

Problemática de la decisión judicial en los casos difíciles

J. Alberto DEL REAL ALCALÁ

SUMARIO: I. Introducción. II. Indeterminación jurídica y casos judiciales. III. Incertidumbre/imprecisión y deber judicial de resolución. IV. Conclusión.

I. Introducción

Los jueces, y por consiguiente el Estado de Derecho, tienen un *problema* cuando juzgan *borderline cases* y *casos difíciles*, y sin duda se trata de un problema muy *serio* cuando por la gravedad de los delitos que se juzgan en dichos casos tienen que decidir sobre *controversias jurídicas complejas* que a veces pueden encontrarse *indeterminadas* en el Ordenamiento jurídico. Así ocurre a veces en los casos en los que se enjuician, por ejemplo, delitos de *narcotráfico*, de *terrorismo*, o los relacionados con la *delincuencia organizada* u otros similares, en los que el juez debe *resolver* acerca de la *aplicación* o *no-aplicación* de penas muy graves, tales como las privativas de libertad de larga duración, la *cadena perpetua* o prisión vitalicia e incluso la *pena de muerte*.

Resolver en los casos en los que el Derecho aplicable es indeterminado, con mecanismos y técnicas que *no* son asimismo precisas, genera ciertas consecuencias. Por ejemplo, en esa medida, en la resolución de casos judiciales tales como los que he referido, verdaderamente los jueces *no* cuentan con criterios *precisos* ni *nítidos* que guíen su toma de decisiones. Esto lleva a que el “deber de resolver” que el Estado de Derecho impone a los jueces, y en general la función judicial, se impregnen en relación a los casos difíciles asimismo de imprecisión e indeterminación. Y, por tanto, que aun en casos que juzgan delitos sancionados con penas muy graves, si se trata de casos indeterminados las decisiones de los jueces que los resuelven sean susceptibles de bascular hacia el ámbito de la *incertidumbre* y de la *inseguridad jurídica*.

Hay que tener en cuenta que el Estado de Derecho impone a los jueces el deber general de hacer justicia, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Este deber judicial, que es deber *legal*, está relacionado con *derechos fundamentales*, particularmente con el “derecho a la tutela judicial efectiva” de todos los destinatarios del sistema jurídico. Pero resolver y resolver haciendo justicia no es exactamente lo mismo. En este texto me voy a referir únicamente al deber de resolver como deber “formal” y “legal” que el Estado de Derecho impone a los jueces a la hora de la aplicación del Derecho, y no entraré en la cuestión de si su realización conlleva a o no el cumplimiento de la justicia material. No parece haber duda que sólo como deber formal, la obligación del juez de dar una resolución es extremadamente importante en

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

el contenido del *rule of law*.¹ El juez ha de resolver “siempre”, en *todas* las controversias jurídicas que se le plantean, juzgándolas y haciendo ejecutar lo juzgado, y asimismo ha de hacerlo “conforme a Derecho”, excluyendo cualquier otro tipo de criterios a la hora de fundamentar sus decisiones. Lógicamente, a la hora de la aplicación del Derecho, y durante el desarrollo de la tarea interpretativa, el sistema jurídico provee a los jueces de instrumentos y mecanismos con los que poder dar cumplimiento a este importante contenido de su función profesional. La *subsunción* y la *bivalencia jurídica* son algunos de estos dispositivos. Ellos están configurados de forma clara y nítida, y eso hace posible que cuando se plantea la aplicación del Derecho, los jueces puedan *guiar* de forma precisa, y *delimitar* de forma cierta, el proceso de toma de decisiones si se enfrentan a la resolución de casos *claros*. Eso permite que esta clase de casos sean resueltos por medio de decisiones judiciales *ciertas*, esto es, predecibles y preexistentes en el Derecho, a modo de respuesta correcta unívoca a una determinada controversia jurídica.

Pero, por el contrario, los jueces no disponen de mecanismos interpretativos de esa clase si tienen que resolver casos *indeterminados*. Así, por ejemplo, la discrecionalidad *no* es un mecanismo que, en este sentido, guíe ni delimite de forma precisa el proceso de toma de decisiones del juez. Y algo similar ocurre con las *construcciones dogmáticas* de los intérpretes (otra “forma” –y fuente– de discrecionalidad judicial) cuando son utilizadas como técnica interpretativa en la adjudicación. El deber judicial de resolver *siempre y conforme a Derecho* vincula la forma de construir la decisión judicial a la ley, a la Constitución y al Estado de Derecho, pero ¿qué “guía” la toma de decisiones por los jueces en los casos indeterminados si el Derecho aplicable es vago y además los mecanismos que el sistema jurídico proporciona a los jueces para solventar la indeterminación jurídica adolecen asimismo de imprecisión y vaguedad? La cuestión que planteo aquí es que si los jueces tienen que dar cumplimiento al *deber de resolver* también en los casos indeterminados pero no disponen de mecanismos y técnicas para guiarse en sus decisiones, ¿hay que admitir, entonces, que en esos casos este importantísimo deber judicial, que es parte del contenido del *rule of law* y revés del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se encuentra en alguna medida *indeterminado*?

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

Posiblemente, un argumento que podría apoyar la aserción que aquí se hace es que en los casos indeterminados *no* es *conceptualmente posible* el que las decisiones judiciales sean “ciertas” sino “inciertas” en los dos siguientes sentidos: en primer lugar, en el sentido de que las decisiones judiciales son “imprevisibles”, es decir, hay un alto grado de incertidumbre sobre cuál es el contenido

¹ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 198 y ss.

de la decisión judicial y éste no es racionalmente predecible conforme a Derecho; y en segundo lugar, en el sentido de que *no* es posible “identificar” en el Derecho el contenido de la decisión correcta pues no hay una decisión preexistente en el Derecho como única respuesta a una determinada controversia jurídica.²

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

II. Indeterminación jurídica y casos judiciales

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

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

² DICIOTTI, E.: “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1992, p. 119.

³ REDONDO, M.C.: “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, *Doxa*, nº 20, Universidad de Alicante y CEPC, Alicante, 1997, p. 177.

⁴ La fórmula Estado constitucional de Derecho se entiende como una *evolución* del Estado de Derecho. Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: “Estado de Derecho, crisis de la Ley y Estado Constitucional”, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp. 255-272.

⁵ DICIOTTI, E.: “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, *cit.*, p. 97.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

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

- (a1) La tesis de la incertidumbre sobre los *criterios de validez* del Derecho.⁶
- (b1) La tesis de la indeterminación de las *reglas y principios* del Derecho creado, a causa de su “textura abierta”.⁷
- (c1) La adjudicación: la tesis de la *discrecionalidad judicial*.⁸

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

- (a2) La tesis de la plena identificación de los *criterios de validación* del Derecho, que incluyen el reconocimiento como Derecho de presupuestos o estándares morales.¹¹
- (b2) La tesis de la determinación y certeza del Derecho *explícito*, y del Derecho *implícito* a través de la interpretación.¹²
- (c2) La adjudicación: la tesis de la *respuesta correcta*.¹³

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

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

⁷ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, trad. esp. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 159-160; e ID., *El concepto de Derecho*, cit., pp.152-153. Véase, para un análisis de este concepto, BIX, B.: *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 7-10.

⁸ HART, H.L.A.: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, núm. 36, Mayo-1980, p. 14. Cfr. ASÍS ROIG, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 224-234, sobre los rasgos de la “creación normativa judicial”.

⁹ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “La ‘doctrina de la completitud’ del Derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”, en VV. AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba* 4 volúmenes, volumen II, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 423-447.

¹⁰ DWORKIN, R.: *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 225.

¹¹ DWORKIN, R.: *Law's Empire*, cit., pp. 65 ss.

¹² DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously*, 2nd edition, Duckworth, London, 2002; trad. esp. ID., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 464-471. Cfr. GUASTINI, R.: “Su i principi di diritto”, en *Diritto e società*, 1986, pp. 601 ss., presenta una importante “objección conceptual” a todas las teorías que pretenden explicar la tesis de que el Derecho está integrado por normas y principios: considerar que hay un concepto *unitario* y un tipo *único* de principios.

¹³ DWORKIN, R.: *Law's Empire*, cit., p. 67.: «Finally, he will need more substantive convictions about which kinds of justification really would show the practice in the best light».

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

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

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

«There are no radical indeterminacy theses. No only do radical indeterminacy claims implicitly contradict themselves; people who make them regularly contradict them explicitly, and turn them into theoretical indeterminacy claims.»¹⁵

III. Incertidumbre/imprecisión y deber judicial de resolución

¹⁴ Según T. Endicott, la teoría jurídica de Kelsen no aguanta el argumento de la "vaguedad de orden superior" acerca de la delimitación de la "norma como marco". Cfr. ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., pp. 61-62: «The result is that Kelsen's principle of completeness fails», pues «To protect the principle of completeness, however, that account would have to eliminate higher-order vagueness.»

¹⁵ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., p. 29.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

En la teoría jurídica, nos dice E. DICIOTTI, «il tema dell'indeterminatezza delle norme giuridiche é trattato in stretta connessione con il tema della certezza delle decisioni giudiziali.».¹⁶ A grosso modo, esta relación afirma que «nei casi in cui il diritto non è indeterminato il contenuto della decisione giudiziale è certo; viceversa, è incerto il contenuto della decisione giudiziale nei casi in cui il diritto è indeterminato».¹⁷

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

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

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

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

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

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

Argumentos que desarrollo a continuación.²⁰

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

La *vaguedad* es la primera *fuentes* de indeterminación jurídica,²¹ y una característica del *significado*, «una proprietà semántica e pragmatica, l'imprecisione di significato, e non una

¹⁶ DICIOTTI, E.: “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, *cit.*, p. 119.

¹⁷ DICIOTTI, E.: “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, *cit.*, p. 119.

¹⁸ DICIOTTI, E.: “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, *cit.*, p. 136.

¹⁹ DICIOTTI, E.: “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, *cit.*, p. 120.

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

²¹ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, *cit.*, pp. 31-55.

proprietà sintattica»²², tanto en un sentido *estensional* como *intensional*.²³ Ocurre que los mecanismos y dispositivos que se utilizan en la interpretación del Derecho son tan vagos como el propio lenguaje jurídico, según ha puesto de manifiesto T. ENDICOTT:

«the interpretive resources of the law are themselves vague»²⁴

«what can be said in general about the interpretive resources of the law. I claim that we have general reasons to say that the themselves are typically vague. Vagueness in the law is *not* just a problem of indeterminacy in the application of the words that lawmakers use.»²⁵

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

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

Sin duda, este punto de vista rechaza el *principio interpretativista* dworkiniano de que la interpretación, entendida según C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN a modo de «actividad

²² LUZZATI, C.: “Vaghezza, interpretazione, e certezza del diritto”, *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1990, pp. 134, 142 y 145. En el mismo sentido, DICIOTTI, E.: “Interpretazione della legge e discorso razionale”, *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1999, pp. 367-376.

²³ DICIOTTI, E.: “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, *cit.*, pp. 100-101.

²⁴ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, *cit.*, p. 99.

²⁵ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, *cit.*, p. 161; y con mayor desarrollo en pp.164-166.

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

²⁷ En este sentido, afirma ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, *cit.*, p. 75.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

consistente en la identificación o determinación del sentido de un texto jurídico»²⁸, resuelve siempre la indeterminación del Derecho. Por el contrario, al entender de T. ENDICOTT:

«I think that there are general reasons to conclude that the resources of the law do not eradicate indeterminacy. We can say three things: (i) those resources are generally considerations of principle; (ii) they will only eliminate indeterminacies if they have a *special structural feature* –precision; and (iii) considerations of *principle* generally lack that feature.»²⁹

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

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

La relación entre la indeterminación del Derecho y el contenido *incierto* de la decisión judicial está vinculada con la *discrecionalidad* judicial en los *borderline cases*, precisamente aquéllos que exigen de más valoraciones para su interpretación.³¹ Y viceversa, la ausencia de discrecionalidad judicial está vinculada al Derecho *cierto* y *determinado*, susceptible de generar una decisión judicial de contenido asimismo *cierto*. Lógicamente, si la decisión judicial transcurre de este modo nos encontramos ante *clear cases*.³²

²⁸ ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E.: "Definiciones y normas", en E. Bulygin, M. D. Farrell, C.S. Nino y E.A. Rabossi (comps.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genero R. Carrió*, Abedelo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 16.

²⁹ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., p. 165; asimismo, REDONDO, M.C.: "Teorías del Derecho e indeterminación normativa", cit., p. 189. La Profesora argentina también sostiene que «el problema de la indeterminación actual o potencial»: «1. afecta a los conceptos interpretativos. 2. afecta a cualquier criterio que se proponga para identificar una respuesta ante 'los casos difíciles'. 3. no es un problema erradicable mediante criterio o reglas de construcción.»

³⁰ La doctrina "vagueness in Law" de T. Endicott profundiza en este argumento en ENDICOTT, T.: "Law is Necessarily Vague", *Legal Theory*, nº 7, Cambridge University Press, 2001, pp. 379-385; hay trad española, ID., "El Derecho es necesariamente vago", traducción, de J. Alberto del Real Alcalá, *Derechos y Libertades*, nº 12, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, pp. 179-189.

³¹ ASIS ROIG, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, cit., p. 223, sobre la relevancia mayor de valoraciones en la decisión judicial de los casos difíciles.

³² Sobre el concepto "clear cases", Cfr. BIX, B.: *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit., pp. 63-76; dice en p. 76: «Many theorists discuss 'clear cases' as though the nature and basis of such cases were themselves clear and obvious. However, a close analysis discloses a variety of issues and factors. Among the things that can make an apparently clear case unclear, or an apparently hard cases easy, are issues of speaker's intention, dialects

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

Primero: los que surgen de la *estructura* del lenguaje jurídico. Estos problemas se originan, en palabras de C. LUZZATI, a causa «della porosità e dell’apertura del linguaggio giuridico–normativo».³⁴ R. GUASTINI habla a este respecto de «aquellos problemas que nacen de los ‘defectos’ intrínsecos del lenguaje en el que son formuladas las fuentes del derecho». Se refiere a los problemas que ocasionan la *vaguedad* y *ambigüedad*.³⁵ Constituyen una *f fuente de indeterminación* del Derecho, en tanto que «el significado de los enunciados del lenguaje natural [...] es fatalmente indeterminado», y «de ahí nacen los ‘problemas’ de la interpretación.»³⁶

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

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

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

and idiolects, context, community practices and assumptions, views about justice, and ideas about rule-application, as well as the issues of vagueness and ‘open texture’».

³³ GUASTINI, R.: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, traducción española de Jordi Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 34.

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

³⁵ GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ª ed., traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Editorial Porrúa y UNAM, México DF, 2003, p. 58.

³⁶ GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 57.

³⁷ GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 58.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

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

Aunque no siempre es posible diferenciar unos problemas interpretativos de otros,³⁹ en tanto que a menudo aparecen *sobrelapados*, los problemas de indeterminación que ocasionan las construcciones dogmáticas surgen de forma diferente a los que producen la vaguedad y ambigüedad del lenguaje de los textos jurídicos. Por una razón: los primeros son susceptibles de surgir incluso de textos legislativos que han sido formulados de forma clara y precisa, pero que, sin embargo, *paradójicamente*, acaban constituyendo una *fuentes* indeterminación del Derecho. Esta indeterminación surge a consecuencia de que la interpretación de una norma, que se realiza a la luz de un conjunto de doctrinas jurídicas, políticas e incluso morales que el punto de vista del intérprete relaciona con el contenido semántico de la misma, hace *indeterminado* a su significado aun cuando semánticamente se presentaba claro y preciso. Es, por tanto, la “construcción dogmática” que elabora el juez en la interpretación lo que introduce *incertidumbre* sobre el significado del Derecho, y no el lenguaje jurídico. La relevancia del argumento de GUASTINI tiene que ver con que frecuentemente en la teoría jurídica la construcción dogmática del intérprete cuando se utiliza en la interpretación es vista como una “solución” que *clausura* la indeterminación, y no –según afirma el Profesor de Génova– como la *causa* (y *fuentes*) que la genera. Por eso, su planteamiento es persuasivo y aporta luz sobre algunos aspectos de la teoría de la adjudicación.

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

En primer lugar, algunas de las características definitorias del fenómeno contemporáneo de

³⁸ GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 58.

³⁹ GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 58.

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

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

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

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

⁴⁰ GUASTINI, R.: “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento”, *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 147-172; hay versión en español, ID., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 49.

⁴¹ GUASTINI, R.: “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *cit.*, p. 54. En el mismo sentido, Cfr. COMANDUCCI, P.: “Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica”, *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 71-94; hay traduc. española, ID., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, traducción de Miguel Carbonell, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 16, 2002, p. 97.

⁴² COMANDUCCI, P.: “Principios jurídicos e indeterminación del Derecho”, *Doxa*, nº 21-II, Universidad de Alicante y CEPC, Alicante, 1998, pp. 103-104.

⁴³ ASIS ROIG, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, *cit.*, p. 224.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

stretto si pone come un metadiscorso, ossia come un discorso che ha per oggetto un altro discorso». ⁴⁴

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

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

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

Pero se puede decir algo más para apoyar mi argumentación sobre las construcciones dogmáticas en el Derecho. Como mecanismo interpretativo para resolver disputas jurídicas en el caso concreto, y entendido en un sentido no estricto, posiblemente podría afirmarse que las teorías jurídicas no-positivistas también *fomentan* la elaboración por los intérpretes de construcciones dogmáticas a la hora de cómo se produce la toma de decisiones por el juez “Hércules en los casos

⁴⁴ LUZZATI, C.: “Le definizioni implicite dei giuristi”, *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1992, p. 220.

⁴⁵ Cfr. ASÍS ROIG, R. de: *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

⁴⁶ DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional. El caso del término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, en *Derechos y Libertades*, nº 12, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, pp. 229-232.

difíciles, aunque también en los demás casos. Ahora, por su carácter de dispositivo *subjetivo*, esto puede resultar casi *paradójico*. Sin embargo, tiene una explicación: cuando la resolución exige una “decisión judicial elaborada”, ésta difícilmente puede prescindir totalmente, en algún sentido y de alguna manera, de algún tipo de elaboración doctrinal –aportada por el intérprete– en relación al Derecho a aplicar. Eso sí, para mantener la *coherencia* de sus posiciones, las teorías no–positivistas han tratado de *objetivar* la utilización de este mecanismo interpretativo. Aunque, en realidad, la *objetivación* de este dispositivo en la interpretación no se produce desde el “Derecho como tal”, sino desde las “teorías del Derecho” no–positivistas, a modo de un mecanismo “discrecional” que es objetivado (*subjetivamente* por ellas).⁴⁷

Como procedimiento interpretativo objetivado, pudiera admitirse que –al menos teoréticamente– hace posible “decisiones judiciales *ciertas*” en el sentido de *identificar* en el Derecho una respuesta correcta para cada controversia jurídica; pero puede haber serias dudas, razonablemente, si el contenido de esa decisión judicial es *predecible*. Claro está, si *predecir* el contenido de una decisión judicial y predecir la “mejor respuesta” del Derecho (la respuesta *correcta*) se entienda la misma cosa, entonces sí lo es. Pero si la “mejor respuesta” del Derecho tiene un sentido más “procedimental”, y no de predicción de contenido material, entonces la decisión judicial correcta sobre un caso dado difícilmente es una decisión previsible. Y así podría parecer que sucede en principio desde la teoría del Derecho de R. DWORKIN cuando introduce un conjunto de reglas *procedimentales* (el procedimiento ‘*hercúleo*’) a fin de localizar la respuesta “correcta” como la “mejor decisión” que ofrece el Derecho a una determinada controversia jurídica:

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

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

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

Ahora bien, aun en este supuesto, esta posición no–positivista es derrotada frente al argumento ‘(4)’, que examino más adelante, acerca de la “vaguedad de orden superior” y del efecto de “continuo” que caracteriza a la vaguedad, según los cuales no es posible erradicar la imprecisión

⁴⁷ Cfr. FULLER, L.L.: *The Anatomy of Law*, Frederick A. Praeger, Inc., Publishers, 1968; hay trad. esp., *Anatomía del Derecho*, versión de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Editorial Arte, 1969, pp. 104 y 118. Asimismo, cfr. DWORKIN, R.: *Law's Empire*, cit., pp. 65 ss y 337-350; e ID., *Los derechos en serio*, cit., pp. 203-204.

⁴⁸ DWORKIN, R.: *Law's Empire*, cit., pp. 65-66.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

y vaguedad de las reglas de construcción ni de los mecanismos y técnicas utilizados en la interpretación del Derecho. Y esto le ocurre a la construcción dogmática que elabora el juez cuando funciona como un dispositivo interpretativo.

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

—El juez *cierto* y *satisfecho*:

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

—El juez *incierto*:

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

—El juez *insatisfecho*:

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

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

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

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

La discrecionalidad, según Giovanni TARELLO, es «[un] fenómeno, [que es] común a todas las organizaciones jurídicas.⁵⁰ Ya HART nos dijo que «el juez debe algunas veces salir fuera del

⁴⁹ DICIOTTI, E.: “Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato”, *cit.*, p. 135.

derecho y ejercer un poder de creación para llegar a una decisión en los ‘casos difíciles’, es decir, casos en los que el derecho existente resulta ser indeterminado»⁵¹. Como nos recuerda C. LUZZATI, «La vaghezza, quindi, non è la discrezionalità, anche se la discrezionalità in via di fatto può essere la conseguenza della vaghezza [...] del linguaggio legislativo.»⁵² De modo que la *vaguedad* es la fuente de la discrecionalidad de los jueces.⁵³

La discrecionalidad como dispositivo interpretativo está envuelto en la polémica sobre las concepciones del *Noble Sueño*, la *Pesadilla* y la *Vigilia*, y «se revela de importancia capital» en los casos *indeterminados*,⁵⁴ que por sus características no pueden ser resueltos mediante la subsunción y la bivalencia jurídica.⁵⁵ En estos casos, el único dispositivo interpretativo con el que cuenta el juez en la toma de decisiones para llevar a cabo el cometido del deber de resolver *siempre* que le impone el Estado de Derecho son los poderes de discreción. Pero, claro está, esto puede ser un problema si dicho mecanismo *no* está *delimitado* ni *configurado* de forma nítida en el sistema jurídico y, por consiguiente, adolece asimismo de vaguedad. En verdad ocurre que los poderes de discreción de los jueces se encuentran *imprecisos* e *inciertos* en el Derecho. Razón por la cual no pueden ser una guía precisa y cierta acerca de la toma de decisiones que lleva a la resolución de un caso indeterminado.

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

⁵⁰ Según TARELLO, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición de J.L. Monereo, Comares, Granada, 2002, pp. 178-179.

⁵¹ HART, H.L.A.: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *cit.*, p. 8

⁵² LUZZATI, C.: “Vaghezza, interpretazione, e certezza del diritto”, *cit.*, p. 141.

⁵³ LUZZATI, C.: *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, *cit.*, p. 335.

⁵⁴ MORESO, J.J.: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, *cit.*, p. 187.

⁵⁵ REDONDO, M.C.: “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, *cit.*, p. 185.

⁵⁶ REDONDO, M.C.: “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, *cit.*, p. 193.

⁵⁷ Ahora bien, esto no supone que ineludiblemente este dispositivo interpretativo caiga en lo que HART denominó el punto de vista de la “Pesadilla”. Véase HART, H.L.A.: “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en CASANOVAS, P. y MORESO, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, p. 337.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

existe Derecho aplicable que establezca una calificación jurídica para el caso dado) sino en base a otros criterios *extrajurídicos*.

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

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

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

Según T. ENDICOTT, el argumento de la “vaguedad de orden superior” es una explicación persuasiva a porqué la indeterminación es *ineliminable* no sólo del contenido de las reglas sino asimismo de los recursos y mecanismos interpretativos del Derecho:

«Philosophers use the phrase ‘second–order vagueness’ to describe the apparent absence of sharp boundaries between clear cases and borderline cases. They use ‘higher–order vagueness’ for the apparent absence of boundaries at second order or higher»⁵⁸

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

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

⁵⁸ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., p. 35.

nivel; pero como el problema volvería a presentarse, necesitaríamos una nueva regla y así hasta el infinito.»⁵⁹

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

«The feature of vague language that is most difficult for legal theories to accommodate is higher-order vagueness: Dworkin’s and Kelsen’s theories cannot accommodate it.»⁶⁰

«Ronald Dworkin proposes that there is virtually always a single right answer to a legal dispute. [...] The objection to Dworkin’s argument is that ignores the problem of higher-order vagueness.»⁶¹

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

«Vague words appear to tolerate insignificant differences: it seems that any heap of sand will still be a heap if you remove one grain of sand (and one goes bald by losing one hair, and no sea becomes an ocean when one drop or rain falls and so on). The ‘sorites paradox’, or the paradox of the heap, is an argument that applies an apparently sound principle of this form repeatedly, until it arrives at the false conclusion that, for example, there is still a heap when all the grains of sand have been removed.»⁶²

Como nos dice J.J. MORESO, el razonamiento de *sorites* versa sobre expresiones susceptible al “principio de *tolerancia*”: «el razonamiento de *sorites* depende de que estas expresiones [como *montón, rico, rojo, trato degradante*, etc] sean *tolerantes*», en el sentido de que «los cambios pequeños no afectan a la aplicabilidad del concepto». La paradoja surge «por el hecho de que los cambios grandes, aquellos que afectan ya a la aplicación del concepto, pueden construirse —en virtud de la tolerancia de estos conceptos— a partir de cambios muy pequeños».⁶³ Según T. ENDICOTT observa, el razonamiento de *sorites* tiene este rasgo “irónico”: demuestra que la extensión de lo *indeterminado* es *indeterminada*. Significa que no hay ninguna delimitación precisa en la aplicación de las expresiones vagas. Por lo que no siempre será posible delimitar los

⁵⁹ REDONDO, M.C.: “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, *cit.*, p. 188.

⁶⁰ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, *cit.*, p. 60.

⁶¹ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, *cit.*, pp. 63 y 64. Sobre la teoría jurídica de Kelsen, véase comentario en nota 16.

⁶² ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, *cit.*, p. 1.

⁶³ MORESO, J.J.: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, *cit.*, p. 110.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO

Reflexiones sobre la idea de sanción

casos *claros* de los casos *marginales*. Siempre habrá *algunos* casos en los que seguirá existiendo *incertidumbre* acerca de si trata de una clase de casos o de otra.

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

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

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

IV. Conclusión

Por todo lo dicho, resolver la *indeterminación* del Derecho por parte de los jueces –cuando se presenta– mediante técnicas y mecanismos de interpretación que adolecen de *vaguedad* genera decisiones judiciales *inciertas*, y muestra por qué, en mi opinión, el contenido del “deber judicial

⁶⁴ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., p. 74.

⁶⁵ REDONDO, M.C.: “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, cit., p. 191

de resolver” se presenta, respecto a los *borderline cases*, como un deber *impreciso*. Si describimos cómo es el *contenido* de dicho deber judicial en esa clase de casos, no hay más remedio que aceptar que aquí la toma de decisiones por el juez *no* se encuentra configurada de forma *precisa* ni delimitada de forma *nítida* y que, en la medida en no puede guiar al juez en la toma de decisiones, esto hace *incierto* a esa actividad judicial.

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

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