

## CAPÍTULO CUARTO

### LENGUAJE Y LEY PENAL

#### I. PRESENTACIÓN DE LA CUESTIÓN

Nuestro propósito en este capítulo será abordar la relación entre derecho (entiéndase, disposiciones jurídicas) y lenguaje. A partir de H. L. A. Hart,<sup>158</sup> la ciencia jurídica contemporánea ha insistido en que ciertos problemas recurrentes en el derecho no son más que instancias de problemas lingüísticos genéricos, lo que se ha traducido en un creciente interés de juristas y iusfilósofos por cuestiones de filosofía del lenguaje.<sup>159</sup>

Aunque se trata de un tópico sumamente explorado por la teoría del derecho, su estudio en esta sede se justifica, por la escasa atención que, con alguna notable excepción, ha recibido en el campo del derecho penal y en el de las garantías de la legalidad penal, en particular. Este capítulo es, en ese sentido, *instrumental* para entender el discurso sobre la *lex certa* —específicamente, del mandato de determinación, cuyo estudio nos ocupa— desde una perspectiva analítica. Por tal razón, quien se encuentre familiarizado con la teoría jurídica contemporánea encontrará triviales la mayoría de las reflexiones que conforman este apartado; en todo caso, reiteramos que no ha sido nuestro propósito profundizar en los temas propios de ese ámbito, sino proyectarlos al tema objeto de nuestro trabajo.

<sup>158</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, Oxford University Press, 1961.

<sup>159</sup> Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, prólogo de Julio E. S. Virgolini y Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 43.

La aproximación analítica para este caso resulta, nos parece, sencillamente obligada. Si hay un tema que no puede ignorar la relación existente entre disposiciones jurídicas y lenguaje es el de la certeza de la ley punitiva; bien visto, es éste el supuesto constitucional de mayor concernencia en el asunto, si consideramos que la *ratio* del mandato de determinación es que las leyes de contenido sancionador sean redactadas usando un lenguaje claro, preciso y comprensible, que permita a sus destinatarios discernir cuáles son las conductas prohibidas y cuáles quedan exentas de esa calificación.

Atendiendo a la teorización de Luigi Ferrajoli (sobre la que volveremos *infra*) este mandato —que él denomina “principio de estricta legalidad penal”— puede ser caracterizado como

...una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal* que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible predicar su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades o características esenciales* idóneas para determinar su *campo de denotación* (o de aplicación) de manera *exhaustiva*, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera *exclusiva*, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.<sup>160</sup>

Aúñese a lo anterior la razón de orden general que deriva de la existencia de una dependencia congénita entre el derecho y el

<sup>160</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 18, p. 121.

lenguaje, lo que torna más que razonable que quien haya de estudiar el fenómeno normativo en cualquiera de sus expresiones deba informarse de las características y las funciones lingüísticas, para precaver las consecuencias que necesariamente importa el que las disposiciones jurídicas —y los discursos que se refieren a ellas— se expresen por medio del lenguaje.

A pesar de su obviedad y sencillez, no siempre se repara lo suficiente en este hecho elemental, en lo cual no pocas veces se suele encontrar el origen de alambicadas discusiones que, cuando son vistas con cuidado, terminan revelándose como puras disputas terminológicas y desacuerdos de palabras. Lo dicho nos lleva a recuperar como válida para nosotros la observación hecha en el terreno de la filosofía en el sentido de que “los aspectos de las cosas más importantes suelen estar ocultos por su simplicidad y cotidianeidad”,<sup>161</sup> y que no son pocos los problemas que se suscitan cuando el lenguaje “sale de vacaciones”.<sup>162</sup>

Servirse del lenguaje es, en todo caso, una necesidad inherente para lograr la comunicación del mensaje normativo, esto es, guiar la conducta de las personas prohibiendo u ordenando; para que los sujetos normativos puedan ajustar su comportamiento a la conducta constitutiva del deber jurídico, es preciso que exista la posibilidad de captar el significado cognoscitivo de las formulaciones lingüísticas a través de las cuales son expresadas las normas jurídicas.<sup>163</sup> Como correctamente señala Alonso:

...la legislación es un acto comunicativo que posee las características básicas de cualquier otro acto lingüístico, características que permiten la satisfacción de ciertas necesidades comunicativas de

<sup>161</sup> Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. de A. Rossi, México, UNAM, 1967, p. 35.

<sup>162</sup> Carrió, Genaro, R. y Rabossi, Eduardo, “La filosofía de John L. Austin”, nota preliminar a la versión castellana de *How to Do Things with Words (Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*, trad. de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Buenos Aires, Paidós, 1971, p. 11).

<sup>163</sup> Gómez, Astrid y Bruera, Olga María, *Análisis del lenguaje jurídico*, Universidad de Belgrano, 2000, p. 80.

la legislación: las normas se dictan con el propósito de que determinadas personas se comporten de determinada manera, y un presupuesto básico de este propósito es que los destinatarios comprendan qué es lo que de ellos se desea; de allí que los legisladores dicten las normas en el lenguaje natural (idioma) compartido por los destinatarios de las mismas.<sup>164</sup>

Concebir a la legislación bajo la anterior tesitura implica que puede ser analizada bajo un perfil semiótico,<sup>165</sup> aproximación que, en palabras de Claudio Luzzati, se justifica debido a que

El lenguaje jurídico a menudo soporta el peso de responsabilidades que no son suyas. Algunos le atribuyen un rigor que no tiene. Otros no le reconocen el rigor que tiene. Los primeros le hacen cargar con la responsabilidad de las decisiones discrecionales de los intérpretes, asegurando erróneamente que cada problema jurídico admite una única solución lingüísticamente y lógicamente necesaria. Los segundos niegan la existencia de vínculos y de compromisos aun en aquellos casos en los cuales las normas estarían en grado de guiar los comportamientos humanos con una relativa seguridad, añadiendo a una pretendida incertidumbre generalizada del lenguaje normativo la responsabilidad de la *propia* decisión de ignorar los usos lingüísticos consolidados.<sup>166</sup>

## II. EL ESTUDIO DEL DERECHO COMO LENGUAJE

Los estudios de lenguaje y derecho tienen una larga tradición que, modernamente, se nutre de trabajos de Wittgenstein<sup>167</sup> y

<sup>164</sup> Alonso, Juan Pablo, *op. cit.*, nota 159, p. 43.

<sup>165</sup> Luzatti, Claudio, "Teoria del diritto e 'scienza della legislazione'", *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi* (a cura di Paolo di Lucia), Milán, Giuffrè, 1995, pp. 87 y ss.; también en Luzatti, Claudio, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 563 y ss.

<sup>166</sup> Luzzati, Claudio, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milán, Giuffrè, 1990, p. XI.

<sup>167</sup> Ludwig Wittgenstein, el enigmático filósofo de vida novelesca, fue, sin lugar a dudas, uno de los pensadores más influyentes del siglo pasado. Se sue-

Austin,<sup>168</sup> a partir de los cuales la afirmación de la naturaleza lingüística del derecho se convirtió en un lugar común de la especulación jurídica y filosófica.<sup>169</sup> Esta centralidad del lenguaje en la reflexión contemporánea, caracterizada en la filosofía como el “giro lingüístico”,<sup>170</sup> encontró una amplia resonancia en el ámbito jurídico.

Por razones que resultan obvias, el nuestro ha sido campo fértil para este giro, pues como ha escrito Vernengo:

Que el derecho, entendido como las pautas obligatorias impuestas por las autoridades políticas, como un conjunto de normas, estuviera estrechamente relacionado con algún lenguaje era cosa admitida y obvia. Al fin y al cabo, al contar todos los Estados modernos con un derecho escrito, y no ya con la vaga referencia a un derecho natural o positivo en el que sólo podía creerse por un acto de fe o por una supuesta actividad de la razón, o una costumbre inasible representada quizás en los folios de antiguas decisiones, exigían que se atendiera a los aspectos lingüísticos de los textos legales. De alguna manera, el derecho se encarnaba en esos textos y, por consiguiente, en cuanto datos primariamente lingüísticos correspondía atender a los aspectos característicamente lingüísticos.<sup>171</sup>

le hablar de un primer y de un segundo Wittgenstein, aludiendo con ello a la diferencia diametral existente entre sus posturas primigenias, plasmadas en el *Tractatus logico-philosophicus*, y las de su obra de publicación póstuma *Investigaciones filosóficas*; ambas se tienen como puntos de partida de dos distintos enfoques sobre el lenguaje y el mundo.

<sup>168</sup> Carrió, Genaro R. y Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, nota 162.

<sup>169</sup> En el mundo clásico, especialmente entre los griegos, las cuestiones lingüísticas tuvieron un lugar destacado, siendo paradigmático en este sentido el *Cratilo* en los *Diálogos* de Platón. Un panorama de ello puede verse en Laclau, Martín, “Aproximaciones filosóficas al lenguaje”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 14, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 9-24.

<sup>170</sup> La caracterización pertenece a Rorty, Richard, *El giro lingüístico. Dificultades metafilosóficas de la filosofía lingüística*, trad. de Gabriel Bello, Barcelona, Paidós, 1990.

<sup>171</sup> Vernengo, Roberto J., “El discurso del derecho y el lenguaje normativo”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 14, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 159.

### III. LENGUAJE NATURAL Y LENGUAJE JURÍDICO

Recojo las afirmaciones siguientes, todas extraídas de importantes autores de teoría jurídica: “Todo derecho... tiene por condición de existencia la de ser formulado en un lenguaje, impuesta por el postulado de la alteridad”.<sup>172</sup> “La ley, en nuestros derechos escritos, es ante todo un conjunto de enunciados formulados en algún lenguaje natural”.<sup>173</sup> “El jurista no puede evitar las cuestiones semánticas: las operaciones relacionadas por el jurista atañen al lenguaje, y a cada paso él debe determinar y forjar significados, reconocer, construir o reconstruir relaciones semánticas, sintácticas y pragmáticas”.<sup>174</sup> “El lenguaje del Derecho y el de la ciencia del derecho es un lenguaje natural tecnificado”.<sup>175</sup> “Toda interpretación del derecho legislado comienza con un texto, esto es, una fórmula lingüística escrita”.<sup>176</sup>

<sup>172</sup> Capella, Juan-Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 28.

<sup>173</sup> Vernengo, Roberto J., *op. cit.*, nota 171, p. 159.

<sup>174</sup> Scarpelli, Uberto, voz “Semantica giuridica”, *Novissimo Digesto Italiano*, 1969, t. XVI, p. 64, citado por Iturrealde Sesma, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 29.

<sup>175</sup> Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, México, Fontamara, 2003, p. 19.

<sup>176</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 108. También podemos citar a Carrió, Genaro R., “El lenguaje del derecho, esto es, el de las normas o reglas jurídicas, es lenguaje natural... Como el derecho es una técnica de control social cuyas reglas se usan para dirigir u orientar acciones humanas concretas, sus reglas *tienen* que estar formuladas en lenguaje natural o ser definibles en palabras pertenecientes a este último” (*Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 135); Gómez, Astrid y Bruera, Olga María, “Las expresiones normativas (Constitución, leyes, sentencias judiciales, etcétera) constitutivas del orden jurídico están formuladas en términos provenientes del lenguaje natural” (*Análisis del lenguaje jurídico*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 2000, p. 79); Tarello, Giovanni, “Las reglas normativas deliberadas, esto es, puestas e impuestas por alguno, son, precisamente, positivas: derecho positivo (*ius positivum*) es, también, etimológicamente, el derecho que es puesto o impuesto...”

De las opiniones transcritas se obtiene una coincidencia: que el lenguaje jurídico tiene como insumo al lenguaje natural, esto es, al mismo lenguaje que las personas usamos ordinariamente, escrita u oralmente, para comunicarnos. El español, el inglés, el francés, etcétera, son todos ellos lenguajes naturales, emplean el lenguaje jurídico y, por necesaria consecuencia, el lenguaje natural, los legisladores en la creación de las normas jurídicas; de la misma manera, los juristas nos valemos de él para “explicar” el derecho legislado, y no otra cosa hacen los jueces al momento de aplicarlo a la resolución de casos concretos.

El lenguaje jurídico tiene, sin embargo, un grado de artificialidad que no lo hace completamente asimilable al lenguaje común. Todos sabemos que existe una jerga compuesta de innumerables términos que usan predominantemente quienes se ocupan del derecho en cualquiera de sus manifestaciones.<sup>177</sup> Muchos de estos

La posición de reglas deliberadas no puede acontecer si no es mediante mensajes lingüísticos aptos para llegar a aquellos a quienes están dirigidos” (*Cultura política y política del derecho*, trad. de Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 141-144); Nino, Carlos Santiago, “Los jueces, en los estados modernos, enfrentan generalmente normas promulgadas a través de un lenguaje y, en la inmensa mayoría de los casos, de un lenguaje escrito... Los legisladores utilizan un lenguaje natural, como el castellano, hablado por sus súbditos, ya que generalmente están interesados en comunicar sus directivas en la forma más eficaz posible, lo cual obviamente no conseguirían si emplearan un idioma extranjero o un lenguaje privado... La formulación de las normas utilizando un lenguaje corriente hace que la expresión de la intención del legislador se encuentre limitada por los defectos que presentan los lenguajes naturales” (*Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 246 y 247); Hassemer, Winfried, “Leyes, concretización de las leyes en la jurisprudencia y la Dogmática jurídica, e interpretación y aplicación de sus textos en las sentencias judiciales y en la crítica sobre estas decisiones: todo ello es lenguaje” (“¿Palabras justas para un derecho justo? Sobre la interdicción de la analogía en el derecho penal”, trad. de José Zafra, en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos*, Pamplona, núm. 35, 1996, p. 143).

<sup>177</sup> Esta característica ha merecido la crítica jocunda pero certera de las letras universales; al respecto, Jonathan Swift en los *Viajes de Gulliver* (parte cuarta, capítulo V), hablando de los juristas, ha escrito que: “...esta sociedad cuenta con una jerezonga o jerga particular que ningún otro particular puede entender

términos han sido creados por la ciencia jurídica y carecen de cualquier sentido en áreas ajenas a dicho ámbito. En virtud de esta constatación, Iturralde Sesma califica al lenguaje jurídico como un lenguaje especial, con la cual dicha autora connota la relación existente entre el lenguaje común y lenguaje legislativo:

Dicha relación podemos formularla señalando que, de un lado, los términos en que se encuentran formulados los textos legales tienen su fundamento, tanto semántico como sintáctico, en el lenguaje común, y, de otro, que aquéllos incluyen una terminología específicamente jurídica, de manera que el lenguaje legislativo va convirtiéndose progresivamente en un lenguaje tecnificado.<sup>178</sup>

En nuestro caso, nos parece más apropiado caracterizar al lenguaje jurídico como “lenguaje natural con términos técnicos”.<sup>179</sup>

Antes de proseguir conviene precaver que la expresión “lenguaje jurídico” es usada en más de un sentido, con significados que no son equivalentes. En un primer sentido de “lenguaje jurídico” se refiere al lenguaje que expresa proposiciones normativas, esto es, a proposiciones tales como las contenidas en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 26 del Código Penal de Sinaloa o cualquier otra disposición jurídica. En un segundo sentido, con “lenguaje jurídico” se refiere al lenguaje que expresa proposiciones jurídicas acerca de las normas jurídicas.<sup>180</sup> Al primer sentido con que se emplea la expresión

y en la que todas sus leyes han sido escritas, y que los abogados se cuidan muy bien en multiplicar”.

<sup>178</sup> Iturralde Sesma, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 31.

<sup>179</sup> Guibourg, Ricardo *et al.*, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Eudeba, 2004, p. 22.

<sup>180</sup> Ferrajoli ha delineado una “semántica de la teoría del derecho” en la que distingue entre dos modelos básicos: el normativismo y el realismo; el primero de ellos asume a las *normas jurídicas* como los “hechos observados” de la teoría del derecho, y el segundo a los *fenómenos jurídicos*, entendiendo por éstos a “los comportamientos de los seres humanos con relación a un determinado sistema de derecho positivo y el modo en que éste concretamente funciona”, vinculados

Wróblewski<sup>181</sup> lo denomina: “lenguaje de la ley”; al segundo, “lenguaje de los juristas” (abogados, doctrina, jueces, etcétera).

Ferrajoli, de manera similar, reserva la expresión “lenguaje jurídico” únicamente para denotar lo que los operadores jurídicos dicen acerca de las normas jurídicas, y emplea la de “lenguaje normativo o legislativo” para el que expresa las proposiciones normativas propiamente tales; este último constituye el lenguaje objeto del primero.

#### IV. LAS FUNCIONES O USOS DEL LENGUAJE

El lenguaje posee una gran riqueza significativa, y no sólo transmite descripciones, sino también emociones, órdenes u otros mensajes.<sup>182</sup> El “segundo Wittgenstein” puso de relieve esta particularidad al negar la posibilidad de un lenguaje unívoco y acabado, como él mismo lo había preconizado en el *Tractatus logico-philosophicus*, y señalar la existencia de innumerables géneros diferentes de empleo de los “signos”, “palabras” y “oraciones”.

Entre las posibilidades lingüísticas enunciadas por Wittgenstein están el dar órdenes, describir un objeto por su apariencia o sus medidas, informar sobre un suceso, especular acerca de un suceso, elaborar y poner a prueba una hipótesis, presentar los resultados de un suceso mediante tablas y diagramas, construir una teoría, actuar en teatro, cantar a coro, adivinar acertijos, hacer una broma y contarla, resolver un problema de aritmética prácti-

a dos tipos de verdad (factual y jurídica) y a la distinción entre “lenguaje factual” (que expresa proposiciones que refieren hechos), “lenguaje jurídico” (que expresa proposiciones jurídicas acerca de las normas jurídicas) y “lenguaje normativo o legislativo” (que expresa proposiciones normativas), donde el último constituye el lenguaje objeto del segundo, y éste, a su vez, lo constituye respecto del primero. Véase Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, trad. de José Juan Moreso *et al.*, México, Fontamara, 2004, pp. 17 y ss.

<sup>181</sup> La cita de Wróblewski y la idea de ubicar nuestro interés en el rubro del “lenguaje de la ley” provienen de Iturralde Sesma, Victoria, *op. cit.*, nota 178, pp. 30 y 31.

<sup>182</sup> Guibourg, Ricardo *et al.*, *op. cit.*, nota 179, p. 21.

ca, traducir de un lenguaje a otro, suplicar, agradecer, maldecir, saludar, rezar.<sup>183</sup>

Los lógicos y filósofos del lenguaje dividen las funciones o usos del lenguaje en tres categorías generales:<sup>184</sup> descriptiva o informativa, expresiva o emotiva, y prescriptiva o directiva.

### 1. *Función descriptiva o informativa*

Este uso del lenguaje tiene como objetivo comunicar información acerca de ciertos fenómenos o estados de cosas; dentro de ello se incluyen, por supuesto, las disposiciones jurídicas. Esta función se despliega de manera general a través de aserciones que pueden ser calificadas de verdaderas o falsas. Si digo que el punto de ebullición del agua se alcanza a los 100 grados centígrados, tal afirmación puede ser confirmada o desmentida sometiendo el agua a dicha temperatura; si afirmo que el homicidio agravado por razón del parentesco con el sujeto pasivo se encuentra previsto y sancionado en el artículo 138 del Código Penal para el Estado de Sinaloa, tal aseveración puede ser demostrada o confutada, en función de si efectivamente dicho numeral del Código Penal contempla y sanciona la conducta de referencia. Se trata, como puede advertirse, del uso del lenguaje que prevalece en la ciencia y en cualquier actividad de la vida ordinaria que se proponga explicar hechos.<sup>185</sup>

### 2. *Función expresiva o emotiva*

Con las palabras no solamente referimos descripciones de cosas o fenómenos, sino que a menudo las empleamos para comu-

<sup>183</sup> Copi, Irving M., *Introducción a la lógica*, 4a. ed., trad. de Néstor Alberto Míguez, Buenos Aires, Eudeba, 2005, p. 48.

<sup>184</sup> Seguimos a Copi, Irving M., *op. cit.*, nota 183, pp. 48 y ss., así como a Carrió, Genaro R., *op. cit.*, nota 176, pp. 19 y ss.

<sup>185</sup> Carrió, Genaro R., *op. cit.*, nota 176, p. 19, y Guibourg, Ricardo *et al.*, *op. cit.*, nota 179, pp. 67 y 68.

nicar aspectos y situaciones de nuestra existencia en un plano bastante alejado al de “hacer ciencia” o de “explicar hechos”, incluidos desde luego hechos con relevancia jurídica. En este sentido, empleamos el lenguaje para expresar sentimientos o emociones y exteriorizarlos con alguna finalidad o por puro placer estético. La poesía es el campo de uso por antonomasia de la función expresiva del lenguaje. Las proposiciones que se formulan usando el lenguaje bajo esta función no son susceptibles de ser sometidas a juicios de verdad, sino, a lo sumo, a valoraciones estéticas.

La oración “El árbol seco no cobija, el grillo canta monocorde, la estéril piedra no mana agua”, de *Tierra Baldía* de T. S. Eliot, no pretende formular una proposición acerca de la constitución del árbol, de lo monótono que resulta el canto del insecto ni de las propiedades de la piedra, sino suscitar una emoción, movernos a imaginar una atmósfera o un estado de ánimo; no puede, por ende, ser falsada, sino a lo sumo enjuiciada desde el punto de vista de su pertinencia estética.

Las disposiciones jurídicas, en cambio, no tienen como propósito hacer poesía,<sup>186</sup> ni literatura; no se escriben (en todo caso, no deberían escribirse) para suscitar sentimientos, sino en prosa austera y rigurosa para dirigir la conducta de las personas. Nos cumple dejar solamente anotado, por no ser el propósito de este apartado, que no obstante es posible observar una cierta tendencia del legislador contemporáneo a imprimir una deliberada “emotividad” a las disposiciones legales, lo cual genera graves problemas de individualización y aplicación normativa,<sup>187</sup> pues,

<sup>186</sup> De cualquier forma, no resisto dejar de mencionar que Claudio Magris en un bellissimo trabajo (“Esas leyes necesarias”, *Utopía y desencanto: historias, esperanzas e ilusiones de la modernidad*, trad. de J.A. González Sainz, Barcelona, Anagrama, 2001, p. 139) ha escrito que: “Los antiguos, que lo habían comprendido ya casi todo, sabían que puede haber poesía en legislar; muchos mitos nos dicen que los poetas fundadores fueron también los primeros legisladores”.

<sup>187</sup> Se trata de una característica que suele presentarse en la denominada “legislación simbólica”, cuyo único propósito parece ser reforzar la condena social

como constata J. M. Coetzee, “el lenguaje del derecho, cuando trata de las emociones, es notablemente torpe”.<sup>188</sup>

### 3. *Función prescriptiva o directiva*

El lenguaje cumple una función directiva cuando se usa, ya no con el propósito de dar cuenta de alguna realidad, sino con la finalidad de dirigir u originar ciertos comportamientos. Las disposiciones jurídicas que contienen prohibiciones y mandatos constituyen el uso prescriptivo del lenguaje por antonomasia, y tampoco son susceptibles de ser sometidas a juicios de verdad o falsedad. En palabras de Ferrajoli:

...en el lenguaje jurídico están ausentes los términos como “verdadero” o como “falso”: cuando estos términos comparecen —como por ejemplo cuando se habla de las normas sobre el falso testimonio o sobre el delito de falsedad— figuran de hecho en las normas, y se refieren no a otras normas reformulables en las correspondientes proposiciones del lenguaje jurídico, sino a los hechos de los cuales las normas hablan. Las normas, en otras palabras, no dicen nunca (ni sirven para prescribir) que un enunciado es verdadero, sino como máximo que es obligatorio o no obligatorio decir la verdad.

La disposición del artículo 178 del Código Penal Federal “Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad” puede ser sometida

en torno a algún fenómeno u acontecimiento y transmitir el mensaje de que “se está haciendo algo” en torno del mismo.

<sup>188</sup> Coetzee, J. M., *Contra la censura. Ensayos sobre la pasión por silenciar*, trad. de Ricardo Martínez i Muntada, Barcelona, Debate, 2007, p. 46; un meduloso trabajo acerca del tratamiento de las emociones en el derecho puede verse en Nussbaum, Martha, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, trad. de Gabriel Zudanaisky, Barcelona, Katz, 2006.

a un juicio acerca de su justicia o razonabilidad, de su correspondencia con determinados valores democráticos o de su viabilidad político-criminal, pero carece completamente de sentido preguntarnos acerca de su verdad o su falsedad, todo ello independientemente de que la norma cumpla o no con sus propósitos.

#### 4. *Función operativa o performativa*

John L. Austin fue quien llamó la atención acerca de la existencia de expresiones que por sí mismas operan una transformación de la realidad, lo que equivale a “hacer cosas con palabras”.<sup>189</sup> Esta función del lenguaje tiene especial predicamento en el ámbito jurídico, pues los jueces cuando pronuncian sus sentencias “hacen cosas”. Carrió ilustra este uso aludiendo al caso del testador que otorga testamento ológrafo, y escribe:

Instituyo como heredero universal de mis bienes a “X”, en donde se advierte un empleo del lenguaje distinto a los mencionados previamente, ya que dicha oración no constituye una descripción de lo que el testador está haciendo ni nada por el estilo, sino que al formularla el testador hace algo específico que presupone la existencia de un sistema de reglas vigentes: está instituyendo un heredero.<sup>190</sup>

Que el acto se cumpla o no depende de condiciones establecidas por las reglas en que opera, pero resulta igualmente fuera de lugar preguntarse acerca de la veracidad o la falsedad de la proposición enunciada como tal. De ahí que se rescate la fina ironía de Borges cuando en *El proveedor de iniquidades Monk Eatsman* escribe: “el juez le vaticinó, con toda verdad, diez años de cárcel”.<sup>191</sup>

<sup>189</sup> Carrió, Genaro R. y Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, nota 162.

<sup>190</sup> Carrió, Genaro R., *op. cit.*, nota 176, pp. 20 y 21.

<sup>191</sup> Borges, Jorge Luis, *Historia universal de la infamia*, Madrid, Alianza, p. 17.

## 5. *Usos mixtos*

Las funciones o usos del lenguaje pueden desde luego mezclarse y hasta superponerse. Si bien puede apreciarse cierta correspondencia de las funciones del lenguaje con alguna característica gramatical que le es peculiar, de ello no resulta una relación absolutamente unívoca.

Generalmente, en la función descriptiva nos valemos del modo indicativo, mientras que el modo imperativo resulta especialmente apropiado para la función directiva, y el empleo de signos de admiración es pertinente sobre todo en la función expresiva.<sup>192</sup> El enunciado del verso de T. S. Eliot “El árbol seco no cobija, el grillo canta monocorde, la estéril piedra no mana agua”, al que nos hemos referido antes, a pesar de su redacción en una forma gramatical descriptiva constituye un uso claramente expresivo del lenguaje; la cordial expresión matinal con que saludamos al portero de la oficina preguntándole “¿Cómo está usted?” no es más que un saludo y no la solicitud de un informe médico. Así, la función que cumple el lenguaje en cada caso depende típicamente del *contexto* y de las circunstancias en que el mensaje es proferido.

## V. AMBIGÜEDAD, VAGUEDAD Y TEXTURA ABIERTA

### 1. *Ambigüedad*

Una palabra es ambigua cuando tiene más de un significado, esto es, cuando con ella se nombra a más de una clase de objetos. Los autores suelen atribuir la nota de ambigüedad a una palabra o expresión sólo cuando no se alcanza a saber en cuál de los sentidos, de entre los diversos posibles, se la está usando, por lo que distinguen entre *ambigüedad extracontextual* y *ambigüedad contextual*.<sup>193</sup>

<sup>192</sup> Guibourg, Ricardo *et al.*, *op. cit.*, nota 179, pp. 71 y 72.

<sup>193</sup> Alonso, Juan Pablo, *op. cit.*, nota 159, pp. 49 y 50.

“Título”, “mesa” y “banco” son ejemplos de palabras ambiguas. *Título* puede nombrar a la denominación que un autor ha dado a una obra (“Pedro Páramo” es el *título* de la novela de Juan Rulfo), una dignidad nobiliaria (en los Estados Unidos Mexicanos no se concederán *títulos* de nobleza), al instrumento que habilita para ejercer una profesión (contar con *título* de licenciado en derecho es requisito para ejercer la abogacía), justificación o razón de algo (¿a *título* de qué se presenta usted en mi casa a estas horas de la noche?), al documento jurídico en el que se establece una obligación (el pagaré es un *título* de crédito), entre otras cosas.

El tipo de ambigüedad que poseen las palabras recién referidas se denomina *homonimia* o *polisemia*, y no representa, en general, un problema lingüístico serio, ya que el significado con que son empleadas dentro de una expresión puede discernirse con relativa facilidad acudiendo al contexto de su uso.

Existen otros tipos de ambigüedad con mayores grados de complejidad, debido a que los significados de las palabras aparecen relacionados entre sí. Una de ellas es el que Nino denomina “ambigüedad de proceso-producto”, que se da cuando uno de los significados de la palabra se refiere a una actividad o proceso, y el otro al producto o resultado de esa actividad o proceso.<sup>194</sup> Ejemplos de esta clase de ambigüedad son las palabras “interpretación”, “ciencia”, “investigación” y “pintura”, pues, como indica dicho autor, si alguien dice “me encanta la pintura” puede dudarse de si lo que le gusta es pintar o contemplar cuadros, sin que podamos del solo contexto deducir con cuál de los dos significados ha sido empleada.

El lenguaje figurado es generador de un tipo especial de ambigüedad, que consiste en el uso metafórico de las palabras. La poesía depende completamente de esta forma de usar las palabras. Si pretendiéramos leer el *Romance de la pena negra*<sup>195</sup> de

<sup>194</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 176, p. 261.

<sup>195</sup> “Las piquetas de los gallos  
cavan buscando la aurora,

Federico García Lorca ignorando la clara función emotiva que el poeta granadino imprime a los versos, huelga de despojar el poema de toda sutilidad y belleza, quedaría reducido a un conjunto de proposiciones absurdas, o en todo caso lejanas del sentido con que el autor quiso dotarlas (decir de una señorita que huele “a caballo y a sombra”, no es precisamente un cumplido). Pero en modo alguno es el poético el único campo del lenguaje figurado; cuando se refiere a Margaret Thatcher, la ministra británica de principios de los años ochenta, como la “dama de hierro”, de ninguna manera se pretende significar que su composición física sea de este metal, sino en todo caso un especial rasgo de su carácter, o cuando se dice que un prestigiado académico es una “vaca sagrada”, por cierto que no se le compara con un rumiante.

Las especies de ambigüedad por homonimia, de “proceso-producto” y derivada del uso metafórico de las palabras, pertenecen al género de la *ambigüedad semántica*, ya que involucran la relación entre los signos lingüísticos y su significado. Cuando un enunciado contiene una palabra ambigua dentro de su composición, es susceptible de expresar varias proposiciones, tantas como la ambigüedad de la palabra haga posible, todo ello sin perjuicio de la facilidad o dificultad que entrañe dilucidar el significado con que haya sido usada a partir del contexto.

El uso de palabras ambiguas, por consecuencia necesaria, es fuente de ambigüedad en los enunciados en que se emplean. Sin embargo, no es la única fuente de ambigüedad de las oraciones; puede darse el caso de que un mismo enunciado tenga varios significados a causas de eventuales equivocidades en la conexión *sintáctica* de las palabras que la integran.<sup>196</sup>

cuando por el monte oscuro  
baja Soledad Montoya.  
Cobre amarillo su carne,  
huele a caballo y a sombra.  
Yunques ahumados sus pechos,  
gimen canciones redondas”.

<sup>196</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 176, pp. 262-264.

Hay dos supuestos principales de *ambigüedad sintáctica*: a) el que surge del empleo de las constantes o conectivas lógicas en el lenguaje natural, y b) el proveniente de la construcción gramatical de las oraciones.<sup>197</sup>

La norma jurídica que contiene el tercer párrafo del artículo 32 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es un caso inmejorable para ejemplificar la ambigüedad sintáctica que deriva del empleo de las conectivas lógicas: “Para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos se requiere ser mexicano por nacimiento”.

¿Se requiere la nacionalidad mexicana sólo para pertenecer al activo del ejército en tiempo de paz, o se requiere tanto para pertenecer al ejército como a la armada, en ambos casos en tiempo de paz? ¿La nacionalidad mexicana se requiere “en todo momento” sólo para pertenecer al activo de la fuerza aérea, o también al de la armada? ¿Y en tiempos de guerra, en qué casos se requiere contar con la nacionalidad mexicana? Como puede advertirse, la ambigüedad se produce por el hecho de que la disyunción “o” es susceptible de tener dos sentidos: uno incluyente (*vel*) y otro, excluyente (*aut*), lo cual torna imposible determinar con exactitud la proposición expresada por la norma.

Ross menciona como problemas sintácticos de la interpretación los siguientes supuestos causantes de ambigüedad: a) las frases adjetivales; b) los pronombres demostrativos y relativos; c) las frases de modificación, excepción o condición.<sup>198</sup>

Ejemplos del primer caso son las oraciones “No pueden importarse libros y periódicos *que* contengan ilustraciones indecentes” y “Son ciudadanos los hombres y mujeres mayores de edad *que* tengan un modo honesto de vivir”; en ambos ejemplos nos encontramos ante oraciones susceptibles de expresar más de una

<sup>197</sup> Iturralde Sesma, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico*, cit., nota 178, pp. 36 y 37.

<sup>198</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, nota 172, pp. 119-124.

proposición, según asumamos que los adjetivos se refieren solamente a un antecedente o a ambos.

El tipo de enunciados como el que contempla el artículo 150 del Código Penal para el Estado de Sinaloa: “Son punibles el homicidio y las lesiones causadas culposamente, excepto en los casos previstos en este Código” son instancias de ambigüedad sintáctica de la segunda especie. En este caso, la cláusula de excepción no deja saber con claridad cuándo son punibles el homicidio y las lesiones causadas culposamente, puesto que no se capta si la condición excluye a (todos) los tipos de homicidio y de lesiones que prevé el código (lo cual sería ciertamente absurdo, pero ese es otro nivel de análisis) o bien excluye (sólo) los casos en que el propio código establece que los tipos de homicidio y de lesiones no son punibles.

Por último, el uso incorrecto de los signos de puntuación es otra de las causas generadoras de ambigüedad, de las más frecuentes en los textos jurídicos de toda índole. Ross recuerda un caso digno de ser mencionado por concernir a un documento de gran relevancia histórica, en cuanto instituyó las bases y los órganos encargados de juzgar a los acusados de cometer crímenes en contra de la humanidad al finalizar la Segunda Guerra Mundial: el Protocolo de Berlín expedido el 6 de octubre de 1945, cuya única finalidad fue la de reemplazar un punto y coma por una coma del artículo 6o. de la Carta del Tribunal Militar Internacional, contenida en el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945.<sup>199</sup>

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 123. El texto del precepto era el siguiente: “Los crímenes contra la humanidad, a saber: homicidio, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o después de la guerra; o las persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas en ejecución de o en conexión con cualquier crimen comprendido dentro de la jurisdicción del Tribunal, sean o no transgresiones de las leyes internas del país donde fueron cometidos”; y explica Ross: “En el mencionado protocolo el punto y coma que estaba después de la palabra “guerra” fue remplazado por una coma. La jurisdicción del tribunal quedó así sustancialmente circunscripta, porque la condición de que el acto fuera cometido en conexión con uno de los

Luzzati y Guastini mencionan como ejemplo de ambigüedad sintáctica y semántica el caso del artículo 59, 2o., de la Constitución Italiana, el cual dispone: “El presidente de la república puede nominar senadores vitalicios a cinco ciudadanos que hayan ilustrado a la Patria por altísimos méritos en el campo social, científico, artístico y literario”. El término “presidente de la república” es polisémico en cuanto denota a la institución en abstracto como a la persona electa para ocuparla, por lo que el contexto no permite decidir si se refiere al órgano de la Presidencia de la República o a quien reviste *pro tempore* el cargo de presidente de la república. En la primera hipótesis no podrán ser nominados más de cinco senadores vitalicios; en la segunda, tal número es superable, teniendo *cada presidente*, como individuo singular, el poder de efectuar cinco nombramientos durante su periodo.<sup>200</sup>

Un ejemplo doméstico nos lo proporciona el artículo 242, párrafo tercero, del Código Penal para el Estado de Sinaloa, relativo al delito de sustracción de menores o incapaces, el cual señala: “Si el agente devuelve al menor o incapaz espontáneamente, dentro de los seis días siguientes a la consumación del delito se le aplicará hasta una tercera parte de las penas señaladas en los párrafos anteriores, según sea el caso”.

Aunque la norma pretende establecer una atenuante al tipo básico, la incorrecta colocación de una sola coma termina por expresar una proposición absurda: que quien devuelva a la persona sustraída espontáneamente, reciba por trato de favor ser sancionado dentro de los seis días siguientes a la consumación del deli-

crímenes comprendidos dentro de la jurisdicción del tribunal se hizo aplicable a todos los casos de crímenes contra la humanidad, y no solamente a aquel grupo (persecuciones) mencionado después del punto y coma originarios. La corrección, sin embargo, no estuvo inspirada por un cambio de intención. Ocurrió simplemente que la función sintáctica del punto y coma no había sido advertida antes”.

<sup>200</sup> Véase Luzzati, Claudio, *op. cit.*, nota 166, p. 47; y Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón Abellán y Miguel Carbonell, México, Porrúa, pp. 63 y 64, respectivamente.

to, lo cual la torna en una norma irracional, si nos atenemos a su lectura conforme a las reglas gramaticales.

Como es notorio, son los casos de ambigüedad sintáctica los que mayor relevancia tienen para la técnica legislativa; la mayoría de los casos de ambigüedad semántica pueden resolverse acudiendo al contexto lingüístico. De hecho, la asignación del significado de las palabras a partir de su entorno lingüístico constituye un canon hermenéutico previsto en el ámbito internacional por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.<sup>201</sup>

## 2. Vaguedad

La vaguedad es una característica más compleja que la ambigüedad, ya que atañe al *significado* de las expresiones lingüísticas (o de los conceptos), y no a éstas en sí. A diferencia de la ambigüedad, cuyo origen se encuentra en fenómenos como la polisemia, la homonimia o en equivocidades sintácticas, la vaguedad tiene que ver con los “límites” de las palabras. “Oscuridad”, “adulto” y “joven”<sup>202</sup> son ejemplos típicos de palabras afectadas

<sup>201</sup> El artículo 31 de la Convención dispone que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado *en el contexto* de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

<sup>202</sup> Precisamente en torno a la vaguedad del significado de la palabra “joven” es que gira el célebre episodio de “ley penal indeterminada” que relata Jenofonte en *Recuerdos de Sócrates*. Instaurada en Atenas la dictadura de los Treinta Tiranos, Sócrates la criticaba con acritud señalando “que le parecería sorprendente que un pastor de vacas que hiciera menguar y empeorar su ganado no reconociera que fuera un mal vaquero, pero más sorprendente todavía que un político que hiciera menguar y empeorar a los ciudadanos no se avergonzara ni reconociera que era un mal gobernante. Cuando les llegó esta observación, Critias y Caricles mandaron llamar a Sócrates, le mostraron la ley y le prohibieron dirigirse a los jóvenes. Entonces preguntó Sócrates si podía pedir una aclaración en el caso de no haber entendido algún punto de las normas. Ellos respondieron que sí. «Pues bien», dijo Sócrates, «estoy dispuesto a obedecer las leyes, pero para no infringirlas por ignorancia, sin darme cuenta, quiero saber con claridad una cosa de vosotros, si creéis que el arte de la palabra del que me mandáis abstenerme es el del razonamiento correcto o el del razonamiento incorrecto. Porque si se trata del razonamiento correcto, es evidente que habría

de vaguedad. En todos estos casos estamos ante características o propiedades que se dan en forma de continuo: la ausencia de luz, la altura, la edad.

Los teóricos suelen explicar esta particularidad acudiendo a la imagen acuñada por Hart: todas las palabras tienen, junto a un núcleo “luminoso”, una zona de “penumbra” que cubre un número de casos a los que es discutible que la palabra se aplique. Como lo señala Carrió, el asunto es que “Hay casos típicos frente a los cuales nadie en su sano juicio dudaría en aplicar la palabra en juego. Hay casos claramente excluidos del campo de aplicación del vocablo. Pero otros que, a diferencia de los primeros y los segundos, no están claramente incluidos ni excluidos”.<sup>203</sup>

que abstenerse de hablar correctamente, y si es del incorrecto, está claro que hay que intentar hablar correctamente. Entonces, Caricles, irritándose, le dijo:

—Puesto que eres un ignorante, Sócrates, te hacemos una prohibición que es más fácil de entender: te prohibimos terminantemente hablar con los jóvenes. Y Sócrates:

—Entonces, para que no haya ninguna duda de que no haga nada fuera de lo prohibido, precisadme hasta cuántos años hay que considerar jóvenes a los hombres.

Caricles dijo:

—En tanto no puedan pertenecer al Consejo por no ser todavía juiciosos. No hables con personas más jóvenes de treinta años.

—Y en el caso de que quiera comprar algo, si el vendedor no tiene aún treinta años, ¿puedo preguntarle cuánto pide?

—Eso sí, dijo Caricles. Es que tú, Sócrates, tienes la costumbre de preguntar cosas que en su mayoría ya sabes como son. Esto es lo que no debes preguntar.

—En ese caso, dijo, ¿no debo responder si algún joven me pregunta algo que yo sé, por ejemplo dónde vive Caricles o dónde está Critias?

—Eso al menos sí, dijo Caricles.

Y Critias dijo:

—En cambio tendrás que abstenerte de los zapateros, carpinteros y herreros, pues creo que ya los tienes desgastados y ensordecidos.

—Entonces, dijo Sócrates, ¿pasa lo mismo también con lo que les atañe, lo justo, lo piadoso y otras cosas por el estilo?

—Sí, por Zeus, exclamó Caricles, y también con los vaqueros, pues de lo contrario procura no menguar tú también las vacas”.

<sup>203</sup> Carrió, Genaro R., *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, p. 18.

### A. *Vaguedad potencial o textura abierta*

La vaguedad es un fenómeno que no solamente atañe a expresiones que, como las referidas precedentemente, denotan características o propiedades de un continuo, sino prácticamente a cualquier palabra conocida. En principio, no dudaríamos en llamar “mesa” al mueble al que usualmente nos referimos con ese nombre y en torno al cual nos sentamos a la hora del desayuno, aunque se halle averiado y carezca de un pie, pero las dudas surgirían si en lugar de un pie careciera de tres, y este ejercicio podría repetirse con cualquier otra expresión.

Pongamos por caso uno de los conceptos más importantes de relieve constitucional: la vida. Hay absoluta coincidencia en que se trata de un bien fundamental que aparece protegido en todas las Constituciones y tratados de derechos humanos; sin embargo, es posible encontrar casos, y de hecho los hay, en los que se discrepe acerca de los alcances de dicha protección para ciertos supuestos ¿comete el delito de homicidio quien priva de la vida a alguien que carece por completo de actividad cerebral y permanece en estado vegetativo? ¿Es titular del derecho “a la vida” el concebido pero todavía no nacido? ¿En qué preciso momento comienza y en qué preciso momento termina, la “vida”?

Guastini lo explica usando el siguiente ejemplo:

Por ‘compraventa’ se entiende, *grosso modo*, el intercambio de mercancías por dinero. Supongamos que el precio medio de una mercancía  $x$  en el mercado sea 100. El intercambio de  $x$  por 100 constituye seguramente una compraventa. Lo mismo puede decirse de  $x$  por 99 o 101, 98 o 102, y quizá también 95 o 105. Pero el intercambio de  $x$  por 1 ya no es una compraventa: es una donación (de  $x$ ) disimulada. Y el intercambio de  $x$  por 1000, igualmente, no es una compraventa: es una donación (de dinero) disimulada. Pero ¿hasta qué punto puede subirse o bajarse el precio para que exista una ‘verdadera’ compraventa? Si 95 y 105 son precios razonables, lo serán también 94 y 106. Y, si estos son precios razonables, lo serán también 93 y 107, 92 y 108, y así por el estilo.

¿En qué punto debemos detenernos? ¿En qué momento la compraventa pasa a ser una donación disimulada?<sup>204</sup>

Puestas así las cosas, es posible precaver que, de alguna forma, todas las expresiones lingüísticas son, al menos potencialmente, vagas; es decir, que la vaguedad “no es una cualidad que existe o no existe, sino principalmente una cuestión de grado”.<sup>205</sup> En este sentido, se puede decir que la claridad y la precisión en la formulación de los delitos es un principio regulativo asequible sólo en alguna medida, esto es, también una cuestión de grado, puesto que un cierto margen de indeterminación no es suprimible.

Lo anterior implica descartar, por impracticable, la exigencia de una precisión absoluta del lenguaje legislativo, por lo que el meollo de la cuestión gira en torno a determinar cuánta precisión lingüística es constitucionalmente exigible y cuánta vaguedad es aceptable en la redacción de los tipos penales.

Los problemas originados en la vaguedad del lenguaje siempre han causado cierta perplejidad a los juristas, acostumbrados a acudir a disquisiciones etimológicas para desentrañar el sentido de las palabras. Los términos vagos son resistentes a este tipo de indagaciones, ya que su indeterminación no se origina por una carencia de información acerca de los mismos, sino a la hora de determinar la clase de cosas por ellos denotadas.

Hay noticias de problemas de esta índole desde los jurisconsultos romanos. Ulpiano, por ejemplo, al analizar una disposición que establecía el daño causado por una “turba” se enfrenta a la dificultad de determinar el número mínimo de individuos necesarios para integrarla, asunto que, por cierto, despacha con una apelación *ad verecundiam* al jurista Labeón, sin esclarecer propiamente el punto.

Como ha hecho notar Luzzati,<sup>206</sup> este tipo de discusiones terminan reenviando directamente a las paradojas clásicas de *sori-*

<sup>204</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 200, p. 62.

<sup>205</sup> Así, Luzzati, Claudio, *op. cit.*, nota 166, p. 5; en el mismo sentido, Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 176, p. 268.

<sup>206</sup> Luzzati, Claudio, *op. cit.*, nota 166, p. 6.

tes y del *falacrós* estudiadas por el filósofo Eubúlides de Mileto, la cuales se fundan en la vaguedad de las palabras “montón” y “calvo”.<sup>207</sup> Según la primera paradoja, un grano de arena no constituye un montón, y tampoco dos granos; agregando un grano sobre otro de manera sucesiva llegará seguramente el momento en que tengamos tantos como para formar un “montón”; lo que no sabemos es el momento preciso en que el montón comienza a ser tal. La paradoja del calvo es similar: el desprendimiento de un cabello no hace de nadie un calvo; seguramente tampoco lo hace la caída de dos, ni la de tres; entonces ¿cuántos cabellos se requiere desprender para decir que alguien es “calvo”?

Aunque superficialmente pudiera parecerlo, no se trata para nada de una cuestión exótica, ni de interés puramente especulativo; existen muchos ejemplos de términos vagos en disposiciones jurídicas.

El artículo 156, fracción V, del Código Civil para el Estado de Sinaloa, establece como impedimento para celebrar el contrato de matrimonio “la embriaguez habitual” ¿cuántas veces a la semana, mes o año, se debe ingerir licor, y en qué medida, para considerar que se incurre en “embriaguez habitual”?

El artículo 205, fracción V, del Código Penal para el Estado de Sinaloa, proporciona otro caso paradigmático de indeterminación derivada de la vaguedad de las palabras. Dispone dicho precepto una agravación de pena de dos a diez años de prisión si un delito de robo se realiza de “noche” o en “despoblado”. ¿Se deberá aplicar la agravación si el delito es cometido en el crepúsculo? ¿Cuán oscuro se precisa estar para decir que es “de noche”? ¿Cuán desierto debe estar un lugar para considerarlo “despoblado”?

Como se podrá notar de inmediato, es en la materia punitiva donde las consecuencias de la vaguedad constituyen un riesgo de lesión de un derecho constitucional, precisamente “la exacta

<sup>207</sup> Una aproximación a la importancia de las paradojas en el pensamiento filosófico desde los griegos puede verse en Sorensen, Roy, *Breve historia de la paradoja. La filosofía y los laberintos de la mente*, trad. de Rocío Orsi Portalo, Barcelona, Tusquets, 2007.

aplicación de la ley penal” que proscribe la analogía y la mayoría de razón, mientras que en materia de derecho privado el mismo artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza la interpretación jurídica, a falta de claridad textual, con base “en los principios generales del derecho”.

Para el teórico italiano Claudio Luzzati, la vaguedad designa “un específico fenómeno semántico y pragmático: la imprecisión del significado”,<sup>208</sup> así que una expresión estará afectada de vaguedad “siempre que los confines de su área de aplicación, actual o meramente posible (según que se trate de vaguedad extensional o bien de vaguedad intencional) no están delimitados de manera precisa”.<sup>209</sup> Y agrega:

En tales casos, los miembros de una comunidad lingüística enfrentan una incertidumbre intrínseca respecto si el término se aplica o no, o si se está exactamente en el supuesto previsto por el enunciado. La incertidumbre es ‘intrínseca’ porque no depende de una carencia de información, sino de la imposibilidad de que las reglas de significado resuelvan todas las cuestiones que podrían surgir sobre el uso de las palabras.<sup>210</sup>

### B. *Vaguedad extensional y vaguedad intencional*

Siendo la vaguedad una característica del significado, es posible clasificarla en dos tipos según la noción de éste a la que corresponda: *vaguedad extensional* y *vaguedad intencional*.

Según la teoría referencial, se deben distinguir dos acepciones distintas de “significado” de un signo: la *extensión* o *denotación*, que consiste en el conjunto de los objetos que a los que el signo se aplica o refiere, y la *intención* o *connotación*, que consiste en el conjunto de características evocadas por el signo y poseí-

<sup>208</sup> Luzzati, Claudio, *op. cit.*, nota 166, p. 4.

<sup>209</sup> Luzzati, Claudio, *op. cit.*, nota 165, p. 579.

<sup>210</sup> Luzzati, Claudio, *op. cit.*, nota 166, p. 4.

das por los objetos concretos que entran en su extensión.<sup>211</sup> La extensión de un predicado es la clase de los objetos por él *denotados* en proposiciones aceptadas como verdaderas, mientras que la intensión de un predicado está constituida por el concepto connotado por él, o sea, la suma de sus notas constitutivas y de sus características esenciales.<sup>212</sup>

Por ejemplo, la extensión del predicado “escritor” incluye (o denota) a los novelistas, ensayistas, poetas, cuentistas, etcétera (y asimismo, *denota* a las personas que escriben dentro de cada uno de esos géneros: v. gr. Rulfo, Montaigne, Shakespeare, Melville, etcétera); mientras que el significado en sentido de *intensión* de la misma palabra es “autor de obras impresas o escritas”.<sup>213</sup>

La extensión o denotación de un término está determinada por su intensión o connotación: a mayor intensión corresponde menor extensión. “Escritor” denota un mayor número de cosas que “poeta”, dado que en este último caso la intensión incluye no solamente escribir obras de *algún* género literario, sino específicamente de un género denominado poesía, hacerlo en verso, etcétera.

## VI. EL LENGUAJE LEGISLATIVO EN EL GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

En el campo de la ciencia penal ha sido Ferrajoli el mayor exponente de la perspectiva analítica. La suya constituye una construcción teórica monumental cuyo análisis exhaustivo excede por completo los fines de este trabajo, ya que en ella se contiene no sólo un modelo de ciencia jurídica, sino que posee amplias resonancias e implicaciones en el ámbito de la filosofía y la teoría política.

En la teorización de Ferrajoli el principio de legalidad penal cumple funciones en diversos niveles del discurso: el jurídico,

<sup>211</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 18, p. 119.

<sup>212</sup> *Idem.*

<sup>213</sup> *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed.

de derecho positivo; el teórico, de la ciencia jurídica, y el epistemológico, de la metaciencia jurídica. Todos los niveles se encuentran relacionados con exigencias que conectan un ámbito del discurso con otro. Para los fines de nuestro estudio, resulta de relevancia el nivel de discurso jurídico, para identificar las exigencias que en nuestro orden jurídico concreto son colegibles del mandato de determinación.

De cualquier manera, sólo para hacer una contextualización general, nos referiremos *grosso modo* a las claves del modelo garantista de Ferrajoli.

La construcción ferrajoliana, de acuerdo con su modelo de garantías explicitado en *Derecho y razón*,<sup>214</sup> inicia en lo sustantivo y se proyecta hacia lo judicial. Las garantías sustantivas, y el principio de legalidad, como la más importante de todas, se configuran antes que nada como un esquema epistemológico que permite asegurar y controlar la verdad de la decisión judicial, el momento más importante del ejercicio del poder punitivo del Estado.<sup>215</sup> Es por ello que la exigencia más importante del modelo garantista es la de un lenguaje legislativo preciso y desprovisto hasta el máximo de conceptos vagos e indeterminados, puesto que de otra forma se trunca la posibilidad de asegurar que la sentencia que imponga una consecuencia jurídica pueda *reconocerse* como expresión unívoca y directa en las disposiciones legales. “Sólo si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas, estarán en realidad en condiciones de determinar su campo de aplicación de forma tendencialmente exclusiva y exhaustiva”.<sup>216</sup>

El modelo garantista de Ferrajoli se sustenta en el convencionalismo legislativo que preconiza valiéndose para ello del pensamiento de Hobbes, para quien *auctoritas non veritas facit legem*, que troca en su contrario para el caso del proceso donde *veritas, non auctoritas facit iudicium*. La ley penal es un artificio huma-

<sup>214</sup> Véase Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 18, pp. 91-97.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 35.

no y no un sucesor de la moral o la religión; el legislador define los delitos en función de la protección de bienes jurídicos que la sociedad considera valiosos y dignos de tutela, a través de figuras de comportamiento empíricas y objetivas. “No es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal”.<sup>217</sup>

El convencionalismo legal se expresa en el señorío absoluto del legislador para establecer los delitos y las penas, esto es, en el carácter formal de la definición de lo que es delito (principio de mera legalidad o reserva de ley), y, por otro lado, en la definición de los delitos en un lenguaje dotado de la máxima precisión posible (principio de estricta legalidad o taxatividad).

El convencionalismo legislativo se complementa con un cognoscitivismos jurisdiccional del cual constituye una condición previa y necesaria. Ambos son la clave de bóveda de la epistemología garantista. Es aquí donde se exploran y manifiestan las consecuencias de la asunción de un modelo garantista en el que la legislación establece las figuras de delito en torno a comportamientos objetivos y mediante un lenguaje preciso y determinado.

El carácter cognoscitivo del proceso viene asegurado por lo que Ferrajoli denomina *principio de estricta jurisdiccionalidad*. El uso de términos vagos, las referencias a características personales del autor no objetivables y la descripción de conductas que carecen de concreta referencia empírica, comprometen la posibilidad de verificar o refutar las hipótesis acusatorias en juicio, vaciando de esta forma el contenido del derecho de defensa y supeditando la definición de lo que es delito a las valoraciones inevitablemente discrecionales del juez.<sup>218</sup> “Para que estos mismos principios resulten satisfechos es necesario además que no sólo la ley, sino también el juicio penal, carezcan de carácter ‘constitutivo’ y tengan carácter ‘recognoscitivo’ de las normas y ‘cognoscitivo’ de los hechos regulados por ellas... en consecuencia... el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un

<sup>217</sup> *Idem*.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 36.

hecho unívocamente descrito y denotado como delito no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial según la fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*”.<sup>219</sup> Luego:

El presupuesto necesario de la *verificabilidad* y de la *refutabilidad* jurídica es que las definiciones legales que establecen las connotaciones de las figuras abstractas de delito, y más en general de los conceptos penales, sean lo suficientemente precisas como para permitir, en el ámbito de aplicación de la ley, la *denotación jurídica* (o calificación, clasificación o subsunción judicial) de hechos empíricos exactamente determinados.<sup>220</sup>

En una cita que Ferrajoli hace de Aristóteles se puede captar con claridad el programa de la propuesta garantista: “Corresponde a las leyes bien dispuestas determinar por sí, en cuanto sea posible, todo, y dejar a los que juzgan lo menos posible, ... pero es forzoso que a los jueces se les deje la decisión sobre si algo ocurrió o no [y] si es o no es, pues no es posible que eso lo prevea el legislador”.<sup>221</sup>

En otro lugar agrega: “La tarea principal de la epistemología garantista es la de elucidar las condiciones que permiten restringir lo más posible estos márgenes [de discrecionalidad judicial potestativa], y, por tanto, basar el juicio en (decisiones) sobre la verdad procesal en lugar de (en decisiones) sobre valores de otro tipo”.<sup>222</sup>

Ambos presupuestos —el convencionalismo legal y el cognoscitivismo jurisdiccional— tienen como finalidad la tutela de la certeza y la separación entre derecho y moral, aspectos que la teorización garantista preconiza con una conceptualización “fuerte” y que reivindica como logros ético-políticos de la cultura penal ilustrada. En realidad, reivindicación de principios y postulados

<sup>219</sup> *Ibidem*, pp. 37, 95 y 96, 120 y 121.

<sup>220</sup> *Ibidem*, pp. 120 y 121.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 63.

ilustrados está presente en toda la obra de Ferrajoli, mas no como propuesta de “un regreso en el tiempo”, sino en una reformulación desde un enfoque que se ha denominado como “neoiluminismo penal”<sup>223</sup> o iluminismo penal crítico.

En síntesis, y usando las propias palabras de Ferrajoli:

El derecho es una construcción humana y puede elaborar él mismo condiciones y criterios de justificación de las decisiones por él admitidas como válidas. Precisamente, el derecho es un universo lingüístico *artificial* que puede permitir, gracias a la estipulación y a la observancia de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad convalidables o invalidables como tales mediante controles lógicos o empíricos y, por tanto, sustraídas lo más posible al error y al arbitrio. El problema del garantismo penal es elaborar tales técnicas en el plano teórico, hacerlas vinculantes en el plano normativo y asegurar su efectividad en el plano práctico.<sup>224</sup>

Esto se explica dado que para Ferrajoli la teoría del derecho cumple un papel normativo y proyectual y no solamente explicativo; su modelo preconiza al “derecho como deber ser”, no al “derecho como es”.

<sup>223</sup> Ripoli, Mariangela, “Diritto e morale. Il neo iluminismo penale di Luigi Ferrajoli”, en Gianformaggio, Letizia (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993.

<sup>224</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 18, p. 70.