

El mito de la estabilidad constitucional*

Fecha de recepción: 27 de julio de 2018
Fecha de evaluación: 4 de diciembre de 2018
Fecha de aprobación: 14 de diciembre de 2018

Wilson Yesid Suárez Manrique**
Georgina Isabel De León Vargas***

Para citar este artículo

De León, G. y Suárez, W. (2019). El mito de la estabilidad constitucional. *Revista Vía Iuris* (n° 26), pp. 13-28.

RESUMEN

En el presente artículo se desea bosquejar la idea de que la ciencia jurídica se entiende de mejor forma bajo la concepción de inestabilidad. De esta forma, se plantean agudas críticas al insostenible mito de la estabilidad jurídica y se prescribe el cambio de la concepción del derecho en favor de una concepción más realista y pragmática acorde con los rasgos estructurales del constitucionalismo actual.

* Este trabajo corresponde a uno de los productos del proyecto de investigación: *"Inteligencia artificial y derecho constitucional"*, el cual se adelanta en el grupo de investigación en "Derecho Público" del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, sede Cartagena (periodo 2017-2019). Cartagena, Bolívar.

** Doctor *cum laude* en Estado de Derecho y Gobernanza Global Universidad de Salamanca, 2017. Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Universidad Industrial de Santander, 2011. Especialista en Derecho Procesal, Universidad Santo Tomás Bucaramanga, 2012. Abogado, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, 2009. Docente investigador del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, sede Cartagena, e integrante del de la misma Institución. Cartagena (Colombia). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1587-3926>. Correo electrónico: wilson.suarez@curnvirtual.edu.co

*** Magíster en Derecho Laboral, Universidad Autónoma de Guerrero, México. Abogada, Corporación Universitaria Rafael Núñez. Docente con función de coordinación de investigación del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, sede Cartagena. Co-líder del Grupo de Investigación Derecho Público del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, sede Cartagena, reconocido por Colciencias en categoría C. ORCID: 0000-0002-3277-5930. Correo electrónico: georgina.deleon@curnvirtual.edu.co

DOI: <https://doi.org/10.37511/viajuris.n26a1>

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Palabras clave

Estabilidad legal, seguridad jurídica, previsibilidad, inestabilidad constitucional, mito, ciencia jurídica.

The myth of constitutional stability

Wilson Yesid Suárez Manrique
Georgina Isabel De León Vargas

ABSTRACT

In this article we want to outline the idea that legal science is best understood under the concept of instability. This will wish to raise sharp criticism of the unsustainable myth of legal stability. And changing the conception of law in favor of a more realistic and pragmatic conception according to the structural features of the current constitutionalism is prescribed.

Keywords

Legal stability, legal certainty, predictability, constitutional instability, myth, legal science.

O mito da estabilidade constitucional

Wilson Yesid Suárez Manrique
Georgina Isabel De León Vargas

RESUMO

Neste artigo, queremos esboçar a ideia de que a ciência jurídica é melhor compreendida sob o conceito de instabilidade. Desta forma, são levantadas críticas severas sobre o mito insustentável da estabilidade legal. E prescreve a mudança da concepção de Direito em favor de uma concepção mais realista e pragmática, de acordo com as características estruturais do constitucionalismo atual.

Palavras-chave

Estabilidade jurídica, segurança jurídica, previsibilidade, instabilidade constitucional, mito, ciência jurídica.

Le mythe de la stabilité constitutionnelle

Wilson Yesid Suárez Manrique
Georgina Isabel De León Vargas

RÉSUMÉ

Dans cet article, nous voulons esquisser l'idée que la science juridique est mieux comprise sous le concept d'instabilité. De cette manière, de vives critiques sont soulevées à propos du mythe insoutenable de la stabilité juridique. Et il prescrit le changement de conception de la loi en faveur d'une conception plus réaliste et pragmatique, conforme aux caractéristiques structurelles du constitutionnalisme actuel.

Mots-clés

Stabilité juridique, sécurité juridique, prévisibilité, instabilité constitutionnelle, mythe, science juridique.

INTRODUCCIÓN

La ciencia jurídica ha sido presentada como una disciplina que ostenta entre sus conceptos centrales al orden, la estabilidad y la seguridad. Tener esta clase de estandartes de presentación conlleva consecuencias importantes en el derecho. Pues, los distintos sistemas que lo integran deben ser entendidos, explicados y predichos con base en tales nociones.

Luego, resulta común, que exista predilección en la doctrina clásica por aquellas ideas, conceptos, nociones e instituciones que contribuyan, en todo o en parte, así sea de forma imaginaria, a cultivar el dogma de la seguridad y estabilidad jurídica. Así pues, existe predilección por la ley, por cuanto se entiende más estable que otras fuentes del derecho; se prefiere una interpretación semántica, pues existe menos margen de error, el juez entre más mecanicista sea, se reputa “mejor juez”. En contrapunto, se estima que las situaciones que conllevan una afrenta a la estabilidad, se ven como indeseables o son motivo de crítica para quien las defienda o aplique.

Sin embargo, pese a la importancia de la noción de estabilidad para el derecho, los constructos teóricos y prácticos, que han sido utilizados para explicarla, de no ser por el imaginario jurídico general, la aceptación social y cultural tácita, y su aparente necesidad práctica, no resisten críticas agudas. Se doblegan fácilmente ante cuestiones doctrinarias y fácticas.

Un jurista que desee ser tomado en serio no puede sostener el dogma de la estabilidad. Las ideas, normas, instituciones y sistemas jurídicos no encuentran un soporte adecuado en este principio. Si se observa sin reparos, el concepto que mejor explica el derecho es el de la “inestabilidad”. En torno a él, se articulan las principales ideas del derecho constitucional. Ello es cierto tanto de forma general, para el caso de la ciencia jurídica, como para el caso particular del derecho constitucional. No puede pensarse que existe estabilidad en cuanto a las fuentes, métodos, valores o formas de concreción de los principios o derechos fundamentales. Los avatares del derecho constitucional se rigen, pues, por lo que se denomina, en este escrito, “el principio de inestabilidad”.

Para desarrollar lo anterior, en este artículo se revisan las siguientes temáticas: 1) la precisión de la noción de estabilidad jurídica, 2) las objeciones que pueden plantearse, y 3) se bosqueja, de forma general,

cómo se entiende el derecho desde el principio de inestabilidad. Se responde, pues, a las preguntas: ¿qué se entiende por estabilidad jurídica y cuál es su relación con la seguridad y la certeza jurídica? ¿Qué situaciones llevan a replantear la perspectiva de la estabilidad jurídica en el campo del derecho constitucional? ¿Qué características esenciales presenta la inestabilidad constitucional?

METODOLOGÍA

Esta investigación, desde una perspectiva metodológica, en razón a su naturaleza, puede considerarse como un estudio jurídico, integrativo y abstracto de la relación entre la estabilidad jurídica y el constitucionalismo contemporáneo. Se trata de un estudio jurídico porque toma como objeto central de estudio las normas jurídicas —en sentido amplio— y su tensión con la estabilidad constitucional. Es integrativo en la medida que comunica argumentos jurídicos con disciplinas exógenas siempre y cuando se traduzcan adecuadamente al lenguaje jurídico. Es una reflexión expuesta en un grado de abstracción superior al de las teorías generales y específicas, cuyos alcances se pueden aplicar a la deliberación de la mayoría de los problemas de los derechos fundamentales que se presentan en los distintos constitucionalismos actuales.

Se trata, pues, de una tesis de dogmática constitucional en la cual los problemas son abordados desde la crítica racional de las estructuras normativas constitucionales, en donde se pretende su deconstrucción y reconstrucción con fundamento en la aplicación de la inteligencia artificial a los casos de tutela y la búsqueda de la interpretación constitucional más plausible, con referencia a la dignidad humana y a la protección de los derechos fundamentales.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Seguridad, certeza y estabilidad jurídica

Para los efectos del presente trabajo se hace importante distinguir entre tres acepciones que refieren a fenómenos parecidos y que en ocasiones son utilizadas indistintamente. No es el propósito del escrito efectuar una distinción tajante sobre el asunto, lo cual desbordaría su objeto, sino, simplemente, por propósitos conceptuales, delimitar, así sea mínimamente, los campos en los cuales se utilizan. Estas acepciones son las de seguridad, certeza y estabilidad jurídica. Las cuales corresponden a una

demarcación evolutiva y cronológica, mediante las que se trató de dar respuesta a interrogantes y cuestionamientos de épocas pretéritas.

Antes de iniciar la labor planteada se hace necesario efectuar dos aclaraciones preliminares, que más adelante se profundizarán. La primera: las tres figuras tal y como expresa Gómez (2012, pp. 39-47) comparten, además de su uso indistinto, los problemas particulares de ambigüedad e indeterminación. En el primer caso, son utilizadas con formas conceptuales muy diferentes, y en el segundo, no se tiene claro el alcance de estas nociones. La segunda: estas acepciones pueden tener la naturaleza de valores, si se les ve como un ideal a conseguir, principios, si se les ve como mandatos de optimización, reglas, desde la perspectiva de su actualización legislativa o judicial, pautas hermenéuticas, cuando son utilizadas para fijar el sentido y el alcance de las disposiciones jurídicas, o derechos subjetivos, cuando dan lugar a posiciones jurídicas reclamables. En los párrafos siguientes se tomará especialmente su perspectiva de valores y principios.

La seguridad jurídica como seguridad personal e inmutabilidad

La “seguridad” es una noción del lenguaje común que fue acogida por la filosofía para argumentar ideas políticas y por el derecho para explicar algunas instituciones. La seguridad, proveniente del latín *securitas*, y se utiliza comúnmente para referirse a la ausencia de riesgo o a la confianza en algo. En filosofía, por ejemplo, para Hobbes el fin de la existencia del Estado es la seguridad, la protección contra una muerte violenta. El estado de naturaleza resultaba ser tan deplorable que se hacía necesaria la existencia de un ente encargado de buscar dos objetivos primordiales: “la paz y la felicidad en sociedad, y la protección de la vida” (Mejía, 2001, p. 37). Puede decirse, en un grado de abstracción mayor, que la seguridad se presenta como sinónimo de ausencia de riesgo en la persona y la vida. Rousseau, por su parte, considera la seguridad como “protección que produce orden y certeza desde un punto objetivo y ausencia de temor y ausencia de duda desde un punto subjetivo” (Peces, 1990, p. 215). Según Paine (1984), “la meta de toda agrupación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (p. 10).

Esta noción filosófico-política de seguridad, como seguridad personal, la cual luego fue positivizada en instrumentos constitucionales de la edad moderna,¹ y que actualmente ocupa un lugar importante en los catálogos de derechos fundamentales de distintas constituciones, es diferente a la noción de seguridad jurídica como principio del derecho, pese al parecido de familia que entre ellas puede existir.

Desde el punto de vista de principio del derecho, “la idea de seguridad jurídica tiene muchas vertientes y se concreta en una pluralidad de significados” (Carbonell, 2004, p. 586). Para los efectos del presente escrito se hacen especialmente importantes dos vertientes: una antigua y otra moderna. La vertiente antigua alude al significado otorgado en el derecho romano y la moderna a su uso dentro de la concepción del Estado de derecho.

En el lenguaje jurídico temprano, la seguridad jurídica, dentro de la familia jurídica romano-germana (David y Jauffret-Spinozi, 2010), se erigió como uno de los principios del derecho. Este podría referirse, principalmente, a dos situaciones: la imposibilidad de modificar las consecuencias de las decisiones judiciales y la no modificación de situaciones pasadas por leyes nuevas. Estas situaciones se desarrollaban bajo las figuras de lo que se conoce actualmente como la cosa juzgada y la irretroactividad de la ley.

Respondía este principio, junto a las estrategias de desarrollo, a unas necesidades concretas en las cuales se temía que las decisiones ya tomadas por los jueces se modificaran, por otros jueces, ante la existencia de múltiples jurisdicciones, o que los litigios pudieran mantenerse por extensiones largas de tiempo, y que los nuevos gobernantes cambiaran las situaciones ya consolidadas. Era una estrategia que buscaba hacer imperante las decisiones judiciales y proteger a las personas de las posibles arbitrariedades que se pudiesen cometer con el cambio de la legislación, especialmente, en el tema de la propiedad. En la premodernidad, la pluralidad de fuentes del derecho, de competencias, la ausencia de jueces profesionales, generaba un grado alto de inseguridad jurídica que se deseaba aminorar.

¹ El artículo 8 de la declaración de 1793 establece que “la seguridad consiste en la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades”

Sobre esta situación, Peces Barba (1990) afirma que, visto desde una concepción actual, el derecho de ese tiempo no generaba seguridad:

El pluralismo de las fuentes, el entrecruzamiento de competencias, una creatividad judicial sin norma previa, buscando el *id quod iustum est*, en el caso concreto y sobre todo, la falta de un poder capaz de imponer sus normas jurídicas, no permite hablar de certeza ni de ausencia de temor (p. 215).

Sin embargo, esta situación de falta de seguridad no era tan preocupante, por cuanto se obtenía la seguridad desde dos vertientes diferentes: el monismo ideológico devenido del control ideológico de la Iglesia católica y la rigidez gremial resaltada por la sociedad gremialista.

Posteriormente, el advenimiento del Estado de Derecho presentó importantes factores que influyeron en el sentido de la noción de seguridad jurídica (Pérez, 1991). Se abrió camino lo que en este trabajo se llama: sentido moderno de la seguridad jurídica, donde el monismo ideológico fue resquebrajado y la sociedad gremialista cedió el paso al individualismo. En este estadio la seguridad jurídica fue entendida, especialmente, desde otras dos formas: seguridad jurídica del derecho y seguridad jurídica en el derecho.

En el primer caso se entendía como una garantía de los particulares frente al Estado (Carbonell, 2004), es decir, como una especie de protección frente a los poderes del absolutismo monárquico. Una especie de concepción en la cual se retoma la seguridad como seguridad personal que se desarrolló, y se le agrega la ley como garantía de los abusos del poder central. En ella se basó la concepción del principio de legalidad, mediante el cual se quiso limitar al Estado. Se desarrolla, esta concepción, con base en la idea de Estado de Derecho. Para Elías Díaz (1991), “el Estado de derecho es el estado sometido al derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad viene regulados y controlados por la ley” (p. 17).

Esta noción de seguridad jurídica es de carácter formal, por cuanto su principal enfoque es el mantenimiento de las funciones y poderes del Estado por fuera del espacio de libertad individual; refiere al correcto funcionamiento del Estado, por eso ha sido denominada por Pérez A (1991) “como corrección funcional” (p. 483).

La consecuencia de esta forma de entender la seguridad jurídica radica en la sensación de seguridad y tranquilidad que trasmite a los ciudadanos, al considerar que existe una órbita de libertad de las intromisiones del poder central. En este sentido, Gregorio Peces-Barba (2003) afirmó que:

[...] la función de seguridad jurídica ayuda a limitar el voluntarismo del poder y a crear sensación de libertad en los ciudadanos. Es, por consiguiente, una dimensión esencial para la cohesión social y para la adhesión y el acuerdo de la ciudadanía con su sistema político y jurídico (p. 8).

Por su parte, la seguridad jurídica en el derecho es un complemento de la primera acepción. Refiere a garantías mediante las cuales se desea atar la facultad del legislador en cuanto sujeto designado para el establecimiento de disposiciones jurídicas vinculantes. No se refiere a la seguridad que tienen los ciudadanos respecto de las intromisiones del poder central, sino a un fenómeno que respecta a la forma como debe actuar el legislador. Burgoa (1954) la entiende como:

[...] ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente desde un punto de vista jurídico la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc., es lo que constituye las garantías de la seguridad jurídica (p. 396.)

Esta forma de entender la seguridad jurídica, desde el punto de vista de la corrección estructural, refiere al cumplimiento de ciertos principios que van dirigidos al legislador. Verbigracia los siguientes: *lege promulgata*, para que una norma sea obligatoria tiene que haber sido promulgada; *lege manifiesta*, “las leyes (las normas jurídicas en general), deben ser claras, comprensibles, alejadas de formulismos oscuros y complicados”; *lege plena*, las consecuencias jurídicas de las conductas deben estar tipificadas en un texto normativo; *lege stricta*, existen ciertas áreas del derecho que solo pueden regularse mediante leyes especiales; *lege previa*, las leyes solo pueden regir hacia el futuro”; y *lege perpetua*, “los ordenamientos jurídicos deben ser lo más estables que sea posible, a fin de que las personas puedan conocerlos y ajustar su conducta a lo que establezcan” (Carbonell, 2004, p. 589).

Esta forma de entender la seguridad jurídica lleva al establecimiento de requisitos jurídicos y cognitivos para el acatamiento y conocimiento por parte de los ciudadanos de lo jurídicamente debido. Se asemeja, pues, esta concepción a la noción de certeza jurídica que se gestó desde inicios del siglo xx.

Certeza jurídica como previsibilidad judicial

A finales del siglo xix e inicios del xx, la realidad empezó a mostrar lo insuficiente de las anteriores concepciones, y los teóricos se encargaron de resaltar y exagerar las consecuencias odiosas de los presupuestos de la seguridad jurídica así entendida, que se implicaban por los problemas del formalismo, sus contradicciones, lagunas e incoherencias y el gran poder de discreción que exhibía el juez. Estas situaciones llevaron a que el acento del estudio teórico y desarrollo judicial pasara de la imposibilidad de modificar las decisiones ya tomadas, y de la seguridad *del y en el derecho*, a la toma de decisiones en cuanto tal.

El punto central del debate, de forma general, fue el de la decisión judicial, y para el caso particular de reflexión, se cambió al de la certeza jurídica. La principal preocupación era la forma como decidían los jueces; el uso que este le daba a sus facultades. Se hicieron, pues, importantes los estudios en torno a la previsibilidad de las consecuencias jurídicas, o desde un enfoque más específico, la previsibilidad de la decisión judicial. Apareció en escena la certeza jurídica como previsibilidad.

La principal pregunta se acentuó en ¿cuáles son las consecuencias jurídicas atables por el juez a los actos y los hechos de las personas? La certeza jurídica viene a constituirse como un principio que relaciona los hechos y los actos jurídicos con las declaraciones de los jueces. La certeza jurídica como previsibilidad de consecuencias, significa, según Gianmarco Gómez (2012) “la situación de hecho en la que los individuos eligen de modo informado qué curso de acción seguir con base en las consecuencias jurídicas esperadas conectables al curso de acción que, en efecto, se elija seguir” (p. 1). Para Bernal (2007), no es que en este estadio no fuera importante la seguridad jurídica, sino que con posterioridad a que se hicieron palpables los problemas del formalismo y la discrecionalidad del juez, lo que trascendió como urgente fue cómo en

las decisiones judiciales se van a valorar, calificar y decretar consecuencias jurídicas.

Así concebida la certeza jurídica implica dos supuestos relacionados. El primero es el conocimiento de las normas jurídicas por parte de las personas, y, el segundo, que las decisiones de los jueces estén de conformidad con ese conocimiento. El primer supuesto exige ciertos elementos epistemológicos del destinatario de las disposiciones y de las disposiciones en cuanto tal. En el primer caso, se hace necesaria la capacidad de entendimiento, nivel de educación y facultades de asimilación. En el segundo caso, se hace necesaria la inteligibilidad de las disposiciones y del sistema jurídico. Algunos de estos requerimientos son la claridad de la ley, la inexistencia de ambigüedades e indeterminaciones, las no contradicciones y la coherencia.

El segundo supuesto exige no solo el conocimiento de la ley, sino también de aspectos externos a una concepción normativista del derecho. El propio Kelsen en este estadio deja claro que es importante acudir a otras ciencias para poder establecer con grado de probabilidad cuáles serán las decisiones de los jueces. De la sola ciencia normativista es imposible extraer la forma como decidirán los jueces, se hace necesario acudir a la sociología jurídica, la economía, la psicología, es decir, echar mano de circunstancias factuales que den luces acerca del proceso final de decisión (Posner, 2011).

Estabilidad jurídica como claridad

Actualmente el problema central ha cambiado. Se insiste que no significa que los dos problemas centrales anteriores no sean importantes, sino que la principal preocupación se acentúa en otra dirección. Siguiendo el mismo patrón, la pregunta central parece retroceder en torno al proceso lógico de toma de decisión. Se inició por la preocupación central de la seguridad en la toma de decisión, luego la importancia se centró en las posibilidades de elección del juez, y ahora, en este estadio, la principal pregunta se centra en la pluralidad de fuentes que afectan la toma de decisión. Por lo cual, la solución a esta pregunta ostenta la capacidad de afectar y condicionar las preguntas anteriores. Se pasa, pues, de cuestiones en torno a la seguridad de la decisión y la discreción del juez, a cuestiones relacionadas con los referentes de la decisión: la estabilidad jurídica entra en escena.

El concepto sobre el cual recae el acento es el de la estabilidad jurídica, toda vez que la preocupación es por cuáles son las fuentes que delimitan la decisión: ¿en dónde reposa, a ciencia cierta, lo jurídicamente debido? Así pues, un ordenamiento jurídico es estable cuando en él se tiene conocimiento de cuáles son las normas jurídicas vinculantes que regulan un caso y el sentido aproximado de ellas. Esta noción de estabilidad jurídica alude a tres presupuestos vinculados: los referentes del sistema, su significado y la relación entre ellos.

En cuanto a los referentes del sistema, lo importante es determinar cuáles son las fuentes jurídicas que regulan determinado caso. Han hecho carrera en el ordenamiento jurídico colombiano, la importancia de las regulaciones transnacionales, el precedente y las micro-regulaciones. Debido a la globalización del derecho, uno de los temas actuales de más intrincado estudio es el de la importancia de las regulaciones transnacionales, bien sea en el caso de las disposiciones de la Unión Europea, la OMC, la OIT o las convenciones interamericanas, es decir, los casos de regulaciones universales y de sectores transnacionales. Estas nuevas regulaciones han venido a condicionar la validez de las disposiciones estatales y locales. Junto a la importancia de las regulaciones transnacionales se yergue el campo de estudio de la vinculatoriedad de las sentencias judiciales en los ordenamientos jurídicos que por tradición han sido formalistas. La tendencia actual gira en torno a la obligatoriedad de esta forma de entender el derecho. Así pues, junto al Estado como encargado tradicional de la producción del derecho, se hacen importantes agentes transnacionales, judiciales y locales². Santos (1998) expresa que sumado al problema de la entidad encargada de expedir el derecho, se resalta que estas normas no tienen vocación de permanencia a largo plazo; en la ley, la jurisprudencia o las regulaciones locales, se encuentran opciones para defender las más contradictorias y mutantes posturas (Santos, 1998).

El establecimiento del significado de las disposiciones jurídicas refiere el paso de las disposiciones jurídicas a las normas jurídicas. Es decir, la determinación

semántica y deontológica de los signos lingüísticos mediante los cuales se expresan las normas. Traducir las disposiciones jurídicas en normas jurídicas cuando no es fácil establecer ni a priori ni a posteriori el conjunto de significados que a ellas pueden adscribirse, resulta ser una situación que resalta la importancia que ha tenido la argumentación jurídica, la interpretación constitucional, y las teorías materiales y estructurales de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el presupuesto más interesante y complejo es el de la relación que existe entre las distintas fuentes. Ello ha dado lugar a intrincados debates, en donde se han expuesto viejas y nuevas formas de explicación teórica. Piénsese, por ejemplo, en el establecimiento de una pirámide (invertida) al estilo kelseniano, mediante la cual se describen unas gradas superiores e inferiores de producción jurídica; no obstante, la situación actual es más compleja. La concepción piramidal del derecho tal vez podía ser una construcción conceptual importante para modelos jurídicos anteriores, pero actualmente no explica la importancia que han obtenido las regulaciones transnacionales ni el precedente. Tampoco se considera de recibo la concepción que representa al derecho como un embudo, concepción propia de las teorías realistas. La concepción de Francois Ost (1993) del derecho como red describe significativamente la problemática, sin embargo, no aplica criterios novedosos o explicativos de cómo funciona. Se hace, pues, necesaria la construcción investigativa de la relación entre los referentes, no tanto desde una construcción jerarquizada, ni del caso concreto, sino integral y dinámica (pp. 169-194).

Con lo dicho hasta aquí, se entiende que el concepto sobre el cual se fundan los principales puntos de reflexión actual del derecho es el de la estabilidad jurídica, más que sobre la certeza o la seguridad jurídica. Puede decirse que estos conceptos se sucedieron de forma cronológica en el tiempo, sin que esa sucesión conlleve la total eliminación de los demás factores en el momento de efectuar las reflexiones jurídicas.

Así pues, esos tres términos corresponden a fenómenos distintos, pese a que en ocasiones son usados como similares. Cada uno de ellos responde preguntas centrales con repercusiones importantes para el ordenamiento jurídico, la práctica y la teoría jurídica. Empero, en un grado de abstracción mayor, ventilan un fenómeno general según el cual existe

2 Estas aporías que suceden en torno a las fuentes del derecho han cambiado el concepto central que las condiciona. Ya no se hace tan importante las consecuencias, sino los parámetros de referencia para la toma de decisión. Entre estos dos puntos existe una relación bastante cercana. La segunda resulta ser un presupuesto de la primera, a la vez que le otorga las posibilidades de acción.

falta de claridad con lo que resulta jurídicamente debido. El fenómeno general refiere a que no se sabe a ciencia cierta qué normas pueden regular un caso, cuál es su sentido, cómo se aplican, y si posteriormente esas decisiones serán cumplidas de forma definitiva.

Los problemas de la estabilidad jurídica

La crisis del derecho

Harold Berman (1983) manifiesta que “la tradición jurídica occidental se encuentra en la mayor crisis de su historia, la cual, según creen algunos, virtualmente la ha llevado a su fin”. Los cambios más importantes del derecho han venido a variar seis de los elementos estructurales de la tradición jurídica de Occidente, entre los cambios más significativos se encuentran los siguientes tres que refieren a la incoherencia del derecho, su ruptura y las presiones externas. El primer cambio resalta la incoherencia del derecho actual, de forma específica refiere a que “el Derecho en el siglo actual (xx), en teoría y en la práctica, ha sido tratado cada vez menos como un cuerpo coherente, un *corpus juris*, y cada vez más como una “mezcolanza” de decisiones *ad hoc* y de reglas en conflicto” (p. 11).

El segundo, a que las transformaciones pasadas y presentes del derecho no obedecen a la racionalidad de este, sino a presiones de factores externos, como la economía. El derecho, bajo esta perspectiva no muta por su lógica interna y su necesidad de hacerse sistemático, sino más bien por la captura de lo jurídico por otros subsistemas. El tercero, muestra la pérdida de la importancia del derecho estatal y la consecuente sobrevaloración de lo supranacional. De forma literal, Harold Berman (1983, p. 11) señala que “el Derecho Internacional ha ensanchado sus pretensiones teóricas de superar al Derecho nacional. Cuando no ha sido éste que ha incorporado a aquel o se ha vuelto ineficaz”.

En un sentido similar, en el campo del derecho anglosajón, Duncan Kennedy, como parte del CLS, ha expuesto con maestría su visión de los principales cambios de la ciencia jurídica actual, partiendo de dos preguntas centrales. La primera indaga por la coherencia o incoherencia interna del derecho; la segunda, cuestiona la neutralidad del juez en la toma de decisiones judiciales. Estas preguntas están intrínsecamente relacionadas. Si se presupone

que el derecho es coherente, junto con lo que ello conlleva, puede aceptarse que el juez sea neutral; en cambio, si se presupone que el derecho es incoherente el juez sería un creador más que un aplicador neutral. La principal línea argumentativa de Duncan es mostrar la incoherencia del derecho y el poder discrecional del juez, echando mano de un escepticismo moderado, resalta problemas de indeterminación semántica, la manipulabilidad del lenguaje y los amplios poderes de discreción que puede ejercer el juez. Esta visión de Duncan viene a remplazar los dogmas de legalidad y de coherencia en los sistemas jurídicos actuales; de cierta forma, continúa ampliando la visión del derecho en crisis.

Falta de seguridad jurídica

En un grado de abstracción menor, las crisis del derecho se implican en fallas estructurales en la seguridad jurídica. García de Enterría (1991) parte del caos de normas existentes, el cual se debe principalmente a que:

[...] la ley no permite ya al individuo organizar su vida sobre la base de la predictibilidad y certeza absoluta. La inflación normativa, la proliferación de leyes medida y la defectuosa técnica legislativa han traído como consecuencia la inseguridad jurídica del ciudadano y la con siguiente inseguridad de los aplicadores del Derecho. (p. 108)

La causa principal del caos normativo se debe al cambio de concepción de ley, que se ha visto aumentado en tres puntos: muchas leyes, leyes específicas y falta de técnica legislativa.

Carbonell (2004) parte de las múltiples exigencias del principio de seguridad jurídica, y afirma que no “es complicado intuir que muchas de esas exigencias se realizan de manera muy precaria en la mayoría de los países democráticos del mundo” (p. 589). Resalta entre estas incumplidas exigencias tres situaciones: la mala redacción de la ley, la velocidad del cambio legislativo, y la proliferación de leyes. La primera de estas situaciones se derivada de la inteligibilidad del derecho, por cuanto la ley no es fácilmente entendible para sus destinatarios, se hacen necesarios conocimientos técnicos para desentrañar su significado. La tercera situación se enmarca aún más en los países organizados bajo el sistema federativo, donde existe posibilidad de las entidades descentralizadas de expedir leyes.

Entre la visión expuesta por García de Enterría y Carbonell, pueden encontrarse puntos de convergencia: la multiplicidad de leyes y la falta de claridad de estas. Sin embargo, el primero García, resalta que las leyes como medida estable en el derecho mientras que el segundo lo cambiante del derecho. Pese a lo importante de estas visiones, que coadyuvan a resaltar la situación de alarma que vive actualmente la seguridad y la estabilidad jurídica, existen situaciones que no describen y que son elementos que generan alto grado de inseguridad. Estos elementos se describen en la siguiente sección.

Cambios estructurales de la estabilidad jurídica

Los principales factores que afectan la estabilidad jurídica, especialmente en el campo del derecho constitucional, son los siguientes: el caos en el sistema de fuentes, la indeterminación normativa de las disposiciones constitucionales, la tecnicidad jurídica, la imprevisibilidad jurídica, la jurisprudencia del caso concreto, y la mutabilidad de las decisiones jurídicas por jueces constitucionales o supranacionales. Las tres primeras situaciones se refieren a los referentes, la cuarta y la quinta a las consecuencias, y las últimas a la firmeza de la decisión.

El caos en el sistema de fuentes se puede revisar desde un punto de vista intrínseco y desde uno extrínseco. El punto de vista intrínseco puede ser cuantitativo o cualitativo. El cuantitativo alude a la pluralidad de leyes generales, de leyes especiales y de reglamentaciones. Existe una proliferación normativa sin precedentes. Nunca antes el ciudadano había sido atalayado con tal número de regulaciones jurídicas. Por su parte, el punto de vista cualitativo refiere a lo rápido que las leyes pasan de moda.

El punto de vista extrínseco se da por la existencia de distintas disposiciones jurídicas de diversa naturaleza que ordenan qué es lo jurídicamente debido en un caso determinado, de distintas formas o con distintos alcances. El mito del Estado de Derecho en el cual se establecía la supremacía legal y se entendía que la ley era la fuente y medida de todas las cosas ha variado de forma muy significativa. Junto a la ley existen por lo menos tres referentes que complejizan en grado sumo el sistema de fuentes, haciéndolo extremadamente inestable: las regulaciones transnacionales, la importancia del precedente y las micro-regulaciones.

Las regulaciones transnacionales han tenido un impacto fulminante en la forma de entender el derecho.³ Los tratados y convenios internacionales se han vuelto vinculantes de diferentes maneras. Son utilizados bajo la teoría del bloque de constitucionalidad con una normatividad inusitada. Hasta llegar el punto de limitar las disposiciones constitucionales en cuanto a su interpretación, aplicación y tangibilidad.

En Colombia, según los artículos 53, 93 y 94 de la CP, se entiende que los tratados internacionales son mecanismos que direccionan la interpretación y la aplicación de la ley. Lo cual significa que en aquellas zonas de indeterminación semántica, o mejor dicho, en aquellos asuntos donde existan necesidades hermenéuticas, los referentes internacionales viene siendo criterios para fijar el sentido de las disposiciones constitucionales. Luego, resulta interesante preguntarse en qué casos pueden ellos aplicarse. Baste por ahora tan solo con saber en qué casos constitucionales puede fácilmente fijarse a priori el alcance de los principios constitucionales.

Además del caso en el que los tratados internacionales han venido convirtiéndose en pautas de interpretación de las disposiciones constitucionales, es interesante el caso en el cual limitan la potestad legislativa. Son numerosos los eventos en los cuales las legislaciones nacionales han sido modificadas por trasgredir regulaciones internacionales, bien sea por parte de jueces locales o transnacionales.

En los ordenamientos jurídicos, como el colombiano, que se desprenden de la familia jurídica romano-germana, se ha venido abriendo paso la jurisprudencia como fuente formal del derecho. La entrada de la jurisprudencia entre las fuentes formales se ha dado especialmente por virtud de las nuevas tendencias del derecho, que exigen la garantía de la Constitución, y, posteriormente, en razón de argumentos de igualdad, coherencia, seguridad. A estas tendencias se les ha contrapuesto una tesis pesimista, que echa mano de argumentos de tradición, positivización, y falta de competencia, para atribuir a la jurisprudencia un valor vinculante.

³ La existencia de esta clase de disposiciones corresponde a un proceso de globalización del derecho, que como consecuencia de distintos procesos de globalización y conveniencia práctica y económica, hace ya varias décadas se ha venido gestando.

Si existía un caos con la proliferación de leyes, al sumarle las reglas jurisprudenciales, el panorama parece oscurecerse más. Este matiz toma un tono más profundo si se le agrega la inusitada cantidad de micro-regulaciones existentes. La ley y la jurisprudencia no siempre regulan de forma detallada la manera cómo van a operar, los pormenores de su ejecución. La potestad reglamentaria entra en acción. Existe gran importancia en las regulaciones que no proviene de la ley sino de actos administrativos, resoluciones, documentos de ejecución y acuerdos. Estas regulaciones provienen de la necesidad de establecer procedimientos administrativos y prácticos para la ejecución de los mandatos constitucionales, judiciales y legales. El campo en blanco dejado por las indeterminaciones legales y judiciales debe ser llenado con base en pautas que precisen, en la mayoría de los casos, las cuestiones administrativas para la ejecución de las mismas.

Ahora bien, estas fuentes del derecho presentan otro gran problema: la indeterminación normativa.⁴ La indeterminación de las disposiciones jurídicas es un caso especial de la indeterminación semántica que puede ser llamada indeterminación normativa. La indeterminación de todo enunciado o disposición recibe el calificativo de indeterminación semántica porque se proyecta sobre el significado. Así pues, la indeterminación normativa se presenta cuando a una disposición pueden atribuírsele múltiples significados. Entre las causas más comunes de indeterminación semántica se encuentran la indeterminación semántica en sentido estricto, la indeterminación sintáctica, la indeterminación estructural y la pragmática.

La indeterminación normativa de las disposiciones constitucionales implica la imprevisibilidad de las decisiones judiciales, y en muchos casos de las disposiciones legislativas. No tener claro que es lo que significan las normas constitucionales hace que sea difícil determinar cómo el juez va a resolver el caso puesto a su conocimiento, y, en consecuencia, dificulta que los agentes puedan prever las consecuencias de sus acciones. No solo la indeterminación semántica es causa de la imprevisibilidad jurídica, a ello hay que sumarle el caos de las fuentes del derecho y el excesivo tecnicismo jurídico.

4 La ambigüedad a la que se refiere es un problema general del lenguaje. No solo las disposiciones legales ostentan ese problema, sino también las micro-regulaciones y, especialmente, las disposiciones de derecho constitucional presentan este fenómeno.

Como resultado lógico de lo anterior se genera la imposibilidad de la toma de decisiones. Por lo tanto, podemos considerar que la mayoría de las situaciones jurídicas son imprevisibles por cuanto difícilmente alguien puede tener certeza acerca de las consecuencias jurídicas atables a sus decisiones. Los litigios son cada vez más discutidos; el riesgo de que una decisión judicial favorezca o perjudique es alto.

La consecuencia de la imprevisibilidad es que se generan más conflictos jurídicos, pues las personas pueden considerar debatibles casi cualquier tipo de posiciones jurídicas. Sumado a ello está el hecho de que se dificulta construir planes jurídicos de mediano y largo plazo, por la posibilidad de obtener consecuencias jurídicas desfavorables. Las personas no tienen parámetros claros para determinar su comportamiento actual con base en unas consecuencias jurídicas deseadas.

Las anteriores situaciones que afectan la estabilidad jurídica pueden notarse en la imposibilidad existente de establecer reglas jurisprudenciales generales y claras. El caos de estabilidad jurídica puede vislumbrarse en lo que ha sido llamado como la jurisprudencia del caso concreto, lo cual no es más que una imposibilidad jurídica de establecer un sistema coherente de reglas jurídicas que se encargue de dotar al derecho de estabilidad. Constituye también una afrenta contra el principio de igualdad y una manera de recubrir la imposibilidad de resolver importantes problemas constitucionales.

Es muy recurrente que la forma de solución de los litigios constitucionales no establezca reglas generales de solución, debido a imposibilidades jurídicas y de hecho. Delimitar los derechos, su alcance, la forma de la solución de los conflictos, depende, según la jurisprudencia, de una cantidad de factores que hacen casi imposible poder establecer reglas generales. Las situaciones particulares que juegan con las disposiciones constitucionales en un proceso complejo y contradictorio son las que ostentan la capacidad de variar el sentido de lo jurídicamente debido. De esta forma, la jurisprudencia es recurrente en mencionar que todos los casos deben solucionarse teniendo un cuidadoso escrutinio particular de las situaciones valorativas, jurídicas y factuales.

Una de las causas que mejor explica la jurisprudencia del caso concreto es que en un conflicto determinado no existe, como se cree comúnmente,

una colisión entre principios, sino una colisión entre grupos de principios que se tensionan en variantes direcciones. Ello resalta la riqueza de lo factual y lo valorativo en la toma de decisiones, que impide establecer lo que esta ordenado.

Por último, está el hecho de la mutabilidad de las decisiones judiciales. El relato de que las decisiones judiciales se constituyan en la resolución última de los litigios ha perdido parte de su vigencia. La situación se concentra especialmente en el hecho de que en aras a proteger derechos fundamentales es posible revivir litigios acabados o modificar decisiones judiciales debidamente tomadas. Se resaltan, especialmente, dos situaciones: la primera radica en la protección de los derechos fundamentales, y la segunda en la falta de claridad de las competencias y su forma de aplicación.

En el primer caso, en aras a la protección de derechos fundamentales se pueden vislumbrar dos situaciones generales; la una, cuando jueces locales, en aras a proteger derechos fundamentales dejan sin efecto decisiones judiciales ya tomadas; la segunda, cuando esta modificación de las situaciones judiciales es emitida por una entidad supraestatal. En el primer caso los argumentos giran en torno a derechos fundamentales, y en el segundo a derechos humanos, se alude a la constitución en un evento y a los tratados internacionales en el otro. En un grado de abstracción mayor, los argumentos se fundamentan en la máxima validez jerárquica de esta clase de derechos, y en la no obligatoriedad de decisiones injustas. De forma específica, los argumentos principales para sostener esta posición son la relevancia de los derechos fundamentales, la obligación de protegerlos, la garantía jurisdiccional de la constitución, el principio de igualdad, la dignidad humana, y, especialmente, que la seguridad jurídica debe ceder ante los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

El derecho como inestabilidad

Las anteriores situaciones implican la necesidad de variar la forma como se concibe el derecho. Una forma más realista, pragmática y explicativa de concebir el derecho debe partir de la perspectiva de su inestabilidad. La inestabilidad no es una noción odiosa o siempre indeseable, es una característica particular de las normas jurídicas.

Presupuestos de la noción del derecho como inestabilidad

El derecho como inestabilidad ostenta cuatro presupuestos generales: un conjunto de regulaciones jurídicas —especialmente de derechos fundamentales—, un conjunto de problemas con las regulaciones jurídicas, la imposibilidad de solucionar estos problemas, y ciudadanos necesitados. Toda concepción o conceptualización del derecho parte de la existencia de múltiples regulaciones jurídicas. Cualquier teoría o conceptualización que se haya escrito acerca del derecho, desde el derecho natural, positivo, realista, discursivo, consensual, sistémico o crítico, parte de la existencia un conjunto de regulaciones sobre las cuales se van abstraer conceptualizaciones descriptivas, analíticas o prescriptivas de diferente índole.

Sumado a la existencia de estas regulaciones, especialmente de derechos fundamentales, también se tiene como presupuesto los problemas derivados de estas regulaciones. Especialmente, problemas generales referentes a las fuentes del derecho, la determinación de lo que dicen las fuentes, la falta de previsibilidad de las decisiones judiciales, y la jurisprudencia del caso concreto. A diferencia de la mayoría de las teorías jurídicas que existen y han existido, donde se presupone todo lo contrario a lo anterior, o se tratan de evitar dichos problemas, la noción del derecho como inestabilidad está ubicada en los interdichos de este caos.

Caos que no ha podido solucionarse por las teorías que lo han tratado de evitar o paliar. Pero que, además de ello, no puede evitarse por cuanto es inmanente al proceso actual del derecho, y a las características más esenciales desde un punto de vista material y estructural del derecho. Sería muy iluso esperar que los problemas relacionados anteriormente puedan evitarse por la construcción teórica, el desarrollo judicial o legislativo, pues, como se dijo, son características con las cuales la ciencia jurídica ha de convivir.

Por último, como cuarto presupuesto, se encuentra el hecho de que la concepción del derecho como inestabilidad presupone un ciudadano necesitado, con ello quiere decirse que la teoría es consciente de que vastos sectores de la comunidad se encuentran en situaciones en las cuales no puede satisfacer las necesidades físicas, biológicas, sociales o culturales, que le permitan una participación adecuada en los

proyectos de cooperación social o en el cumplimiento de sus proyectos de vida. Esto se da a diferencia de las concepciones liberales del derecho, en donde se presuponían más ciudadanos libres y autónomos que los que existen en la práctica. El variar el modelo del hombre que pretende regular el derecho implica cambios importantes en este, sus enfoques y funciones.

Bosquejo mínimo del derecho como inestabilidad

En este apartado se desean bosquejar las principales características de la concepción del derecho como inestabilidad. Se aclara que no se expondrá de forma detallada y clara una concepción perfectamente terminada y delimitada de lo que debe entenderse por el derecho como inestabilidad, ello desbordaría el objeto del presente escrito. El objetivo es más modesto: describir sumariamente algunos de los rasgos esenciales de esta forma de entender el derecho que se prescribe.

El derecho como inestabilidad es una noción integrativa de las principales teorías del derecho constitucional, que efectúa un especial acento en los derechos fundamentales, es realista, no es clasificatoria, es gradual, ostenta como principal actor a la dogmática y tiene como finalidad buscar herramientas para proteger a los más débiles de la sociedad.

Es una teoría integrativa no porque quiera entenderse como una mezcla de tanto esto como aquello, sino porque ve el derecho desde un punto de vista amplio y realista, tratando de integrar los diferentes modelos que han tratado de explicar el derecho desde puntos de vista relativos. Cuenta con elementos, especialmente, de los desarrollos del denominado neoconstitucionalismo y del constitucionalismo popular, en cuanto a su objeto, de la CLS y de los movimientos críticos del derecho, en cuanto a sus alcances, del antiformalismo, respecto a su funcionamiento, de las teorías formalistas, en cuanto a su cultivo, y de las teorías garantistas del derecho, en cuanto a su finalidad.

Esta forma de concebir el derecho efectúa un especial acento en los derechos fundamentales como núcleo esencial de la forma de entender el derecho, desea su protección y prescribe mecanismos para su efectividad. La principal pieza en torno a la cual

se articulan las relaciones jurídicas son los derechos fundamentales, ellos son las regulaciones jurídicas con máxima validez jerárquica. A diferencia de las teorías formalistas o antiformalistas, donde el acento se efectúa en la ley o en las sentencias, la forma de concebir actualmente el derecho acentúa los derechos fundamentales. Sin embargo, de la importancia que le otorga a los derechos fundamentales ostenta su mejor entendimiento mediante la reducción de los mismos. Los ordenamientos jurídicos con más derechos fundamentales son más difíciles de cumplir y encuentran más problemas de colisión.

Pese a la importancia que les otorga a los derechos fundamentales se trata de una noción que puede calificarse con un escepticismo moderado. Parte no de una total desesperanza del derecho, sino que es consciente de los múltiples problemas que este encuentra en su naturaleza y funcionamiento. Este escepticismo moderado lleva a acercarse más al derecho como se desarrolla en la práctica jurídica, lo cual lo dota de un mayor acercamiento con la realidad. El derecho se aleja de la realidad cuando se concibe como un sistema perfecto, dotado de las características de plenitud y coherencia. Comprender las limitaciones que este ostenta permite un mayor poder explicativo y mejores elementos de juicio para la elección de las decisiones jurídicas. Por ello, es que la concepción del derecho como inestabilidad es realista.

La realidad en esta forma de entender el derecho implica que no se trata de una noción clasificatoria. No puede simplemente decirse que un ordenamiento jurídico es estable o inestable. La inestabilidad es una cuestión de grado que se desarrolla de distintas formas en un mismo tiempo o de igual forma en distintos tiempos, es una concepción compleja que permite que haya ordenamientos jurídicos más inestables que otros, que dentro de un ordenamiento existan subcorpus más inestables, y dentro de estos, normas más inestables, pero se trata de una inestabilidad que no es perenne, sino que va cambiando.

A diferencia de las concepciones clásicas del derecho, en donde el papel principal lo ostenta el legislador o el juez, la concepción del derecho como inestabilidad, en su parte prescriptiva alega porque el principal rol dentro del mundo jurídico lo ostente la dogmática y los ciudadanos. Parte, para llegar a esta prescripción, de la imposibilidad que ha mostrado el legislador y el juez para actuar

adecuadamente dentro del tráfico jurídico. Han existido muchos desarrollos en los cuales se ha mostrado la inadecuación de las regulaciones del legislador, bien sea por su captura por sistemas económicos, su falta de tecnicidad, la imposibilidad de lograr acuerdos, el clientelismo político, entre muchas otras razones; los jueces, por su parte, también han exhibido múltiples dificultades: falta de tiempo, incoherencia en las decisiones, exceso de discrecionalidad, manipulabilidad del lenguaje y los hechos y la jurisprudencia del caso concreto. Ante estas dificultades, no queda más que recurrir a otros actores jurídicos como soluciones posibles para estos problemas; lo cual, claro está, no significa anular la importancia de la participación de estos actores.

Por cuestiones de tiempo, competencia, especialidad, erudición, el principal actor para la racionalización de la ciencia jurídica es la academia. La estabilidad no es una condición necesaria para que pueda existir el estudio del derecho. El hecho de que exista inestabilidad no presupone la no elaboración de la dogmática jurídica. Antes bien, refiere o implica lo contrario. La necesidad de la elaboración de una dogmática consciente en donde se exprese o estudie el derecho desde esta perspectiva. Especialmente desde el desarrollo de sus investigaciones, publicaciones, crítica, posibles alternativas, y formación de los abogados, legisladores y jueces.

Además de la importancia, de la academia, se debe buscar el respeto del ciudadano. El principal sentido de las regulaciones jurídicas no debe ser buscado en los dictados del legislador sino en las necesidades de las personas a las que regula. Teniendo en cuenta que, conforme a las teorías garantistas, el derecho y especialmente los derechos fundamentales son estrategias de protección de los más débiles; estas estrategias de protección han de entenderse como un mandato de que algo sea realizado de la forma más adecuada posible.

Así pues, los beneficios de concebir el derecho como inestabilidad son principalmente los siguientes: la conciencia de la práctica jurídica, la previsibilidad razonada de las decisiones judiciales, la posibilidad de favorecer los más desventajados de las relaciones

jurídicas y la pérdida del papel protagónico del legislador.

En primer lugar, está el hecho de que entender el derecho como inestabilidad permite tomar conciencia de la práctica jurídica, especialmente, en cuanto a sus posibilidades y limitaciones. De esta forma se muta el dogma relativo, la coherencia y estabilidad de las relaciones jurídicas que teje el derecho; el derecho es inestable, cambiante, mutante, deformable. Entender, estudiar y practicar el derecho pensando que es un cuerpo coherente de reglas sistemáticas incentiva errores y frustraciones.

Si se toma conciencia de la inestabilidad la previsibilidad de las decisiones judiciales ostenta mayor efectividad. Tratar de hacer predicciones tomando como premisa la supuesta estabilidad del derecho llevará en la mayoría de los casos a resultados insatisfactorios. Que sea inestable no significa que bajo la premisa de la inestabilidad no puedan efectuarse predicciones; antes bien, significa todo lo contrario, pues se partirá de la inestabilidad como una variable más a tener en cuenta dentro de las decisiones judiciales.

Dentro de los márgenes de indeterminación para la toma de decisiones judiciales pueden obrar situaciones muy positivas. Los derechos fundamentales como forma de protección contra el poder, en conjunto, exigen una protección a la parte más débil de la relación jurídica. La falta de claridad de lo que mandan las disposiciones jurídicas, aunque por lo general es visto de forma negativa, puede valorarse de manera positiva, al entender que esta inestabilidad permite que obren principios que guíen las decisiones judiciales en forma general. Se trata de meta-normas jurídicas que pueden entrar a humanizar el derecho.

El futuro del derecho se encuentra en el trabajo persistente, creativo y responsable que se desarrolle por parte de la dogmática jurídica. Las universidades, los centros y grupos de investigación ostentan el papel más importante en esta forma de concebir el derecho, solo ellos cuentan con los recursos y el trabajo para poder racionalizar, dentro de su inestabilidad, a la ciencia jurídica.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Impreso en Solana e hijos, A.G., S.A.
- Alexy, R. (2004). *Teoría del discurso y los derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, J. (2002). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, 1.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2007). *El neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, M. (2004). *Los derechos fundamentales en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México.
- David, R. y Jauffret-Spino, C. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. 1.ª reimp. de la 11.ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Díaz, E. (1991). *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8.ª ed. Madrid: Taurus.
- García, E. (1991). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Buenos Aires: Ed. Civitas.
- Gómez, G. (2012). *La certeza jurídica como previsibilidad*. Madrid: Marcial Pons.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis – Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá.
- López, D. (2006). *Interpretación constitucional*. 2.ª ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Mejía, O. (2001) *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación Constitucional de la desobediencia civil*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Paine, T. (1984). *Los derechos del hombre*. Madrid: Alianza Ed.
- Peces, G. (1990). La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho. *Anuario de derechos Humanos*, n.º 6. Madrid: Editorial Universidad Complutense de Madrid.
- Peces, G. (2003). *La Constitución y la seguridad jurídica, claves de razón práctica*. Madrid, n.º 138, diciembre de 2003.
- Pérez, A. (1991). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel.
- Burgoa, I. (1954). *Las garantías individuales*. México: Ed. Porrúa, S.A.
- Ost, F. (1993). "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez". *Doxa*, n.º 14.
- Posner, R. (2011). *Cómo deciden los jueces*. Traducción de Victoria Roca. Barcelona: Marcial Pons.
- Santos, B. S. (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).