

GIANMARCO GOMETZ

LA CERTEZA JURÍDICA COMO PREVISIBILIDAD

Traducción de
Diego Moreno Cruz
y Diego Dei Vecchi

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2012

SUMARIO

	Pág.
ESTUDIO INTRODUCTORIO, por Diego Moreno Cruz	11
INTRODUCCIÓN	33

CAPÍTULO I

LA INCERTEZA SOBRE LA CERTEZA

I. AMBIGÜEDAD DE LA EXPRESIÓN «CERTEZA DEL DERECHO».	39
II. VAGUEDAD DEL SIGNIFICADO DE «CERTEZA DEL DERECHO».....	43
III. IMPORTANCIA DE LA PRECISIÓN CONCEPTUAL EN MATERIA DE CERTEZA JURÍDICA	48
IV. LA CERTEZA COMO PREVISIBILIDAD	51
V. CERTEZA COMO HECHO Y CERTEZA COMO VALOR	53
1. La certeza-previsibilidad como concepto factual disposicional...	53
2. La certeza factual: una cuestión de grado.	56
3. Concepciones normativas de la certeza	60
4. La certeza como valor o como principio	67

CAPÍTULO II

LA CERTEZA-PREVISIBILIDAD ENTRE FORMALISMO Y ANTIFORMALISMO

I. ALGUNAS PREGUNTAS SOBRE LA CERTEZA COMO PREVISIBILIDAD.....	73
II. PREVISIÓN Y CERTEZA JURÍDICA EN LA OBRA DE HANS Kelsen	75
1. La «ilusión de la certeza del derecho» en la <i>Teoría pura</i> de 1934.	75

	Pág.
2. La inadmisibilidad de la utilización de los conocimientos extrajurídicos	77
3. La previsibilidad de la función jurídica en los escritos sucesivos a 1941.....	80
4. La relación entre la jurisprudencia normativa y la jurisprudencia sociológica	83
5. Sustancial identidad de resultados entre jurisprudencia sociológica y jurisprudencia normativa.....	86
6. La certeza del derecho en la <i>Teoría pura</i> de 1960.....	92
7. Dos problemas para un previsor «kelsenista»	99
8. La previsión y los conflictos de normas de grado diverso.....	105
9. El grado de certeza.....	107
10. Una certeza aproximativamente realizable	109
III. DOS POSICIONES ANTIFORMALISTAS: LA CERTEZA-PREVISIBILIDAD SEGÚN CORSALE Y LEONI.....	111
1. Corsale y la certeza como seguridad-previsibilidad.....	111
2. Crítica a la «certeza legal».....	115
3. Certeza-previsibilidad e ideología social.....	118
4. La certeza en la historia del derecho	122
5. Perspectivas para la solución de una crisis	128
6. La certeza como seguridad de obtener justicia: crítica	130
7. Leoni: certeza a largo plazo y certeza a corto plazo.....	137
8. Certeza a largo plazo como expresión de derecho espontáneo.	140
9. Diferencias entre certeza a largo plazo y certeza a corto plazo.	144
10. ¿Legislación <i>vs.</i> certeza-previsibilidad?.....	146

CAPÍTULO III

PARA UNA METATEORÍA DE LA CERTEZA

I. UNA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE «CERTEZA DEL DERECHO».....	153
1. Por qué una redefinición	153
2. Ni esencias ni contestabilidades esenciales: el reconstruccionismo.....	154
II. LA CERTEZA COMO DISPOSICIÓN	157
1. Una definición condicional de la certeza	157
2. La reducción como definición parcial de «certeza del derecho».	161
3. La naturaleza convencional de los puntos terminales de la reducción.....	166
III. LA CERTEZA COMO CONCEPTO CUANTITATIVO.....	172

CAPÍTULO IV

UNA REDEFINICIÓN DE «CERTEZA DEL DERECHO»

I. CUATRO PREGUNTAS SOBRE LA CERTEZA-PREVISIBILIDAD...	179
---	------------

	Pág.
II. QUIÉN PREVÉ	183
III. QUÉ SE PREVÉ.....	188
1. El carácter alternativo de la previsión.....	189
2. Ser o deber ser: éste es el problema	197
3. Conocimiento fáctico y previsión de las decisiones jurídicas....	201
4. Prever en negativo	203
5. ¿Consecuencias de qué?	205
6. La certeza como previsibilidad de los tiempos de las reacciones jurídicas.....	207
7. La precisión de la previsión.....	209
8. Una certeza diacrónica	213
9. Todavía sobre la previsión de éxito: Hayek.....	216
10. El «qué» de la certeza.....	219
IV. LA CERTEZA DEL DERECHO COMO PREVISIBILIDAD CALIFICADA EN LOS MEDIOS Y EN LOS MÉTODOS (CÓMO SE PREVÉ).....	220
1. La certeza como previsibilidad conseguible sólo por medio del conocimiento de las disposiciones normativas.....	221
2. Crítica: una certeza que sirve a la planificación jurídicamente informada de la conducta individual.....	223
3. Una posibilidad de planificación instrumental a la autonomía de los previsores	228
4. La certeza como previsibilidad conseguida mediante cualquier información disponible	229
5. Certeza y efectividad de las normas.....	235
V. EL CUÁNTO DE LA CERTEZA.....	238
1. La dimensión vertical de la certeza: una medida compleja	239
2. La dimensión horizontal de la certeza: la difusión de la previsibilidad	242
3. Los factores de certeza.....	246

CAPÍTULO V CONCLUSIÓN

I. UNA PROPUESTA DE REDEFINICIÓN	257
APÉNDICE 1. ESQUEMA GENERAL DE PREVISIÓN ALTERNATIVA...	263
BIBLIOGRAFÍA	265

ESTUDIO INTRODUCTORIO

CONSECUENCIAS JURÍDICAS ESPERADAS Y TOMA DE DECISIONES PRUDENTES

Diego MORENO CRUZ

I. Los seres humanos somos animales con disposición a mirar hacia el futuro¹. Todos los días hacemos predicciones para tomar decisiones sobre qué curso de acción seguir entre una serie de cursos alternativos. Actuamos basados en nuestra experiencia individual de vida, *i.e.* información que está almacenada en nuestra mente sobre lo que percibimos, recordamos y aprendemos de una fracción del mundo como una vez fue. A partir de esta información anticipamos cómo será el mundo después, basándonos en la creencia de que el futuro será, bajo condiciones de normalidad, muy parecido al pasado. De este modo formamos expectativas sobre lo que ocurrirá después. Tenemos, en otras palabras, capacidad de anticipar (inferir) a partir de lo observado, lo que aún no hemos observado².

En algunas situaciones conocemos con certeza que si decidimos hacer, o no hacer, esto o lo otro, obtendremos, muy seguramente, esto y esto otro. En otras situaciones, en cambio, dudamos si con nuestra acción obtendremos lo que queremos o nos satisface, o evitaremos lo que despreciamos o insatisface. En este último tipo de situaciones podemos considerar que estamos en una situación de «incerteza». Es decir, esta-

¹ Sobre la predicción como función primordial del cerebro, véase LLINÁS, 2003: 25-59.

² Véase BLACKBURN, 1973: 1 ss; véase también HUME, [1739-1740]: 135 ss, espec. p. 184: «[...] the supposition, *that the future resembles the past*, is not founded on arguments of any kind, but is derived entirely from habit, by which we are determined to expect for the future the same train of objects, to which we have been accustomed».

mos inciertos sobre actuar de un modo u otro, ya que no estamos seguros, como en la primera clase de situaciones, sobre cuáles serán las consecuencias de nuestro actuar.

Normalmente sabemos que si introducimos los dedos de las manos en el fuego seguramente sentiremos ardor. Si buscamos evitar tal situación de malestar, procurando nuestro bienestar, decidiremos por tanto alejar nuestras manos de la llama. Podemos anticipar, en situaciones de normalidad, con certeza las consecuencias de nuestra decisión (sobre qué curso de acción seguir): introducir o no nuestras manos en el fuego, nos hará sentir o evitar el dolor infligido por la llama.

Lamentablemente la mayoría de problemas de decisión suponen un proceso más complejo para elegir el curso de acción entre otros cursos alternativos. Muchas veces nuestra toma de decisión no es monádica (*i.e.* los resultados dependen de nuestras acciones, como en el ejemplo de los dedos y la llama), sino estratégica (*i.e.* los resultados no dependen sólo de nuestras acciones sino también de las acciones de otros). Éste es el caso por ejemplo de las acciones que son objeto de valoración jurídica (y también moral). Las consecuencias de nuestra toma de decisión sobre qué curso de acción seguir son relativas a las acciones —*i.e.* toma de decisiones sobre la valoración o calificación jurídica de nuestra acción— seguida por otros (*e.g.* jueces)³. En casos como éstos, si no queremos dejarlo todo a la suerte, debemos ser estratégicos para tener éxito (obtener los resultados que preferimos o que simplemente nos satisfacen) con nuestro actuar.

Las reflexiones del autor Gianmarco Gometz que aquí se presentan en torno al tema de la certeza jurídica parecieran ocuparse de la toma de decisiones prudentes (o en interés propio) en situaciones de toma de decisión estratégica⁴.

II. En este libro se exponen resultados de al menos tres distintas y sucesivas actividades intelectuales realizadas por el autor: presentar nociones de certeza jurídica ofrecidas por *ius-pensadores* de escuelas y tradiciones diversas; analizar tales nociones para detectar, en los discursos ordinarios y teóricos que las usan, afinidades respecto a lo que pretenden referir con ellas; y, por último, el objetivo-fin del autor, (re)definir un concepto preciso de «certeza jurídica» —que resulte de la actividad reconstructiva de los diversos usos que a tal noción han sido dados— liberado, sobre todo, de nociones «absolutistas» de certeza, las cuales han resultado ser presa fácil de las críticas de los incrédulos respecto a

³ Véase cap. IV, apdo. 3.5.

⁴ Si bien en este libro no hay una referencia explícita a problemas de decisión estratégica, el autor sí hace mención de éstas en el cap. V y en otro escrito suyo, véase GOMETZ, 2011: 257: «Cuando las previsiones sobre las consecuencias jurídicas de la conducta se vuelven generalmente no fiables o precarias, en efecto, se reducen los márgenes de nuestro actuar (jurídicamente) estratégico, o sea la posibilidad de usar nuestras acciones como medio para obtener las consecuencias jurídicas que hemos asumido como fines».

la «posibilidad de predicción de las consecuencias jurídicas conectables a las propias acciones»⁵.

A tales críticas escapa una noción relativista de certeza que resulta del rescate analítico emprendido por el autor. Él pretende retomar la *ratio* originaria de la «certeza jurídica», «dada por su carácter instrumental de servir a la posibilidad de planificar de modo jurídicamente consciente las propias elecciones prácticas» y, también, a la capacidad de prever consecuencias jurídicas de hechos (*i.e.* eventos independientes de la acción humana)⁶. Esta concepción es consistente con la creencia de que es posible predecir las consecuencias jurídicas conectables a las propias acciones, no con absoluta certeza, sino con probabilidad⁷.

En su repaso por las muchas disertaciones realizadas en torno a la certeza jurídica, el autor toma de éstas sus puntos fuertes y detecta sus falencias. De este modo procede a la reconstrucción de un concepto que, alejándose lo menos posible del uso común que los juristas dan al término, sea útil a una labor científica de detección del grado de certeza jurídica respecto a un ordenamiento, sector o norma suya⁸. Una noción de previsibilidad «no-clasificatoria»⁹, «disposicional»¹⁰, «gradual»¹¹, «relativa»¹², no «potente» o todo-poderosa sino más bien «alternativa»¹³.

La labor intelectual del autor dirigida a precisar una definición de certeza jurídica, que hasta la aparición de este libro puede decirse que

⁵ Véase cap. I, apdo. 5.2.

⁶ Véase cap. IV, apdo. 3.5.

⁷ La propuesta de abandonar nociones de certeza absoluta y adoptar nociones relativistas, la cual ha sido enunciada siglos antes por importantes íconos del pensamiento filosófico en tema de previsibilidad, sería aceptada sólo hasta el siglo xx por parte de filósofos del derecho cuyas reflexiones tuvieron por objeto el tema de la certeza jurídica, entre los cuales Gometz hace referencia a Kelsen (con mayor detalle en el cap. II) Ross, Hayek entre otros.

Una epistemología gradualista ya sería propuesta por Francis Bacon, quien insistiría que la certeza absoluta en las inferencias inductivas están más allá de la capacidad humana [BACON [1859], p. 356]. J. S. Mill en sus trabajos de inducción eliminativa (en contraposición a la carnapiana inducción enumerativa) combinaría la epistemología gradualista baconiana con la medición probabilística de la certeza del matemático Pascal, quien plantea una escala entre 0 y 1, en la que 1 equivale a certeza absoluta y desciende en grados de probabilidad hasta 0 [MILL [1843]: libro III]. Sobre los orígenes de la certeza gradual y la probabilidad en el pensamiento filosófico véase COHEN, 1989: cap. I.

Cuanto más cerca de 0 esté la ocurrencia del hecho en cuestión, tal ocurrencia será menos probable y simplemente posible. Ya David Hume consideraría, respecto a la suposición de que el futuro se parece al pasado, la probabilidad de que un evento no sea seguido por otro del cual teníamos la expectativa de que ocurriera: de modo que la creencia de que este último evento ocurrirá está acompañada por la creencia de que tal evento no ocurrirá, véase HUME [1739-1740]: 174 ss.

⁸ Véase Cap. I, apdo. 1: «conforme a mi intención de alejarme lo menos posible de los usos lingüísticos difundidos, propondré una redefinición de “certeza” que denote una previsibilidad imputable, en cada caso, sea a un ordenamiento considerado en su conjunto, sea a un sector suyo más o menos amplio, sea incluso a una norma jurídica individual».

⁹ Véanse cap. I, apdo. 5.2; cap. IV, apdo. 3.5.

¹⁰ Véase cap. III apdo. 2.

¹¹ Véanse cap. I, apdo. 5.2 y cap. II, apdo. 2.9.

¹² Sobre la previsibilidad relativa en Kelsen véase cap. II, apdos. 2.6 y 2.9.

¹³ Véase cap. IV, apdo. 3.1.

faltaba en la literatura ius-filosófica, es valiosa ya que como él mismo afirma: «cuanto más precisa es la definición de certeza más intersubjetivamente ciertos son los resultados de su comprobación»¹⁴. El autor reconoce que su noción condicional (disposicional) no reduce a cero la indeterminación sobre lo que se pretende referir con ella (incerteza sobre la «certeza»¹⁵). No obstante hay un punto en el que nos podemos dar por satisfechos si tal definición es plausible, es decir, si a pesar de su indeterminación podemos considerar que hay criterios intersubjetivos que la comunidad científica conviene en considerar válidos para justificar la creencia verdadera de que «el derecho X es (más o menos) cierto». Se trata, en palabras del autor, de «una intersubjetividad condicionada por una convención». La irreducible indeterminación «no impide alguna *comprobación* de la *certeza*, al menos si por “comprobación” se entiende un control empírico dirigido a averiguar si, o en qué medida, una situación dada manifieste las características en presencia de las cuales se ha *convenido* por definición hablar de “certeza del derecho”»¹⁶.

En suma, las ideas plasmadas en las hojas sucesivas a esta presentación, como ya ha sido señalado, pretenden ofrecer un concepto que facilite la labor de verificación de proposiciones sobre el grado de certeza del derecho. La labor intelectual está limitada deliberadamente a ofrecer una noción (cuantitativa y comparativa)¹⁷ que consienta el control intersubjetivo de la verdad o falsedad de aserciones del tipo «X es más o menos cierto» y de la verdad o falsedad de aserciones comparativas del tipo «X es más o menos cierto que Y»¹⁸. En ambos tipos de aserciones las variables X y Y ocupan el lugar o de un ordenamiento jurídico, o de un sector (disciplina o rama) suyo, o de una norma jurídica¹⁹.

Como podrá comprobar el lector respecto a este propósito u objetivo-fin (re)definitorio, los resultados de la labor emprendida por el autor son satisfactorios.

III. El rescate analítico es sobre todo satisfactorio ya que resalta una relación de sinonimia entre certeza jurídica y previsibilidad (de ahí el afortunado título del libro)²⁰. La certeza jurídica es expuesta por el autor como la situación de hecho en la que los individuos eligen de modo informado qué curso de acción seguir con base en las consecuencias jurídicas esperadas conectables al curso de acción que, en efecto, se elija seguir. De este modo la certeza jurídica es un concepto neutro en el sentido de que se aplica a la previsión de las consecuencias jurídicas conectables a hechos o acciones independientemente sea de las

¹⁴ Véase cap. III, apdo. 3.

¹⁵ Véase cap. I.

¹⁶ Véase cap. II, apdo. 2.3.

¹⁷ Véase cap. III, apdo. 3.

¹⁸ Véanse cap. I, apdo. 5.2 y cap. III apdo. 3.

¹⁹ Véanse cap. IV, apdo. 1.

²⁰ Véase cap. I, apdo. 4.

consideraciones morales respecto al mérito o desmérito de tales consecuencias (como dice el autor, se puede hablar, incluso de «certeza sobre la iniquidad»²¹ o de «certeza sobre el derecho injusto»²²), sea de los propósitos respecto a los cuales el éxito de las previsiones resulta ser funcional, es decir, independientemente de que estos propósitos sean generalmente premiados o, por el contrario, reprimidos por la sociedad²³. El autor apuesta también por un concepto de certeza jurídica que sea independiente de las cualidades del sistema jurídico (completo, coherente, centralizado) y de las disposiciones jurídicas (claras, inequívocas, irretroactivas, determinadas) que lo comprenden²⁴. El derecho imperfecto (incluso inefectivo) no es un obstáculo para la certeza jurídica, como tampoco lo es el derecho incierto: aun es posible la «certeza sobre la incerteza»²⁵. Si la imperfección, por ejemplo la inefectividad o la incerteza, del derecho no es ocasional sino más bien regular y públicamente conocida, bien puede ser considerada como información que sirve para predecir las consecuencias jurídicas imputables a las propias acciones²⁶. No obstante esto, el autor también reconoce que sistemas jurídicos consistentes, completos y determinados, y disposiciones jurídicas claras, rigurosas, inequívocas y determinadas son circunstancias, del todo contingentes, que posibilitan un mayor grado de certeza jurídica²⁷. Estas características favorecen, según nuestro autor siguiendo la opinión de Kelsen, la enunciación de previsiones más precisas, redu-

²¹ Véanse cap. IV, apdo. 4.4 y cap. II, apdo. 3.6.

²² Véase cap. V.

²³ Véase en la introducción del autor lo siguiente: «la certeza-previsibilidad es un medio, o mejor, una situación que puede ser aprovechada por los individuos de modo instrumental en la persecución de sus objetivos personales, sean ellos dignos o indignos. El caballero puede valerse de ella exactamente como el maleante: este último aprovechará las posibilidades de previsión de las reacciones jurídicas para planificar las propias fechorías, para minimizar el riesgo de sufrir consecuencias desagradables».

²⁴ Véase cap. IV, apdo. 4.2: «Incluso el normativista Kelsen, como lo hemos visto, habla de certeza del derecho no refiriéndose a cualidades particulares de las normas jurídicas, sino en términos de *previsibilidad* de las soluciones de los *casos concretos*, idónea para facilitar a los individuos la programación de sus propias elecciones prácticas. “Certeza del derecho”, por tanto, en el uso (más) habitual indica una *situación de hecho* caracterizada por una posibilidad, más o menos difundida y extensa, de prever los *hechos* que acaecen en virtud del derecho, y que producen consecuencias en la vida de los individuos. Todas las veces en que se utilice tal expresión como sinónimo de “previsibilidad jurídica” es por tanto a mi parecer oportuno tener claro que se hace referencia no directamente a una característica de las normas del derecho, sino a una disposición, propia de *individuos determinados*, a la previsión de *determinados eventos* por medio del empleo de *determinados métodos e informaciones*. En este sentido “claridad”, “estabilidad”, “irretroactividad”, etc. son todos conceptos externos y distintos de la “certeza”. Como mucho éstos hacen referencia a *circunstancias, condiciones de hecho o medios* necesarios para lograr un dado (o un más elevado) grado de certeza, entendida precisamente como disposición a la previsión”. Véase el cap. V: “Certeza del derecho” no es entonces sinónimo de “claridad” o “rigor” de las disposiciones en las cuales las normas están consagradas, ni de “falta de antinomias”, de “irretroactividad”, de “estabilidad de la normativa”, etc., sino de (acaso calificada) previsibilidad (de los hechos) del derecho. Las renombradas cualidades de las normas asumen por tanto solamente un rol de *circunstancias, presupuestos o medios* que *de hecho* agilizan esta certeza, sin ser sin embargo inmanentes o internas a su noción».

²⁵ Véase cap. IV, apdo. 3.4.

²⁶ Véase cap. IV, apdos. 3.3, 4.5 y 5.3.

²⁷ Véase cap. IV, apdo. 5.3.

ciendo una gama genérica de posibles interpretaciones alternativas de las disposiciones jurídicas²⁸.

En este orden de ideas la certeza jurídica es identificada en este libro con la posibilidad de hacer elecciones prudentes, es decir, consiste en el *hecho* de poder elegir en interés propio: con la capacidad subjetiva de actuar con base en el propio bienestar (y evitar consecuencias desagradables) teniendo en cuenta las circunstancias del mundo que rodean el curso de acción a elegir y las consecuencias jurídicas que *probablemente* serán conectadas (por otros) a la propia acción.

El autor se sirve de un personaje imaginario, Mr. Wendell H. Badman²⁹, para dar cuenta de quién y qué se prevé cuando se habla de certeza jurídica: un individuo que necesita saber lo que los tribunales harán de hecho; quien quiere saber *ex ante* las consecuencias materiales de sus propias acciones; él quiere predecir «*the incidence of the public force through the instrumentality of the courts*» y, con base en esta predicción, él puede escoger uno de los cursos de acción alternativos prudentemente (es decir, cuidando su propio interés)³⁰.

El autor no limita el ámbito de referencia de la «certeza jurídica» a esta capacidad subjetiva, sino que además considera el hecho (referido con la definición por él propuesta) de que esta capacidad de elección prudente sea difundida dentro de la clase de individuos, o una clase determinada de ellos. De este modo él propone dos medidas correspondientes de certeza jurídica y de control intersubjetivo de aserciones respecto al grado de certeza de un determinado ordenamiento, sector normativo o norma jurídica: una medida vertical, que corresponde a la capacidad individual (subjetiva) de predicción y otra horizontal que corresponde, en cambio, a la capacidad difundida de los individuos (o una clase determinada de ellos) de prever las consecuencias jurídicas conectables a las propias acciones³¹.

La apuesta por un concepto de certeza jurídica que considere el grado de capacidad o disposición difundida entre los individuos de prever las consecuencias jurídicas, excluye la información que sea conocida por unos pocos de ellos (información no conocible *ex ante* públicamente: «amenazas, intimidaciones, subterfugios, relaciones de amistad con los decisores, etc.»³²), sin excluir aquélla conocida por los profesionales

²⁸ Véase cap II, apdo 2.7.

²⁹ Véase cap. IV, apdo, 3.1.

³⁰ «[...] a bad man who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict [...] we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the [...] courts are likely to do in fact», HOLMES, [1897]: 459-460. Cfr. LEITER, 1999: p. 263: «On this Holmesian account of the "internal point of view", norms of law are seen by agents as providing —contra Hart— only prudential reasons for action».

³¹ Véase cap. IV, apdo 5.

³² Sin embargo véase, en el cap. IV, apdo. 4.4., que si los individuos (sujetos del derecho) disponen de la información pública de que los jueces deciden movidos por la influencia de una lisonja o una intimidación, «se trata, sin duda, de un escenario aberrante. Sin embargo tal aberración parece perjudicial para la certeza del derecho sólo para quien la haya inapropia-

(abogados, expertos en la práctica de la toma de decisión judicial) a los cuales pueden acudir los individuos para tomar decisiones prudentes. Este último tipo de información sirve a un aumento del grado vertical de certeza y también, siempre que esté (al menos potencialmente) disponible a todos los individuos, del grado horizontal³³.

IV. El ámbito de aplicación del concepto de certeza jurídica ha sido tradicionalmente limitado a la previsión que se realiza por medio de la información jurídica, es decir, al conjunto de normas que es el derecho. El autor por el contrario se arriesga a proponer que con tal concepto se abarque no sólo la información jurídica sino también la extrajurídica, es decir, la información no sólo normativa sino también aquella fáctica³⁴. Por esta razón para nuestro autor conviene más hablar no ya de «certeza jurídica» (o certeza del derecho), sino de «certeza sobre el derecho»: «Se trata, es verdad, más que de una certeza del derecho, de una certeza de los individuos sobre el derecho, donde con el término «derecho» no se hace referencia tanto a las normas válidas, generales y abstractas, sino a los actos que individualizan a éstas en los casos concretos (sentencias, decisiones administrativas, etc.), o a las consecuencias [...] conectadas a determinados actos o hechos»³⁵. Una certeza sobre los actos de aplicación, es decir, sobre las decisiones (de verificación, calificación de los hechos y determinación de la consecuencia jurídicas por parte) de los órganos del derecho respecto a la propia conducta.

Esto se relaciona con la insistencia del autor en señalar que la previsión a la cual se hace referencia con la noción de certeza jurídica concierne al mundo del *Sein* y no a aquél del *Sollen*³⁶: el objeto de la previsión es un hecho, no una norma. En este sentido certeza jurídica es más que la previsión de lo que «prevén» las normas jurídicas. Es, sobre todo, predicción de cómo serán aplicadas tales normas.

Sea cual sea la información y los métodos que se utilicen, la noción relativa de «certeza jurídica» por él propuesta presupone el rechazo no sólo de la idea de que la información contenida en las reglas (jurídicas) de juego establecidas por el legislador sirven para prever con total precisión cuáles serán las consecuencias jurídicas atadas a la propia conducta y a la de los otros, sino también contra la idea de que por medio de conocimientos extrajurídicos (es decir, distintos al conjunto de normas jurídicas) se asegure la certeza absoluta sobre el éxito de predicciones infalibles³⁷.

damente cargado de valoraciones positivas ulteriores respecto a su carácter instrumental a la mejor planificación de las elecciones prácticas, casi como si se tratara de otro modo de definir la justicia. Se olvida así que si un sistema jurídico es inicuo, la certeza del derecho resulta en certeza de iniquidad».

³³ Véase cap. IV, apdo. 4.4.

³⁴ Véase cap. IV, apdo. 4.

³⁵ Véase cap. IV, apdo. 4.3.

³⁶ Véase cap. IV, apdo. 3.2.

³⁷ Véase cap. IV, apdo. 4.3.

El previsor puede servirse de cualquier información que sea útil para planificar su existencia, que le consienta anticipar (sin absoluta certeza) las consecuencias jurídicas atables a sus propias acciones. Se trata, nos dice el autor, de información que consista en la detección de regularidades en la práctica de toma de decisión judicial: «Naturalmente, la utilidad concreta de todas estas informaciones para el éxito y la precisión de las previsiones dependerá de los criterios de decisión efectivamente practicados, o cuanto menos de regularidades decisionales efectivamente subsistentes o detectables en el momento en el que la previsión se elabora. Ninguna información útil para fines predictivos puede en efecto considerar factores que, aunque influyeran *latu sensu* la decisión, no son expresión de alguna regularidad detectable [...]»³⁸. Esta insistencia del autor pareciera estar en sintonía con aquélla de la teoría de la toma de decisión judicial (o *theory of adjudication*) del realismo estadounidense, la cual tiene por fin teórico la identificación de patrones de comportamiento regular de los jueces cuando toman decisiones³⁹.

V. Por otra parte, el autor deja en claro que la certeza jurídica puede estar referida a la previsión no sólo de la reacción de los órganos de aplicación respecto a la propia acción, sino también a la reacción que los otros destinatarios del derecho tendrán respecto a la misma: la predicción de «las consecuencias que, aun en ausencia de las medidas de la autoridad, son reconocidas como “jurídicas” por los otros asociados, y como tales espontáneamente conectadas a determinados actos o hechos»⁴⁰.

No obstante esto, la literatura que ha abordado el tema de la certeza jurídica pareciera hacer mayor énfasis no en la reacción de los otros miembros de la sociedad, sino en la de los jueces (u órganos de aplicación) respecto a la propia conducta. Gometz no escapa a esta tendencia. Esta mayor atención es explicable por la sencilla razón de que la reacción de los otros miembros de la sociedad dependen, en última instancia, de la reacción futura de los órganos de aplicación del derecho respecto a la propia acción. El *yo* destinatario del derecho, los *otros* destinatarios y el *juez* (o cualquier otra *autoridad* de aplicación del derecho, quien es a su vez una destinataria del derecho) pueden representarse como tres vértices que están conectados por medio de lo que se podría llamar un triángulo de expectativas mutuas. Este triángulo de expectativas supone

³⁸ Véase cap. IV, apdo. 4.4.

³⁹ Sobre la creencia realista en la posibilidad de determinación de las decisiones judiciales y en la posibilidad de formular generalizaciones con base en características compartidas por los jueces que explican la canalización de sus decisiones en patrones regulares de comportamiento, véase LEITER, 2007: 26-30. Véase en el cap. II, apdo. 2.5: «El sociólogo interesado en la previsión busca individualizar las conexiones causales entre un determinado comportamiento judicial y las circunstancias de hecho que lo determinan. Si él observa una cierta regularidad en estas conexiones, entonces se sentirá autorizado a formular reglas utilizables para predecir que ciertas circunstancias incluidas en la clase de aquellas que determinan (causan) con buena probabilidad un cierto comportamiento judicial, serán presumiblemente seguidas precisamente por ese comportamiento. El método de la jurisprudencia sociológica se inspira, por tanto, en aquél de las ciencias naturales [...]».

⁴⁰ Véase cap. IV, apdo. 4.3.

que cada miembro de la sociedad forma, a partir del conocimiento público de las reglas jurídicas generales y de cualquier información fáctica o extrajurídica, expectativas no sólo sobre qué reacción tendrán las autoridades de aplicación del derecho respecto a su comportamiento, sino también sobre cómo las mismas autoridades de aplicación reaccionarán respecto al comportamiento de los otros miembros de la sociedad. De este modo el *yo* destinatario tiene posibilidad de predecir la conducta de los *otros* y de los *jueces* con base en el conocimiento de tal información (extra)jurídica.

Si esto es verdad, en última instancia todas estas predicciones (las proferidas por el *yo* y los *otros*) tienen por objeto la acción del juez, *i.e.* la toma de decisiones de comprobación, calificación de los hechos y de imputación de consecuencias jurídicas: sanción, reconocimiento o premio conectables a tales hechos o acciones propias. Es, por tanto, la previsibilidad de la toma de decisión judicial, las consecuencias jurídicas atables a la propia conducta, la que pareciera ser el objeto (el qué se prevé) de la concepción de certeza jurídica expuesta por Gometz.

Sin embargo él también hace referencia con «certeza jurídica», conforme a nociones como aquella expuesta por Hayek, no sólo a la capacidad (difundida) de previsibilidad de las consecuencias jurídicas atadas a las propias acciones por parte de los órganos de aplicación, sino también a aquellas consecuencias jurídicas que son espontáneamente (sin intervención de autoridad) reconocidas por los sujetos del derecho como atadas a las propias acciones⁴¹. En palabras del autor: «hay óptimas razones para incluir en el objeto de las previsiones cuyo éxito materializa a la certeza del derecho también aquellos efectos jurídicos que se despliegan en la práctica social en ausencia de cualquier medida decisoria o autoritativa, y que son pacíficamente reconocidas por gran parte de los miembros de la sociedad»⁴². De acuerdo con esto, la «certeza jurídica» hace referencia no sólo a la previsibilidad de las decisiones judiciales, sino a la capacidad de predicción de las partes potenciales de un litigio que resuelven su disputa sin intervención de algún órgano de aplicación del derecho, en tanto ellas creen saber con alta probabilidad cuál será la decisión que tomará el juez en el caso de que decidieran ir a litigio⁴³.

Sea cual sea la previsión que se tenga en cuenta para determinar la medida de certeza jurídica, o bien la previsión pacífica o espontánea de las consecuencias jurídicas, o la previsión de la decisión judicial sobre tales consecuencias, ambas están dirigidas a la anticipación de una posible decisión judicial futura. En el primer caso el resultado del litigio se da por descontando en cuanto se *cree* saber con certeza cuál sería la decisión

⁴¹ Véase cap. II, apdo. 3.9.

⁴² Véase cap. IV, apdo 3.9.

⁴³ Para Hayek «son los casos que nunca llegan a las cortes, y no que aquellos que llegan, los que dan la medida de la certeza del derecho», autor citado por Gometz en cap. IV, apdo. 3.9.

que le pondría fin, en el segundo en cambio hay incerteza sobre cuál será tal decisión y cada una de las partes *creen* con *altas probabilidades* que vencerán en el proceso judicial a su contraparte.

Esto no significa que para el autor la previsión de la decisión judicial, incluso potencial, sea la única previsión que sirve a los individuos para tomar la decisión de entablar, o no, un litigio. Bien podría él señalar que los individuos deciden no hacer uso de los mecanismos judiciales, no sólo porque ellos dan por descontado cuál será el resultado del proceso, sino también, por dar un ejemplo, porque los costos del proceso (tiempo y dinero) superan los beneficios obtenibles con la decisión judicial (sea quien sea la parte procesal a la cual el juez le dé, en definitiva, la razón).

VI. Se extraña en la exposición crítica y propositiva del libro una referencia *explícita* a las «expectativas» en la reconstrucción conceptual de la certeza jurídica. Ésta es una noción que hace referencia al futuro. La toma de decisiones prudentes, que está en la base de la concepción de certeza-previsibilidad, presupone la formación de expectativas sobre el propio futuro⁴⁴. Las expectativas son un estado mental que representan una situación de hecho futura esperada, con base en cierta información (extra)jurídica disponible. Sin éstas no es posible hacer planes respecto al futuro (cercano o lejano), ni preferir ciertos resultados (aspiraciones u objetivos) sobre otros. En pocas palabras, sin expectativas, sin ese estado mental, no es posible siquiera la actuación de la certeza-previsibilidad como instrumento para la toma de decisiones prudentes. ¿Qué elección sobre qué curso de acción seguir podría hacer el pobre Mr. Wendell H. Badman sin expectativas sobre cómo será el futuro?

Sin embargo hay buenas razones para considerar que la noción «certeza-previsibilidad» propuesta por Gometz hace referencia, al menos implícitamente, a la capacidad de formación de expectativas.

La posibilidad de actuación, en la propuesta del autor, de un mayor grado de certeza pareciera presuponer una ideología favorable a la «estabilidad de las expectativas» de los miembros de la sociedad respecto a su futuro⁴⁵. Sin que esto signifique que tal estabilidad sea un elemento inmanente a la noción de certeza jurídica propuesta por el autor. Las expectativas estables parecieran ser una condición para la mayor difusión de la capacidad de previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones. De ahí, creo yo, la propuesta del autor en incluir dentro de las variables de medición de la definición de «certeza jurídica» a

⁴⁴ «This disposition to look forward, which has so marked an influence upon the condition of man, may be called expectation —expectation of the future. It is by means of this we are enabled to form a general plan of conduct; it is by means of this, that the successive moments which compose the duration of life are not like insulated and independent points, but become parts of a continuous whole», BENTHAM: p. 308.

⁴⁵ Se podría decir que es una ideología favorable a la estabilidad de las expectativas, no sólo respecto a la toma de decisión judicial, sino también respecto a la toma de decisión del legislador, véase cap. IV, apdos. 3.8, 5.1 y 5.3.

la extensión en el tiempo de previsiones exitosas⁴⁶. Tal extensión será mayor, lo que es una condición favorable al aumento de una certeza jurídica a largo plazo⁴⁷, donde el principio benthamiano *de no frustración de expectativas* (del cual se sigue el seguimiento del *stare decisis*) es aceptado y seguido por los jueces como fundamento principal de su decisión judicial⁴⁸.

La estabilidad de expectativas es una situación de hecho que se verifica en el seguimiento de la orientación jurisprudencial precedente por parte de los jueces, hecho al cual hace referencia nuestro autor: el seguimiento regular de las decisiones precedentes, en casos similares al que es objeto de cuestión, es información que sería extrajurídica respecto a ordenamientos donde el *stare decisis* no es vinculante y que sirve a la predicción de las consecuencias jurídicas atables a la propia conducta⁴⁹.

De igual modo el principio de no frustración de expectativas pareciera estar dirigido al legislador. Aunque, se repite, tal principio no sea un elemento immanente a la noción de certeza. El legislador que se esfuerza por la producción de disposiciones jurídicas claras, inequívocas, de las cuales se puedan obtener normas jurídicas determinadas por medio de la interpretación⁵⁰, favorece un mayor grado de certeza del derecho. Normas jurídicas que no sean retroactivas, que sean estables y que no cambien el marco normativo sobre el cual los individuos proyectan o ya han proyectado sus planes de vida. Sin embargo, aclara el autor, hay situaciones en las que un cambio de normatividad produce el costo de lesionar la certeza jurídica (en palabras del autor: «cada una de estas innovaciones es potencialmente capaz de vaciar previsiones realizadas sobre la base de la [eventualmente más vaga] regulación pre-vigente») pero también el beneficio de un aumento total de la certeza jurídica. Gometz nos invita a pensar en reformas normativas que sirvan para precisar nociones utilizadas en el supuesto de hecho: «Un gran número de *hard cases*, de casos de difícil calificación, resultarían en efecto claros, o bien claramente subsumibles (o claramente no subsumibles) dentro del supuesto de hecho considerado, con efectos positivos sobre la precisión y fiabilidad de las previsiones [...] hay innovaciones normativas que determinan un incremento total de la certeza del derecho: entran en esta categoría todas aquellas que restringen el margen de discrecionalidad de los decisores jurídicos, quizás incrementando la precisión del lenguaje normativo». Todo sin desconocer la tradición según la cual es preferible una sociedad basada en un derecho cuyas normas son estables, duraderas y no provisionales⁵¹. Es decir, un derecho que consiente

⁴⁶ Véase cap. IV, apdo. 3.8 y 5.1.

⁴⁷ Sobre la distinción entre certeza a corto y largo plazo realizada por Leoni, véase cap. II, apdo. 3.7.

⁴⁸ Sobre una exposición de las expectativas y la certeza jurídica (o *security*) en Bentham véase FERRARO, 2011: pp. 393-436, espec. 401.

⁴⁹ Véase cap. IV, apdo. 4.2.

⁵⁰ Véase cap. IV, apdo. 5.3.

⁵¹ Véase cap. IV, apdo. 3.8.

formar expectativas estables por parte de los individuos y en el que sus expectativas sean en mayor grado satisfechas.

Se podría decir que la mayor capacidad predictiva (individual y profunda) equivale, en relación de proporcionalidad inversa, con la menor desilusión de las expectativas que tienen los individuos sobre cuáles serán las consecuencias jurídicas conectadas al curso de acción que ellos han elegido seguir con base en tales expectativas.

Otra razón para considerar que el autor hace referencia implícita a las expectativas está en el hecho de que cuando responde a la pregunta, por él mismo formulada, sobre qué es lo que se prevé cuando hablamos de certeza jurídica, nos dice que el objeto de predicción es una gama de consecuencias jurídicas *esperadas*, es decir, aquellas posibles consecuencias atables pacíficamente por los otros miembros de la sociedad o por los órganos de aplicación a las acciones propias o hechos⁵².

La predicción de las consecuencias esperadas relativas a las propias acciones es uno de los fines teóricos de al menos dos teorías de la toma de decisión racional (instrumental).

Por una parte, de la teoría de la decisión racional tradicional y de su subteoría de la utilidad esperada (*Expected Utility Theory*) que es el estándar de racionalidad en la toma de decisiones bajo riesgo. Ésta es una herramienta que sirve para elegir un curso de acción entre otros cursos alternativos, estableciendo y comparando el valor esperado en términos de probabilidades y valores de deseabilidad o satisfacción asignados a los diferentes posibles estados finales o consecuencias⁵³.

Por otra parte es uno de los fines teóricos de la teoría psico-cognitiva de la toma de decisión racional y de su correspondiente subteoría prospectiva (*Prospect Theory*) que describe cómo los individuos toman decisiones en problemas hipotéticos de decisión con cursos de riesgo de acción alternativos. Para esta teoría los seres humanos no toman decisiones conforme a las normas de consistencia y maximización de la teoría de la utilidad esperada. Para la teoría prospectiva los individuos no asignan valores (que miden el deseo o la satisfacción) a estados finales (consecuencias) sino a cambios de estado en el propio bienestar respecto a un estado inicial. Esta teoría no hace referencia a la asignación de probabilidades (que mida el grado de creencia del individuo, como en la teoría de la decisión racional tradicional), sino de pesos atribuibles a la magnitud de cambio entre una situación inicial (*statu quo*) y una situación final (consecuencia)⁵⁴.

Bien se podría decir que a la noción de certeza jurídica propuesta por el autor subyace una teoría de la consecuencia jurídica esperada, la cual

⁵² Véase cap. IV, apdo 3, espec. 3.10.

⁵³ La primera propuesta de la teoría de la utilidad esperada se remonta a BERNOULLI [1738]: 23-36.

⁵⁴ KAHNEMAN y TVERSKY, 1979: pp. 263-292.

considera que, como la teoría de la utilidad esperada y la teoría prospectiva, los seres humanos están provistos de racionalidad instrumental. Es decir, ellos tienen la capacidad de elegir qué curso de acción seguir en función de los fines que quieren conseguir (e.g. la maximización de la utilidad esperada; la satisfacción de un nivel ajustable de preferencias etc.) con su decisión⁵⁵.

Estas teorías suponen una capacidad predictiva en los seres humanos que a su vez supone la formación de expectativas por parte de individuos sobre cuáles serán las consecuencias jurídicas de su actuar.

VI. Si es verdad que a la noción de certeza jurídica reconstruida en este libro subyace lo que se podría llamar una «teoría (prospectiva) de las consecuencias jurídicas esperadas», nuestra elección de traducir el sintagma italiano «*certezza giuridica*» con «certeza jurídica» y no con «seguridad jurídica», a pesar de que este último término sea de uso difundido entre los estudiosos y operadores hispanohablantes del derecho⁵⁶, no se debe a un mero capricho nuestro, sino a una razón sustancial. La elección (re)difinitoria del autor de «certeza jurídica» pareciera estar informada por (o por lo menos es fructíferamente conectable con) nociones de *certainty* utilizadas en las teorías instrumentalistas de la decisión racional enunciadas en el párrafo anterior. Teorías éstas en las que es extraño encontrar términos como el de *security*, sea cual sea su significado⁵⁷.

Estas teorías suelen distinguir entre tres tipos de problemas de decisión: decisión bajo certeza, decisión bajo probabilidad y decisión bajo incertidumbre o riesgo. El primero de estos problemas hace referencia a situaciones, poco usuales, en las que sabemos con absoluta certeza cuáles serán las consecuencias (jurídicas) de nuestras acciones. El segundo hace referencia en cambio a situaciones en las que no sabemos con certeza cuáles serán las consecuencias de nuestras acciones por lo que asignamos probabilidades (o peso) a las consecuencias jurídicas —o a la magnitud de cambio entre el mundo como era antes de nuestra acción y el mundo como será después de nuestro actuar— conectables a cada uno de los cursos de acción alternativos. El tercero de los problemas de decisión, por último, hace referencia a situaciones en las que estamos

⁵⁵ La compatibilidad de estas teorías de la decisión racional instrumentalista con la propuesta definitoria de nuestro autor es aún más evidente en otro escrito suyo, en el que se considera al derecho como un instrumento de planificación comprendido por reglas técnicas que son usadas por agentes como medios para alcanzar ciertos fines deseados, véase GOMETZ, 2011: 245-257.

⁵⁶ No obstante pareciera haber una tendencia entre estudiosos hispanohablantes a usar «certeza jurídica» en cambio de «seguridad jurídica» en escritos sobre la previsibilidad de las consecuencias jurídicas, véase por ejemplo LAPORTA, MANERO, RODILLA, 2009. Véase también LAPORTA, 2007: espec. cap. VI, pp. 127-149.

⁵⁷ El término seguridad (*sicurezza*) es utilizado por ejemplo por Corsale con el sentido del sentimiento generado por la estabilidad de expectativas (formadas conforme a la justicia sustancial) en una comunidad determinada sobre las consecuencias jurídicas, véase cap. II, apdo. 3.1.

incierto sobre las consecuencias jurídicas de nuestra acción⁵⁸. En estas situaciones no tenemos la información necesaria para poder asignar probabilidades (o pesos) a las consecuencias jurídicas —o a la magnitud de cambio entre el mundo como era antes de nuestra acción y el mundo como será después de nuestro actuar— conectables a cada uno de los cursos de acción alternativos⁵⁹.

En suma, nuestra elección de traducción pretende respetar lo que pareciera ser una elección definitoria consciente del autor. La «certeza jurídica como previsibilidad» refiere la mayor o menor capacidad de *predecir consecuencias jurídicas esperadas*, es decir, la capacidad (difundida) de realizar predicciones basadas en las expectativas individuales (formadas con base en información [extra]jurídica) sobre cuáles serán las consecuencias jurídicas de las propias acciones. Noción de certeza jurídica que resulta compatible con nociones ofrecidas por distintas disciplinas —filosofía, economía, psicología, ciencia política y sociología— respecto a la predicción de las consecuencias esperadas conectables a la propia acción. Claro que teniendo en cuenta que las consecuencias cuya previsión interesa cuando hablamos de certeza jurídica son precisamente aquellas que los individuos consideran como «jurídicas». Aquellas consecuencias que se prevé (o sobre las cuales se tiene la expectativa de que) serán las que un órgano de decisión conectará a las acciones de los individuos. Predicciones, se repite, inferidas de cualquier clase (jurídica o no) de información.

VII. El autor analiza atentamente las ideas expuestas por el iuspositivista Kelsen sobre la certeza jurídica. Es de gran interés cómo él deja en evidencia a un Kelsen alimentado por una ideología favorable a la mayor capacidad predictiva de las consecuencias jurídicas por parte de los individuos⁶⁰.

Aquí tan sólo mencionaré un problema que resalta Gometz y que encuentro de particular interés. Kelsen es tal vez el primero en indicar la imposibilidad de los individuos de prever con certeza absoluta el resultado de las consecuencias jurídicas atadas a sus propias acciones⁶¹. Esto en razón de la ineludible discrecionalidad de la que gozan los órganos de aplicación de las normas jurídicas de grado superior en la producción de normas jurídicas de grado inferior. Por esto Kelsen señala, sin prometer la consecución de predicciones absolutamente certeras (cien por cien exitosas), que la labor de producción de los legisladores

⁵⁸ A este tipo de problemas de decisión el autor pareciera hacer referencia en el cap. IV, apdo. 3.4: «El verdadero “grado cero” de la certeza jurídica de las acciones son del todo imprevisibles, en las situaciones en las que: 1) las consecuencias jurídicas de la acción son del todo imprevisibles; 2) no está difundida entre los previsores de la clase bajo examen algún conocimiento sobre el grado de (in)certeza presentado por el sistema jurídico o por el sector normativo considerado».

⁵⁹ Sobre esta tipificación de problemas de decisión véase MOSER, 1990: 3-4; PETERSON, 2009: 5-8, 40 ss.

⁶⁰ Véase cap. II, espec. apdos. 2.9. y 2.10.

⁶¹ Véase cap. II, apdo. 9.

de disposiciones jurídicas claras e inequívocas que reduzca el abanico de normas jurídicas producto de interpretación, favorece la disminución de la discrecionalidad y por tanto el aumento de la capacidad predictiva de los individuos sobre las normas jurídicas a ser aplicadas por el juez⁶².

En su repaso de la obra de Kelsen en torno a la certeza jurídica, Gometz señala además una relación de necesidad metodológica para la predicción de las consecuencias jurídicas no sólo en el orden o dirección de prioridad kelseniana («aquello que la jurisprudencia sociológica predice que los tribunales decidirán es, por cierto, *aquello que la jurisprudencia normativa sostiene que ellos deben decidir*»⁶³; los resultados de la ciencia jurídica normativista son necesarios para la labor predictiva de la «jurisprudencia sociológica» en tanto consiente individualizar los comportamientos «jurídicos» de aquellos, otros sociales, que no lo son⁶⁴), sino también en dirección de prioridad contraria (los resultados de la sociología son necesarios para la labor de limitada predicción de la ciencia jurídica normativista). Esto último lo sostiene Gometz, en tanto que el derecho válido para Kelsen depende de su eficacia⁶⁵.

Podríamos predecir con limitada capacidad, según la teoría pura, cuáles serán las consecuencias jurídicas conectadas a las propias acciones y hechos con base en la identificación del derecho válido (obligatorio), el cual lo es, según el mismo Kelsen, en tanto sea efectivo⁶⁶. La noción de certeza jurídica limitada de la ciencia kelsenista es detectada por nuestro autor en los siguientes términos: «un teórico interesado por cualquier razón en prever la efectiva solución jurídica de un caso podría pensar —saliendo de la ortodoxia kelseniana— en explotar a su favor lo que he llamado la sobreponibilidad entre lo que está normativamente previsto y lo que es teóricamente previsible, empleando las normas como *instrumento indirecto* de previsión jurídica. Por lo demás, Kelsen mismo afirma que el conocimiento de las normas válidas puede ser explotado con fines predictivos, aprovechando el hecho de que, en los ordenamientos generalmente eficaces, tales normas son por definición propia aquellas que tienen la mayor probabilidad de ser efectivamente aplicadas»⁶⁷.

Gometz señala que si la ciencia jurídica propuesta por Kelsen tiene por objeto la identificación del derecho válido (es decir, el conjunto de normas jurídicas), la identificación de la eficacia de tales normas sería

⁶² Véanse cap. II, apdos. 2.6-2.10 y cap. IV, apdo. 3.1, 3.7. Véase también KELSEN, 1949: xvi.

⁶³ Véase cap. II, apdo. 2.5.

⁶⁴ Véase cap. II, apdo. 2.4.

⁶⁵ Véase cap. II, apdo. 2.4: «la jurisprudencia normativa permite seleccionar, en el agregado de los comportamientos sociales, aquellos que, en cuanto “jurídicos”, constituyen el objeto de estudio de la jurisprudencia sociológica; la jurisprudencia sociológica permite seleccionar entre los ordenamientos normativos aquellos que, en tanto aún generalmente eficaces, están calificados para ser considerados válidos y por tanto incluidos dentro del objeto de estudio de la jurisprudencia normativa».

⁶⁶ Véase cap. II, apdo. 2.4.

⁶⁷ Véanse cap. II, apdo. 2.5 y cap. IV, apdo. 3.2.

su presupuesto⁶⁸. Y bien, para la identificación del derecho efectivo es necesaria una labor sociológica que solucione la cuestión respecto a cuáles son las normas jurídicas consideradas obligatorias y aplicadas en un tiempo y espacio determinados⁶⁹.

También es verdad que esta relación metodológica es para algunos innecesaria (y tampoco suficiente). Un ejemplo de este modo de ver es ofrecido por el mismo Gometz. Nuestro autor expone las ideas en torno a la certeza jurídica del teórico italiano Corsale, para quien la previsión de las consecuencias jurídicas es posible aun en ausencia de información jurídica (de las fuentes formales, en especial, de la legislación)⁷⁰. Otro ejemplo de esta creencia, aunque no es retomado por Gometz, es el comportamentalismo de Underhill Moore, para quien las reglas (o informaciones) jurídicas nunca influyen y siempre están ausentes en la determinación de las decisiones judiciales⁷¹. Por tanto para este autor estadounidense los resultados de, o los datos ofrecidos por, la ciencia jurídica kelsenista pueden ser simplemente ignorados.

VIII. El autor indica que para Kelsen la noción relativa de certeza jurídica se deba también al carácter alternativo de las previsiones sobre las consecuencias jurídicas atables a las propias acciones. De modo que para Kelsen no es posible predecir un único resultado interpretativo, «sino una gama de posibilidades aplicativas todas igualmente correctas en cuanto correspondientes a cada uno de los significados identificables de la formulación lingüística de la normas»⁷². Claro que esta previsión es limitada para Kelsen sólo respecto a las capacidades de la jurisprudencia normativa por él propuesta⁷³. Para la previsión del exacto resultado de un acto de aplicación del derecho, Kelsen admite, como lo reconoce Gometz, la necesidad de sobrepasar los límites de la teoría pura y acudir a las herramientas de la jurisprudencia sociológica: «El esquema representado por la norma de grado superior resulta colmado a través de un acto de voluntad de la autoridad inferior, imprevisible (en sentido cognoscitivo) precisamente porque especifica el contenido del acto en un modo no previsto (en sentido normativo) [...] Sin embargo [...] el resultado de tal elección no puede según Kelsen ser conocido por

⁶⁸ Véase cap. IV, apdo. 2.5: «Dados los mismos hechos-condición de partida, muy difícilmente la sociología jurídica puede hacer una predicción distinta de aquella según la cual los tribunales aplicarán la ley reconocida como *válida* por la jurisprudencia normativa, decidiendo sobre casos concretos de conformidad con aquello que tal ley prescribe. Kelsen considera que la explicación de esta sustancial identidad entre los resultados de las dos ciencias reside en el hecho de que la jurisprudencia normativa considera las normas jurídicas como válidas sólo si pertenecen a un ordenamiento jurídico que sea eficaz considerado en su totalidad, es decir, efectivamente obedecido y aplicado en su conjunto».

⁶⁹ Véase cap. II, apdo. 2.4 y 2.5: «Si se quiere adoptar una concepción del derecho en la cual la previsión jurídica revista un rol fundamental, se debe, por tanto, tener el cuidado de precisar qué es la ciencia (sociológica) del derecho, y no el derecho mismo, lo que puede ser definido como “ciencia de la predicción”».

⁷⁰ Véase cap. II, apdo. 3.3.

⁷¹ MOORE y CALLAHAN, 1943: p. 3.

⁷² Véase cap. II, apdo. 2.10.

⁷³ Así lo interpreta Gometz en el cap. II, apdo 2.5.

anticipado por la ciencia del derecho: buscar prever la elección entre una cualquiera de las normas individuales que son posibles dentro del esquema de la norma general conduce inevitablemente fuera de la teoría pura, llevándonos [...] hacia la jurisprudencia sociológica y sus leyes probabilísticas y causales»⁷⁴.

Para Kelsen, como lo expone el autor en este libro, la ciencia jurídica (normativista) es una condición necesaria, pero no suficiente, para la predicción de las decisiones de los jueces (comprobación, calificación y determinación) sobre los hechos objeto de un litigio. Gometz expone a un Kelsen consciente de la necesidad de recurrir a la sociología para identificar factores que influyeran al juez, más allá del conjunto de normas jurídicas válidas, y que sean determinantes (causas) de una única decisión judicial (efecto). De este modo el autor resalta, por ejemplo, el hecho de que Kelsen hiciera énfasis en la importancia que tiene un estudio sociológico en torno a las ideologías de justicia de los jueces, las cuales influyen en la acción de toma de decisión judicial. A pesar del hecho de que esta labor esté por fuera de los límites de una ciencia normativista del derecho⁷⁵.

El autor intenta describir y desarrollar el modo de acercarse de un teórico «kelsenista» al tema de la certeza jurídica. De este modo considera las implicaciones teóricas de las tesis kelsenistas y pretende explicarlas coherentemente con la doctrina pura del derecho. Esta pretensión de lectura coherente lleva a nuestro autor a resaltar la *limitada capacidad de predicción de los actos de aplicación* (i.e. decisiones judiciales), a partir de normas jurídicas, de la jurisprudencia normativista: no se puede prever el contenido exacto de una decisión judicial en razón de la discrecionalidad no eliminable de la que gozan los jueces o cualquier otro «decisor jurídico». Tal discrecionalidad se sigue de «la indeterminación del contenido de las normas de rango inferior respecto a las de rango superior; la norma superior, en efecto, no puede vincular en todas las direcciones el acto mediante el cual es ejecutada [...] Si hay tal posibilidad de elección, y si no es posible anticipar siempre el resultado, es necesario reconocer que la previsión de las decisiones jurídicas pueda asumir un carácter *alternativo* o *genérico*, indicando no un único resultado, sino una gama de resultados todos jurídicamente «posibles» con base en el esquema representado por la norma que el decisor está llamado a aplicar. Cuanto más amplio sea este esquema, o mayor sea el número y la variedad de las posibilidades aplicativas, más se abre el abanico de las alternativas previsibles en orden a la solución jurídica de un caso en el cual aquella norma debe ser aplicada»⁷⁶.

Ahora bien, para un teórico impuro este límite de la jurisprudencia normativista kelseniana no es una razón para considerar justificada la

⁷⁴ Véase cap. II, apdo. 2.6.

⁷⁵ Véase cap. II, apdo. 2.10.

⁷⁶ Véase cap. IV, apdo. 3.1.

creencia según la cual sea imposible la predicción de una única decisión judicial por medio no de una ciencia normativa, sino de una ciencia realmente predictiva⁷⁷. Aun cuando el derecho sea, como lo pareciera creer Kelsen, racionalmente indeterminado, no se sigue que no se puedan identificar otros factores, distintos a razones jurídicas, que determinen causalmente una única decisión judicial. Que el derecho sea racionalmente indeterminado (*i.e.* las razones jurídicas, por ejemplo las normas jurídicas de rango superior, no sirven para justificar una única decisión judicial o norma de rango inferior) no implica que las decisiones judiciales no estén determinadas (causalmente) por factores no ya jurídicos (*i.e.* razones jurídicas [*e.g.* normas jurídicas]) sino extrajurídicos (*i.e.* hechos o razones distintas a razones jurídicas)⁷⁸.

En otras palabras, no hay razones para justificar la creencia de que no sea posible, más allá de los límites de la teoría pura y de las creencias de un teórico puro, identificar factores determinantes (o constricciones) que sean comunes entre los jueces y que sirvan de base para la enunciación de hipótesis generalizables predictivas acerca de patrones de comportamiento en la práctica de toma de decisión judicial, las cuales nos consientan anticipar el contenido, no ya de una gama de decisiones alternativas, sino de una *única* decisión judicial⁷⁹.

Un teórico que se mantenga fiel a las implicaciones de la doctrina pura, como aquél descrito por el autor, considerará que es muy probable la previsión de una gama de consecuencias jurídicas alternativas, y muy poco probable (y a lo sumo meramente posible) la previsión de una decisión jurídica concreta. Esta noción «pura» de certeza, si bien coherente con las tesis kelsenistas, reduce el valor práctico de la certeza jurídica (instrumento de elecciones prudentes o en interés propio) a los límites de la jurisprudencia normativista.

Un teórico puro estaría además comprometido con la relación metodológica de prioridad kelsenista, *i.e.* la predicción de la jurisprudencia sociológica supone los resultados de la jurisprudencia normativista; ignorando bien sea la relación en dirección contraria resaltada por Gometz, sea la independencia metodológica entre los dos tipos de jurisprudencia pura e impura. [Sobre la (in)existencia de relaciones metodológicas véase el parágrafo VII].

En el primer tipo de relación la previsibilidad estaría limitada a los resultados conseguibles con la ciencia jurídica kelseniana⁸⁰, incluso acep-

⁷⁷ Véase nota *supra* 69.

⁷⁸ Sobre la indeterminación racional del derecho véase LEITER, 2007: 9 ss.

⁷⁹ Sobre la creencia en la posibilidad de predicción de una única decisión judicial a partir de la tesis determinista y la tesis de generalización en la teoría de la toma de decisión judicial del realismo jurídico estadounidense, véase LEITER, 2007: 26 ss.

⁸⁰ Sobre la noción de certeza jurídica correspondiente a la teoría pura del derecho véanse cap II, apdo 2.6. y en el cap. IV, apdo. 3.2: «La previsión —Kelsen lo afirma explícitamente— está por tanto dirigida al conocimiento de lo que los órganos jurídicos *harán efectivamente*. Hablar de certeza como *previsibilidad* implica necesariamente una definición del *qué* de la previsión en

tando que las normas jurídicas sean predictores indirectos. Mientras que si se considera o bien el segundo tipo de relación (prioridad sociológica) o la negación de relación metodológica alguna, la previsibilidad no tiene por qué estar apriorísticamente limitada a las potencialidades predictivas de la teoría pura del derecho y a lo que se puede anticipar con base en información jurídica. Como bien nuestro autor se encarga de precisar e insistir, la certeza-previsibilidad comprende la predicción de las consecuencias jurídicas que sea realizada con base en cualquier información, incluso extrajurídica⁸¹. Por tanto, pensando en Mr. Wendell H. Badman, ¿por qué razón él debería limitar los resultados predictivos a aquéllos conseguidos a partir de información jurídica y, por tanto, a los límites de una ciencia normativista?

Nótese que las elecciones prudentes suponen la predicción de una única decisión judicial (es decir, de la elección del juez de una consecuencia jurídica concreta atable a la propia conducta) que sea la más probable entre el «conjunto de consecuencias jurídicas alternativas». Sin la predicción de una única consecuencia que se crea la más probable (entre otras alternativas), no es posible a nivel práctico elegir el curso de acción en interés propio (*i.e.* evitando consecuencias desagradables y buscando aquellas agradables). En otras palabras, la certeza-previsibilidad no debe limitarse a la actividad de identificación de un «conjunto de consecuencias alternativas jurídicas esperadas» a partir de información jurídica, sino a que la elección del curso de acción tenga por consecuencia aquella que se espera, con base en información (extra)jurídica, como la que más probablemente será conectada a la propia acción entre el abanico de consecuencias jurídicas posibles.

En suma, un teórico impuro no debe comprometerse con una noción de previsibilidad «alternativa», como sí lo debería hacer en cambio un teórico puro (como aquél expuesto por Gometz). Él no encuentra razón alguna que justifique renunciar a la pretensión de realizar predicciones fiables y precisas que prospecten una única consecuencia jurídica esperada atable a la propia acción, que se espera (o sobre la cual se tiene la expectativa de que) sea la que efectivamente será imputada a ésta por el decisor. Las predicciones del teórico impuro pretenden ser de carácter empírico-científico, no en sentido kelseniano⁸², sino sociológico o naturalista⁸³. Es decir, con el mayor grado de precisión y fiabilidad posibles⁸⁴. Dicho en otras palabras, si la realización de predicciones no

términos de ser, y no de deber ser. También hemos visto que el normativista “puro” Kelsen no duda mínimamente en hablar de *certeza del derecho* en términos de (limitada) previsibilidad».

⁸¹ Véanse cap. IV, apdos 3.1, 4, espec. 4.1 y 4.2. y véase también cap. V.

⁸² Véase en el cap. II nota al pie 48.

⁸³ Véase en el cap. II: «El método de la jurisprudencia sociológica se inspira, por tanto, en aquél de las ciencias naturales, bajo la convicción de que sólo este último es productor de aquella ciencia “empírica” de cuyo elenco los sociólogos excluyen a la jurisprudencia normativa».

⁸⁴ Véase cap. IV, apdo. 5.1: Para nuestro autor la predicción es fiable si la consecuencia efectivamente atada a la propia acción está entre el conjunto de consecuencias jurídicas alternativas prospectadas por el individuo al momento de elegir que curso de acción seguir. La

está limitada a las capacidades de una teoría pura del derecho, no hay razón por la cual un teórico impuro tenga que ser incrédulo respecto a la posibilidad de prever una única consecuencia jurídica por medio de información extrajurídica utilizada por una verdadera ciencia predictiva. Claro, reconociendo que siempre se trataría de predicciones falibles cuyo éxito materializaría no una certeza jurídica absoluta sino relativa.

De modo que bien se podrían distinguir dos nociones de certeza jurídica.

«Certeza jurídica» en sentido estricto: es la noción que usa un teórico puro del derecho, como el expuesto por Gometz. Su campo de referencia está limitado a las previsiones *alternativas* realizadas a partir de sólo información jurídica (*i.e.* razones jurídicas [*e.g.* normas jurídicas]).

«Certeza (extra)jurídica» o «certeza jurídica» en sentido amplio: es la noción que usa un teórico impuro del derecho. Hace referencia a previsiones (no necesariamente alternativas) realizadas con base en información (extra)jurídica (*i.e.* razones jurídicas; razones y hechos extrajurídicos) o con base en sólo información extrajurídica (*i.e.* razones y hechos extrajurídicos).

Sea cual sea la noción de certeza que se tenga en cuenta, ambas hacen referencia a la disposición (difundida) a hacer previsiones (alternativas o no) sobre el derecho (entendido como una práctica social). Todas éstas serían concepciones abarcables no por un concepto de «certeza jurídica» o «certeza del derecho», sino por uno de «certeza sobre el derecho». Noción esta última mencionada por nuestro autor⁸⁵.

IX. La propuesta definitoria de Gometz hace referencia a una situación de hecho en la que los individuos (miembros de una sociedad, sujetos de derecho) prevén con mayor o menor éxito las consecuencias jurídicas de sus propias acciones. Su propuesta, como él mismo reconoce, está informada por una actitud favorable al valor de la certeza jurídica⁸⁶: la situación de hecho en la que es mayor la difusión de la

predicción será más precisa si el conjunto de consecuencias jurídicas alternativas prospectadas es de un número inferior. Entre menos genérico sea el conjunto prospectado de consecuencias jurídicas más precisas serán las predicciones fiables. Lo cual significa que si el conjunto de consecuencias posibles se reduce a un elemento, se trataría de casos en los cuales hay una certeza sobre el derecho particularmente elevada.

El autor al hacer referencia a las variables que juegan un rol en la medición (vertical) de la certeza jurídica y en la cuantificación de la capacidad predictiva de los individuos (fiabilidad, precisión y extensión en el tiempo de las predicciones). Las predicciones que materializan tal certeza son fiables «la frecuencia con la que se observa que la gama de las consecuencias jurídicas previstas comprende aquellas que efectivamente se han dado, pacíficamente o por intervención de una autoridad investida de poderes coercitivos, en los tiempos previstos». Y las predicciones son más precisas si la prospección de consecuencias jurídicas es más limitada «en el número y en la variedad».

⁸⁵ Véase cap. IV, apdo. 4.3.

⁸⁶ Véase en la introducción del autor: «Hay que precisar que son de carácter ético-político también algunas de las elecciones que guían la reconstrucción del concepto de certeza que resulta propuesta en este trabajo. La misma decisión de (re)plantear la certeza en términos

capacidad predictiva de tales consecuencias es preferible a una situación en la que tal capacidad es menor⁸⁷. Sin tal actitud favorable a la mayor certeza, la situación de hecho de una difundida capacidad predictiva corre el riesgo de ser nula. Por tanto, una ideología favorable al valor de la certeza jurídica condiciona el grado de certeza (*i.e.* la situación de hecho que consiste en la mayor o menor capacidad de predicción de las consecuencias jurídicas por parte de los individuos)⁸⁸.

Éste es un libro, escrito para juristas, que ofrece una (re)definición de la certeza jurídica bien precisa. Un trabajo que rescata este tema tradicional de estudio de los «*desiderata* irrealizables»⁸⁹ para abrir caminos de potenciales investigaciones basadas en una noción de certeza jurídica no ya en términos absolutos, sino relativos: «por *certeza del derecho* se entiende la posibilidad de los individuos de prever precisa, fiablemente y a largo plazo la gama de las consecuencias jurídicas efectivamente susceptibles de ser espontánea o coactivamente conectables a actos o hechos, y también al ámbito temporal en el que tales consecuencias jurídicas se harán efectivas»⁹⁰.

Sin duda, éste es un trabajo intelectual de gran importancia para la formación de nuevos estudiosos y operadores del derecho. Su traducción y publicación en idioma español no puede ser más que una acertada empresa en la que ha sido un gusto, junto con mi amigo Diego dei Vecchi, participar.

BIBLIOGRAFÍA

- BACON, F. [1859]: «On the Advacement of Learning», en F. BACON, *The Works*, J. SPENDING, R. ELLIS y D. N. HEATH (eds.), III, London.
- BENTHAM, J. [1838-1843]: «Principles of the Civil Code», en *The Works of Jeremy Bentham*, J. BOWRING (ed.), London-Edinburgh.
- BERNOULLI, D., 1954 [1738]: «Exposition of a New Theory on the Measurement of Risk», en *Econometrica*, 22, núm. 2: 23-36.
- BLACKBURN, S., 1973: *Reason and Prediction*, Cambridge University Press.
- COHEN, L. J., 1989: *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Clarendon Press Oxford.
- FERRARO, F., 2011: *Il giudice utilitarista. Flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*, Pisa: Edizioni ETS.
- GOMETZ, G., 2011: «Regole tecniche e certezza del diritto. Una relazione simbiotica», en *Ragion pratica*, 36: 245-257.

de previsibilidad deriva en verdad de la convicción según la cual la valoración positiva de la (elevada) certeza reside principalmente en su función de servicio al bien de la susceptibilidad de planificación jurídicamente informada de las elecciones prácticas individuales y, mediatamente, respecto a la *autonomía* del individuo, entendido como sujeto capaz de elaborar planes de acción a largo plazo». Sobre la distinción entre certeza jurídica como valor, hecho y principio ver cap. I, apdo. 5.

⁸⁷ Véase cap. I, apdos 5.3 y 5.4.

⁸⁸ Véase cap. IV, apdo. 5.3.

⁸⁹ Véase cap. IV, apdo. 5.3.

⁹⁰ Véanse cap. V y GOMETZ, 2011: 257.

- HUME, D. [1739-1740]: *A Treatise of Human Nature*, 1969, London: Penguins Books.
- HOLMES, O. W. [1897]: «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, 8, (10): pp. 457-478.
- 1920: *Collected legal papers*. New York, N.Y.: Harcourt, Brace and Howe.
- KAHNEMAN, D. y TVERSKY, A., 1979: «Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk», en *Econometrica*, 47, núm. 2: 263-292.
- KELSEN, H., 1950: *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, New Jersey, 2000.
- LAPORTA, F., 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
- LAPORTA, F., RUIZ MANERO J. y RODILLA, M., 2009: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- LEITER, B., 1999: «Legal Realism», en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, D. Patterson (ed.), 265-269.
- 2007: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism in Legal Philosophy*, Oxford University Press.
- LLINÁS, R., 2001: *I of the Vortex. From Neurons to self*, MIT Press, Massachusetts, citado en la traducción de E. GUZMÁN, *El cerebro y el mito del yo*, Bogotá: Norma, 2003.
- MILL, J. S. [1843]: *System of Logic. Ratiocinative and Inductive*, vol. I, Libro III, London, citado en la traducción de M. TRINCHERO, *Sistema di logica deduttiva e induttiva*, Torino, 1988, vol. I, Libro III.
- MOORE, U. y CALLAHAN CH., 1943: «Law and Learning Theory: A Study in Legal Control», en *Yale Law Journal*, 53.
- MORENO CRUZ, D., 2011: «El imperio de la ley de Laporta: un *wishful thinking*», en *Analisi e Diritto*: 215-236.
- MOSER, P., 1990: «Rationality in Action: General Introduction», en *Rationality in Action. Contemporary approaches*, P. K. MOSER (ed.), Cambridge University Press.
- PETERSON, M., 2009: *An Introduction to Decision Theory*, New York: Cambridge University Press.

INTRODUCCIÓN

Con alguna ironía, es posible detectar que pocos conceptos, entre aquellos considerados por la filosofía jurídica, son tan inciertos como el de *certeza del derecho*. En primer lugar, de hecho, tal expresión es hoy usada por juristas y filósofos del derecho para indicar cosas diversas: la previsibilidad de las decisiones judiciales, la claridad, la precisión y la inteligibilidad de la formulación lingüística de las normas jurídicas, la incontestabilidad de las relaciones jurídicas sobre las que haya sentencia definitiva, la univocidad de las calificaciones jurídicas, etc. En segundo lugar, los varios sentidos en que la expresión es usada son a veces muy vagos y potencialmente ambiguos. Incluso los estudios dedicados *ex professo* a nuestro tema con frecuencia eluden, inexplicablemente, el problema de *detectar/proponer* una definición suficientemente determinada de «certeza del derecho». De tal modo, se terminan diciendo muchas cosas buenas (o bien, siempre más frecuentemente, muchas cosas malas) acerca de la certeza, sin siquiera haber precisado el objeto de apreciación (o desaprobación). Lo que es peor, este caos conceptual ha terminado por generar entre los juristas prácticos, especialmente los abogados, un clima de divertido escepticismo sobre la certeza, ahora considerada casi a la medida de juego ideológico con que los filósofos, desde las retaguardias de los campos de batalla de la praxis jurídica, re-proponen simplistas e ingenuas visiones de un derecho que funcionaría como un mecanismo de resorte.

Este presumido sarcasmo está dirigido sobre todo contra las concepciones —clásicas y aún mayoritarias— que ubican a la certeza en alguna relación con la *previsibilidad de las consecuencias jurídicas de actos o hechos*, o al menos la configuran como presupuesto, condición o medio útil para una (mejor) previsión de tales consecuencias. La idea de la previsibilidad jurídica serpentea frecuentemente, en efecto, bajo las concepciones corrientes de la certeza, a punto tal de representar el común denominador semántico. *Esta* certeza es muchas veces (pero no siempre) considerada valor positivo, aunque no sea más que porque si a los individuos les es dado pre-

ver las consecuencias jurídicas de la propia conducta, es presumible que ellos puedan hacer uso de estos conocimientos para una más prudente y consciente planificación de sus elecciones prácticas y, por lo tanto, de sus vidas. Sin embargo, precisamente contra la certeza entendida como previsibilidad se lanzan más frecuentemente los dardos polémicos de los escépticos o de los desilusionados. El argumento más frecuentemente utilizado para esta operación de demolición crítica es, más o menos, resumible así: la certeza-previsibilidad del derecho es un mito (¡lo ha mostrado Kelsen poniendo en evidencia el elemento creativo ínsito en cada «aplicación del derecho»! ¡Lo confirma cada día la práctica de la abogacía!); *por lo tanto*, no tiene sentido seguir hablando/anhelando su *actuación/alabarla*.

Por contraposición a esta actitud escéptica y renunciante, en el presente trabajo sostendré que es posible intentar una operación de recuperación conceptual de este desacreditado —pero, a mi parecer, todavía digno— valor del liberalismo moderno. Considero, sin embargo, que la persecución de tal objetivo requiere el abandono de algunas asunciones tradicionales, a mi parecer, insostenibles hoy en día, y la reconstrucción de un concepto *disposicional y no clasificatorio* de certeza que consienta la formulación de las aserciones intersubjetivamente controlables sobre el *grado* de certeza de un determinado ordenamiento o sector normativo. La adopción de un concepto no clasificatorio de certeza del derecho consiente de hecho la superación de muchas de las dificultades detectadas por los escépticos: si la certeza no es concepto de todo o nada sino cuestión de grado, resulta posible conmensurar su mayor o menor difusión, así como la fiabilidad, precisión y extensión diacrónica de las previsiones acerca de las consecuencias jurídicas de los actos o hechos que los previsores consideran. De tal modo, el concepto de certeza se torna compatible con la constatación de la posibilidad de *fracaso* y de elevada *generalidad* de aquellas previsiones y, por tanto, con el reconocimiento del ámbito de discrecionalidad del que gozan los decisores jurídicos (o, si se prefiere, de la naturaleza parcialmente «creativa» de su función).

El objetivo normativo de este trabajo resulta por tanto perseguido a través de un preliminar trabajo analítico, dirigido a la redefinición de un concepto de certeza jurídica lo más preciso, inequívoco, idóneo para evitar las dificultades puestas en evidencia por los críticos, y útil, sea como instrumento para la detección del estado de la certeza de los varios ordenamientos considerados, sea como base para la institución de un método dirigido a *variar*, en una perspectiva *de jure condendo*, el grado de certeza de un particular ordenamiento jurídico.

Hay que precisar que son de carácter ético-político también algunas de las elecciones que guían la reconstrucción del concepto de certeza que resulta propuesta en este trabajo. La misma decisión de (re)plantear la certeza en términos de previsibilidad deriva en verdad de la convicción según la cual la valoración positiva de la (elevada) certeza reside principalmente en su función de servicio al bien de la susceptibilidad de planificación jurídicamente informada de las elecciones prácticas in-

dividuales y, mediatamente, respecto a la *autonomía* del individuo, entendido como sujeto capaz de elaborar planes de acción a largo plazo. Para sustraer nuestro concepto de las fáciles ironías de los críticos es de hecho oportuno a mi parecer volver a su *ratio* originaria, redefiniéndolo a modo de restauración con el hoy en día endeble lazo con la programación jurídicamente consciente de la vida de los individuos. Esto, como decía, incluso bajo el costo de poner en discusión algunos de los más conocidos lugares comunes sobre la certeza. Para tornar a esta última realmente funcional para el logro de tales objetivos de los previsores, sean cuales fueren, es por ejemplo necesario abandonar cada dogmatismo dirigido a excluir la posibilidad de aprovechar el conocimiento de las regularidades fácticas y de la praxis consolidada de los órganos jurídicos para fines predictivos. Sobre todo, la idea según la cual el valor de la certeza reside (y se agota) en su rol instrumental respecto a la planificación estratégica de las elecciones prácticas colisiona con la afirmación, más bien común, de alguna relación necesaria entre certeza y justicia «sustancial». Decir que el derecho es en alguna medida cierto significa decir que es en alguna medida posible prever una solución jurídica determinada, aun cuando ésta sea (sentida como) inmoral, inoportuna o incluso escandalosa: la certeza de un derecho inequitativo es certeza de inequidad. De la distinción entre certeza del derecho y certeza de justicia deriva por lo demás que la certeza-previsibilidad es un medio o, mejor, una situación que puede ser aprovechada por los individuos de modo instrumental en la persecución de sus objetivos personales, sean éstos dignos o indignos. El caballero puede valerse de ella exactamente como el maleante: este último aprovechará las posibilidades de previsión de las reacciones jurídicas para planificar las propias fechorías con el fin de minimizar el riesgo de sufrir consecuencias desagradables.

El presente trabajo se articula en cinco capítulos.

En el primer capítulo se da cuenta de la notable polisemia, vaguedad, ambigüedad de la expresión «certeza del derecho» y se explican las razones de la urgencia de una reforma analítica. En esta parte del trabajo se trata asimismo la tesis según la cual es necesario distinguir entre una «certeza como hecho» y una «certeza como valor», y se concluye en que la segunda no es otra cosa que el resultado de una valoración, frecuentemente positiva, de la primera.

El segundo capítulo está dedicado al examen de tres conocidas concepciones de la certeza jurídica como previsibilidad. Las tesis del Kelsen de las dos ediciones de la *Teoría pura del derecho* serán contrapuestas a las de dos autores antiformalistas italianos —Bruno Leoni y Massimo Corsale— a fin de poner en evidencia convergencias (la certeza del derecho debe entenderse en términos de previsibilidad, ésta es deseable y en alguna medida realizable) y divergencias (sobre todo referidas a los *medios* con que un más elevado grado de certeza puede realizarse dentro de una comunidad jurídica dada). Se buscará también demoler el mito de un Kelsen escéptico en materia de certeza del derecho.

El tercer capítulo trata algunas cuestiones preliminares a una obra de reconstrucción analítica de la certeza. En particular, aquí se argumenta a favor de una redefinición de la certeza como concepto disposicional y no clasificatorio. Se sostiene que una redefinición tal comporta notables ventajas para la detección empírica del grado de certeza de un determinado ordenamiento (o sector normativo), y evita las graves dificultades a que conduce la adopción de un concepto del tipo todo o-nada.

En el cuarto capítulo se intenta justificar una propuesta de redefinición de la certeza como previsibilidad dando una respuesta a las siguientes cuestiones:

- 1) *quién prevé* (esto es, cuáles son los sujetos cuyas previsiones deben considerarse para expresar un juicio sobre la certeza del derecho);
- 2) *qué se prevé* (esto es, sobre qué cosa vierten las previsiones que deben considerarse para expresar un juicio sobre la certeza del derecho);
- 3) *cómo se prevé* (esto es, cuáles son los medios y los métodos a través de los cuales se elaboran las previsiones que se deben considerar a los fines de una detección de la certeza del derecho);
- 4) *cuánto se prevé* (esto es, cómo se determina la medida de la certeza del derecho).

Las respuestas dadas a tales cuestiones determinan la propuesta de redefinición que en el quinto capítulo concluye este trabajo. Se sostendrá que la certeza del derecho puede ser definida como la posibilidad, difundida entre los individuos comprendidos en una clase dada, de prever la gama de las consecuencias susceptibles de ser espontánea o coactivamente enlazadas a actos o hechos, así como el ámbito temporal en el cual tales consecuencias jurídicas se producirán. El esquema siguiente precisa la redefinición propuesta y la articula según las cuestiones arriba enunciadas:

<i>Elementos de la definición</i>	<i>Definición</i>
elemento disposicional	<i>Posibilidad</i>
cuánto se prevé (medida horizontal)	<i>difundida</i>
quién prevé	<i>entre los individuos comprendidos en una clase dada</i>
cuánto se prevé (medida vertical)	<i>de prever con precisión, fiablemente y a largo plazo,</i>
cómo se prevé	<i>con cualquier medio a disposición,</i>
qué se prevé	<i>la gama de las consecuencias jurídicas efectivamente susceptibles de ser, en virtud del derecho o del sector del derecho considerado, espontánea o coactivamente enlazadas a actos o hechos, reales o imaginarios, pasados o futuros</i>
qué se prevé (tiempos)	<i>así como el ámbito temporal en que tales consecuencias jurídicas se producirán</i>

Deseo agradecer a todos aquellos que me han infundido el coraje y ayudado en la preparación de este libro.

Una particular consideración de reconocimiento va dirigida a Anna Pintore, cuyos consejos fueron de veras indispensables en todas las fases del trabajo: nadie habría podido ser más paciente o estar más disponible.

Estoy muy en deuda con Mario Jori y Claudio Luzzati: muchas de las ideas contenidas en este libro no habrían podido ser elaboradas sin sus valiosas contribuciones.

Querría por último agradecer a Riccardo Guastini la atenta lectura del texto, las útiles observaciones, así como también el honor que me ha concedido, junto a Paolo Comanducci, al acoger este trabajo en la colección «Analisi e diritto».