

Seguridad jurídica*

Legal Certainty

Giorgio Pino

Università degli studi Roma Tre

ORCID ID 0000-0002-3856-5213

giorgio.pino@uniroma3.it

Cita recomendada:

Pino, G. (2023). Seguridad jurídica. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 262-284

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8000>

Recibido / received: 31/05/2023

Aceptado / accepted: 12/06/2023

Resumen

El ensayo analiza el concepto de seguridad jurídica cuestionando la generalizada asunción de que la seguridad jurídica sea una cuestión de predictibilidad. La seguridad jurídica, se argumenta, no es una cuestión de mera predictibilidad de los resultados de las decisiones judiciales, sino más bien una cuestión atinente a la correcta identificación de las consecuencias jurídicas de un determinado caso. Teniendo en cuenta esta aclaración, el ensayo ofrece un tentativo escrutinio acerca de cuál es el lugar de la seguridad jurídica en la teoría y en la práctica del Estado constitucional.

Palabras clave

Seguridad jurídica, predictibilidad, Estado constitucional, principios jurídicos.

Abstract

The essay analyses the concept of legal certainty, questioning the widespread assumption that legal certainty is a matter of predictability. Certainty, the essay argues, is not a matter of sheer predictability of the outcomes of judicial decisions, but rather a matter of correct individuation of the legal consequences of a given case. With this clarification in mind, the essay then goes on with a tentative scrutiny of the place of legal certainty in the theory and practice of the Constitutional state.

Keywords

Legal certainty, predictability, Constitutional state, legal principles.

SUMARIO. 1. De la seguridad (jurídica). 2. Incertezas sobre la seguridad jurídica. 2.1. Seguridad jurídica: qué es y para qué sirve. 2.1.1. ¿Qué es la seguridad jurídica? 2.1.2. ¿Para qué sirve la seguridad jurídica? 2.2. Condiciones de (in)seguridad. 2.3. La seguridad jurídica como valor relativo. 3. La seguridad jurídica en el Estado constitucional. 3.1. Factores de incertidumbre en el Estado constitucional. 3.2. La seguridad jurídica ¿en disolución?

* Traducción de Jorge Baquerizo Minuche.

1. De la seguridad (jurídica)

El valor de la seguridad jurídica ocupa un lugar central en el sentido común de los juristas y en el mobiliario básico del derecho: el derecho, se afirma, existe para dar seguridad. La exigencia de seguridad es inherente al propio concepto de derecho.

Al mismo tiempo, sin embargo, la seguridad jurídica es un ideal notoriamente (y fuertemente) controvertido: se cuestiona que la seguridad jurídica sea un valor efectivamente realizable, al menos si se tienen en cuenta las circunstancias reales de la vida humana, el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y la complejidad de las sociedades, de la economía, de la tecnología y del derecho en la era de la globalización. Se cuestiona, además, que la seguridad jurídica sea un valor que realmente merezca ser perseguido: quizás –se argumenta– la aspiración de tener seguridad jurídica sea solamente el fruto de un pesado lastre ideológico o «mitológico» (asociado a los valores típicos de la modernidad jurídica, de la Ilustración, de la legalidad formal) que impide el «espontáneo» despliegue del derecho en dirección a una justa y razonable solución de los casos, así como su «vital» y progresiva evolución a través de la vía doctrinal y jurisprudencial¹. Y también se argumenta que el valor de la seguridad jurídica podría ser, en definitiva, tan solo una ingenua ilusión causada por una mera necesidad infantil de recibir, del derecho y del Estado, una segura y tranquilizante guía, del mismo modo en que el niño busca una guía en la autoridad paterna; ingenua ilusión que sacrificaría un valor quizás más importante, a saber, la adaptabilidad del derecho a las circunstancias concretas².

En este trabajo, no obstante, daré por asumido que la seguridad jurídica es un ideal apreciable y que, en cierta medida, es realizable (es decir, que no se trata necesariamente de una quimera o de una estafa). En otras palabras, teniendo en cuenta la distinción entre seguridad jurídica como hecho y seguridad jurídica como valor³, asumiré que la seguridad jurídica es un valor que amerita ser perseguido por el derecho (y que, además, se encuentra normalmente presente en la estructura normativa, en el catálogo de los valores jurídicos y en el contenido ético-sustancial de los ordenamientos jurídicos); y asumiré, además, que el mérito de este valor (su deseabilidad desde el plano ético-político) no se ve afectado por el hecho de que el derecho sea más o menos incierto⁴.

Teniendo en cuenta estas premisas, en el presente trabajo me propongo dos objetivos principales. El primer objetivo es tratar de definir o analizar el concepto de seguridad jurídica: sus componentes y sus requisitos (§ 2, 2.3). El segundo objetivo es evaluar si el Estado constitucional contemporáneo es compatible con el valor de la

¹ Una posición de este tipo es paradigmáticamente sostenida en Grossi (2014); y en Lipari (2015, pp. 1115-1143). Pero ya antes en Zagrebelsky (1992), se había sostenido que «no solo es dudoso que la seguridad jurídica como componente fijo en todas las partes del ordenamiento, pueda ser un objetivo realista. Es también dudoso que ello sea deseable» (pp. 202-203).

² Esta es la conocida tesis de Jerome Frank (1930), discutida en Bobbio (1951). Más allá de sus aspectos caricaturescos y provocadores, la tesis de Frank resalta un aspecto de la seguridad jurídica que probablemente esté destinado a ser recuperado en un futuro cercano, a saber, el de los beneficios psicológicos que la seguridad produce en los destinatarios de las normas jurídicas (véase, para una aproximación, Schauer, 1991, pp. 139-140).

³ La necesidad de efectuar esta distinción fue evidenciada originalmente por Letizia Gianformaggio (1986, p. 83), a partir de lo cual se ha transformado en una distinción imprescindible al menos en sede del análisis teórico-general sobre la seguridad jurídica (véase, por ej., Diciotti, 1999, p. 5; Luzzati, 1999, p. 252; Gometz, 2005, pp. 25 y ss.).

⁴ Por supuesto, si el derecho fuese (de hecho) siempre del todo incierto, el valor de la seguridad jurídica se presentaría en definitiva como un valor vacío de contenido o imposible. Pero una objeción de este tipo debe tener en cuenta el carácter gradual de la seguridad jurídica (*infra*, § 2.3).

seguridad jurídica; en otras palabras, el segundo objetivo es determinar cuál es el lugar de la seguridad jurídica en el Estado constitucional contemporáneo (§ 3).

2. Incertezas sobre la seguridad jurídica

A pesar de su importancia y de su carácter controvertido, la seguridad jurídica sigue siendo, en comparación con otros conceptos, un concepto poco explorado por los teóricos del derecho y por los juristas que laboran con el derecho positivo. Quizás solo sea una coincidencia. O quizás haya razones más profundas, vinculadas al inexorable carácter elusivo de este concepto: el concepto de seguridad jurídica, tan obvio, tan central, tan intuitivamente atractivo (a pesar de las controversias antes mencionadas), tan pronto se lo somete a un análisis poco menos que superficial, comienza a disolverse «como un fantasma»⁵, con la paradójica consecuencia de que termina siendo un concepto estructuralmente incierto.

A continuación, intentaré delinear una definición del concepto de seguridad jurídica (§ 2.1); después indicaré una lista de las condiciones (las condiciones de certeza) que permiten realizar o incrementar la seguridad jurídica⁶ (§ 2.2); en este apartado, en particular, será necesario introducir algunas distinciones útiles para desentrañar la complejidad interna del concepto de seguridad jurídica. Concluiré esta parte del análisis con un balance provisional centrado en el carácter relativo del valor de la seguridad jurídica (§ 2.3).

2.1. Seguridad jurídica: qué es y para qué sirve

2.1.1. ¿Qué es la seguridad jurídica?

Una definición inicial de «seguridad jurídica» puede ser la siguiente: la seguridad jurídica consiste en la posibilidad de identificar, de manera razonablemente confiable, las consecuencias jurídicas o la calificación jurídica de determinados actos o hechos. La misma definición puede ser reformulada útilmente recurriendo a la concepción de la norma jurídica como proposición condicional, es decir, conectando un antecedente (un presupuesto de hecho o un «caso genérico») a una o más consecuencias jurídicas (Pino, 2016a, cap. 2)⁷: en este sentido, la seguridad jurídica consiste en la posibilidad de identificar, de manera razonablemente confiable, los actos y hechos que caen dentro del presupuesto de hecho de la norma jurídica, así como las consecuencias que tal norma les atribuye.

Esta definición, como se puede advertir, no coincide con las definiciones más difundidas en la literatura jurídica, puesto que no identifica directamente a la «seguridad» con la «previsibilidad». Y es que, en efecto, como se verá dentro de poco, la previsibilidad no puede agotar el concepto de seguridad jurídica, aunque bien

⁵ La expresión es de Giovanni Tarello al referirse al concepto de «acción» (Tarello, 1977, pp. 241-261). Que la seguridad jurídica sea un concepto engañosamente simple es algo que también ha sido resaltado en Jori y Pintore (2014, p. 259). Para un listado de las múltiples y divergentes definiciones de seguridad jurídica que se encuentran en la literatura, véase Gometz (2005, pp. 7-13).

⁶ Como ocurre con otros conceptos filosóficos y filosófico-jurídicos (como «verdad» o «validez»), es posible y también útil distinguir el concepto de seguridad jurídica, por un lado, y las condiciones o criterios de la seguridad jurídica, por otro lado; en otras palabras, una cosa es establecer qué significa que el derecho sea (o no) cierto, y otra cosa es establecer en qué condiciones lo es (o no lo es). Para algunos ejemplos de esta estrategia de análisis conceptual, véase Ferrajoli (1989, cap. 1), sobre el concepto y los criterios de verdad; Diciotti (1997, pp. 303-351), sobre el concepto y los criterios de validez; y Luzzati (1999), sobre el concepto y los criterios de seguridad jurídica.

⁷ Para una reformulación de la seguridad jurídica en este sentido, véase también Schauer (1991, pp. 138-139). La noción de «caso genérico», a la que aquí se alude, es rigurosamente articulada en Alchourrón y Bulygin (1971, pp. 43-46).

podría ser uno de sus criterios o condiciones. Análogamente, considero que la estabilidad o inviolabilidad de las relaciones jurídicas extinguidas no representa un significado distinto al de seguridad jurídica, como frecuentemente se afirma, sino más bien una de sus posibles condiciones o requisitos.

La definición aquí propuesta plantea algunas cuestiones; así, por ejemplo, respecto de qué condiciones es posible formular una evaluación en términos de seguridad jurídica o desde el punto de vista de quién debe ser formulada una evaluación de este tipo. Sin embargo, cuestiones como éstas se refieren, nuevamente, a las condiciones (y no al concepto) de seguridad jurídica y, por tanto, no serán abordadas en esta sección sino en la siguiente. En cambio, una cuestión que sí debe abordarse aquí tiene que ver con el contenido de una evaluación en términos de seguridad jurídica, es decir, qué significa poder identificar las consecuencias jurídicas de determinados actos o hechos.

La respuesta más extendida en la literatura jurídica, como se indicó poco antes, remite al concepto de «previsibilidad»; establecer las consecuencias jurídicas de determinados actos o hechos, por tanto, significaría poder prever en qué modo los órganos de aplicación adoptarán decisiones relacionadas con las consecuencias jurídicas de un determinado comportamiento⁸. Sin embargo, este modo de plantear la cuestión suscita algunas perplejidades. Evidentemente, la noción de previsibilidad tiene en general un papel que desempeñar dentro del ámbito de la seguridad jurídica (§ 2.2); no obstante, sería engañoso identificar *tout court* a la seguridad jurídica con la posibilidad de formular previsiones. Pensemos, por ejemplo, en un caso en el que se puedan prever las consecuencias jurídicas que un órgano de aplicación asociará a un determinado acto o hecho, y en el que la previsión sea formulada sobre la base de elementos tales como la existencia de corrupción, amenazas, favores personales, fidelidad política, prejuicios raciales, prejuicios de género, u otros similares. Pues bien, si una previsión basada en consideraciones de este tipo fuese ampliamente confiable (por ejemplo, debido a la corrupción generalizada de los funcionarios públicos o a un escenario de grave intimidación sobre ellos, etc.), existiría ciertamente algún tipo de certeza o seguridad (sin más) y absolutamente nada impediría el desarrollo de conceptos y técnicas investigativas apropiadas para este tipo de situaciones⁹; pero, claramente, no se trataría de un asunto de certeza del derecho: no estaríamos ante una cuestión atinente a la seguridad jurídica (Luzzati, 1999, pp. 252 y ss)¹⁰.

La seguridad jurídica, en el sentido que aquí resulta relevante, no es un concepto puramente fáctico o naturalista sino un concepto normativo; en este sentido, una evaluación en términos de certeza (la posibilidad de identificar de una manera «cierta» el derecho que hay que aplicar o respetar) debe depender de la aplicación de un criterio normativo y universalizable, no de un juicio puramente empírico o de causa-efecto. En otras palabras, a los efectos del concepto relevante de seguridad jurídica, no se trata de formular hipótesis o profecías sobre lo que de hecho decidirá tal o cual juez el día de mañana; profecías que a veces podrán ser confiables (como en los ejemplos poco antes mencionados sobre la corrupción o las amenazas), pero

⁸ Para algunos ejemplos de esta concepción, véase Calamandrei (1955, p. 259); Lombardi Vallauri (1967, pp. 567 y ss.); Irti (1979, p. 94); Guastini (1986, pp. 1090-1102); Corsale (1988); Gometz (2005).

⁹ Piénsese, por ejemplo, en algunas investigaciones estadísticas recientes que han concluido que, de hecho, la digestión de los jueces condiciona el proceso de toma de decisiones judiciales (como lo auguraba ya un conocido eslogan del realismo jurídico estadounidense de la primera mitad del siglo XX). Véase, al respecto, Danziger, Leva y Avnaim-Pesso (2011, pp. 6889-6892).

¹⁰ Probablemente como resultado de la insatisfacción en identificar a la seguridad jurídica con la (mera) previsibilidad, existen algunas propuestas –que no comparto– que definen a la seguridad jurídica como una «combinación ideal» entre previsibilidad y aceptabilidad/corrección moral de las decisiones jurídicas; véase, por ejemplo, Aarnio (1987, pp. 3 y ss.); Peczenik (1989, pp. 24-25).

que otras veces podrían llegar a tener el mismo grado de fiabilidad que las previsiones sobre la ocurrencia de un terremoto o sobre los tipos de cambio en el mercado de divisas (Gianformaggio, 1986, p. 85; Diciotti, 1999, pp. 8-12).

Esta es una de las razones por las cuales la definición estándar de seguridad jurídica, formulada exclusivamente en términos de «previsibilidad», a mi modo de ver resulta insatisfactoria. Si la previsibilidad relevante a los efectos de la seguridad jurídica no puede ser entendida en un sentido puramente empírico, naturalista o incluso determinista —como casi todos admiten—, entonces aquella solo puede traducirse en la disponibilidad de un criterio normativo o, más bien, de un conjunto de criterios normativos (y no de meros datos fácticos) a la luz de los cuales sea posible realizar valoraciones razonablemente confiables sobre las consecuencias jurídicas de determinados actos o hechos. Así, la mera previsibilidad de las consecuencias jurídicas cede el paso a la corrección de la inferencia que lleva a asociar determinadas consecuencias jurídicas con determinados actos o hechos¹¹. Dicho de otro modo, el objeto de la previsión relevante a los efectos de la seguridad jurídica no es un simple hecho (el acto de decidir que haya sido concretamente adoptado por un determinado órgano de aplicación) sino un «deber ser»: el contenido de ese acto de decisión que debería derivar racionalmente de una serie de premisas normativas (Gianformaggio, 1986).

Esta es, precisamente, la noción que se necesita para definir con mayor exactitud el concepto de seguridad jurídica: la seguridad jurídica consiste en la posibilidad de identificar, de manera intersubjetivamente compartida, las consecuencias que el derecho atribuye a un determinado caso.

Una vez definido con precisión el concepto de seguridad jurídica, la cuestión ahora se desplaza hacia la identificación de las condiciones de la seguridad jurídica; es decir, las condiciones bajo las cuales resulta justificada la inferencia exigida por la seguridad jurídica (la identificación de las consecuencias jurídicas de un caso). Y ello, como se verá dentro de poco (§ 2.2), requiere de unas ciertas condiciones fácticas cuanto de un acuerdo intersubjetivo sobre determinados criterios normativos.

2.1.2. ¿Para qué sirve la seguridad jurídica?

Definido así el contenido, se puede tratar de aclarar, además, cuál es la función de la seguridad jurídica: para qué sirve, qué ideales promueve. Desde este punto de vista, la seguridad jurídica parece perseguir (o tiende a perseguir) no uno sino múltiples objetivos. No hay nada de extraño en esto: muchos valores e instituciones del derecho pueden perseguir varios objetivos a la vez. De hecho, ignorar este dato proyectaría una imagen parcial y reduccionista de la seguridad jurídica.

En este sentido, ante todo, es evidente que el derecho, siendo un fenómeno normativo o prescriptivo, para poder cumplir su función esencial de guiar la conducta humana, debe ser cognoscible y reconocible con seguridad o certeza por parte de sus destinatarios. Por tanto, una primera función de la seguridad jurídica se relaciona con el interés (por así decirlo) del propio derecho o de quien lo produce: la seguridad

¹¹ En un sentido similar, véase Gianformaggio (1986, p. 85), donde la autora, si bien parte de una definición inicial de seguridad jurídica como previsibilidad, concluye que la seguridad jurídica es una «función [...] de la existencia y del respeto, por parte del órgano decisorio y de otros órganos, de las reglas según las cuales se evalúan las decisiones como correctas o incorrectas [...] la previsibilidad de las decisiones, en este sentido, se traduce en controlabilidad: el valor específicamente jurídico de la seguridad es, por tanto, la controlabilidad de las decisiones jurídicas». Véase también Ferrajoli (1989, pp. 81-82); Luzzati (1999, pp. 274-275), sobre la seguridad jurídica como «controlabilidad»; y Waldron (2012, pp. 13-14), donde se hace referencia a la «*principled predictability*».

jurídica incrementa la eficacia y la eficiencia del sistema jurídico; para lograr sus fines, para ser obedecido, el derecho debe ser conocido por sus destinatarios (Corsale, 1988, p. 2; Luciani, 2015).

Pero esto no es todo. Si el derecho es un fenómeno normativo, un orden de la conducta humana, una «técnica social específica» (Kelsen, 1945, p. 26), entonces un derecho «cierto» o seguro es una técnica social que responde además a los valores de la equidad (en el sentido de *fairness*) y de la dignidad y autonomía de los ciudadanos. En efecto, la seguridad jurídica implica que el derecho se impondrá, con su aparato sancionador, solamente sobre los sujetos que están en condiciones de conocer las obligaciones y las correspondientes sanciones previstas por el propio derecho. No se ajusta a un sentido mínimo de justicia (tal como se encarna en la conceptualización del *Rule of Law*) sancionar a sujetos que no hayan sido debidamente informados sobre el disvalor de su comportamiento (Raz, 1977)¹². Además, al moverse dentro de un marco jurídico seguro, los ciudadanos pueden no solamente prever la reacción del derecho en relación con sus conductas, sino también formarse expectativas recíprocas sobre cómo se comportarán otros ciudadanos en tanto destinatarios de normas jurídicas (ciertas); de este modo, pueden formarse planes de acción en forma autónoma y racional (Celano, 2013b; Luciani, 2015, p. 1). Así entendida, la seguridad jurídica interesará al *bad man*, pues le permitirá conocer y prever la reacción del aparato sancionador del derecho a efectos de evitarlo o eludirlo; pero también al buen ciudadano que desea respetar la ley y que, por esta misma razón, estará interesado en conocer lo que puede, debe o no debe hacer.

Finalmente, una ulterior función de la seguridad jurídica tiene que ver con la separación de poderes y, más concretamente, con la *accountability* de los órganos encargados de la aplicación del derecho. En efecto, un derecho cierto o seguro opera como un factor que reduce la discrecionalidad interpretativa y aplicativa: frente a un marco jurídico seguro, las elecciones interpretativas de los órganos de aplicación son más limitadas que las que podrían tener en un contexto de incertidumbre. La seguridad jurídica, en consecuencia, vuelve también más «controlables» las decisiones de los órganos de aplicación.

2.2. Condiciones de (in)seguridad

Lo que hasta aquí se ha venido desarrollando es el concepto (un posible concepto) de seguridad jurídica: la respuesta a la pregunta «¿qué es la seguridad jurídica?». Esto, sin embargo, todavía no nos dice nada acerca de las condiciones bajo las cuales es posible decir que el derecho es cierto o seguro.

En este punto resulta útil recurrir a dos pares de distinciones. La primera distinción es bastante obvia: el derecho (lo que llamamos derecho «objetivo» o derecho positivo) es, entre otras cosas, una suma de textos y de interpretaciones; es decir, el derecho es la suma de actos normativos, disposiciones y normas¹³. Por lo tanto, es razonable concebir que algunos aspectos de la seguridad jurídica se refieran al nivel de los textos normativos (es decir, al ámbito de la producción del derecho y de la redacción de los documentos normativos) y que otros aspectos se refieran al

¹² Véase también Pino (2016b, pp. 177-233), con referencia específica a la cuestión de la legalidad penal. Un argumento de este tipo constituye el fundamento de una conocida sentencia de la Corte Constitucional italiana (364/1988) en materia de *ignorantia legis*. Este aspecto de la seguridad jurídica, por lo demás, ha sido totalmente descuidado por quienes la asocian exclusivamente a una concepción autoritaria del poder; véase, por ejemplo, Grossi (2014).

¹³ Para una aproximación a este aparato conceptual, véase Guastini (2004) y Pino (2016a, cap. 1).

nivel de las normas (es decir, al ámbito de la interpretación y de la aplicación del derecho)¹⁴.

La segunda distinción, en cambio –y hasta donde conozco–, ha sido poco aprovechada en relación con la seguridad jurídica. Se trata de la distinción entre tipos de destinatarios de las normas jurídicas: destinatarios «primarios» (ciudadanos) y destinatarios «secundarios» (órganos de aplicación del derecho) (Pino, 2016a, cap. 2)¹⁵. El derecho, en efecto, tiene la función esencial de orientar la conducta humana (de los destinatarios primarios); pero, al mismo tiempo, es un fenómeno institucionalizado, caracterizado por la presencia de órganos de aplicación que entran en juego cuando resulta necesario aplicar normas jurídicas para resolver una controversia (en sentido amplio) entre aquellos destinatarios primarios. Por tanto, puede decirse que los órganos de aplicación también son destinatarios (secundarios) de las normas jurídicas. El papel que esta distinción puede desempeñar en el ámbito de la seguridad jurídica es algo que ya se sugirió anteriormente (§ 2.1.2), cuando se indicó que la seguridad jurídica puede asumir un diferente contenido de valor (una diversa función) para los ciudadanos y para los órganos de aplicación.

La noción tradicional e ilustrada de seguridad jurídica sitúa en el centro de la perspectiva al ciudadano, al hombre común, al destinatario primario de las normas jurídicas; es decir, al sujeto cuyo comportamiento se encuentra regulado por las normas¹⁶. No obstante, los problemas de seguridad jurídica también surgen desde el punto de vista de los órganos de aplicación: también estos pueden encontrarse en una situación en la que el derecho no ofrezca respuestas claras a ciertas preguntas y no sea posible saber claramente qué norma hay que aplicar para resolver una determinada controversia.

Es evidente, pues, que los problemas de seguridad jurídica (o, más bien, distintos problemas de seguridad jurídica) pueden plantearse bien sea desde el punto de vista del ciudadano o destinatario principal, o bien desde el punto de vista del órgano de aplicación o destinatario secundario. Se puede hablar, entonces, de una seguridad jurídica «primaria» referida a los ciudadanos y de una seguridad jurídica «secundaria» referida a los órganos de aplicación.

Ahora bien, ¿bajo qué condiciones el derecho resulta más o menos seguro (o cierto) para los ciudadanos y para los órganos de aplicación? Como ya se anticipó, lo anterior incluye unas determinadas condiciones fácticas así como el acuerdo intersubjetivo de determinados criterios normativos. Invirtiendo el orden que hasta ahora se ha venido siguiendo, en este punto conviene empezar con los órganos de aplicación o destinatarios secundarios.

Para los órganos de aplicación el derecho es cierto o seguro (seguridad jurídica «secundaria») si este les permite identificar las consecuencias jurídicas de un determinado acto o hecho, es decir, si el derecho ofrece una solución tendencialmente unívoca al caso por decidir. En línea de principio, si el derecho es cierto o seguro, el caso por decidir es un «caso fácil»¹⁷. Cuanto más aumenten las variables y los

¹⁴ Un punto de partida similar se encuentra en Lombardi Vallauri (1967, pp. 574-580), donde distingue entre «certeza sobre la existencia» (de una fuente del derecho) y «certeza sobre el contenido».

¹⁵ Esta distinción de perspectivas parece emerger también del análisis de la seguridad jurídica desarrollado en Gianformaggio (1986).

¹⁶ En una primera acepción, «el derecho es cierto si cada uno (si el ciudadano) se encuentra en condiciones de saber qué cosas están autorizadas por el derecho y qué cosas se pueden hacer libremente con base en el derecho» (Gianformaggio, 1986, p. 81).

¹⁷ En línea de principio, se subraya; y es que algunos casos difíciles derivan más bien del contraste entre un marco jurídico seguro (determinado o cierto) y algunas exigencias morales y de justicia.

márgenes de elección en la identificación de la solución jurídica del caso por decidir (o sea, cuanto menos predeterminada sea la solución jurídica del caso), tanto más el derecho será inseguro o incierto desde el punto de vista de los órganos de aplicación.

La lista de las condiciones idóneas para asegurar este marco de seguridad jurídica es larga y variable. Los elementos principales, en todo caso, son bien conocidos:

1a) Claridad en la formulación de los enunciados normativos; tendencial preferencia por una regulación «por reglas» antes que por principios, directrices o cláusulas generales (Raz, 1972, p. 841; Schauer, 1991, pp.137-145; Laporta 2007, cap. III-IV); presencia de automatismos jurídicos que eviten recurrir a adjudicaciones caso por caso (ficciones, presunciones, etc.);

2a) Claridad en la coordinación entre textos normativos (por ejemplo, limitando al máximo la derogación innominada o por incompatibilidad, o el uso de fórmulas derogatorias tales como «y posteriores modificaciones»¹⁸); claridad en las técnicas de resolución de antinomias normativas y acuerdo entre los distintos operadores jurídicos para usarlas de forma común; concentración en pocas fuentes (códigos, textos consolidados) de la regulación jurídica relevante para una determinada materia, evitando que se disperse en diversos actos emitidos en distintos momentos o incluso con diferente rango jerárquico¹⁹;

3a) Claridad de las relaciones jerárquicas entre las diversas fuentes del derecho; y consenso, entre los diversos operadores jurídicos, respecto de estas relaciones;

4a) Tendencial completitud de la regulación jurídica; mecanismos «automáticos» para colmar lagunas normativas (norma general excluyente, *in dubio pro reo*, etc.);

5a) Acuerdo común sobre criterios interpretativos y argumentativos y sobre su orden de preferencia;

6a) Univocidad de las orientaciones jurisprudenciales; reconocimiento de una autoridad interpretativa especial (nomofiláctica) en cabeza de algunas autoridades institucionales.

Cuanto más se presenten las anteriores condiciones, tanto más las decisiones de los órganos de aplicación serán «predeterminadas» por el derecho; no en el sentido de que tales decisiones, de hecho, se hayan de seguir mecánica y automáticamente (o muy probablemente), sino en el sentido de que el contenido de esas decisiones (la identificación de las consecuencias jurídicas de un determinado caso) será el producto de operaciones relativamente simples, predeterminadas e intersubjetivamente compartidas dentro de la comunidad jurídica de referencia. Si esto es así, los órganos de aplicación se moverán, en consecuencia, dentro de un marco de seguridad jurídica.

Diversa es la situación desde el punto de vista de los ciudadanos (seguridad jurídica primaria). Los ciudadanos obviamente no aplican el derecho, pero se encuentran en la situación de ajustar su propia conducta frente al marco jurídico existente. Además, y sobre todo, a diferencia de los órganos de aplicación, los

¹⁸ Véase la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 292/1984.

¹⁹ Sobre la importancia de la «reserva de código», particularmente en el derecho penal, véase Ferrajoli (2014, pp. 215-228).

ciudadanos no son –o no son necesariamente– técnicos del derecho: no se puede pretender que posean la competencia técnica necesaria para dominar las sutilezas internas al funcionamiento de la maquinaria del derecho (algunas de las cuales, de hecho, aparecen en la lista antes expuesta relacionada con los órganos de aplicación). En todo caso, el derecho se afianza en gran medida en la auto aplicación por parte de sus destinatarios, es decir, en la posibilidad de que los ciudadanos se adapten espontáneamente a los dictados del derecho (Waldron, 2016)²⁰, lo cual presupone que estos son capaces de identificar el contenido del derecho de una manera confiable. Para estos efectos, pues, es necesario que los ciudadanos tengan un acceso a la comunicación jurídica que sea lo más unívoco posible (y lo más claro, por supuesto).

Pues bien, en las organizaciones jurídicas contemporáneas, especialmente en aquellas del *civil law*, la forma de comunicación jurídica dotada de mayor grado de cognoscibilidad y accesibilidad es, tradicionalmente, el derecho legislativo (a diferencia del derecho doctrinal, jurisprudencial o consuetudinario). La ley –general, abstracta, pública– es el punto de acceso privilegiado del ciudadano a la comunicación jurídica. Pero, obviamente, la vida del derecho no termina en la fase de «producción», sino que continúa en la fase de aplicación. En la comunicación jurídica que se da entre el ciudadano y los órganos de producción del derecho (el «legislador») hay siempre un diafragma, una capa ulterior, un ruido de fondo, representado por los discursos de los órganos de aplicación (y también, aunque más indirectamente, por los discursos de los juristas en general). De aquí surge el dilema: por un lado, al menos en teoría, el derecho legislativo es el más fácilmente cognoscible por los ciudadanos; pero, por otro lado, lo que realmente interesa a los ciudadanos es saber cómo se aplica o cómo se aplicará el derecho.

De esto se sigue, me parece, que la seguridad jurídica desde el punto de vista de los ciudadanos depende en cualquier caso de la existencia de un punto de acceso unívoco a la comunicación jurídica: o bien porque el estrato o la capa de la comunicación jurídica representado por los discursos de los órganos de aplicación es completamente transparente respecto del estrato del derecho legislativo, como ocurre cuando los órganos de aplicación recurren constantemente a la interpretación literal de los textos normativos; o bien porque, al contrario, aquel estrato –en hipótesis divergente del derecho legislativo– es tan compacto que se superpone enteramente a éste, representando así, de manera unívoca, aquello que «realmente» le importa conocer al ciudadano. En otras palabras, a los efectos de la seguridad jurídica primaria, debe darse una situación que imite una dinámica de tipo «imperativista»: existe un soberano (ya sea el legislador o el derecho jurisprudencial objetivado en una orientación unívoca) que le dice claramente al ciudadano lo que debe o no debe hacer²¹.

Por tanto, se pueden señalar como condiciones de la seguridad jurídica desde el punto de vista de los ciudadanos (seguridad jurídica primaria):

²⁰ Ciertamente, es posible que los destinatarios primarios (los ciudadanos) ocasionalmente puedan identificar el derecho gracias a la intervención de expertos en ciertas materias jurídicas (abogados, profesionales, funcionarios administrativos, etc.); con todo, si se considera que el derecho está presente en la vida de los ciudadanos de manera extremadamente difusa, sería decididamente absurdo pensar que los ciudadanos requieren de una opinión legal experta para todas y cada una de las cuestiones jurídicas en las que se ven involucrados.

²¹ No es casual, por tanto, que un partidario del imperativismo (y del utilitarismo) como Bentham haya sido también partidario de la codificación, ni tampoco es casual que haya sido radicalmente contrario al derecho jurisprudencial.

1_b) Un derecho legislativo no disperso en una pluralidad de documentos diversos, que sea cuantitativamente compilado y fácil de encontrar (como típicamente ocurre en el caso de un código);

2_b) Un derecho legislativo razonablemente actualizado: una regulación obsoleta, de hecho, genera dudas sobre su vigencia actual, sobre cómo se compagina con la regulación más reciente y sobre cómo será efectivamente interpretada por los órganos de aplicación²²;

3_b) Limitación o tendencial exclusión de la legislación retroactiva; claridad en la regulación de los regímenes jurídicos intertemporales;

4_b) Claridad y univocidad en la formulación del derecho legislativo. Debe tenerse en cuenta que «claridad» no equivale necesariamente a «precisión»; en algunos casos, un enunciado bastante preciso puede ser del todo incomprensible. Piénsese en el caso de los enunciados normativos que contienen reenvíos en cadena a otros enunciados (Guastini, 2013, pp. 513-536): en estos casos, el significado del enunciado específico que dispone el reenvío probablemente sea claro (precisamente, el significado consiste en efectuar un reenvío a otro enunciado) pero el contenido normativo en general (la sustancia de la comunicación jurídica) puede ser bastante difícil de reconstruir. O piénsese en el uso de una terminología técnica o especializada, o en el uso de fórmulas que no son inmediatamente comprensibles, dentro de enunciados normativos dirigidos a regular conductas que pueden ser realizadas no solo por aquellos que dominan esa terminología sino por cualquier persona (por ejemplo, para fijar un límite de velocidad o para fijar el nivel de alcohol en la sangre permitido a los conductores) (Endicott, 2011, pp. 14-30);

5_b) El uso, por parte de los operadores jurídicos, de técnicas interpretativas que se ajusten a la letra de la ley o al significado «obvio» de los enunciados legislativos²³;

6_b) Formación de orientaciones interpretativas estables y consolidadas; existencia de una autoridad interpretativa especial y ampliamente reconocida;

7_b) Normas e instituciones que prevean la estabilidad o inviolabilidad de las relaciones jurídicas extinguidas (prescripción, caducidad, cosa juzgada, etc.) y su constante y coherente aplicación por parte de los órganos oficiales; celeridad en los procesos decisorios de los órganos de aplicación (pues, mientras están pendientes de resolución, los interesados se encuentran en una situación de incertidumbre respecto a la estabilidad de su propia situación jurídica);

8_b) Tendencial superposición entre la regulación jurídica y los valores morales ampliamente compartidos dentro de la comunidad de referencia; por ejemplo, la existencia de tipos penales altamente «artificiales» ocasiona un detrimento para la seguridad jurídica (Gianformaggio, 1986, p. 81)²⁴.

²² Nótese que el requisito de la actualización de los datos normativos adquiere prominencia especialmente allí donde existe un cierto grado de dispersión de las fuentes del derecho. Por el contrario, allí donde sea notorio que las fuentes del derecho están concentradas en pocos documentos, y que en todo caso las eventuales modificaciones normativas están destinadas a ser incorporadas en esas mismas fuentes (como en el caso de la «reserva de código»: véase *supra*, nota 20), el hecho de que una fuente sea «antigua» no parece crear especiales problemas.

²³ Según la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 73/1958, la «exigencia fundamental de seguridad jurídica» requiere el uso de técnicas de interpretación restringida.

²⁴ Véase también la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 364/1988.

2.3. La seguridad jurídica como valor relativo

Se pueden ahora formular algunas observaciones conclusivas, de carácter general, sobre la seguridad jurídica. Una característica de la seguridad jurídica que emerge claramente de lo que hasta aquí se ha dicho es la multidimensionalidad de este concepto (y de sus condiciones). O, más bien, su carácter relativo; y es que, si se analiza con detenimiento, la seguridad jurídica es un valor relativo en muchos y diversos sentidos.

En primer lugar, es un valor relativo en el sentido de que adquiere distintos contenidos según se adopte el punto de vista de los ciudadanos o el punto de vista de los órganos de aplicación (seguridad jurídica primaria vs. seguridad jurídica secundaria). Desde el punto de vista de los órganos de aplicación, la seguridad jurídica exige esencialmente que existan criterios compartidos de corrección de las decisiones (referidos a la identificación de las fuentes del derecho, a su interpretación y a la presencia de una autoridad interpretativa). Desde el punto de vista de los ciudadanos, en cambio, la seguridad jurídica exige esencialmente la cognoscibilidad de los datos normativos y la previsibilidad de las decisiones de los órganos de aplicación, ya sea porque estas decisiones son fieles a la ley o porque reproducen la jurisprudencia constante. Por lo demás, mientras los ciudadanos solo pueden disfrutar de la seguridad jurídica o sufrir por la inseguridad jurídica, los órganos de aplicación, en cambio, pueden contribuir activamente a crear una situación de seguridad o inseguridad jurídica.

Estas dos dimensiones de la seguridad jurídica (para los ciudadanos y para los órganos de aplicación) son distintas, aunque entre ellas puedan cruzarse. En línea de principio se puede hipotetizar que, si el derecho es cierto o seguro para los órganos de aplicación, también lo será para los ciudadanos, aunque solo lo sea porque en esta circunstancia existirá la tendencia de dichos órganos a producir decisiones unívocas. Asimismo, si el derecho es incierto o inseguro para los órganos de aplicación, también lo será (y con mayor razón, se podría decir) para los ciudadanos. A la inversa, en cambio, no sucede necesariamente lo mismo: de hecho, un determinado marco normativo puede colocar al ciudadano en una situación de profunda incerteza o inseguridad jurídica, mientras que los órganos de aplicación podrían ser perfectamente capaces de afrontar ese marco de manera sencilla, utilizando sus propias herramientas del oficio (por ejemplo, algunos usos del argumento sistemático pueden ser instrumentos de fácil empleo para los órganos de aplicación, pero pueden resultar altamente técnicos y tendencialmente incomprensibles para los ciudadanos). Asimismo, un ciudadano podría creer que el derecho es cierto o seguro confiando razonablemente en la claridad de un determinado dato normativo (recuérdese que el ciudadano necesita puntos de acceso unívocos a la comunicación jurídica: el código, una ley concreta, un artículo concreto, etc.); sin embargo, el mismo ciudadano podría no darse cuenta de que tal dato normativo está inserto en una densa red de relaciones sistemáticas, o de que tiene tras de sí a un complejo historial interpretativo, todo lo cual complica y altera el significado según los ojos expertos de los órganos de aplicación.

Para mayor prueba de cómo el valor de la seguridad jurídica funciona de manera diversa según el punto de vista adoptado, nótese que las dos listas de las respectivas condiciones de seguridad esbozadas anteriormente, aunque incompletas y aproximativas, no coinciden entre sí: no todas las condiciones de seguridad jurídica para los órganos de aplicación son adecuadas para garantizar la seguridad jurídica desde el punto de vista de los ciudadanos. Esto es particularmente claro en el caso de la exigencia de irretroactividad: mientras una ley retroactiva –por definición, se podría decir– toma al ciudadano por sorpresa y lo enfrenta a consecuencias jurídicas

que no podría haber conocido al momento en que realizó un determinado acto o hecho, para los órganos de aplicación ello no plantea *per se* problemas de seguridad jurídica; la aplicación de dicha ley retroactiva podría ser, en teoría, clara. Así también, la misma «precisión» de los enunciados normativos (distinta de su «claridad»: véase *supra*, literal 4^b) puede tener distintas repercusiones según se trate de los ciudadanos o de los órganos de aplicación.

Pero la seguridad jurídica, en segundo lugar, es también un valor relativo en el específico sentido de que las condiciones de seguridad o certeza tienen un carácter gradual; por tanto, la seguridad jurídica es siempre una cuestión de más o menos (Lifante Vidal, 2013, pp. 93 y ss.). Basta observar las condiciones de seguridad jurídica enumeradas en la sección anterior para darse cuenta de que la evaluación en términos de seguridad o certeza depende de la interacción de múltiples factores que, en su mayoría, tienen una dimensión escalar y no dicotómica. De manera más general, puede decirse que el propio modo de ser y de funcionar del derecho (su carácter sistemático y jerárquico; el uso del lenguaje natural, que es estructuralmente vago; la pluralidad de sujetos dotados de un poder decisorio) hace inevitable que el derecho incorpore algún grado de incertidumbre. Esto explica por qué la seguridad jurídica es una noción particularmente difícil de identificar en la práctica: aunque obviamente puedan existir casos particularmente claros de certeza, así como de inseguridad jurídica, no es posible determinar un umbral preciso más allá del cual la inseguridad o incertidumbre se vuelva intolerable. El juicio sobre la seguridad jurídica es contextual, relacional y, por tanto, estructuralmente incierto.

Finalmente, en tercer lugar, la seguridad jurídica es también un valor relativo en el sentido de que no puede ser considerado el único valor relevante para el derecho, ni necesariamente el más importante (o, al menos, no siempre y en todos los casos el más importante)²⁵. A veces un derecho «elástico», formulado mediante directrices y cláusulas generales, puede lograr objetivos socialmente apreciables de mejor modo que un derecho cierto pero rígido (Endicott, 2011; Waldron, 2011; Moreso, 2012, pp. 225-237). Y ciertamente, el valor de la seguridad jurídica puede ser más importante –y tendencialmente inderogable– en algunos ámbitos (por ej., en el derecho penal, en el derecho tributario, en el derecho sancionador en general, etc.) pero menos importante en otros. Se presenta aquí la habitual contraposición – presente no solo en el derecho, aunque sobre todo en el derecho– entre certeza y justicia, entre aplicación de reglas fijas y juicios casuísticos. Probablemente el derecho, aunque ante todo constituya «regla de conducta», y aunque incorpore estructuralmente una exigencia de seguridad o certeza (*supra*, § 1), necesite de ambos valores. Y nuevamente, no existe una fórmula para predeterminar cuándo es mejor dejar de lado las reglas rígidas y confiar en una valoración equitativa²⁶.

3. La seguridad jurídica en el Estado constitucional

Hasta ahora he asumido que la seguridad jurídica es un valor que se puede apreciar desde un punto de vista ético-político (aunque no sea el único valor y aunque no necesariamente sea el más importante); he dado una definición del concepto y de las condiciones de seguridad jurídica; y he argumentado que la seguridad jurídica es un valor relativo desde varios puntos de vista. Ahora bien, es conocido –y además ya se ha mencionado– que en el derecho contemporáneo (o posmoderno) la seguridad jurídica se ve socavada por múltiples factores; entre ellos, la explosión/atomización del derecho legislativo (la pérdida de generalidad y abstracción de la leyes, la rápida

²⁵ Sobre la inevitable tensión entre seguridad jurídica y equidad, incorporada por el derecho, véase Calamandrei (1955, p. 259); Lombardi Vallauri (1967, pp. 592-593).

²⁶ Sobre este problema véase Schauer (1991, pp. 196 y ss); Bayón (1996, pp. 143-162); Celano (2016).

sucesión de leyes que regulan una misma materia, la fragmentación de la regulación jurídica en múltiples textos legislativos, el descuido en la formulación lingüística de las leyes), la decadencia de los códigos, la difusión del *soft law* y otras fuentes atípicas del derecho, la superposición –a menudo muy complicada– entre fuentes nacionales y supranacionales, etc.

En esta segunda parte del trabajo me concentraré en un ángulo particular (pero no secundario) de la actual «crisis» de la seguridad jurídica, que se relaciona con el lugar de este valor en el Estado constitucional. De hecho, el propio advenimiento del Estado constitucional puede ser considerado un factor más de la crisis de la seguridad jurídica. Y la seguridad jurídica, a su vez, puede ser considerada como uno de esos conceptos (como el de validez, interpretación, etc.) que ofrecen un excelente punto de vista para penetrar en el funcionamiento del Estado constitucional contemporáneo y en sus dinámicas internas, especialmente si se compara el papel reconocido a dicho valor dentro del diverso contexto del Estado de Derecho o Estado «legislativo».

Comencemos por aquí. Por Estado de Derecho o Estado legislativo se entiende al modelo de organización jurídica que se difundió en la Europa continental durante el siglo XIX y que se centra en los siguientes elementos característicos: el monopolio estatal de la producción de derecho; una jerarquía de las fuentes donde la ley está firmemente colocada en el más alto nivel de la juridicidad; la codificación del derecho, que reúne todo el derecho relativo a una determinada materia en un solo texto concebido como completo y coherente; y una cultura jurídica que encomienda a los órganos de aplicación el papel de fieles aplicadores de la ley (gracias a herramientas o a ficciones ideológicas tales como el silogismo judicial, la interpretación estrictamente literal o la búsqueda de la voluntad del legislador histórico)²⁷.

En este modelo de organización ius-política y de cultura jurídica, la seguridad o certeza del derecho asume un valor absolutamente preeminente²⁸; es una especie de meta-valor que preside el funcionamiento de todo el ordenamiento jurídico y que resulta funcional a (o es el presupuesto de) la realización de todos los demás valores perseguidos por el ordenamiento: la protección de la autonomía individual, la seguridad de los negocios jurídicos, la igualdad formal. El derecho del Estado legislativo aspira a presentarse como una especie de monolito bien esculpido: los ciudadanos lo pueden ver claramente, está fijo y es relativamente fácil no chocar contra él²⁹ (en este contexto, la forma paradigmática del derecho es el código). Para usar otra metáfora, el derecho del Estado legislativo funciona (o debería funcionar, según esta proyección ideológica) como una máquina: es confiable, previsible, siempre da la misma respuesta si se le presenta el mismo problema, y garantiza así a los ciudadanos la máxima libertad de movimiento y el máximo grado de calculabilidad de las consecuencias de sus propias acciones³⁰.

²⁷ Al respecto, véanse las reconstrucciones ofrecidas en Bobbio (1961); Fioravanti (1991); Zagrebelsky (1992).

²⁸ López de Oñate (1942, p. 74) (la seguridad jurídica constituye la «savia vital» del concepto mismo de Estado de Derecho); Cattaneo (1986, p. 16) («uno de los pilares de la concepción jurídica ilustrada es [...] la rígida defensa de la seguridad jurídica»); Fioravanti (1991); Grossi (2014, p. 55) (sobre la seguridad jurídica como «principio supremo» del Estado legislativo); Luciani (2015, p. 2).

²⁹ «[A]l igual que las leyes de la naturaleza, las leyes del Estado proporcionan características fijas del entorno en el que [el individuo] tiene que moverse» (Von Hayek, 1960, p. 153).

³⁰ La metáfora del derecho (o del Estado) como máquina estaba ya presente en Thomas Hobbes y fue también aprovechada por Max Weber. Véase al respecto Itzcovich (2009, pp. 379-384); Cassese (2009, pp. 33-35). La idea (también de origen weberiano) de «calculabilidad» ha sido recientemente recuperada

Con el paso del Estado legislativo al Estado constitucional, casi todo lo que está dentro de este marco cambia. El meta-valor ya no es ahora la certeza sino el pluralismo³¹. Evidentemente, la seguridad jurídica no está ausente en el panorama de los valores protegidos por el Estado constitucional; además, ciertos aspectos estructurales del Estado constitucional atestiguan precisamente una elección en favor de la seguridad jurídica: piénsese, por ejemplo, en el control de constitucionalidad concentrado, que allí donde está disponible sirve para sustraer el juicio sobre la validez de las leyes a la pluralidad de opiniones de los jueces ordinarios; o en la rigidez constitucional, que establece la distinción entre la materia constitucional o la «esfera de lo indecible» (Ferrajoli, 2007a, pp. 822, 848; Ferrajoli, 2007b, pp. 19-20, 42, 44, 62-63, 92, 99, 304) y el ámbito de libre margen de acción del legislador; o en el mismo hecho de que en el Estado constitucional existe típicamente una constitución escrita, que sirve para establecer con (relativa) certeza cuáles son los valores protegidos por el Estado (Dogliani, 1997; Camerlengo, 2002, cap. 1). Y, obviamente, algunas disposiciones constitucionales sustantivas (además de las disposiciones estructurales) pueden verse fácilmente (también) en términos de seguridad jurídica: por ejemplo, la irretroactividad y la taxatividad de la ley penal o la institución de la reserva de ley.

Por tanto, en una primera aproximación, podría decirse que en el Estado constitucional el valor de la seguridad jurídica no desaparece sino que adquiere una (nueva y sucesiva) dimensión relativa: es un valor entre todos los valores presentes dentro del panteón constitucional, que entra constantemente en ponderación con otros valores o principios constitucionales³².

Pero esto no es todo. Visto con mayor detenimiento, la seguridad jurídica en el Estado constitucional sufre otro tipo de relativización o debilitamiento. Aquí se debe pasar de la consideración de los aspectos estructurales o incluso de los contenidos sustanciales del Estado constitucional, a la cultura jurídica que dentro de él se inserta; es decir, se debe prestar atención a las actitudes interpretativas y argumentativas difundidas entre los juristas que operan en el contexto del Estado constitucional (cultura jurídica a veces definida como «neoconstitucionalista»³³).

3.1. Factores de incertidumbre en el Estado constitucional

El rasgo fundamental de esta cultura jurídica es la idea de que la constitución es un conjunto de principios (o incluso de valores) que funcionan como fundamento de todo el ordenamiento jurídico y que tienen la función de orientar un proceso de profunda transformación social. Los principios constitucionales, según esta forma de ver las cosas, no se refieren a una específica y definida «materia constitucional», pero pueden adquirir relevancia en cualquier ámbito del derecho y para cualquier cuestión jurídica; el derecho infra-constitucional, por lo tanto, es visto como un desarrollo de los principios constitucionales relevantes. En suma, la constitución es considerada un documento jurídico plenamente normativo, lo que significa que es susceptible de aplicación judicial (directa o indirecta). Y no sólo eso: se considera que el deber de

en Irti (2016). Todo esto puede ser vinculado con el modelo del «juez autómatas» y de la aplicación puramente mecánica de la ley, idea muy difundida también dentro de este contexto (véase Bobbio, 1961).

³¹ Sobre el pluralismo como meta-valor del constitucionalismo contemporáneo, véase Zagrebelsky (1992, pp. 11, 16, 170-173); Bin (2007, pp. 24, 30); Luciani (2013, p. 59); Pino (2017, cap. 1).

³² Un ejemplo en este sentido podría ser la conocida Sentencia 364/1988 de la Corte Constitucional italiana, donde se establece que la presunción de conocimiento de la ley penal (art. 5 del código penal italiano), que bien puede ser considerada como una institución específicamente derivada de la seguridad jurídica, debe debilitarse para poder tener en cuenta otros principios constitucionales (como el carácter personal de la responsabilidad penal y la función reeducativa de la pena).

³³ Para una reconstrucción más detallada de esta cultura jurídica (que prefiero llamar «constitucionalismo contemporáneo» o «constitucionalismo de los derechos»), véase Pino (2017, cap. 1).

todo operador jurídico –y de todo operador judicial, en primer lugar– es contribuir a la mayor y mejor concreción o aplicación de la constitución (con los medios que estén a su alcance).

Pues bien, cuando una cultura jurídica de este tipo comienza a operar dentro de una organización jurídica (especialmente si existe una constitución escrita y un control de constitucionalidad), la seguridad jurídica se coloca progresivamente en un segundo plano.

Ante todo, el mismo hecho de que la ley se encuentre en una posición subordinada a la constitución debilita la seguridad jurídica, dado que la validez de la ley puede ser siempre cuestionada con respecto a la constitución: la seguridad de la ley se debilita debido a la seguridad (y efectividad) de la constitución³⁴. Pero esto es solo la punta del iceberg. En el Estado constitucional, la superioridad de la constitución sobre la ley produce una serie de consecuencias ulteriores que descienden en cascada. Veamos cuáles son las principales consecuencias, siempre desde el punto de vista de la erosión de la seguridad jurídica.

1) La cultura jurídica del constitucionalismo contemporáneo califica a las normas constitucionales como principios. Esto se ve favorecido por la propia formulación textual de las disposiciones constitucionales, cargadas de términos vagos e indeterminados o de términos valorativos que remiten a conceptos ético-políticos (libertad, igualdad, dignidad, democracia, etc.). La presencia de este tipo de lenguaje, a su vez, es la consecuencia de las típicas aspiraciones de las constituciones pluralistas: representan un compromiso entre diversas visiones de la sociedad sobre algunos valores fundantes, aspiran a transformar la sociedad a la luz de esos valores y aspiran a durar prolongadamente. En consecuencia, se tiende a dar por descontado que tales disposiciones constitucionales expresan principios (antes que reglas)³⁵. Ahora bien, los principios son normas genéricas e indeterminadas con un campo de aplicación (presupuesto de hecho) muy amplio y, por tanto, tienden a entrar en conflicto entre sí: su aplicación exige operaciones de concretización y de ponderación (a veces caso por caso). Además, las disposiciones de principio normalmente son objeto de una interpretación extensiva (o, en cualquier caso, se rechaza la interpretación literal); en consecuencia, los principios son utilizados como puntos de partida desde los cuales es posible generar, por la vía interpretativa, nuevas normas (nuevas reglas o, a su vez, ulteriores principios)³⁶. Así, pues, el panorama de los principios constitucionales está en continuo movimiento: siempre pueden derivarse nuevos principios de la constitución o, en todo caso, nuevos principios con relevancia constitucional, así como siempre pueden idearse nuevas posibilidades para la solución de conflictos entre principios constitucionales³⁷.

2) La validez de las leyes depende de juicios de valor. En el Estado constitucional, el juicio sobre la validez de una ley no consiste solo en una valoración puramente formal (el respeto de un procedimiento) sino también, y sobre todo, en una valoración de compatibilidad y de congruencia sustancial entre la ley y los principios

³⁴ Véase la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 225/1987, donde precisamente se contrapone la seguridad de la ley con la seguridad de la Constitución.

³⁵ Calificar una norma como regla o como principio es el resultado de una elección interpretativa. Pues bien, la cultura jurídica del constitucionalismo contemporáneo tiende a interpretar las disposiciones constitucionales, o la mayoría de ellas, precisamente como principios y no como reglas.

³⁶ Esta es la llamada dimensión «nomogénica» de los principios (Pino, 2010, p. 54).

³⁷ Este aspecto del constitucionalismo contemporáneo (la presencia de principios) suele considerarse como la principal razón de su incompatibilidad con la seguridad jurídica. Véase, al respecto, Zagrebelsky (1992); Guastini (1996, pp. 513-525); Luzzati (2011, pp. 1205-1223); y Luciani (2015), donde también se identifica como factor de inseguridad jurídica a la protección multinivel de los derechos. Pero, como aquí se intenta mostrar, el asunto va mucho más allá de la presencia de principios.

constitucionales relevantes. Además, el contenido mismo de estos principios puede ser controvertido, puesto que identificarlo exige una «lectura moral»³⁸. Por consiguiente, el examen sobre la validez sustancial de la ley puede requerir complejas y controvertidas valoraciones, incluso de carácter ético-sustantivo³⁹.

3) Si en la arquitectura del Estado constitucional el control concentrado de constitucionalidad es una salvaguarda de la seguridad jurídica⁴⁰, la práctica de la interpretación conforme a la constitución tiende a transformar el juicio de constitucionalidad en un juicio difuso: asegura una penetración directa de los principios constitucionales en el tejido del derecho legislativo pero solamente para el caso concreto, con la consecuencia de que nada garantiza que otros jueces no puedan dar una diversa interpretación de la ley en cuestión o no puedan evaluar de distinta manera su incompatibilidad con la constitución.

4) Las cortes constitucionales combinan su papel de legislador negativo (que probablemente se encuentra presupuesto, en Italia, en el artículo 136 de la Constitución)⁴¹ con un rol cada vez más preponderante de autoridad interpretativa y hasta de co-legislador, especialmente cuando dictan sentencias aditivas o sustitutivas (Marcenò, 2012, pp. 296-308). Por un lado, estas técnicas decisorias aseguran una pronta adecuación del derecho legislativo a los principios constitucionales (sin pasar por el «vacío» legislativo que produciría, sin más, una sentencia de inconstitucionalidad); pero por otro lado hacen que el derecho –aunque en distinta medida y según el caso– sea menos cierto y menos fácil de conocer. El caso más llamativo lo representan las sentencias aditivas o interpretativas «de principio», que reenvían a una posterior concretización por parte del juez al menos hasta que el legislador intervenga en la materia (Ruggeri y Salazar, 2006, p. 849).

5) La labor jurisprudencial de concretización de principios constitucionales puede, en ocasiones, adoptar la forma del «diálogo» o de la cooperación⁴²; pero otras

³⁸ Véase Ferrajoli (1989, pp. 352-353) (sobre las «connotaciones sustancialistas y evaluativas de la validez»); p. 918 («el juicio sobre la validez sustancial de las leyes [...] es un juicio de valor»); p. 919 («una vez incorporados en los niveles más superiores, los valores ocasionan que los juicios sobre la validez de las normas de nivel inferior sean juicios evaluativos»); pp. 916-917 (p. 917: la «validez de las leyes nunca puede decidirse con certeza»). Véase también Celano (2013a, cap. 2); Pino (2010, pp. 139-142); Pino (2014, pp. 190-217). La noción de «lectura moral» de la constitución se remonta a Dworkin (1996).

³⁹ Léase, por ejemplo, el siguiente pasaje de la sentencia n. 487/1989 de la Corte Constitucional italiana, relativo al alcance de la reserva de ley en el ámbito del principio de legalidad penal: «así como el alcance efectivo del principio “general” de legalidad en materia penal, al menos por regla general, no se deduce en toda su amplitud solo a partir de las fórmulas constitucionales (que, pese a su falta de univocidad, sin embargo lo enuncian) sino que se deduce, como ahora es generalmente admitido, de la profunda *ratio* que las inspira, del mismo modo la comprensión real, en especie, del principio de reserva de ley en materia penal, debe derivarse principalmente del fundamento político-ideológico, sistemático y teleológico de dicho principio, antes que de las declaraciones constitucionales que lo enuncian, las cuales son necesarias y solemnes pero no siempre son técnicamente precisas; declaraciones cuyo contenido y límites deben también (y sobre todo) derivarse, en efecto, de los citados fundamentos y, en particular, de la función objetiva y determinante que la reserva en cuestión desempeña en toda la rama penal del ordenamiento estatal».

⁴⁰ En sentido contrario, cfr. Luzzati (2011); y Luciani (2016, pp. 391-476), donde se sostiene que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, las sentencias de inconstitucionalidad producen un efecto contradictorio: «si, de hecho, las consecuencias de la inconstitucionalidad declarada por la Corte Constitucional son mucho más sólidas que las que produce una interpretación, tal resultado compromete la estabilidad del ordenamiento» (p. 473).

⁴¹ La idea de que una corte o tribunal constitucional deba funcionar esencialmente como un «legislador negativo» fue originalmente defendida en Kelsen (1928).

⁴² En el contexto judicial italiano, véase, por ejemplo, la sentencia de Casación n. 5747 (12.3.2007) y la sentencia de Casación (Secciones Unidas) n. 22601 (2.12.2004), donde se reconoce una cierta autoridad a las interpretaciones de la Corte Constitucional a efectos de garantizar la seguridad jurídica (siempre que no existan razones graves para optar por otra interpretación).

veces, en cambio, puede adoptar la forma del conflicto o de la competición: una competición entre diferentes órganos de aplicación sobre la mejor interpretación constitucional y legal a la luz de la constitución (hablamos de la denominada «guerra de cortes»)⁴³. En estos casos, evidentemente, un órgano de aplicación asume que su propia interpretación es, en definitiva, mejor (es decir, más fiel a la Constitución) que la realizada por otro órgano de aplicación. En este sentido debe notarse que, en Italia, incluso si la Corte Constitucional se presenta como una jurisdicción interpretativa, el hecho es que sus interpretaciones no son reconocidas como vinculantes por el circuito judicial en su conjunto; de modo que, aun cuando la Corte Constitucional señale una interpretación de la ley conforme a la Constitución, los jueces ordinarios conservan todavía la libertad de buscar otras interpretaciones de esa misma ley si las consideran mayormente conformes a la Constitución (recuérdese que el juicio de compatibilidad entre la ley y los principios constitucionales puede implicar valoraciones complejas y ser en sí mismo un juicio controvertido: véase *supra*, numeral 2 de esta misma sección). Se desencadena, así, una competición entre órganos judiciales con el objetivo de interpretar y aplicar de mejor modo la constitución, donde cada órgano «dialoga» directamente con ella (salvo que al final la situación se resuelva mediante un pronunciamiento autoritativo de inconstitucionalidad emitido por la Corte Constitucional).

6) El Estado constitucional está estructuralmente abierto a la integración supranacional (en la Constitución italiana ello se desprende de los artículos 10, 11 y 117): al estrato legislativo del derecho, y al estrato constitucional, se añade así una capa más o incluso varias capas más de origen supranacional (el derecho producido según la CEDH, el derecho euro-unitario, etc.). Nuevamente, el entrecruzamiento y la superposición entre estos estratos de legalidad aumenta la complejidad de las operaciones de identificación del derecho y trae consigo costos en términos de seguridad jurídica, especialmente para los ciudadanos, pero también para los órganos de aplicación (Luciani, 2015).

7) La cultura jurídica del constitucionalismo contemporáneo es «sustancialista»: exige la búsqueda de la solución más adecuada a los casos, la «justicia sustancial» (Zagrebelsky, 1992, p. 204). Consecuencia de ello es el desmantelamiento de los automatismos jurídicos y de las soluciones legislativas demasiado rígidas⁴⁴ que, sin embargo, como se ha visto (§ 2.2), constituyen instrumentos de seguridad jurídica.

3.2. La seguridad jurídica ¿en disolución?

Lo que emerge de todo lo anterior es un marco complejo y en continuo movimiento (Zagrebelsky, 1992, p. 202). Si el Estado legislativo buscaba la fijación, la estabilidad, la identificación de fronteras claras (entre el derecho y la moral, entre el derecho y la política, entre el derecho interno y el derecho supranacional), el Estado constitucional,

⁴³ Véase, por ejemplo (siempre con referencia al contexto judicial italiano), la sentencia de Casación (Secciones Unidas) n. 23016 (17.5.2004), donde se afirma que «las decisiones interpretativas de rechazo emitidas por la Corte Constitucional no tienen eficacia *erga omnes* [...] y, por tanto, determinan un vínculo negativo solo para el juez del proceso en que se planteó la cuestión respectiva. En todos los demás casos, el juez conserva el poder-deber de interpretar con plena autonomía las disposiciones legales conforme al art. 101, inciso 2, de la Constitución, siempre que se realice una lectura constitucionalmente orientada (aunque distinta de la señalada en la decisión interpretativa)».

⁴⁴ Véase, por ejemplo, Onida (2008, p. 53), donde se afirma que forma parte del «núcleo fuerte de las ideas del constitucionalismo», entre otras cosas, el principio de igualdad, entendido como «canon fundamental de adecuación de los tratamientos jurídicos a las situaciones»; véase también Dogliani (2001, p. 158). Sobre el continuo desmantelamiento de mecanismos legislativos excesivamente rígidos (presunciones, automatismos, etc.) por parte de la Corte Constitucional italiana, véase Bin (1992, pp. 88-93); Zagrebelsky y Marcenò (2012, pp. 209-213); Cartabia (2016, pp. 179-181).

en cambio, desdibuja todas estas fronteras y busca la continua adecuación del derecho infra-constitucional a los principios constitucionales. Esta adecuación, además, se persigue con el aporte de múltiples sujetos y se persigue también (por no decir sobre todo) por la vía interpretativa antes que por la vía legislativa. El Estado constitucional desencadena, pues, una difusión (y quizás una prevalencia) del momento jurisprudencial en detrimento del momento legislativo⁴⁵.

El Estado constitucional determina el paso de la cultura de la certeza a la cultura de la justificación (Kumm, 2010; Cohen-Eliya y Porat, 2013, cap. 6; Pino, 2017, cap. 7): todo acto de producción del derecho está sujeto a un continuo escrutinio de compatibilidad con los principios constitucionales relevantes; la autoridad numérica (el principio de la mayoría) es sustituido por –o por lo menos se acompaña de– la necesidad de aportar buenos argumentos a la luz de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁴⁶; la legitimación puramente política es sustituida por –o por lo menos se acompaña de– una legitimación axiológica (las cortes y tribunales constitucionales aparecen como custodios de los valores o de la razonabilidad; se advierten competiciones entre diversos sujetos con vistas al objetivo de ofrecer la mejor garantía de los derechos fundamentales; etc.).

La imagen vertical propia del Estado legislativo, con la ley en el vértice del sistema de las fuentes del derecho y el juez sujeto únicamente a la ley, contrasta así con un modelo difuso, caracterizado por el equilibrio y el control recíproco entre múltiples poderes dotados de legitimidad (el legislador, las autoridades administrativas independientes, los jueces ordinarios, el tribunal o la corte constitucional, los tribunales supranacionales, etc.). La pirámide (o el monolito) es reemplazada por el caleidoscopio: un equilibrio cambiante entre diversos poderes, sin que ninguna autoridad sea por sí misma capaz de imponer la última palabra. Dicho de modo diverso –aunque en esencia es lo mismo– la última palabra, el ejercicio del poder soberano, se retrasa todo lo posible, se diluye en un caleidoscopio de vínculos y contrapoderes donde la autoridad para tomar decisiones viene acompañada de la carga de proporcionar justificaciones adecuadas⁴⁷.

Pues bien, si se tiran los hilos de esta breve panorámica, emergen claramente las sombras que el Estado constitucional proyecta sobre la seguridad jurídica. Estas sombras se pueden resumir, en definitiva, en el hecho de que el derecho del Estado constitucional es un derecho principalmente jurisprudencial. No es que la legislación desaparezca del panorama, por supuesto; pero la producción legislativa del derecho en el Estado constitucional es casi siempre solo el paso inicial de un proceso metabólico en el que participan diversas categorías de intérpretes. Este proceso, además, tiende a ser interminable –o, en todo caso, sin un punto de llegada precisamente definido– y tiene por objeto la elaboración de una regulación jurídica que sea lo más conforme posible a los principios constitucionales.

⁴⁵ En Italia, por ejemplo, la Ley n. 40/2004 en materia de reproducción asistida fue objeto de una compleja e invasiva reescritura en sede jurisprudencial.

⁴⁶ «[A]nalizar y adentrarse en el juicio de razonabilidad sirve [...] para iluminar la función de los jueces, que deben permanecer condicionados no solo por las prescripciones, a menudo precipitadas y desordenadas, sino también y sobre todo por la lógica, la sensibilidad, la responsabilidad [...] Lo cual, me parece, conduce a resultados mucho más acordes con las exigencias de una moderna sociedad democrática donde la verdadera soberanía debe atribuirse a la persuasión, renunciando a dogmatismos fáciles y a cómodos principios de autoridad» (Lavagna, 1973, p. 655, cursivas añadidas). En un sentido similar, véase también Luciani (1991, p. 177).

⁴⁷ Sobre la idea de que el Estado constitucional rechaza la lógica de la primacía, de la *suprema potestas*, de la última palabra, véase Barberis (2006, pp. 78-80); Ferrarese (2011, pp. 77-82); Celano (2013a, pp. 161-162); Fioravanti (2014, pp. 1092-1093); Zagrebelsky y Marcenò (2012, pp. 380-381), sobre el derecho del Estado constitucional como «cura para muchos»; Cartabia (2016, p. 187).

Ahora bien, desde el punto de vista específico de la seguridad jurídica, la generalizada «jurisprudencialización» del derecho contemporáneo trae consigo algunos problemas. Comparado con la ley, en efecto, el derecho jurisprudencial es menos accesible al ciudadano: bien sea en el sentido de la pura y simple accesibilidad a los pronunciamientos judiciales (que son, además, sobreabundantes y cambiantes) o bien porque dicho derecho es el resultado de un poder «técnico» (es completamente ilusorio pensar que un ciudadano común tenga la posibilidad de adentrarse en los tecnicismos de una sentencia de casación o de determinadas sentencias interpretativas de las cortes constitucionales)⁴⁸. En consecuencia, existe el riesgo de que el derecho del Estado constitucional se vuelva no solo cada vez más jurisprudencial, sino también cada vez más sapiencial (en el sentido de «técnico», esotérico, iniciático): que persiga la certeza para el órgano de aplicación pero no la certeza para el ciudadano⁴⁹. Y finalmente, en ausencia de un precedente vinculante o del reconocimiento generalizado de una autoridad interpretativa especial en manos de un determinado órgano, el derecho jurisprudencial vale (por definición) solo para el caso concreto, con evidentes repercusiones sobre el valor de la seguridad jurídica; tanto más cuando la práctica de la interpretación conforme llega hasta la inaplicación de la ley por parte de los jueces ordinarios (Sorrenti, 2006).

Obviamente, la seguridad jurídica –especialmente en el contexto del Estado constitucional– es solo uno de los valores jurídicos (y es, como se ha visto, un valor relativo). Otros valores, como la adecuación del derecho (también por la vía interpretativa) a la realidad social, y la necesidad de evitar soluciones absurdas o gravemente injustas, exigen que el derecho tenga siempre un cierto grado de flexibilidad. Tampoco es posible soñar con un retorno a la seguridad jurídica «ilustrada», enteramente centrada sobre la claridad y la racionalidad de las leyes: ese legislador, hoy en día, ha salido completamente del escenario (Scarpelli, 1987; Irti, 1979) (si es que alguna vez existió realmente). Pero, como ya se ha visto, no puede decirse que la seguridad jurídica no forme, de todos modos, parte de los valores incorporados en la estructura normativa del Estado constitucional.

Ahora bien, aunque no existan recetas mágicas, la cultura jurídica del constitucionalismo contemporáneo ciertamente puede dotarse de algunos anticuerpos en clave de seguridad jurídica; y ello también a efectos de evitar que el Estado constitucional, exasperando algunas de sus dinámicas internas, termine por fagocitar sus propias conquistas (en materia de derechos, libertades, igualdad, etc.). Algunos de estos anticuerpos podrían consistir en perseguir un cierto grado de estabilidad de las interpretaciones judiciales (Waldron, 2012, p. 28), tomando en serio la función nomofiláctica de la casación; en la necesidad de que las prácticas interpretativas respeten los confines del texto legislativo (que, por maleable que sea, nunca podría llegar a significar cualquier cosa) y no lleguen hasta el extremo de inaplicar la ley; o en un ejercicio más frecuente del rol de legislador negativo por parte de los tribunales y cortes constitucionales, cesando o al menos limitando su función (muchas veces auto-atribuida) de jurisdicción interpretativa.

⁴⁸ Véase Waldron (2007, pp. 130-134), donde se hace referencia a un ideal ilustrado de legislación redactada en términos directamente comprensibles para el ciudadano. Hoy en día, obviamente, esto es una ilusión muy cercana a la petición de principio. Muchas leyes están formuladas de manera tan técnica (además de descuidada e imprecisa) que resultan completamente incomprensibles para el ciudadano (*supra*, § 2.2).

⁴⁹ Por ejemplo, en Italia, gran parte de la jurisprudencia constitucional sobre el carácter determinado de las normas penales parece asumir como punto de vista relevante el que corresponde a los órganos de aplicación: para establecer si una norma de ley es suficientemente determinada, la Corte Constitucional italiana se pregunta si *el juez* se encuentra o no en condiciones de interpretar/aplicar la norma penal sin mayores esfuerzos interpretativos. Para un ejemplo concreto, véase la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 5/2004.

Estos anticuerpos son simultáneamente triviales y problemáticos (¿Cuándo se «consolida» una jurisprudencia? ¿Cómo se establecen los «confines del texto»? Las sentencias de inconstitucionalidad ¿no crean, al menos temporalmente, lagunas en el derecho?). Sin embargo, nadie jamás ha dicho que el derecho no sea un asunto complicado.

Bibliografía

- Aarnio, A. (1987). *The Rational as Reasonable*. Springer.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012 [1971]). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Astrea.
- Alexander, L. y Sherwin, E. (2001). *The Rule of Rules*. Duke University Press.
- Barberis, M. (2006). *Ética per giuristi*. Laterza.
- Bayón, J.C. (1996). Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, 143-162. <https://doi.org/10.14198/DOXA1996.19.08>
- Bin, R. (1992). *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Giuffrè.
- Bin, R. (2007). Che cos'è la Costituzione? *Quaderni costituzionali*, 2007 (1), 11-52.
- Bobbio, N. (1951). La certeza del diritto è un mito? *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 28 (1), 146-152. <https://philpapers.org/pub/4214/1951>
- Bobbio, N. (1996 [1961]). *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*. Giappichelli.
- Calamandrei, P. (1955). La funzione della giurisprudenza nel tempo presente. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno IX, 252-272. https://onesearch.unipi.it/primo-explore/fulldisplay/39sbart_almap7155906150003302/39UFI_V1
- Camerlengo, Q. (2002). *I fatti normativi e la certeza del diritto costituzionale*. Giuffrè.
- Cartabia, M. (2016). Diritto amministrativo e diritti fondamentali. En L. Torchia (ed.), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese* (169-189). Il Mulino.
- Cassese, S. (2009). Eclissi o rinascita del diritto? En P. Rossi (ed.), *Fine del diritto?* (29-36). Il Mulino.
- Cattaneo, M.A. (1986). *Illuminismo e legislazione*. Comunità.
- Celano, B. (2013a). *I diritti nello Stato costituzionale*. Il Mulino.
- Celano, B. (2013b). Publicity and the Rule of Law. En L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law* (122-147). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199679829.003.0004>
- Celano, B. (2016). Rule of Law e particolarismo etico. En G. Pino y V. Villa (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità* (235-285). Il Mulino.
- Cohen-Eliya, M. y Porat, I. (2013). *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge University Press.
- Corsale, M. (1988). Certeza del diritto I) Profili teorici. En *Enciclopedia Giuridica* (vol. VI, 1-7). Treccani.
- Danziger, S., Leva, J. y Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous Factors in Judicial Decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108 (17), pp. 6889-6892. <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>
- Diciotti, E. (1997). Il concetto e i criteri della validità normativa. En L. Gianformaggio, M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli* (303-351). Giuffrè.
- Diciotti, E. (1999). *Verità e certeza nell'interpretazione della legge*. Giappichelli.
- Dogliani, M. (1997). Diritto costituzionale e scrittura. *Ars Interpretandi*, 1997 (2), 103-136.
- Dogliani, M. (2001). Il ruolo della corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico. *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 11*, 143-160.

- Dworkin, R. (1996). Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise. En *Id.*, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (1-38). Harvard University Press.
- Endicott, T. (2011). The Value of Vagueness. En A. Marmor, S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (14-30). Oxford University Press.
- Fassò, G. (1974). *Società, legge e ragione*. Comunità.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza.
- Ferrajoli, L. (2007a). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1 (Teoria del diritto)*. Laterza.
- Ferrajoli, L. (2007b). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 2 (Teoria della democrazia)*. Laterza.
- Ferrajoli, L. (2014). *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*. Editoriale Scientifica.
- Ferrarese, M. R. (2011). Dal «verbo» legislativo a chi dice «l'ultima parola»: le corti costituzionali e la rete giudiziaria. *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 63-89.
- Fioravanti, M. (2014 [1991]). *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*. Giappichelli.
- Fioravanti, M. (2014). Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 43 (2), 1077-1094. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4872627>
- Frank, J. (1930). *Law and the Modern Mind*. Stevens & Sons.
- Fuller, L. (1965). *The Morality of Law*. Yale University Press.
- Gianformaggio, L. (1986). Certezza del diritto. En *Id.* (2008), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico* (81-87). Giappichelli.
- Gometz, G. (2005). *La certezza giuridica come prevedibilità*. Giappichelli.
- Grossi, P. (2014). Sulla odierna «incertezza» del diritto. En *Id.* (2015), *Ritorno al diritto* (51-98). Laterza.
- Guastini, R. (1986). La certezza del diritto come principio di diritto positivo? (nota a Corte cost. 101/1986). *Le Regioni*, 14, 1090-1102.
- Guastini, R. (1996). Diritto mite, diritto incerto. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVI, 513-525.
- Guastini, R. (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Giuffrè.
- Guastini, R. (2013). Conoscere il diritto. Un inventario di problemi. *Diritto & Questioni pubbliche*, 13, 513-536. <https://ssrn.com/abstract=2472551>
- Irti, N. (1979). *L'età della decodificazione*. Giuffrè.
- Irti, N. (2016). *Un diritto incalcolabile*. Giappichelli.
- Itzcovich, G. (2009). Sulla metafora del diritto come macchina. *Diritto & Questioni pubbliche*, 9, 379-384. http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/04_mono-02_q_itzcovich.pdf
- Jori, M. y Pintore, A. (2014). *Introduzione alla filosofia del diritto*. Giappichelli.
- Kelsen, H. (1981 [1928]). La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale). En *Id.*, *La giustizia costituzionale* (143-206). Giuffrè.
- Kelsen, H. (1966 [1945]). *Teoria generale del diritto e dello Stato*. ETAS.
- Kumm, M. (2010). The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. *Law & Ethics of Human Rights*, 4 (2), 142-175. <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1047>
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta.
- Lavagna, C. (1973). Ragionevolezza e legittimità costituzionale. En *Id.* (1984), *Ricerche sul sistema normativo* (637-656). Giuffrè.
- Lifante Vidal, I. (2013). Seguridad jurídica y previsibilidad. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36, 85-105. <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.04>

- Lipari, N. (2015). I civilisti e la certezza del diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 69 (4), 1115-1143. https://www.carocci.it/files/riviste/digitali/04_lipari.pdf
- Lombardi Vallauri, L. (1967). *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Giuffrè.
- Luciani, M. (1991). Corte costituzionale e unità nel nome dei valori. En R. Romboli (ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta* (170 y ss). Giappichelli.
- Luciani, M. (2013). Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana. En G. Brunelli, G. Cazzetta (eds.), *Dalla Costituzione «inattuata» alla Costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana* (31-72). Giuffrè.
- Luciani, M. (2015). L'eclissi della certezza del diritto. *Liberio osservatorio del diritto*, 2015 (1). <https://lodd.it/leclissi-della-certezza-del-diritto-versione-italiana/>
- Luciani, M. (2016). Interpretazione conforme a Costituzione. En *Enciclopedia del diritto* (annali IX, 391-476). Giuffrè.
- Luzzati, C. (1999). *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*. Giuffrè.
- Luzzati, C. (2011). La certezza del diritto ai tempi delle costituzioni rigide. En M. D'Amico, B. Randazzo (eds.), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida* (1205-1223). Giuffrè.
- MacCormick, N. (1985). A Moralistic Case for A-Moralistic Law. *Valparaiso University Law Review*, 20, 1-41.
- Marcenò, V. (2012). La mutata prospettiva della giurisdizione costituzionale: una giurisdizione d'interpretazione non priva di limiti. *Democrazia e diritto* (1-2), 296-308.
- Moreso, J.J. (2012). Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality. En J. Ferrer Beltrán, G. B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility* (225-237). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199661640.003.0014>
- Onida, V. (2008). *La Costituzione ieri e oggi*. Il Mulino.
- Peczenik, A. (2008 [1989]). *On Law and Reason*. Springer.
- Pino, G. (2010). *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Il Mulino.
- Pino, G. (2014). Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals. *Ratio Juris*, 27, 190-217. <https://doi.org/10.1111/raju.12044>
- Pino, G. (2016a). *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*. ETS.
- Pino, G. (2016b). Legalità penale e Rule of Law. En G. Pino y V. Villa (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità* (177-233). Il Mulino.
- Pino, G. (2017). *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*. Il Mulino.
- Raz, J. (1972). Legal Principles and the Limits of Law. *Yale Law Journal*, 81, 823-854. <https://doi.org/10.2307/795152>
- Raz, J. (1977). The Rule of Law and Its Virtue. En Id. (2009), *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* (210-229). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253457.003.0011>
- Ruggeri, A. y Salazar, C. (2006). Certezza del diritto. En S. Cassese (ed.), *Dizionario di diritto pubblico* (845-850). Giuffrè.
- Scarpelli, U. (1987). Dalla legge al codice, dal codice ai principi. *Rivista di filosofia*, 78 (1), 3-15. <https://philpapers.org/rec/SCADLA>
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford University Press.
- Sorrenti, G. (2006). Corte costituzionale, giudici e interpretazione ovvero... l'insostenibile leggerezza della legge. En A. Ruggeri (ed.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale* (465-496). ESI.
- Tarello, G. (1977). Quattro buoni giuristi per una cattiva azione. En Id. (1989), *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile* (241-261). Il Mulino.

- von Hayek, F.A. (1960). *The Constitution of Liberty*. University of Chicago Press.
- Waldron, J. (2001). Normative (or Ethical) Positivism. En J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (410-433). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198299080.003.0012>
- Waldron, J. (2007). Public Reason and «Justification» in the Courtroom. *Journal of Law, Philosophy and Culture*, 1 (1), 107-134. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jrllpc1&div=11&id=&page=>
- Waldron, J. (2011). Vagueness and the Guidance of Action. En A. Marmor, S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (58-82). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199572380.003.0004>
- Waldron, J. (2012). Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. *Michigan Law Review*, 111 (1), 1-31. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss1/1/>
- Waldron, J. (2016). Il Rule of Law e l'importanza della procedura (trad. G. Pino). En G. Pino, V. Villa (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*. Il Mulino.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Einaudi.
- Zagrebelsky, G. y Marcenò, V. (2012). *Giustizia costituzionale*. Il Mulino.