



LAS FUENTES DE INDETERMINACIÓN DEL DERECHO: UNA APROXIMACIÓN FILOSÓFICA

SOURCES OF INDETERMINATION OF LAW: A PHILOSOPHICAL APPROACH

MARISA IGLESIAS VILA *

RESUMO

Este artículo profundiza sobre el problema de la indeterminación legal considerando si este fenómeno debería ser una preocupación importante para los abogados. En primer lugar, Iglesias explora algunas de las fuentes típicamente asociadas con la indeterminación legal (como problemas semánticos, la inclusión de conceptos esencialmente controvertidos y el uso de principios legales en decisiones judiciales) para mostrar que no existe una conexión directa entre esos factores y la ausencia de respuestas legales correctas. En segundo lugar, el documento subraya que la mayoría de los sistemas jurídicos proporcionan herramientas para evitar un uso arbitrario del poder en situaciones de indeterminación legal. Finalmente, la autora argumenta que cierto grado de indeterminación trae beneficios a la ley incluso cuando afecta la expectativa de predictibilidad, porque ayuda a alcanzar otros valores legales y objetivos básicos. Por lo tanto, este artículo tiene como objetivo explicar por qué, en escenarios de normalidad, el hecho de que la ley puede ser incierta en algunos casos no debería ser una preocupación importante para los abogados.

Palavras-chave: indeterminación; fuentes; Derecho.

ABSTRACT

This article elaborates on the problem of legal indeterminacy considering whether this phenomenon should be a major concern for lawyers. Firstly, Iglesias explores some of the sources typically associated with legal indeterminacy (such as semantic problems, the inclusion of essentially contested concepts and the use of legal principles in judicial decisions) to show that there is no direct connection between those factors and the absence of right legal answers. Secondly, the paper underlines that most legal systems provide with tools to prevent an arbitrary use of power in situations of legal indeterminacy. Finally, the author argues that certain degree of indeterminacy brings benefits to the law even when it affects the expectation of predictability because it helps to attain other legal values and basic targets. Thus, this article aims at explaining why, in scenarios of normality, the fact that law may be uncertain in some cases should not be a major concern for lawyers.

Keywords: indeterminacy; sources; Law.

* Doutora em Direito pela Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, Espanha).

Membro da Executive Committee of the International Association of Legal and Social Philosophy (IVR).

Professora Associada da Universitat Pompeu Fabra.

marisa.iglesias@upf.edu

Recebido em 26-1-2018 | Aprovado em 26-1-2018¹

¹ Artigo convidado. Publicação original: *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, n. 28, mai./ago. 2006, p. 55-82.



SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN; 1 LA INDETERMINACIÓN EN EL LENGUAJE; 1.1 VAGUEDAD Y AMBIGÜEDAD; 1.2 LA CONTROVERTIBILIDAD SEMÁNTICA Y LOS CONCEPTOS EVALUATIVOS; 2 LOS PRINCIPIOS Y LA INDETERMINACIÓN JURÍDICA; CONSIDERACIONES FINALES; REFERENCIAS

■ INTRODUCCIÓN

La indeterminación del Derecho, que podríamos definir como la falta de calificación deóntica para una determinada conducta o la ausencia de respuesta jurídica correcta, es un fenómeno complejo que suele inquietar mucho a los juristas. Ello se debe a muchos factores diversos, entre los que valdría la pena destacar algunos. La indeterminación es objeto de inquietud, por una parte, porque se percibe como una muestra de la imperfección del Derecho en tanto instrumento para guiar la conducta. Es común pensar en el fenómeno jurídico como una herramienta para dirigir el comportamiento y, al mismo tiempo, asumir un modelo ideal de ordenamiento en el que la estructura normativa consigue efectivamente regular todo aquello que pretende regular. La indeterminación nos aleja de este ideal en la medida en que suponga haber fracasado en el intento de regular una conducta. Por otra parte, este fenómeno inquieta a los juristas por el valor preponderante que suele otorgarse a la seguridad jurídica como parámetro de legalidad. Si un intento de regulación normativa acaba siendo meramente aparente, generando situaciones de ausencia de respuesta jurídica correcta, los ciudadanos no podrán prever, de forma anticipada a sus acciones, qué es lo que exige el Derecho respecto a esa conducta. Por último, la indeterminación preocupa, especialmente cuando los jueces poseen el deber jurídico de fallar en cualquier caso, porque hace posible que los jueces se arroguen facultades de creación normativa que siempre han sido miradas con suspicacia desde una doctrina estricta de la separación de poderes.

Ahora bien, a pesar de los motivos que he destacado, podríamos preguntarnos si esta inquietud por la indeterminación jurídica está realmente justificada. En efecto, si el Derecho fuera completamente incierto no podría poseer ningún papel en la conformación de acciones y, por tanto, sería un instrumento inútil en la organización social². Pero éste no parece ser el caso. Además de que la indeterminación es una cuestión de grados, sería razonable admitir, a no ser que fuéramos unos escépticos recalcitrantes, que el Derecho consigue en muchas ocasiones regular aquello que pretende regular. También sería razonable afirmar, a no ser que asumamos un optimismo exagerado, que el Derecho no estará siempre determinado y que, por tanto, enfrentaremos situaciones de ausencia de respuesta jurídica correcta.

Es en este punto intermedio donde adquiere relevancia preguntarse si la indeterminación jurídica es tan preocupante como los juristas suponen. Pero la respuesta a esta cuestión no puede desvincularse de las tesis que defendamos en torno a las funciones del Derecho, la relevancia de la seguridad jurídica y el carácter del rol judicial de adjudicación normativa. Esta inquietud por la indeterminación disminuiría, por ejemplo, si asumiéramos

² Cf. HART, H. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford University Press: Oxford, 1994.

una concepción jurídica con las siguientes tesis: a) la función del Derecho no es, simplemente, guiar la conducta, sino también justificar el uso del poder institucional; b) esta justificación depende de un complejo de valores diferentes, unos formales y otros sustantivos, que rigen el ámbito de lo jurídico; c) la seguridad jurídica es uno más entre los diversos valores que conforman este fundamento axiológico y su importancia relativa deberá ser sopesada en cada caso³; d) la función judicial de aplicación del Derecho consiste, al menos en parte, en implementar y balancear estos valores que justifican el uso del poder institucional.

Desde una perspectiva como la anterior, podríamos considerar que el instrumento jurídico puede estar cumpliendo satisfactoriamente con sus funciones a pesar de admitir un grado apreciable de indeterminación. Ello dependerá de cómo se conjuguen los valores que dan sentido a la práctica jurídica en general y del peso relativo que la seguridad jurídica deba poseer en cada rama del ordenamiento (atendiendo a sus finalidades y dinámica característica)⁴. En definitiva, la relevancia que otorguemos a la indeterminación jurídica dependerá de nuestra forma de aproximarnos al Derecho. Al mismo tiempo, esta relevancia puede ser diferente en cada una de las ramas del Derecho, lo que dificulta un acercamiento general a este problema.

Lo mismo sucede respecto a la pregunta acerca de cuáles son las fuentes de indeterminación jurídica. Cualquier respuesta a esta cuestión será dependiente de nuestra concepción del Derecho hasta el extremo de que veremos más o menos situaciones de indeterminación en función de la teoría que asumamos. Ahora bien, esto no impide poder afirmar, de un lado, que unas concepciones llegan a conclusiones más razonables que otras en torno a cuándo podemos justificar un juicio de indeterminación normativa y, de otro lado, que unas reflejan mejor que otras la lógica y el funcionamiento de la práctica social que tienen por objeto. En este texto me preocuparé, básicamente, de estas últimas cuestiones. En primer lugar, me detendré en los principales factores que habitualmente se asocian al problema de la indeterminación jurídica para pasar, en segundo lugar, a examinar hasta qué punto estos factores constituyen fuentes genuinas de indeterminación. Por último, concluiré preguntándome si la inquietud de los juristas ante este fenómeno está tan justificada como parece a primera vista.

1 LA INDETERMINACIÓN EN EL LENGUAJE

El Derecho es, entre otras cosas, un fenómeno lingüístico. Se expresa mediante el lenguaje y utilizamos el lenguaje para discutir cuándo un juicio acerca del derecho es correcto. De ahí que el factor lingüístico y los problemas semánticos se tomen como una de las fuentes principales de indeterminación jurídica. Para muchos, las cláusulas constitucionales constituyen el contexto paradigmático donde identificar este tipo de problemas. Por esta

³ En este trabajo asumiré que la seguridad jurídica, tal como presuponen la mayoría de juristas, tiene algún valor moral. Ahora bien, esta posición es controvertible. Para una visión crítica del supuesto valor moral de la seguridad jurídica, cf. GARCÍA MANRIQUE, R. "Acerca del valor moral de la seguridad jurídica", *DOXA*, 23, p. 477-516, 2003.

⁴ En el Derecho penal, por ejemplo, la indeterminación jurídica es mirada con mucho mayor recelo que en otras ramas del Derecho. Ello es así no sólo por el tipo de sanciones y el carácter básico de los bienes que protege sino, también, como observa Fuller (FULLER, L. *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*, *Harvard Law Review*, 71, p. 630-672, 1958), por ser una rama del Derecho orientada directamente al control de conductas, es decir, por tener la finalidad básica de impedir que se produzcan ciertas conductas socialmente indeseables.

razón, en este trabajo tomaré generalmente el texto constitucional como ejemplo. Es fácil encontrar conceptos vagos y palabras ambiguas en las cláusulas constitucionales. Al mismo tiempo, muchos de los conceptos de nuestra Carta Magna son abstractos y esencialmente controvertidos. Me detendré brevemente en cada uno de estos problemas.

1.1 VAGUEDAD Y AMBIGÜEDAD

Es usual considerar que la vaguedad y la ambigüedad son dos de las fuentes típicas de indeterminación jurídica y, por esta razón, se recomienda encarecidamente a la autoridad normativa que evite usar conceptos vagos y palabras o expresiones ambiguas. Ciertamente, es posible expresar la voluntad de forma más o menos precisa y tenemos razones de seguridad jurídica e imparcialidad para exigir, en general, un grado adecuado de precisión a la autoridad institucional⁵. Pero si lo que nos preocupa es que el Derecho pueda estar indeterminado, no es tan claro que estos dos fenómenos dirijan por sí mismos a situaciones de ausencia de respuesta jurídica correcta. Tampoco es obvio que la vaguedad y la ambigüedad puedan ser evitadas y, a veces, tampoco resultará claro que evitarlas sea jurídicamente deseable. Pero antes de abordar estas cuestiones sería importante ofrecer algunas notas sobre qué se entiende por vaguedad y ambigüedad.

Desde un punto de vista filosófico, la vaguedad se relaciona con las dudas irresolubles en torno a si un objeto está o no comprendido dentro de un concepto. Pero sería importante precisar un poco más y distinguir dos sentidos de esta palabra, habitualmente denominados “vaguedad actual” y “vaguedad potencial”⁶. Por lo general, nos referimos a la vaguedad teniendo en mente la noción de vaguedad actual, es decir, una situación en la que enfrentamos un supuesto que no está incluido dentro de un concepto ni excluido de su campo de aplicación. Diremos que un concepto es vago en este sentido cuando encontramos un caso de penumbra o caso límite de calificación conceptual. En estos supuestos, dudamos de si un objeto pertenece a la extensión de un término, pero nuestras dudas no son fruto de la ignorancia y, por tanto, no pueden resolverse adquiriendo una mayor información de la realidad o entendiendo mejor el concepto. Es la propia definición que manejamos la que nos conduce a concluir que estamos ante un caso de penumbra⁷.

Dado que la vaguedad actual depende del lenguaje con el que se opera, este problema aumentará o disminuirá en función de cómo empleemos los conceptos. A veces, los

⁵ Véase, en este sentido, las razones que aporta Ferreres (FERRERES, V. *El principio de taxatividad en material penal y el valor normativo de la jurisprudência*. Civitas: Madrid, 2002) para justificar la exigencia de taxatividad en el ámbito penal. Estas razones, cuyo peso siempre será relativo, también son aplicables al resto del ordenamiento.

⁶ Sobre esta distinción en el ámbito jurídico, véase, por todos, Hart, op. Cit., 1994.

⁷ Es importante advertir que ésta no es la única concepción filosófica de la vaguedad. Otra sería, por ejemplo, la concepción epistémica de la vaguedad, según la cual este fenómeno es el producto de nuestra ignorancia de algo que está determinado. Así, habría una clara división entre lo que cae dentro o fuera de los conceptos con los que nos referimos al mundo y esta división viene establecida por la propia realidad. Lo que sucede, atendiendo a esta teoría, es que nosotros no conocemos la realidad de forma completa y ello hace surgir casos de penumbra respecto a la calificación conceptual. Un buen análisis de esta concepción puede encontrarse en Endicott (ENDICOTT, T. *Vagueness in Law*, Oxford University Press: Oxford, 2000) y Moreso (MORESO, J.J. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 1997).

casos de penumbra son simplemente el resultado de asumir una definición muy imprecisa de un término. Otras veces, funcionamos con conceptos que contienen una lista de propiedades, pero usamos estas nociones sin haber asentado qué combinación de estas propiedades debe reunir un objeto para que la palabra le sea aplicable. Esta situación suele denominarse “vaguedad combinatoria”. Aquí, los casos de penumbra se producirán porque no sabremos qué rasgo le debe faltar (o le debe sobrar) a un objeto para dejar de formar parte del concepto. Pensemos en una noción como la de fiesta. Todos diríamos que se trata de una reunión lúdica de un grupo de personas con la finalidad de divertirse o celebrar algún acontecimiento. Una celebración de cumpleaños sería un caso paradigmático. Pero también seguimos usando la palabra “fiesta” para referirnos a una celebración de cumpleaños claramente aburrida o a una reunión colectiva de negocios que se celebra de manera informal en un bar. ¿Y un velatorio francamente divertido o una celebración lúdica en solitario, son también una fiesta? La imposibilidad de establecer qué combinación de propiedades debe reunir algo para constituir una fiesta nos conducirá a situaciones de vaguedad actual.

En otras ocasiones, estos casos de penumbra se producirán por usar conceptos relacionados con propiedades que se aplican a la realidad de forma gradual. Pensemos, por ejemplo, en las palabras “pobre” o “fría”. ¿A partir de qué nivel de ingresos una persona puede considerarse “pobre”? ¿a qué temperatura debe estar el agua para poder emplear el predicado “fría”? Estos conceptos establecen una frontera difusa entre aquellos supuestos a los que se aplica la propiedad “ser pobre” o “estar fría” y aquellos a los que no se aplica. De este modo, pueden surgir dudas cuando nos preguntamos, por ejemplo, si el agua que está a 18 grados es un supuesto de agua fría⁸. Esta vaguedad disminuirá si para referirnos a estos predicados, en vez de usar conceptos clasificatorios (basados en propiedades definitorias), usamos conceptos cuantitativos o métricos (basados en magnitudes de medida). Si, por ejemplo, definimos la palabra “inteligente”, no en base a ciertas propiedades que alguien debe reunir para recibir esta calificación, sino a partir de un determinado test de coeficiente intelectual, los casos de penumbra disminuirán de forma considerable (aunque, obviamente, ello será al coste de limitar las posibilidades de uso de esta palabra)⁹.

El segundo sentido de “vaguedad” es la idea de textura abierta del lenguaje o vaguedad potencial. Esta noción se refiere a una característica del lenguaje natural, su textura abierta, que impide eliminar la posibilidad de que surja un supuesto de vaguedad actual. La vaguedad potencial es inherente a cualquier noción que usemos para interactuar y referirnos al mundo dado, como afirmaba H. Hart, nuestra relativa ignorancia del futuro y la relativa indeterminación de propósitos que ello provoca. Admitir la textura abierta del lenguaje es asumir que nunca podremos establecer exhaustivamente las condiciones necesarias y suficientes de uso de un término, con lo que, por mucho que nos esforcemos, siempre podrá surgir un caso que no habíamos previsto y que no será ubicable ni dentro ni fuera del concepto¹⁰. Para poner un ejemplo, aunque tuviéramos una definición constitucional de

⁸ Respecto a estos casos de vaguedad véase, entre otros, Carrió (CARRIÓ, G. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965).

⁹ Para mayor información en torno a las cuestiones filosóficas más relevantes relacionadas con el problema de la vaguedad y, especialmente, sobre la paradoja del razonamiento sorites, la vaguedad de segundo orden y las concepciones epistémicas de la vaguedad, véanse, Waldron (WALUCHOW, Waldron. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994), Moreso (op. Cit), Endicott (Ibidem, caps. 5 y 6).

¹⁰ Evitar la textura abierta del lenguaje requeriría que cualquier caracterización tuviera en mente todas y cada una de sus posibilidades de aplicación pasadas, presentes y futuras, así como las reales y las hipotéticas. Véase

domicilio que incluyera una lista clara y precisa de qué propiedades son condición necesaria y suficiente para que un lugar constituya un domicilio, una futura circunstancia imprevista podría generar un caso de penumbra. Imaginemos un desastre natural que envenenara el aire y obligara a mucha gente a vivir en grandes burbujas de plástico transparentes, móviles y flotantes. ¿Constituirían estas burbujas un supuesto de domicilio? Así, en definitiva, mientras que un concepto sólo padecerá de vaguedad actual en algunas ocasiones, porque tendrá casos claros de aplicación, todos los conceptos son potencialmente vagos, porque nunca podrá eliminarse la posibilidad de que surja un supuesto de vaguedad actual, esto es, un caso de penumbra.

Centrándonos ahora en la ambigüedad de los términos jurídicos, es habitual considerarla otra fuente importante de indeterminación del derecho. De forma general, cabe indicar que la ambigüedad está relacionada con problemas como la homonimia y la polisemia de las palabras¹¹. Un ejemplo común de homonimia sería el término "gato", que puede hacer referencia tanto a un animal doméstico como a una herramienta para elevar un peso. Un ejemplo de polisemia lo encontramos en la palabra "hoja", que asociamos tanto a la parte verde de un tallo como a una página de un libro. Ahora bien, aunque un mismo término pueda ser usado en diferentes sentidos ello no implica la existencia de ambigüedad. Ésta se produce cuando el contexto lingüístico no permite conocer cuál de los diversos significados de una palabra se ha pretendido expresar.

De igual modo, también relacionamos la ambigüedad con aquellos enunciados que son susceptibles de expresar significados diversos, ya sea por cuestiones sintácticas derivadas de la forma en que se conectan sus términos, por la posibilidad de definiciones alternativas de sus palabras individuales o por otras cuestiones semánticas. En este caso, si el contexto lingüístico o pragmático de la expresión no permite decantarse por una de las posibilidades, enfrentamos un problema de ambigüedad. Por esta razón, no sería absurdo afirmar que cada vez que una disposición puede ser razonablemente interpretada de modos diversos encontramos una situación de ambigüedad en la formulación normativa, siempre, claro está, que no dispongamos de un criterio hermenéutico que pueda justificar jurídicamente la opción por alguna de las posibilidades interpretativas¹².

Hart (Ibidem, 128-129). Para un buen análisis del problema de la textura abierta, cf. NARVÁEZ, M. Enunciados filosóficos vs. enunciados teóricos. El caso de la textura abierta del derecho, *Analisi e Diritto*, 2002-2003, p. 211-240, 2003.

¹¹Un desarrollo muy clarificador del concepto de homonimia (significados distintos que sólo comparten una misma palabra) y polisemia (la misma palabra con significados distintos pero que comparten un mismo origen o están vinculados entre sí) puede encontrarse en Lyons (LYONS, J. *Lenguaje, significado y contexto*. Barcelona: Paidós, 1991). Sobre la ambigüedad en el contexto jurídico y la distinción entre ambigüedad sintáctica y semántica véase también Aarnio (AARNIO, A. *Lo racional como razonable*. Traducción de E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991). Ross (ROSS, A. *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963) y Carrió (Ibidem, 28-31).

¹² Es importante tener en cuenta que los problemas de vaguedad y ambigüedad no son tan fácilmente distinguibles cuando estamos en situaciones de polisemia y, por tanto, los diversos significados de una palabra están relacionados entre sí. Cuando estos significados están vinculados, su relación puede acabar siendo una cuestión de grados hasta el punto que, en ocasiones, no habrá forma de determinar si estamos ante dos sentidos de una palabra o ante una situación de duda irresoluble en torno al alcance de un significado de esta palabra. Por ejemplo, antes de la regularización del matrimonio entre personas del mismo sexo era habitual que la jurisprudencia favorable a la igualdad de tratamiento jurídico tuviera una aproximación ambivalente a las formulaciones normativas donde aparecía la palabra "cónyuge". Así, en ocasiones se asumía que estábamos ante

Una vez caracterizados estos dos fenómenos, deberíamos preguntarnos si constituyen realmente una fuente de indeterminación jurídica (y no sólo de indeterminación lingüística) y, en general, si su existencia debería preocuparnos como juristas. En primer lugar, resulta obvio que podemos disponer de mecanismos jurídicos para resolver problemas de vaguedad y ambigüedad, i.e., los métodos de interpretación previstos por el Derecho, las normas de clausura o los principios jurídicos. Dada esta contingencia, será más bien excepcional encontrar casos de indeterminación semántica que acaben constituyendo supuestos de indeterminación jurídica¹³. La multiplicidad de técnicas interpretativas que tenemos a nuestra disposición y, especialmente, el hecho de que una constitución incorpora como derecho vinculante un conjunto muy amplio de principios que regulan la mayoría de aspectos de la vida social, puede neutralizar jurídicamente casi cualquier situación de vaguedad o ambigüedad¹⁴. Muchas veces, si la indeterminación semántica no ha podido ser jurídicamente neutralizada es, simplemente, por falta de imaginación jurídica. Por esta razón, la preocupación por los problemas de vaguedad y ambigüedad suele provenir de aquellas concepciones que todavía conciben el Derecho como un sistema formado exclusivamente por reglas, resistiéndose a asumir, por tanto, que los principios también forman parte del Derecho¹⁵. Ahora bien, la cuestión es si estas concepciones son adecuadas para dar cuenta de la práctica jurídica de un sistema constitucional¹⁶.

un caso de penumbra respecto al concepto de cónyuge porque, por vaguedad combinatoria, no se podía determinar si propiedades como “estar casados” o “tener diferente sexo” eran necesarias para que los miembros de una pareja pudieran considerarse “cónyuges”. En otras ocasiones, en cambio, queriendo enfatizar en el mismo problema, se afirmaba que podíamos encontrar dos sentidos diversos de la palabra “cónyuge”, un concepto amplio que se refería a parejas sentimentales y un concepto estricto que se refería a parejas casadas. En mi opinión, aunque unos se centraban en una cuestión de vaguedad y otros en la ambigüedad del término, tenían la misma pretensión de favorecer la inclusión de las parejas estables del mismo sexo dentro de la palabra “cónyuge”.

¹³ En el Derecho penal, por ejemplo, aun cuando la cultura de la seguridad jurídica permite impugnar la utilización de alguno de estos instrumentos, se incorpora, por contra, la regla de clausura “todo lo que no está expresamente prohibido está permitido”. Esta regla elimina cualquier posible laguna en los tipos penales, incluyendo las que podrían originarse en problemas semánticos. Si tenemos una regla de clausura cerramos esta posibilidad de indeterminación jurídica.

¹⁴ Ello no es óbice para reconocer, con Raz (Ibidem, 846), que también los principios con los que resolvamos la vaguedad y ambigüedad de las reglas pueden adolecer de indeterminación semántica. Pero, como veremos, el principal problema que enfrentan los principios es más bien el de su controvertibilidad y no el de su vaguedad.

¹⁵ Ésta es una de las críticas principales que Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *El Dominio de la vida*. Trad. (trad. R. Caracciolo y V. Ferreres. Barcelona: Ariel, 1994) ha vertido sobre el positivismo hartiano, crítica que, en mi opinión, todavía no ha sido adecuadamente contestada por los defensores de esta teoría, ni siquiera por aquellos teóricos hartianos que abogan por el llamado “positivismo incluyente” (COLEMAN, J. “Incorporationism, Coventionality and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, 4, p. 381-426, 1998; WALUCHOW, Waldron. *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, 1994).

Al mismo tiempo, esta posición es claramente defendida desde el “positivismo excluyente” (RAZ, J. Authority, Law, and Morality, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, 194-221, 1994). Según esta concepción, la idea de autoridad que caracteriza al Derecho requiere considerar que los principios morales no forman parte del Derecho. Más radical es, en este sentido, la posición del denominado “positivismo normativo” (CAMPBELL, T. *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth, 1996), que defiende por razones morales que el Derecho debe consistir sólo en un sistema de reglas.

¹⁶ No ignoro que la relevancia concreta que los principios constitucionales posean en la eliminación de situaciones de vaguedad y ambigüedad dependerá de las previsiones de cada sistema jurídico tanto por lo que respecta a su alcance regulativo como a la responsabilidad asignada a los órganos de adjudicación en el uso de estos principios en la interpretación y aplicación de reglas. Al mismo tiempo, la concepción normativa que mantengamos en

En segundo lugar, la asociación entre indeterminación semántica y jurídica se incentiva no sólo cuando contemplamos el Derecho como un sistema de reglas sino, también, cuando nos acercamos al significado de las formulaciones normativas desde sus palabras individuales y no desde la disposición en conjunto. Ésta es una interesante crítica que ya L. Fuller dirigió a la posición semántica de Hart y a su visión de los casos de penumbra¹⁷. Hart cree que el significado de los diversos términos de una disposición normativa es independiente del propósito de esta disposición porque asume que cada palabra individual tendrá casos claros de aplicación que serán constantes en diferentes contextos y casos de penumbra en los que el significado estará indeterminado. En los casos claros, para Hart, el juez no requiere más que entender las palabras de la ley para asignar significado a la norma. En los casos de penumbra, en cambio, que es cuando el juez debe atender al propósito de la norma para valorar como calificarlos, el juez está realizando una actividad de creación normativa completando el significado de la palabra en cuestión.

Fuller observa acertadamente que esta forma de acercarse al significado de los textos jurídicos desde sus palabras individuales es algo extraño en el ámbito del Derecho. El ejemplo que ofrece es muy útil. Supongamos que estamos frente a una norma que prohíbe dormir en las estaciones de tren, con la consiguiente expulsión del recinto si se realiza esta acción, y supongamos también que la norma tiene la finalidad de evitar que vagabundos y borrachos pasen sus noches en las estaciones. Para Hart, el significado de esta norma dependería de qué signifiquen sus palabras individuales, los términos “dormir” y “estación de tren”. Pensemos en varias situaciones. En la primera, un vagabundo o un borracho está tumbado removiéndose en uno de los bancos de la estación a altas horas de la noche. En la segunda, un pasajero se ha dormido unos minutos sentado en un asiento esperando un tren que sale a las tres de la madrugada. En la tercera, un señor lleva una almohada y una manta y se dispone a pasar la noche en la estación pero es detenido antes de haberse puesto a dormir. Fuller se pregunta cuál de estos ejemplos es una instancia clara de aplicación de la palabra “dormir”. Ciertamente, diríamos que el segundo caso es la instancia más clara de uso del término. Pero éste es precisamente el supuesto en el que no procederíamos a expulsar al pasajero de la estación. En cambio, tanto el primer caso como el tercero, que parecen ser las situaciones en que las autoridades procederían más tranquilamente a la expulsión atendiendo a la norma, no forman parte del núcleo de significado de la palabra “dormir”.

Este ejemplo sirve para constatar que no tiene demasiado sentido interpretar cada palabra de una disposición jurídica con total independencia de su finalidad general y contexto regulativo. De ahí que la vaguedad actual de un concepto aislado, a diferencia de lo que pensaba Hart, no sea concluyente para justificar la afirmación de que estamos ante un supuesto de ausencia de respuesta jurídica correcta. Si, volviendo al ejemplo anterior, un “sin techo” está tumbado en la estación en un estado de somnolencia, pero sin haber perdido todavía la conciencia, seguramente estaremos ante una situación de vaguedad respecto al

torno a la función judicial y a la importancia que deba otorgarse a la voluntad legislativa en una democracia constitucional afectará a nuestra forma de aproximarnos al rol de los principios en el Derecho. Ahora bien, si asumimos que la vaguedad y ambigüedad son problemas de indeterminación lingüística, los principios no estarían sustituyendo aquí ninguna voluntad institucional.

¹⁷ C.f. FULLER, L. Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart. Harvard Law Review, 71, p. 630-672, 1958.

concepto de dormir. Pero, ¿sería una buena respuesta jurídica afirmar que en este caso el derecho está indeterminado?¹⁸

El argumento de Fuller nos conduce a una reflexión más general sobre esta asociación habitual entre factores como la vaguedad y la indeterminación del derecho. Como ha observado Dworkin en crítica a la teoría semántica de Hart, muchos de los problemas de indeterminación que preocupan a autores positivistas como Hart son debidos a la teoría convencionalista que manejan en torno a las condiciones de verdad de las proposiciones acerca del Derecho. Aunque trataré este punto en el próximo apartado, cabe preguntarse si una concepción convencionalista del Derecho es lo suficientemente rica como para poder dar cuenta de la complejidad de la práctica jurídica. En efecto, si presuponemos que fenómeno jurídico es el producto de convenciones sociales y que el significado de los términos y expresiones que encontramos en las normas depende de criterios compartidos de uso, los problemas de indecisión lingüística afectarán directamente a estas condiciones de verdad. Ahora bien, ¿tenemos suficientes razones para asumir esta concepción jurídica, especialmente, en ámbitos como la práctica constitucional?¹⁹

Por último, aunque en algunas ocasiones tendremos que admitir que estos factores lingüísticos dirigen a la indeterminación del Derecho, todavía podemos preguntarnos por la relevancia jurídica de estas situaciones dado, además, que la vaguedad potencial es un rasgo ineliminable del lenguaje. Si la indeterminación nos preocupa por el valor que otorgamos a la seguridad jurídica, debemos tener en cuenta que éste no es nunca un valor absoluto (ni siquiera en el ámbito penal) y que, por tanto, otras razones podrán tener a veces más peso que la seguridad para justificar el uso de un lenguaje que no minimiza las posibilidades de indecisión lingüística. Como observa el propio Hart, podríamos afirmar que, en general, los sistemas jurídicos tratan de llegar a un compromiso entre dos necesidades sociales, por una parte, ser una guía efectiva respecto a un amplio rango de conductas y, por otra parte, dejar abiertas ciertas cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente tratadas y valoradas en los casos concretos²⁰. Así, un lenguaje que no fuera vago reportaría una rigidez intolerable si consideramos que el Derecho no es sólo un instrumento para guiar la conducta sino, también, un instrumento para justificar el uso del poder²¹. En definitiva, un cierto grado de vaguedad y

¹⁸ Aunque no profundizaré en este punto, cabría efectuar, siguiendo a R. Dworkin (Dworkin, Ronald. "Is There Really no Right Answer in Hard Cases?", en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, p. 120-145, 1985; op.cit. p. 70-71), dos consideraciones adicionales. Podríamos afirmar, por una parte, que un juicio de indeterminación jurídica debido a la vaguedad no puede obtenerse por defecto. Si, por ejemplo, no podemos justificar que un contrato celebrado en domingo sea un contrato sacrílego y, por tanto, inválido, ni podemos justificar que este contrato sea un contrato válido, de ahí no se sigue, sin argumentos adicionales, que podamos justificar que el contrato celebrado en domingo no es ni válido ni inválido. Al mismo tiempo, Dworkin advierte acertadamente que del hecho de que parte del lenguaje de la norma sobre la validez de contratos sea vago no se sigue que también sea vaga la cuestión de si, teniendo en cuenta este lenguaje, el contrato celebrado en domingo es válido.

¹⁹ Curiosamente, en ámbitos jurídicos como el penal, donde tendríamos más razones para asumir el convencionalismo semántico, es también donde actúa la regla de clausura eliminando cualquier posibilidad de indeterminación jurídica debida al lenguaje.

²⁰ Hart (Ibidem, 130-136). Un claro ejemplo en el que esta segunda necesidad social hace aconsejable un reflejo en el lenguaje es en la regulación de las causas de justificación en el ámbito penal. Véase, en este sentido, Moreso (MORESO, J.J. *Principio de legalidad y causas de justificación*, DOXA 24, p. 525-545, 2001).

²¹ Siguiendo a Schauer (SCHAUER, F. *Playing by the Rules*. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 31-35), cabe tener en cuenta que regular conductas a través de reglas, entendidas como el resultado de un balance de razones, nos puede conducir a situaciones de infrainclusión y sobreinclusión respecto a las razones que justifican

ambigüedad como el que puede quedar después de interpretar los textos y ajustarlos a los principios jurídicos en juego puede ser incluso saludable para un ordenamiento jurídico.

Si, en cambio, la preocupación por la indeterminación jurídica que pueda generar la vaguedad y ambigüedad está vinculada con el poder que otorgamos a los jueces, su justificación estará condicionada a la relevancia de evitar que exista un ámbito para la discrecionalidad judicial. Aunque no podré entrar aquí en esta cuestión tan compleja, valdría la pena restar importancia a esta preocupación de los juristas relativizando la idea de que los jueces tienen plena discreción para adoptar decisiones en contextos de indeterminación jurídica²². En los ordenamientos modernos, el poder creativo de los jueces se controla tanto por normas que determinan el resultado de la decisión judicial como por normas que determinan qué criterios y pautas debe seguir un juez para adoptar decisiones en contextos de ausencia de respuesta jurídica correcta. Lo que podríamos denominar, siguiendo a Raz y Soper, “principios de discreción” son mecanismos a partir de los que el Derecho restringe las posibilidades de elección de los órganos de adjudicación más allá del propio Derecho²³. Estas pautas, por una parte, restringen el marco de las opciones jurídicamente admisibles para el juez, estableciendo lo que Barak describe como una “zona de razonabilidad”²⁴. Esta zona no se articula solamente a partir de parámetros de aceptabilidad moral (o meramente constitucional) sino que también puede incorporar, por ejemplo, directrices conservadoras, esto es, principios que emplazan al juez a adoptar decisiones que se alejen lo mínimo posible del Derecho existente (i.e., coherencia con el ordenamiento en conjunto o preferencia por métodos de integración como la analogía frente a otras posibilidades). Un nivel alto de exigencia respecto a qué opciones pueden conformar la zona de razonabilidad reduce mucho el ámbito de la actividad discrecional. Por otra parte, los principios de discreción también tienen la finalidad general de evitar la arbitrariedad en la toma de decisiones discrecionales, uno de los problemas que justificaría la preocupación por otorgar poder a los jueces. Aquí entran en juego exigencias de motivación, de imparcialidad, de elección de las mejores razones, el compromiso de universalidad, la coherencia con decisiones anteriores y, en general, cualquier requisito básico de racionalidad práctica en el ámbito público.

Si nos tomamos en serio todo este conjunto de estándares jurídicos que gobiernan la actividad de los jueces más allá del Derecho, la preocupación por el posible poder que la

la existencia de la regla. Volviendo a la regla que impide dormir en las estaciones de tren, la formulación canónica con la que se ha resuelto el balance de razones en juego conduce a que haya casos en los que la regla abarca menos que su razón subyacente (el vagabundo que deambula toda la noche por la estación) y casos en los que la regla abarca más que su razón (el pasajero que se duerme unos minutos esperando un tren de madrugada). De este modo, a mayor precisión del lenguaje normativo mayor posibilidad de arbitrariedad en las reglas. Por ello es importante asegurar cierta flexibilidad tanto en la forma en que se redactan las leyes como en su interpretación y aplicación.

²² Sobre este punto, véase, en general, Iglesias Vila (IGLESIAS VILA, M. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 53-60). Dejaré al margen otra interesante discusión en torno a si la existencia de lagunas, derivadas o no de problemas semánticos, conlleva la necesidad de actuaciones discrecionales por parte de los jueces. Sobre este tema, véase, especialmente, el debate en torno a las lagunas entre varios autores y, en particular, entre E. Bulygin y F. Atria, en A.A.V.V. (A.A.V.V. *Las lagunas en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005).

²³ Raz (Ibidem, 846-847), Soper SOPER, P. “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, en M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Littlefield, Totowa, 1984).

²⁴ Barak, 1989, p. 115-118.

indeterminación otorga a los órganos de adjudicación debería empezar a quedar muy lejos. Con un sistema exigente de principios de discreción, estaremos otorgando a los jueces un poder claramente limitado o, al menos, casi tan limitado como cuando aplican el Derecho. Al mismo tiempo, en aquellos casos excepcionales donde la vaguedad y ambigüedad no han podido ser jurídicamente neutralizadas, estos principios siguen controlando que este poder no se ejerza de forma arbitraria²⁵.

1.2 LA CONTROVERTIBILIDAD SEMÁNTICA Y LOS CONCEPTOS EVALUATIVOS

Otro factor semántico que también preocupa mucho a los juristas y que se vincula a la indeterminación del Derecho es el uso en las normas de conceptos abstractos de carácter evaluativo. Un texto constitucional suele incorporar muchas de estas nociones; pensemos, por ejemplo, en términos como dignidad, libertad, igualdad, intimidad, trato degradante, dilaciones indebidas, honor o democracia. Es cierto que estas nociones son vagas y también se trata de términos que padecen ambigüedad. Pero la inquietud por estos conceptos no proviene de estos factores que comparten con otras nociones, sino de otro rasgo que los caracteriza: la controvertibilidad inherente a su uso. Es el desacuerdo permanente en el que están envueltos lo que preocupa a muchos filósofos del Derecho, y a algunos hasta el extremo de afirmar que nociones de este tipo no pueden ser utilizadas en la estructura normativa sin minar la propia idea de Derecho²⁶.

Para comprender la peculiaridad de términos como los anteriores cabría acudir a la noción de concepto esencialmente controvertido acuñada por Gallie (en adelante CEC). Estos conceptos se caracterizan por su carácter evaluativo, complejo, argumentativo y dialéctico²⁷. Me detendré brevemente en cada uno de estos rasgos.

Un CEC es un concepto evaluativo porque expresa un valor o se refiere a algo que valoramos positiva o negativamente. Nos hallamos ante una categoría de términos o expresiones con un significado evaluativo y que, por tanto, usamos primariamente para asignar un valor a ciertos actos o estados de cosas. Ahora bien, estos términos también pueden ser utilizados de modo informativo o transmitir información al ser usados. Ello se debe a que su significado posee un componente cognoscitivo en la medida en que se refieren a estándares pública o socialmente reconocibles²⁸.

²⁵ Como observa Endicott (Ibidem, 5), lo que nos aleja del ideal del *Rule of Law* no es que los jueces tengan que tomar decisiones cuando encontramos situaciones de vaguedad jurídicamente irresolubles. Ésta es, precisamente, una responsabilidad judicial que viene exigida por el propio *Rule of Law*. Este ideal sólo se frustra si la vaguedad “enables authorities to exempt their actions from the reasons of the law, or when it makes it impossible to conceive of the Law as having any reason distinguishable from the will of the officials”.

²⁶ Esta posición la mantenía, por ejemplo, Kelsen (KELSEN, H. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” en J. Ruiz Manero (ed.), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, p. 109-155, 1988) cuando afirmaba que conceptos como justicia o libertad no debían incluirse en el texto constitucional para evitar que la Constitución no fuera más que la voluntad del Tribunal Constitucional. También es la que defiende el positivismo excluyente cuando afirma que incluir estos conceptos es incompatible con la idea de autoridad que caracteriza al Derecho. Véase, especialmente, Raz (Op. Cit.).

²⁷ En esta caracterización seguiré, básicamente, Iglesias Vila (Op. Cit.).

²⁸ En este sentido, por ejemplo, Gallie (1956, 197). También Hare (1952, 124-126).

Un CEC es también un concepto complejo porque se refiere a estándares y bienes sociales a los que atribuimos un carácter o una estructura compleja. A pesar de que consideramos y valoramos el bien en su conjunto, éste tiene diferentes aspectos que pueden ser relacionados entre sí de diversas formas²⁹. Por esta razón, la caracterización de un CEC requiere elaborar teorías o juicios complejos, que involucran otros conceptos, para poder indicar cuál es la relación de prioridad entre los diferentes rasgos conceptuales. Esta complejidad abre la posibilidad de que se presenten caracterizaciones alternativas que, a pesar de referirse al mismo estándar o bien, ordenen de forma distinta sus diversos aspectos.

En tercer lugar, un CEC está envuelto en una permanente controversia que no se reduce a un mero conflicto de intereses y actitudes, sino que se concreta en un debate acerca de cuál es el uso correcto de los términos que se utilizan³⁰. Estas nociones van unidas a debates semánticos que se caracterizan, de un lado, por el tipo de desacuerdo existente entre los interlocutores y, de otro lado, por la actitud de estos interlocutores ante el desacuerdo. En este sentido, un CEC es un concepto argumentativo. Respecto al tipo de desacuerdo, estamos ante controversias de carácter sustantivo. Usando las palabras de Dworkin, “debaten sobre la adecuación de una palabra o descripción porque están en desacuerdo sobre los tests correctos para usar esa palabra o expresión en cada ocasión”³¹. De este modo, no se trata de un supuesto de ambigüedad en el que se están manejando diferentes sentidos de un mismo término. Un CEC produce una discusión en torno a cuál es la mejor forma de caracterizar un determinado bien social y, por tanto, los interlocutores suponen que están refiriéndose a lo mismo. Respecto a la actitud ante el desacuerdo, estas controversias se distinguen por su carácter competitivo. A pesar de que la complejidad de estos conceptos hace comprensible la disparidad en los criterios, lo que los identifica frente a otros conceptos también complejos es que las diferentes alternativas compiten entre sí para ser la mejor aproximación. De tal suerte, la controversia en torno a su aplicación no se reduce a la mera expresión de desacuerdos. Cada opción semántica pretende haber identificado el uso correcto del término y trata de ofrecer argumentos para mostrar que las opciones rivales son incorrectas, esto es, que son una reconstrucción deficiente de aquello que nombramos con esta palabra. Esta competitividad inherente a un CEC suele trasladar el núcleo de la discusión semántica a los casos centrales de aplicación del término y no meramente a los casos marginales o situados en su zona de penumbra. En palabras de Waldron, “es una disputa que puede generar paradigmas rivales porque es un debate entre diferentes explicaciones de la esencia o significado central del concepto”³². Si tenemos en cuenta este elemento, la controvertibilidad de un concepto debe distinguirse de la vaguedad. La propia idea de controversia competitiva implica que los interlocutores poseen una posición definida en torno a cuál es la mejor caracterización del concepto y que la defienden para excluir o incluir el caso que esté en discusión. Por ello, no tenderán a basar su argumentación en que el objeto de debate es un caso de penumbra de calificación conceptual³³. Ello les impediría mantener una posición

²⁹ Gallie, *op. cit.*, p. 171-172, 184); Hurley (1989, p. 43-46).

³⁰ Gallie, *op. cit.*, p. 169); Waldron (Op. Cit).

³¹ Dworkin (1986, p. 41).

³² Waldron (Op. Cit).

³³ Véase, en este sentido, el ejemplo de Dworkin (Ibidem, 41-43) sobre el debate en torno a si la fotografía es una forma de arte.

competitiva acerca de qué alternativa contribuye a una mejor descripción de los estándares a los que se refiere el concepto³⁴.

Por último, un CEC desempeña una función dialéctica. La controversia que envuelve a estas nociones, además de ser habitualmente una controversia en torno a casos centrales de su aplicación, contribuye a la propia utilidad del concepto³⁵. La existencia de estos conceptos garantiza que se producirán determinados debates porque su función no consiste en generar consenso. Lo que hace que un concepto sea esencialmente controvertido es, precisamente, su dimensión dialéctica, la función que cumplen en lo que denominamos “prácticas deliberativas”, (prácticas que, siguiendo a Morawetz, incorporan un discurso con el propósito común de formar y defender argumentos)³⁶. La participación en este tipo de prácticas se materializa en la elaboración de juicios complejos, discutiendo y defendiendo estrategias argumentativas acerca de la finalidad de la actividad colectiva. Al mismo tiempo, su dimensión dialéctica conlleva, por una parte, que cualquier juicio acerca del contenido de la práctica deba ser respaldado por razones públicamente reconocibles y, por otra, que la corrección de cada juicio se evalúe en función del mérito de las razones que se aportan.

Los rasgos que posee un CEC los podríamos ejemplificar en una noción como la de dignidad personal. Pensemos en la discusión constitucional en torno a si la ejecución judicial de bienes de un deudor afecta a la dignidad personal reconocida en el artículo 10 de la Constitución española. Preguntarse por el alcance de la dignidad personal en relación con este caso supone entrar a debatir una cuestión valorativa: cuándo deja de estar justificada la ejecución de bienes a tenor del respeto mínimo que debe recibir la persona del deudor. En otras palabras, valoramos qué grado de ejecución de bienes puede llegar a ser indignante para el deudor. A la vez, la complejidad de la noción de dignidad, con sus diversos aspectos, permite caracterizaciones alternativas en función de la relación de prioridad que establezcamos entre ellos. En el caso de la ejecución de bienes, por ejemplo, otorgar un peso u otro a la autonomía de la voluntad en la configuración de la idea de dignidad nos conducirá a respuestas diversas sobre este caso. En tercer lugar, aquí estamos discutiendo cuál es la caracterización correcta del valor de la dignidad para responder a situaciones en las que las propias decisiones nos conducen a la falta de bienes. Por tanto, nuestras discrepancias no presuponen ni que manejamos diversos sentidos de la expresión “dignidad personal” ni que estamos ante un caso de penumbra donde ya es baladí hablar de qué exige el valor de la dignidad. La cuestión deliberativa sobre la que discutimos en el caso de la ejecución de bienes es cuál es la mejor teoría de la dignidad personal: la que permite una ejecución ilimitada por deudas o la que no la permite. En definitiva, la respuesta correcta a este cuestión constitucional dependerá del mejor argumento acerca del alcance de la dignidad personal.

En este supuesto, como es bien sabido, el Tribunal Constitucional consideró que hay un mínimo vital que es inembargable en atención a la dignidad personal³⁷. Esta conclusión supone una valoración de todo embargo que sobrepase el mínimo vital, valoración que se concreta en el uso del término “indignante” para calificar un embargo ilimitado. Pero es importante resaltar que el componente evaluativo del significado de “indignante” o “dignidad

³⁴ Es importante distinguir entre la situación en la que no estamos de acuerdo en torno a cuáles son los casos centrales de aplicación de un término y la situación en la que compartimos la idea de que un caso está ubicado en la zona de penumbra de un concepto. Sólo esta segunda es una situación de vaguedad actual.

³⁵ Gallie, *op. cit.*, p. 189-194), Waluchow (Op. Cit).

³⁶ Morawetz (1992, p. 8-11; 19-23).

³⁷ STC 113/1989.

personal” no tiene por qué constituir una puerta abierta a la expresión de meros juicios subjetivos de valor. A no ser que presupongamos *ab initio* que un CEC como el de dignidad es en realidad una palabra vacía de contenido, tendrá sentido afirmar que el Tribunal Constitucional acertó o se equivocó al asignar significado, esto es, tendrá sentido juzgar si la respuesta del tribunal es el producto de la mejor teoría acerca del valor de la dignidad personal protegido constitucionalmente.

Es cierto que las características de los conceptos esencialmente controvertidos inducen a muchos juristas y filósofos del Derecho a concluir que son nociones semánticamente intratables, entendiéndolos como conceptos radicalmente indeterminados o palabras vacías de contenido. Pero esta perspectiva sólo se obtiene cuando asumimos una teoría convencionalista del significado y, en consecuencia, cuando creemos que un término o expresión sólo puede tener significado cuando hay un consenso respecto a los criterios para su uso. Así, dado que un CEC se caracteriza, precisamente, por la controversia tanto sobre los criterios de uso como sobre los casos paradigmáticos de aplicación, desde esta visión serían conceptos claramente indeterminados. Pero una teoría convencionalista del significado no es la única posible y, además, no es la más adecuada ni para explicar la lógica de uso de estos conceptos ni para dar cuenta de las prácticas en las que su utilización adquiere sentido.

Un ejemplo de esta vinculación usual entre un CEC y la indeterminación semántica lo encontramos en la asociación que efectúan juristas y tribunales entre estas nociones y lo que se denomina “concepto jurídico indeterminado”. Atendiendo a algunas de las definiciones que ha ofrecido nuestro Tribunal Constitucional, podríamos afirmar que un concepto jurídico indeterminado es una palabra o expresión sin contenido semántico en abstracto y cuyo significado debe determinarse casuísticamente por los jueces y tribunales. Así, estos conceptos se van conformando caso a caso, a partir de que los tribunales examinan cada circunstancia concreta y valoran cómo estos casos deben calificarse jurídicamente en función de su importancia intrínseca y de las cuestiones que planteen³⁸. Ahora bien, es importante tener en cuenta que nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado la idea de concepto jurídico indeterminado (en adelante CJI) para hacer referencia a situaciones muy diversas. Detenerse en algunos ejemplos puede ser ilustrativo. El Tribunal Constitucional considera que la noción de dilaciones indebidas es un CJI debido a su imprecisión. En contraste, el Tribunal opina que conceptos como error judicial y medio ambiente lo son debido a que carecen de una definición legal. En otros casos, como el de la expresión “insuficiencia de recursos para litigar, considera que se trata de un CJI porque el texto constitucional remite al legislador para que disponga los criterios que deben tenerse en cuenta. Otras veces, cuando se refiere a expresiones como “plazo de tiempo razonable” o “motivación suficiente” ni siquiera aclara por qué motivo estamos ante un CJI. Algo diferente sucede con el concepto de honor. El Tribunal lo asocia a un CJI porque su concreción depende de los valores, normas e ideales sociales vigentes en

³⁸ Los límites en esta actividad de configuración conceptual caso a caso serían, siguiendo al propio TC, configurar los requisitos que han de concurrir, exponiéndolos en la resolución y aplicándolos al caso que se enjuicia sin que la argumentación sea arbitraria, no efectuando una aplicación “ad casum” ni irrazonable, ni incurso en error patente (ATC 220/2001, de 18 de Julio). Como puede apreciarse, estos requisitos son equiparables a los requisitos de racionalidad práctica que los ordenamientos jurídicos establecen como “principios de discreción” para controlar la actividad judicial más allá del Derecho. Sobre la definición de concepto jurídico indeterminado véanse, también, STC 2/1994, STC 301/1994, STC 102/1995, STC 146/1995, STC 100/1996, STC 236/1997, STC 180/1999 y STC 95/2003.

cada momento, dejando cierto margen de apreciación a los órganos judiciales respecto a su contenido.

Por lo que puede observarse, el Tribunal usa la idea de CJI para finalidades bien diversas. Parece que todas estas situaciones tienen en común que la concreción de los conceptos se efectúa *a posteriori* y, generalmente, caso por caso, aunque en el supuesto de la noción de honor sólo asume que hay un margen de apreciación para el intérprete. Al mismo tiempo, parece también asumir que la falta de una definición legal, y no sólo la imprecisión, genera un CJI, pero esta consideración afectaría a la mayoría de términos del lenguaje natural usados por el legislador o por la propia Constitución. Por último, también da la sensación de que estas nociones se toman como remisiones a ciertos órganos, ya sea de creación o de aplicación normativa, para que adopten decisiones de autoridad en ciertos ámbitos. Ante esta heterogeneidad de tratamiento es difícil relacionar un CJI con un CEC, y tampoco es fácil concluir que el Tribunal Constitucional asume que un CJI está realmente indeterminado. Obviamente, ninguna de las nociones a las que el Tribunal Constitucional hace referencia en estas sentencias está indeterminada. Todos estos conceptos poseen un ámbito importante de casos claros de aplicación y, también, una zona de penumbra. Asimismo, la mayoría de ellos son CECs, pero, atendiendo a la caracterización que he ofrecido, la razón no reside en que su concreción se realice casuísticamente o dependa de un consenso social variable en torno a ciertos valores, sino en que se refieren a estándares y valores sociales sobre los que tenemos desacuerdos sustantivos. Es verdad que estos desacuerdos se hacen patentes cuando aplicamos estos conceptos a los casos particulares, pero si un CJI es una noción que se va concretando caso a caso a partir de decisiones de autoridad, un CEC no es un CJI.

Desde la lógica de un CEC, la forma en que enfrentamos estos desacuerdos es a partir de discusiones argumentativas en las que nos preguntamos cuál es la mejor aproximación al bien social que es objeto de discusión. Ciertamente, estas discusiones se producen a la luz de los casos concretos, pero ello no implica que un órgano de adjudicación o que el propio Tribunal Constitucional puedan decidir cuál es su contenido. Si una noción es un CEC su contenido depende de cuál es la mejor forma de presentar aquello a lo que se refiere, resultado que se obtiene ofreciendo los mejores argumentos y no a partir de decisiones de autoridad. Así, si el embargo ilimitado de bienes de un deudor es inconstitucional por indignante será porque la mejor teoría de la dignidad nos conduce a esta conclusión y, por tanto, porque no hay ninguna concepción alternativa con argumentos lo suficientemente sólidos que pueda convencernos de lo contrario. En este sentido, la decisión de reconocer un mínimo vital será la respuesta jurídica correcta si es el producto de la mejor teoría constitucional acerca de la dignidad. Si podemos justificar esta conclusión, no tenemos por qué aceptar que el concepto de dignidad está indeterminado o que el Derecho guarda silencio en este punto sólo porque se trate de un tema controvertido. Es el propio concepto de dignidad el que utilizamos para realizar esta calificación conceptual. Del mismo modo, tampoco tenemos por qué admitir que ésta es la respuesta jurídica correcta sólo porque así lo ha considerado el Tribunal Constitucional. Asumir la lógica de los CECs implica aceptar la distinción entre definitividad e infalibilidad de una decisión³⁹.

El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, tiene siempre la última palabra en la interpretación constitucional pero no necesariamente la

³⁹ Sobre la distinción entre definitividad e infalibilidad véanse, por ejemplo, Hart (Ibidem, 141-147), Dworkin (Ibidem, 32).

interpretación correcta. Esta interpretación correcta la debemos buscar en los argumentos, en el mérito de las razones que son capaces de aportar los participantes competentes de la práctica jurídica. La inclusión de CECs en el texto constitucional no supone entonces una renuncia *ab initio* a la posibilidad de deliberación racional como suponen aquellos que los asocian a conceptos indeterminados. Muy al contrario. Sería sumamente extraño haber introducido estos conceptos clave en la organización social, precisamente, para que su contenido dependiera de la mera voluntad y convicciones personales de los miembros de un tribunal (miembros y convicciones, no lo olvidemos, que variarán a tenor de los vientos políticos)⁴⁰. Su inclusión en la Constitución tiene sentido porque hace a la comunidad jurídica colectivamente responsable de deliberar y seguir deliberando para encontrar los mejores argumentos que justifiquen el uso de la coerción institucional en aquellos ámbitos que afectan a nuestros derechos básicos. Estos conceptos no nos conducen al gobierno de los jueces, sino al gobierno de la racionalidad deliberativa a la que estamos sujetos todos, también los jueces. En conclusión, pensar que un CEC es una noción semánticamente indeterminada supone, primero, manejar una teoría del significado demasiado simplista para ser interesante y, segundo, no comprender la lógica de funcionamiento de la práctica constitucional como práctica deliberativa.

Desde esta perspectiva, el uso de CECs no debería inquietar mucho a los juristas. Por una parte, su presencia limita la posibilidad de discreción porque sigue haciendo posible evaluar la corrección jurídica de ciertas decisiones institucionales. Ningún tribunal puede escudarse en la indeterminación del concepto de dignidad para decidir a voluntad qué es lo que debe hacerse en ámbitos donde la dignidad personal puede resultar afectada. Estos conceptos exigen a estos tribunales ofrecer la mejor caracterización posible y, por tanto, no les permiten elegir libremente entre diferentes alternativas de acción. Por otra parte, estos conceptos tampoco son especialmente preocupantes desde el punto de vista de la seguridad jurídica, aunque, obviamente, no forman parte del ideal formalista de cómo deberían expresarse las reglas. Primero, dado que no se trata de conceptos indeterminados, habrá muchos casos en los que podremos afirmar que una interpretación es mejor que otra y aquí la seguridad no se verá afectada. Volviendo a nuestro ejemplo, sólo cuando no haya forma de articular un argumento constitucional justificado acerca de qué es lo que exige la dignidad personal podremos afirmar la indeterminación jurídica. Pero, a no ser que pequemos de falta de imaginación argumentativa o no poseamos una cultura deliberativa, estas situaciones no serán tan habituales como algunos creen. De todos modos, la verdad de un juicio de indeterminación sólo podrá obtenerse como una conclusión justificada en el transcurso de la propia discusión argumentativa.

Ahora bien, como se insistió en el apartado anterior, la seguridad jurídica no es un valor absoluto y el uso de estos conceptos se justifica por otras razones jurídicamente relevantes. En general, la presencia de CECs en el Derecho obedece a la finalidad de asegurar que las instituciones, tanto cuando crean normas como cuando las aplican, garantizarán ciertos resultados éticos. Por esta razón encontramos nociones de este tipo en los parámetros

⁴⁰ Al mismo tiempo, estas cláusulas abstractas se incluyen en gran medida porque no hay un consenso en torno a ciertas cuestiones morales. En caso de haber existido este consenso, tendríamos alguna razón para haber sido más específicos en las exigencias constitucionales. Atendiendo a este extremo, sería también extraño contemplar estos conceptos desde una semántica convencionalista. Ello nos obligaría a admitir que estos conceptos se incluyen con la convicción de introducir nociones vacías de contenido para regular nuestros derechos más fundamentales. En mi opinión, asumir una semántica convencionalista para estos conceptos significaría también asumir un grave problema de racionalidad en la redacción de la constitución.

de validez jurídica y también usamos estos conceptos en fórmulas para asegurar que la aplicación del Derecho evitará resultados particulares injustos (pensemos de nuevo en el lenguaje de las causas de justificación en el ámbito penal o en expresiones como “dilaciones indebidas”, “motivación suficiente” o “plazo de tiempo razonable”). En conclusión, la presencia de conceptos esencialmente controvertidos es uno de los aspectos básicos de la práctica jurídica y su lógica no es extraña al Derecho sino que, al contrario, da sentido al ámbito de lo jurídico. Como observa C. Nino, “hay un valor interno y propio del derecho, concebido como fenómeno normativo, que está dado por la armonización y el refuerzo mutuo entre sus tres aspectos: el ideal, el procesal y el convencional. La maximización de ese valor (...) es la virtud que, según creo, debe perseguirse en la práctica jurídica”⁴¹. Atendiendo a esta idea, creo que es razonable concluir que el lenguaje del Derecho debe ser funcional a las finalidades que esta práctica persigue y que la indeterminación jurídica debe valorarse dentro de estos parámetros.

Los problemas semánticos, sin embargo, no son los únicos factores que suelen asociarse a la indeterminación del Derecho. También cabría tratar aquí otras situaciones como las lagunas normativas que no tengan su origen en cuestiones semánticas o las contradicciones entre reglas⁴². Pero en este trabajo sólo centraré mi atención en un último factor que es habitual relacionar con la indeterminación jurídica: la presencia de principios en el Derecho.

2 LOS PRINCIPIOS Y LA INDETERMINACIÓN JURÍDICA

En el apartado anterior recordé que una forma de reducir considerablemente la indeterminación jurídica originada en el lenguaje es recurrir a los principios como complemento interpretativo de las reglas. Ahora bien, muchos juristas y teóricos rechazarían esta posibilidad bajo el argumento de que la propia presencia de principios en el Derecho es una fuente de indeterminación jurídica. La asunción común, en este sentido, es que los principios son normas que, en realidad, no establecen respuestas jurídicas correctas.

En general, la reticencia hacia los principios como forma de regulación está relacionada con concepciones jurídicas que creen que el derecho es o, al menos, debería ser, un sistema de reglas. Pero la asociación entre principios e indeterminación jurídica proviene concretamente de dos preocupaciones. La primera está relacionada con el lenguaje abstracto y de CECs que estas pautas utilizan. Así, el escepticismo ante los principios tiende a estar vinculado con un escepticismo general respecto a la posibilidad de deliberación racional en materia moral o, de forma parecida, con la idea de que la controversia que envuelve a los conceptos morales los convierte en nociones vacías de contenido. En este punto, podemos aplicar al tema de los principios todas las consideraciones que desarrollé en el apartado dedicado a los CECs, algo en lo que no voy a insistir. Sólo efectuaré un comentario adicional sobre este punto.

En muchas ocasiones, especialmente en el ámbito constitucional, el escepticismo que algunos autores mantienen hacia los principios no se refleja en toda su extensión. Siguiendo

⁴¹ Nino (1994, p. 195).

⁴² Sobre estos posibles factores de indeterminación jurídica, véanse los comentarios que ya efectué en Iglesias Vila (Ibidem, 48-53).

aquí la descripción de Víctor Ferreres en torno a los argumentos con los que se defiende una constitución de detalle, podríamos afirmar que estos autores no tienden a relacionar explícitamente la indeterminación con los principios constitucionales sino, solamente, con los valores más abstractos⁴³. El argumento para otorgar a estos valores un rol constitucional muy limitado o para impugnar su uso en el texto de la Carta Magna es, en una línea kelseniana, que el Tribunal Constitucional puede dotar de cualquier contenido a estos conceptos tan abstractos. Así, acabaría siendo la voluntad de este tribunal el criterio para limitar la acción legislativa. En nuestro contexto, estos autores se refieren, básicamente, a valores como los de justicia, libertad, igualdad, pluralismo político o la propia idea de estado democrático reconocidos en el artículo 1.1 de la Constitución Española, pero también tenderían a extender su escepticismo a valores del artículo 10 como el de dignidad o el libre desarrollo de la personalidad.

Todos estos valores son, en efecto, abstractos. Sin embargo, muchos derechos constitucionales se reconocen también a partir de principios igualmente abstractos. Pensemos en conceptos como intimidad, honor, integridad moral, trato degradante, seguridad, igualdad o las diversas dimensiones de la libertad. Si la abstracción de los valores del artículo 1.1 o del artículo 10 puede justificar el rechazo a su utilización como parámetro de validez constitucional, el mismo argumento debería valer para el resto de conceptos que he comentado. Claro que podemos rechazar los primeros como criterio de validez sin rechazar los restantes por otros motivos de sistemática constitucional. También podríamos afirmar que algunos de los conceptos que encontramos en el artículo 1.1, como el de justicia, por ejemplo, abarcan demasiado. Pero el problema sería, entonces, que utilizar el valor de justicia como parámetro de constitucionalidad amplia demasiado el marco de límites constitucionales a la acción legislativa, no que conduzca al gobierno del Tribunal Constitucional (sólo podríamos llegar a esta conclusión si somos escépticos en materia moral). Por esta razón, aunque podemos alegar otros motivos para defender una constitución de detalle, si la razón que utilizamos es el argumento kelseniano de la indeterminación de estos conceptos y el poder que permiten otorgar a un Tribunal Constitucional, deberíamos también impugnar todos los derechos reconocidos en principios abstractos y mantener, en consecuencia, que sólo pueden utilizarse como criterios de validez las reglas relativas a estos derechos (cuando no incluyan, claro está, ningún concepto evaluativo). Dado que esta consecuencia es difícilmente admisible en un sistema constitucional, por el propio carácter axiológico de la Carta Magna, centrar la impugnación por indeterminación exclusivamente en los valores del artículo 1.1 o del artículo 10 sería más bien arbitrario⁴⁴. De esta suerte, o bien llevamos el argumento escéptico hasta sus últimas consecuencias, afirmando que, en realidad, el contenido de una constitución es básicamente la voluntad del Tribunal Constitucional, o dejamos de utilizar el argumento de la abstracción. Siguiendo lo que ya comenté en el apartado anterior, creo que esta última opción

⁴³ Cf. FERRERES, V. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

⁴⁴ Un argumento que podría ofrecerse para trazar esta distinción, al menos por lo que respecta al concepto de justicia, y seguramente sólo para este concepto, sería asumir que esta noción es un *thin concept*, en la terminología de Bernard Williams (Cf. WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1985). Aunque no evaluaré este argumento que tiendo a rechazar, una posibilidad sería afirmar que una Constitución sólo puede incluir nociones morales que sean *thick concepts*, esto es, conceptos morales cuyo significado no puede ser independizado de las prácticas sociales y el contexto cultural. No sería absurdo asumir que la mayoría de conceptos morales incorporados en una constitución puede entenderse como *thick concepts*, con la excepción, quizá, de la noción de justicia.

es la más acertada, especialmente, en prácticas de carácter deliberativo como la constitucional.

La segunda preocupación por la indeterminación de los principios se dirige al propio carácter que poseen las pautas a las que denominamos “principios”. El hecho de que este tipo de estándares, a diferencia de las reglas, sean normas que sólo establecen una razón en favor de una decisión o resultado, suele tomarse como una muestra de su carácter indeterminado. Así, un principio, por su propia naturaleza, no tendría capacidad para establecer cuál es la solución jurídica que corresponde adoptar en un caso particular. El problema de la indeterminación parecería surgir, a la sazón, cuando advertimos que un principio no es más que una razón que se balancea con otras mientras que las reglas son el resultado de este balance de razones.

En el resto del trabajo me centraré en esta segunda preocupación. Pero cabe advertir, de forma preliminar, que muchos teóricos no separan adecuadamente ambas cuestiones, fusionando el problema del lenguaje que usan los principios con el carácter de estas pautas. Aunque, como veremos, hay una interconexión entre ambas cuestiones, es posible y conveniente separarlas. Vale la pena insistir en que un principio no es una regla muy imprecisa ni una regla que utiliza conceptos evaluativos o que incluye muchas excepciones, sino una pauta diferente a una regla. Me atrevería a afirmar que gran parte del escepticismo frente a los principios proviene de la asunción implícita de que los principios son reglas muy imprecisas, idea que se incentiva al considerar que el Derecho no puede ser otra cosa que un sistema de reglas. En mi opinión, esta asociación es un error, al menos desde la concepción dworkiniana de los principios que defiendo. Un ejemplo puede ser útil⁴⁵. Imaginemos una regla que establece que los contratos irrazonables son nulos. Esta norma utiliza un término abstracto y evaluativo para determinar cuándo un contrato deja de ser válido. De esta forma, para establecer cuándo se cumple esta condición deberemos entrar a debatir una cuestión valorativa. Pero, ¿qué hace que esta pauta siga siendo una regla y no un principio? Como observa Dworkin, si contemplamos esta norma como una regla estaremos asumiendo que, por muy valorativo que sea determinar cuándo un contrato es irrazonable, una vez consideramos que se da esta condición, entonces la nulidad del contrato es la consecuencia jurídica directamente prevista. Estaríamos desatendiendo la regla si no consideráramos nulo un contrato irrazonable⁴⁶. Si esta norma fuera un principio, en cambio, una vez hubiéramos determinado que un contrato puede calificarse como irrazonable, entonces tendríamos una razón, y sólo una razón, para decidir anularlo. Aquí, en el caso de declarar válido un contrato irrazonable, no estaríamos

⁴⁵ Véase, sobre este ejemplo, Dworkin (Ibidem, 27-28).

⁴⁶ Sin embargo, ello no implica asumir que cuando una regla prescribe una determinada conducta, la respuesta jurídica que corresponde a esa conducta sea la que prescribe la regla. Si el contenido de una regla está demasiado alejado de los principios jurídicos que la justifican, quizá tendremos razones jurídicas para transformar o reinterpretar esa regla de modo que se ajuste a las razones subyacentes. Pero, y eso es lo que distingue el uso de reglas del uso principios como forma de regulación, el hecho de tener una regla incorpora una razón jurídica de justicia formal para seguir esa regla. De este modo, sólo podemos justificar apartarnos de la regla en pro de la razón subyacente como fruto de una ponderación entre esta razón subyacente y la razón de justicia formal que tenemos para seguir la regla. Sólo cuando tenga más peso la razón sustantiva subyacente, podremos afirmar que el derecho exige una conducta diferente a la prevista en la regla. Ahora bien, como estamos ante una regla, si vence la razón subyacente, tendremos que asumir necesariamente que estamos vulnerando la regla. Si nos manejamos sólo con principios, en cambio, podemos decidir, directamente, sopesando el peso de diversas razones sustantivas a favor o en contra de una acción o decisión. Así, no vulneraremos el principio si, después de ponderar, éste es vencido por otro.

vulnerando el principio si resulta que en ese supuesto hay otras razones con más peso para validar ese contrato a pesar de ser irrazonable. En suma, es importante advertir que un principio no es una regla imprecisa y, por tanto, que no podemos tratar a los principios como reglas ni exigirles el mismo funcionamiento⁴⁷. De este modo, la asociación entre principios e indeterminación tiene sentido si se muestra que son este tipo de pautas, entendidas como razones que orientan hacia una decisión, las que constituyen una fuente de indeterminación del derecho.

Una vez clarificado este punto, voy a examinar dos argumentos que podrían servir para justificar una asociación estricta entre principios e indeterminación. El primero es la idea de que un principio, aunque oriente hacia una decisión, no determina ninguna solución jurídica en particular. El segundo es que las colisiones entre principios se resuelven a través de una ponderación que no es más que una actividad subjetiva que no es jurídicamente controlable⁴⁸.

Respecto al primer argumento, es cierto que un principio sólo constituye una razón para decidir en una dirección y, por tanto, a diferencia de una regla, no establece la respuesta jurídica que se sigue cuando se cumplen ciertas condiciones. Según este argumento, el carácter indeterminado de los principios vendría por el tipo de pautas que son. En mi opinión, este argumento permite asociar principios con indeterminación jurídica al coste de seguir contemplando los principios desde un sistema de reglas. Veamos por qué.

Aunque un principio, cuando forma parte del derecho, es tan vinculante como una regla, es una pauta diferente y, por tanto, también se mueve en un contexto de razonamiento diferente. El mundo de los principios es el mundo del balance de razones, de la deliberación justificatoria. Cualquier decisión institucional que no sea arbitraria deberá ser el producto de un balance adecuado entre diversas razones en juego. Los principios son cada una de estas consideraciones o razones que se deben tomar en consideración para justificar una decisión, y tendrán carácter jurídico cuando sean razones que manejamos en la justificación de decisiones en el ámbito del Derecho. Desde esta perspectiva, los principios, por su propia

⁴⁷ Cabe advertir que, desde esta concepción de los principios, siempre habrá una distinción categorial entre una regla y un principio. No se trata de una mera diferencia de grados. Lo que sucede es que, en algunas ocasiones, la formulación superficial de una norma es la de una regla cuando, en realidad, esta norma ha sido pensada o debe ser entendida como principio. También podemos encontrarnos con casos dudosos en los que no sea fácil determinar si estamos ante una regla o un principio. Pero que podamos tener situaciones de duda no implica, a diferencia de lo que algunos autores piensan, que la diferencia entre estas dos pautas acabe siendo gradual. Un ejemplo limítrofe lo encontramos en el artículo 18.2 de nuestra constitución que establece la inviolabilidad del domicilio. Este artículo reza como sigue: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Aunque la formulación superficial de esta disposición parezca la de una regla, estableciendo las condiciones a partir de las que se siguen ciertas consecuencias jurídicas, la cuestión es si se trata en realidad de un principio. Si lo tratamos como principio, lo que el artículo 18 establece es que, dado que queremos proteger la inviolabilidad del domicilio, tenemos una *razón para prohibir* cualquier intromisión en él cuando el titular no consienta y no esté cometiendo flagrante delito. Si lo tratamos como una regla, en cambio, pasamos de tener una razón para prohibir que incluye dos situaciones en las que carecemos de esa razón a establecer directamente una prohibición con dos excepciones. En el primer caso, podemos efectuar un balance entre diversas razones en juego para decidir, en el segundo, la norma pretende haber cerrado el balance entre razones sustantivas. Sea cuál sea la mejor forma de entender este artículo, éste no muestra, en mi opinión, que la diferencia entre reglas y principios sea gradual. En sentido contrario, véase, por ejemplo, Ferreres (Ibidem, 29-30).

⁴⁸ Una visión en esta línea es la que sostiene, por ejemplo, Guastini (GUASTINI, R. *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Trad. J. Ferrer. Barcelona: Gedisa, 1999).

naturaleza, no pueden contemplarse como pautas aisladas; sólo adquieren pleno sentido dentro de un marco deliberativo donde diversos principios o razones apoyan decisiones diferentes. Por este motivo, la idea de peso es consustancial al concepto de principio. Este tipo de pauta no es sólo una razón vinculante a favor de una decisión, sino una razón que debe ser balanceada con otras para determinar qué es lo que, jurídicamente, se debe hacer. En suma, una definición completa del término “principio” incorpora la asunción de que estas normas no se presentan de forma aislada. Si esto es así, resulta fácil entender por qué el hecho de que los principios sean pautas que funcionan de modo diferente a las reglas no conduce necesariamente a su indeterminación. Si no los confundimos con las reglas, para asociar el uso de principios con la indeterminación jurídica debemos mostrar, no que un principio determina una solución, sino que el conjunto de principios aplicables en un determinado ámbito no puede determinar una solución jurídica en particular⁴⁹. Para justificar esta asociación hemos de acudir al segundo argumento que comentaba, defendiendo que la ponderación o el balance entre principios es una actividad subjetiva que no es posible controlar ni racional ni jurídicamente y, por tanto, que no podemos justificar que existe una respuesta jurídica correcta que surge de este balance. Sólo en este caso, el uso de principios nos conduciría directamente a la indeterminación jurídica. Ahora bien, este argumento sólo será válido si el escepticismo en torno a la ponderación de principios está justificado. Pero creo que no lo está.

Algunos autores han tratado de mostrar que la ponderación entre principios puede ser reducida a una estructura de razonamiento subsuntivo que es racionalmente controlable⁵⁰. Alexy, por ejemplo, considera que las colisiones entre principios se resuelven del siguiente modo: primero, se articula una estructura de precedencia condicionada entre los principios en juego (que establece la precedencia de un principio sobre otro bajo determinadas circunstancias). Una vez obtenemos esta precedencia, se aplicaría la ley de colisión, que es el paso metodológico que permite generar una regla que resuelve el caso. Esta ley indica que las condiciones en las que un principio prevalece sobre otro pueden ser utilizadas como supuesto de hecho de una regla que tiene como consecuencia jurídica la favorecida por el principio que vence⁵¹. Percibida de esta forma, la ponderación acabaría reconstruyéndose como una operación de subsunción, con la aplicación final de una regla. Tener en cuenta este dato es importante para poder distinguir la ponderación de otras formas de razonamiento que no respetan las mínimas exigencias lógicas. A pesar de ello, mostrar este punto no responde al argumento escéptico que una principios con indeterminación jurídica. Para responder a este argumento, no basta afirmar que la conclusión que se obtiene es fruto de un *modus ponens*. Debemos poder mostrar que la relación de precedencia condicionada entre principios que ha sido plasmada, pongamos por caso, en una sentencia, es la jurídicamente exigible (un problema de adecuación en la selección de las premisas del razonamiento subsuntivo). Así, hemos de poder justificar que estas estructuras de precedencia pueden ser jurídicamente (y no sólo racionalmente) controlables, con lo que no dependen de la mera voluntad subjetiva del decisor.

¿Qué requerimos para poder afirmar que hay respuestas jurídicas correctas en la ponderación de principios? Empecemos, como mínimo, asumiendo que habrá casos claros de ponderaciones jurídicamente erróneas. Pensemos, por ejemplo, aquella ponderación que

⁴⁹ Véase, en este sentido, Dworkin (Ibidem, p. 35-39).

⁵⁰ Véanse, especialmente, Alexy (ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. (E. Garzón Valdés), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993) y Moreso (Ibidem, p. 99-121).

⁵¹ Alexy (Ibidem, p. 92-94).

sobrevalora un principio sobre otro hasta tal extremo que no admite ninguna circunstancia en la que el segundo principio pueda prevalecer sobre el primero. Si eran principios lo que se balanceaba, aquí estaremos siempre ante una situación de ponderación jurídicamente errónea porque no se está tratando ninguna de las dos pautas en juego como principios. La pauta que siempre se hace prevalecer ha sido transformada en realidad en una regla categórica y la que nunca prevalece no es tratada ni siquiera como una razón a favor de una decisión, o sea, no es tomada ni respetada como principio.

En otros casos menos drásticos, una ponderación puede ser jurídicamente errónea porque resulta obvio que, ante unas circunstancias concretas, un principio prevalece sobre otro o, simplemente, porque estamos en un caso fácil de ponderación, algo mucho más común de lo que se cree. En esta situación hay una respuesta jurídica clara y no identificarla sólo puede ser el producto de una pésima teoría acerca de qué es lo que exige cada uno de los principios en juego, teoría que no podrá pasar un mínimo intercambio deliberativo. Es verdad que estos supuestos obvios suelen estar ya plasmados en reglas jurídicas que los regulan, pero sigue siendo cierto que hay aquí una respuesta jurídica correcta a la ponderación entre principios. De hecho, hay muchos casos fáciles de ponderación donde la precedencia es jurídicamente exigible. Pero, dado la presencia de reglas que los regulan, se nos olvida que estos casos fáciles son el producto de plasmar la respuesta jurídica correcta de una ponderación entre principios. Si ninguna de estas reglas nos parece arbitraria es porque consideramos que son el resultado de un buen balance entre las razones en juego (y, por tanto, que puede haber mejores o peores balances entre principios)⁵². Pensemos, por ejemplo, en situaciones obvias en las que la libertad de expresión cede ante otros principios: un pintor que, alegando su libertad de expresión artística, entra en casa de alguien cuando se está bañando para poder pintarlo desnudo o un profesor que, aduciendo su libertad de cátedra, niega la existencia de los campos de concentración nazi e insulta a uno de sus alumnos judíos. Tenemos reglas jurídicas que prohíben estas conductas, precisamente, porque se trata de casos obvios de ponderación. En suma, la asociación estricta entre principios e indeterminación empieza a ser un simple mito cuando adquirimos conciencia de que la mayoría de reglas jurídicas que poseemos serían arbitrarias si no hubiera respuestas jurídicas correctas en la ponderación entre principios⁵³. Al igual que encontramos casos fáciles en la aplicación de reglas, es razonable asumir, entonces, que habrá también casos fáciles en el ejercicio de ponderación⁵⁴.

Una última consideración que cabe efectuar en torno al segundo argumento para asociar principios e indeterminación jurídica está relacionada con las situaciones de

⁵² Es importante advertir que los principios, en sentido amplio, no son sólo razones morales para actuar, sino, también, siguiendo a Dworkin (Op. Cit, 1997), lo que podríamos denominar “directrices políticas”, que consisten en razones políticas, sociales o económicas para la acción. Cuando me refiero a que los principios son la base de reglas no arbitrarias me refiero a principios en sentido amplio.

⁵³ Si tenemos en cuenta este extremo, es difícil asumir la tesis de autores como Prieto Sanchís (SANCHÍS, Prieto. *Sobre principios y normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992) y Comanducci (COMMANDUCCI, P. “Principios jurídicos e indeterminación del Derecho”, en Navarro, Bouzat y Esandi (eds.) *Interpretación constitucional*. Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, 1999) en el sentido de que la presencia de principios incrementa la indeterminación del Derecho y la necesidad de discreción judicial.

⁵⁴ No entraré en este trabajo en otro argumento que suele justificar la reticencia hacia los principios: la idea de que las estructuras de relación de precedencia entre principios son demasiado variables porque pueden cambiar cada vez que varíen las circunstancias. Aunque creo que este argumento es erróneo, lo que me importa destacar aquí es que este problema estaría más relacionado con la estabilidad normativa y las dificultades que ello pueda entrañar para la seguridad jurídica que con la indeterminación del Derecho.

ponderación cuya solución no es obvia o es controvertida. Muchos autores consideran que en estos supuestos no hay forma de determinar que un resultado es mejor que otro desde un punto de vista jurídico. En mi opinión, esta tesis también es errónea o, al menos, no puede ser defendida sin una argumentación sustantiva adicional. De forma paralela a lo que observé en el apartado dedicado a los CECs, el hecho de que no haya consenso en torno a la solución de un balance entre razones, no implica que tampoco haya respuesta jurídica correcta. Ello sólo será así cuando consideremos que es el consenso lo que determina cuál es la respuesta jurídica correcta de una ponderación de principios. Pero, ¿qué nos obliga a aceptar esta idea? La ponderación es el corazón de cualquier práctica deliberativa, en tanto práctica que exige aportar razones que se juzgan en función de su mérito. El consenso es simplemente un hecho, no una razón o un argumento en favor de una determinada solución. De igual forma, la falta de consenso es también un hecho, no una razón o un argumento en contra de una determinada solución. Por ello, que un balance entre principios pueda ser controvertido no impide que sea jurídicamente correcto a no ser, claro está, que mantengamos que prácticas como la constitucional no son, en realidad, prácticas deliberativas sino meros ejercicios de poder institucional y negociación política. Pero creo que es posible resistirse a esta conclusión si rechazamos el convencionalismo como forma de justificar juicios prácticos.

En definitiva, la verdad de un juicio en torno a un balance de principios, al igual que sucede con el significado de un CEC, dependerá de cuál es la mejor teoría en torno a estos principios, teoría que debe evitar, siguiendo las palabras de Víctor Ferreres, que la protección de unos se haga a costa de un sacrificio desproporcionado de los otros⁵⁵.

Aunque no podré desarrollar este último punto en profundidad, valdría la pena efectuar alguna observación para asentar esta idea. Indiqué que los principios jurídicos, dada su naturaleza, no existen de forma aislada. En el ámbito del Derecho, los diversos principios constituyen exigencias independientes que, en conjunto, justifican el uso de la coerción institucional dentro de la práctica jurídica. Digo que son exigencias independientes porque asumo que estos principios no pueden ser reducidos a un solo estándar jurídico que justifique, por sí sólo, el uso de coerción. Si esto fuera así, no tendría sentido hablar de “principios”. Por tanto, lo que caracteriza a cada principio jurídico es tanto lo que tiene en común con el resto (su carácter coadyuvante a la justificación general) como lo que le distingue del resto (aquello que le hace ser una exigencia diferenciada dentro de este marco justificatorio general). En este sentido, los principios ni pueden estar en conflicto permanente ni pueden dirigir siempre a la misma respuesta. Si dos principios siempre estuvieran en conflicto no sería posible contemplarlos como exigencias coadyuvantes en una empresa general de justificación. Si, en cambio, nunca estuvieran en conflicto no podría tratarse de dos principios⁵⁶.

Tener presente estos extremos es básico para entender la dinámica de los principios. También permite entender por qué una teoría que pretenda justificar una determinada estructura de ponderación requiere alcanzar un equilibrio entre la cuestión de qué es lo que identifica a cada principio en juego con la de qué es lo que debe ceder cada principio dado la presencia de otro. Esta teoría debe preservar la identidad de los principios individuales sin menoscabar la fuerza justificatoria del conjunto. De este modo, el balance entre principios es un ejercicio que se rige por un criterio de coherencia estructural y la mejor teoría, aquella que

⁵⁵ Ferreres (Ibidem, 28).

⁵⁶ Si no hay conflicto porque un principio siempre vence al otro cuando ambos dirigen a respuestas diferentes, uno de ellos no está siendo tratado como principio. Si, por el contrario, no hay conflicto porque las dos pautas siempre dirigen a la misma solución, entonces no puede tratarse de dos principios distintos.

permite determinar cuál es la respuesta jurídica correcta, será la que consiga ofrecer los mejores argumentos desde la perspectiva de esta coherencia estructural.

■ CONSIDERACIONES FINALES

¿Podremos siempre justificar que existe una respuesta jurídica correcta a una ponderación de principios? Definitivamente no. Pero será posible ofrecer esta justificación en muchos casos si, por una parte, articulamos teorías sólidas sobre la estructura de principios que da sentido a la práctica jurídica y, por otra parte, nos tomamos el razonamiento deliberativo en serio. A la postre, esto es lo que podemos y debemos exigir de nuestros jueces cuando aplican el Derecho antes de objetar que nos impongan su voluntad. Usando las palabras de Dworkin:

“la comunidad jurídica debe evaluar a los jueces con criterios intelectuales. Insistiremos en que elaboren los mejores argumentos que les sea posible, y luego nos preguntaremos si sus argumentos son lo suficientemente buenos. Por supuesto, no hay fórmula que garantice que los jueces no serán influidos por los malos argumentos (...). Todo lo que podemos hacer ante esas malas decisiones es señalar cómo y dónde los argumentos eran malos o las convicciones inaceptables”⁵⁷.

Ahora bien, no podemos dejar de admitir que habrá casos en los que el uso de principios conduzca a la indeterminación jurídica. ¿Debería esto preocupar a los juristas? Sigo creyendo que no. Con independencia ahora de otras consideraciones, la verdad es que un mundo jurídico sin principios sería un mundo inhabitable. Si las razones que debe balancear el legislador para crear las reglas con las que afecta nuestra libertad no formaran, explícita o implícitamente, parte del Derecho, podría llegar a pensar que cualquier razón vale, y esto, afortunadamente, no es así. Por ello, el coste social que la posibilidad de indeterminación jurídica pueda producir es insignificante en comparación con la importancia de los principios para el Derecho.

En definitiva, quizá la inquietud de muchos juristas frente a los principios y los CECs no resida realmente en una creencia en su vinculación directa con la indeterminación jurídica, sino en la constatación de que son formas de incorporar el razonamiento moral dentro del marco del Derecho. Este extremo puede ser preocupante para aquellos juristas que conciben el fenómeno jurídico sólo como un instrumento para guiar la conducta. Pero, en cambio, para los que no creemos que el derecho pueda constituirse en cualquier instrumento para guiar el comportamiento, sino que asociamos el ámbito de lo jurídico a una forma distintiva de justificar el uso de la coerción institucional, esta incorporación de la moral supone un logro jurídico importante.

⁵⁷ Cf. DWORKIN, op. Cit.

REFERÊNCIAS

- A.A.V.V. *Las lagunas en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- AARNIO, A. *Lo racional como razonable*. Trad. E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- CAMPBELL, T. *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth, 1996.
- CARRIÓ, G. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.
- COLEMAN, J. "Incorporationism, Coventionality and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, 4, p. 381-426, 1998.
- COMMANDUCCI, P. "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho", en Navarro, Bouzat y Esandi (eds.) *Interpretación constitucional: Bahía Blanca*, Universidad Nacional del Sur, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, 1977.
- _____. "Is There Really no Right Answer in Hard Cases?", en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, p. 120-145, 1985.
- _____. *El Dominio de la vida*. Trad. R. Caracciolo y V. Ferreres. Barcelona: Ariel, 1994.
- ENDICOTT, T. *Vagueness in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- FERRERES, V. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- _____. *El principio de taxatividad en material penal y el valor normativo de la jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 2002.
- FULLER, L. "Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 71, p. 630-672, 1958.
- _____. *The Morality of Law (Revised Edition)*. New Have: Yale University Press, 1969.
- GARCÍA MANRIQUE, R. "Acerca del valor moral de la seguridad jurídica", *DOXA*, 23, p. 477-516, 2003.
- GUASTINI, R. *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Trad. J. Ferrer. Barcelona: Gedisa, 1999.
- HART, H. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- IGLESIAS VILA, M. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- _____. "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *DOXA*, 23, p. 77-104, 2000.
- KELSEN, H. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)" en J. Ruiz Manero (ed.), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, p. 109-155, 1988.

LYONS, J. *Lenguaje, significado y context*. Barcelona: Paidós, 1991.

MORESO, J.J. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

____ *Principio de legalidad y causas de justificación*, *DOXA* 24, p. 525-545, 2001.

____ *Conflictos entre principios constitucionales*, en M. Carbonell (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, p. 99-121, 2003.

NARVÁEZ, M. Enunciados filosóficos vs. enunciados teóricos. El caso de la textura abierta del derecho, *Analisi e Diritto*, 2002-2003, p. 211-240, 2003.

NINO, C.S. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

RAZ, J. Legal Principles and the Limits of Law, *The Yale Law Journal*, n. 5, 81, 1972.

____ Authority, Law, and Morality, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, p. 194-221, 1994.

ROSS, A. *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963.

SANCHÍS, Prieto. *Sobre principios y normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

SCHAUER, F. *Playing by the Rules*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

SHAPIRO, S. On Hart's Way Out, *Legal Theory* 4, p. 469-508, 1998.

SOPER, P. "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", en M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman 6 Allanheld, Totowa, 1984.

WALUCHOW, Waldron. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, Mass, 1985.