

Deber judicial de resolución y casos difíciles*

J. Alberto del Real Alcalá**

RESUMEN

Resolver por parte de los operadores jurídicos y en los casos en los que el derecho aplicable es indeterminado, con mecanismos y técnicas que son asimismo *imprecisas*, genera ciertas consecuencias: en estos supuestos los jueces *no* cuentan con criterios *nítidos* que guíen su toma de decisiones. Dado que la extensión de *lo indeterminado es indeterminada*, la indeterminación es *ineliminable* no solo del contenido de las reglas jurídicas sino también de los recursos y mecanismos interpretativos del derecho. Así sucede en los “casos difíciles”, en los que el “deber de resolución” que impone a los jueces el Estado de Derecho deviene impreciso y de realización incierta.

PALABRAS CLAVE: deber judicial de resolución, imprecisión, indeterminación, casos difíciles, *rule of law*.

SUMMARY

When legal practitioners decide cases, especially in those circumstances where the applicable law is *undetermined*, using mechanisms and techniques that are also inaccurate, certain consequences are originated: in such cases the judges *do not* have *clear* criteria to guide its decision making. Given that the extension of the *indefinite is indefinite*, the *indeterminacy is impossible to eliminate* not only from the content of legal rules but also from the interpretative resources and mechanisms of law. So this is particularly true for those “difficult cases”, in which the “judicial decisions” imposed on judges by the rule of law becomes vague and uncertain.

KEY WORDS: judicial decisions, ambiguity, uncertainty, difficult cases, *rule of law*.

FORO

* Este texto se inserta en el ámbito del Programa de Investigación Consolider-Ingenio 2010 “El Tiempo de los derechos” CSD2008-00007, del Ministerio de Ciencia e Innovación de España, y en la actividad del Grupo de Investigación de la Universidad de Jaén: “Derecho Penal, Criminología, Democracia y Derechos Fundamentales” (SEJ-428), perteneciente al Plan Andaluz de Investigación de la Junta de Andalucía (España).

** Profesor titular en el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén (España). Doctor en Derecho y Premio Extraordinario de Doctorado por la Universidad de Granada (España). Correo electrónico: adelreal@ujaen.es y página web: [http://www4.ujaen.es/~adelreal].

INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho impone a los jueces el deber general de hacer justicia, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Este deber judicial, que es deber *legal*, está relacionado con *derechos fundamentales*, particularmente con el “derecho a la tutela judicial efectiva” de todos los destinatarios del sistema jurídico. Pero resolver y resolver haciendo justicia no es exactamente lo mismo. En este texto me voy a referir únicamente al deber de resolver como deber “formal” y “legal” que el Estado de Derecho impone a los jueces a la hora de la aplicación del derecho, y no entraré en la cuestión de si su realización conlleva o no el cumplimiento de la justicia material. No parece haber duda de que solo como deber formal, la obligación del juez de dar una resolución es extremadamente importante en el contenido del *rule of law*.¹ El juez ha de resolver “siempre”, en *todas* las controversias jurídicas que se le plantean, juzgándolas y haciendo ejecutar lo juzgado, y asimismo ha de hacerlo “conforme a Derecho”, excluyendo cualquier otro tipo de criterios a la hora de fundamentar sus decisiones. Lógicamente, a la hora de la aplicación del derecho, y durante el desarrollo de la tarea interpretativa, el sistema jurídico provee a los jueces de instrumentos y mecanismos con los que poder dar cumplimiento a este importante contenido de su función profesional. La *subsunción* y la *bivalencia jurídica* son algunos de estos dispositivos. Ellos están configurados de forma clara y nítida, y eso hace posible que cuando se plantea la aplicación del derecho, los jueces puedan *guiar* de forma precisa, y *delimitar* de forma cierta, el proceso de toma de decisiones si se enfrentan a la resolución de casos *claros*. Eso permite que esta clase de casos sean resueltos por medio de decisiones judiciales *ciertas*, esto es, predecibles y preexistentes en el derecho, a modo de respuesta correcta unívoca a una determinada controversia jurídica.

Pero, por el contrario, los jueces no disponen de mecanismos interpretativos de esa clase si tienen que resolver casos *indeterminados*. Así, por ejemplo, la discrecionalidad *no* es un mecanismo que, en este sentido, guíe ni delimite de forma precisa el proceso de toma de decisiones del juez. Y algo similar ocurre con las *construcciones dogmáticas* de los intérpretes (otra “forma” –y fuente– de discrecionalidad judicial) cuando son utilizadas como técnica interpretativa en la adjudicación. El deber judicial de resolver *siempre* y *conforme a Derecho* vincula la forma de construir la decisión judicial a la ley, a la Constitución y al Estado de Derecho, pero ¿qué “guía” la toma de decisiones por los jueces en los casos indeterminados si el derecho aplicable es vago y además los mecanismos que el sistema jurídico proporciona a los

1. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 289-297.

jueces para solventar la indeterminación jurídica adolecen asimismo de imprecisión y vaguedad? La cuestión que planteo aquí es que si los jueces tienen que dar cumplimiento al *deber de resolver* también en los casos indeterminados pero no disponen de mecanismos y técnicas para guiarse en sus decisiones, ¿hay que admitir, entonces, que en esos casos este importantísimo deber judicial, que es parte del contenido del *rule of law* y revés del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se encuentra en alguna medida *indeterminado*?

Defenderé una respuesta positiva a esta cuestión cuando el juez se enfrenta a *borderline cases*. Y algo más: si esto es así, y si la vaguedad es “inerradicable” de los textos jurídicos, y también de los mecanismos y técnicas interpretativas que el derecho proporciona a los jueces para solventarla, entonces, la imprecisión e indeterminación de la que adolece la toma de decisiones por el juez en *algunos* casos (*no en todos* los casos) es asimismo “ineliminable”, y consiguientemente también lo es en esa medida su deber legal de resolver.

Posiblemente, un argumento que podría apoyar la aserción que aquí se hace es que en los casos indeterminados *no es conceptualmente posible* el que las decisiones judiciales sean “ciertas” sino “inciertas” en los dos siguientes sentidos: en primer lugar, en el sentido de que las decisiones judiciales son “imprevisibles”, es decir, hay un alto grado de incertidumbre sobre cuál es el contenido de la decisión judicial, y este no es racionalmente predecible conforme a derecho; y en segundo lugar, en el sentido de que *no* es posible “identificar” en el derecho el contenido de la decisión correcta, pues no hay una decisión preexistente en el derecho como única respuesta a una determinada controversia jurídica.²

Que el deber judicial de resolver pudiera, a veces, adolecer de imprecisión e indeterminación, puede ser también un problema para el Estado de Derecho si “pone en cuestión la posibilidad de que un sistema jurídico brinde respuestas unívocas”,³ con los efectos consiguientes para la seguridad y certeza jurídicas, y el principio de igualdad ante la ley. Pero si esto sucede así, se plantea además en la teoría jurídica la cuestión de cómo describir el sistema jurídico del Estado constitucional de Derecho⁴ si aceptamos aquella aserción y queremos ser coherentes con ella.

2. Enrico Diciotti, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, en *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1992, p. 119.

3. Ma. Cristina Redondo, “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, en *Doxa*, No. 20, Alicante, Universidad de Alicante y CEPC, 1997, p. 177.

4. La fórmula Estado constitucional de Derecho se entiende como una *evolución* del Estado de Derecho. Cfr. Francisco Roig Ansuátegui, “Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, tomo I, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp. 255-272.

INDETERMINACIÓN Y CASOS DIFÍCILES

Antes de desarrollar la argumentación a favor de la tesis que aquí se pretende afirmar, es necesario plantear la siguiente cuestión: si alegar que la toma de decisiones de los jueces es algo impreciso en el derecho cuando se trata de casos indeterminados y, por consiguiente, en esa medida y en esos casos lo es, por tanto, el deber judicial de resolver que les impone el Estado de Derecho, exige aceptar la *indeterminación* de otros ámbitos del derecho; o se trata de una tesis *aislada* que puede sustentarse solo por sí misma. Para ello, téngase en cuenta, por una parte, que según las teorías jurídicas que acogen la indeterminación, el ámbito de la adjudicación es una de las *zonas* del derecho afectadas *significativamente* por aquella. Y, por otra parte, que en el ámbito de la teoría de la decisión judicial, la teoría jurídica suele relacionar (en sentido frecuentemente *semántico*) la *indeterminación* del derecho y el contenido *incierto* de las decisiones judiciales, vinculando ambas aseveraciones a la *discrecionalidad judicial*, a modo de mecanismo al que remite el sistema jurídico para la resolución de los *casos indeterminados*. Como pone de manifiesto Enrico Diciotti,

con ‘indeterminatezza del diritto’ ci si può riferire all’incertezza su quali norme siano parte del diritto, o all’incertezza su quali norme siano i significati delle norme giuridiche, oppure a entrambi i tipi di incertezza a un tempo. Del primo genere di incertezza si tratta nelle teorie della validità; del secondo genere di incertezza si tratta nelle teorie dell’interpretazione.⁵

La *indeterminación jurídica*, en la que la certeza no es un valor absoluto del sistema jurídico, puede ser definida en distintos *ámbitos* del derecho:

a1) La tesis de la incertidumbre sobre los *criterios de validez* del derecho.⁶

b1) La tesis de la indeterminación de las *reglas y principios* del derecho creado, a causa de su “textura abierta”.⁷

5. Enrico Diciotti, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, p. 97.

6. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, 1997, 2a. ed., pp. 238-276; hay traducción: *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, México D. F., UNAM, 2000, p. 28.

7. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 159-160; y *El concepto de derecho*, pp. 152-153. Véase, para un análisis de este concepto, Brian Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 7-10.

c1) La adjudicación: la tesis de la *discrecionalidad judicial*.⁸

Frente a la indeterminación, la *completitud* del derecho,⁹ que puede considerarse una de las tesis identificativas del no-positivismo jurídico contemporáneo en la versión (paradigma) *dworkiniana* del derecho como *integridad*,¹⁰ y puede delimitarse por las siguientes ideas:

a2) La tesis de la plena identificación de los *criterios de validación* del derecho, que incluyen el reconocimiento como derecho de presupuestos o estándares morales.¹¹

b2) La tesis de la determinación y certeza del derecho *explícito*, y del derecho *implícito* a través de la interpretación.¹²

c2) La adjudicación: la tesis de la *respuesta correcta*.¹³

Desde estas dos perspectivas sobre el derecho, pueden extraerse dos consecuencias. Será la segunda consecuencia la que se desarrolle y defienda a lo largo del texto.

Primera: desde el punto de vista de la doctrina de la *completitud*. El derecho es un sistema *completo* si las controversias jurídicas pueden ser resueltas con decisiones judiciales *ciertas*. Pero para que este tipo de resoluciones se produzcan, presumiblemente el juez tendrá que contar con mecanismos y técnicas que le guíen de forma nítida en la toma de decisiones que resuelven el caso. Si esto es así, entonces el deber judicial de resolver que establece el Estado de Derecho es un deber preciso y bien delimitado. Una perspectiva de esta clase sobre el *deber* judicial de resolución, cuya realización está abocado a decisiones judiciales ciertas, deberá incluir una tesis como '(c2)'. Claro está, aceptar esta perspectiva supone admitir como *premisa* a la doctrina de la *completitud* (o de la no-indeterminación), y escogerla como la mejor explicación de la realidad del derecho.

8. H. L. A. Hart, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, en *Sistema*, No. 36, mayo 1980, p. 14. Cfr. Rafael Roig Asís, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 224-234, sobre los rasgos de la "creación normativa judicial".

9. Cfr. José Alberto del Real Alcalá, "La 'doctrina de la completitud' del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo", en AA.VV. AA., *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, 4 vols., vol. II, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 423-447.

10. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 225.

11. *Ibid.*, pp. 65 y ss.

12. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 2002, 2a. ed.; traducción de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 464-471. Cfr. Ricardo Guastini, "Su i principi di diritto", en *Diritto e società*, 1986, pp. 601 y ss., presenta una importante "objección conceptual" a todas las teorías que pretenden explicar la tesis de que el derecho está integrado por normas y principios: considerar que hay un concepto *unitario* y un tipo *único* de principios.

13. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 67: "Finally, he will need more substantive convictions about which kinds of justification really would show the practice in the best light".

Segunda: desde el punto de vista de la doctrina de la *indeterminación*. Si el derecho no siempre es un sistema completo y en algunos casos es *indeterminado*, en estos casos las controversias jurídicas no pueden ser resueltas sino con decisiones judiciales *inciertas*. Este tipo de resoluciones se producen presumiblemente porque el juez no cuenta con mecanismos y técnicas que le guíen de forma nítida en la toma de decisiones que resuelven el caso. Si esto es así, entonces en esos casos el deber judicial de resolver que establece el Estado de Derecho adolece de *imprecisión e incertidumbre*. Una perspectiva de esta clase sobre el *deber* judicial de resolución cuya realización está abocado a decisiones judiciales inciertas deberá incluir una tesis como '(c1)', y conceptualmente representará a aquel deber de la función judicial como el cumplimiento de un deber impreciso e indeterminado. Claro está, aceptar esta perspectiva supone admitir como *premisa* inescindible a la doctrina de la *indeterminación*, y elegirla como la mejor explicación de la realidad del derecho. Y, por consiguiente, a la teoría *positivista* de la adjudicación como marco conceptual en el que desarrollar la tesis que aquí se trata de alegar. Excluyéndose otras alternativas, como que esta sea una tesis *aislada* o la de su ubicación en otras teorías del derecho.¹⁴

Ahora bien, la argumentación que voy a desarrollar aquí no se sustenta en una tesis de *indeterminación total* del derecho. Y aunque no es objeto de este trabajo fundamentar esta aserción, traigo a colación a este respecto un breve comentario de Timothy Endicott:

No existen tesis radicales sobre la *indeterminación*. El asunto es que las tesis radicales de *indeterminación* no solo se contradicen implícitamente; aquellos que las sostienen generalmente las contradicen de manera explícita y las convierten en tesis de *indeterminación teórica*.¹⁵

INCERTIDUMBRE, IMPRECISIÓN Y DEBER JUDICIAL DE RESOLUCIÓN

En la teoría jurídica, nos dice E. Diciotti, “il tema dell’indeterminatezza delle norme giuridiche é trattato in stretta connessione con il tema della certezza delle

14. Según Timothy Endicott, la teoría jurídica de Kelsen no aguanta el argumento de la “vaguedad de orden superior” desde la fórmula de la “norma como marco”. Véase Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, p. 108: “El resultado es que el principio de completitud de Kelsen falla”, porque “para salvaguardar el principio de completitud tendría que eliminar la vaguedad de orden superior”.

15. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, p. 60.

decisioni giudiziali”.¹⁶ A *grosso modo*, esta relación afirma que “nei casi in cui il diritto non è indeterminato il contenuto della decisione giudiziale è certo; viceversa, è incerto il contenuto della decisione giudiziale nei casi in cui il diritto è indeterminato”.¹⁷

Relación que se expresaría del siguiente modo: dado un determinado caso *X*, y una determinada expresión lingüística *Y*, contenida en un texto jurídico, el contenido de la decisión judicial es “cierto” cuando *X* constituye un “caso central” de aplicación de *Y*; y el contenido de la decisión judicial es “incierto” cuando *X* constituye un “caso marginal” de aplicación de *Y*.¹⁸ Así, pues, “dall’incertezza del significato consegue l’incertezza del contenuto della decisione corretta, in quanto tale contenuto é determinato in qualche misura discrezionalmente dal giudice che prende la decisione”.¹⁹

La vaguedad, que es un potente factor general de indeterminación del derecho, posiblemente constituye la “fuente” más importante de *imprecisión* de la que adolece la toma de decisiones por los jueces en los *borderline cases* y, en ese sentido, asimismo con respecto al contenido de la actividad judicial que allí se desarrolla. Voy a sustentar en los siguientes argumentos esta afirmación:

A) Un argumento sobre el ‘alcance’ de la vaguedad en la adjudicación: *la vaguedad alcanza también a los mecanismos y técnicas en la interpretación*.

B) Un argumento sobre la vaguedad de los mecanismos y técnicas en la interpretación: *la imprecisión de la ‘construcción dogmática’ como recurso interpretativo*.

C) Otro argumento sobre la vaguedad de los mecanismos y técnicas en la interpretación: *la imprecisión del mecanismo de la ‘discrecionalidad judicial’*.

D) Un argumento “lógico-filosófico” sobre el carácter ‘inerradicable’ de la vaguedad (y de las indeterminaciones resultantes): *vaguedad de ‘orden superior’, principio de ‘tolerancia’, y efecto de ‘continuo’ según sorites*.

Desarrollo estos argumentos a continuación:²⁰

A) *Un argumento sobre el ‘alcance’ de la vaguedad en la adjudicación: la vaguedad alcanza también a los mecanismos y técnicas en la interpretación*.

16. Enrico Diciotti, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, p. 119.

17. *Ibid.*, p. 119.

18. *Ibid.*, p. 136.

19. *Ibid.*, p. 120.

20. Por las limitaciones de extensión del texto algunos de estos argumentos se muestran más sintéticamente que otros, pero todos ellos con la suficiente dimensión para mantener la coherencia de la línea argumentativa.

La *vaguedad* es la primera *f fuente* de indeterminación jurídica,²¹ y una característica del *significado*, “una propiedad semántica e pragmática, l’imprecisione di significato, e non una proprietà sintattica”,²² tanto en un sentido *extensional* como *intensional*.²³ Ocurre que los mecanismos y dispositivos que se utilizan en la interpretación del derecho son tan vagos como el propio lenguaje jurídico, según ha puesto de manifiesto Timothy Endicott:

...los recursos interpretativos del derecho son en sí mismos vagos.²⁴

...lo que podemos decir en general en relación a los recursos interpretativos del derecho. Sostengo que tenemos razones para decir que dichos recursos son típicamente vagos. La vaguedad en el derecho no es únicamente un problema de indeterminación en la aplicación de las palabras que usan los legisladores.²⁵

Si estos mecanismos y técnicas que los jueces utilizan en la interpretación adolecen de *vaguedad*, entonces posiblemente la toma de decisiones judiciales se encuentra sin reglas claras y concretas desde el sistema jurídico que guíen esta actividad. Por eso, si “l’idea di vaghezza [en los textos jurídicos] contiene dunque l’idea di assenza di ragioni definitive [en el derecho] per applicare (o no applicare) un’espressione linguistica”,²⁶ la idea de vaguedad en los mecanismos interpretativos contiene la idea de ausencia de razones suficientes en el sistema jurídico que delimiten bien cómo deben tomar sus decisiones los jueces.

Pero la vaguedad de los mecanismos interpretativos del derecho es *significativa* si lo es la indeterminación que genera su utilización en la adjudicación, es decir, si provoca que los jueces no puedan dar efecto “conforme a Derecho” a los derechos y obligaciones legales de los ciudadanos,²⁷ y solo pueden llevar a cabo este cometido con decisiones judiciales *inciertas*. Como se pone de manifiesto –en mi opinión– en los argumentos ‘(2)’ y ‘(3)’ del texto, esto no ocurre así en los casos *claros*, en los que los mecanismos y técnicas interpretativas que el Estado de Derecho proporciona aquí a los jueces permiten decidir con fallos *previsibles* y *correctos* para cada controversia jurídica. Sin embargo, esto sí sucede en los casos indeterminados en los que

21. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, pp. 63-97.

22. Claudio Luzzati, “Vaghezza, interpretazione, e certezza del diritto”, en *Analisi e Diritto*, 1990, pp. 134, 142 y 145. En el mismo sentido, Enrico Diciotti, “Interpretazione della legge e discorso razionale”, en *Analisi e Diritto*, 1999, pp. 367-376.

23. Enrico Diciotti, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, pp. 100-101.

24. Enrico Diciotti, *La vaguedad en el derecho*, p. 159.

25. *Ibid.*, p. 241; y con mayor desarrollo en pp. 244-249.

26. Enrico Diciotti, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, pp. 133-134. Según el autor italiano añade, esta idea de la vaguedad sería inadecuada para una teoría jurídica de la aplicación del derecho que tenga en cuenta la práctica judicial efectiva, y, claro está, desde el contexto de justificación.

27. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, pp. 124-125.

se hace imposible ese tipo de resolución en tanto que los dispositivos y mecanismos interpretativos no delimitan nítidamente la toma de decisiones por el juez.

Sin duda, este punto de vista rechaza el *principio interpretativista* dworkiniano de que la interpretación, entendida según C. E. Alchourrón y E. Bulygin a modo de “actividad consistente en la identificación o determinación del sentido de un texto jurídico”,²⁸ resuelve siempre la indeterminación del derecho. Por el contrario, al entender de Timothy Endicott:

...pienso que hay razones generales para concluir que los recursos del derecho no erradicar la indeterminación. Al respecto, podemos agregar tres consideraciones: i) estos recursos generalmente son considerados de principios; ii) los mismos solamente eliminan indeterminaciones si tienen una *característica estructural especial* –la precisión; y, iii) las consideraciones de *principios* carecen generalmente de esta característica.²⁹

De cualquier modo, si los dispositivos, mecanismos y técnicas con que cuentan los jueces en la interpretación de los *borderline cases* (por ejemplo, la *discrecionalidad judicial* y la *construcción dogmática* del intérprete, que examino a continuación) están afectados de *vaguedad e imprecisión*,³⁰ entonces este argumento ‘(1)’ es el punto de partida para afirmar que esos mecanismos de la interpretación son *factores* que contribuyen en los casos referidos a generar una estructura *imprecisa e incierta* del contenido del *deber* judicial de resolución.

B) *Un argumento sobre la vaguedad de los mecanismos y técnicas en la interpretación: la imprecisión de la ‘construcción dogmática’ como recurso interpretativo.*

La relación entre la indeterminación del derecho y el contenido *incierto* de la decisión judicial está vinculada con la *discrecionalidad* judicial en los *borderline cases*; precisamente aquellos que exigen de más valoraciones para su interpreta-

28. C. E. Alchourrón y E. Bulygin, “Definiciones y normas”, en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi, comps., *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genero R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 16.

29. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, p. 247; asimismo, Ma. Cristina Redondo, “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, p. 189. La profesora argentina también sostiene que “el problema de la indeterminación actual o potencial: 1. afecta a los conceptos interpretativos; 2. afecta a cualquier criterio que se proponga para identificar una respuesta ante ‘los casos difíciles’; 3. no es un problema erradicable mediante criterio o reglas de construcción”.

30. La doctrina “vagueness in Law” de Timothy Endicott profundiza en este argumento. Ver “Law is Necessarily Vague”, en *Legal Theory*, No. 7, Cambridge University Press, 2001, pp. 379-385; traducción de J. Alberto del Real Alcalá, “El derecho es necesariamente vago”, en *Derechos y Libertades*, No. 12, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2003, pp. 179-189.

ción.³¹ Y viceversa, la ausencia de discrecionalidad judicial está vinculada al derecho *cierto y determinado*, susceptible de generar una decisión judicial de contenido asimismo *cierto*. Lógicamente, si la decisión judicial transcurre de este modo nos encontramos ante *clear cases*.³²

Sin embargo, el argumento de Riccardo Guastini sobre las “construcciones dogmáticas” de los intérpretes como “fuente” de *indeterminación* jurídica presenta una *objeción* al menos a la segunda parte de esta relación (donde priman las razones *semánticas*). El profesor italiano, que mantiene una posición escéptica sobre la interpretación,³³ alega que, aun en los supuestos en los que el derecho está formulado de forma precisa y clara (desde el punto de vista semántico) y nos encontramos ante un caso *claro*, sin embargo, su interpretación a través de técnicas *imprecisas y vagas* que no están delimitadas nítidamente por el derecho hace que el derecho que era *claro* devenga *indeterminado*, y que un caso *claro* se haga un caso *marginal*. Pues bien, esto es lo que suele ocurrir cuando en la toma de decisiones por el juez, este elabora una construcción dogmática, que utiliza como mecanismo interpretativo para identificar el derecho aplicable al caso dado, desde la cual deduce en última instancia la proposición jurídica que lo resuelve. Para situar a este recurso del derecho que utilizan a veces los jueces en la interpretación, hay que tener en cuenta que desde la teoría de la adjudicación se consideran dos clases de problemas interpretativos en el derecho:

Primero: los que surgen de la *estructura* del lenguaje jurídico. Estos problemas se originan, en palabras de Claudio Luzzati, a causa “della porosità e dell’apertura del linguaggio giuridico-normativo”.³⁴ R. Guastini habla a este respecto de “aquellos problemas que nacen de los ‘defectos’ intrínsecos del lenguaje en el que son formuladas las fuentes del derecho”. Se refiere a los problemas que ocasionan la *vaguedad* y *ambigüedad*.³⁵ Constituyen una *f fuente de indeterminación* del derecho, en tanto

31. Rafael Asís Roig, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, p. 223, sobre la relevancia mayor de valoraciones en la decisión judicial de los casos difíciles.

32. Sobre el concepto “clear cases”, cfr. Brian Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, pp. 63-76; dice en la página 76: “Many theorists discuss ‘clear cases’ as though the nature and basis of such cases were themselves clear and obvious. However, a close analysis discloses a variety of issues and factors. Among the things that can make an apparently clear case unclear, or an apparently hard cases easy, are issues of speaker’s intention, dialects and idiolects, context, community practices and assumptions, views about justice, and ideas about rule-application, as well as the issues of vagueness and ‘open texture’”.

33. Riccardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducción de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 34.

34. Claudio Luzzati, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Università di Milano, Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 334.

35. Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México D. F., Editorial Porrúa y UNAM, 2003, 5a. ed., p. 58.

que “el significado de los enunciados del lenguaje natural [...] es fatalmente indeterminado”, y “de ahí nacen los ‘problemas’ de la interpretación”.³⁶

Segundo: los problemas que surgen de las “construcciones dogmáticas” que *elaboran* los intérpretes, según ha puesto de manifiesto R. Guastini:

[son] los problemas nacen no de los defectos del lenguaje de las fuentes, sino más bien de la superposición, en tal lenguaje, de las (más o menos artificiosas) construcciones dogmáticas de los intérpretes.³⁷

El profesor italiano ilustra esta clase de problemas interpretativos con el siguiente ejemplo:

El artículo 139 de la Constitución italiana prohíbe la revisión constitucional de la ‘forma republicana’ de Estado. La expresión ‘forma republicana’ [...] la Constitución no la define, y por otra lado, en el lenguaje ordinario, las reglas de uso del término ‘república’ son sumamente imprecisas. Según un posible punto de vista [...], las repúblicas se contraponen a monarquías; pero, según otro, no puede haber una república sin soberanía popular y/o democracia. Sin embargo, de cualquier modo que se entienda el término ‘república’, la cuestión de si la prohibición de revisión constitucional se extiende también a los ‘derechos inviolables’ (mencionados en el artículo 2) no nace de la defectuosa formulación del artículo 139 constitucional, sino [...] de las complejas construcciones dogmáticas en torno a la naturaleza de las constituciones rígidas; a la naturaleza del poder de revisión constitucional, y a la ‘forma de Estado’.³⁸

Aunque no siempre es posible diferenciar unos problemas interpretativos de otros,³⁹ en tanto que a menudo aparecen *sobrelapados*, los problemas de indeterminación que ocasionan las construcciones dogmáticas surgen de forma diferente a los que producen la vaguedad y ambigüedad del lenguaje de los textos jurídicos. Por una razón: los primeros son susceptibles de surgir incluso de textos legislativos que han sido formulados de forma clara y precisa, pero que, sin embargo, *paradójicamente*, acaban constituyendo una *f fuente* de indeterminación del derecho. Esta indeterminación surge a consecuencia de que la interpretación de una norma, que se realiza a la luz de un conjunto de doctrinas jurídicas, políticas e incluso morales que el punto de vista del intérprete relaciona con el contenido semántico de la misma, hace *indeterminado* a su significado aun cuando semánticamente se presentaba claro y preciso. Es, por

36. *Ibid.*, p. 57.

37. *Ibid.*, p. 58.

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*

tanto, la “construcción dogmática” que elabora el juez en la interpretación lo que introduce *incertidumbre* sobre el significado del derecho, y no el lenguaje jurídico. La relevancia del argumento de Guastini tiene que ver con que frecuentemente en la teoría jurídica la construcción dogmática del intérprete cuando se utiliza en la interpretación es vista como una “solución” que *clausura* la indeterminación, y no –según afirma el profesor de Génova– como la *causa* (y *fuentes*) que la genera. Por eso, su planteamiento es persuasivo y aporta luz sobre algunos aspectos de la teoría de la adjudicación.

Además, a esta relevancia cualitativa del argumento *guastiniano* hay que añadirle relevancia cuantitativa, porque la *constitucionalización* contemporánea del sistema jurídico *fomenta*, en mi opinión, la utilización de las construcciones dogmáticas como mecanismo de interpretación. Para realizar tal afirmación me apoyo en las opiniones del propio Riccardo Guastini y de Paolo Comanducci.

En primer lugar, algunas de las características definitorias del fenómeno contemporáneo de constitucionalización del sistema jurídico, según lo describe Guastini, avalarían mi aserción. Me refiero particularmente a los tres siguientes rasgos que identifican la constitucionalización del derecho: i) Una Constitución extremadamente *invadiente* (*pervasiva*), que impregna todo el sistema jurídico, y condiciona la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales.⁴⁰ ii) Los contenidos *implícitos* de la Constitución, desde la incorporación a esta, y al sistema jurídico, de valores y principios. iii) Y la *sobreinterpretación* constitucional, pues “[desde] la interpretación extensiva (y por el argumento *a simili*) la Constitución puede ser interpretada –o, más bien, ‘sobreinterpretada’– de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expresadas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política”.⁴¹

Y en segundo lugar, según Paolo Comanducci, la constitucionalización del sistema jurídico, por sus particularidades, ha incrementado la indeterminación *ex ante* del derecho, a consecuencia de la incorporación a este de los *principios*.⁴² Claro está, este hecho *incentiva* muy especialmente la “argumentación de principios” en el razonamiento judicial, y en este sentido es probable que la toma de decisiones por los jueces exija a veces algún tipo de elaboración dogmática.

40. Riccardo Guastini, “La ‘constituzionalizzazione’ dell’ordinamento”, en *Analisi e Diritto*, 2002, pp. 147-172; hay versión en español, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en M. Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 49.

41. Riccardo Guastini, “La ‘constituzionalizzazione’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, p. 54. En el mismo sentido, cfr. Paolo Comanducci, “Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica”, en *Analisi e Diritto*, 2002, pp. 71-94; traducción de Miguel Carbonell, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 16, 2002, p. 97.

42. Paolo Comanducci, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en *Doxa*, No. 21-II, Alicante, Universidad de Alicante y CEPC, 1998, pp. 103-104.

En conclusión, por lo dicho hasta ahora, puede afirmarse que cuando el juez elabora una *construcción dogmática* a fin de que esta le facilite la resolución de una disputa jurídica, está utilizando un mecanismo interpretativo del derecho y de la cultura jurídica, y que este tipo de mecanismo interpretativo está en buena medida *favorecido* por las características que adquiere la interpretación desde la constitucionalización del sistema jurídico.

Vista su trascendencia contemporánea, ¿cómo es la estructura interna de las construcciones dogmáticas que elabora el intérprete para deducir desde ella la resolución de una controversia jurídica? En principio, se podría decir que se trata de un tipo de actividad judicial en la que “están presentes ciertas dimensiones creativas fruto de la valoración del juzgador”.⁴³ Esto significa, como dice Claudio Luzzati, que “una parte importante del discurso dei giuristi non verte sui fatti, bensì su un altro discorso, quello legislativo. Di conseguenza l’interpretazione giuridica in senso stretto si pone come un metadiscorso, ossia come un discorso che ha per oggetto un altro discorso”.⁴⁴

Desde luego, la estructura interna de la construcción dogmática como mecanismo interpretativo no es la de la *subsunción*. Ahora bien, por una parte, esto no debe obviar que, por cuanto que se trata de un mecanismo para la interpretación del derecho, y en razón de la exigencia de vinculación del juez a la ley, el “contexto de justificación (externa)” de la decisión judicial deducida desde una determinada construcción dogmática que elabora el juez, debe ser ineludiblemente “conforme a Derecho”. Y, en este sentido, la *argumentación jurídica* y el *razonamiento judicial*⁴⁵ que gobierne esa toma de decisiones debe tener ese fin.

Por otra parte, sin embargo, el “contexto de descubrimiento (interno)” de la toma de decisiones por el juez, o sea, las razones internas del intérprete para llegar a una solución interpretativa y no a otra, *no* se encuentra *delimitado* en el derecho. Y, claro está, un contexto de descubrimiento que no está gobernado por directrices claras ni está configurado de forma precisa, condiciona a este mecanismo interpretativo y lo hace *discrecional*. En este sentido, un contexto de descubrimiento *discrecional* posiblemente está gobernado por (y es el *resultado* de) un conjunto de razones, que interactúan entre sí, tanto “objetivas” (*técnico-jurídicas*) como “subjetivas” de carácter *individual* (la dimensión *personal* del juez) y *colectivo* (razones de *tradición* en sentido amplio —o de pasado—; y razones o valores actuales),⁴⁶ que solo es posible constatar *a posteriori*.

43. Rafael Asís Roig, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, p. 224.

44. Claudio Luzzati, “Le definizioni implicite dei giuristi”, en *Analisi e Diritto*, 1992, p. 220.

45. Cfr. Rafael Asís Roig, *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

46. J. Alberto del Real Alcalá, “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional. El caso del término

Si el contexto de descubrimiento hace a este dispositivo interpretativo un mecanismo discrecional, esta forma de toma de decisiones es en buena medida más un acto de *voluntad* que de conocimiento. Y en esa medida, la proposición jurídica que deduce el juez de la construcción dogmática que ha elaborado no tiene, en consecuencia, valor de verdad para con el caso dado. Si esto es así, no parece posible una construcción dogmática que *derrote* (al menos en valor de verdad) a todas las demás, a no ser por otro tipo de criterios. De hecho, cuando funciona como mecanismo interpretativo, las construcciones dogmáticas que elaboran los intérpretes a fin de deducir de ellas una proposición jurídica que se aplique como solución interpretativa a un caso concreto son frecuentemente “fuente” de discreción y de decisiones judiciales *inciertas*.

Pero se puede decir algo más para apoyar mi argumentación sobre las construcciones dogmáticas en el derecho. Como mecanismo interpretativo para resolver disputas jurídicas en el caso concreto, y entendido en un sentido no estricto, posiblemente podría afirmarse que las teorías jurídicas no-positivistas también *fomentan* la elaboración por los intérpretes de construcciones dogmáticas a la hora de cómo se produce la toma de decisiones por el juez “Hércules” en los casos *difíciles*, aunque también en los demás casos. Ahora, por su carácter de dispositivo *subjetivo*, esto puede resultar casi *paradójico*. Sin embargo, tiene una explicación: cuando la resolución exige una “decisión judicial elaborada”, esta difícilmente puede prescindir totalmente, en algún sentido y de alguna manera, de algún tipo de elaboración doctrinal –aportada por el intérprete– en relación al derecho a aplicar. Eso sí, para mantener la *coherencia* de sus posiciones, las teorías no-positivistas han tratado de *objetivar* la utilización de este mecanismo interpretativo. Aunque, en realidad, la *objetivación* de este dispositivo en la interpretación no se produce desde el “derecho como tal”, sino desde las “teorías del derecho” no-positivistas, a modo de un mecanismo “discrecional” que es objetivado (*subjetivamente* por ellas).⁴⁷

Como procedimiento interpretativo objetivado, pudiera admitirse que –al menos teóricamente– hace posible “decisiones judiciales *ciertas*” en el sentido de *identificar* en el derecho una respuesta correcta para cada controversia jurídica; pero puede haber serias dudas, razonablemente, si el contenido de esa decisión judicial es *predecible*. Claro está, si *predecir* el contenido de una decisión judicial y *predecir* la “mejor respuesta” del derecho (la respuesta *correcta*) se entienda la misma cosa,

‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, en *Derechos y Libertades*, No. 12, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2002, pp. 229-232.

47. Cfr. Lon. L. Fuller, *The Anatomy of Law*, Frederick A. Praeger, Inc., Publishers, 1968; traducción: *Anatomía del Derecho*, versión de Luis Castro Monte Ávila, edit., Caracas, Editorial Arte, 1969, pp. 104 y 118. Asimismo, cfr. R. Dworkin *Law's Empire*, pp. 65 y ss., y 337-350; y *Los derechos en serio*, pp. 203-204.

entonces sí lo es. Pero si la “mejor respuesta” del derecho tiene un sentido más “procedimental”, y no de predicción de contenido material, entonces la decisión judicial correcta sobre un caso dado difícilmente es una decisión previsible. Y así podría parecer que sucede en principio desde la teoría del Derecho de R. Dorkin cuando introduce un conjunto de reglas *procedimentales* (el procedimiento ‘*hercúleo*’) a fin de localizar la respuesta “correcta” como la “mejor decisión” que ofrece el derecho a una determinada controversia jurídica:

First, there must be a ‘preinterpretive’ stage in which the rules and standards taken to provide the tentative content of the practice are identified.

Second, there must be an interpretive stage at which the interpreter settles on some general justification for the main elements of the practice identified at the preinterpretive stage.

Finally, there must be a postinterpretive or reforming stage, at which he adjusts his sense of what the practice ‘really’ requires so as better to serve the justification he accepts at the interpretive stage.⁴⁸

Ahora bien, aun en este supuesto, esta posición no-positivista es derrotada frente al argumento ‘(4)’, que examino más adelante, acerca de la “vaguedad de orden superior” y del efecto de “continuo” que caracteriza a la vaguedad, según los cuales no es posible erradicar la imprecisión y vaguedad de las reglas de construcción ni de los mecanismos y técnicas utilizados en la interpretación del derecho. Y esto le ocurre a la construcción dogmática que elabora el juez cuando funciona como un dispositivo interpretativo.

Enrico Diciotti distingue tres tipos de jueces a la luz de la *relación* entre la *indeterminación* del derecho y el contenido *incierto* de las decisiones judiciales:⁴⁹

–El juez *cierto* y *satisfecho*: que aplica una expresión lingüística según el significado *prima facie*, en cuanto que tal significado es suficientemente *determinado* por la aplicación y en cuanto que los *resultados* de tal aplicación (en términos de justicia, objetivos del derecho, etc.) son *satisfactorios*.

–El juez *incierto*: que es obligado a atribuir a una expresión lingüística un significado *diferente* de aquel que asume *prima facie*, en cuanto que según tal significado el caso a juzgar resulta un *caso marginal* de aplicación.

–El juez *insatisfecho*: que atribuye a una expresión lingüística un significado *diferente* de aquel que asume *prima facie*, en cuanto que los *resultados* que se conseguirían aplicando la expresión según tal significado son *insatisfactorios* (en términos de justicia, objetivos del derecho, etc.).

48. Ronald Working, *Law's Empire*, pp. 65-66.

49. Enrico Diciotti, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, p. 135.

Pues bien, cuando la construcción dogmática del intérprete funciona como mecanismo interpretativo que produce decisiones judiciales *subjetivas e inciertas*, se corresponderían con el modelo de juez *insatisfecho*. Cuando funcionan a modo de un mecanismo *objetivado* por las teorías no-positivistas que produce decisiones judiciales *correctas* y ciertas, se correspondería con el modelo de juez *cierto y satisfecho*. En el siguiente epígrafe pondré de manifiesto que otro mecanismo interpretativo del derecho, la discrecionalidad judicial, se correspondería con el modelo de juez *incierto*.

En tanto que, como dispositivo que facilita la interpretación, la construcción dogmática funciona en la adjudicación como una “forma” de discrecionalidad, a ella también le es aplicable el análisis siguiente sobre el poder de discreción del juez, cuyas características lo muestran como un mecanismo *impreciso e incierto* aquejado de *vaguedad*. Y, por tal motivo, lleva incertidumbre en esa medida a la propia actividad judicial en la resolución de los casos indeterminados.

C) *Otro argumento sobre la vaguedad de los mecanismos y técnicas en la interpretación: la imprecisión del mecanismo de la ‘discrecionalidad judicial’.*

La discrecionalidad, según Giovanni Tarello, es “[un] fenómeno, [que es] común a todas las organizaciones jurídicas”.⁵⁰ Ya Hart nos dijo que “el juez debe algunas veces salir fuera del derecho y ejercer un poder de creación para llegar a una decisión en los ‘casos difíciles’, es decir, casos en los que el derecho existente resulta ser indeterminado”.⁵¹ Como nos recuerda C. Luzzati, “La vaghezza, quindi, non è la discrezionalità, anche se la discrezionalità in via di fatto può essere la conseguenza della vaghezza [...] del linguaggio legislativo”.⁵² De modo que la *vaguedad* es la fuente de la discrecionalidad de los jueces.⁵³

La discrecionalidad como dispositivo interpretativo está envuelto en la polémica sobre las concepciones del *Noble Sueño*, la *Pesadilla* y la *Vigilia*, y “se revela de importancia capital” en los casos *indeterminados*,⁵⁴ que por sus características no pueden ser resueltos mediante la subsunción y la bivalencia jurídica.⁵⁵ En estos casos, el único dispositivo interpretativo con el que cuenta el juez en la toma de decisiones para llevar a cabo el cometido del deber de resolver *siempre* que le impone el

50. Según Giovanni Tarello, *Cultura jurídica y política del derecho*, edición de J. L. Monereo, Granada, Comares, 2002, pp. 178-179.

51. H. L. A. Hart, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, p. 8.

52. Claudio Luzzati, “Vaghezza, interpretazione, e certezza del diritto”, p. 141.

53. Claudio Luzzati, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, p. 335.

54. José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, p. 187.

55. Ma. Cristina Redondo, *Teorías del derecho e indeterminación normativa*, p. 185.

Estado de Derecho es el conformado por los poderes de discreción. Pero, claro está, esto puede ser un problema si dicho mecanismo *no está delimitado* ni *configurado* de forma nítida en el sistema jurídico y, por consiguiente, adolece asimismo de vaguedad. En verdad ocurre que los poderes de discreción de los jueces se encuentran *imprecisos e inciertos* en el derecho. Razón por la cual no pueden ser una guía precisa y cierta acerca de la toma de decisiones que lleva a la resolución de un caso indeterminado.

Sin embargo, según Ma. Cristina Redondo, el resultado de utilizar la discrecionalidad judicial en los casos indeterminados es hacer más *preciso y determinado* al contenido de la norma, y consecuentemente dotar de valor de verdad a la proposición de aplicarla o no aplicarla al caso concreto, permitiendo en este sentido recuperar la *bivalencia* jurídica.⁵⁶ Pero, claro está, si en el sistema jurídico no están delimitados qué criterios son los que hay que utilizar para hacer más preciso al derecho indeterminado, ni cómo ni por qué se han de introducir esos criterios y no otros, ni qué tipo de razones atender o cuáles excluir a fin de obtener *objetivamente* una decisión judicial con “arreglo a Derecho” de la que resulte ganadora una u otra de las partes del caso,⁵⁷ entonces posiblemente la discrecionalidad pueda *concretar* el derecho a aplicar e incluso permitir el principio de la bivalencia pero, por la vaguedad e imprecisión de la que adolece este mecanismo interpretativo, difícilmente la toma de decisiones puede tener lugar con arreglo a Derecho (si no existe derecho aplicable que establezca una calificación jurídica para el caso dado), sino en base a otros criterios *extrajurídicos*.

Por lo dicho, la discrecionalidad es un mecanismo interpretativo *vago*, cuya aplicación en la interpretación, al estar configurada y delimitada en el sistema jurídico de forma bastante *imprecisa*, *no es objetiva*. La consecuencia de resolver casos judiciales con un mecanismo interpretativo vago es que de una toma de decisiones de esta clase no pueden resultar sino decisiones judiciales de “contenido *incierto*”. Y en la medida que en los casos indeterminados la toma de decisiones *conceptualmente* no puede ser sino incierta, el contenido del deber judicial de resolver adolece de incertidumbre y puede resultar indeterminado.

El siguiente y último argumento proporciona, en mi opinión, otro apoyo a la tesis de la imprecisión e indeterminación (parcial) del contenido del deber judicial de resolución.

56. *Ibid.*, p. 193.

57. Ahora bien, esto no supone que ineludiblemente este dispositivo interpretativo caiga en lo que Hart denominó el punto de vista de la “pesadilla”. Véase H. L. A. Hart, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, edit., *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 337.

D) *Un argumento “lógico-filosófico” sobre el carácter ‘inerradicable’ de la vaguedad (y de las indeterminaciones resultantes): vaguedad de ‘orden superior’, principio de ‘tolerancia’, y efecto de ‘continuo’ según sorites.*

Según T. Endicott, el argumento de la “vaguedad de orden superior” es una explicación persuasiva a por qué la indeterminación es *ineliminable* no solo del contenido de las reglas sino asimismo de los recursos y mecanismos interpretativos del derecho:

Los filósofos utilizan la expresión ‘vaguedad de segundo orden’ para describir la aparente ausencia de delimitaciones precisas entre casos claros y casos marginales. Asimismo, utilizan la expresión ‘vaguedad de orden superior’ para indicar la aparente ausencia de delimitaciones en el segundo orden o más allá.⁵⁸

Pero incluso, en opinión de Ma. Cristina Redondo, las reglas de construcción para clausurar la indeterminación, tal como hacía R. Dworkin, no resisten este argumento. La indeterminación no es erradicable mediante el uso de reglas o criterios de construcción a causa de la “vaguedad de orden superior”. En palabras de la profesora de Génova:

...esta propuesta se apoya en la suposición de que los conceptos vagos permiten individualizar de forma nítida casos claros de casos de penumbra. Bajo esta hipótesis, las reglas de construcción solucionan el problema limitando la aplicación solo a los casos claros. [Sin embargo] [...] la propia distinción entre casos claros y casos de penumbra es imprecisa. No hay una clasificación tripartita nítidamente demarcada entre casos de aplicación, casos de no aplicación y casos de duda. Los límites entre estas categorías están indeterminados y son discutibles. Paralelamente, las reglas de construcción que se apoyan en esa distinción también padecen indeterminación. Para eliminar esta vaguedad de segundo orden se requeriría una regla de construcción de tercer nivel; pero como el problema volvería a presentarse, necesitaríamos una nueva regla, y así hasta el infinito.⁵⁹

Esto quiere decir que el argumento de la “vaguedad de orden superior” es una importante objeción para las teorías del Derecho de R. Dworkin y H. Kelsen, que no pueden dar cuenta de los problemas que dicho argumento plantea a la hora de clausurarse la indeterminación:

58. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, p. 71.

59. Ma. Cristina Redondo, *Teorías del derecho e indeterminación normativa*, p. 188.

La característica del lenguaje vago que es más difícil de explicar para las teorías jurídicas es la vaguedad de orden superior: las teorías de Dworkin y de Kelsen no pueden dar cuenta de ella.⁶⁰

Ronald Dworkin postula que prácticamente siempre hay una única respuesta correcta para cada controversia jurídica. [...] La objeción al argumento de Dworkin es que ignora el problema de la vaguedad de orden superior.⁶¹

Y, asimismo, el argumento del “efecto de continuo” que produce la vaguedad a causa del “principio de tolerancia” que caracteriza a las palabras vagas según muestra la *paradoja* que crea el razonamiento de *sorites*, es asimismo responsable de que la vaguedad sea *ineliminable*:

Las palabras vagas parecen tolerar diferencias que son triviales; por ejemplo, parece que un montón de arena seguirá siendo un montón aun en el caso de que se le detraiga un grano de arena (o, como puede verse en otros ejemplos, parece que nadie se hará calvo porque pierda un cabello, o que ningún mar se convertirá en un océano porque le caiga una gota de lluvia, etcétera). La “paradoja de sorites” o paradoja del montón resulta ser un argumento que aplica repetidamente un principio de este tipo, aparentemente sólido, hasta que llega a la conclusión falsa de que, por ejemplo, existe un montón de arena aun cuando todos los granos de arena han sido retirados.⁶²

Como nos dice José Juan Moreso, el razonamiento de *sorites* versa sobre expresiones susceptible al “principio de *tolerancia*”: “el razonamiento de *sorites* depende de que estas expresiones [como *montón*, *rico*, *rojo*, *trato degradante*, etc.] sean *tolerantes*”, en el sentido de que “los cambios pequeños no afectan a la aplicabilidad del concepto”. La paradoja surge “por el hecho de que los cambios grandes, aquellos que afectan ya a la aplicación del concepto, pueden construirse –en virtud de la tolerancia de estos conceptos– a partir de cambios muy pequeños”.⁶³ Según observa Timothy Endicott, el razonamiento de *sorites* tiene este rasgo “irónico”: demuestra que la extensión de lo *indeterminado* es *indeterminada*. Significa que no hay ninguna delimitación precisa en la aplicación de las expresiones vagas. Por lo que no siempre será posible delimitar los casos *claros* de los casos *marginales*. Siempre habrá *algunos* casos en los que seguirá existiendo *incertidumbre* acerca de si se trata de una clase de casos o de otra.

60. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, p. 105.

61. *Ibid.*, p. 109.

62. *Ibid.*, pp. 21-22.

63. José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, p. 110.

Por eso, “la *consecuencia* de la vaguedad en las formulaciones de las reglas jurídicas es, con respecto a algunos casos, la incertidumbre sobre lo que está *exigiendo* el derecho”. Pero también la *incertidumbre* acerca de “*cómo deben*” decidir los jueces aquello que el derecho exige, si esto no se encuentra claramente precisado,⁶⁴ y los mecanismo interpretativos con los que el derecho provee a los jueces para precisar lo imprecisado son asimismo vagos. Además, téngase en cuenta que el hecho de que la vaguedad sea “continua” hace que sea imposible *fixar* un límite respecto a la aplicación o no aplicación de un concepto vago, como bien afirma Ma. Cristina Redondo:

...la definición de vaguedad resulta objetable cuando se apoya en la posibilidad de una distinción clara entre extensión positiva, extensión negativa y zona de penumbra de un concepto. En contra de esta caracterización se sostiene que no es factible reconocer de modo preciso estas tres áreas. No existe una frontera definida entre las situaciones que podrían mostrarse como claramente incluidas o excluidas de su referencia. Esta caracterización de la vaguedad como un continuo resulta avalada no solo por la advertencia de la vaguedad de segundo nivel sino, también, por la aplicación de la paradoja de sorites. Conformar a esta última, no hay una forma de justificar un límite de la aplicación o no aplicación de un concepto vago.⁶⁵

En definitiva, estos dos argumentos (*vaguedad de orden superior* y efecto de *continuo* de la vaguedad) vienen a decirnos que la vaguedad es *vaga* y que, por tal, conocer *cómo de vaga* es la vaguedad en el derecho es algo *impreciso*. Al no poder “delimitar” a la vaguedad de forma precisa (algo que subvertiría el propio concepto de vaguedad), y no saber de forma nítida dónde se encuentra y dónde no se encuentra, no es posible eliminarla: es *inerradicable* del derecho. Y además, esta tarea de eliminación se hace aún más imposible porque en el ámbito de la adjudicación, los mecanismos interpretativos del derecho, a los que en un principio se les encomienda esa función de supresión (como hace el *interpretativismo*), al estar afectados de vaguedad, no es posible utilizarlos de forma precisa, y les es imposible cumplir aquella función. Si la vaguedad que caracteriza a la discrecionalidad es *inerradicable* y esta lleva *incertidumbre* a la toma de decisiones del juez en los *borderline cases*, entonces también es *ineliminable* la imprecisión y consiguiente indeterminación con la que se presenta en el Estado de Derecho el “deber judicial de resolución” en esa clase de casos.

64. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, p. 123.

65. Ma. Cristina Redondo, *Teorías del derecho e indeterminación normativa*, p. 191.

CONCLUSIÓN

Por todo lo dicho, resolver la *indeterminación* del derecho por parte de los jueces –cuando se presenta– mediante técnicas y mecanismos de interpretación que adolecen de *vaguedad* genera decisiones judiciales *inciertas*, y muestra por qué, en mi opinión, el contenido del “deber judicial de resolver” se presenta, respecto a los *border-line cases*, como un deber *impreciso*. Si describimos cómo es el *contenido* de dicho deber judicial en esa clase de casos, no hay más remedio que aceptar que aquí la toma de decisiones por el juez *no* se encuentra configurada de forma *precisa* ni delimitada de forma *nitida* y que, en la medida en que no puede guiar al juez en la toma de decisiones, esto hace *incierto* a esa actividad judicial.

De aceptarse la tesis de la imprecisión e indeterminación (parcial: en los *border-line cases*) del deber judicial de resolución, habría que entenderla dentro de las consecuencias *significativas* de la vaguedad e indeterminación en el sistema jurídico. Pero si alegamos una tesis contraria: que el deber judicial de resolver cualquier clase de casos *siempre* se encuentra bien delimitado y bien configurado en el sistema jurídico, de modo que el juez siempre dispone de una guía que orienta y predetermina de forma precisa su toma de decisiones, posiblemente esto nos lleva a aceptar a la concepción del derecho como un sistema “completo” como la mejor descripción de la realidad jurídica. Aunque para eso habría que salvar la *objeción* que aquí se realiza a esta concepción en el ámbito de la adjudicación: si la “determinación” del deber judicial de resolver tiene por causa al “derecho como tal” (determinación *intrajurídica*), o se debe a la delimitación que de tal deber llevan a cabo las “teorías del Derecho” no-positivistas (delimitación *extrajurídica*), precisamente por no hacerlo el sistema jurídico y, por esa razón, entonces, el deber judicial de resolver, que es deber legal, no puede decirse que se presente como un deber siempre tan preciso y cierto.

La tesis de la imprecisión e indeterminación (parcial) del deber judicial de resolver se identifica más con la concepción de la *Vigilia*, frente al modelo de decisión judicial *libre* (la *Pesadilla*) que se correspondería con la “indeterminación total” de este deber judicial, o frente al modelo de la decisión judicial *obligada* (el *Noble Sueño*), que se relacionaría con su “determinación total”. Y en el esquema judicial de Enrico Diciotti, se identificaría tanto con el modelo de juez *insatisfecho* (*construcciones dogmáticas* como mecanismo discrecional y subjetivo) como con el de juez *incierto* (discrecionalidad judicial).

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, C. E., y E. Bulygin, “Definiciones y normas”, en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi, comps., *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- Bix Brian, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del Derecho”, en *Doxa*, No. 21-II, Alicante, Universidad de Alicante/CEPC, 1998.
- Del Real Alcalá, José Alberto, “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional. El caso del término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, en *Derechos y Libertades*, No. 12, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2002.
- “La ‘doctrina de la completitud’ del Derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”, en AA.VV., *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, 4 vols., vol. II, Madrid, Dykinson, 2008.
- Diciotti, Enrico, “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, en *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1992.
- “Interpretazione della legge e discorso razionale”, en *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1999.
- Dworkin, Ronald, *Law’s Empire*, Oxford, Hart Publishing, 2000.
- *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 2002, 2a. ed.; traducción de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999, 2a. ed.
- Endicott, Timothy, “Law is Necessarily Vague”, en *Legal Theory*, No. 7, Cambridge University Press, 2001.
- *La vaguedad en el Derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2006.
- Guastini, Riccardo, “Su i principi di diritto”, en *Diritto e società*, vol. 4, Padova, CEDAM, 1986.
- *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, traducción de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999.
- “La ‘constituzionalizzazione’ dell’ordinamento”, en *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.
- *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México D. F., Editorial Porrúa/UNAM, 2003, 5a. ed.

- Hart, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, No. 36, mayo 1980.
- “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, eds., *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994.
- *The Concept of Law*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, 1997, 2a. ed.
- *El concepto de Derecho*, traducción de Carrió Genaro R., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Luzzati, Claudio, “Vaghezza, interpretazione, e certezza del diritto”, en *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1990.
- “Le definizioni implicite dei giuristi”, en *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1992.
- *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Università di Milano, Istituto di Filosofia e Sociología del Diritto, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999.
- Redondo, Ma. Cristina, “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, en *Doxa*, No. 20, Alicante, Universidad de Alicante y CEPC, 1997.
- Roig Ansuátegui, Francisco, “Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, tomo I, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002.
- Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición de J. L. Monereo, Granada, Comares, 2002.

Fecha de recepción: 27 de abril de 2011
Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2011