

# DESACUERDOS EN LA TEORÍA JURÍDICA SOBRE EL CONCEPTO DE CERTEZA EN EL DERECHO\*

J. Alberto del REAL ALCALÁ\*\*

**RESUMEN:** En el presente trabajo el autor examina el concepto de certeza, debido a la importancia que representa para el derecho. La incidencia real de este valor en los sistemas jurídicos no se entiende de la misma manera por parte de los teóricos del derecho y por los juristas en general. El autor propone una definición, basada en dos ideas: la predicción de conductas y la aplicación de las normas a todos los sujetos. Asimismo, se plantea una tipología de este valor jurídico, tanto en el ámbito legislativo como en el judicial.

**ABSTRACT:** In this article, the author examines the concept of certainty, because of its importance and impact on the law. The real incidence of this value on the legal system is understood in different ways by legal theorists and jurists in general. The author proposes a definition, based on two main ideas: the prediction of behavior and the application of norms to all subjects. Moreover, a typology of certainty is put forward, in the legislative and the judicial areas.

**Palabras clave:** certeza, sistema jurídico, valores.

**Descriptors:** certainty, legal system, values.

\* Una primera versión de este *Paper* fue expuesta en el seminario de postgrado “Questioni di teoria giuridica nella Democrazia Costituzionale” que impartí en el *Dipartimento di Scienze Giuridiche* de la Università della Calabria, Rende-Cosenza (Italia), del 5 al 8 de junio de 2003. Agradezco las opiniones vertidas por los alumnos, y especialmente los comentarios de los profesores de dicho departamento, Silvio Gambino, Preside della Facoltà di Scienze Politiche y Ordinario di Diritto Pubblico Comparato, y Gian Pietro Calabrò, Ordinario di Filosofia del Diritto. Una segunda versión de algunas de las cuestiones que trato aquí también formaron parte del *Paper* “¿Certeza del derecho vs. indeterminación jurídica?”, presentado y expuesto el 25 de mayo de 2005 en el *XXII World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy: Law and Justice in a Global Society*, International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Working-Group: *Theories of Legal Interpretation*, Universidad de Granada, Granada (España), 24 al 29 de mayo de 2005. Este trabajo se incluye en la actividad del Grupo de Investigación “Democracia y derechos” (SEJ-331) del Plan Andaluz de Investigación de la Junta de Andalucía (España).

\*\* Universidad de Jaén (España).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desacuerdo sobre la certeza ex ante del derecho*. III. *Desacuerdo sobre la certeza ex post del derecho*. IV. *Conclusión*.

## I. INTRODUCCIÓN

Aunque en general se considera en la teoría jurídica que la certeza es un importante *valor* para el derecho, sin embargo, su *incidencia* real en el sistema jurídico no se entiende de la misma manera por los teóricos del derecho y por los juristas en general. Se discrepa en la teoría jurídica si se puede llegar a alcanzar *conceptualmente* el valor de la certeza como “ideal” del derecho a modo de *moral de aspiración* del sistema jurídico.<sup>1</sup> Así, por ejemplo, no es pacífica la cuestión de cómo hay que entender la relación entre la certeza y la legislación. Y es frecuente la divergencia sobre si la semántica de las normas es susceptible de certeza o incertez. Pero tampoco es pacífica la cuestión acerca de qué tipo de relación existe entre la certeza y las decisiones judiciales, y aquí es habitual la divergencia sobre si las decisiones judiciales pueden ser siempre *conceptualmente* “ciertas”, o si algunos o muchos casos sólo son resolubles mediante decisiones judiciales “incierto” porque en esos supuestos otro tipo de decisiones se hacen *conceptualmente imposibles*.

Tengo en cuenta la *certeza*, y su reverso la *incertidumbre*, como cualidades que están referidas respectivamente al grado subjetivo de *convicción*, o a su reverso de *duda*, sobre las exigencias del derecho, tanto en un sentido *general* (para *todos* los sujetos del ámbito de aplicación del derecho) cuando se trata de la *ley*, o en un sentido particular (en relación a las partes de una controversia jurídica) cuando se trata de las *decisiones judiciales*.<sup>2</sup> Sin excluir otros aspectos de ella, en este texto me voy a referir al “concepto de certeza” en el derecho, según cómo in-

<sup>1</sup> Utilizo aquí el término “moral de aspiración” en sentido fulleriano: “la moral de aspiración... es la moral de la vida ejemplar, de la excelencia, de la realización más completa de las facultades humanas”, es decir, una moral “de máximos” para el sistema jurídico. *Cfr.* Fuller, L. L., *The Morality of Law*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1969 (en español: *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, F. Trillas, 1967, p. 13).

<sup>2</sup> Sobre de las dimensiones de la certeza, *cfr.* Luzzati, C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milán, Università di Milano, Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto-Dott. A. Giuffrè Editore, 1999.

cide en el ámbito de la legislación y de la adjudicación. A este respecto, diferencio dos tipos de cuestiones sobre la certeza jurídica:

1) En el ámbito legislativo, la cuestión de “la *certeza* en la ley”. Aquí tengo en cuenta la posibilidad “conceptual” de “predicción” de las “conductas” que el derecho *exige* a *todos* los sujetos de su ámbito de aplicación. La certeza como *predicción* de las conductas que están permitidas y que están prohibidas por la legislación es “certeza (o *predicción*) *ex ante*” del derecho. Se trata de la certeza sobre el “contenido” de lo que la ley dice, e incumbe a todos los destinatarios del ordenamiento jurídico.

2) En el ámbito judicial, la cuestión de “la *certeza* en las resoluciones judiciales”. Aquí tengo en cuenta la posibilidad “conceptual” de la *predicción* del “resultado” que aplica el derecho a la hora de solventar un caso judicial *específico*. Es la cuestión de la *predicción* de lo que *exige* el derecho en *cada caso particular* en función de lo que establece aquella decisión judicial que lo resuelve. La certeza sobre el *resultado* (judicial) de las controversias jurídicas es “certeza (o *predicción*) *ex post*” del derecho. Como se trata de la certeza sobre *qué* es lo que *resuelve* o decide el derecho en una controversia jurídica, incumbe *prima facie* sólo a las partes del caso judicial, e incide en el ámbito de la “proposición jurídica” que constituye la decisión judicial. Para clarificar esta cuestión puede ser de interés distinguir diferentes niveles de certeza jurídica en la adjudicación, como haré en el epígrafe III.

De lo dicho pueden constatarse dos desacuerdos relevantes en la teoría jurídica respecto a la certeza en el derecho:

a) Desacuerdo sobre la *certeza* o *incerteza* de los “contenidos normativos” de la ley.

b) Desacuerdo sobre la *certeza* o *incerteza* de la “proposición jurídica” que contiene una decisión judicial.

Este *Paper* trata de analizar —sintéticamente por las extensión del texto— estos dos desacuerdos relevantes y habituales entre los teóricos del derecho, y los juristas en general, y observar desde ellos *cómo* incide el concepto de *certeza* en el sistema jurídico a modo de objetivo a perseguir por los operadores jurídicos que detentan la producción de las formulaciones canónicas legislativas o por los que emiten deci-

siones judiciales que resuelven las disputas sobre los derechos y obligaciones de los ciudadanos.<sup>3</sup>

Los dos desacuerdos que voy a examinar son consecuencia de que en la teoría jurídica existen “*concepciones*” diferentes sobre el “*concepto*” de certeza jurídica tanto en el ámbito legislativo como en la adjudicación. Téngase en cuenta que los desacuerdos sobre la certeza jurídica no se presentan, además, ajenos a las discrepancias sobre *qué es el derecho*. Y cada uno de los argumentos que sustenta las diferentes *concepciones* enfrentadas son asimismo parte de la “competición de razones” que desarrollan las teorías jurídicas con el fin de proporcionar argumentos *vencedores* (que *derroten* a todos los demás) sobre la descripción de la realidad jurídica a la hora de definir el *concepto de derecho*.

Para una mayor *claridad* teórica, voy a operar metodológicamente mediante una exposición *comparativa* en la argumentación que fundamenta a cada una de las posiciones divergentes en los respectivos desacuerdos. Para ello también sintetizaré cada desacuerdo a *sólo* dos posiciones alternativas, confrontándolas. Hago la salvedad que la utilización, a este respecto, de una metodología *dualista* conlleva, sin duda, una reducción de los enfoques sobre la certeza jurídica. Pero, en mi opinión, a los efectos expositivos del texto eso está suficientemente justificado si, por una parte, lo que se estima son los puntos de vista más relevantes y, por otra parte, si al operar comparativamente y por contraste, se hace posible identificar mucho mejor cuál es el “núcleo del desacuerdo” sobre el que se discrepa. También dentro del mismo propósito clarificador, voy a identificar al “desacuerdo sobre la certeza o incerteza de la ley” como “desacuerdo 1” (‘D1’), y a las posiciones enfrentadas que discrepan en él, respectivamente como posiciones ‘D1a’ y ‘D1b’. Y al “desacuerdo sobre la certeza o incerteza de las decisiones judiciales” como “desacuerdo 2” (‘D2’), y a las posiciones enfrentadas que discrepan en él, respectivamente como posiciones ‘D2a’ y ‘D2b’.

Finalmente, en el epígrafe de conclusiones abordaré el “*concepto de certeza*” en el derecho teniendo en cuenta la información que proporcionan ‘D1’ + ‘D2’ sobre cómo incide el valor de la certeza en el

<sup>3</sup> Sobre la interpretación de los derechos, *cf.* Barranco Avilés, M. Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, pról. de F. J. Ansuátegui, Madrid, Marcial Pons, 2004.

sistema jurídico, y asimismo relacionaré los dos desacuerdos para establecer una *asociación* coherente, por una parte, de las posiciones ‘D1a’ + ‘D2a’ y, por otra parte, de las posiciones ‘D1b’ + ‘D2b’, con el fin de determinar con qué teorías jurídicas pueden identificarse estas respectivas perspectivas.<sup>4</sup>

Expongo a continuación en qué consisten ‘D1’ y ‘D2’.

## II. DESACUERDO SOBRE LA CERTEZA *EX ANTE* DEL DERECHO

El primer desacuerdo (‘D1’) que analizo es un desacuerdo *teórico* acerca de si “conceptualmente” es posible la *certeza* de las *exigencias* que realiza el derecho a sus destinatarios. Consiste en examinar la certeza jurídica desde la perspectiva de “todos” los sujetos de aplicación de un sistema jurídico. Este tipo de discrepancia en la teoría jurídica es un desacuerdo sobre la certeza (o incerteza) *ex ante* del derecho: acerca de lo que exige el derecho a la *generalidad* de los sujetos de su ámbito de aplicación “antes de” que los requerimientos del derecho hayan sido contemplados a través de la resolución de un caso judicial específico. Y está relacionada, por tanto, con la *recepción* que tiene lugar del *mensaje* legislativo.

El desacuerdo sobre la certeza (o incerteza) *ex ante* del derecho conlleva, por una parte, discrepar sobre la *certidumbre* o *incertidumbre* de tener identificadas “todas” las *exigencias* de un sistema jurídico. Entre los teóricos del derecho, esta discrepancia lleva, por una parte, a plantear la siguiente cuestión: desde qué *concepción* de las “fuentes del derecho” se sustenta la identificación de las exigencias jurídicas. Esto es, *qué* “carácter” asumen las exigencias del derecho. Y, por otra parte, también supone preguntarnos si *conceptualmente* es posible alcanzar la *convicción*, o si por el contrario hay que admitir la *duda*, acerca de si los requerimientos del derecho identificados lo son o no todos, y los que son si lo están o no en *toda* su *extensión*.

<sup>4</sup> Una visión global de la posición que adoptan las distintas teorías del derecho frente a la certeza o incerteza del sistema jurídico, *cf.* Redondo, M. C., “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, *Doxa*, Alicante, Universidad de Alicante-CEPC, núm. 20, 1997, pp. 177-196.

Las dos posiciones que discrepan en este desacuerdo constituyen diferentes *concepciones* sobre la certeza *ex ante* del derecho. Como he referido en el epígrafe I, tales concepciones, que examino a continuación, las identifico como ‘D1a’ y ‘D1b’.

A) La concepción ‘D1a’ sobre la certeza *ex ante* del derecho es la posición argumentativa que contempla que “todas” las exigencias jurídicas son “hechos sociales” y están además ubicadas en el “derecho explícito”, pero alega que, a veces, los requerimientos que hace el derecho (explícito) a la generalidad de sus destinatarios adolecen de *imprecisión* semántica.<sup>5</sup>

La concepción ‘D1a’ asume un determinado enfoque de la teoría de las fuentes del derecho, según la cual, los requerimientos del derecho que determinan los derechos y obligaciones legales se encuentran determinados en las formulaciones canónicas del derecho legislativo *explícito*. Sin duda, esto significa optar por una determinada perspectiva sobre cuáles son los “criterios de identificación” desde los cuales determinar los derechos y obligaciones legales de la gente. El que las fuentes que determinan las *exigencias* del derecho tengan carácter de fuentes *sociales* supone que los criterios de validación jurídica están determinados por prácticas sociales “que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios..., y [que] determina[n]... criterios últimos o *test* últimos de validez jurídica”,<sup>6</sup> a modo de regla secundaria y convencional de reconocimiento sobre lo que el derecho exige y sobre lo que no es exigible porque no es derecho. Pues bien, de una teoría así de las fuentes del derecho pueden destacarse las siguientes características en relación al “concepto de certeza *ex ante*” del derecho:

En primer lugar, una teoría de las fuentes del derecho de esta clase *ubica* los requerimientos del derecho en las formulaciones canónicas del derecho legislativo *explícito* derivadas de *hechos sociales*, identificados con arreglo a los criterios de origen o *pedigrí*, según la *forma* en que las normas son creadas o adoptadas por las instituciones jurídicas

<sup>5</sup> Sobre la vaguedad e imprecisión del derecho, *cf.* Endicott, T., *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 31-37.

<sup>6</sup> Hart, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro *et al.*, *Sistema*, núm. 36, mayo de 1980, p. 5.

o fuente autoritativa reconocida,<sup>7</sup> no en función de su *contenido*.<sup>8</sup> La regla de reconocimiento, uno de cuyos fines es el de incrementar, frente a lo que establecían las reglas primarias de obligación, la certeza y conocimiento *previo* de los requerimientos del derecho, y que es donde puede identificarse lo que se exige jurídicamente a la generalidad,<sup>9</sup> asume, por tanto, un carácter *convencional*,<sup>10</sup> constituyendo los criterios que validan al derecho un “consenso de convicciones”, incluido la forma convencional de consenso judicial sobre este asunto.<sup>11</sup>

En segundo lugar, una teoría de las fuentes del derecho de esta clase *presupone* una determinada relación entre el derecho y la moral cuando las exigencias del derecho son reconducibles únicamente a fuentes sociales, e *impugna* que los estándares morales sean productores de derecho.<sup>12</sup> Sin embargo, algunos puntos de vista que mantienen esta posición ‘D1a’ consideran que los requerimientos del derecho no tienen por qué ser sólo *factuales* o *semánticos* sino que también puede ser *morales* si se cumplen determinadas condiciones.<sup>13</sup> De cumplirse dichas condiciones, la cuestión que se plantea entonces es si *conceptualmente* esto implica o no algún tipo de conexión *necesaria* entre el derecho y la moral, pues “aunque existe numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moralidad, de modo que frecuentemente, hay una coincidencia o solapamiento ‘de facto’ entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente”.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> Hart, H. L. A., “Postscript”, en Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed. de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 238-276 (en español: *Post scriptum al concepto de derecho*, ed. de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, est. prel., trad., notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000, p. 53).

<sup>8</sup> Hart, H. L. A., “El nuevo desafío...”, *cit.*, nota 6, p. 8.

<sup>9</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 117.

<sup>10</sup> Hart, H. L. A., *Post scriptum...*, *cit.*, nota 7, p. 51.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>12</sup> Gardner, J., “Legal Positivism: 5½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, núm. 46, 2001, pp. 199 y ss.

<sup>13</sup> Sobre las relaciones derecho-moral en el positivismo jurídico contemporáneo, *cf.* Hart, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en *id.*, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. y nota prel. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-64.

<sup>14</sup> Hart, H. L. A., “El nuevo desafío...”, *cit.*, nota 6, p. 4.

Claro está, aunque en principio una conexión contingente excluiría como condición de juridicidad a los valores o principios morales sustantivos,<sup>15</sup> “no hay, sin embargo, razón alguna por la que tal regla de reconocimiento no pudiera identificar directamente principios por su *contenido* y exigir que fueran tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica”,<sup>16</sup> siempre que el reconocimiento como derecho de los estándares morales (y de las exigencias que éstos determinen) tenga lugar por el cauce que establece para ello la propia regla de reconocimiento. Si se da esta condición, “la regla de reconocimiento [sí] puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos” sin que eso conlleve establecer conceptualmente una conexión derecho-moral.<sup>17</sup>

Ahora bien, aunque los tribunales hagan razonamientos y juicios morales a la hora de decidir sobre los derechos y obligaciones de la gente, “la relevancia jurídica de los principios morales será algo contingente” en tanto que “tales principios y argumentos morales no son jurídicamente relevantes *proprio vigore*, es decir, solamente porque sean moralmente correctos o aceptables”.<sup>18</sup> Dicho con otras palabras, desde algunos puntos de vista de esta posición ‘D1a’ (como, por ejemplo, el positivismo jurídico inclusivo),<sup>19</sup> una conexión de esta clase que también ubica las exigencias jurídicas en la moralidad, aun cuando otorgue “*status* jurídico” a las pautas morales tanto generales como específicas,<sup>20</sup> sigue teniendo carácter “contingente” y manteniendo las exigencias del derecho en el ámbito de la tesis de las fuentes sociales: esto no tendría que presentar “ninguna incompatibilidad... entre la admisión de principios por parte del derecho y la doctrina de una regla de reconocimiento”.<sup>21</sup> Una conexión de ese tipo —según esos puntos de vista— sería respetuosa con la *separación* conceptual entre

<sup>15</sup> Hart, H. L. A., *Post scriptum...*, *cit.*, nota 7, p. 37.

<sup>16</sup> Hart, H. L. A., “El nuevo desafío...”, *cit.*, nota 6, p. 8.

<sup>17</sup> Hart, H. L. A., *El concepto...*, *cit.*, nota 9, pp. 89-90; asimismo, véase *id.*, *Post scriptum...*, *cit.*, nota 7, p. 22.

<sup>18</sup> Hart, H. L. A., “El nuevo desafío...”, *cit.*, nota 6, p. 7.

<sup>19</sup> Sobre el positivismo jurídico inclusivo, *cf.* Moreso, J. J., “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C., *La relevancia del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 93-116.

<sup>20</sup> Hart, H. L. A., “El nuevo desafío...”, *cit.*, nota 6, p. 7.

<sup>21</sup> Hart, H. L. A., *Post scriptum...*, *cit.*, nota 7, p. 46.

ambos órdenes normativos,<sup>22</sup> y al mismo tiempo compatible “con la coincidencia ‘de facto’ entre las exigencias morales y jurídicas”.<sup>23</sup>

En tercer lugar, en las posiciones del positivismo jurídico, una teoría de las fuentes como ésta es susceptible de admitir “conceptualmente” que los requerimientos del derecho explícito a la generalidad de sus destinatarios sean, a veces, semánticamente *imprecisos*.<sup>24</sup> Hecho que, en esa medida, produce *incerteza* a la hora de conocer en toda su extensión *qué* conductas son las que está exigiendo el derecho, pues “toda regla puede ser dudosa en algunos puntos”, incluida la regla de reconocimiento y, por tanto, el criterio último de identificación del derecho. Aunque, bien es verdad, que “una condición necesaria de un sistema jurídico existente es que no toda regla sea dudosa en todos los puntos”.<sup>25</sup> La posible incerteza *ex ante* de los derechos y las obligaciones legales de la gente son el origen de la mayoría de las controversias jurídicas, cuya consecuencia es que aquéllos entonces han de ser especificados y fijados en el momento judicial. Y, en este sentido, el que las exigencias del sistema jurídico adolezcan a veces de *incerteza* es un problema para los destinatarios del derecho, pues siempre es conceptualmente posibles en el derecho que las disputas sobre dichos derechos y obligaciones sean resueltas no con decisiones judiciales ciertas sino “inciertas”, como examino en el epígrafe III.

B) Frente a la posición ‘D1a’, que identifica a las exigencias jurídicas en el derecho explícito según la tesis de las fuentes sociales y las caracteriza por adolecer a veces de *imprecisión*, la posición que trata de refutarla (‘D1b’) es, desde luego, menos normativista que la anterior, y alega la posibilidad “conceptual” de que *sí* es posible identificar a todas las exigencias del derecho, pero que esto no puede realizarse sólo a través del derecho *explícito* del sistema jurídico sino también en los “presupuestos” o “contenidos implícitos” del derecho establecido; aun cuando en este supuesto la determinación de lo que

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>23</sup> Hart, H. L. A., “El nuevo desafío...”, *cit.*, nota 6, p. 7.

<sup>24</sup> Sobre las consecuencias de la vaguedad en el derecho, *cf.* Endicott, T., “Law is Necessarily Vague”, *Legal Theory*, núm. 7, Cambridge University Press, 2001, pp. 379-385 (en español: “El derecho es necesariamente vago”, trad. de J. Alberto del Real Alcalá, *Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid); *Boletín Oficial del Estado*, núm. 12, 2003, pp. 179-189.

<sup>25</sup> Hart, H. L. A., *El concepto...*, *cit.*, nota 9, pp. 184 y 189.

requiere el derecho pueda necesitar del momento judicial. Claro está, para que esto sea así, los criterios de validez en este enfoque no pueden reducir los requerimientos del derecho al contenido de las normas jurídicas. Pues bien, de una teoría así de las fuentes del derecho pueden destacarse las siguientes características en relación al “concepto de certeza *ex post*” del derecho:

En primer lugar, una teoría de las fuentes del derecho de esta clase *ubica* los requerimientos del derecho en las formulaciones canónicas legislativas explícitas, o sea, en el derecho legislativo, o en los *principios* implícitos del derecho. De este modo, los principios se constituyen en el instrumento principal para salvar las *lagunas* del sistema jurídico en un caso particular cuando el derecho adolece de imprecisión semántica.<sup>26</sup> Pero ¿cuáles son esos principios? Aunque a veces su identificación no sea posible por los criterios de *pedigrí* de la regla de reconocimiento sino a través de los estándares morales que se explicitan por la interpretación jurídica,<sup>27</sup> los principios son aquellos que, relacionados con el caso dado, se adaptan mejor al derecho explícito y a sus prácticas jurídicas en el sentido de que sintonicen mejor con la historia institucional y las prácticas de las formulaciones canónicas del sistema jurídico, y al mismo tiempo proporcionen su mejor justificación moral.<sup>28</sup>

En segundo lugar, una teoría de las fuentes del derecho de esta clase *presupone* una determinada relación entre el derecho y la moral, si las exigencias del derecho no son reconducibles únicamente a fuentes sociales, y la moralidad tienen valor por sí mismo como criterio de identificación de aquéllas.<sup>29</sup> Si la argumentación jurídica de los tribunales utiliza también el razonamiento moral, puede dar a entender que las relaciones entre el derecho y la moral no son “contingentes” sino una “conexión necesaria” que integra a la moral en la misma realidad del derecho. Mantener, como hace la posición ‘D1a’, que la validación del derecho debe incluir estándares morales y al mismo

<sup>26</sup> Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 2a. ed., Duckworth, 2002 (en español: *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 146 y ss.).

<sup>27</sup> Dworkin, R., *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 62-68.

<sup>28</sup> Dworkin, R., *Law's...*, *cit.*, nota anterior, p. 255; y asimismo, *id.*, *Los derechos...*, *cit.*, nota 26, pp. 464 y ss.

<sup>29</sup> Dworkin, R., *Los derechos...*, *cit.*, nota 26, pp. 474 y ss.

tiempo abogar por la “separación conceptual” entre lo moralidad y lo jurídico se estima incompatible.<sup>30</sup> En las posiciones que mantienen las teorías jurídicas no-positivistas, una teoría de las fuentes del derecho de este tipo *contiene* una tesis *objetivista* de la moral, entendida como modo de valores compartidos por la misma comunidad desde una concepción del derecho como práctica social *integral*.<sup>31</sup> Tesis que se pone de manifiesto en los presupuestos sobre la práctica del derecho que comparten en general los miembros de la comunidad interpretativa (derecho *pre-interpretativo*), los cuales requieren de un consenso general en dicha comunidad.<sup>32</sup>

En tercer lugar, una teoría de las fuentes del derecho como la que aquí se describe facilita que en el sistema jurídico siempre pre-exista una respuesta conforme al derecho para toda controversia jurídica *actual* o *posible*, haciendo viable a las “decisiones judiciales *ciertas*”, según examino en el epígrafe III. Respuesta que se deduce respecto a las reglas en función de que su “dimensión de *totalidad*” y el principio de la *bivalencia* jurídica aseguran siempre la existencia de un resultado judicial claro, aun cuando existan lagunas o indeterminación del derecho aplicable. Y respecto a los principios, dicha respuesta se extrae en función de la “dimensión de *peso*” que éstos alcanzan en un caso dado,<sup>33</sup> siendo el principio de más peso en el caso el que señala a los funcionarios (por ejemplo, a los jueces) una razón, criterio u orientación del cual deducir ponderadamente la solución correcta para una disputa jurídica.<sup>34</sup> Claro está, desde esta posición ‘D1b’ se *impugna* que los poderes de discreción del juez actúen a modo de *fuentes del derecho* determinantes de las exigencias jurídicas, pues se rechaza que los derechos y obligaciones legales de la gente, algunas veces o muchas veces, vengán a ser fijados por el juez desde el derecho *inédito* que crea *ex post facto* cuando éste resuelve discrecionalmente. En función de estas premisas, según se estima, se violaría no sólo el *principio*

<sup>30</sup> Cfr. Dworkin, R., “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, núm. 35, 1967, pp. 14 y ss. (en español: “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en Dworkin, R. (comp.), *Filosofía del derecho*, trad. de J. Sainz de los Terreros, México, FCE, 1980, pp. 75-127).

<sup>31</sup> Dworkin, R., *Law’s...*, *cit.*, nota 27, pp. 165 y 166.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 65 y 66.

<sup>33</sup> Dworkin, R., *Los derechos...*, *cit.*, nota 26, pp. 77 y ss.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 74 y 75.

de legalidad, si se trata de un derecho *retroactivo*, sino asimismo se incurriría en un acto manifiestamente *injusto* para con aquella parte, en la controversia jurídica que, en función de ese *nuevo* derecho, resulta perdedora.

Por lo que se ha dicho desde las posiciones 'D1a' y 'D1b', puede constatarse que el núcleo del desacuerdo 'D1' versa sobre los "contenidos normativos" (explícitos y/o implícitos) de la ley, en función de la "teoría de las fuentes" del derecho y de la concepción sobre la certeza "semántica" que se asuman. En la perspectiva de la posición 'D1a', si hay *certeza* o *incerteza* en la legislación,<sup>35</sup> entonces a la hora de identificar lo que dice el mensaje legislativo, habrá *convicción* o *incertidumbre* sobre las exigencias jurídicas que éste contiene por parte de los destinatarios de la ley, predicándose *imprecisión* de su contenido si el ámbito de significación que predomina en éste es su "zona de incertidumbre" semántica. Lo que alega la posición contraria 'D1b' es que no hay inconveniente para que las exigencias jurídicas sean identificadas y lo sean de forma clara.

### III. DESACUERDO SOBRE LA CERTEZA *EX POST* DEL DERECHO

Aunque es verdad que muchos de los requerimientos del derecho a sus destinatarios no originan controversias, otros sí lo hacen. Si de lo que dice la ley surge una controversia jurídica a resolver mediante una resolución judicial, entonces el concepto de certeza en el derecho pasa a tener incidencia en el ámbito judicial. Y aquí habrá que observar si la certeza o incerteza legislativa se traduce o no en certeza o incerteza de las resoluciones judiciales. Por lo que las diferentes concepciones sobre cómo incide la certeza jurídica en la adjudicación tienen que ver con la aplicación e interpretación judicial del derecho.

En este sentido, el segundo desacuerdo ('D2') en la teoría jurídica al que me voy a referir versa sobre la *certeza* o *incerteza* de las resoluciones judiciales que solventan las disputas jurídicas sobre los dere-

<sup>35</sup> Sobre la puesta en cuestión contemporánea del valor de la certeza en la legislación, *cf.* Real Alcalá, J. Alberto del, "Vaguedad y legislación. Doctrinas contemporáneas que cuestionan el 'ideal de certeza' del derecho", *Paper* presentado al Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM del 9 al 14 de febrero de 2004.

chos y obligaciones de los ciudadanos en el Estado de derecho. Se trata de un desacuerdo *teórico* acerca de si es “conceptualmente” posible la *certeza* de las *exigencias* del derecho en función de qué es lo que establecen sobre ellas, en un caso particular, las decisiones de los jueces. Analizar este tipo de certeza supone observar la *convicción* o *incertidumbre* sobre los requerimientos del derecho *únicamente* desde el punto de vista de los sujetos del ámbito de aplicación de una resolución judicial y, por consiguiente, “después” que los mismos sean contemplados en los fallos de los jueces. De ahí que este desacuerdo aborde la certeza (o incerteza) *ex post* del derecho. Ahora bien, la discusión sobre la certeza *ex post* del derecho *no* tiene carácter *semántico* sino “proposicional”. Está referida al “resultado” del caso judicial, o sea, a la “proposición jurídica” por la que el juez lo decide.

A la hora de analizar la certeza *ex post* del derecho puede ser útil, en mi opinión, distinguir diferentes niveles de certeza jurídica que pueden ser predicables de las decisiones judiciales. Cada nivel representa una forma diferente de cómo incide la certeza en la adjudicación. Eso sí, todos los niveles a los que me voy a referir son niveles de certeza *proposicional*. Aunque la certeza de segundo y tercer nivel puede ser especificada según la definición de E. Diciotti, sin embargo, hay una certeza básica en la adjudicación que no puede obviarse, y que he identificado como certeza de primer nivel. Diferencio los siguientes niveles de certeza en la adjudicación:

1) “Certeza de *primer nivel* (o *básica*)”. Es la certeza jurídica relacionada con la *certidumbre* o *incertidumbre* sobre la “existencia” de una decisión judicial que resuelva una controversia jurídica. Se trata del nivel más básico de certeza (o incerteza) que puede predicarse de las decisiones judiciales. Aquí se analiza si es o no previsible el hecho de que se produzca un “resultado”, a modo de una proposición jurídica por parte del juez, que solvete un caso judicial. En este primer nivel (*básico*) de certeza, una decisión judicial es *cierta* si es posible predecir que va a tener lugar, y es *incierto* si no es posible predecir si se va o no a producir para con un caso concreto. Ocurre que en los sistemas jurídicos que no son primitivos, las decisiones judiciales “siempre” son *ciertas* en este nivel básico de la certeza en la adjudicación, y en ese sentido se puede decir que, “a ese nivel” (mínimo), siempre existe certeza *ex post* del derecho y, consiguientemente, que el derecho siem-

pre queda *determinado*. El Estado de derecho, además, se ha asegurado el cumplimiento de este nivel *mínimo* de certeza en la adjudicación, instituyéndolo en “deber judicial”, reverso de derechos fundamentales típicos de las Constituciones modernas tales como la *tutela judicial efectiva*. Y articulándolo como uno de los ingredientes más relevantes de la función de los jueces en el Estado de derecho.<sup>36</sup>

Esto quiere decir que el cumplimiento de la obligación judicial de resolver siempre y en todo caso planteado es lo que hace “ciertas” (en el nivel mínimo o básico) a todas las resoluciones de los jueces, independientemente de que éstas sean o no inciertas en otros niveles o sentidos (por ejemplo, porque adolezcan de incerteza de segundo y tercer nivel). Por lo que en un Estado de derecho es impensable la incerteza de primer nivel. Téngase en cuenta que de no existir este nivel mínimo de certeza jurídica en la adjudicación se haría imposible el sistema jurídico, que no podría ser mínimamente eficaz y se colapsaría. En la comunidad jurídica existe, por tanto, *consenso*, y no discrepancia, acerca de la certeza *ex post* del derecho a este nivel básico.

2) “Certeza de *segundo nivel*”. Es la certeza jurídica relacionada con la *certidumbre* o *incertidumbre* sobre el “contenido” de la decisión judicial. Se trata si, desde las expectativas que las personas razonables puedan hacerse sobre una controversia jurídica, es posible o no prever el “resultado”.<sup>37</sup> En este segundo nivel de certeza jurídica en la adjudicación, una decisión judicial es *cierta* si razonablemente hay un buen grado de *certidumbre* sobre qué dirá respecto a un caso concreto, y es *incierto* si esto es una tarea que se hace absolutamente *imposible* porque está claramente condicionada por la *incertidumbre*.

3) “Certeza de *tercer nivel*”. Es la certeza jurídica relacionada con la *certidumbre* o *incertidumbre* acerca del “valor de verdad” (como respuesta *correcta*) de la decisión judicial adoptada.<sup>38</sup> El contenido adoptado por una decisión judicial permite medir si la proposición jurídica que incluye tiene o no *valor de verdad* para con el caso dado, y consecuente-

<sup>36</sup> Cf. Real Alcalá, J. Alberto del, “La indeterminación de la ‘estructura del deber’ de los jueces en el Estado de derecho”, 2006, en prensa.

<sup>37</sup> Diciotti, E., “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, *Analisi e Diritto*, Turín, Giappichelli Editore, 1992, p. 119.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 119 y ss.

mente, si constituye o no la *respuesta correcta* del derecho para una determinada controversia jurídica. Según la certeza de tercer nivel, una decisión judicial es “cierta” cuando ha podido “identificar” en el sistema jurídico la respuesta *correcta* que *preexiste* en el derecho, y dicha respuesta es para el caso dado un valor de verdad. Una decisión judicial es “incierta” cuando no ha podido “identificar” en el sistema jurídico una decisión *correcta*, en tanto que posiblemente el derecho no ha previsto una solución para esa controversia jurídica, y entonces aquella decisión *no* es un *valor de verdad* para con el caso dado.

Si se observan los tres niveles de certeza en las decisiones judiciales que aquí se predicen, se puede constatar que el *núcleo* del desacuerdo ‘D2’ no se encuentra en la certeza *ex post* de *primer nivel* —como he referido— sino en la certeza (o incerteza) de segundo y tercer nivel. Sólo esos niveles de certeza configuran a una decisión judicial como *cierta* o como *incierta* en el sentido habitual de los sistemas jurídicos modernos. Así, cuando discrepamos sobre si las decisiones judiciales son ciertas o son inciertas, discrepamos *sólo* sobre distintas concepciones acerca de la certeza *ex post* de segundo y tercer nivel. Pero —y ya he aludido a ello—, incluso las decisiones judiciales que en esos niveles de certeza puede ser catalogadas de “inciertas”, sin embargo, en relación al primer nivel de certeza (o certeza básica), se trata de decisiones *ciertas*.

Las dos posiciones que discrepan en el desacuerdo ‘D2’ constituyen diferentes *concepciones* sobre la certeza *ex post* del derecho (de segundo y tercer nivel). Como he señalado en el epígrafe I, tales concepciones, que examino a continuación, las identifiqué como ‘D2a’ y ‘D2b’.

a) La concepción que identifiqué como ‘D2a’ sobre la certeza *ex post* del derecho es la posición argumentativa que admite *conceptualmente* que las decisiones judiciales puedan ser “inciertas”. Por ejemplo, las resoluciones que nacen de los poderes de discreción del juez tienen este carácter.

La posición que alega en la adjudicación que hay decisiones judiciales que son inciertas se sustenta en la tesis de la *discrecionalidad judicial*. Serán decisiones judiciales *inciertas* aquellas que, resolviendo una controversia jurídica, tienen por contenido una proposición jurídica *imprevisible* por el sistema jurídico y, que por tal, no es la respuesta

(*correcta*) que pre-existe en el derecho como solución a una determinada controversia jurídica, ni es un *valor de verdad* para el caso dado. Esta posición argumentativa permite distinguir las siguientes características de las decisiones judiciales de las que es predicable *incerteza* (de segundo y tercer nivel).

En primer lugar, frecuentemente en las decisiones judiciales que son inciertas, el juez “sale fuera” del sistema jurídico para adoptar una resolución.<sup>39</sup> En estos supuestos, si no es posible decidir conforme al derecho (preestablecido), el juez debe, sin embargo, cumplir con la obligación de proporcionar al sistema jurídico certeza de primer nivel en el ámbito de la adjudicación, y lo hace *creando* nuevo derecho.<sup>40</sup> A este respecto, en el proceso de la toma de una decisión judicial que resulta incierta, pueden distinguirse dos fases. En la primera fase, “el juez halla primeramente que el derecho existente no acierta a dictar decisión de tipo alguno”. Y en la segunda fase, “en consecuencia [el juez] se separa del derecho existente para crear derecho para las partes, *de novo* y *ex post facto*, de acuerdo con su idea de lo que es mejor”.<sup>41</sup> Sin embargo, desde esta posición, no se frustran las expectativas de los que han confiado al actuar en las consecuencias jurídicas del Estado conocido del derecho establecido antes de sus actos porque no existe derecho aplicable.<sup>42</sup>

En segundo lugar, aquellas decisiones que por inciertas el juez no ha establecido con arreglo al sistema de fuentes,<sup>43</sup> tienen frecuentemente carácter *discrecional*.<sup>44</sup> Ahora bien, en tanto los jueces tienen la obligación de llevar a cabo el *deber* de pronunciarse a favor de alguna de las partes en el caso, las decisiones discretionales no adolecen de incerteza absoluta porque contienen, sin embargo, un grado de certeza en el nivel básico de existencia de la resolución judicial.

<sup>39</sup> Hart, H. L. A., “El nuevo desafío...”, *cit.*, nota 6, p. 8.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 5-6.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 9-10; y asimismo, en *id.*, *Post scriptum...*, *cit.*, nota 7, p. 57.

<sup>42</sup> Hart, H. L. A., *Post scriptum...*, *cit.*, nota 7, p. 60.

<sup>43</sup> Asís Roig, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, pról de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 224 y ss.

<sup>44</sup> Surge aquí la cuestión de si toda decisión judicial *discrecional* es una decisión *arbitraria*. Cfr. Real Alcalá, J. Alberto del, “Ámbitos de la doctrina de la indeterminación del derecho”, 2006, en prensa.

En tercer lugar, las decisiones judiciales *inciertas* son habituales en la resolución de los *casos marginales* (*borderline cases*) si la proposición jurídica que albergan *no preexiste* en el sistema jurídico y, por tanto, es “imprevisible” por el derecho. En este sentido, si una norma jurídica es *indeterminada* cuando genera pocos casos claros y muchos casos marginales en su aplicación, y una proposición jurídica es *incierta* cuando no es un valor de verdad (como respuesta correcta) para el caso que resuelve, desde el punto de vista de la posición ‘D2a’, entonces las decisiones judiciales inciertas sirven de índice de medición del grado de indeterminación de las normas jurídicas. Por ejemplo, un instrumento para definir qué tan *indeterminado* es el contenido de una norma jurídica, estaría relacionado con la cantidad de proposiciones jurídicas que la contemplan, que resultan inciertas y discrecionales.

En cuarto lugar, en función del valor de verdad que puede albergar, resulta que una proposición jurídica que tiene carácter incierto representa una respuesta del juez del tipo: la aplicación de una determinada regla o principio a un caso específico es “*ni verdadera ni falsa*”, posiblemente consecuencia de que para dicho caso el sistema jurídico no ha previsto una calificación jurídica (positiva o negativa) si éste se sitúa en la zona de incertidumbre (semántica) de aquel derecho. El problema de las decisiones judiciales que contienen esta clase de respuesta es que son susceptibles de *particularismo jurídico* si no son capaces de trascender el caso concreto.<sup>45</sup>

b) Frente a la posición que he definido como ‘D2a’, que afirma la *incerteza* conceptual de las decisiones judiciales, la posición que trata de refutarla (‘D2b’) es la posición argumentativa que alega que las decisiones judiciales conceptualmente siempre son susceptibles de ser “*ciertas*”. Por ejemplo, las resoluciones exentas de discrecionalidad tienen este carácter.

La posición que alega en la adjudicación que todas las resoluciones judiciales pueden ser conceptualmente ciertas, se sustenta en la tesis de la *respuesta correcta*. Y así, serán decisiones judiciales *ciertas* aquellas que, resolviendo una controversia jurídica, tienen por contenido una

<sup>45</sup> Por ejemplo, se podría discutir si un punto de vista escéptico ante la interpretación aboca o no hacia el particularismo jurídico. Véase, en este sentido, el planteamiento de Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. española de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 34.

proposición jurídica *previsible* por el sistema jurídico y, que por tal, constituye la respuesta *correcta* que pre-existe en el derecho como solución a una determinada controversia jurídica, la cual es un *valor de verdad* para con el caso dado.<sup>46</sup> Esta posición argumentativa permite distinguir las siguientes características de las decisiones judiciales de las que es predicable *certeza* (de segundo y tercer nivel).

En primer lugar, en los sistemas jurídicos que no son primitivos, todas las resoluciones judiciales son conceptualmente susceptibles de “certeza” (en los tres niveles tratados). Si esto es así, en este tipo de decisiones el juez va a tener siempre la posibilidad *conceptual* de resolver “conforme al derecho” (preestablecido), qué es derecho *ex ante facto*, del cual no se separa y deduce de él una proposición jurídica como solución interpretativa del caso dado. El razonamiento judicial, por tanto, siempre es capaz de encontrar en el derecho una respuesta para cada controversia jurídica, pues “no deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de reinventar retroactivamente derechos nuevos”.<sup>47</sup>

En segundo lugar, el que conceptualmente todas las resoluciones judiciales sean susceptibles de “certeza” (de segundo y tercer nivel) conlleva aceptar que para todo caso imaginable “hay alguna solución que previamente es derecho y que aguarda ser descubierta”, ya sea en el derecho explícito aplicable o en el *implícito* (pero derecho al fin y al cabo y no discrecionalidad), y que por muy difícil que puede resultar llevar a cabo esta tarea, eso nunca será defecto del derecho sino de las capacidades limitadas del juez: es la tesis de la *respuesta correcta*.<sup>48</sup> Como puede observarse, esta posición en ‘D2’ evita conceptualmente la posibilidad de que cualquier decisión judicial pueda ser “incierto”, y, por consiguiente, discrecional o arbitraria. Por ejemplo, en el no-positivismo jurídico contemporáneo, el procedimiento “Hércules”, como forma *ideal* de la toma de decisiones por los jueces, asegura que las resoluciones judiciales sean siempre las correctas *preexistentes* en el derecho,<sup>49</sup> con el fin de evitar resolver con criterios

<sup>46</sup> Cf. Real Alcalá, J. Alberto del, “La ‘doctrina de la completitud’ del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”, 2006, en prensa.

<sup>47</sup> Dworkin, R., *Los derechos...*, *cit.*, nota 26, p. 146.

<sup>48</sup> Según Hart, H. L. A., “El nuevo desafío...”, *cit.*, nota 6, p. 14.

<sup>49</sup> Dworkin, R., *Law's...*, *cit.*, nota 27, pp. 410-413.

políticos o de oportunidad.<sup>50</sup> Y si el procedimiento hercúleo es seguido por los jueces, cualquier incerteza en sus resoluciones es conceptualmente *imposible*.<sup>51</sup>

En tercer lugar, las resoluciones judiciales que son ciertas, contribuyen a realizar el *valor* de la *certeza* en el sistema jurídico cuando cubren todos los niveles o cotas posibles de certeza jurídica alcanzables en el ámbito de la adjudicación. Pues bien, este tipo de decisiones son habituales en la resolución de los *clear cases* y *pivotal cases*, en tanto que sobre la proposición jurídica que los solventa hay *certidumbre* razonable en el derecho. En este sentido, si una norma jurídica es *determinada* cuando genera muchos casos claros, o también centrales, y pocos casos marginales en su aplicación, y una proposición jurídica es *cierta* cuando es un valor de verdad (como respuesta correcta) para el caso que resuelve, una norma jurídica será más clara y más precisa en la medida en que las proposiciones jurídicas que la contemplan en su aplicación no adolecen en su mayoría de incerteza.

En cuarto lugar, en función del valor de verdad que contiene, resulta que una proposición jurídica que tiene carácter cierto representa una respuesta (*clara y conforme a derecho* preestablecido) del juez del tipo: la aplicación de una determinada regla o principio a un caso específico es o claramente "*verdadera*" o claramente "*falsa*", consecuencia de que para dicho caso el sistema jurídico sí ha previsto una calificación jurídica (positiva o negativa) acerca de si éste se encuentra claramente dentro o fuera del núcleo de certeza (semántica) de aquel derecho aplicable (*clear cases*) o, en otra terminología, en su zona central de significación (*pivotal cases*).

#### IV. CONCLUSIÓN

El desacuerdo en la teoría jurídica que hemos identificado como 'D1' (acerca de la predicción *ex ante* del derecho) analiza la posibilidad *conceptual* de *prevenir* o no las conductas que, según el "contenido" de la ley, el derecho exige a la *generalidad* de sus destinatarios. Se ha observado que el *núcleo* de este desacuerdo reside en la "teoría de las

<sup>50</sup> Dworkin, R., *Los derechos...*, cit., nota 26, pp. 176-198.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 175 y 176.

fuentes” del derecho, desde la que se identifican las exigencias jurídicas, y en el tipo de certeza “semántica” que se predique del derecho. Y el desacuerdo en la teoría jurídica que hemos identificado como ‘D2’ (acerca de la predicción *ex post* del derecho) examina la posibilidad *conceptual* de que las “proposiciones jurídicas” de las decisiones judiciales sean o no *previsibles* y, con ello, la conducta *específica* que el derecho exige en una resolución judicial a los que son “parte” en una controversia jurídica. Se ha constatado que el *núcleo* de este desacuerdo *no* es la certeza jurídica de *primer nivel* o *básica* (sobre la “existencia” de respuesta judicial) en la adjudicación sino la de *segundo* y *tercer* nivel (respectivamente, sobre el “contenido” de la decisión judicial, y sobre el carácter de “respuesta correcta” de dicha decisión); y que en todo caso no es una cuestión de certeza semántica sino “proposicional”.

El análisis de estos dos desacuerdos puede ser útil a la hora de aproximarnos a una idea más integral del “concepto de certeza” en el derecho, en función de cuál es el “peso real” de este *concepto* en la *legislación* y en las *decisiones judiciales*. Si aceptamos establecer una conexión lógico-argumentativa entre ‘D1’ + ‘D2’, es posible entonces hilar de forma coherente las dos *concepciones* más relevantes sobre la certeza jurídica que se manejan en la teoría jurídica.

A este respecto, la primera concepción sobre la certeza jurídica sería resultante de la adición de las posiciones que he identificado como ‘D1a’ + ‘D2a’. Según la posición ‘D1a’, a veces la certeza es “conceptualmente” *imposible* en el ámbito de la legislación y, en esa medida, la certeza jurídica no es un valor realizable. Según la posición ‘D2a’, cuando esto ocurre así, las decisiones judiciales pueden resultar asimismo inciertas. La incerteza *ex ante* de la legislación puede aparecer, en esta perspectiva, como una *precondición* que abre la posibilidad para bloquear la realización del valor de la certeza en la adjudicación (en el ámbito de la certeza de segundo y tercer nivel). Esta adición de posiciones admite, por tanto, que hay “algunos” casos en los que la certeza jurídica (*ex ante* y *ex post*) es un valor *conceptualmente* “imposible” de realizar en el sistema jurídico. Y en este sentido y en esa medida, la certeza como “ideal” del derecho puede ser un ideal perseguible pero “conceptualmente *inalcanzable*” por legisladores y jueces. Además, si los ciudadanos no siempre pueden saber con ante-

lación qué conductas el sistema jurídico aprueba y cuáles reprueba, y los jueces no pueden dar en esos casos efecto cierto a sus derechos y obligaciones legales cuando son discutidas en un controversia jurídica, entonces también hay que tener en cuenta la posibilidad de que el *rule of law* pudiera resentirse. El enfoque del positivismo jurídico contemporáneo es similar al de este punto de vista.

La segunda concepción sobre la certeza en el derecho es la adición de las posiciones que he identificado como ‘D1b’ + ‘D2b’. La posición ‘D1b’ no encuentra inconvenientes para que la certeza jurídica sea un valor predicable del ámbito de la legislación. Según la posición ‘D2b’, si esto ocurre así, facilita conceptualmente que las decisiones judiciales pueden resultar también ciertas a través de procedimientos y recursos interpretativos del derecho. En verdad, esta perspectiva evita la incerteza de las decisiones judiciales al establecer una *conexión conceptual* entre el derecho y la moral. Por ejemplo, en el no-positivismo este tipo de conexión exige moral y jurídicamente al juez lealtad con los principios morales o políticos en los que cree que mejor se justifica el esquema de gobierno que la Constitución establece. La certeza *ex ante* de la legislación puede aparecer, en esta perspectiva, como un *prerrequisito* que coadyuva *positivamente* a la realización del valor de la certeza en la adjudicación (en el ámbito de la certeza de *segundo* y *tercer* nivel). Desde esta adición de posiciones, se puede hablar, por tanto, de certeza *ex ante* y *ex post* del derecho como un valor *conceptualmente* “posible” de realizar en el sistema jurídico. Y, en este sentido y en esa medida, la certeza como “ideal” del derecho puede ser un ideal *perseguable* que es “conceptualmente *alcanzable*” por legisladores y jueces. Además, si los ciudadanos siempre pueden saber con antelación qué conductas el sistema jurídico aprueba y cuáles reprueba, y los jueces también pueden dar efecto *cierto* a sus derechos y obligaciones legales cuando éstos se discuten en un controversia jurídica, entonces el *rule of law* no parece en principio que tenga que resentirse. El enfoque del no-positivismo jurídico contemporáneo es similar a esta perspectiva.