. Jordá, Barcelona, Anagrama, 1999, pp. 124-126.

⁴¹ BAUMAN, Z., *En busca de la política*, trad. M. Rosenberg, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 180, 182 y 37.

⁴² *Idem*, *Tiempos líquidos*, cit., pp. 25, 40, 15 y 8.

a problemas originados por la sociedad», de individuos «equipados con instrumentos y recursos que resultan a todas luces inadecuados»⁴³.

Nos podemos preguntar hasta qué punto es posible afrontar esta situación. Las sociedades funcionalmente diferenciadas experimentan «una evolución no controlable centralmente»⁴⁴. Ninguna instancia puede aspirar a dirigir el conjunto dado que «una sociedad organizada en subsistemas *no dispone de ningún órgano central*». El derecho ya no gobierna la sociedad, como pretendía la clásica noción de soberanía. Vivimos en «una sociedad *sin vértice ni centro*»⁴⁵. Con todo, la política mantiene «*la ficción de un centro de dirección de la sociedad moderna*»⁴⁶. Se debilitan los mecanismos de participación y de control, y puede que no quede mucha capacidad de resistencia.

La capacidad del derecho de absorber incertidumbre es limitada. Tiene que seleccionar los problemas ante los que va a reaccionar y traducirlos a problemas jurídicos. Corre el riesgo de verse desbordado por una presión que no pueda soportar. No todo tipo de incertidumbre es susceptible de tratamiento jurídico. Y su capacidad de respuesta no sólo depende de que haya voluntad política y posibilidades de técnica jurídica. Depende también de los medios que tenga a su disposición, y muy especialmente de los recursos económicos con los que cuenta. Con lo que la incertidumbre generada por la economía puede desembocar de nuevo en el sistema económico, en una circularidad perversa.

2. FOCOS DE INCERTIDUMBRE EN EL DERECHO

Uno de los rasgos más significativos del pensamiento jurídico del siglo xx es una aguda *conciencia de la incertidumbre* en el propio Estado de Derecho. Veamos algunas manifestaciones en relación con la interpretación de las normas, la apreciación de los hechos, la decisión jurídica, la estructura del derecho y la lógica jurídica.

La incertidumbre producida por el lenguaje es bien conocida. Los conceptos presentan «contornos borrosos» y sólo se pueden definir «por medio de otros conceptos a su vez indeterminados»⁴⁷. Esto es lo

⁴³ *Ibidem*, pp. 11 y 25.

⁴⁴ LUHMANN, N., *Sociología del riesgo*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana y Universidad de Guadalajara, 1992, p. 126.

⁴⁵ *Idem*, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, trad. F. Vallespín, Madrid, Alianza, 1993, p. 43.

⁴⁶ BECK, U., *La sociedad del riesgo*, cit., p. 247. Nos encontramos con una «autoridad oficial, que se presenta como política y es impotente», y una «sociedad que lenta, aunque constantemente, pierde capacidad de decisión y se encuentra marginada al terreno de lo no político» (p. 239).

⁴⁷ KANTOROWICZ, G., «La lucha por la ciencia del derecho», trad. W. Goldschmidt, en SAVIGNY y otros; *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 337. Con su habitual provocación proclamó que «hay tantas lagunas como palabras» (p. 337).

normal pues «la mayoría de los conceptos jurídicos son, al menos parcialmente, indeterminados»⁴⁸.

La interpretación jurídica opera con la «indeterminación relativa» de los textos. La norma no es sino un «marco» que deja espacio para la «libre discrecionalidad». La estructura escalonada del ordenamiento articula niveles de indeterminación. Habrá que «evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido “correcto”». La jurisprudencia tradicional se servía de la «ficción de univocidad» para «mantener el ideal de la seguridad jurídica». Pero el «principio de flexibilidad del derecho» se encuentra «en relación inversa con el de seguridad jurídica»⁴⁹.

La interpretación aborda «puntos vitales de incertidumbre» dado que «la mayor parte de las palabras no tienen un campo de referencia único, sino dos o más, cada uno de ellos construido en la forma de una zona central a la que se añade un círculo de incertidumbre». Es habitual que «no se pueda establecer con certeza el significado»⁵⁰.

Toda norma presenta la «dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda», que le aporta un «halo de vaguedad». Aflora la «irreductible textura abierta» del lenguaje, y hasta los términos claves de la teoría del derecho tienen su «penumbra de incertidumbre». La función de la incertidumbre es dejar abiertas cuestiones que, dada nuestra incapacidad para anticipar el futuro, no pueden resolverse razonablemente de antemano, sino sólo cuando se presentan. Es preciso poner a prueba las normas «en relación con posibilidades que sólo la experiencia nos brindará». Algunos sistemas jurídicos tienden a determinarlo todo por adelantado y puede que entonces «se sacrifique demasiado en aras de la certeza», mientras que otros se exceden en considerar sus decisiones adaptables y revisables⁵¹.

Es un error pretender que los conceptos jurídicos son «precisos y cerrados», que su significado está «predeterminado» antes de que surja el problema que hay que resolver, y que su manejo es «una simple operación lógica». Si dotamos a los términos jurídicos de «un rigor artificial» e intentamos «congelar» su significado acabaremos «prejuzgamos ciegamente» con planteamientos forzados⁵².

⁴⁸ ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. E. Garzón Valdés, Granada, Comares, 2001, p. 130. Precisa que «por concepto indeterminado entendemos un concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto» (p. 130).

⁴⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, pp. 349, 350, 356 y 262. En ídem, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. L. Legaz y Lacambra, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933, la seguridad jurídica aparece como una «ilusión» (p. 65).

⁵⁰ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 70, 150 y 173.

⁵¹ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pp. 153, 159-160, 166, 167 y 162.

⁵² *Idem*, «El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna», trad. J. J. Moreso, en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (eds.); *El ámbito de*

Se ha denunciado la certeza como «el mito jurídico básico», como una «ilusión». Pero no hay que ocultar la incertidumbre sino saber afrontarla «conscientemente y con destreza». Hay una «incertidumbre inherente al derecho» y «el coeficiente de incertidumbre jurídica es incuestionablemente grande»⁵³. Incluso «*gran parte de la incertidumbre del derecho no es un accidente desafortunado: es de inmenso valor social*». Una realidad que se está transformando constantemente necesita un sistema jurídico «capaz de fluidez y flexibilidad», capaz de realizar «compromisos relativos y transitorios» entre estabilidad y cambio⁵⁴. Y junto a la incertidumbre normativa está la relacionada con la fijación de los hechos, que puede ser todavía mayor⁵⁵. Cualquier pleito «está usualmente en una “condición inestable” que hace imposible la predicción de su resultado»⁵⁶.

Por mucho que una norma sea válida no habrá «nunca certeza absoluta» de que se vaya a aplicar efectivamente. Nuestros pronósticos tendrán un valor relativo que va desde la «virtual certeza» a la probabilidad escasa de una «simple conjetura». Y aunque el fundamento jurídico esté claro, «la apreciación de la prueba está condicionada subjetivamente en tan alto grado, que esta razón por sí sola excluye toda posibilidad de calcular por anticipado con certeza el resultado de casos en los que haya hechos controvertidos»⁵⁷.

No se puede seguir pensado en términos de una «jurisprudencia mecánica», como si las decisiones estuvieran completamente programadas⁵⁸. Es bien sabido que «el juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones»⁵⁹. El sistema jurídico no es plenamente calculable pues «cada operación autopoiética modifica el sistema» y «coloca la máquina en otra posición». Pues «no se trata de una máquina trivial que transforma siempre de la misma manera *inputs* en *outputs*», sino de «una máquina que pone en

lo jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 113-115.

⁵³ FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1970 (publicado originalmente en 1930), pp. 21, 15, 399, 8 y 6. El «principio de incertidumbre» de Heisenberg aparece citado en pp. 7 y 354.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁵ Cfr. *idem*, *Derecho e incertidumbre*, trad. de C. M. Bidegain del artículo titulado originalmente *Short of Sickness and Death: a Study of Moral Responsibility in Legal Criticism*, México, Fontamara, 2001, p. 136. Cfr. también *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1973, p. 410. Para KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., los hechos no son asunto de mera constatación, sino producto de una «función constitutiva» (p. 248), resultado de un «procedimiento de producción» (p. 251).

⁵⁶ FRANK, J., *Derecho e incertidumbre*, cit., p. 121.

⁵⁷ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pp. 71-72 y 69-70.

⁵⁸ Cfr. la crítica clásica de POUND, R., «Mechanical Jurisprudence», *Columbia Law Review*, 8, 1908, pp. 605 y ss.

⁵⁹ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 174.

juego su estado en cada operación» y «construye en cada momento operativo una nueva máquina»⁶⁰.

La posibilidad de predecir con total certeza el resultado de los procedimientos jurídicos sería incluso sospechosa. Un margen de incertidumbre es un «indicador» de que el sistema jurídico efectivamente funciona. La certeza absoluta sólo existe en las elecciones fraudulentas o en los pleitos amañados. Un derecho realmente operativo es «fuente de incertidumbre»⁶¹.

Por otra parte el sistema jurídico experimenta una complejidad creciente que introduce incertidumbre su propia estructura⁶². La unidad del ordenamiento se dispersa en «micro-sistemas» con lógicas diferentes. Se ha producido una «transición del mono-sistema decimonónico al poli-sistema». Y en un «ordenamiento poli-sistemático» se detectan además «normas a-sistemáticas», refractarias todo principio unificador. Un derecho «policéntrico» no reconoce fácilmente prioridades lógicas⁶³.

Los problemas son cada vez más complejos y las instancias de decisión cada vez más dispares. Por oposición al clásico «modelo supercentralizado, jerárquico y lineal», el derecho se orienta cada vez más hacia un «modelo superdescentralizado, circular y recursivo». Constituye un espacio incluso «anárquico» en el que «las relaciones que prevalecen responden a una lógica “horizontal” o “transversal” más que “vertical”», que opera con una «relativa imprevisibilidad» y desarrolla «estructuras de retroacción». Aparecen fenómenos de «jerarquía enredada» y «bucle extraño», que confunden niveles distintos y subvierten la lógica tradicional⁶⁴.

El derecho ya no puede concebirse de modo jerárquico sino «heterárquico»⁶⁵. Presenta la «heterarquía de una organización modular», de segmentos que se pueden ensamblar de distintas formas⁶⁶. Y su articula-

⁶⁰ LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 2002, pp. 113 y 114.

⁶¹ ELSTER, J., *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, trad. E. Zaidenweg, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 109 y 111.

⁶² En el pensamiento jurídico hay una clara conciencia de los límites y las fracturas del sistema. Pero la realidad va más allá de lo que presenta CANARIS, C. W., *El sistema en la Jurisprudencia*, trad. J. A. García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, con concepciones como la del carácter abierto del sistema (pp. 71 y ss.) o el sistema móvil (pp. 85 y ss.).

⁶³ IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad. de L. Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 59, 191, 138, 140 y 40.

⁶⁴ KERCHOVE, M. van de, y OST, F., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. de L. Hoyo, Madrid, Universidad Complutense, 1997, pp. 104 y 105.

⁶⁵ LUHMANN, N., «Positivität als selbstbestimmtheit des Rechts», *Rechtstheorie*, 19, 1988, p. 24.

⁶⁶ Tomo la expresión de ídem, *Sociología del riesgo*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana y Universidad de Guadalajara, 1992, p. 236, referida al sistema económico. La tópica jurídica responde a esta visión del derecho como un conjunto de materiales susceptibles de adoptar distintas combinaciones y conexiones, según un principio modular, y en este sentido se justifica su conexión con un *ars combinatoria*. Cfr. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, cit.,

ción ni siquiera es lineal sino circular. La jerarquía normativa queda como una «estructura secundaria», que hay que relativizar en una red de operaciones en la que «todas las jerarquías son estructuras circulares»⁶⁷. En conjunto «se asemeja más a una masa nerviosa que a una jerarquía ejecutiva»⁶⁸.

Veamos lo que ocurre si en el lugar de la clásica pirámide de normas ponemos una red de decisiones. Pensemos en la multiplicación y ramificación de decisiones interdependientes, en decisiones que provocan otras decisiones, en decisiones sobre decisiones. Encontramos que «la proliferación del número de decisiones sólo puede significar que las posibilidades de control e influencia centralizados disminuyen (mientras no limiten este efecto medidas contrarias de técnica de control) y son reemplazados por mitologías»⁶⁹.

Los que deciden sobre las premisas de decisión de otros «no saben con seguridad lo que se decide antes de ellos, al mismo tiempo que ellos, ni después de ellos; con mucha frecuencia no saben exactamente qué deciden ellos mismos ni qué será visto y trabajado como su decisión en el sistema». Y «ni siquiera saben con seguridad suficiente ni con bastante exactitud qué decisiones o no decisiones provocan con su decidir». Los sistemas se han vuelto excesivamente complejos como para poder dirigir su propia «red de decisión»⁷⁰.

La red se presenta como la «nueva morfología» de la realidad social⁷¹. Ya no habría una «estructura» sino una «matriz de conexiones y desconexiones aleatorias» que estimula orientaciones «laterales» o transversales más que «verticales» y está en incesante transformación⁷². Todo lo que implica parámetros rígidos, un orden predeterminado, no se deja inscribir en la red. Surge así un mundo atomizado, con gran densidad de relaciones pero sin vínculos duraderos ni patrones estables, cada vez más incierto e imprevisible.

El derecho tiende a trabajar en red y a adoptar las características de la red. En el sistema clásico todo tenía un lugar determinado, pero en una organización reticular prima la «conectividad». Ahora no cuentan tanto las posiciones como las relaciones. Todo es interdependiente e interactivo, con lo que se relativizan las estructuras jerárquicas. La red es un «ámbito relacional» en el que cada punto es un «núcleo de rela-

pp. 113 y ss. Como en un almacén, los materiales de construcción se pueden organizar y clasificar mediante una «tópica de segundo grado» que redacta «catálogos» (p. 58). Pero no puede haber un índice sistemático; todo lo más un índice de materias.

⁶⁷ LUHMANN, N., *Rechtssoziologie*, 3.ª edic., Opladen, Westdeutscher Verlag, pp. 358-359.

⁶⁸ *Idem*, *Sociología del riesgo*, cit., p. 211, referido al sistema político.

⁶⁹ *Idem*, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, trad. D. Rodríguez Mansilla, Barcelona, Anthropos, p. 70.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 71 y 52.

⁷¹ M. CASTELLS, M., *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*, Vol. I: *La sociedad red*, segunda edición revisada, trad. de C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Madrid, Alianza, 2001, p. 549.

⁷² BAUMAN, Z., *Tiempos líquidos*, cit., pp. 9 y 10.

ciones» y el presupuesto para nuevas, y a veces sorprendentes, formas de relación⁷³.

En este contexto el método jurídico experimenta unas fortísimas «pérdidas de certeza» que dificultan su capacidad para servir de guía y controlar la corrección de sus propuestas. Se ha llegado a plantear incluso «el final del método jurídico», al menos en la versión que ofrecía la dogmática que pretendía calcular con conceptos⁷⁴. Nuestro instrumental teórico, dependiente de categorías decimonónicas, se ve desbordado y provoca bloqueos epistemológicos. Nos queda la argumentación jurídica, pero es el campo de «lo verosímil, lo plausible, lo probable», de lo que «escapa a la certeza del cálculo»⁷⁵.

3. PROPUESTAS PARA UNA TEORÍA JURÍDICA DE LA INCERTIDUMBRE

Veamos ahora algunas pautas para abordar la incertidumbre con la que trabaja el derecho y con la que, cada vez de modo más insistente, se va a ver confrontado. Se invierte la perspectiva habitual y se pone el acento no en la certeza sino en la incertidumbre. La propia noción jurídica de certeza plantea grandes incertidumbres⁷⁶. Necesitamos una

⁷³ IZUZQUIZA, I., *Filosofía del presente: Una teoría de nuestro tiempo*, Madrid, Alianza, 2003, pp. 163 y 164.

⁷⁴ Cfr. HAVERKATE, G., *Gewissheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, pp. 156 y ss. Lo comenta LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, en el Epílogo a la cuarta edición, pp. 496 y ss. En la bibliografía española se ha hecho eco PEREZ LUÑO, A-E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 101 y ss.

⁷⁵ PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. J. Sevilla, Madrid, Gredos, 1989, p. 30.

⁷⁶ Irónicamente apunta GOMETZ, G., *La certeza giuridica como prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005, que «pocos conceptos, entre los considerados por la filosofía jurídica, son tan inciertos como el de *certeza del derecho*» (p. 1). Como señala LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, abarca exigencias «contrastantes» (p. 568) que provocan «antinomias internas a la misma noción de certeza» (p. 592) y también con respecto a otros valores, lo que hace patente su «relatividad» (p. 592). Precisamente el núcleo del pensamiento de RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, son «las antinomias de la idea del derecho» (p. 95), de la que forma parte la certeza, con sus «agudas contradicciones» que hacen la vida «problemática» (p. 101). En su *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. W. Roces, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1974, dirá que su pugna con la justicia «representa un conflicto de la justicia consigo misma», que «no puede ser resuelto de una manera unívoca». En algunos casos la certeza «justificará», en cuanto «forma menor de la justicia», la obediencia a un derecho en cierta medida injusto (p. 44). Por su parte RECASENS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, cit., plantea el «alcance limitado y relativo» de la certeza (p. 299). La sitúa en una estructura «bipolar» (p. 293), en tensión con otros valores, especialmente con la justicia (que implica a su vez un conjunto de valores en tensión). La tensión entre certeza y cambio social es también «una de las principales

nueva consideración de la incertidumbre y de su función en el derecho. El objetivo no es tanto la búsqueda de mejores certezas como aprender a trabajar con la incertidumbre.

– El derecho instaure certezas para afrontar la incertidumbre, para controlarla e incluso para dominarla. En todo caso *las certezas del derecho están en función de la incertidumbre*. Son formas de tratar con la incertidumbre.

– Para poder hacerlo genera su propia incertidumbre. Una sociedad abierta exige un *derecho abierto*, que se articula con elementos inestables⁷⁷. En lugares estratégicos interviene una *incertidumbre interna*, que no es un accidente sobrevenido sino un elemento *constitutivo* del Estado de Derecho. El derecho sólo puede operar y regularse con un margen de incertidumbre. De otro modo se bloquearía. Hay incertidumbres que no le vienen dadas sino que las genera para dotarse de *márgenes de maniobra*, para lograr *elasticidad*. La incertidumbre no es sólo un subproducto inevitable sino un *principio operativo*. Surge la pregunta de cuál es el grado de incertidumbre que tiene el derecho a su disposición y cuál es el que puede tolerar.

– Certeza e incertidumbre son límites ideales. Entre ambos extremos hay una amplia zona intermedia para transitar. Es una cuestión abierta dónde se sitúa la diferencia. La certeza es relativa, es cuestión de grado. Funciona como un *concepto móvil*, como un *diferencial* que puede desplazarse. Nada es cierto por sí mismo ni lo es de la misma manera. La noción de certeza es sólo la *contrapartida* de la incertidumbre, su contrapeso. Está sujeta a apreciaciones que varían según los puntos de vista y los contextos. El objetivo no es alcanzar la certeza

antinomias» del derecho (p. 304). Y como la certeza tiene un carácter *formal* e indiferente (*adiáfora*) respecto a su contenido provoca incertidumbre sobre lo que merece ser asegurado. Los planteamientos de jerarquía axiológica que encontramos en *Introducción al estudio del derecho*, cit., no cesan de generar incertidumbres. La certeza es un valor inferior con respecto a la justicia, pero a la vez «es condición indispensable y previa para el cumplimiento de los valores de superior jerarquía» (p. 136). Debe ser «puesta al servicio» de los valores superiores (p. 137) pero desde el nivel inferior se puede relativizar el superior: habrá que «tolerar imperfecciones» en un derecho que sea «*relativamente justo*», aunque la tolerancia «no debe ser ilimitada» (p. 138). La certeza no tiene el mismo peso en todas las cuestiones y DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, trad. C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992, plantea un «diferente valor marginal de la certeza» (p. 259). BAUMAN, Z., *En busca de la política*, cit., trata de una «*certeza incierta*» (p. 33 y ss.) y de la «*metaincertidumbre*» o «*incertidumbre en cuanto al grado de certeza*» que se puede alcanzar (p. 36).

⁷⁷ POPPER, K. R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. E. Loedel, Barcelona, Paidós, 2010, concibe la sociedad cerrada como un mundo de «certeza» (p. 174). Pero «si queremos seguir siendo humanos, entonces sólo habrá un camino, el de la sociedad abierta». Esto implica que «debemos proseguir hacia lo desconocido, lo incierto y lo inestable sirviéndonos de la razón de que podamos disponer, para procurarnos la seguridad y libertad a que aspiramos» (p. 195). La sociedad cerrada niega la incertidumbre y favorece un pensamiento dogmático, mientras que la sociedad abierta la reconoce y desarrolla un pensamiento crítico. Una sociedad abierta se caracteriza por tener instituciones que permiten abordar la incertidumbre.

za absoluta (la evidencia) sino una *certeza suficiente*. Nos conformamos con lo que está –como se dice en ámbitos judiciales– más allá de toda duda razonable. Pero lo que denominamos razonable es una forma de acotar la incertidumbre.

– Enfrentamos la incertidumbre a la certeza. Pero no se trata simplemente de sustituir una por otra, como si fuera una dicotomía excluyente. Es más bien un *contraste*. La cuestión es cómo manejar una *polaridad* que abarca ambos lados, que los mantiene en tensión. Se necesita tanto la certeza como la incertidumbre. Hay que decidir dónde se establecen los apoyos y dónde se juega con la movilidad, dónde se mantiene la forma y dónde aparece lo informal. Es una cuestión de diseño institucional. Una pieza del derecho puede convertirse en el eje en torno al que giran otras o puede dejarse disponible, como un engranaje abierto. Es una dinámica que se puede invertir. Las zonas de holgura, los vacíos, las indecisiones, las suspensiones, no son necesariamente carencias. Pueden ser *reguladores*, *puntos de articulación* e *impulsos* para el derecho. La cuestión es cómo el derecho *distribuye sus certezas y sus incertidumbres*. Esta distribución se modifica constantemente. La propia práctica la va modificando.

– La incertidumbre no se reduce con certezas sino con incertidumbres de otro tipo: *una incertidumbre se reduce con otra*⁷⁸. Se pasa así de una incertidumbre indeterminada a una *incertidumbre determinada*, es decir parcialmente acotada, fijada, definida y estructurada en cierto modo. Las certezas *dan forma* a la incertidumbre. No la suprimen. Son modos de *resistencia* a la incertidumbre.

– Las certezas del derecho se mantienen como tales en la medida en que son capaces de *procesar y absorber* incertidumbre. No se afirman por su verdad intrínseca sino por sus efectos. No pueden concebirse como premisas indiscutibles, como axiomas que se desentienden de sus consecuencias.

– Hasta qué punto la incertidumbre es *funcional* y hasta qué punto se convierte en un *elemento disolvente* del derecho depende de cómo intervenga en las operaciones jurídicas. Estamos dispuestos a aceptar numerosas incógnitas si forman parte de ecuaciones cuyo resultado consideramos que es justo. Si se logra una mayor certeza en la esfera vital será una *incertidumbre productiva*. Si no contribuye a dar respuesta a los problemas habrá perdido su razón de ser. Pero esto no depende de que haya o no incertidumbre, sino de cómo el derecho trabaje con su propia incertidumbre.

– El derecho tiende a orientarse por sus consecuencias. Como la realidad es cambiante e imprevisible su capacidad de producir certeza en las relaciones sociales se logra a costa de sacrificar su certeza inter-

⁷⁸ Es lo mismo que ocurre con la complejidad. Dirá LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., que «sólo la complejidad puede reducir complejidad» (p. 49). Se trata siempre de la «reducción de una complejidad por otra», no del paso de lo complejo a lo simple sino de la producción de una «*diferencia* de complejidades» (p. 50).

na, su coherencia⁷⁹. La orientación del sistema hacia sus resultados, la programación por objetivos, deforma una lógica jurídica que ya no puede seguir siendo planteamiento formalista y abstracto. Con ello la racionalidad jurídica se arriesga a perder el control sobre sí misma⁸⁰.

– Hay incertidumbres que *no se eliminan sino que se transforman*. Cambian de formato. Las certezas son *transformadores* de incertidumbre y, al menos en parte, la retienen. El derecho canaliza la incertidumbre y la pone en circulación. Necesita elementos que sean transportadores de incertidumbre. No podría operar si no fuera capaz de mantener una *incertidumbre circulante*. Frente al planteamiento tradicional que busca «certezas inamovibles», se trata de hacer circular e *intercambiar* tanto la certeza como la incertidumbre. La circulación acaba por convertirse en *circularidad*: la certeza jurídica adquiere una estructura circular.

– Las certezas encubren incertidumbre, la vuelven latente. La desplazan a una zona de sombra, o la encierran para aislarla. Pero puede rebrotar, incluso con más virulencia. Frenan o bloquean un cuestionamiento que podría llevarse más allá. Son a la vez condensadores e interruptores de incertidumbre. Siempre podemos preguntarnos por *las incertidumbres de nuestras certezas*, por las inseguridades de nuestras seguridades. El que confía demasiado en la capacidad de orientación de los principios y las grandes palabras del derecho descubre que las respuestas se transforman pronto en preguntas.

– Las certezas jurídicas no se encuentran ya dadas. El derecho no las puede tomar de la moral, de la economía, de la política. Tiene que generarlas con sus propios medios. Son certezas *autoproducidas*. No se descubren sino que se construyen. La cuestión no es cómo se detectan sino cómo se determinan. Aparece así una problemática de *invención de la certeza*. En todo caso se trata de certezas jurídicas, que pueden no servir de nada, ser perturbadoras y ser rechazadas en otros ámbitos. Y no sólo hay que producirlas sino darles firmeza: sostenerlas, incluso imponerlas, lo que puede implicar un enorme esfuerzo. Se puede preguntar por el coste (económico, social, político, o incluso jurídico) que hay que pagar por ello, por *el precio de las certezas*.

– Claro está que no se trata de certezas personales sino de *certezas públicas*, de un sistema de referencias sobre el que se estructura la

⁷⁹ Las corrientes antiformalistas han promocionado la orientación hacia las consecuencias. IHERING, R. von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. E. Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998, proponía que «la vida no debe plegarse a los principios, sino que éstos deben modelarse sobre aquella» (p. 1020). Y Weber dirá que la exigencia ética de responsabilidad consiste en hacerse cargo de las consecuencias. DEWEY, J., «Logical Method and Law», *The Cornell Law Quarterly*, 10, 1925, distingue una «certeza teórica», que pone el acento en los presupuestos y en la estricta deducción, de una «certeza práctica», que busca resultados capaces de satisfacer los requerimientos de la realidad (p. 25).

⁸⁰ Cfr. LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 48 y ss.

sociedad. Operan en un plano organizativo y no necesariamente psicológico. No son cuestión subjetiva sino objetiva: por medio de ellas se construye una realidad. Son instituciones y no tienen por qué ser convenciones.

– La capacidad que tiene el derecho de generar certeza, de *certificar*, no consiste en constatar sino en configurar. No hay descripción sino construcción. No se trata de un uso descriptivo o informativo del lenguaje sino, en la línea de las expresiones lingüísticas realizativas (*performative*), de «hacer cosas con palabras», de hacer que algo sea cierto. Pues *la certeza se fabrica*. El acto productor de certeza no es meramente declarativo sino *constitutivo*. No es una operación de conocimiento sino de *reconocimiento*.

– Las certezas no son verdades, son *convenciones*. No pertenecen al ámbito del conocimiento sino de la acción. No pretenden describir la realidad sino afrontar problemas. Son *certezas operativas* que aspiran a transformar la realidad para hacerla cierta, a convertir situaciones problemáticas en situaciones resueltas.

– El derecho plantea *una certeza sin verdad*. No tiene que ver con el orden de la verdad, como quiso el iusnaturalismo⁸¹. Incluso se atreve a tomar el lugar de la verdad, como cuando decreta que «*res iudicata pro veritate habetur*». Las certezas son invenciones, y en ese sentido *ficciones* (pero no irrealidades) que configuran la realidad. La ficción no se contrapone a la realidad. Hay una realidad de la ficción, y cuanto más desarrollada está una sociedad más necesita de la ficción. El derecho se apoya masivamente en la ficción. Lo que hace es *fingir certezas*, y también presuponerlas, darlas por supuesto.

– Otra cosa es que el derecho necesite generar *confianza*. Pero la confianza es *aceptación de la incertidumbre*. A diferencia del consenso, que se articula en torno a valores, planteamientos o mecanismos de participación, la confianza se basa en el desconocimiento (de otro modo sería un saber), compensado por mecanismos de control, por garantías. El derecho apenas se puede controlar desde parámetros prefijados, desde las certezas. Lo que se controla es la capacidad de absorber incertidumbre. Es esto reside la *fiabilidad* del sistema. El acento se desplaza de lo conocido a lo desconocido.

– El ámbito de la certeza está socialmente diversificado. Es *plural y contradictorio*. Lo que en un sistema se considera cierto puede ser simultáneamente incierto e insostenible para otro. La multiplicidad no se deja unificar y *no hay un sistema de certezas*. Este es uno de los rasgos que caracterizan el pluralismo de nuestras sociedades, que no consiste simplemente en la coexistencia de distintos esquemas de valores, sino en que los sistemas sociales promueven principios que no necesariamente son coherentes. Cada sistema es fuente de incerti-

⁸¹ VICO, G., *El Derecho universal*, trad. F. J. Navarro, Barcelona, Anthropos, 2009, distingue lo «verdadero (*verum*)», que se basa en la razón, de lo «cierto (*certum*)», que «se basa en la autoridad», aunque busca conectarlos, pp. 13 y 14.

dumbre para los otros (el derecho ve con preocupación a la política, la economía recela del derecho). La clásica problemática de la coherencia da paso a una nueva problemática de la *compatibilidad*.

– También las certezas jurídicas son *plurales y contradictorias*. La articulación del derecho depende de su interacción y de sus configuraciones. El papel de algunas es cuestionar a otras. Su antagonismo no siempre es una antinomia que deba resolverse dando prioridad a uno de los términos. Puede que se trate de trazar líneas de tensión. La confluencia puede adoptar distintas disposiciones: conjunción, suspensión, equilibrio, contrapeso, interferencia, complicación, implicación, entre otras posibilidades. Las certezas se agrupan en constelaciones variables. Inciden unas en otras, pero ninguna puede aspirar a dirigir el conjunto. Esto nos sitúa en *un ámbito de incertidumbre abierto precisamente por las propias certezas*. Se tendrá esta experiencia a poco que se trabaje con los principios del derecho, o se pregunte por cuáles son los valores presentes en un caso, o los bienes jurídicamente protegidos. El diseño del Estado de Derecho ilustra también esta problemática de contraposiciones y de certezas que se desafían, que se provocan mutuamente.

– La certeza jurídica es fluctuante y *reversible*. Las certezas son *variables* que el derecho redefine y transforma. Son *certezas inestables*⁸². Un sistema no se debe a sus certezas, no está comprometido absolutamente con ellas, sino que *están a disposición del sistema*, que las manejará incluso de forma oportunista, según su capacidad para orientar y resolver problemas. Las certezas no gobiernan el derecho. Es más bien el derecho el que intentará gobernar sus certezas. Los elementos fijos dependen de los móviles⁸³.

– La producción jurídica de certezas no está localizada en un solo lugar del sistema, desde el que se gobierne la lógica jurídica, sino diseminada por todo el derecho. En este aspecto el derecho no es jerárquico. No dispone de un lugar rector capaz de dominarlo. Esto plantea el problema de hasta qué punto es capaz de controlar sus propias certezas. Las instancias jurídicas de control no son simples garantes de la certeza y se convierten en nuevos factores de incertidumbre. Piénsese en cualquier tribunal constitucional.

⁸² Ahora, como detecta LUHMANN, N., *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, trad. J. Beriain y J. M. García Blanco, Madrid, Trotta, 1998, las estructuras de sentido se basan en elementos inestables y tienen una complejidad creciente. El sentido es «alternante entre la actualidad, que es cierta pero inestable, y la potencialidad, que es incierta pero estable». Puesto que ya «no tenemos acceso a la certidumbre estable» habrá que operar relacionando «la certidumbre inestable» con la «incertidumbre estable» (p. 29).

⁸³ Constata LUHMANN, N., «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft», en ídem, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, que «en la era del derecho positivo no se puede basar lo móvil en lo fijo; al contrario, lo fijo tiene que basarse en lo móvil» (p. 145).

– Nada es jurídicamente cierto *per se*, por ser intrínsecamente incuestionable, sino *per alterum*. El ámbito de la certeza no consiste en fijaciones, en anclajes, sino que depende de conexiones. Una certeza se apoya en otra, es cierta por otra. Es una *certeza relacional*. Las certezas se hacen fuertes entre sí formando un *tejido de certezas*. No se trata solo de derivación (esquemas deductivos, jerarquía normativa, silogismo jurídico) sino de *apoyo recíproco*⁸⁴. A una norma la sostiene tanto la que está encima como la que está debajo. La afirma tanto la norma superior de la que «procede» como el reglamento que la desarrolla. Se reafirma por la insistencia con la que forma parte de razonamientos jurídicos, por su recurrencia en cadenas normativas. La certeza está diseminada y se vuelve difícil de localizar. No hay una fuente, un primer principio u origen, sino desarrollos circulares.

– Además la certeza tiene que ver con la *posibilidad de sustitución*. Algo se mantiene como cierto porque no hay recambio. En vez de preguntar en qué se basa una norma o una decisión habría que preguntar por qué se podría reemplazar. La máxima certeza se obtiene por la falta de alternativas. Una certeza se desplaza con otra, pero puede que no tengamos nada que poner en su lugar.

– La certeza jurídica activa mecanismos de *indiferencia*. No se mantiene sólo suscitando adhesión sino también haciéndose inmune a los ataques. Por ejemplo la norma permanece como válida aunque no se cumpla. El derecho se desentiende del conocimiento que de él tengan los afectados. La verdad forense puede tener poco que ver con lo que aparece fuera del derecho. La democracia no sólo desarrolla procedimientos de participación sino también estrategias de distanciamiento.

– Las certezas jurídicas se vuelven cada vez más abstractas. Tienen a desplazarse de lo particular a lo general, de lo material a lo formal, de los resultados a los presupuestos. La certeza sustantiva cede el paso a la *certeza procedimental*. Interesan más las certezas dinámicas que las estáticas. Las reglas de juego son decisivas. En la medida de lo posible el derecho no basa sus certezas en resultados, que serán desconocidos de antemano, sino en episodios que procesan incertidumbre. Los principios se convierten en pautas y modos de proceder. La interpretación depende de un procedimiento de interpretación. La decisión es el resultado de un procedimiento de decisión.

– La certeza (y no sólo la incertidumbre) no se conecta con la noción de necesidad sino con la de *contingencia*, y por lo tanto con la

⁸⁴ WITTGENSTEIN, L., *Sobre la certeza*, cit., plantea «un sistema cuyas consecuencias y premisas se sostienen *recíprocamente*» (núm. 142, p. 21), de modo que «no me aferro a una proposición, sino a una red de proposiciones» (núm. 225, p. 30). Nos encontramos con que el «fundamento es sostenido por el resto del edificio» (núm. 248, p. 33)

de *posibilidad*⁸⁵. No se trata sólo de que las certezas jurídicas podrían ser de otra manera. Las realmente importantes son las que abren otras posibilidades (las que producen alteridad). Son *certezas dinámicas*, puntos de apoyo no para aferrarse y arraigarse sino para desplazarse, que impulsan un *pensamiento de la diferencia*. Por ejemplo el principio de libertad favorece la diversidad, y el de igualdad promueve la diferencia.

– En el derecho tienen un gran papel las *certezas polémicas*. Designan debates y no se pueden afirmar sin controversia. Se mantienen como puntos de referencia y marcan un territorio, pero no son innegables. Están rodeadas por otras certezas rivales, o al menos por otras versiones de sí mismas. No aquietan el debate sino que lo suscitan y se sostienen en él.

– Encontramos también *certezas incómodas*, que están destinadas a ser *focos de inquietud* para el derecho. No podemos entender el papel de los derechos humanos, de los grandes valores y principios, sin tomar nota de su formidable capacidad para trastornar el derecho. El derecho aloja en su interior elementos que le perturban, certezas productoras de incertidumbre.

– El jurista está siempre interpretando. Interpretar es afrontar la incertidumbre de un hecho o de un texto, en principio abierto a varias interpretaciones, para determinar un sentido o un significado. Pero los criterios para interpretar están también sujetos a interpretación. Y el resultado de la interpretación es a su vez interpretable. Nos movemos así entre *certezas interpretables* que reproducen la incertidumbre.

– Y no hay derecho sin decisiones. La decisión efectúa un salto de la incertidumbre a la certeza. Si se supiera previamente lo que se va a decidir no habría decisión sino consecuencia necesaria. La decisión estaría decidida de antemano, el caso estaría prejuzgado. El derecho *decide sus certezas*. Pero a una decisión seguirá otra y, por mucho que se establezcan precedentes o que una decisión adquiera firmeza, el derecho no siempre se vincula a sus decisiones.

– La certeza es un factor de orden, un principio de estabilización; la incertidumbre representa el desorden, es un *principio de irritación*. Orden y desorden no sólo son dos estados antagónicos sino también cooperativos. El desorden puede ser un *estímulo* para construir un nuevo orden. No podemos ver la incertidumbre sólo como una perturbación destinada a ser reconducida a las certezas ya poseídas, en un esquema repetitivo. Puede ser la oportunidad para *alcanzar nuevas certezas*. Y aunque las certezas proporcionan seguridad no se pueden

⁸⁵ En palabras de LUHMANN, N., *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, trad. C. Fortea, Barcelona, Paidós, 1997, «los valores propios de la sociedad moderna habrán de ser formulados en la forma modal de la contingencia» (p. 45). La *autopoiesis* de los sistemas exige «operaciones sin certeza última» (p. 117).

mantener sin asumir riesgos. Las certezas se convierten en riesgos específicos del derecho.

– La pregunta por la justicia *interrumpe la certeza del derecho*. La exigencia de justicia puede expresar una convicción absoluta, pero precisar qué es lo justo y argumentarlo es otra cosa. Siempre habrá que preguntarse si no sería posible una justicia mejor. Nadie puede pretender saber todo lo que significa la palabra justicia. Nadie puede apoderarse de ella, encerrarla, agotarla. No es un orden de perfección, un derecho superior, un repertorio de certezas al que aproximarse⁸⁶. Desde su propia incertidumbre la justicia no cesa de trastornar el derecho.

– La potencia de la lógica jurídica no se mide por sus certezas ni por su ausencia de incertidumbre, sino por la capacidad de *controlar tanto las certezas como las incertidumbres* del derecho. Excesivas certezas bloquean el sistema en su redundancia. Pocas certezas proporcionan pocos puntos de referencia. Excesivas incertidumbres son inmanejables. Pocas incertidumbres reducen los movimientos. La lógica jurídica tiene que ver con el grado de certeza y de incertidumbre *soportable* por el sistema, con la mejor combinación y articulación de ambos factores. El derecho se sostiene tanto por sus certezas como por sus incertidumbres.

Fecha de recepción: 30/06/2011. Fecha de aceptación: 8/11/2011.

⁸⁶ DERRIDA, J., *Fuerza de ley. El «fundamento místico de la autoridad»*, trad. A. Barberá y P. Peñalver, Madrid, Tecnos, 1997, reconoce que no puede haber «certeza determinante» de la presencia de la justicia (p. 58). Siempre hay otra posible justicia que «destruye» desde dentro «toda certeza o toda pretendida criteriología que nos asegure la justicia de una decisión» (p. 57). Por su parte RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, comienza planteando una situación de elección «en condiciones de incertidumbre» (p. 181), aunque luego pretenda formular certezas.