

CUESTIONAMIENTO CONTEMPORÁNEO DEL IDEAL DE CERTEZA EN EL DERECHO: HART-ZAGREBELSKY-ENDICOTT* *CONTEMPORARY DOUBT ON THE IDEAL OF THE CERTAINTY IN LAW: HART-ZAGREBELSKY-ENDICOTT*

J. Alberto DEL REAL ALCALÁ**

RESUMEN: El cuestionamiento de la certeza como un valor *absoluto* del derecho y, como tal, un *ideal* realizativo pleno en el sistema jurídico (el *argumento de la imposibilidad*) es uno de los debates contemporáneos de la teoría jurídica. Examinó a lo largo de este texto algunas de las doctrinas de nuestro tiempo que abordan de forma crítica la comprensión clásica de ese ideal. Finalmente, en las conclusiones, planteo si la anterior crítica (el *argumento de la imposibilidad*) contamina en algún sentido al *concepto de derecho* o a las características que lo describen, y por lo tanto, si tiene entidad como para constituirse en una tesis “conceptual” definitoria del derecho actual o, por el contrario, se reduce a una tesis menor (“lingüística”) sobre el lenguaje en el que el derecho se escribe.

ABSTRACT: *The doubt about certainty like an absolute value in law and as an ideal full in legal system (argument about impossibility) is a controversial fact in contemporary legal theory. In this text I examine some contemporary doctrines about the classic understanding (in critical sense) of this ideal. Finally, in Conclusions, I analyze if this doubt (argument about impossibility) contaminates (in some sense) to the concept of law or to the characteristics that describe law, and therefore, if this doubt constitutes a bigger thesis: a “conceptual thesis” about contemporary law or, on the contrary, if this doubt constitutes a smaller thesis: a “linguistic thesis” about language in law.*

Palabras clave: certeza jurídica, textura abierta, ductilidad, vaguedad, seguridad jurídica.

Keywords: legal certainty, open texture, ductility, vagueness, security in law.

* Artículo recibido el 21 de junio de 2006 y aceptado para su publicación el 16 de octubre de 2010. 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) del Plan Andaluz de Investigación de la Junta de Andalucía.

** Profesor titular de Filosofía del derecho en la Universidad de Jaén (España); correo: adelreal@ujaen.es; página web: <http://www4.ujaen.es/~adelreal>.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 675-700

SUMARIO: I. *Introducción: ¿una comprensión diferente del “ideal de certeza del derecho”?* El argumento de la imposibilidad. II. *Certeza del derecho y doctrina Open Texture of Law de Herbert Hart.* III. *Certeza del derecho y doctrina Il Diritto Mitte de G. Zagrebelsky.* IV. *Certeza del derecho y doctrina Vagueness in Law de T. Endicott.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN: ¿UNA COMPRENSIÓN DIFERENTE
DEL “IDEAL DE CERTEZA” DEL DERECHO? EL ARGUMENTO
DE LA IMPOSIBILIDAD

En las páginas que siguen trato de examinar determinadas posiciones acerca de la percepción teórica actual sobre el ideal de certeza del derecho, particularmente aquellas que son susceptibles de fundamentar la imposibilidad de alcanzarlo de un modo pleno.¹ Por supuesto, la *imposibilidad* de alcanzar la certeza “plena” en el derecho no se opone al ideal regulativo de perseguirla. Pero el reconocimiento conceptual de que *a veces* se da esa *imposibilidad* debe poder generar una visión *diferente* en la descripción que nos ofrecen las teorías jurídicas sobre cómo es la práctica del derecho. Es con este sentido —y no con otro— con el que voy a abordar las perspectivas que fundamentan la crítica a una visión excesivamente *rígida* de la certeza en nuestros sistemas jurídicos.

Como sería imposible contemplar todas las argumentaciones críticas que afrontan esta cuestión, he seleccionado aquellos enfoques que he estimado suficientemente representativos del tema desde el punto de vista contemporáneo. Esto no significa, claro está, excluir otros, sin duda también de gran interés acerca de lo que aquí tratamos. En este sentido, voy a tener en cuenta, en primer lugar, la doctrina *Open Texture of Law* (1961) de Herbert L. A. Hart, teórico del derecho que difundió en el siglo XX la metáfora desde la que arrancan la mayoría de estas posiciones. En segundo lugar, la doctrina *Il Diritto Mitte* (1992) de Gustavo Zagrebelsky desde la perspectiva jurídica euro-

¹ Agradezco al doctor Rolando Tamayo y Salmorán, catedrático de Teoría y filosofía del derecho de la UNAM, en México, las sugerencias efectuadas al manuscrito original, las cuales han contribuido verdaderamente a mejorarlo en su versión actual.

peo-continental, a partir de constatar el hecho de que la práctica jurídica contemporánea del Estado constitucional *no* se identifica en un sentido *pleno* con ciertas características habituales del derecho, sea el caso del *principio de certeza* de la ley, tal como se venía entendiendo. Y, finalmente, en tercer lugar, la doctrina *Vagueness in Law* (2000-2002) de Timothy O. Endicott desde la perspectiva jurídica europea-anglosajona, y que posiblemente constituye la versión más elaborada. Estos puntos de vista enlazan de alguna manera con aquella tradición intelectual epistemológica que no ha perseguido *filosóficamente* la certeza *absoluta* en el conocimiento de las cosas sino que, por el contrario, ha dado relevancia *positiva* a la *duda*, y ha hablado incluso de los *beneficios* que en ocasiones ella conlleva. Sirva de muestra, por ejemplo, la concepción de Voltaire de que “la duda no es un estado demasiado agradable, pero la certeza es un estado ridículo”.²

Como me ha recalcado con acierto el profesor Rolando Tamayo y Salmorán, es conveniente aclarar que ni mucho menos ni las doctrinas que aquí traigo a colación —ni ningún teórico del derecho conocido— propugnan que el derecho se haga incierto. Y aun cuando ellas *no* han sido concebidas para hacer *menos ciertas* las disposiciones jurídicas *ni* quizás para cuestionar *directamente* el ideal de la certeza como tal, sin embargo, los postulados de dichas teorías sí asumen y fundamentan el “argumento de su imposibilidad”. Argumento que ubican conceptualmente en la descripción que nos proporcionan de la *maquinaria* del derecho, detallándonos de una u otra manera el ámbito de imprecisión del que susceptiblemente puede adolecer lo jurídico. Lo que estos puntos de vista críticos vienen a poner de manifiesto es, por tanto, que el anhelo por una mayor certeza tiene *límites*.

Y, en mi opinión, a partir de lo anterior, una teoría jurídica que aspire a ofrecer la *mejor* descripción del derecho no tiene más remedio que contemplar los *beneficios* (a veces) de la imprecisión de la ley. Pero, en todo caso, conviene enfatizar que el hecho de que el ideal de certeza tenga límites *no* lleva a sugerir de ninguna manera la conveniencia de introducir *más vaguedad* en el sistema jurídico, sino únicamente invita a *reconocer* (esto es, a no invisibilizar ni a marginar en la

² Véase Voltaire, *Sarcasmos y agudezas*, trad. y pról. de Fernando Savater, Barcelona, Edhasa, 1994, p. 68.

descripción del ordenamiento jurídico) aquella imprecisión con la que en verdad habitualmente convivimos. Superando los puntos de vista que la *reducen* a mera *laguna* o simple *defecto* de la ley, a punto oscuro del derecho.

II. CERTEZA DEL DERECHO Y DOCTRINA *OPEN TEXTURE* OF LAW DE HERBERT HART

Por supuesto, H. L. A. Hart no niega valor a la claridad o certeza de las normas: “en la mera noción de aplicar una regla general de derecho tenemos por lo menos el germen de la justicia”, y para ello las reglas “han de ser inteligibles”.³ Sin embargo, su doctrina *Open Texture of Law*⁴ sí cuestiona en ciertos aspectos una determinada forma de entenderla (que he calificado como “visión estándar”). Cuestiona una visión *rígida* o *absoluta* del valor de la certeza como *ideal* del derecho. Y, por tal, su planteamiento no asume una concepción *homogénea* de la estructura de las reglas, proporcionándonos una descripción *diferente* —más sofisticada— de la realidad del sistema jurídico.⁵ A este respecto, dos notas relevantes de la doctrina *Open Texture of Law* a destacar son:

1. Rechazo a una concepción “rígida” o “absoluta” de la certeza como ideal del derecho

Hart refuta, a través de la doctrina *Open Texture of Law*, la *simplicidad* que supone la concepción estándar o tradicional de la certeza del derecho como *ideal* del sistema jurídico. Reconoce “en esta materia

³ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 255.

⁴ Hart, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. y nota preliminar de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 28 y 29: “Austin conocía muy bien el carácter del lenguaje, su vaguedad o naturaleza abierta”.

⁵ Hart, H. L. A., *El concepto...*, *cit.*, pp. 155 y ss.; asimismo, Hart, H. L. A., “Postscript”, en Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., eds. Penélope A. Bullock y Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 238-276 (*Post scriptum al concepto de derecho*, eds. Penélope A. Bullock y Joseph Raz, est. prel., trad., notas y bibl. de Rolando Tamayo y Salmorán, México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 28).

[que] la teoría jurídica tiene una curiosa historia; porque es propensa a ignorar o a exagerar el carácter indeterminado de las reglas jurídicas”. Y a este respecto, puede parecer que:

Algunos sistemas jurídicos, en ciertos periodos... sacrifique[n] demasiado en aras de la certeza... [Y] En otros sistemas, o en otros periodos, puede parecer que los tribunales tratan demasiadas cosas... como perpetuamente abiertas o revisables, y que respetan muy pocos límites, tales como los que establece el lenguaje de la ley, no obstante su textura abierta.⁶

La doctrina *Open Texture of Law* va a entender que el ideal de la certeza jurídica concebido como un *ideal realizativo pleno y absoluto* del derecho —según la concepción estándar— derivaría en una teoría jurídica “mecánica” que, basada en la premisa de que *todo puede ser conocido*, se tendría por capaz de elaborar reglas que decidieran por adelantado la resolución de cualquier caso dado y cuya aplicación a los casos particulares *nunca* exigiera de *ninguna* elección adicional; aun cuando dicha elección puede ser necesaria si a veces la cuestión de la aplicación o no de una regla a un caso particular ha planteado soluciones abiertas.⁷

Asimismo, llevar hasta sus últimas consecuencias realizativas el *ideal* de la certeza plena del derecho daría lugar, por una parte, al “vicio” del *formalismo* o *conceptualismo* que, a fin de encubrir o minimizar la necesidad *a veces* de una elección adicional para poder aplicar una regla, congela su significado para que éste sea el mismo en todos los casos de aplicación. Y, por otra parte, nos lleva al *absurdo* del “*paraíso* de los conceptos de los juristas”, según califica Hart a esta situación “imaginada”, en la cual el grado de certeza y predecibilidad es tal que se prejuzgan ciegamente los casos futuros cuyas circunstancias, sin embargo, ignoramos: “habremos conseguido... resolver por adelantado, pero... a oscuras cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas”. Situación en la que nos encontramos cuando un término general toma el mismo significado no sólo en todas las aplicaciones de una misma re-

⁶ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 163.

⁷ *Ibidem*, p. 160.

gla sino también en cualquier regla del sistema jurídico en que aparezca, sin atender al contexto normativo propio ni al contexto del caso dado. Parece, por eso, censurable aquel formalismo jurídico que fuerza al significado hermético de los conceptos jurídicos.⁸

En Hart, para quien —recordemos— las reglas deben ser inteligibles, puede ocurrir, sin embargo, que el *exceso de precisión* en el derecho llegue a no ser algo deseable: “no podríamos considerar deseable, ni aun como un ideal, la concepción de una regla tan detallada”, que tenga *siempre* resuelto de antemano y en *cualquier* caso dado el aplicarla o no aplicarla, pues a veces para poder aplicar una regla se necesita hacer una *elección* entre las alternativas abiertas que plantea. La justificación que esgrime el autor inglés para rechazar una concepción hermética del ideal de certeza del derecho es la siguiente: “la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses”. Y “obviamente —nos dice— ese mundo [de predicción *absoluta* del derecho] no es el nuestro: los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro pueda deparar”.⁹

2. *Proporciona una descripción “diferente” del derecho*

La doctrina *Open Texture of Law* forma parte de una descripción más sofisticada y pegada a la realidad acerca de cómo funciona en verdad el derecho. Descripción que posibilita constatar que la visión estándar no da una explicación satisfactoria del ordenamiento. La visión hartiana caracteriza al ámbito de la *legislación* por la “textura abierta” del lenguaje normativo y la “imprecisión” con la que a veces se escribe la ley, dando lugar a distinguir entre zonas *precisas* y zonas *imprecisas* del ámbito de significación de las reglas legisladas. Y también caracteriza al ámbito de la *adjudicación* —en los supuestos en los que se presenta imprecisión normativa— por la “incertidumbre” del operador jurídico a la hora de decidir si aplicar o no aplicar una regla al caso particular, y la consecuente “indeterminación” en la que *a*

⁸ *Ibidem*, p. 162.

⁹ *Ibidem*, pp. 160-162.

veces finalmente deriva aquella imprecisión legislativa,¹⁰ pudiéndose diferenciar, a partir de la noción de “zona de penumbra”, tanto los casos *claros* (*clear cases*) como los casos *dudosos* (*hard cases, borderline cases*) en el ámbito de la aplicación e interpretación de las reglas. Pero veamos más detalladamente en qué consiste esta descripción diferente del sistema jurídico que incluye una *mirada crítica* a la concepción de la certeza como un valor *absoluto* en el derecho.

A. Descripción no uniforme de las reglas del derecho

Téngase en cuenta que es el ámbito del lenguaje de la legislación donde se ubica el concepto de “textura abierta” del derecho, aunque sus consecuencias se derivan hacia la adjudicación. La descripción diferente del derecho que contiene la doctrina *Open Texture of Law* trata de conciliar dos “necesidades sociales” de todo sistema jurídico. Por una parte, la necesidad de tener reglas *claras*, precisas y ciertas, pero también, por otra parte, la necesidad de contar con reglas *imprecisas* o vagas, o sea:

Por un lado la necesidad de ciertas reglas que... puedan ser aplicadas con seguridad por los particulares... sin [ninguna] nueva guía oficial... y por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial [por el operador jurídico], cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presenten en un caso concreto.¹¹

La textura abierta del lenguaje del derecho o “el carácter abierto de las normas jurídicas”, su “ambigüedad”, tiene que ver con que “en todos los campos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje”; y en el derecho ese límite es definido por Hart como la textura abierta. Esta denominación significa para él “que hay... áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o

¹⁰ Redondo, M. C., “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, *Doxa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Universidad de Alicante, núm. 20, 1997, pp. 194 y 195: “La [misma] expresión ‘indeterminación’ es ambigua”.

¹¹ Hart, H. L. A., *El concepto...*, *cit.*, pp. 162 y 163.

por los funcionarios que procuran hallar un compromiso [decisión], a la luz de las circunstancias”. Pues bien, es precisamente el concepto de textura abierta el que hace posible una descripción diferente —*no uniforme y no homogénea*— de la “legislación” al distinguir entre dos clases de reglas legisladas: las reglas *precisas y claras* y las reglas *imprecisas y vagas*.¹²

La causa a la que responde la textura abierta del lenguaje legislativo se encuentran en “la incapacidad humana para anticipar el futuro” desde el momento en que el legislador no puede prever todos los casos venideros, pues los legisladores son hombres, no dioses. Esta incapacidad trae consigo una relativa “ignorancia de los hechos”, de aquellos hechos que quiere regular una regla del derecho porque los hechos futuros, imposibles de prever, siempre los desconoceremos. Y esto a su vez lleva a una relativa “indeterminación de propósitos” a la hora de la redacción legislativa de las reglas. En verdad, imaginar una situación contraria caracterizada por un número finito de notas y combinaciones de circunstancias de la realidad que fuesen todas conocidas y permitieran formular todas las previsiones por adelantado, puede ser algo ilusorio pero no es algo real. Asimismo, la doctrina *Open Texture of Law* tiene que ver también con la relevancia que adquiere lo lingüístico en la teoría jurídica *hartiana* y con su consideración correspondiente de la *legislación*, a modo de recurso o técnica a través de la cual *comunicar* a los ciudadanos pautas generales de conducta que puedan ser comprendidas sin necesidad de nuevas instrucciones y que exigen a éstos cierto comportamiento en determinadas ocasiones. La certeza o imprecisión de las *reglas del derecho* es, pues, la certeza o imprecisión de la *comunicación* mediante el lenguaje general dotado de autoridad que es la legislación. Dicho con otras palabras, la textura abierta es la textura abierta del “lenguaje de la ley”. Y en la teoría jurídica de Hart, la textura abierta *es* una característica del lenguaje natural presente por tanto en el lenguaje legal.¹³

En definitiva, desde la doctrina *Open Texture of Law* se consideran al mismo *nivel conceptual* las “áreas de certeza” como las “áreas de im-

¹² *Ibidem*, pp. 157, 168, 175 y 176.

¹³ *Ibidem*, pp. 155, 157, 159, 160, 163 y 173. Esta idea también puede verse en Iturralde Sesma, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid, Tecnos, 1989, especialmente pp. 32 y ss.

precisión o vaguedad” del lenguaje del derecho,¹⁴ siendo ambas definidas metafóricamente por Hart como *núcleo de certeza* y *zona de incertidumbre* respectivamente.¹⁵ Con esta metáfora, el autor inglés nos viene a indicar dos zonas distintas en el sistema jurídico, o dicho con otras palabras, dos clases diferentes de reglas legisladas: las reglas *precisas*, de las cuales puede predicarse que *secundan* el ideal de certeza en un sentido estándar, y las reglas *imprecisas*, que no son susceptibles de secundarlo.

B. Descripción plural de los casos del derecho

Si en el ámbito de la legislación es donde define Hart el concepto de “textura abierta”, en el ámbito de la adjudicación es donde tiene incidencia la noción “penumbra de incertidumbre”. Ocurre que la *textura abierta* del lenguaje legislativo, responsable de la *imprecisión* o vaguedad de la escritura de las reglas, tiene el efecto de crear *incertidumbre* en el operador jurídico acerca de la *decisión* aplicativa de una regla a un caso dado¹⁶ si, por ejemplo, encuentra en el derecho tantas razones para aplicarla como para no-aplicarla, resultando entonces una regla *indeterminada*. La noción de *penumbra de incertidumbre* (al igual que hace el concepto de *textura abierta* en la legislación) permite una descripción *no-uniforme* del ámbito de la adjudicación, a fin de no reducirla a los casos *claros* de aplicabilidad y de no-aplicabilidad. Resultando la descripción *homogénea* del derecho claramente *insatisfactoria* en este campo de aplicación e interpretación de las normas.

Desde la consideración crítica de la concepción rígida de la certeza jurídica que venimos mencionando, dos son las aportaciones que realiza la doctrina *Open Texture of Law* para articular una descripción diferente del derecho en el ámbito de la adjudicación: por una parte, los casos *dudosos* —que coexisten junto a los casos *claros*—; y, por otra parte, la *discrecionalidad* judicial como instrumento para decidirlos —que coexiste junto al procedimiento de la *subsunción*—.

¹⁴ Hart, H. L. A., “El positivismo jurídico...”, *cit.*, p. 29.

¹⁵ Hart, H. L. A., *El concepto...*, *cit.*, p. 167.

¹⁶ *Ibidem*, p. 168.

Así, en primer lugar, además de las reglas *precisas* y los casos *claros* que generan aquéllas, ahora se afirma que la existencia de zonas de significación *imprecisa* en las reglas es susceptible de producir casos *dudosos* e *indeterminación* jurídica (tesis de indeterminación del derecho). Los casos dudosos pueden originarse —entre otras fuentes— a causa de la textura abierta del derecho. Esto significa que en un caso *dudoso* “no hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca”. Los casos dudosos tienen que ver con el ámbito de significación imprecisa y vaga de las reglas, donde el operador jurídico tendrá *incertidumbre* acerca de su decisión. Aquí el mecanismo de decisión desborda la alternativa restringida de la *bivalencia jurídica* que opera en los casos claros. Puede afirmarse que en los casos dudosos se produce “una crisis en la comunicación del derecho: [ya que] hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o rechazo” al operador jurídico. Los casos dudosos son, por tanto, casos dominados por la *incertidumbre*, donde mucho se ha dejado —sin más remedio— “para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso [decisión], a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso”. Pero que no sean casos claros, no exime a los operadores jurídicos de la obligación que tienen de dar una resolución entre las alternativas (ahora) abiertas que se le plantean.¹⁷

En segundo lugar, frente a la *subsunción* vehiculada a través de la *bivalencia jurídica*, la *discrecionalidad judicial* también proporciona una visión diferente del proceso de la adjudicación. Tengamos en cuenta que en los casos claros la *comunicación* de criterios generales de conducta a través de la legislación a los ciudadanos es *segura*. Aquí, la obligación de los operadores jurídicos es la de emitir a través del procedimiento de la *subsunción* (y la conclusión silogística correspondiente de aplicación o de no aplicación que deriva) una resolución. Como en el “área de certeza” del derecho la regulación de la regla es *precisa*, el operador jurídico goza de todos los elementos para observar *claramente* si el caso dado se encuentra *dentro* o *fuera* de dicha zona, es-

¹⁷ *Ibidem*, pp. 158-161.

tando en condiciones de decidir sin ninguna duda, en correspondencia, la aplicación positiva o negativa de la regla. Esta zona de significación de la regla dominada por la certeza es la *franja* donde la certeza como valor e ideal *realizativo pleno* del derecho es susceptible de tener lugar y permanece vigente. Pero, sin embargo, en los casos dudosos (a diferencia de otras teorías jurídicas que en estos supuestos optan por extender de una u otra forma el derecho vigente a todo caso dado),¹⁸ la doctrina *Open Texture of Law* reconoce al operador jurídico una potestad de *creación* jurídica¹⁹ en relación a aquellas zonas de significación de una regla donde finalmente el derecho es vago, resulta impreciso y no está nada claro.²⁰

Según la posición paradigma de Hart, el esquema de decisión de los jueces en los casos dudosos consiste en una elección “discrecional” acerca de los intereses en conflicto, a modo de facultad *adicional* no reconocida explícitamente con que cuenta el operador jurídico a fin de ponderar la aplicación de reglas generales a casos particulares. Es, por consiguiente, en el área de incertidumbre —en este margen— de las reglas, donde aparece la necesidad de la función *creadora* del derecho por los tribunales, que vienen a desempeñar “una función productora de [nuevas] reglas” que son las que dan resolución al caso dado.²¹ El margen de incertidumbre se asimila a una zona de alrededores *vagos* localizada entre la *clara aplicabilidad* de una regla y su *clara inaplicabilidad*. Sucede que “los cánones de ‘interpretación’ no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación. Ellos

¹⁸ Dworkin, R., *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 337 y ss. El procedimiento “Hércules” supone la *reconstrucción*, en el sentido de “descubrimiento” y “esclarecimiento”, del derecho vago e indeterminado, pero en ningún caso discrecional judicial.

¹⁹ Sobre las consecuencias de la creación normativa judicial, véase Asís Roig, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, pról. de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 281 y ss.

²⁰ Hart, H. L. A., *El concepto...*, *cit.*, pp. 155, 156, 159, 179 y 180.

²¹ *Ibidem*, pp. 159, 161, 169, 179 y 183. La tesis de que, en algunos casos, el derecho aplicable es incierto y los jueces que deben resolverlo han de crearlo discrecionalmente, es habitual de las posiciones del positivismo jurídico. Véase, asimismo, Prieto Sanchís, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 123-158.

no pueden —a diferencia de otras reglas— proveer a su propia interpretación”. Se trata, en definitiva, de “márgenes discutibles” sobre el significado de la regla a consecuencia de la *textura abierta* que presenta la estructura del derecho. Pues bien, en esta zona de significación de la regla —dominada por la incertidumbre— es donde la *certeza* del derecho *no* es susceptible de *realización* plena.²²

III. CERTEZA DEL DERECHO Y DOCTRINA *IL DIRITTO MITTE* DE G. ZAGREBELSKY

La concepción de la certeza jurídica como *valor e ideal* absoluto, plenamente realizativo en el derecho, ha sido también cuestionada en la tradición jurídica europeo-continental actual desde los postulados de la doctrina *Il Diritto Mitte* de Gustavo Zagrebelsky. De las transformaciones que ha experimentado el Estado constitucional en Europa extrae Zagrebelsky “una idea de derecho que parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas que hoy operan en la práctica”.²³ “Se podría decir simplifcadamente [afirma] que la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas”, teniendo este autor italiano la intención de “contribuir a clarificar los elementos que componen esta atmósfera”.²⁴ Su doctrina *Il Diritto Mitte*²⁵ viene a cuestionar, desde premisas no directamente *lingüísticas* sino “político-sociológicas”, algunas características clásicas de la ley, sea el caso de los principios de generalidad, abstracción y certeza en los que ésta se viene expresando. El italiano pone en duda la certeza como valor e ideal realizativo pleno del derecho, tal como se le ha venido entendiendo en la teoría jurídica tradicional tanto por el iusnaturalismo racionalista como por el positivismo legalista europeo-continental (que heredó la misma convicción que aquel iusnatu-

²² Hart, H. L. A., *El concepto...*, cit., pp. 158, 167, 179 y 180.

²³ Zagrebelsky, G., *Il Diritto Mitte. Legge, diritti, giustizia*, Turín, G. Einaudi, 1992 (*id.*, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 9).

²⁴ Zagrebelsky, G., *op. cit.*, 2002, p. 10.

²⁵ *Mitte* se ha traducido muy acertadamente por la profesora Marina Gascón por el término “dúctil”.

ralismo), desde la aceptación mutua de que la completitud del derecho está “derivada de un único fundamento y [es] capaz de desarrollarse deductivamente atendiendo al principio de no contradicción”.²⁶ La crítica a la concepción *rígida* de la certeza jurídica que postula la doctrina *Il Diritto Mitte* contiene las siguientes premisas:

1. *El “derecho por principios” es el origen del Diritto Mitte*

Hay que tener en cuenta que el cuestionamiento que hace la doctrina *Il Diritto Mitte* de la imposibilidad de la certeza del derecho como un valor realizativo *absoluto* y *pleno* tiene que ver con la *inclusión* en los sistemas jurídicos europeos occidentales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y junto a las normas-*reglas*, de las normas-*principios* de directa aplicación judicial,²⁷ a las que debe de ajustarse asimismo la actuación ordinaria del Legislativo; hecho que supuso la “constitucionalización de los derechos y principios”²⁸ de justicia”, cuya consecuencia fue el “correlativo final de la omnipotencia de la ley”²⁹ tan deseado por el antipositivismo³⁰ tras la crisis del positivismo legalista.³¹ Lo que acarreo el paso del *legalismo* al *constitucionalismo*, tras la definitiva rectificación en la Europa occidental-continental de la teoría de la ley de Rousseau heredada por estos sistemas jurídicos de la

²⁶ Zagrebelsky, G., *op. cit.*, p. 122.

²⁷ Véase García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Cívitas, 1991.

²⁸ Véase Prieto Sanchís, L., *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, Cuadernos “Bartolomé de las Casas” núm. 7.

²⁹ Zagrebelsky, G., *op. cit.*, p. 148.

³⁰ Véase Peces-Barba, G., “Epílogo: desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, en Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 157-173, sobre el antipositivismo del derecho dúctil; asimismo, Guastini, R., “Derecho dúctil, derecho incierto”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII, Madrid, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 1996, pp. 111-123, también analiza el carácter antipositivista que toma la descripción *zagrebelskiana*.

³¹ Sobre la respuesta a la crisis del positivismo, es de interés el análisis de Ansuátegui Roig, F. J., “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, *Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Boletín Oficial del Estado, núm. 2, 1993-1994, pp. 113-151.

misma revolución francesa.³² Este cambio ha supuesto la transformación del Estado de derecho legislativo decimonónico (*legalismo*) en el Estado constitucional de derecho (*constitucionalismo*) del siglo XX.³³ En este constitucionalismo —también denominado “de principios”—, los jueces aparecen como los actuales “señores del derecho” en los que se dan cita todas las dimensiones del mismo: la ley, los derechos, la justicia; y esto, frente al legislador, el antiguo “señor del derecho” en la concepción del positivismo legalista, ahora prácticamente *destronado*. Sin embargo, desde otras opiniones, tal como la de Juan Antonio García Amado, la descripción del derecho que nos proporciona el autor italiano lleva a una excesiva exaltación del juez.³⁴ Cuestión que ha dado lugar a un intenso debate entre los teóricos del derecho partidarios de conservar la preeminencia habitual del *parlamentarismo* en el Estado de derecho frente a los que abogan por una concepción *judicialista* del mismo.

Según Zagrebelsky, desde el enfoque del positivismo jurídico, “las normas de principios, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico”.³⁵ Pero como el profesor italiano no aboga por la completitud del derecho por la que predicaba el positivismo legalista, frente al “derecho por reglas” decimonónico, va a distinguir entre normas-regla y normas-principios.³⁶ Entiende que

³² La introducción de principios y valores en la ley constitucional y del control “concentrado” de constitucionalidad en la tradición europea-continental, a través de un Tribunal Constitucional, con una función similar al control jurisdiccional “disperso” en la tradición anglosajona, es lo que ha permitido rectificar en Europa continental la doctrina rousseauiana de la ley, que la reducía a la *regla de la mayoría*, consideraba *sagrada*, sin posibilidad de error, y sin necesidad de *límites*; véase, Rousseau, J. J., *El contrato social*, Madrid, Espasa-Calpe, 1985. La rectificación por el constitucionalismo vino a decir que “la ley es la expresión de la voluntad general de la comunidad, *siempre* que no viole la Constitución”. De modo que sólo si la voluntad general de la comunidad es acorde a la Constitución, es considerada auténtica ley.

³³ Zagrebelsky, G., *op. cit.*, p. 150.

³⁴ García Amado, J. A., “¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Anuario de Filosofía...*, *cit.*, pp. 65-86.

³⁵ Zagrebelsky, G., *op. cit.*, p. 112.

³⁶ Desde R. Dworkin (véase Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 2a. ed., Londres, Duckworth, 2002 —Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999—; y Dworkin, R., *Law's Empire...*, *cit.*), e incluso Hart en el *Post scriptum* (véase Hart, H. L. A., *Post scriptum...*, *cit.*), se ha puesto de manifiesto que los

“son las reglas y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto por reglas no sería insensato pensar en la ‘maquinización’ de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta”, haciendo uso “de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma”. Pero “tal idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en el que el derecho contenga principios”. Hay que reconocer que “la aplicación de los principios es completamente distinta”,³⁷ porque “por lo general, los principios no se estructuran según una ‘jerarquía de valores’,³⁸ pues si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad”.³⁹ Por eso, en el constitucionalismo (*neoconstitucionalismo*) se establecerá “como normal” la exigencia de “hacer ‘concordar’ [a las normas] con la otra cara [de la moneda del derecho], la de los principios contenidos en la Constitución”.⁴⁰

En el neoconstitucionalismo se reivindica a las normas-principios como auténticas normas jurídicas, frente a la opinión del positivismo que asignaba a los principios una función meramente *accesoria* y de menor densidad de contenido, a modo únicamente de *complementos* del sistema jurídico, y cuya función se reducía a colmar lagunas y resolver antinomias. Asignar este papel reducido a los principios deriva del “persistente prejuicio de pensar que las verdaderas normas son las reglas, revelándose el positivismo como una ideología distorsionadora en el campo del derecho”. Ahora bien, los principios “no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las

principios, contextos o convenciones interpretativas intervienen a la hora de la aplicación de las reglas del derecho. Y que es, por tanto, necesario describir estos elementos a la hora de reconstruir conceptualmente las prácticas jurídicas de las democracias constitucionales.

³⁷ Zagrebelsky, G., *op. cit.*, p. 111.

³⁸ Véase Moreso, J. J., “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, M., *op. cit.*, pp. 99-121.

³⁹ Zagrebelsky, G., *op. cit.*, p. 124.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 113.

reglas, sino una ‘toma de posición’ conforme con su *ethos* en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear”, poseyendo los principios autonomía y entidad jurídica frente a las reglas.⁴¹ Pues bien, esta reivindicación de los principios que hace *Il Diritto Mitte* lleva a Zagrebelsky a resituarse su función en el sistema jurídico para luego proceder a una descripción no rígida sino más elástica del mismo en orden a su *ductilidad*.

2. *La práctica del derecho en el constitucionalismo genera la crisis contemporánea de los principios de generalidad, abstracción y de certeza de la ley: la mitezza del diritto*

La concepción hermética de ciertas características del derecho, tales como la generalidad, la abstracción y la certeza, las cuales han gozado de buena salud teórica y práctica en el *Estado de derecho legalista*, ha sido *cuestionada* desde algunas opiniones en función de cómo es la realidad de la práctica jurídica del Estado constitucional de derecho. Así, por ejemplo, en la descripción que nos proporciona Zagrebelsky sobre el “constitucionalismo de principios”⁴² o *neoconstitucionalismo*⁴³ (que ha invadido todo el ordenamiento jurídico)⁴⁴ frente al *legalismo*, la doctrina *Il Diritto Mitte* no asume una concepción simplificada, estrecha, de la certeza como *ideal* de la ley. La doctrina *Il Diritto Mitte* considera al derecho no como un “dato” sino como “un incesante ‘hacerse’ donde confluyen múltiples exigencias planteadas por numerosos y a veces contradictorios principios que pretenden venir realizados en el contacto con la realidad viva de las experiencias so-

⁴¹ *Ibidem*, pp. 117 y 118.

⁴² Véase García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; también *id.*, “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”, en Carbonell, M., *op. cit.*, pp. 159-186; asimismo Prieto Sanchís, L., “El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (a propósito de *El derecho dúctil* de Gustavo Zagrebelsky)”, *Anuario de Filosofía...*, *cit.*, pp. 125-158; y Comanducci, P., “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de Miguel Carbonell, *Isonomía*, núm. 16, abril de 2002, pp. 89-112.

⁴³ Comanducci, P., “Formas de (neo) constitucionalismo...”, *cit.*, pp. 89 y ss., distingue tres formas de neoconstitucionalismo: *teórico*, *ideológico* y *metodológico*.

⁴⁴ Guastini, R., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, M., *op. cit.*, pp. 49-73.

ciales”.⁴⁵ Se ha considerado que “la generalidad de la ley es la esencia de la ley en el Estado de derecho” en tanto que es premisa de la separación de poderes, de la igualdad ante la ley y de la imparcialidad del Estado; y que la “abstracción” de la ley ayuda a conservar el derecho, lo hace más estable y en su conjunto, más previsible, permitiendo su adaptación al caso concreto.⁴⁶ Mas, sin embargo, en su opinión, nuestra época actual se caracteriza “por la ‘pulverización’ del derecho legislado, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, o sea, de ‘reducida generalidad y abstracción’”. Esto ocurre, sobre todo, a causa de tener que legislar medidas concretas que satisfagan el principio de igualdad, lo cual ha llevado a una explosión de las legislaciones sectoriales, “con la consiguiente crisis del principio de generalidad” y “del principio de abstracción”, así como de una “marcada contractualización de los contenidos de la ley”. A consecuencia de esta crisis, el derecho legislativo es el resultado de un proceso plural en el que participan numerosos sujetos sociales (grupos de presión, sindicatos, partidos políticos), que está marcado por la *ocasionalidad*; es decir, lo contrario de la generalidad y de la abstracción. Agravando esta forma del proceso legislativo la crisis de las características clásicas de la ley en tanto que “reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación”.⁴⁷

Resultado de lo anterior es que si los principios de generalidad, abstracción y certeza *plena* son entendidos en un sentido absoluto y rígido, entonces ellos ya no describen bien la práctica jurídica del constitucionalismo. Son hoy, pues, conceptos *insuficientes* para mostrar en toda su dimensión la realidad del derecho en nuestras democracias constitucionales. Lo que lleva a Zagrebelsky a afirmar que, frente a lo anterior, la mejor característica que describe cómo es hoy el derecho es su “*ductilidad*”. El derecho *es* dúctil y la ductilidad en el derecho es sobre todo ductilidad *constitucional*.⁴⁸ Él entiende la ductilidad

⁴⁵ Zagrebelsky, G., *op. cit.*, pp. 122-124.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

⁴⁸ Real Alcalá, J. A. del, “Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, *Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos

como la catalogación que permite expresar “el carácter esencial del derecho en los Estados constitucionales actuales”, porque es la ductilidad de la Constitución lo que permite a ésta mantener sus fines de *unidad e integridad* al posibilitar la coexistencia de valores y principios en el sistema jurídico, y al mismo tiempo, por otra parte, evitar que la Constitución se haga *incompatible* con la base material *pluralista* de nuestras sociedades democráticas. Para conseguir estos fines es necesario que tales valores y principios jurídicos se legislen con carácter “no absoluto” a fin de hacerlos “compatibles con aquellos otros con los que debe convivir”.⁴⁹ De lo contrario, de concebirlos en términos herméticos:

Los principios se convertirían rápidamente en enemigos unos de otros, y al final uno se erigiría en soberano sobre los demás y sólo perseguiría desarrollos consecuentes con él. [Pero] En las Constituciones pluralistas no cabe, sin embargo, que esto sea así. Por eso, los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos.⁵⁰

Esta consideración no absoluta que deben tener los principios del derecho en el Estado constitucional lleva a Zagrebelsky a afirmar que los sistemas jurídicos se definen hoy, frente a la homogeneidad de otros tiempos, por su “ductilidad”.

Humanos “Bartolomé de las Casas”-Boletín Oficial del Estado, núm. 11, enero-diciembre de 2002, pp. 223-250, sobre la indeterminación del derecho constitucional. Reeditado en *Revista de Derecho Foro*, Quito, Ecuador, Universidad Andina “Simón Bolívar”, Corporación Editora Nacional, núm. 2, segundo semestre de 2003/primer semestre de 2004, pp. 127-155.

⁴⁹ Zagrebelsky, G., *op. cit.*, 2002, p. 14, y añade pp. 14 y 15: “solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia”.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 125.

3. *La concepción absoluta de la certeza del derecho no es un objetivo realista ni deseable en los sistemas jurídicos actuales*

La *ductilidad* del derecho es la característica o sello que asume el derecho cuando es redactado legislativamente en un lenguaje *vago*, a fin de hacer posible el valor del *pluralismo* que singulariza a las sociedades democráticas. Según Zagrebelsky, de esto se deduce que “no resulta muy difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista”.⁵¹ En este sentido, “los términos a los que hay que asociar la ductilidad del derecho son la *coexistencia* y el *compromiso*”. La ductilidad es así definida como una característica asociada al ámbito de la construcción “abierta” y “pactada” del proceso legislativo:⁵² “[pues] si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos”. El carácter “pluralista” y no unívoco de la sociedad actual y de la sociedad parcial que es la comunidad de juristas es lo que actúa como “causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho”, que no se deben, por tanto, “a una mala disposición mental de los juristas sino al agotamiento de un cuadro de principios de sentido y de valor compartidos por la generalidad”; de modo que al faltar un único y seguro ‘horizonte de expectativa’ en orden a los resultados de las operaciones de interpretación, las soluciones de la jurisprudencia terminarán siendo también plurales” y acabarán por fragmentarse. En todo caso, para el autor italiano, reconocer el pluralismo “no significa reducir la determinación del derecho a una retórica”.⁵³

Él rechaza la “aspiración positivista de una aplicación exacta de la ley, es decir no alterada por influencias de ningún género”,⁵⁴ así como su aplicación *automática* en base al criterio del significado *literal* de las palabras y a la búsqueda de la intención del legislador. Y aunque los que persiguen acrecentar la certeza del derecho recurren —afirma—

⁵¹ *Idem.*

⁵² La actividad política se expresa mediante una pugna por la afirmación hegemónica de proyectos particulares, formulados como *universales* y *exclusivos*. La vaguedad legislativa producto del “compromiso” es el instrumento que los relativiza y los hace compatibles con la pluralidad.

⁵³ Zagrebelsky, G., *op. cit.*, pp. 15, 16 y 123.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 149.

“a la letra de la ley” (frente a su evolución) y utilizan el más seguro e incontestable de todos los criterios de interpretación: el literal, sin embargo, cuando existen “distintos contextos de sentido y de valor, ni siquiera la letra [de la ley] es una garantía de certeza. Y la mera exégesis de los textos resulta al final la más abierta de todas las interpretaciones”.⁵⁵ Según Marina Gascón, “con el modelo de la equidad [que contiene la doctrina *Il Diritto Mitte*] se opera [sin embargo] una sustitución de la certeza (que asume la eventual injusticia en el caso concreto) por la justicia (que asume la posible falta de certeza), como principal valor a garantizar”.⁵⁶

Ahora bien, aunque el lenguaje legislativo se impregne a veces de cierta imprecisión a causa de tener que contener el pluralismo social, y esto “comporta efectos negativos para la certeza del derecho, hay que tener claro que éstos no son una anomalía, sino la consecuencia de los sistemas jurídicos actuales”. Lo que le lleva a reconocer una cierta (parcial) *indeterminación* en el derecho contemporáneo,⁵⁷ dado que “la fijeza, que es un aspecto de la certeza, ya no es, por tanto, una característica de los actuales sistemas jurídicos y el déficit de certeza que de ello se deriva” no puede remediarse con ninguna teoría de la interpretación. Y “no sólo es dudoso —afirma el italiano— que la certeza, como fijeza del ordenamiento en todas sus partes, puede ser hoy un objetivo realista. También es dudoso que sea deseable”.⁵⁸

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 145 y 146.

⁵⁶ Gascón Abellán, M., “Presentación: la concepción del derecho en *El derecho dúctil*”, *Anuario de Filosofía...*, *cit.*, p. 36.

⁵⁷ Gascón Abellán, M., *op. cit.*, pp. 35 y 36: “El paso del modelo judicial de ‘búsqueda de la verdad’, característico del ‘derecho por reglas’, al modelo judicial de ‘búsqueda de la equidad’, propio del ‘derecho por principios’, comporta consecuencias muy poco tranquilizadoras por lo que se refiere a la certeza y previsibilidad de las decisiones judiciales, valores en otro tiempo considerados irrenunciables”.

⁵⁸ Zagrebelsky, G., *op. cit.*, pp. 146 y 147. Así, por una parte, este ideal *no* resulta *posible* porque los principios que contienen valores y fueron incorporados por el constitucionalismo “consisten fundamentalmente en nociones de contenido variable”, cuya función es esencialmente “dinámica”, por lo que ha supuesto introducir en el sistema jurídico una fuerza permanente orientada al cambio que juega en contra de la fijeza de significados de las normas y de su certeza. Como dice P. Comanducci, “no creo que... promulgar o configurar principios sean actividades que persiguen directamente... el valor de la seguridad jurídica. Estas actividades persiguen en mi opinión, otros objetivos, quizás igualmente o más valiosos: como la adecuación del derecho a los cambios sociales, la toma de decisiones al por mayor, el proporcionar pautas genera-

IV. CERTEZA DEL DERECHO Y DOCTRINA *VAGUENESS*
 IN *LAW* DE T. ENDICOTT

También la doctrina *Vagueness in Law* de T. Endicott fundamenta, pero quizás de una forma más radical que las anteriores, la imposibilidad de alcanzar la certeza plena en el derecho. El punto de partida de la doctrina *Vagueness in Law* es una “tesis lingüística” sobre el derecho. Pero también contiene una “tesis parcial sobre la indeterminación” jurídica basada en la vaguedad del lenguaje legislativo, que además tendría incidencia en la descripción de las características que *definen y conceptúan* al derecho. Observemos la consideración crítica que lleva a cabo esta doctrina.

1. *La doctrina Vagueness in Law incluye una “tesis lingüística”*

El concepto de *vaguedad* en el lenguaje y en el derecho (en el lenguaje del derecho) supone en sí una tesis lingüística en la argumentación del profesor de Oxford.⁵⁹ Él atribuye dos características a las palabras que son *vagas*. La primera característica hace referencia a las “dudas” y el “desacuerdo” que surgen cuando ellas se aplican.⁶⁰ En el derecho, esta característica es la principal responsable de la existencia de los casos *marginales* (*borderline cases*). La segunda característica

les a los órganos inferiores, el establecer objetivos de reforma social”. *Id.*, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Universidad de Alicante, núm. 21-II, 1998, p. 104. Y, por otra parte, dicho ideal *tampoco* resulta *deseable*, pues de ser la certeza el ideal de aspiración de la legislación, “la certeza descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incesante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de las salas de los tribunales y de los estudios de los juristas”. Zagrebelsky, G., *op. cit.*, pp. 146 y 147.

⁵⁹ Endicott, E., “Law and Language”, en Coleman, J. y Shairo, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, especialmente pp. 955-960, acerca de las relaciones entre la vaguedad y el derecho.

⁶⁰ Endicott, E., *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Véase Endicott, T., *La vaguedad en el derecho*, trad. de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2006, p. 21: “Las controversias producto de la tesis de la indeterminación se han centrado en uno de los dos rasgos característicos de la vaguedad: el hecho de que en algunos casos (los casos marginales) surjan dudas y desacuerdos a causa de la aplicación de expresiones vagas”.

es el “principio de tolerancia”, que nos viene a decir que las palabras vagas, precisamente porque al ser vagas ni tienen ni pueden tener límites definidos en su aplicación, parecen tolerar diferencias que son insignificantes,⁶¹ pero que si se repiten de forma acumulativa generan resultados paradójicos y discrecionales (la *paradoja de sorites*).⁶² Así puede ocurrir en los supuestos en los que la frontera entre un *clear case* y un *borderline case* es minúscula (*higher-order vagueness*).⁶³ En todo caso, Endicott entiende la vaguedad no sólo como tesis lingüística sobre el derecho sino que la extiende a los recursos no-lingüísticos del mismo,⁶⁴ para acabar afirmando que la vaguedad es un rasgo “necesario” del derecho.⁶⁵

2. La doctrina *Vagueness in Law* incluye asimismo una “tesis sobre la indeterminación del derecho”

Frente a la concepción *absoluta* de la certeza como valor del derecho, la doctrina *Vagueness in Law* incluye también una tesis *parcial* de

⁶¹ Endicott, E., *La vaguedad...*, *cit.*, p. 68: “El signo distintivo de la vaguedad es la susceptibilidad manifiesta de una expresión al ‘principio de tolerancia’: el principio, según el cual, el cambio mínimo de un objeto en un aspecto relevante para la aplicación de la expresión no puede hacer la diferencia entre la aplicación de la expresión y su no aplicación”.

⁶² *Ibidem*, pp. 129-156, en donde se pregunta “¿es posible disolver la paradoja de sorites?”.

⁶³ *Ibidem*, pp. 135-138.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 247. “Sin embargo, pienso que hay razones generales para concluir que los recursos del derecho no erradican 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”.

⁶⁵ Endicott, E., “Law is Necessarily Vague”, *Legal Theory*, Oxford, núm. 7, 2001, p. 379: “In fact, law is necessarily *very* vague”. Véase Endicott, T., “El derecho es necesariamente vago”, trad. de J. Alberto del Real Alcalá, *Derechos y Libertades*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Boletín Oficial del Estado, núm. 12, enero-diciembre de 2003, p. 179: “En realidad, el derecho es necesariamente *muy* vago”. Asimismo, Endicott, E., *La vaguedad...*, *cit.*, p. 73: “Waismann no trató de definir la vaguedad ni habló sobre la textura abierta. Waismann sí dijo que la textura abierta debería ser diferenciada de la vaguedad, sosteniendo que era ‘algo así como la *posibilidad de vaguedad*’. Los filósofos del derecho, siguiendo a Hart, se han aferrado a la distinción de Waismann e intentan extraer algo de la misma”.

indeterminación jurídica, a la que Endicott, a partir de la metáfora hartiana del núcleo de certeza y de la zona de penumbra, le atribuye incluso cierta entidad *conceptual* como rasgo *definitorio* y *necesario* del derecho. En su opinión, el derecho es indeterminado cuando una cuestión del derecho, o de cómo el derecho se aplica a los hechos, no tiene una “única” respuesta *correcta*; sólo entonces hay *indeterminación jurídica*.⁶⁶ Para que exista indeterminación en el derecho, pues, tiene que haberse generado un caso marginal (*borderline case*) que al final —si es que lo resulta— sea definitivamente indeterminado.⁶⁷

El autor anglosajón considera que los *borderline cases* tienen como causa relevante la vaguedad del lenguaje en el que se formulan las reglas del derecho, pero también la vaguedad de los recursos propios del derecho. Un *borderline case* produce finalmente *indeterminación* en el derecho cuando ni de las reglas del derecho ni de los recursos del mismo —que considera habitualmente vagos— es posible deducir una respuesta de clara aplicabilidad de la regla o de clara inaplicabilidad. La *vaguedad* es, por tanto, la fuente principal que genera *borderline cases* susceptibles de derivar en *indeterminación* jurídica. La cual, eso sí, estima que se produce *sólo* en algunos casos, *no* en *todos* los casos.⁶⁸ No se trata, por consiguiente, de una posición escéptica o radical que, en opinión de T. Endicott, se refutan por sí solas (porque ellas vienen a afirmar que “ninguna expresión significa nada, incluyendo a ésta misma”).⁶⁹

⁶⁶ Endicott, E., *La vaguedad...*, *cit.*, p. 34: “Los teóricos del derecho dicen que el derecho es indeterminado cuando una cuestión de derecho, o de cómo el derecho se aplica a los hechos, no tiene una única respuesta correcta. Denominaré a tal indeterminación ‘indeterminación jurídica’”.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 35: “Hay indeterminación (si es que finalmente la hay) sólo en los casos marginales”.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 62-97, sobre las fuentes de la indeterminación.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 35-36: “Tampoco se hará ningún esfuerzo para refutar una tesis radical de indeterminación: dado que ellas se refutan por sí mismas, ya que lo único que vienen a decir es que ‘Ningún enunciado significa nada incluyendo éste’. Mi propósito es señalar algunos elementos característicos que se encuentran detrás de la interesante conclusión de que, a pesar de las apariencias, nadie realmente sostiene una tesis radical de indeterminación”.

3. *La doctrina Vagueness in Law incluye una “tesis conceptual” sobre las características del derecho*

Para Endicott la vaguedad pertenece a las mismas características del derecho y por eso es *ineliminable* del mismo, de igual modo que no puede excluirse del lenguaje general. Y no se trata de un rasgo del derecho de carácter puramente lingüístico, es decir, que incide únicamente en el lenguaje en el que éste se escribe. Como se ha mencionado, es una característica *necesaria* del derecho a causa de que los recursos no-lingüísticos del mismo son también habitualmente vagos. En opinión del profesor de Oxford, un sistema jurídico necesariamente produce una gama significativa de *borderline cases* —casos en los que la aplicación de los estándares del derecho son objeto de duda y de discrepancia—. Ahí puede parecer que la vaguedad es una característica sólo *contingente* del derecho y que podría evitarse a través de una legislación más precisa o de la interpretación.⁷⁰ Y que sería deseable formular leyes de manera precisa porque las leyes precisas nos aproximan más al ideal del *rule of law*. Sin embargo, él no acepta esta posición. Estima que la certeza absoluta de las reglas jurídicas *no siempre* debe ser objetivo de la legislación ni del legislador, y que la vaguedad y las indeterminaciones resultantes en el derecho son *significativas* para la teoría jurídica y para la comprensión del derecho, y deben ser tenidas en cuenta a la hora de ofrecer una mejor descripción del mismo. Lo cual le lleva a afirmar que el derecho es “necesariamente vago” a causa de tres razones principales.

En primer lugar, la *precisión* del derecho no es necesariamente *deseable*. Hay que tener en cuenta que los legisladores utilizan leyes vagas porque no buscan siempre una regulación precisa. El derecho es vago porque la precisión no siempre es útil para la regulación de la vida de las comunidades, y los legisladores conocen esta circunstancia.⁷¹ En segundo lugar, las formulaciones *precisas* no siempre hacen precisas a las leyes. Ocurre que las leyes formuladas en un lenguaje preciso no siempre van a resultar en el momento de su aplicación e interpretación leyes precisas. La causa son las técnicas interpretativas y las facultades de equidad de los operadores jurídicos, que posibili-

⁷⁰ Endicott, T., “El derecho es necesariamente...”, *cit.*, p. 180.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 180-182.

tan dar un efecto *vago* a formulaciones que, sin embargo, son legislativamente precisas.⁷² Y, por último, en tercer lugar, las funciones del derecho requieren *estándares vagos* dado que cualquier sistema jurídico necesita regular de un modo *general* una gran *variedad* de actividad humana. Y eso sólo puede hacerse a través de estándares *abstractos*, los cuales son necesariamente *vagos*. El derecho, pues, debe realizar funciones que sólo pueden ser llevadas a cabo a través de estos estándares *vagos* y *abstractos*.⁷³

V. CONCLUSIÓN

Tres conclusiones sobre el argumento de la imposibilidad de la certeza plena en el derecho esgrimido por las doctrinas contemporáneas *Open Texture of Law*, *Il Diritto Mitte* y *Vagueness in Law*. En primer lugar, constatar que la crítica que llevan a cabo estas teorías a la concepción *rígida* y *absoluta* de la certeza como valor del derecho se ubica en el “ámbito de la legislación”, aunque sus consecuencias se despliegan mayormente en el campo de la *adjudicación*. Eso sí, estas teorías no realizan una crítica radical sino relativa, que hace posible —en la descripción que ofrecen del derecho— la *convivencia conceptual* entre normas *precisas* (donde juega el ideal de certeza plena) y normas *imprecisas* o *abiertas* o *dúctiles* o *vagas* (donde aquel ideal no es susceptible de ser realizado en un sentido pleno).

En segundo lugar, en mayor o menor medida, directa o indirectamente, estas doctrinas contemporáneas contienen una “tesis lingüística” sobre el derecho. Y en esa medida, tienen como causa a la *vaguedad* y ambigüedad del lenguaje legislativo. En mi opinión, la doctrina *Open Texture* y asimismo la doctrina *Vagueness in Law* conforman nítidamente una tesis lingüística sobre lo jurídico. Habría que ver si *Il Diritto Mitte* también lo es. Aquí habría que dilucidar si la *mittezza* o *ductilidad* es el resultado de la práctica de una *técnica jurídica* o la consecuencia de asumir algún punto de vista sobre el lenguaje normativo. A mi entender, es ambas cosas a la vez, pues Zagrebelsky define

⁷² *Ibidem*, pp. 182-184.

⁷³ *Ibidem*, pp. 184-188 y 189.

al derecho en razón de *cómo funciona* en la práctica real. Y en la praxis jurídica lo tiene en cuenta a partir de cómo se redacta hoy el lenguaje legislativo —sobre todo el constitucional—, derivando desde estas premisas la conclusión de que el derecho funciona *con* ductilidad. Por tanto, en más o menos consideración, directa o indirectamente, la crítica que desarrollan las tres doctrinas examinadas a la certeza jurídica como valor absoluto incluiría *al menos* una tesis sobre el *lenguaje* en el que se escribe el derecho (tesis lingüística”).

En tercer lugar y finalmente, la crítica a la certeza jurídica que aquí hemos traído a colación, ¿contamina al concepto de *derecho* mismo (“tesis conceptual”) o únicamente refleja un dato *contingente* de la realidad jurídica *sin incidencia* en la descripción de sus rasgos definitorios —reduciéndose aquella crítica sólo a la *mera* tesis lingüística anterior—? Según hemos observado a lo largo de estas páginas, Hart nos muestra que la noción de “textura abierta” “es” una característica de las reglas, a partir de la cual lleva a cabo una descripción *más* satisfactoria de la realidad jurídica. Por su parte, Endicott da razones para afirmar que el derecho “es” *necesariamente* vago. Y Zagrebelsky acaba justificando que el derecho “es” *Mitte*. Visto lo cual, parecería un sin sentido negar que estas alegaciones críticas constituyen en sí una tesis acerca de los *límites* de certeza en el derecho, cuya incidencia en la descripción de los rasgos definitorios *actuales* que lo conceptúan es *significativa*. Esto quiere decir que dichas críticas contagian el “ser del derecho” de *nuestro tiempo* a partir del “argumento de la imposibilidad” de la *certeza plena* que pueden fundamentar sólidamente las doctrinas de la *textura abierta*, la *ductilidad* y la *vaguedad* jurídicas. En todo caso, se trata de un postulado que cobra su mayor sentido al servicio del objetivo que persiguen las anteriores teorías jurídicas: proporcionar la *mejor* descripción del derecho, que ya no es posible obtener desde el hermetismo y homogeneidad de antaño.