Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

PROBLEMA

Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho **1**

LA DECISIÓN JUDICIAL SEGÚN LOS TIPOS DE CASOS: *"CLEAR" CASES, "BORDERLINE" CASES* Y *"PIVOTAL" CASES*

J. Alberto del REAL ALCALÁ

Resumen:

Los jueces tienen el deber general de resolver los casos judiciales; sin embargo, la decisión judicial variará y tendrá ciertas características dependiendo del tipo de caso; son tres los tipos de casos judiciales que este artículo estudia: *clear cases*, *borderline cases* y *pivotal cases*. El objetivo: intentar descubrir si adoptar una de las tipologías señaladas vulnera o reafirma el principio de unidad propio de la aplicación judicial.

***Abstract*:**

Judges have a duty to decide judicial cases, however, judicial decision will vary and will have certain characteristics depending on the kind of case at hand: this article address three kinds of judicial cases: clear cases, borderline cases and pivotal cases. The purpose: discuss if relying on these classifications is useful or not in light of the unity in judicial adjudication principle.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Decisión judicial y "*clear cases*".* III. *Decisión judicial y "*borderline cases*".* IV. *Decisión judicial y "*pivotal cases*".* V. *Conclusión. Teorías jurídicas y aplicación judicial del derecho: ¿uniformidad o diversidad de la casuística judicial?* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Me propongo analizar en este texto la "tipología" de la casuística que genera la aplicación judicial del derecho y que es más aceptada por las teorías del derecho contemporáneas. Tres "categorías" o "tipos" de *casos judiciales* centran mi atención:

— Los "clear cases" (casos *claros*).
— Los "borderline cases" (casos *marginales* o *indeterminados*).
— Los "pivotal cases" (casos *centrales*).

El "deber *general* de resolver" que el Estado de derecho impone a los jueces tiene la misma naturaleza en las *tres* categorías de casos judiciales. Pero adquiere ciertas *particularidades* en cada uno de ellos según *cómo* se construye la decisión judicial que los solventa. A lo largo de los apartados II, III y IV daré cuenta de *cómo* es el *tipo* de decisión que proporcionan los jueces cuando resuelven *clear* cases, *borderline* cases o *pivotal* cases. Advertiré que estas distintas categorías de casos judiciales están muy relacionadas con la explicación de *por qué* se producen los "desacuerdos genuinos" en el derecho. Y aquí mencionaré las dos principales: los desacuerdos "marginales" y los desacuerdos "centrales" entre los juristas.

En el apartado V de *conclusiones*, haré alusión al hecho de que adoptar una/s u otra/s *tipologías* o *categorías* de casos judiciales puede llevar, por una parte, o a *cuestionar* el "principio de *unidad*" como criterio con el que tradicionalmente la teoría del derecho ha contemplado y descrito (en

sentido *uniforme*) el ámbito de la aplicación judicial del derecho. O, por el contrario, conduce a *re*–afirmalo, buscando mayor seguridad jurídica. Una u otra opción no sólo configuran de manera distinta la *adjudicación*. También supeditan, en buena medida, la visión del *concepto de derecho*.

En este contexto hay que situar al intento de Ronald Dworkin de *re*-construir la "unidad casuística judicial" (*quebrada* por el positivismo jurídico contemporáneo) como criterio para aprehender la realidad jurídica, formulando para ello una *única* categoría estándar de casos judiciales (*pivotal* cases) y un *único* procedimiento —*ideal*— (procedimiento "hercúleo"), los cuales posibilitan construir una *única* tipología de decisión judicial, válida para *todos* los casos actuales y posibles imaginables. Y ello, en oposición al criterio de la "diversidad", que *capta* la realidad de la práctica del derecho a través de una *pluralidad* de categorías y tipologías de casos (tales como *clear* cases y *borderline* cases) y de decisiones judiciales.

II. Decisión judicial y "*clear* cases"

Como es conocido, H. L. A. Hart distinguió entre el "núcleo de certeza" y la "zona de incertidumbre" en el ámbito de aplicación de las reglas del derecho.[1] Como un *clear* case (caso *claro*) se identifica con el ámbito de significación *precisa* de las reglas y, por consiguiente, con su "núcleo de certeza" aplicativa, el operador jurídico no tendrá ninguna duda sobre si pertenece a dicho ámbito (aplicando entonces la regla) o si no pertenece a él (no aplicándola). *Clear* cases son, pues, los casos que se ubican "claramente" *dentro* de ese núcleo de certeza aplicativa, o asimismo "claramente" *fuera* de él. Tal circunstancia hace posible, en ambos supuestos, la aplicación *precisa* del derecho. Esta clase de casos judiciales también son denominados "casos *sencillos*" o

[1] Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; traducción al español, Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 1998, p. 167.

"casos *fáciles*", en virtud de la simplicidad con la que puede construirse la decisión judicial que los resuelve. O, asimismo, "casos *determinados*", en función de las consecuencias (de *no*-indeterminación) que conllevan a la aplicación del derecho. Los *clear* cases son un *tipo* o *categoría* de casos habituales en los sistemas jurídicos. Las siguientes palabras de Hart los definen bien: en "cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica".[2]

En oposición a cómo es la resolución en otros tipos de casos, la decisión judicial en los *clear* cases adquiere determinadas particularidades típicas, que menciono a continuación.

1. *Características de la decisión judicial en los* "clear cases"

El Estado de derecho provee a los jueces de procedimientos *precisos*, y en buena medida *objetivos*, con los cuales dirimir, *conforme* a derecho *pre*establecido, los *clear* cases. Las características identificativas típicas que adopta la decisión judicial en esta clase de casos judiciales contrastarán con las que muestra en los "borderline cases" (véase epígrafe III) y en los "pivotal cases" (véase epígrafe IV); características que a continuación se explican.

A. *Decisión judicial por "reglas" ("conforme a derecho")*

En los *clear* cases, la decisión judicial se extrae desde *dentro* del derecho. La resolución judicial de un *clear* case está basada en *reglas* y, por consiguiente, es "conforme a derecho" *pre*establecido con antelación al acontecer del caso. Los *clear* cases pueden ser decididos "conforme a derecho" porque el juez (*pre*)dispone (y encuentra) en el sistema jurídico de una *calificación jurídica* clara y precisa que evita cualquier *incertidumbre* sobre el derecho aplicable al

[2] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, nota 1, pp. 152 y 153.

caso en cuestión.[3] La existencia de *clear* cases presupone que el sistema jurídico cuenta con reglas *precisas*, de las cuales el juez puede deducir proposiciones de *clara* aplicación, o *clara no*–aplicación, de éstas al caso dado. Los *clear* cases se resuelven, pues, por *reglas* a través de la *subsunción* "donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta [nítidamente] por la regla".[4]

B. *Decisión judicial construida por el procedimiento de la "subsunción"*

Los *clear* cases son resueltos por una decisión que el juez encuentra *dentro* del sistema jurídico, y que extrae de él a través del procedimiento de la "subsunción". La construcción de la decisión mediante el procedimiento de la subsunción presupone considerar que cada caso judicial *particular* es una instancia de un "caso genérico" *claro* (o caso *paradigma* de la aplicación de una regla), que se encuentra situado en el "núcleo de certeza" del ámbito de aplicación de la misma. La decisión judicial se construye, pues, a través de la subsunción del caso individual en el caso genérico. Aplicándosele al caso individual, la proposición extraída de la regla, del mismo modo que se haría al caso *paradigma*. El mecanismo de la bivalencia jurídica facilita realizar esta operación.

Josep Joan Moreso ha definido el procedimiento de la subsunción como "la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado", a fin de que "se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable co-

[3] *Cfr*. Real Alcalá, J. A. del, "Ámbitos de la «doctrina de la indeterminación» del derecho", *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 56, julio de 2006, pp. 48-58, en donde desarrollo las características que muestra la tesis de la indeterminación jurídica en distintos espacios del sistema jurídico.

[4] Prieto Sanchís, L., "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo*(s), Madrid, Trotta, 2003, p. 144.

rrelaciona con esa consecuencia normativa".[5] Como un caso particular se resuelve subsumiéndolo en un caso genérico, que actúan a modo de paradigma de su aplicación, esto quiere decir que cuando hay reglas *claras*, la subsunción puede proporcionar una respuesta precisa *unívoca* y *correcta* con la que dirimir el caso.

C. *Decisión judicial facilitada por el mecanismo de la "bivalencia jurídica"*

Para construir la decisión judicial a través del procedimiento de la subsunción, los sistemas jurídicos suelen contar con otro dispositivo técnico que *ayuda* enormemente a realizar esa labor en los *clear* cases: la *bivalencia jurídica*. En general, consiste en "el principio de que toda afirmación relevante es o verdadera o falsa".[6] En el ámbito del derecho, y en concreto, a la hora de advertir si una regla se aplica a un *clear* case, la bivalencia jurídica significa abordar de una forma *dual* (positiva o negativa) "la posición jurídica de los ciudadanos". En un sentido máximo, puede considerarse que la bivalencia incluso representa el "esquema conceptual" de respuestas de las que dispone el juez para dirimir *clear* cases.[7] En un sentido mínimo, al menos, hay que entenderla como dispositivo enormemente *útil* porque *facilita* a los jueces la toma de decisiones.[8] Desde este punto de vista, para Timothy Endicott, se trata de un "mecanismo técnico" habitual de la práctica jurídica, tal como lo entendió John Finnis,[9] consistente en "tratar a las personas considerando que la aplicación del derecho a sus situaciones fuera bivalente".[10]

[5] Moreso, J. J., "Conflictos entre principios constitucionales", en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo*(s), *cit.*, nota 4, p. 99.

[6] Endicott, T., *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 3.

[7] *Ibidem*, p. 72.

[8] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, nota 1, p. 179.

[9] Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 280.

[10] Endicott, T., *op. cit.*, nota 6, p. 3.

La bivalencia jurídica en un *clear* case se concibe del siguiente modo: se traduce en observar si el caso en cuestión está situado nítidamente *dentro* o *fuera* del ámbito de certeza aplicativa de la regla. A la hora de contemplar la aplicación de una determinada regla a un caso concreto, de dicha observación no cabe para el juez más que deducir *dos* tipos de respuestas, ambas respuestas precisas y claras: o aplicar la regla o no–aplicarla. Supongamos el siguiente ejemplo. Una ley declara que serán *nulos* —por sacrílegos— los contratos celebrados en domingo.[11] La bivalencia jurídica se traduce en que en un *clear* case donde se discute la validez o nulidad del contrato de Tom, que ha sido impugnado por Tim (aduciendo que "el contrato de Tom es sacrílego"), el juez sólo tiene la posibilidad de adoptar los siguientes *dos* tipos de respuestas:[12]

— "Respuesta 1": la decisión de "aplicar" la regla mencionada.

La proposición del juez tendrá entonces la forma siguiente: lo que afirma la impugnación de Tim acerca de que "el contrato de Tom es sacrílego", es «verdadero» (porque el caso se sitúa claramente *dentro* del núcleo de certeza aplicativa de la regla). Esta respuesta del juez se traduce consecuentemente en que procede la *aplicación* de la regla que declara que los contratos sacrílegos son nulos, y en su resolución declarará *nulo* el contrato de Tom.

— "Respuesta 2": la decisión de "no-aplicar" la regla mencionada.

[11] Tomo como punto de partida el siguiente ejemplo de Dworkin, R.: "Is there really no right answer in hard cases?", en *id.*, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; traducción española, Dworkin, R., "¿Realmente no hay respuesta correcta a los casos difíciles?", en Casanovas, P. y Moreso, J. J., *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1992, p. 475: "Supongamos que el legislativo ha aprobado una ley por la que «en los sucesivo los contratos sacrílegos serán inválidos»". "Tom y Tim han firmado un contrato en domingo y ahora Tom demanda a Tim para hacer cumplir las condiciones del contrato, cuya validez Tim impugna [por sacrílego]".

[12] Redondo, M. C., "Teorías del derecho e indeterminación normativa", *Doxa*, Alicante, núm. 20, 1997, pp. 180 y 181.

La proposición del juez tendrá entonces la forma siguiente: "el contrato de Tom es sacrílego", es "falso" (porque el caso se sitúa claramente *fuera* del núcleo de certeza aplicativa de la regla). Esta respuesta del juez se traduce consecuentemente en que procede la *no-aplicación* de la regla que declara que los contratos sacrílegos son nulos, ya que el contrato no es sacrílego. El contrato, pues, no será anulado por la decisión judicial.

En ningún momento se estima otro tipo de respuesta judicial, por ejemplo, la que contuviese una proposición jurídica como la siguiente: "el contrato de Tom es sacrílego": no es "ni verdadero ni falso" ["Respuesta 3"] (si se tratara de un supuesto situado en la zona de *incertidumbre* aplicativa de la regla). Una respuesta así no tiene cabida en un *clear* case, porque es una proposición que supone decir que *no se sabe si* procede o *no* procede la aplicación de aquella regla que anula los contratos sacrílegos. Y, sin embargo, un *clear* case está situado nítidamente dentro o fuera del núcleo de *certeza* aplicativa de las reglas.

D. *Decisión judicial como única respuesta "correcta"*

La decisión judicial que está construida a través de la subsunción y de la bivalencia jurídica en un caso situado nítidamente dentro o fuera del núcleo de certeza aplicativa de una regla (esto es, en un *clear* case), constituye *la* "única" respuesta que es "correcta" *preestablecida* por el sistema jurídico para solventar la controversia que aquel caso plantea. Téngase en cuenta que el juez puede derivar (en sentido *bivalente*), de la regla relacionada con el caso, la proposición jurídica de aplicarla o la de no-aplicarla. Y ninguna de esas dos proposiciones son *creadas* por él, sino que el juez las identifica *dentro* del sistema jurídico que, por consiguiente, ya las contenía previamente. De ahí, que las decisiones judiciales que resuelven *clear* cases, representen un "valor de verdad" en relación a lo preestablecido por las reglas del derecho, si se traducen en la "una", y "solo una",

respuesta "correcta" prevista por el sistema jurídico para solventar una determinada controversia.

Sigamos con nuestro ejemplo anterior sobre la impugnación del contrato de Tom por sacrílego. Como tanto la "respuesta 1" (decisión del juez de aplicar la regla) como la "respuesta 2" (decisión del juez de no-aplicarla) es lo *pre*establecido como *la* respuesta *correcta* del derecho a la controversia jurídica que plantea este *clear* case, ambas proposiciones jurídicas representan un "valor de verdad" con relación a la regla que anula los contratos que son sacrílegos. Ahora bien, esto no ocurre así con las decisiones judiciales *discrecionales*, las cuales carecen de ese valor de verdad con relación a lo que disponen las reglas y el sistema jurídico, en virtud de que recaen sobre casos que no están situados ni claramente dentro ni claramente fuera del núcleo de certeza aplicativa de las mismas. Según Moreso, la posibilidad de verdad o falsedad de los enunciados normativos es lo que garantiza que el derecho proporcione *una* y solo *una* respuesta (*correcta*) en relación al caso en cuestión.[13]

Lógicamente, la decisión judicial que contiene una proposición jurídica como la "respuesta 3" ("el contrato de Tom es sacrílego": no es "ni verdadero ni falso"), no puede representar un valor de verdad respecto a lo *pre*dispuesto por la mencionada regla del derecho que anula los contratos sacrílegos, pues se trata de una proposición en la que *no sabe si* procede o *no* procede su aplicación. Sin duda, las decisiones judiciales que tienen el *status* de "*la* única respuesta correcta" favorecen la seguridad jurídica.

E. *Decisión judicial de primer, segundo y tercer nivel de "certeza" (proposicional)*

He categorizado "diferentes niveles de certeza jurídica que pueden ser predicables de las decisiones judiciales". Se trata de diferentes niveles de "certeza proposicional", esto es,

[13] Moreso, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 183 y 184.

referidos a la *proposición* jurídica que se contiene en la decisión del juez, y que establece la resolución del caso. Defino lo que he denominado *certeza proporcional* de "segundo" y "tercer" nivel, a partir de la noción de Enrico Diciotti sobre la decisión judicial. Pero, además, hay otro tipo de certeza proposicional que es "básica" en la adjudicación, y que no puede obviarse, a la cual he catalogado como "certeza de primer nivel".[14]

Los niveles de certeza *proposicional* que es susceptible de poseer la decisión judicial son los siguientes:

a) "Certeza (proposicional) de *primer nivel* (o *básica*)": el *deber judicial* de "resolver *siempre*".

Se trata de la certeza sobre la *existencia* de un "resultado". Una decisión judicial la satisface cuando el juez cumple simplemente el deber de "resolver siempre" que el Estado de derecho le impone.

El *primer* nivel de certeza proposicional está relacionado:

> ...con la *certidumbre* o *incertidumbre* sobre la "existencia" de una decisión judicial que resuelva una controversia jurídica. Es el 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 solvente 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 *incierta* si no es posible predecir si se va a 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

[14] Real Alcalá, J. A. del, "Desacuerdos en la teoría jurídica sobre el concepto de certeza en el derecho", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, p. 767.

certeza *ex post* del derecho y, consiguientemente, que el derecho siempre queda *determinado*".[15]

El Estado de derecho, además, "se ha asegurado el cumplimiento de este nivel *mínimo* de certeza en la adjudicación instituyéndolo en «deber judicial» [de resolver «siempre»], reverso de derechos fundamentales típicos de las Constituciones modernas tales como la *tutela judicial efectiva*".[16] Los jueces tienen el "*deber* general de resolver" que les impone el Estado de derecho, y que en este *primer* nivel de certeza proposicional se traduce en el deber de "resolver *siempre*", y que consiste, sintéticamente, en la obligación de pronunciar, de modo fundamentado, una *resolución* de derecho en *todos* los casos que le plantean los ciudadanos, no inhibiendo su jurisdicción declarándose incompetente —si no procede hacerlo— o remitiendo el asunto a la Legislatura para que ésta decida con una nueva regulación.

La certeza proposicional de *primer* nivel conecta el *deber judicial* de "resolver siempre" con la "teoría de los derechos fundamentales", particularmente con el "derecho fundamental a la jurisdicción" como *tutela judicial efectiva* y, por consiguiente, con un contenido importantísimo del *rule of law*. Así, la ley española, dispone este deber, por ejemplo, en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

> Los juzgados y tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes.

O igualmente, lo establece en la primera parte del artículo 1.7 del Código Civil español: "Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asun-

[15] *Ibidem*, pp. 767 y 768.

[16] *Ibidem*, p. 768. Asimismo, *cfr.* Real Alcalá, J. A. del, "La indeterminación de la «estructura del deber" de los jueces en el Estado de derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 2006 (en prensa), pp. 2 y 3.

tos de que conozcan". Así, fuera de los supuestos establecidos por la ley, es un deber que no admite excepciones a su cumplimiento, a fin de no perturbar la realización de la "tutela judicial efectiva" como *derecho fundamental* de los ciudadanos, típico de las democracias constitucionales. De esta manera es establecido en el contexto jurídico español, en el artículo 24.1 de la Constitución: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

En definitiva, "el cumplimiento de la obligación judicial de resolver siempre" 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)". Téngase en cuenta que "en un Estado de derecho es impensable la incerteza de primer nivel". Ya 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".[17] Otra cuestión distinta será de qué manera se lleva a cabo este deber: si es desde *dentro* del derecho, o desde *fuera* de él, o si es incluso de forma *arbitraria*.

Pues bien, dicho esto, no puede haber duda en afirmar que la decisión judicial que resuelve un *clear* case es, al menos, una decisión judicial *cierta* en este nivel *básico* o *mínimo* de subsistencia de los sistemas jurídicos (certeza proposicional sobre el *resultado*).

b) "Certeza (proposicional) de *segundo nivel*": el *deber judicial* de "resolver *conforme* a derecho *pre*establecido".

Se trata de la certeza sobre el "contenido" de la resolución. Una decisión judicial satisface este nivel de certeza proposicional cuando el juez cumple el deber de "resolver conforme a derecho *pre*establecido" que el Estado de derecho le impone.

[17] Real Alcalá, J. A. del, *op. cit.*, nota 14, p. 768.

El *segundo* nivel de certeza proposicional está relacionado, pues, "con la *certidumbre* o *incertidumbre* sobre el «contenido» de la decisión". Tiene que ver con que desde "las expectativas que las personas razonables puedan hacerse sobre una controversia jurídica", sea posible o no lo sea, "prever el «resultado»". En este *segundo* nivel de certeza jurídica, "una decisión judicial es *cierta* si razonablemente hay un buen grado de *certidumbre* sobre qué dirá respecto a un caso concreto, y es *incierta* si esto es una tarea que se hace absolutamente *imposible* porque está claramente condicionada por la *incertidumbre*".[18]

El deber de resolver que tienen los jueces en el Estado de derecho se traduce, con relación a este *segundo* nivel de certeza proposicional, en el *deber de resolver* "conforme a derecho *pre*establecido", deduciendo y motivando sus decisiones en "criterios de derecho", y no de otra naturaleza, a causa de la obligación que tiene el juez de estar *vinculado* a la Ley. Así, lo establece, por ejemplo, en la legislación española, el artículo 9.1 de la Constitución: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". E igualmente lo dispone el artículo 1o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial: los "jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, [están]… sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley". En el mismo sentido se pronuncia la segunda parte del artículo 1.7 del Código Civil, en el que la vinculación del juez a la ley le obliga particularmente en la adjudicación a resolver *conforme* al derecho: "Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido".

Si los jueces resuelven conforme a derecho *pre*establecido, entonces es posible tener una "expectativa razonable" sobre la decisión judicial que resuelve un *clear* case. Parece

[18] *Ibidem*, p. 768. Deduzco este segundo nivel de certeza proposicional del derecho a partir de Diciotti, E., "Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato", *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1992, p. 119.

que la certeza proposicional de *segundo* nivel conecta el *deber judicial* de resolver conforme a derecho con la "seguridad jurídica", y con la "teoría de los derechos fundamentales", particularmente con el "derecho a la igualdad" de trato del derecho para con los ciudadanos. Y también, por eso, con contenidos relevantes del *rule of law*.

Pues bien, dicho esto, parece ciertamente probable que la decisión judicial que resuelve un *clear* case, en tanto que está situado nítidamente dentro o fuera del ámbito de certeza aplicativa de una regla, pueda ser, en cierto modo, razonablemente *previsible*. Y, por consiguiente, que de esa decisión judicial se pueda predicar certeza de *segundo* nivel (certeza proposicional sobre el *contenido* del resultado).

c) "Certeza (proposicional) de *tercer nivel*": el *deber judicial* de "resolver impartiendo justicia".

Se trata de la certeza sobre el "valor de verdad" y de "única respuesta correcta" de la resolución. Una decisión judicial la satisface cuando el juez cumple el deber de "resolver impartiendo justicia". Como bien dice Rafael de Asís, que diferencia entre motivación "suficiente", "completa" y "correcta" de las decisiones judiciales, el análisis de la motivación *correcta* de la resolución judicial "supone adentrarnos en el ámbito de la teoría de la justicia".[19] La certeza proposicional de *tercer* nivel, pues, tiene que ver con el ámbito de la justicia.

El tercer nivel de certeza proposicional está relacionado "con la *certidumbre* o *incertidumbre* acerca del «valor de verdad» (como respuesta *correcta*) que contiene la decisión judicial adoptada". Desde este punto de vista,

> …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 se ha podido "identificar" en el sistema jurídico *una* respuesta *correcta*,

[19] Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 131.

> 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.[20]

Pues bien, dicho esto, en un *clear* case las posibles respuestas del juez adquieren el *status* de "*la* única respuesta correcta" prevista por el derecho porque puede advertirse claramente si caen *dentro* o *fuera* del núcleo de *certeza* aplicativa de las reglas (bivalencia jurídica). Las proposiciones jurídicas de aplicar o no aplicar las reglas son, por eso, un valor de verdad respecto a lo *pre*dispuesto por el derecho. Eso conduce a poder afirmar que de las decisiones judiciales que recaen en esta tipología de casos es predicable certeza proposicional de *tercer* nivel. Clase de certeza proposicional que vendría a ser la traducción del deber de resolver "impartiendo justicia" que asigna a los jueces el Estado de derecho, consistente en resolver con la "única respuesta correcta" que el sistema jurídico *pre*establece para el caso con antelación a su acontecer. Este deber de impartir justicia se dispone, por ejemplo, en el artículo 117.1 de la Constitución española: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley". O también en el artículo 1o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de igual redacción que el anterior, pero añadiendo: "...sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley".

En definitiva, si la resolución que dirime un *clear* case cumple *todos* los niveles de certeza proposicional que es susceptible de poseer una decisión judicial, porque nos encontramos en el sistema jurídico del Estado de derecho donde es impensable la incerteza de *primer* nivel, porque se trata de una decisión razonablemente *previsible* si es con-

[20] Real Alcalá, J. A. del, *op. cit.*, nota 14, pp. 768 y 769. Diferencio este tercer nivel de certeza proposicional del derecho a partir de Diciotti, E., *op. cit.*, nota 18, pp. 119 y ss.

forme a derecho, y porque como respuesta *correcta* representa un *valor de verdad* en relación a lo predispuesto por el derecho, entonces puede afirmarse que se trata de una decisión judicial "cierta". Ahora bien, mientras que en los *clear* cases el deber judicial de resolver se contempla como un deber "único", aunque de carácter *tri*dimensional, en las resoluciones que recaen en los *borderline* cases se configura más bien como *tres* deberes "independientes".

2. "Clear cases" *no es una categoría pacífica*

A pesar de lo que pudiera parecer en un principio, *clear cases* no es una categoría *pacífica* en las teorías del derecho contemporáneas. Se los concibe principalmente desde dos puntos de vista:

A. Clear *cases desde el punto de vista del operador jurídico (juez)*

Desde esta perspectiva, se contemplan a los *clear* cases principalmente desde el punto de vista de que son casos ubicados nítidamente *dentro* o *fuera* del "núcleo de certeza" aplicativa de las reglas. Como en los *clear* cases *no* hay *incertidumbre* aplicativa, sino todo lo contrario, claridad aplicativa, ellos *no* representan las controversias *genuinas* entre los juristas (positivismo contemporáneo). Pues, no tendría sentido entender un ámbito de "claridad" como un contexto de desacuerdo o de controversia (aplicativa de la regla).

Pero, desde este punto de vista, los *clear* cases no abarcan toda la realidad casuística que es susceptible de brotar de la aplicación del derecho. Ellos coexisten en el sistema jurídico junto con una segunda tipología de casos judiciales: los *borderline* cases (casos *indeterminados* o *marginales*). En oposición a los contextos de *claridad* típicos de los *clear* cases, los *borderline* cases sí que representan contextos de *desacuerdo* y de *controversia*. Por eso, desde el punto de vista

del juez, son considerados casos *difíciles* (*hard* cases) de resolver, mientras que los *clear* cases son estimados, a este respecto, casos *sencillos*. Las controversias *genuinas* en el derecho se reducen, pues, a esa segunda categoría de casos. Esto es, a aquellos que están ubicados *al margen* del núcleo de certeza aplicativa de las reglas. Consisten, pues, en controversias "marginales".

En el epígrafe III se da cuenta de la concepción de la decisión judicial que explica las controversias *genuinas* en el derecho como "desacuerdos marginales" (y no centrales) entre los juristas, y los *reduce* todos a la categoría de *borderline* cases (o casos *marginales* de aplicación), en virtud del argumento de la *textura abierta* del derecho.

B. Clear *cases desde el punto de vista de las partes en litigio*

Desde esta otra perspectiva, los *clear* cases, aun cuando pertenecen al mismo "núcleo central" (no a la zona *marginal*) de significación de las reglas explícitas y de los principios implícitos del derecho, constituyen, sin embargo, "contextos de desacuerdo" sobre la aplicación del derecho, en virtud de las "concepciones" *diferentes* que, sobre los *conceptos* jurídicos que integran el derecho aplicable, mantienen las partes que pugnan en un litigo judicial (no-positivismo contemporáneo).

En el epígrafe IV se da cuenta de la concepción de la decisión judicial que explica las controversias *genuinas* en el derecho como "desacuerdos centrales" (y no marginales) entre los juristas, y los contempla, para *todos* los casos (*sencillos* y *difíciles*), en la categoría *única* de *pivotal* cases.

III. Decisión judicial y "*borderline cases*"

Además de los *clear* cases, ubicados claramente dentro o fuera del núcleo aplicativo de las reglas, el argumento har-

tiano de la "textura abierta" del derecho[21] distingue *otra* tipología de casos: aquéllos que se sitúan en la "zona de incertidumbre" o "penumbra" del ámbito de aplicación de las reglas. Tipo de casos que son habitualmente catalogados como "borderline case". Hart constató, en este sentido, que "en cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados".[22]

La denominación *borderline* cases integra la de "casos *marginale*s", porque, como puede advertirse, se sitúan al margen de ese "núcleo de certeza" del ámbito de aplicación *precisa* y *clara* de las reglas. Igualmente, son, por eso, también entendidos con la nomenclatura de "casos dudosos", porque hay *incertidumbre* sobre si pertenecen o no pertenecen al ámbito de aplicación de una regla. O, asimismo, la de "casos *indeterminados*", en función de las consecuencias (de indeterminación) que conllevan a la aplicación del derecho. Y también viene a coincidir con la catalogación de "casos difíciles" (*hard* cases), en virtud —tal como se mencionado— de la complejidad y dificultad que conlleva la construcción de la decisión judicial en estos supuestos indeterminados; y en oposición a la sencillez que esta tarea supone en los *clear* cases. Los *borderline* cases coinciden, pues, con el área de *textura abierta* del derecho, o dicho con otras palabras, son consecuencia del "carácter abierto de las normas jurídicas".[23] Pueden definirse, según Endicott, como "aquellos casos en los que uno simplemente no sabe si hay que aplicar o no la regla, y el hecho de que uno no

[21] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, nota 1, p. 159: "cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultad respecto de la gran masa de casos ordinarios, [cuando] en algún punto... su aplicación se cuestione [entonces] las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una «textura abierta»".

[22] Hart, H. L. A., "Postscript", en *id.*, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, pp. 238-276; hay trad. esp., Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000, p. 54.

[23] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, nota 1, p. 175.

sepa no se debe a la ignorancia de los hechos".[24] Al igual que los *clear* cases, son una *categoría* de casos habituales en los sistemas jurídicos.

Expongo a continuación, en primer lugar, en qué consiste el tipo de controversias *genuinas* que representan los *borderline* cases: los desacuerdos "marginales" entre los juristas; y seguidamente, en segundo lugar, qué características típicas pueden predicarse de la decisión judicial que los resuelve.

1. *Desacuerdos* "marginales" *entre los juristas*

La construcción de la decisión judicial en un *clear* case es distinta a la que procede en un *borderline* case.[25] La elaboración de la decisión judicial en los *borderline* cases presenta unas determinadas características privativas —que expongo más adelante en este mismo epígrafe—, las cuales tienen mucho que ver con el *tipo* de controversia jurídica *genuinas* que la decisión del juez resuelve en esta tipología de casos. Y en los *borderline* cases, la decisión del juez resuelve "controversias marginales" entre los juristas.

Como hemos visto, en los *clear* cases hay ejemplos nítidos y precisos de clara aplicación y de clara no-aplicación de las reglas. Esos ejemplos *claros* se traducen en el hecho de que el juez cuenta con "paradigmas"[26] indiscutibles de aplicación de la regla, con relación a los cuales puede *contrastar* el caso dado. Decidiendo, en función de si el caso es o no es suficientemente *similar* al paradigma de aplicación de la regla, la aplicación o la no-aplicación de la misma. Sin embargo, los *clear* cases no se corresponden con contextos de desa-

[24] Endicott, T., *op. cit.*, nota 18, p. 31.

[25] Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, *cit.*, nota 22, p. 29.

[26] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, nota 1, pp. 160 y 161: "cuando osamos formular una regla general de conducta (por ejemplo la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque), el lenguaje usado en ese contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla, y podemos tener en mente varios ejemplos claros de lo que sin duda cae dentro de su ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros (el automóvil, el ómnibus, la motocicleta); y nuestro propósito al legislar está determinado, en esa medida, porque hemos hecho una cierta elección".

cuerdo o controversia, sino de claridad aplicativa. Ellos, por tanto, *no* pueden dar razón de las controversias genuinas entre los juristas.

No ocurre lo mismo con los *borderline* cases. Para el positivismo jurídico contemporáneo, los *borderline* cases sí pueden dar cuenta de las *controversias* genuinas que se producen en el derecho. La razón de que sea así es que ellos se sitúan *al margen* del núcleo de certeza aplicativa de las reglas. Y esa es una zona de confusión e incertidumbre, de polémica, acerca de si procede o no procede la aplicación de las mismas.[27] En ellas se discute sobre si el caso en cuestión es o no es suficientemente similar a los "paradigmas de aplicación" de la regla. Esta es la forma en que las controversias *genuinas* en el derecho son concebidas como desacuerdos "marginales" entre los juristas, que son característicos de los *borderline cases*. Los desacuerdos "marginales" entre los juristas son, además, el vínculo de conexión conceptual entre la tipología de los *borderline* cases y la "tesis de la indeterminación" del derecho.[28] Hart afirmo, al respecto, el "mundo [de predicción *absoluta* del derecho] no es el nuestro: los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro pueda deparar".[29]

El enfoque visto también lo aplica el positivismo jurídico a los *hard* cases (casos *difíciles*), porque ellos son asimilados a los *borderline* cases. Pero la noción de *hard* cases tampoco es pacífica en la teoría del derecho. Los *hard* cases son casos *complejos* y *difíciles* de resolver a la hora de construir la decisión judicial, ya que el sistema jurídico *no* ha preestablecido para ellos una catalogación clara y pre-

[27] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, nota 1, p. 168.

[28] La razón de la estrecha vinculación entre *borderline* cases y "tesis de la indeterminación" se encuentra, según T. Endicott, en la vaguedad *necesaria* del derecho. *Cfr.* Endicott, T., "Law is Necessarily Vague", *Legal Theory*, núm. 7, 2001, pp. 379-385; traducción española, "El derecho es necesariamente vago", traducción de J. Alberto del Real Alcalá, en *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 12, 2003, pp. 179-189.

[29] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, nota 1, p. 160.

cisa (al menos), o quizás ninguna. Se trata, pues, de casos que se ubican *al margen* del núcleo de certeza aplicativa de las reglas. Y pertenecen al ámbito de las mencionadas "controversias marginales". Los *hard cases* se presentan "cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, [y] el juez tiene «discreción» para decidir el caso en uno u otro sentido".[30] El positivismo contemporáneo equipara los *hard* cases con los *borderline* cases, pues se trata de la misma tipología de caso judicial.

2. *Esquivando el aguijón semántico*

La explicación que da el positivismo sobre los desacuerdos en el derecho es rechazada por las posiciones no-positivistas. Ellas acusan (metafóricamente) a las teorías jurídicas positivistas de estar *afectadas* por el "aguijón semántico", cuando consideran que hay *paradigmas* de aplicación de las reglas que son claros e "indiscutibles". Pero, si son indiscutibles, ¿por qué se producen entonces controversias jurídicas en torno a ellos? Desde su punto de vista, la consecuencia es que las teorías jurídicas *afectadas* por el aguijón semántico no pueden dar cuenta verdaderamente de por qué se producen los desacuerdos típicos entre los juristas.

Frente a las tipologías *clear* cases y *borderline* cases, el no–positivismo revindicará *unificar* prácticamente toda la casuística judicial en una *única* categoría: los "pivotal cases". Y desde ellos aportará una visión *alternativa* de por qué se producen las controversias en el derecho. Del mismo modo, este punto de vista no acepta la equiparación entre *hard* cases y *borderline* cases. Estima que los *hard* cases no son *borderline* cases sino una concepción errónea de la verdadera y virtualmente única categoría de casos judiciales: los *pivotal* cases. Tal y como nos dijo Hart, el no-positivismo dworkiniano ve "en el positivismo jurídico... una teoría

[30] *Ibidem*, pp. 155-169.

[errónea] de los casos difíciles".[31] Doy cuenta de ese enfoque y de tal tipología única en el epígrafe IV.

Jules Coleman ha entendido que el argumento del aguijón semántico es "riddled with philosophical confusions",[32] pues "the problem with the semantic sting argument is that it mischaracterizes what individuals must share in order to have the same concept".[33] a lo ha entendido como el "desafío más fundamental que Dworkin ha hecho a la teoría del derecho de Hart". Y si como dice el positivismo a la hora de hablar de los paradigmas de aplicación, "los juristas comparten test (criterios) incontrovertibles acerca de la verdad de las proposiciones jurídicas", entonces es imposible el desacuerdo entre los juristas que, sin embargo, es típico de la práctica jurídica. Este argumento significa, en palabras del profesor de Oxford, que para las teorías que lo padecen, los juristas "sólo pueden discrepar sobre cómo deben resolverse casos de penumbra, o sobre si el derecho debe ser modificado".[34] A este respecto, téngase en cuenta que las teorías *interpretativas* (como la de Dworkin) se diferenciarían de las teorías *semánticas* (como la de Hart), en que las teorías interpretativas se sustentan en una "semántica interpretativa",[35] y las teorías semánticas se sustentan en una "semántica basada en criterios".[36]

[31] *Ibidem*, pp. 155-169.

[32] Coleman, J., *The Practice of Principle: in Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 155.

[33] *Ibidem*, pp. 156 y 157.

[34] Endicott, T., "Herbert Hart and the Semantic Swing", *Legal Theory*, v. 4, núm. 3, pp. 283-300; traduc. esp., "Herbert Hart y el aguijón semántico", en Navarro, P. E. y Redondo, C. (comps.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 35 y 36, en la que añade: "Si «semántico» quiere decir simplemente «concerniente al significado» (o aun significa «concerniente a las condiciones de verdad»), entonces el argumento de Dworkin no puede ser que Hart hace afirmaciones semánticas. [Pues] Cualquier teoría no-escéptica del derecho necesita tratar al derecho como una práctica que se plasma sobre el uso significativo del lenguaje".

[35] *Cfr*, Stavropoulos, N., *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 129-139, en relación a la perspectiva semántica en la teoría de Dworkin.

[36] Endicott, T., "Herbert Hart y el aguijón semántico", en Navarro, P. E. y Redondo, C. (comps.), *La relevancia del derecho*, *cit.*, nota 34, p. 36.

Endicott, en contraposición a la idea dworkiniana de que cualquier paradigma es *sustituible*, define "paradigma" como "una instancia inerradicable de un concepto" o término jurídico, esto es, "ejemplos que los individuos encuentran útiles para explicar el significado"; por eso, los "paradigmas ostensibles que tienen que ser erradicados simplemente no son paradigmas *genuinos*".[37] Para Dworkin, "Timothy Endicott argues that the claim that any paradigm is in principle revisable… is the nerve of my interpretive approach to law, and defends positivism against my 'semantic sting' argument by contesting that claim".[38] Ahora, según Endicott, "el desafío interpretativo" de Dworkin a la teoría del derecho de Hart acerca de que no puede explicar la naturaleza de los desacuerdos jurídicos, consiste en: "que Hart pensó que el núcleo de desacuerdo es un conjunto de criterios compartidos para la aplicación de conceptos jurídicos, y que, [cuando hay desacuerdo] de manera típica, nosotros no compartimos tales criterios".[39] Pero, en su opinión, que los juristas discrepen sobre los criterios de aplicación que constituyen los paradigmas desde los que resolver un caso concreto sería algo así como hablar en forma irónica o figurativa.[40]

Frente a la posición dworkiniana de que ningún paradigma de un concepto abstracto está a *salvo* y todos los paradigmas pueden ser *desafiados* y *desplazados* por otro que de *mejor* explicación de todos los demás, el profesor del Balliol College entiende que "por lo menos, para algunos conceptos abstractos debemos aceptar que algunos paradigmas son instancias indiscutibles, así como es indiscutible que una persona sin pelo es calva". Pues, hay que entender que los paradigmas, para ser tales, tienen que incluir *algún* caso *claro*. La afirmación de que los paradigmas no pueden ser erradicados (o sea, que son indiscuti-

[37] *Ibidem*, p. 51.

[38] Dworkin, R., "Thirty Years On", *Harvard Law Review*, vol. 115, 2002, p. 1684.

[39] Endicott, T., "Herbert Hart y el aguijón semántico", en Navarro, P. E. y Redondo, C. (comps.), *La relevancia del derecho, cit.*, nota 34, p. 35.

[40] *Ibidem*, p. 50.

bles como ejemplos claros de la aplicación de un concepto), según este autor, puede predicarse de una variedad muy extensa de expresiones del derecho. Si entendemos los paradigmas como casos *discutibles*, entonces —afirma— no sería posible siquiera la comunicación. Esto le lleva a pensar que cuando algunos paradigmas pueden ser descartados para explicar un concepto es porque realmente no son "paradigmas *genuinos*" del mismo.[41] Parece lógico, pues, que en los criterios de aplicación que constituyen un caso *claro* sí debamos estar de acuerdo. Es, en este sentido, en el que Endicott afirma que "incluso para discrepar necesitamos entendernos".[42] De no ser así, y haber desacuerdo en los paradigmas de aplicación de un *clear* cases, "entonces algunos de los interlocutores no estarían hablando el mismo idioma".[43]

3. *Características de la decisión judicial en los* "borderline cases"

La decisión judicial adquiere unas determinadas características típicas cuando opera resolviendo "desacuerdos marginales" en los *borderline* cases. Características que son las siguientes:.

A. *Decisión judicial "discrecional"*

La discrecionalidad judicial es él único mecanismo con que cuentan los sistemas jurídicos para poder dar efecto a los derechos y deberes de las personas en las disputas jurídicas en las que el derecho resulta *indeterminado*. Y esos supuestos son los que contemplan los *borderline* cases.

Hart advirtió que, en comparación a los *clear* cases, en los que claramente puede dirimirse si la regla se aplica o no se aplica al caso en cuestión, la realidad jurídica genera

[41] *Ibidem*, p. 53.
[42] *Ibidem*, p. 35.
[43] *Ibidem*, p. 47.

"otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica" la regla.[44] Esta forma de contemplar la casuística judicial, consecuencia de aceptar el argumento "*open texture of law*", "pone en cuestión la visión estándar de la certeza del derecho como *ideal*".[45] Viene a decir que en el derecho hay "áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso [decisión], a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso".[46]

Estas áreas de conducta generan *borderline* cases, cuya resolución no es posible mediante la *subsunción* del caso individual en el caso genérico (paradigma) de la regla: ni en su supuesto de hecho, ni en la aplicación de la consecuencia jurídica *pre*dispuesta por ella,[47] en razón de que ese paradigma de aplicación es *controvertido*. Áreas que son, pues, "márgenes discutibles"[48] sobre el ámbito aplicativo de la regla, a causa de la *textura abierta* que presenta la estructura del derecho.[49] Los *borderline* cases se ubican, por tanto, en la zona de "imprecisión" de la significación y aplicación de las reglas. Lógicamente, al estar situados al margen del núcleo de certeza, el operador jurídico va a tener "incertidumbre" sobre qué *decisión* tomar en relación con la aplicación de la regla: duda de si verdaderamente es un caso que pertenece al ámbito de su aplicación (y decidir aplicarla) o si finalmente no pertenece (y decidir no aplicarla).

Incertidumbre o duda que consiste en que el juez no encuentra en el derecho *ninguna* razón suficiente para situar el caso *dentro* o *fuera* del ámbito de aplicación de las reglas.

[44] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, nota 1, pp.152 y 153.

[45] Real Alcalá, J. A. del, "Vaguedad y Legislación. Doctrinas contemporáneas que cuestionan el «ideal de certeza» del derecho", *Memoria del Congreso Internacional de Culturas Jurídicas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 8 (en prensa).

[46] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, nota 1, p. 168.

[47] *Ibidem*, p. 168.

[48] *Ibidem*, p. 180.

[49] *Ibidem*, pp. 167 y, 179 y 180.

O encuentra *tantas* razones (y ninguna adicional) para situarlo *dentro* (y decidir aplicarla), como para situarlo *fuera* (y decidir no aplicarla). Téngase en cuenta que los *borderline* cases sólo son similares al paradigma de aplicación en *algunas* características pero *no* en *otras*. Hart advirtió que "frente a cualquier regla es posible distinguir [no sólo] casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, [sino también] otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica".[50] En estos casos *indeterminados* se produce "una crisis en la comunicación del derecho: hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte [al juez] su uso o rechazo". La consecuencia de esa incertidumbre o duda es que la aplicación del derecho para con ese caso deviene "indeterminada". Algo que impide una resolución basada en reglas o de principios si "el derecho existente resulta ser indeterminado".[51]

Ahora bien, a pesar de no tener respuesta correcta en el sistema jurídico, eso no exime a los operadores jurídicos de la obligación de resolver entre las alternativas abiertas que se plantean.[52] Ante lo cual, el juez "debe salir fuera del derecho" "y ejercer un poder de creación para llegar a una decisión".[53] De ahí que la resolución que solventa un *borderline* cases, no pueda ser sino "discrecional". La existencia de esta tipología de decisión judicial explica, en buena parte, la importancia progresiva que ha ido adquiriendo la argumentación judicial en el derecho.[54]

Las posiciones que defienden que las decisiones judiciales *discrecionales* son inevitables en *algunos* casos, fundamentan su afirmación en "la incapacidad humana para an-

[50] *Ibidem*, pp.152 y 153.

[51] *Ibidem*, p. 158.

[52] *Ibidem*, p. 158.

[53] Hart, H. L. A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, núm. 36, mayo de 1980, p. 8.

[54] *Cfr.* Moreso, J. J., *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, Editorial UOC, 2006.

ticipar el futuro", desde el momento en que el legislador no puede prever todos los casos venideros, pues los legisladores son hombres, no son dioses.[55] Resulta que "la naturaleza o el ingenio humano siempre producirán casos para los que ninguna definición previa de los términos clasificatorios generales usados en las leyes pueda valer".[56] Riccardo Guastini ve imposible, por ejemplo, "regular la vida social y política en su totalidad".[57] Como esa "incapacidad" para adivinar absolutamente todos los casos *actuales* y *posibles* (futuros) es la *razón última* de la indeterminación jurídica, las decisiones judiciales *discrecionales* se encuentran estrechamente vinculadas a las "tesis de la indeterminación" del derecho. Ellas constatan que "en todo sistema jurídico habrá ciertos casos" en los que las pretensiones de las partes no están contempladas en el derecho. Casos, por tanto, que "no [están] regulados legalmente", es decir, "para los que ningún tipo de decisión es dictada por el derecho claramente establecido". En esos casos (*borderline* case), el sistema jurídico "es parcialmente indeterminado o incompleto", porque "no proporciona ninguna respuesta a la cuestión planteada".[58]

En el ejemplo de la impugnación por Tim aduciendo que el contrato de Tom es sacrílego, mencionamos que la decisión judicial que recae en un *clear* case contiene una preposición jurídica de uno de estos dos tipos: "el contrato de Tom es sacrílego", es "verdadero" (y al situarse *dentro* del núcleo de certeza aplicativa de la regla, procede su aplicación). O, "el contrato de Tom es sacrílego", es "falso" (y al situarse *fuera* del núcleo de certeza aplicativa de la regla, procede su no-aplicación). Pues bien, la resolución de un *borderline* cases, en cuanto que no está prevista en el siste-

[55] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, nota 1, p. 163.

[56] Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 53, p. 9.

[57] Guastini, R., "La «constituzionalizzazione» dell'ordinamento", *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2002, pp. 147-172; versión en español, "La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo*(s), *cit.*, nota 4, pp. 53 y 54.

[58] Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 53, p. 5.

ma jurídico y no ha podido, en consecuencia, extraerse del derecho *pre*establecido, supone una proposición como la siguiente: "el contrato de Tom es sacrílego", no es "ni verdadero ni falso" [respuesta 3], por situarse el caso en la zona de *incertidumbre* aplicativa de la regla (que declaraba nulos los contratos que son sacrílegos). Se corresponde, por tanto, con una respuesta *indeterminada*, en la que *no se sabe* si procede o no procede la aplicación de la regla. Eso hace al caso "indeterminado". Sólo resoluble a través de la discrecionalidad judicial.

Discrecionalidad, indeterminación y H. Kelsen

Borderline cases y "tesis de la indeterminación jurídica" son, en mi opinión, ingredientes típicos, o al menos habituales, de las posiciones del positivismo jurídico contemporáneo.[59] Aunque también se ha entendido que, en verdad, estos elementos son compatibles con algunas teorías positivistas y con algunas no-positivistas.[60] Un caso interesante es la teoría del derecho de Hans Kelsen, uno de los paradigmas del positivismo jurídico. La teoría jurídica kelseniana *presuntamente* admite algún tipo de "tesis de la *indeterminación* jurídica", pero también trata de hacerla compatible con la tesis —contraria— de la *completitud* del derecho.

La compatibilidad entre indeterminación y completitud la resuelve Kelsen desde los siguientes argumentos, que expongo muy sintéticamente.

En primer lugar, el argumento de la distinción entre normas "individuales" y normas "generales":

Él piensa que "la norma puede tener carácter individual o general. Una norma tiene carácter individual cuando dicta un comportamiento debido único e individualmente determinado; por ejemplo, la decisión de un juez"; y "una norma

[59] Real Alcalá, J. A. del, *op. cit.*, nota 3, p. 48.

[60] Así lo entiende Endicott, T., *op. cit.*, nota 6, p. 6, para quien la vaguedad en el derecho y sus consecuencias de indeterminación no forman parte de una determinada teoría del derecho, sino que son susceptibles de compatibilidad con ciertas teorías positivistas y ciertas no-positivistas.

presenta un carácter general cuando dicta un comportamiento debido determinado en el nivel general".[61]

En segundo lugar, a partir de la anterior distinción, esa compatibilidad pretende solventarla a través del argumento de la "la norma como marco":

> El orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales entrelazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación. Cada norma de este orden es creada de acuerdo con las prescripciones de otra y, en última instancia, de acuerdo con lo que establece la fundamental que constituye la unidad del sistema.[62]
>
> Desde un punto de vista dinámico, la decisión del tribunal representa una norma individual, creada sobre la base de una norma general del derecho legislado o consuetudinario, del mismo modo que esta norma general es creada por la Constitución.[63]
>
> Por tanto, el juez es siempre legislador, incluso en el sentido de que el contenido de sus resoluciones nunca puede encontrarse exhaustivamente determinado por una norma preexistente del derecho substantivo.[64]

En tercer lugar, aun cuando acepta la figura del juez *legislador*, el argumento que impugna la "teoría de las lagunas" en el derecho:

[61] Kelsen, H., *Teoría general de las normas*, traducción española de Hugo Carlos Delory Jacobs, revisión técnica de Juan Federico Arriola, México, Trillas, 2003, p. 25.

[62] Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995, p. 156.

[63] *Ibidem*, p. 171; asimismo, p. 157: "Una decisión judicial, por ejemplo, es un acto por el cual una norma general, una ley es aplicada; pero al mismo tiempo es norma individual que impone obligaciones a una de las partes o a las dos en conflicto"; y p. 159: "Al resolver la controversia entre dos particulares... el tribunal aplica, es verdad, una norma general de derecho consuetudinario o legislado. Pero al mismo tiempo crea una norma individual que establece determinada sanción que habrá de imponerse a cierto individuo. Esta norma individual puede ser referida a normas generales en la misma forma en que la ley referida a la Constitución. Así, pues, la función judicial, lo mismo que la legislativa, es, al propio tiempo, creación y aplicación del derecho".

[64] *Ibidem*, p. 174.

> Esta teoría [de las lagunas] es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. [Y] en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación del derecho.[65]

Kelsen considera, además, que la "teoría de las lagunas" es una "ficción":

> El orden jurídico no puede tener lagunas.
>
> La teoría de las lagunas constituye en realidad una ficción, pues siempre es lógicamente posible, aun cuando algunas veces resulte inadecuado, aplicar el orden jurídico en el momento de fallar.[66]

En cuarto lugar, el argumento de la "completitud" del derecho, por el que aboga desde un positivismo jurídico que cataloga de "consecuente":

> Él pretende salvaguardar ante todo:
>
> ...el postulado del positivismo del derecho de que cada caso concreto debe ser resuelto con base en el derecho positivo vigente.[67]
>
> Desde el punto de vista de un positivismo consecuente del derecho es indispensable demostrar que el orden del derecho positivo contiene tal autorización [de "llenar ésta o aquélla laguna"] expresa o tácita.[68]

En función de estos cuatro argumentos, no parece algo lógico aceptar un derecho "indeterminado" y "sin lagunas". Es decir, aceptar al mismo tiempo una tesis (*indetermina-*

[65] Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, traducción española de la 2a. edición alemana de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, p. 255.

[66] Kelsen, H., *Teoría General del derecho y del Estado*, *cit.*, nota 62, pp. 176 y 177.

[67] Kelsen, H., *Teoría general de las normas*, *cit.*, nota 61, p. 226.

[68] *Ibidem*, p. 139.

ción jurídica) y su contraria (*completitud* del derecho). Lo cual pone en duda si la teoría del derecho kelseniana sustenta *realmente* una tesis de la indeterminación jurídica.[69] Claro está, responder a esa cuestión también dependerá de qué *noción* manejamos de "indeterminación jurídica". Aproximadamente, puede entenderse que:

> ...el derecho es indeterminado cuando del universo de casos *previstos* (actuales) y *no previstos* (posibles), alguno/s (indeterminación *parcial*) o todos (indeterminación *total*) de esos casos *no* son considerados por el sistema jurídico, a causa de que no existe una norma que claramente los contemple, ya sea en el sentido de que no están regulados (lagunas) o de que no sabemos si la norma se aplica o no a un caso dado.[70]

En ambos aspectos (parcial o total), el derecho es *incompleto* si hay acciones o situaciones (casos) para las que el derecho no dispone claramente de una "calificación jurídica".[71] En virtud de esta noción de indeterminación, parece probable que la teoría jurídica de Kelsen no incluya *verdaderamente* una tesis de la indeterminación jurídica.

[69] Téngase en cuenta que la decisión judicial en los casos *indeterminados* kelsenianos, que son resueltos desde la noción de la *norma como marco*, no se corresponde exactamente con las características típicas que presenta la resolución judicial en los *borderline* cases, los cuales son la prueba de la indeterminación del derecho en el positivismo jurídico de raíz *hartiana*. La decisión judicial que dirime los casos *indeterminados* kelsenianos *no* coincide con las siguientes características típicas de la resolución que solventa *borderline* cases, tales como la número 1 (porque en la indeterminación kelseniana el juez *no* resuelve "saliendo" fuera del derecho sino desde *dentro* de las posibilidades de la norma) y la número 5 (porque en la indeterminación kelseniana la resolución judicial tiene certeza proposicional no sólo de *primer* nivel —existencial—, sino también de segundo nivel, ya que es una respuesta conforme a derecho; eso sí, al igual que en los *borderline* cases, no disfruta de certeza de *tercer* nivel —como *única* respuesta correcta—). Aunque sí comparten entre sí estas otras características típicas de los *borderline* cases: las número 2, 3 y 4 (que desarrollo en este epígrafe). La diferencia entre los casos *indeterminados* de Kelsen y los *borderline* cases del positivismo jurídico contemporáneo de raíz *hartiana*, puede encontrarse en la distinción esencial de que, para el inglés, la indeterminación menciona "casos *no-regulados*" por el derecho e *indeterminación* consiguiente. Y para el austriaco, refiere "casos *regulados*" por el derecho *dentro* de la *norma como marco* y *completitud* del derecho.

[70] Real Alcalá, J. A. del, *op. cit.*, nota 3, p. 48.

[71] Redondo, M. C., *op. cit.*, nota 12, pp. 180-182.

B. *Decisión judicial construida "como si" el juez fuera un "legislador"*

En un *borderline* case, "no hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca".[72] La discrecionalidad posibilita al juez cumplir con el *deber* de pronunciarse a favor de alguna de las partes, aun cuando no haya encontrado *ninguna* razón por la que decidir en un sentido o en el contrario, o encuentra *tantas* como para fallar a favor de cualquiera de las dos. El juez "debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho para el caso, en lugar de aplicar meramente derecho ya pre-existente y establecido" si éste se presenta incierto e indeterminado.[73] Para ello, en los *borderline* cases "debe salir fuera del derecho" "y ejercer un poder de creación" discrecional.[74] Así, pues, los casos *indeterminados* son los que activan la "función creadora" de los tribunales,[75] que se traduce en "una función productora de [nuevas] reglas"[76] con las que solventarlos. Cuyo resultado es la creación (judicial) de *nuevo* derecho,[77] elaborado *ex post* y *ad hoc* para regular una controversia jurídica específica que no ha sido contemplada con antelación por el sistema jurídico.[78]

Ahora bien, no hay un procedimiento o un método preestablecido en el derecho que diga al juez *cómo* ha de construir, en un *borderline* cases, la decisión *discrecional*. Hart sí dio algunas *pautas*, tales como que el juez debía de actuar según "la idea de lo que es *mejor*" y "como si" fuese un *legislador*. Veamos en qué consisten.

Por una parte, cuando el juez "sale" fuera del derecho a fin de ejercer su poder de discreción, ese "salir fuera del de-

[72] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, nota 1, p. 161.

[73] Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 53, pp. 5 y 6.

[74] *Ibidem*, p. 8.

[75] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 1, p. 183.

[76] *Ibidem*, p. 169.

[77] Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 53, p. 14.

[78] *Cfr.* Asís Roig, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 224-234.

recho" contiene, según la explicación hartiana, las dos siguientes fases. Una, "el juez halla primeramente que el derecho existente no acierta a dictar decisión de tipo alguno". Dos, 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".[79] Realmente, sin embargo, esta pauta no parece eliminar la *incertidumbre* que impregna a esta clase de decisiones judiciales, pues decidir según la idea "de lo que es mejor" es algo muy indeterminado, y algo muy diferente a decidir según lo que (*pre*)establece el derecho.

Por otra parte, otra pauta hartiana consiste en "actuar como lo haría un legislador *consciente*". Pero, claro está, no hay ningún "procedimiento legislativo" *pre*establecido en el sistema jurídico que le diga al juez cómo ha de *crear* derecho actuando como un legislador (legislador *judicial*), tal como si lo hay para el legislador *parlamentario*. Lo que nos viene a decir Hart es que la *discrecionalidad* no se traduce en arbitrariedad *si* se somete a la "condición" de que el juez "debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y actuar como lo haría un legislador consciente, decidiendo según sus propias creencias y valores". De modo que "si satisface esas condiciones, [el poder de creación jurídica de los jueces] está legitimado para seguir estándares o razones para la decisión que no estén estipulados por el derecho y puedan diferir de aquéllos seguidos por otros jueces enfrentados a casos difíciles similares".[80] Pero, tampoco parece que esta otra pauta elimine la *incertidumbre* de la discrecionalidad. Lo que sí afirma Hart es que la discrecionalidad es "intersticial" y está sujeta "a muchas limitaciones sustantivas" que "estrechan sus opciones", a fin de que no pueda ser empleada para "introducir [en el

[79] Hart, H.L.A., *op. cit.,* nota 53, pp. 9 y 10; y asimismo, del mismo autor, *Post scriptum al concepto de derecho*, *cit.*, nota 22, p. 57.

[80] Hart, H. L. A., *op. cit.,* nota 53, p. 9; y asimismo, del mismo autor, *Post scriptum al concepto de derecho*, *cit.*, nota 22, p. 56.

sistema jurídico] reformas a gran escala o nuevos códigos".[81]

C. *Decisión judicial que desborda el mecanismo de la bivalencia jurídica y de la subsunción*

Los *borderline* cases desbordan el procedimiento de la *subsunción* y la dualidad aplicativa de la *bivalencia* jurídica. Instrumentos que, como vimos, sí configuran la toma de decisiones en un *clear* case. En los *borderline* cases no es posible contar con un núcleo de certeza aplicativa del derecho desde el que se puedan resolver. En ellos ocurre que "el lenguaje general dotado de autoridad en el que se expresa una regla sólo puede guiar [al juez] de una manera incierta". De ahí que "el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan al razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta".[82]

La discrecionalidad constituye, pues, una respuesta *imprecisa* e *incierta* a un caso judicial. Y, en un principio, es incompatible con, y no puede construirse a través de, la *bivalencia* jurídica que brota del núcleo de certeza aplicativa de las reglas. Pero, según M. Cristina Redondo, se trata más bien de incompatibilidad inicial, porque *a posteriori* es posible *recuperarla*. Lo que plantea la profesora de la Università di Genova es la *reconstrucción* de la bivalencia jurídica —aun cuando esto se lleve a cabo discrecionalmente— si cuando se emplea la discrecionalidad se hace más *preciso* el contenido de la norma.[83]

Si esto es así, estaría en lo correcto Endicott cuando afirma que aunque se trate de un *borderline* case, el sistema jurídico sigue tratando a las reglas del derecho "como si" su aplicación fuera bivalente. Aunque, "por supuesto que el contenido posible de las órdenes de los tribunales no es bi-

[81] Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, *cit.*, nota 22, pp. 56 y 57.

[82] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, nota 1, p. 159.

[83] Redondo, M. C., *op. cit.*, nota 12, p. 193.

valente: las penas para los delitos y la reparación del daño en el derecho público y privado varían comúnmente dependiendo de la gravedad de los delitos y del daño ocasionado, etcétera. Pero, las resoluciones sí son bivalentes. Los abogados hablan "como si" todos fueran culpables o inocentes, responsables o no. Además, los tribunales llegan a un resultado o al otro".[84] De ahí deduce que la bivalencia no es una *representación* de la "estructura del deber judicial", sino una "ficción", y tal "como Finnis sugiere, un mero mecanismo para enfrentarse con la complejidad de asuntos y la necesidad de resultados inequívocos".[85] Ya que "lo que hace la bivalencia jurídica es simplificar algunas de las tareas más difíciles del derecho".[86] De las cuales no hay que excluir a los *borderline* cases, los casos más complejos y difíciles de resolver. Paolo Comanducci entiende que el derecho actúa "como si" todas las normas fueran claras aunque no siempre lo sean. El deber de resolver las disputas jurídicas que el Estado de derecho encomienda solucionar a los jueces, invita a éstos a adoptar la siguiente "ficción" sobre la bivalencia jurídica, que no es sino una visión "imaginaria" del derecho: "Para los jueces... el derecho no solo es determinable, sino que tiene que serlo... [el juez] tiene que actuar *como* si el derecho fuera completamente determinado *ex ante*".[87]

Algunos teóricos del derecho también han reclamado para el principio de la subsunción un papel relevante en los *borderline* cases. Al igual que la bivalencia, en principio la subsunción se presenta como "un mecanismo lógico sin discrecionalidad" según Gustavo Zagrebelsky,[88] apareciendo subsunción y discrecionalidad como dos formas opues-

[84] Endicott, T., *op. cit.*, nota 6, p. 72.

[85] *Ibidem*, pp. 72 y 73.

[86] *Ibidem*, p. 73.

[87] Comanducci, P., "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", *Doxa*, núm. 21-II, Alicante, 1998, pp. 101 y 102.

[88] Zagrebelsky, G.: *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, Torino, G. Einaudi, 1992; traducción al español, *El derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, epílogo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Trotta, 1995, p. 132.

tas de construir la decisión judicial.[89] Sin embargo, Moreso trata de disolver dicha incompatibilidad con base en la afirmación de que "no hay derecho sin subsunción". En su opinión, "la aplicación del derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces —por razones conceptuales— no hay aplicación del derecho sin subsunción".[90] Y esto incluye también la resolución de los *borderline* cases. En estos casos, lo que se trataría de *reconstruir*, aunque sea *discrecionalmente*, es el conjunto de condiciones de aplicación que hacen posible la subsunción.

Por lo dicho, en los *borderline* cases, la bivalencia y la subsunción aparecerían, no cómo los *únicos* procedimientos/mecanismos para la aplicación del derecho, sino como *unos dispositivos más*, entre otros, que intervendrían al final de la tarea de elaboración de la decisión judicial.

D. *Decisión judicial que no es la única respuesta correcta*

De la función creadora que los tribunales tienen necesariamente que ejercer a fin de resolver los *borderline* cases,[91] resulta una proposición jurídica que no tiene "valor de verdad" para con lo *pre*dispuesto en el derecho. De ella no puede predicarse *ni* que es *verdadera* ni que es *falsa* en relación al derecho preestablecido. Por eso, decidir discrecionalmente (que significa una proposición jurídica del tipo: "el contrato de Tom es sacrílego", no es "ni verdadero ni falso") es incompatible con decidir con la *única* "respuesta correcta" prevista en el derecho con antelación al acontecer del caso en cuestión.

Si la decisión judicial no es la única respuesta correcta y, consiguientemente, no es un "valor de verdad" con relación

[89] Según Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, *cit.*, nota 88, pp. 147 y ss.

[90] Moreso, J. J., "Conflictos entre principios constitucionales", en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo*(s), *cit.*, nota 4, p. 121.

[91] Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, *cit.*, nota 22, p. 28.

a lo establecido por las reglas del derecho, nos encontramos con una respuesta "indeterminada" por parte del derecho para con el caso dado. El derecho es "indeterminado", en palabras de Endicott, "cuando una cuestión del derecho, o de cómo el derecho se aplica a los hechos, no tiene una *única* respuesta *correcta*; sólo entonces hay *indeterminación jurídica*".[92] Así, pues, para que exista indeterminación ha de haber *borderline cases* que al final resulten finalmente indeterminados.[93]

E. *Decisión judicial sólo de primer nivel de "certeza" (proposicional) (no de segundo ni tercer nivel)*

De los tres niveles de certeza *proposicional* que es susceptible de poseer una decisión judicial, tal como he definido en el epígrafe I, veamos cuál cumple y cuál no cumple la resolución que recae sobre los *borderline* cases.

a. "Certeza (proposicional) de *primer nivel* (o *básica*)"

Desde el momento en que no contemplamos sino sistemas jurídico no-primitivos, el nivel más básico de certeza proposicional que puede predicarse de las decisiones judiciales ("certeza proposicional sobre la existencia de un *resultado*"), esto es, la *certidumbre* o *incertidumbre* sobre la construcción de una decisión judicial para el caso, sea la que sea, lógicamente sí es cumplido por la resolución que dirime *borderline* cases. Poseer la resolución judicial este nivel de certeza sólo indica que, en los *borderline* cases, el juez puede cumplir perfectamente con el deber de "resolver *siempre*", sea con la decisión que sea, que le impone el Estado de derecho.

[92] Endicott, E., *op. cit.*, nota 6, p. 9.

[93] Endicott, E., *op. cit.*, nota 6, p. 9: "There is indeterminacy (if any) only in borderline cases".

b. "Certeza (proposicional) de *segundo nivel*"

Como los *borderline* cases son casos que el derecho "ha dejado regulados en forma incompleta, y no hay ningún estado conocido de un derecho claramente establecido como para justificar expectativas"[94] a favor de ninguna de las partes en el litigio, la resolución que los resuelve no posee certeza proposicional de *segundo* nivel. No es posible, pues, tener *expectativas* razonables sobre cuál será el *contenido* de la decisión judicial, porque no hay ningún derecho al que esperar como el aplicable. Al contrario, la resolución judicial es creada *ex post* y *ad hoc* por el operador jurídico. No poseer la resolución judicial en este nivel de certeza indica que, en los *borderline* cases, al juez *no* le es posible cumplir con el deber de "resolver conforme a derecho" preestablecido. A la cuestión de *¿cómo* ha de elaborar entonces el juez la decisión cuando quiere resolver *conforme* a derecho *pre*establecido y, sin embargo, el derecho *no* ha previsto ninguna solución para el caso?, sólo puede responderse con el contenido lo que se ha observado en el apartado 1 de este epígrafe III.

c. "Certeza (proposicional) de *tercer nivel*"

De la decisión judicial que resuelve un *borderline* case, *tampoco* podrá predicarse certeza proposicional de *tercer* nivel, porque, al tratarse de una respuesta *indeterminada*, y no de la decisión correcta, *no* representa ningún "valor de verdad" en relación a lo que establece el sistema jurídico. No poseer la resolución judicial este nivel de certeza muestra que, en los *borderline* cases, al juez *no* le es posible cumplir con el deber de "resolver impartiendo justicia" conforme a derecho.

Por lo que se ha visto, parece que la resolución judicial que solventa un *borderline* case *únicamente* posee certeza

[94] Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, *cit.*, nota 22, p. 60.

proposicional de *primer* nivel o nivel *básico*. No de segundo ni de tercero. Esto quiere decir que las controversias marginales que se dirimen en un *borderline* case son resueltas por decisiones judiciales "inciertas".

Este *bajo* nivel de certeza que logran de las decisiones judiciales en los *borderline* cases está ligado a las "tesis de la indeterminación jurídica". Pero no hay que confundirse. Las tesis que abogan por la indeterminación (sea parcial o total) del derecho *nunca* han predicado la *incerteza* "total" del mismo. Téngase en cuenta que las tesis de la indeterminación no hacen *inciertas* a las decisiones judiciales en todos los niveles potenciales de certeza proposicional. Ellas predican, y aceptan, la "certeza" proposicional del derecho que es de *primer* nivel o *básica* (certeza como *resultado* o el deber judicial de "resolver siempre"). De lo contrario, no existiría sistema jurídico. Así, pues, al menos en un nivel *básico* o *mínimo*, el derecho siempre es "determinado" y "cierto". Aunque, en contra de lo que pudiera parecer, eso no anula su indeterminación, porque la *mera* existencia de una resolución judicial no es sinónimo de seguridad y certeza jurídica. Seguimos teniendo la misma incertidumbre sobre cuál será su contenido y qué dirá.

Ahora bien, el distinto nivel de certeza proposicional que asumen las decisiones judiciales que recaen en los *clear* cases y las que dirimen *borderline* cases, sí configura de forma *diferente* el "deber de resolver" que el Estado de derecho establece para los jueces. Así, mientras que en los *clear* cases se contempla como un *único* deber, eso sí, de carácter *tri*dimensional, por el contrario, en los casos *indeterminados* llega a configurarse como *tres* deberes "independientes" e incluso desconectados entre sí. Según Endicott, aun cuando al juez no le sea posible decidir conforme a derecho, el mero "deber de resolver" es un deber "independiente" del *rule of law*, que es extremadamente importante para el

Estado de derecho.[95] Él piensa que la capacidad y la responsabilidad de los jueces para imponer una resolución es la mayor fuente de su legitimidad. Como deber independiente, el deber de resolución sustenta el número *impar* de jueces y la votación por mayoría simple en los tribunales o la doctrina de la *cosa juzgada.* Sin embargo, no es un "deber moral superior", tal como el deber de *hacer justicia*, porque aquél también se realiza con decisiones no-razonadas, erróneas o corruptas, y no se traduce en el deber de promover la *aceptación* de las resoluciones que los jueces pretenden imponer. Aunque, sin duda, si la resolución judicial es "justa", entonces se legitima más y mejor y, es más aceptada, por las partes que la reciben.[96]

En función de todo lo dicho a lo largo de este epígrafe III, puede advertirse que constatar, además de los *clear* cases, otra *tipología* consistente en supuestos de *incertidumbre* e *indeterminación* en la aplicación del derecho (*borderline* cases), *resquebraja* la concepción "homogénea" y "uniformadora" con la que las teorías del derecho han contemplado tradicionalmente la casuística de la realidad jurídica y el modo de dirimirla.[97]

IV. Decisión judicial y "*pivotal cases*"

El no-positivismo, en la versión paradigma de Dworkin, sólo considera prácticamente una *única* categoría de casos judiciales: los "pivotal cases" (o casos *centrales*), a través de la cual aprehende toda la variedad de la práctica jurídica. Unificación que se sustenta en la idea de que, en un sistema jurídico que no es primitivo, *todos* los supuestos actuales o posibles se encuentran, explícita o implícitamente, de una u otra manera, regulados con antelación por el derecho. Se excluye por completo la existencia de casos no-re-

[95] Endicott, T., *op. cit.*, nota 6, p. 198: "Resolution is a critically important duty of judges".

[96] *Ibidem*, pp. 198 y 199.

[97] Real Alcalá, J. A. del, *op. cit.*, nota 45, p. 14.

gulados en el sistema jurídico. Y, en consecuencia, que la aplicación del derecho genere casos *marginales* (*borderline* cases).

Aunque aboga por una sola tipología de casos, esta corriente jurídica admite hablar de "casos fáciles" (también denominados "casos sencillos") y de "casos difíciles" (*hard* cases), asimismo catalogados como "casos *problemáticos*". Pero, en sí mismas, no son distinciones con entidad categorial o tipológica en la casuística judicial. Son, más bien, supuestos en los que la tarea de construcción de la decisión judicial entraña *menos* dificultad, porque la respuesta correcta se encuentre más "explícita" en el derecho y sea más *fácil* la tarea de identificarla. O, entraña *más* dificultad, porque la respuesta correcta se encuentre más "implícita" en el derecho y sea más *difícil* identificarla. Eso sí, el no-positivismo emplea en todos los casos el *mismo* procedimiento en el proceso de construcción de la resolución judicial: el "procedimiento hercúleo". De ahí resulta una misma tipología de decisión judicial (los *pivotal* cases). En realidad, la catalogación casos *fáciles* y casos *difíciles* viene a corresponderse a distintos *grados* de complejidad de esa misma tipología.

Bien es verdad que esta concepción de la casuística judicial centra su atención —prácticamente toda la atención— en *cómo* resolver aquellos *pivotal* cases que presentan mayor complejidad, y estos son los *hard* cases (casos *difíciles*). De hecho, el propio no-positivismo (que es, por eso, *interpretativista*) y asimismo la critica que realiza a otras teorías jurídicas, giran en torno a los *hard* cases. Por ejemplo, ven la principal equivocación del positivismo jurídico contemporáneo en la concepción errónea desde la que esta posición construye la resolución judicial en los *hard* cases. Recordemos que para el positivismo jurídico los *hard* cases derivan a *borderline* cases.

De cualquier modo, la *uniformidad* casuística con la que el no–positivismo contempla la realidad jurídica está fundamentada, por una parte, en la explicación de las controver-

sias *genuinas* del derecho como "desacuerdos centrales" (y no marginales) entre los juristas. Y, por otra parte, en las características que adquiere el único tipo de decisión judicial que solventa los *pivotal* cases (sean casos *sencillos* o *hard* cases), en función de cómo esa resolución es construida en el *modelo ideal* que representa el "procedimiento hercúleo".

1. *Desacuerdos "centrales" entre los juristas*

Según el no–positivismo, los *borderline* cases, en los que el positivismo jurídico sustenta las controversias *genuinas* en el derecho, son una concepción *errónea* de los *hard* cases, a los que verdaderamente hay que comprender como *pivotal* cases. Esta perspectiva estima que las controversias jurídicas *genuinas* no surgen como disputas *marginales* (o sea, en la zona de incertidumbre *aplicativa* del derecho), sino como "disputas centrales" (o sea, disputas acerca del mismo *centro* de *significación* de las reglas y principios del derecho).[98]

Ocurre que habitualmente en un caso judicial, los juristas discuten sobre los "conceptos" jurídicos que contienen las reglas y los principios del derecho, y que están relacionados con el caso dado. Cada una de las partes de un litigio mantiene una "concepción" diferente acerca de esos conceptos. Cada una de estas *concepciones* imagina el caso como un caso *claro* de aplicación, o de no-aplicación, de las reglas o principios relacionados con él. Por ejemplo, la *concepción* con la que una de las partes piensa el *concepto* jurídico conducirá a la *aplicación* de aquel concepto al caso (y de la regla o principio que lo contienen), a modo de un *clear* case que se sitúa claramente *dentro* del núcleo de certeza aplicativa de aquella regla o principio. Lógicamente, la *concepción* contraria con la que la otra parte piensa el concepto, llevará a su *no-aplicación* al caso (ni de la regla o princi-

[98] Dworkin, R., *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 39-43.

pio que lo contienen), a modo de un *clear* case que se sitúa claramente *fuera* del núcleo de certeza aplicativa.

Lo que se discute en un caso judicial, y que es lo que determina la aplicación o la no-aplicación del derecho a un caso dado, es el "*significado* central" de los conceptos jurídicos que contienen las reglas y principios que intervienen en el caso. No se trata, por tanto, de polémicas sobre los criterios de aplicación del derecho (porque sean inciertos), sino sobre las *concepciones* de los *conceptos* jurídicos. La distinción entre "concepto" (jurídico) y "concepciones" (del mismo) sustenta la explicación de las controversias *genuinas* en el derecho como desacuerdos "centrales" entre los juristas. Y del mismo modo la idea de que dichas controversias típicas son *pivotal* cases, y no casos *marginales* (*borderline* cases).[99] Estos son las razones que llevan al no-positivismo considerar los *hard* cases (casos *difíciles*) como *pivotal* cases (casos *centrales*), y a rechazar comprenderlos como casos *indeterminados* (*borderline* cases)

Que el desacuerdo *genuino* entre los juristas verse sobre los *pivotal* cases hace a todos los casos judiciales "controvertidos". Muestra, como "controvertidos" o discutibles, a los *conceptos* jurídicos sobre los que se polemiza en cualquier caso judicial (también denominados "conceptos esencialmente controvertidos", en adelante CEC),[100] incluso cuando se trata de casos *claros* o *sencillos* (*clear* cases).[101] Además, como los conceptos *controvertidos* son siempre susceptibles de interpretación, este punto de vista también concibe a los conceptos controvertidos como "conceptos interpretativos". Son los "recursos interpretativos" del sistema jurídico los dispositivos a través de los cuales se pueda identificar y determinar, en *todos* los casos, la respuesta correcta prevista en el derecho.

[99] *Ibidem*, pp. 39 y ss.

[100] *Cfr.* Iglesias Vila, M., "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa*, núm. 23, Alicante, 2000, pp. 77-104.

[101] Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 98, pp. 37-44.

2. *Lanzando el aguijón semántico*

Recordemos que Dworkin lanzó el "aguijón semántico" contra las posiciones del positivismo contemporáneo que *reducen* los desacuerdos genuinos en el derecho a los *borderline* cases, apoyándose en la *tesis de la indeterminación*. En palabras de Dworkin: "The purpose of my «semantic sting» argument was to make *exactly* that point: sharing a concept does not necessarily mean sharing criteria for its application, but might instead mean sharing paradigms as the basis for interpretive claims".[102]

Como padecen del aguijón semántico, aquellas posiciones positivistas estiman que los paradigmas de aplicación son "indiscutibles". Noción que les impide dar cuenta de la mayoría los desacuerdos que se producen en el derecho.[103]

Para el no-positivismo, aunque el valor de verdad que tienen los CEC es identificable mediante la interpretación con arreglo a *paradigmas* (a modo de casos *centrales* de significación y casos *claros* de aplicación), sin embargo, *todo* paradigma, en cuanto que es controvertido, puede ser estimado *erróneo* y quedar *relegado* a la hora de extraer de él la solución interpretativa, si es *desafiado* por una nueva interpretación que da "mejor" cuenta de él desde otros paradigmas.[104] Ningún paradigma (de conceptos interpretativos) tiene garantizado, pues, permanecer eternamente.[105] Y aquí surge una discrepancia relevante entre no-positivismo (los paradigmas son *discutibles* en *todos* los casos) y positivismo (en los casos *claros*, los paradigmas de aplicación *no* son *discutibles*).

El positivismo jurídico hartiano padece el *aguijón semántico* porque se sustenta en una "semántica criteriológica"

[102] Dworkin, R., *op. cit.*, nota 38, p. 1684.

[103] He mencionado sintéticamente la polémica sobre el argumento del "aguijón semántico", que emplea R. Dworkin con el fin de criticar a las posiciones del positivismo jurídico contemporáneo, en el epígrafe III.

[104] Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 98, p. 72.

[105] *Ibidem*, p. 66.

que conecta los *paradigmas* de un caso con los *criterios* de aplicación, en vez de sobre las *concepciones* del mismo:

> I shall call the argument I have just described, which has caused such great mischief in legal philosophy, the semantic sting. People are its prey who hold a certain picture of what disagreement is like and when –it is possible. They think we can argue sensibly with one another if, but only if, we all accept and follow the same criteria for deciding when our claims are sound, even if we cannot state exactly, as a philosopher might hope to do, what these criteria are.
>
> Then the following dilemma takes hols. Either, in spite of first appearances, lawyers actually all do accept roughly the same criteria for deciding when a claim about the law is true or there can be no genuine agreement or disagreement about law at all, but only the idiocy of people thinking they disagree because they attach different meanings to the same sound. The second leg of this dilemma seems absurd. So legal philosophers embrace the first and try to identify the hidden ground rules that *must* be there, embedded, though unrecognized, in legal practice. They produce and debate semantic theories of law.[106]

En definitiva, para el no-positivismo, prácticamente *todos* los casos —sencillos y difíciles— constituyen un contexto de *controversia* (en virtud de la distinción entre *concepto* jurídico y *concepciones*), pero asimismo todos pueden ser solventados *dentro* del derecho a través de la decisión judicial "correcta", ya que todos los contextos de *controversia* son asimismo contextos de *interpretación*, y como tales, admiten su resolución (visión "interpretativista" del derecho). Y ello, gracias a la confianza "ilimitada" que esta perspectiva deposita en los recursos interpretativos del sistema jurídico para identificar la única respuesta correcta. Desde el no-positivismo, por consiguiente, sólo se puede *dar razón* de las con-

[106] *Ibidem*, pp. 31-46, 45 y 46.

troversias *genuinas* que se producen en el derecho si se comprenden como desacuerdos "centrales" (y no marginales) entre los juristas. Como *pivotal* cases.

3. *Características de la decisión judicial en los* "pivotal cases"

La decisión judicial adquiere unas determinadas características típicas cuando opera resolviendo "desacuerdos centrales" en los *pivotal* cases a través del procedimiento hercúleo. Esas características son las siguientes.

A. *Decisión judicial desde dentro del derecho ("conforme a derecho") proporcionada por el "procedimiento hercúleo"*

El procedimiento "Hércules" constituye el modelo ideal de construcción de la decisión judicial, aplicable a la inmensa mayoría de los casos judiciales, que son comprendidos —como hemos visto— como *pivotal* cases. El fundamento del procedimiento hercúleo es la *conexión conceptual* entre el derecho y la moral,[107] a partir de una *teoría de las fuentes*

[107] Sin embargo, *no* necesariamente hay que entender la relación entre el derecho y la moral predicable del no-positivismo. Aunque no se trate de nexo conceptual, el positivismo jurídico "incluyente" aboga por la presencia del razonamiento moral en el derecho. *Cfr.* Coleman, J., "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", en Coleman, J., (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 99-147; Coleman, J., "Negative and Positive Positivism", *Journal of Legal Studies*, núm. 11, 1982, pp. 139 y ss.; *cfr.* Waluchow, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994; *cfr.* Himma, K. E., "Inclusive Legal Positivism", en Coleman, J. and Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 125-165; *cfr.* Himma, K. E., "The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism", *Law and Philosophy*, núm. 20, 2001, pp. 61-79; y asimismo, *cfr.* Moreso, J. J., "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", en Navarro, P. E. y Redondo, C., *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 93-116. Esta dirección del positivismo jurídico contemporáneo encuentra respuesta en el positivismo *excluyente* (o *estricto*) del razonamiento de la moralidad como criterio de validez jurídica. *Cfr.* Raz, J., *The concepto of a Legal System*, 2a. ed., Oxford Univrsity Press, 2003; Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2002; Raz, J., *Practical Reason and Norms*,

del derecho, inclusiva, tanto del derecho *explícito* como de los contenidos *implícitos* del derecho legislado, desde la que conectar la tesis de la *respuesta correcta*.

El procedimiento hercúleo pretende dos propósitos principales, que a continuación se explican.

a. Evitar a toda costa la *discrecionalidad* judicial

El no-positivismo considera que, en un sistema jurídico no primitivo, la resolución de los *pivotal* cases (sean casos *sencillos* o *hard* cases) siempre es "conceptualmente" posible mediante una decisión judicial *cierta*, que se construye desde la *bivalencia jurídica* y sobre la base de la *tesis de la respuesta correcta*. Decisión judicial de la cual está ausente de cualquier *discrecionalidad*.[108]

Esta perspectiva trata de *refutar* el modo en que el positivismo jurídico contemporáneo construye la decisión judicial en los *hard* cases, porque de ahí resulta una fuente de "legitimad" de la *discrecionalidad* de los jueces. Estima que la descripción de la función judicial en torno a la discrecionalidad *falsea* cómo es la adjudicación.[109] Según Dworkin, cuando en el positivismo el juez "tiene «discreción» para decidir el caso en uno u otro sentido", esta teoría implica que si "una de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso,... tal idea no es más que una ficción". En realidad —afirma—, cuando el positivismo resuelve de esta manera un caso judicial, está *creando* "nuevos derechos": "el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos [a través de la solución interpretativa, otorgándoselos a una de las par-

Oxford University Press, Oxford, 2002; Raz, J., *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1995; y asimismo, *cfr.* Shapiro, S. J., "On Hart's Way Out", en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript*, en esta misma nota, pp. 149-191; y Shapiro, S. J., "Authority", en Coleman, J. and Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, obra citada en esta nota , pp. 382-439.

[108] Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 98, pp. 337 y ss.

[109] *Ibidem*, pp. 37-39.

tes del caso, a la que hace ganadora, y] que ha aplicado después, retroactivamente, al caso".[110]

La alternativa del no-positivismo consistirá en "presentar y defender una teoría mejor" que refleje de forma más plausible cómo es la práctica jurídica.[111] Este es el fin para el cual la teoría jurídica de Dworkin configura el procedimiento del (imaginario) juez "Hércules": "Para este propósito he inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules. Supongo que Hércules es juez de alguna jurisdicción de los Estados Unidos".[112] La función del juez Hércules es:

> In *Law's Empire*, I imagine an ideal judge, whom I call Hercules, who develops an overall account of the point of legal practice as a whole and of the best moral justification for the settled law of his community, and uses his conclusions as the basis for deciding fresh cases that come before him.[113]

El procedimiento hercúleo le viene a decir a los jueces que pueden y deben resolver *conforme a derecho pre*establecido y en virtud de "argumentos de principio" (decisión judicial de *principios*), sin necesidad de introducir en la resolución judicial argumentos *políticos* o *de oportunidad* (decisión judicial *discrecional*). La decisión judicial elaborada mediante este procedimiento se sustenta en la idea de que los jueces "han de aplicar el derecho promulgado por otras instituciones, [y] no deben hacer leyes nuevas" usando la discrecionalidad.[114]

Esta forma de construir la decisión judicial constituye un patrón ideal en la adjudicación: en la resolución de los *hard* cases. Pero también a la hora de dirimir los casos *fáciles*. En estos últimos, las respuestas a las sucesivas cuestiones

[110] Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 2a. ed., Londres, Duckworth, 2002; trad. esp. *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999, p. 146.

[111] Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 110, p. 146.

[112] *Ibidem*, 177.

[113] Dworkin, R., *op. cit.*, nota 38, p. 1657.

[114] Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *cit.*, 110, p. 14.

que se van planteando en el proceso de elaboración de la decisión judicial son tan *obvias*, que no parece que detrás de ellas exista toda la teorización que hay en los casos difíciles.[115] Y, sin embargo, también han sido solventados por el mismo procedimiento. Circunstancia que posibilita al no-positivismo contemplar de modo "unitario" los casos judiciales. Tal como hemos observado, agrupándolos bajo la categoría *pivotal* cases.

b. Lograr la *completitud* del derecho

En conexión con el anterior propósito, otro de los grandes objetivos del procedimiento hercúleo es lograr la "completitud" del derecho.[116] Tratando, por tanto, de refutar las tesis de la *indeterminación* jurídica. Para que el derecho consiga lograr la *completitud*, los jueces deben seguir el procedimiento hercúleo a la hora de construir la decisión judicial. Dicho procedimiento proporciona los instrumentos necesarios para que el derecho salve cualquier clase de lagunas y no resulte indeterminado *ex post*.[117] Ahora bien, el que desde la completitud se proclame que toda acción puede ser calificada jurídicamente *conforme* a derecho, según Dworkin, "no garantiza que todos ellos den la misma respuesta" a las cuestiones [controvertidas] que se plantean.[118] Pero, al menos, permite asegurar que la "determinación" *ex post* del derecho mediante respuestas no–discrecionales siempre es posible.[119]

[115] Dworkin, R.: *Law's Empire*, *cit.*, nota 98, pp. 352-354.

[116] *Cfr.* Real Alcalá, J. A. del, "La «doctrina de la completitud» del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo", 2007 (en prensa), en donde desarrollo las características que muestra la tesis de la completitud del derecho en diversos ámbitos del sistema jurídico.

[117] Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 110, pp. 175-177.

[118] *Ibidem*, pp. 146 y 147.

[119] *Ibidem*, p. 146.

B. *Decisión judicial facilitada por el mecanismo de la "bivalencia jurídica"*

El procedimiento de Hércules se apoya en la "*bivalencia jurídica*" como "esquema lógico-conceptual" de la decisión judicial que resuelve *pivotal* cases. La bivalencia jurídica actúa como un "principio de clausura" de la indeterminación del derecho, según el cual "toda acción, o bien está jurídicamente permitida, o bien está jurídicamente prohibida".[120]

La bivalencia jurídica en un *pivotal* case se concibe del siguiente modo: como un *pivotal* case está situado en el *centro* de significación de las reglas y principios del derecho, el juez dispone de dos respuestas en función de las *diferentes* "concepciones" que aducen cada una de las partes sobre el "concepto jurídico" (incluido en la regla o en los principios) relacionados con el caso. Sigamos el ejemplo que se mostró en el epígrafe II sobre la impugnación por Tim del contrato firmado con Tom, aduciendo que es sacrílego. En un *pivotal* case, la validez o nulidad del contrato de Tom se discutirá en virtud de las distintas "concepciones" que alegan Tom y Tim sobre el "concepto" jurídico de "contrato sacrílego".

El juez hará "ganadora" a una de esas *concepciones*, desde alguno de los dos siguientes tipos de posibles respuestas:

— Respuesta 1: "el contrato de Tom es sacrílego", es "verdadero" (en función de la *concepción*–A sobre el *concepto* de "contrato sacrílego", que el juez identifica como la respuesta correcta, y hace ganadora en el litigio). Procede entonces la *aplicación* de la regla que declara que son nulos los contratos sacrílegos.
— Respuesta 2: "el contrato de Tom es sacrílego", es "falso" (en función de la *concepción*–B sobre el *concepto* de "contrato sacrílego", que el juez identifica como la respuesta correcta, y hace ganadora en el litigio). Pro-

[120] Redondo, M. C., *op. cit.*, nota 12, pp. 180 y 181.

cede entonces la *no–aplicación* de la regla que declara que son nulos los contratos sacrílegos.

Pero *no* cabe un "tercer espacio lógico" (*trivalencia* jurídica) entre los dos anteriores, porque vendría a constituir una respuesta *indeterminada* y, por tal, *discrecional*. Por ejemplo, del tipo: "el contrato de Tom es sacrílego", no es "ni verdadero ni falso" (respuesta 3). Esta respuesta del juez no tiene cabida en un *pivotal* case, porque en éste se discute (desde diferentes *concepciones*) sobre casos *centrales* de significación del *concepto* jurídico de aplicación. Concepciones de las cuales resultará (en función de cuál es la que resulta *ganadora* a modo de respuesta *correcta*), la clara aplicación o no–aplicación de la reglas o principio que contienen el concepto. Nunca una respuesta *indeterminada*.

Desde la perspectiva no-positivista, la *bivalencia jurídica* no se reduce a ser un mero mecanismo técnico que facilita la toma de decisiones ante las controversias jurídicas más complejas,[121] sino que viene a constituir la auténtica *representación* de la estructura del deber judicial ante los *pivotal* cases.[122] Se trata, pues, de un recurso para la *completitud* del derecho.

C. *Decisión judicial de "principios" (implícitos)*

La decisión judicial construida a través del procedimiento hercúleo está basada en los *principios implícitos* del derecho. De hecho, para conseguir que el derecho abarque a *todos* los casos (previstos y no previstos), en la argumentación judicial del procedimiento hercúleo, aquéllos juegan un papel destacadísimo.[123]

[121] Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, nota 9, p. 280 tiene esta visión de la bivalencia jurídica.

[122] *Cfr.* Endicott, T., *op. cit.*, nota 6, pp. 74 y 75.

[123] Iglesias Vila, M., "Discreción judicial y positivismo jurídico: los criterios sustantivos de validez", en Saba, R. (ed.), *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Sela, 2001, p. 92.

A la hora de la identificación y localización de los principios de los que deducir la solución interpretativa en los *hard* cases, ha de tenerse en cuenta la dimensión de *peso* (y no a modo del *todo–o–nada*) de los principios relacionados con el caso dado.[124] El juez tiene que *averiguar* los principios implícitos relacionados con el caso, seleccionando, en relación con ese caso, el principio/s de más *peso* o *valor*: aquél/aquéllos de entre los susceptibles de aplicación que se *adapten mejor* al derecho explícito y a sus prácticas jurídicas y, al mismo tiempo, proporcionen su *mejor justificación* moral: "Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community".[125]

Como cualquier disputa jurídica tiene una respuesta (*pre*)determinada en el derecho, una vez identificado por el operador jurídico, ese principio/s es el que debe suministrar la solución interpretativa. Derivando de él una proposición jurídica de aplicación o de no-aplicación al caso dado, a modo de solución correcta *preexistente* en el derecho.[126] Claro está, si cualquier disputa jurídica, aun cuando el derecho explícito formulado canónicamente sea indeterminado, tiene una respuesta correcta a través de los principios implícitos del derecho legislado, entonces el derecho es *completo*.

D. *Decisión judicial como única respuesta "correcta"*

El procedimiento hercúleo significa que los jueces construyen sus decisiones asumiendo la "tesis de la respuesta correcta", desde la que resolver cualquier tipo de indeterminación en el derecho.[127] La tesis de la respuesta correcta

[124] Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *cit*, nota 110, pp. 77 y 78.
[125] Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 98, p. 255.
[126] Dworkin, R., *Los derechos en serio, cit.*, nota 110, pp. 74-76.
[127] Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 98, pp. 239 y 240.

significa que las calificaciones que ofrece el derecho tienen "carácter unívoco" y, "a pesar de las discrepancias interpretativas" que pueda haber sobre ellas entre abogados y jueces en un caso judicial, el derecho "cuenta siempre con una única calificación correcta".[128] Por eso, los sistemas jurídicos que puesta correcta a cualquier controversia jurídica. Esa respuesta, que es *preexistente* al caso, no es retroactiva, y es *conforme a derecho* preesno son primitivos contienen prácticamente una restablecido, es la *mejor* respuesta que el sistema jurídico ha previsto para solventar una determinada controversia: "Finally, he will need more substantive convictions about which kinds of justification really would show the practice in the best light".[129] Aquí el deber judicial consiste, pues, en "identificar" (descubrir) esa respuesta *dentro* del derecho, por muy difícil que esta tarea pueda resultar. Pero no en inventarla discrecionalmente.[130] El derecho es contemplado "como si" fuese un sistema *sin* lagunas.

La tesis de la respuesta correcta constituye un alegato contra la discrecionalidad judicial. Se sustenta en la idea que esgrime Dworkin de que "aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo". Pero "no deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, describir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos".[131]

Así, a través del procedimiento hercúleo, una controversia jurídica *nunca* tiene una respuesta *indeterminada*, y el juez siempre tiene capacidad para *identificar* una respuesta

[128] Redondo, M. C., *op. cit.*, nota 12, p. 181.

[129] Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 98, p. 67.

[130] *Cfr.* Real Alcalá, J. A. del, "Sobre la indeterminación del derecho y la Ley constitucional. El caso del término «nacionalidades» como concepto jurídico indeterminado", *Derechos y libertades*, núm. 11, Madrid, enero-diciembre de 2002, pp. 223-250. Este texto puede verse asimismo en la reedición, "Sobre la indeterminación del derecho y la Ley constitucional. El caso del término «nacionalidades» como concepto jurídico indeterminado", *Revista de Derecho Foro*, Quito, núm. 2, segundo semestre 2003/I semestre 2004, pp. 127-155.

[131] Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *cit.*, nota 110, pp. 146 y 207.

unívoca y *correcta*. Para el no-positivismo, el que las controversias jurídicas genuinas no excluyan la identificación de *valor de verdad* sobre los conceptos contestados por las partes, significa que son compatibles con que existan *hechos* (habitualmente hechos *morales*) que, a pesar de ser debatibles, son verdaderos, y no necesariamente indeterminados o inciertos. El *valor de verdad* de un CEC en una disputa jurídica es susceptible de identificación.[132]

Precisamente que los CEC posean *valor de verdad* se traduce en que la interpretación *no* es discrecional sino de "respuesta correcta unívoca". La identificación del valor de verdad de los CEC se lleva a cabo por el juez mediante la interpretación jurídica, a modo de reconstrucción de la práctica social del derecho (desde el punto de vista *interno*) como miembro de la misma comunidad interpretativa en la que se comparte el mismo conjunto de *principios* (convicciones, presupuestos):[133] aquéllos que se adaptan (concuerdan o sintonizan) *mejor* a la historia institucional y a las prácticas del derecho explícito del sistema jurídico, y que, además, son capaces de proporcionar su mejor justificación moral.[134]

E. *Decisión judicial de primer, segundo y tercer nivel de "certeza" (proposicional)*

De los tres niveles de certeza *proposicional* que es susceptible de poseer una decisión judicial, tal como he definido en el epígrafe I, veamos cuál cumple y cuál no cumple la resolución que recae sobre los *pivotal* cases.

[132] Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 98, p 44.

[133] *Ibidem*, pp. 65 y 66, acerca de las tres etapas de la interpretación. "First, there must be a «preinterpretive» stage in which the rules and standards taken to provide the tentative content of the practice are identified". "Second, there must be an interpretive stage at which the interpreter settles on some general justification for the main elements of the practice identified at the preinterpretive stage". "Finally, there must be a postinterpretive or reforming stage, at which he adjusts his sense of what the practice «really» requires so as better to serve the justification he accepts at the interpretive stage".

[134] Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 98, p. 67.

a. "Certeza (proposicional) de *primer nivel* (o *básica*)"

La decisión judicial que emplea el procedimiento hercúleo para resolver *pivotal cases* posee certeza de *primer nivel* (certeza proposicional *básica*), porque si nos encontramos ante un sistema jurídico no primitivo, siempre habrá, y eso lo garantiza el procedimiento hercúleo, una decisión del juez que resuelve la controversia jurídica planteada. La resolución judicial que recae en un *pivotal* case posee certeza de *primer* nivel o nivel *mínimo* cuando el juez cumple el deber de "resolver *siempre*" que el Estado de derecho le impone.

b. "Certeza (proposicional) de *segundo nivel*"

Esa decisión judicial también posee certeza proposicional de *segundo nivel*, esto es, acerca del "contenido *razonable*" a esperar de ella, pues, por muy difícil que resulte identificarla será un contenido *preestablecido* por el derecho antes del acontecer del caso en cuestión y, por consiguiente, no será ajena a lo que razonablemente es deducible del derecho preexistente. La resolución judicial que recae en un *pivotal* case posee certeza proposicional de *segundo* nivel porque el juez *puede* cumplir *siempre*, sea en un caso *fácil* o en un *hard* case, con el deber de "resolver *conforme a derecho pre*establecido" al que está sometido en el Estado de derecho.

c. "Certeza (proposicional) de *tercer nivel*"

Asimismo, de tal resolución judicial es predicable certeza proposicional de *tercer nivel* porque se muestra como la "única respuesta correcta", a modo de "valor de verdad" en relación a lo previsto por el derecho. La resolución judicial que recae en un *pivotal* case posee certeza proposicional de *tercer* nivel en virtud de que en cualquier clase de caso, el juez *puede* cumplir con el deber de "resolver impartiendo justicia", mediante la "única respuesta correcta" que, como

valor de verdad, el derecho ha previsto para con el caso en cuestión.

En definitiva, al cumplir *todos* los niveles de certeza proposicional que es susceptible de poseer la decisión judicial, puede decirse, por una parte, que la resolución que solventa *pivotal* cases es una decisión judicial "cierta". Y, por otra parte, que el "deber judicial de resolver" se articula en los *pivotal* cases como un "deber unitario", en oposición a los *tres* deberes "independientes" que configura en los *borderline* cases.

V. Conclusión. Teorías jurídicas y aplicación judicial del derecho: ¿uniformidad o diversidad de la casuística judicial?

Contemporáneamente el *mérito* primigenio de romper la contemplación de la casuística judicial bajo el "principio de *unidad*" hay que atribuírselo probablemente a H. L. A. Hart, y a su propuesta de *sofisticar* la explicación del concepto de derecho. Sin duda, aquí jugó un papel muy relevante su argumento de la "textura abierta", cuando distinguió (no primigeniamente, pero sí como difusor de la idea) entre los casos que caen claramente *dentro* o claramente *fuera* del "núcleo" de *certeza* aplicativa de las reglas, y los que caen en la zona de "penumbra" e *incertidumbre* de aplicación. Generalmente, de este argumento arrancan las tesis de la indeterminación jurídica.

La textura abierta del derecho y las consiguientes tesis de indeterminación impugnan que la aplicación judicial del derecho sea contemplada de una forma *única* y *homogénea*, ante la diversidad de los supuestos que brotan de la realidad jurídica. Se trata del "principio de *diversidad*" de la casuística judicial. Desde el principio de diversidad, las categorías y tipologías más aceptadas son las de "*clear* cases" y "*borderline* cases".

Ahora bien, si aceptamos el principio de la diversidad en la casuística judicial, entonces será una cuestión muy im-

portante advertir previamente *si* no estamos en presencia de un caso claro (*clear* cases) o de un caso difícil (*hard* cases), susceptible de devenir a indeterminado o marginal (*borderline* cases). Distinción que no será necesario llevar a cabo si concebimos a los *hard* cases como *pivotal* cases.

Sin embargo, esa tarea no es nada sencilla. Así lo ha puesto de manifiesto Timothy Endicott. La razón es que puede "no estar claro" cuando nos encontramos ante un *clear* case o ante un *borderline* case. Se trata de la cuestión que el profesor de Oxford ha catalogado como "vaguedad de orden superior". Cuestión que algunas teorías jurídicas contemporáneas *no* han previsto, y no pueden dar cuenta de ella. Esto ocurre en mayor medida, con aquellas teorías del derecho que comparten una visión "estandarizada" y "uniforme" de los casos judiciales y, en definitiva, de la adjudicación. Por ejemplo, a pesar de sus orientaciones encontradas, las teorías del derecho de Hans Kelsen y de Ronald Dworkin.

La posición de T. Endicott es aceptar el principio, de raíz hartiana, de "diversidad" sobre la casuística judicial. Pero, al mismo tiempo, abogar por recuperar (*re*legitimar) la bivalencia jurídica, a modo de un *mero* "mecanismo técnico", decisional, tal como lo concibió John Finnis, favorecedor de la toma de decisiones ante la *complejidad* creciente del derecho. Decisiones que de no adoptarse pueden conllevar la violación de derechos fundamentales (sea el caso, por ejemplo, del derecho fundamental a la *tutela judicial efectiva*).

El punto de vista del no-positivismo contemporáneo, en la versión paradigma de R. Dworkin, ha sido la de tratar de refutar la contemplación *no*-unitaria de los casos judiciales. Los *pivotal* cases con una de las "categorías" *unificadoras* más potentes con la que aprehender toda la magnitud de la realidad de la práctica jurídica. Ellos conducen hacia una *renovada* "uniformidad" de la adjudicación. La visión unitarista y homogénea de la teoría de la adjudicación produce los dos siguientes efectos. Uno, mayor seguridad jurídica de

las personas, que pueden esperar una resolución *menos dispar* entre casos iguales. Dos, la *completitud* del derecho.

Pero esto lleva a plantearnos si verdaderamente la práctica *real* del derecho admite la *homogeneización* de la adjudicación, o se trata más bien de una *ficción*, tal vez una ilusión de concebir al derecho "como si" fuese *completo* aun cuando no lo sea (un auto-engaño). Y, por consiguiente, de un *reduccionismo* conceptual. Pero, responder de una o de otra manera a esta cuestión, supone adoptar una determinada visión sobre la *adjudicación* y sobre el propio *concepto* de derecho. El "principio de unidad" de la casuística judicial (aunque, es cierto, que desde concepciones diferentes), explicaría la *coincidencia* que surge entre dos teóricos del derecho tan distintos como H. Kelsen y R. Dworkin, acerca de la tesis (real o de ficción) de la *completitud* del derecho; en oposición al "principio de diversidad" de la adjudicación, sustentado en las tipologías "clear cases" y "borderline cases", por el que aboga el positivismo jurídico contemporáneo de raíz hartiana.

Destacadamente T. Endicott viene a cuestionar en la actualidad los argumentos *uniformadores* sobre la adjudicación. Desde el desarrollo de la concepción que hereda mayormente de Hart sobre el ideal de certeza del derecho, afirmar que el "principio de la diversidad" en la adjudicación *no necesariamente* pone en peligro el valor de la seguridad jurídica. El que todos los casos sean "precisos", y que ésta sea la *única* "tipología" desde la que abordar la teoría de la decisión judicial, no es que no sea real, sino que verdaderamente "no es posible" en un sistema jurídico. La razón para que esto sea así, es de peso: la *excesiva* precisión es *incompatible* con un sistema jurídico moderno, dada la riqueza casuística que es susceptible de brotar de la realidad. Incluso, un exceso de precisión puede, en ciertos supuestos, llegar a *desnaturalizar* el fin del derecho y crear *más* arbitrariedad que la que pudiera generar el derecho no-preciso.

La "uniformidad" (*pivotal* cases) o la "diversidad" (*clear* cases y *borderline* cases) como criterios desde los que abordar los *casos* judiciales y, por consiguiente, la *adjudicación*, y en definitiva, en buena medida el *concepto de derecho*, parecen situar a los jueces y a los teóricos del derecho en la siguiente tesitura: o ficción y seguridad jurídica, o realidad de la práctica jurídica e incertidumbre.

VI. Bibliografía

Asís Roig, Rafael de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995.

———, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2005

Coleman, Jules, "Negative and Positive Positivism", *Journal of Legal Studies*, núm. 11, 1982.

———, *The Practice of Principle: in Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

———, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Comanducci, Paolo: "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", *Doxa*, Alicante, núm. 21-II, 1998.

Diciotti, Enrico, "Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato", *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1992.

Dworkin, Ronald, "Thirty Years On", *Harvard Law Review*, vol. 115, 2002.

———, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

———, *Taking Rights Seriously*, 2a. ed., Londres, Duckworth, 2002.

———, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino Duckworth, Ariel, Barcelona, 1999.

———, "Is there really no right answer in hard cases?", en DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; traducción española, DWORKIN, R., "¿Realmente no hay respuesta correcta a los casos difíciles?", en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J., *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1992.

ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

———, "Herbert Hart and the Semantic Swing", *Legal Theory*, v. 4, núm. 3; traducción al español, *id.*, "Herbert Hart y el aguijón semántico", en NAVARRO, P. E. y REDONDO, C. (comps.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002.

———, "Law is Necessarily Vague", *Legal Theory*, núm. 7, 2001; traducción española, *id.*, "El derecho es necesariamente vago", traducción de J. Alberto del Real Alcalá, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 12, 2003.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

GUASTINI, Riccardo: "La «constituzionalizzazione» dell'ordinamento", *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2002; versión en español, *id.*, "La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo*(s), Madrid, Trotta, 2003.

HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961; traducción al español, *id.*, *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

———, "Postscript", en HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, edición de

Penélope A. Bullock y Joseph Raz; hay traducción al español, *id.*, *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000.

———, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, núm. 36, mayo de 1980.

HIMMA, K. E., "The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism", *Law and Philosophy*, núm. 20, 2001.

———, "Inclusive Legal Positivism", en COLEMAN, J. y SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

IGLESIAS VILA, M., "Discreción judicial y positivismo jurídico: los criterios sustantivos de validez", en SABA, R. (ed.), *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Sela, 2001.

———, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa*, Alicante, núm. 23, 2000.

KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995.

———, *Teoría pura del derecho*, traducción española de la 2a. ed. alemana de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993.

———, *Teoría general de las normas*, traducción de Hugo Carlos Delory Jacobs, revisión técnica de Juan Federico Arriola, México, Trillas, 2003.

MORESO, Josep Joan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

———, Conflictos entre principios constitucionales", en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo*(s), Madrid, Trotta, 2003.

———, "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", en NAVARRO, P. E. y REDONDO, C., *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002.

———, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, Editorial UOC, 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo*(s), Madrid, Trotta, 2003.

RAZ, Joseph, *The concepto of a Legal System*, 2a. ed., Oxford Univrsity Press, 2003.

———, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

———, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

———, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

REAL ALCALÁ, J. Alberto del, "Sobre la indeterminación del derecho y la Ley constitucional. El caso del término «nacionalidades» como concepto jurídico indeterminado", *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, enero-diciembre de 2002.

———, "Sobre la indeterminación del derecho y la Ley constitucional. El caso del término «nacionalidades» como concepto jurídico indeterminado", *Revista de Derecho "Foro"*, Quito, núm. 2, segundo semestre 2003/I semestre 2004.

———, "Ámbitos de la «doctrina de la indeterminación» del derecho", *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 56, julio de 2006.

———, "Desacuerdos en la teoría jurídica sobre el concepto de certeza en el derecho", *Boletín Mexicano de*

Derecho Comparado, México nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006.

———, "La indeterminación de la «estructura del deber» de los jueces en el Estado de derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 2006 (en prensa).

———, "Vaguedad y legislación. Doctrinas contemporáneas que cuestionan el «ideal de certeza» del derecho", *Memoria del* Congreso *Internacional de Culturas Jurídicas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006 (en prensa).

———, "La «doctrina de la completitud» del derecho en el antipositivismo jurídico contemporáneo", 2007 (en prensa).

REDONDO, M. Cristina, "Teorías del derecho e indeterminación normativa", *Doxa*, Alicante, núm. 20, 1997.

SHAPIRO, Scott J., "On Hart's Way Out", en COLEMAN, J. (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

———, "Authority", en COLEMAN, J. y SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

STAVROPOULOS, Nicos, *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

WALUCHOW, Will J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, Torino, G. Einaudi, 1992; traducción al español, *id.*, *El derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, epílogo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Trotta, 1995.