

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

Universidad Carlos III de Madrid



PAPELES DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

“EL PROBLEMA DE LA VAGUEDAD EN LA LEGISLACIÓN”

J. Alberto del Real Alcalá

Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho y Filosofía. Universidad de Jaén

Palabras clave: Estado de Derecho, vaguedad, legislación, teoría jurídica

Número: 3

Año: 2010

“EL PROBLEMA DE LA VAGUEDAD EN LA LEGISLACIÓN”

J. Alberto del Real Alcalá **
Universidad de Jaén

I. CONCEPCIÓN *NEGATIVA*: LA VAGUEDAD DE LA LEY COMO UN “DEFECTO” DEL DERECHO.

Posiblemente, una de las teorías del Derecho que de forma más explícita ha descrito que la vaguedad en la legislación constituye una violación del *ideal del Estado de Derecho* ha sido la teoría jurídica de L.L. FULLER. Las razones fullerianas permiten comprender qué significa que la precisión y certeza jurídicas tengan la consideración habitual de “ideal” (él lo denomina “moral de *aspiración*”) a perseguir por toda legislación y, en general, por el sistema jurídico. Se trata de una orientación que muestra lo que podíamos denominar la “perspectiva estándar” de la legislación, que es la que ha mantenido en buena medida la comunidad de juristas en la cuestión que aquí se aborda. Evidentemente, esto no significa relegar otras teorizaciones –sin duda de gran interés– sobre el objeto de estudio que afrontamos, pero la síntesis que exige este texto me ha llevado a decidirme a efectos expositivos por la teoría jurídica de FULLER a fin de presentar con más rotundidad mi línea de argumentación. Ella esgrime un conjunto de razones principales que deduzco a continuación.

Así, *en primer lugar*, desde la óptica fulleriana la claridad y certeza de la legislación son entendidas como condición de la *legalidad ideal*. De hecho, la claridad y certeza de la ley constituyen uno de los elementos más relevantes de la *inner morality*

* Email: adelreal@ujaen.es. Página Web: <http://www4.ujaen.es/~adelreal/>

* Este trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”, CSD2008-00007.

*of law*¹. La precisión y certeza aparecen tradicionalmente como una característica *deseable y perseguible* por los Ordenamientos jurídicos, cuyo objetivo es proporcionar a los sujetos involucrados en su funcionamiento saber a qué atenerse y poder prever las consecuencias jurídicas de sus propios actos establecidas en la legislación. En la teoría fulleriana, la claridad y certeza de la legislación se corresponden con rasgos pertenecientes a la estructura formal del Derecho, que este autor viene a calificar como *moral interna del Derecho* (en adelante, MID). Eso sí, la MID no es un concepto de justicia *material* sino un “concepto de *justicia* que se equipara con un requisito puramente *formal* de que casos iguales deban ser tratados en forma igual”². En la MID, el Derecho –y por supuesto también la legislación– se entienden a modo de “actividad”, presentándose el sistema jurídico como “el resultado de un esfuerzo continuo encaminado a un fin”. La MID se concibe, pues, como “la empresa [cuyo objetivo es el] de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas”³. Constituyendo en la práctica la lista de elementos que integran las “condiciones necesarias”⁴ para la existencia eficaz de un sistema jurídico moderno⁵.

Pues bien, para ese fin FULLER estableció un *catálogo* de ocho elementos o *excelencias* jurídicas o *principios de la legalidad* que integran la MID, y que hacen posible el Derecho, a los que atribuyó valor “moral” en un sentido *procedimental*⁶. Entre ellos se encuentra la precisión y claridad de la ley, además de la generalidad del Derecho, la promulgación, la irretroactividad, la ausencia de contradicción en la legislación, un fin posible a perseguir por ésta; la estabilidad del Derecho a través del tiempo al objeto de que sirva de guía de conducta a sus destinatarios, y la congruencia entre la ley oficial y la ley declarada por los tribunales⁷.

¹ FULLER, L.L.: *The Morality of Law*, 2nd edn., Yale University Press, New Haven, 1969; vers. esp., ID., *La moral del Derecho*, vers. de Francisco Navarro, Editorial F. Trillas, México DF, 1967, pp. 51-52.

² FULLER, L.L.: *La moral del Derecho*, cit., p. 12.

³ FULLER, L.L.: *La moral del Derecho*, cit., p. 120.

⁴ Cfr. Hart, H.L.A.: “Lon L. Fuller: the Morality of Law”, en HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 343 y ss.; véase asimismo HART, H.L.A.: *Derecho, libertad, moralidad*, introducción y traducción española de Miguel Ángel Ramiro Avilés, Dykinson, Madrid, 2006.

⁵ FULLER, L.L.: “Positivism an Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, nº 71, 1958, pp. 630 y ss..

⁶ Cfr. ESCUDERO ALDAY, R.: *Positivismo y moral interna del derecho*, prólogo de G. Peces-Barba, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, especialmente pp. 321-345.

⁷ FULLER, L.L.: *La moral del Derecho*, cit., pp. 56-104.

La claridad y precisión de la ley se encuentran, por tanto, entre “las ocho clases de excelencia legal a las cuales debe tender todo sistema de derecho”, y “que en el más bajo nivel... [se trata de] condiciones indispensables para que exista del todo el derecho”; pero que en un sentido exigente significan “una utopía legal en la cual todas las leyes son perfectamente claras, coherentes unas con otras, conocidas por todos los ciudadanos y nunca retroactivas”. De estos ocho elementos de la MID, la claridad, precisión y certeza de las leyes “representa[n] uno de los ingredientes esenciales de la legalidad”, “uno de los ocho principios de legalidad” como requisitos “mediante los cuales se puede poner a prueba la excelencia de la [mencionada] legalidad”.⁸

En segundo lugar, desde la óptica fulleriana la claridad y precisión de la legislación son entendidas como un “ideal de aspiración” del sistema jurídico. FULLER distingue entre lo que denomina “moral de *aspiración*” y “moral de *deber*”. Así, por una parte, “la moral de aspiración... es la moral de la vida ejemplar, de la excelencia, de la realización más completa de las facultades humanas”. Se trata de una moral “de máximos”. Es la moral de los “ideales morales”. Y, por otra parte, diferencia el anterior concepto del concepto de *moral de deber*: “mientras que la moral de aspiración se inicia en la cumbre del logro humano, la moral de deber principia en la base. Prescribe normas básicas sin las cuales es imposible lograr una sociedad ordenada”⁹. Se trata ahora de una moral “de mínimos” y hace referencia a las normas mínimas de la convivencia social. Para FULLER, la claridad, precisión y certeza de la legislación se adscriben a la *moral de aspiración* o “moral ideal” que persiguen el sistema jurídico y el legislador. Configurándose en este sentido a modo de un “ideal” del Derecho. Y, de hecho, *a menudo* la certeza y precisión como valor del Derecho han sido entendidos de esta forma por los teóricos del Derecho: como un “ideal” de *aspiración* predicable de *toda* legislación y perseguible por *cualquier* acto del legislador.

Recordemos que al inicio de estas páginas hemos denominado “perspectiva estándar” de la legislación a la mencionada concepción tradicional o habitual sobre la precisión y certeza de la ley que en buena medida ha sido asumida por los juristas. Claro está, el hecho de que desde dicha orientación la precisión y claridad sean consideradas sobre todo una moral de *aspiración* de carácter ideal a perseguir por

⁸ FULLER, L.L.: *La moral del Derecho*, cit., pp. 52 y 74.

⁹ FULLER, L.L.: *La moral del Derecho*, cit., p. 13.

cualquier acto de creación de normas válidas en un Ordenamiento jurídico obliga necesariamente a predicar de ellas su carácter asimismo de *deber moral* “de mínimos” en la tarea de construcción de la legislación y, por consiguiente, a contemplarlas ineludiblemente en manifiesta proporción¹⁰.

En tercer y último lugar, la claridad y precisión de la legislación son consideradas a modo de *beneficios* del *rule of law*. Téngase en cuenta que la MID puede equipararse aproximadamente con los “requisitos” del *Estado de Derecho*¹¹. Así lo manifiesta el propio FULLER cuando se refiere a la MID como las “normas implícitas de la creación jurídica, o limitaciones al poder gubernamental, que descansan en la concepción generalmente aceptada de lo que significa un Estado de Derecho”¹². El que la claridad y precisión legislativas estén asociadas a los *beneficios* del *rule of law* se traduce en vincularlas al concepto de *justicia* (formal) que representa en sí mismo el Estado de Derecho. Hecho que, sin duda, provee a una legislación tal de una cierta *dimensión ética*. Se trata de un contenido ético *derivado* de su condición de ingrediente de la *seguridad jurídica* y del carácter “axiológico” que se atribuye a este valor del Derecho como exigencia –según nos dice PÉREZ-LUÑO– para crear algunos presupuestos necesarios de la *libertad* y la *igualdad*. Esto quiere decir que el lado ético de una legislación como la que hablamos provendría de su nuclear alineación con uno de los pilares básicos del Estado de Derecho¹³.

Desde tal consideración, FULLER cataloga a los ingredientes de la MID como “una versión procesal del derecho natural”. En su opinión, el Derecho representa en sí una actividad *moral* y consecuentemente cualquier deficiencia en su configuración y aplicación vendrán a constituir por sí una actividad *inmoral* (en ese sentido procedimental), y eso con independencia de que el resultado de aquella aplicación sea moral e inmoral desde el punto de vista material¹⁴.

En verdad, lo que induce a pensar la tesis ética de FULLER es que cuando la ley

¹⁰ FULLER, L.L.: *La moral del Derecho*, cit., p. 53: “el legislador tiene el deber moral de hacer que sus leyes sean [mínimamente] claras y comprensibles”.

¹¹ Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, en *Sistema*, núm. 158, 2000, pp. 93 y ss.

¹² FULLER, L.L.: *The Anatomy of Law*, Frederick A. Praeger, Inc., Publishers, 1968; hay trad. esp., ID., *Anatomía del Derecho*, versión de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Editorial Arte, 1969, pp. 116-117.

¹³ PÉREZ LUÑO, A.E.: *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 21-27.

¹⁴ FULLER, L.L.: *La moral del Derecho*, cit., pp. pp. 110-111 y 202 ss.

adolesce de alguno de los elementos que integran su moral interna, la *calidad* de la legalidad se ve afectada de alguna manera, aunque sea para constatar un *acto de fracaso* en la persecución de la moral de aspiración del Derecho. Desde su entender, “una legislación oscura e incoherente puede hacer que la legalidad sea inaccesible... o ...irrealizable”. Motivo por el que “sin hacer referencia a cualquier norma de la Constitución, los tribunales deberán negarse a tratar de aplicar leyes que carezcan terminantemente de claridad”. Afirmando en la misma dirección que “la ley confusa es en un verdadero sentido menos ley que una ley clara”, aunque él reconoce que esto significa “aceptar una proposición que va contra las suposiciones básicas del positivismo”.¹⁵

Claro está, a consecuencia de lo anterior, si los requisitos que hacen posible la legalidad le permiten al norteamericano describir las ocho *excelencias* jurídicas, aquéllos también le posibilitan constatar las ocho clases de *defectos* jurídicos correspondientes al reverso de aquellas ocho *excelencias*¹⁶. De ahí que la *violación* de alguno de los elementos de la MID se vaya a traducir en un *defecto* de la legislación y en un *déficit* del ideal del *rule of law*. Pues bien, esta “concepción negativa” de la vaguedad en la legislación, entendida explícitamente como un *defecto* de la legalidad, se corresponde aproximadamente con el modo de razonar –ya utilice uno u otro ropaje teórico– de lo que he calificado como “perspectiva *estándar*” de la legislación¹⁷.

II. CONCEPCIÓN *IMPARCIAL*: LA “IRREMEDIABLE” VAGUEDAD DE LA LEY A CAUSA DE LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO.

Frente a la visión negativa sobre la falta de precisión de la legislación, otras teorías jurídicas aportan en esta cuestión un punto de vista diferente. La perspectiva de H.L.A.

¹⁵ FULLER, L.L.: *La moral del Derecho*, cit., p. 75.

¹⁶ LYONS, D.: *Aspectos morales de la teoría jurídica*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 17-31, desarrolla el concepto “inner morality of law” de FULLER para llegar a la tesis de la “moralidad intrínseca de la ley”.

¹⁷ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “¿Certeza del Derecho vs. Indeterminación jurídica? El debate entre Positivistas y Antipositivistas”, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, ARSP Beiheft Nr. 106, volume I (*Legal Theory/Legal Positivism and Conceptual Analysis*, Moreso, J.J., ed.), Franz Steiner Verlag, Stuttgart (RFA), 1st Edition 2007, pp. 94-106.

HART pertenece a este encuadramiento. Y es promotora de aquellos planteamientos que constatan la existencia *ineludible* de vaguedad en la legislación dada la estructura interna del Derecho, caracterizado por su *textura abierta*. Puede decirse que la concepción de la textura abierta del Derecho pone en cuestión la visión estándar de la precisión de la ley a modo de *ideal*, y lo hace justamente a partir del propio concepto de “textura abierta”¹⁸, fuente de la vaguedad e indeterminación del lenguaje legislativo¹⁹. Desde esta posición la precisión de la ley ya no se contempla como el *ideal* que es posible realizar para cualquier acto del legislador y, en consecuencia, no aparece como la moral de aspiración de *todo* el Derecho²⁰.

Así, *en primer lugar*, la visión hartiana, a través de la doctrina de la textura abierta, refuta la *simplicidad* que supone la concepción estándar (o habitual) de la legislación como *ideal* del sistema jurídico, la cual se traduce en un ideal de precisión, claridad, certeza y consiguiente determinación del Derecho. El teórico del Derecho inglés reconoce que “en esta materia [de la precisión del Derecho] la teoría jurídica tiene una curiosa historia; porque es propensa a ignorar o a exagerar el carácter indeterminado de las reglas jurídicas”. Y en este sentido, puede parecer que “algunos sistemas jurídicos, en ciertos periodos... sacrifique[n] demasiado en aras de la certeza... . [Y] En otros sistemas, o en otros periodos, puede parecer que los tribunales tratan demasiadas cosas... como perpetuamente abiertas o revisables, y que respetan muy pocos límites tales como los que establece el lenguaje de la ley, no obstante su textura abierta”. La doctrina de la textura abierta va a entender que realizar *totalmente* el ideal de precisión del Derecho según la concepción estándar derivaría en una teoría jurídica “mecánica” que, basada en la premisa de que *todo puede ser conocido*, se tendría por capaz de elaborar reglas que decidieran por adelantado la resolución de cualquier caso dado y cuya aplicación a los casos particulares *nunca*

¹⁸ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, traducción de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 155 y ss.; asimismo, HART, H.L.A.: “Postscript”, en ID., *The Concept of Law*, 2.ª edición, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 238-276; hay trad. esp., *Post scriptum al concepto de derecho*, de la edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2000, p. 28.

¹⁹ HART, H.L.A.: “El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral.”, en ID., *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, traducción y nota preliminar de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 28-29.

²⁰ HART, H.L.A.: *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 28: “la exclusión de toda incertidumbre a cualquier costo [...] no es fin que haya siempre contemplado para la regla de reconocimiento”.

exigiera de *ninguna* elección adicional; aun cuando dicha elección puede ser necesaria si a veces la cuestión de la aplicación o no de una ley a un caso particular ha planteado soluciones abiertas.²¹

Asimismo, llevar hasta sus últimas consecuencias realizativas el *ideal* de precisión del Derecho a fin de evitar la (ineludible) vaguedad causada por su textura abierta nos conduce al *absurdo* del “*paraíso* de los conceptos de los juristas”, según denomina HART a esta situación “imaginada”, en la cual el grado de certeza o predecibilidad es tal que se prejuzgan ciegamente los casos futuros cuyas circunstancias sin embargo ignoramos: “habremos conseguido... resolver por adelantado, pero... a oscuras cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas”. HART deduce de aquí que la certeza y precisión como “ideal de aspiración” de *toda* la legislación que prodiga la concepción estándar no es algo siempre posible ni tampoco deseable: “no podríamos considerar deseable, ni aun como un ideal, la concepción de una regla tan detallada” que tenga *siempre* resuelto de antemano y para *cualquier* caso dado el aplicarla o no aplicarla, pues a veces para poder aplicar una regla se necesita irremediabilmente hacer una *elección* entre las alternativas abiertas que plantea²². Pues bien, son estos casos que plantean alternativas abiertas los que demuestran que *no siempre* es posible mantener el ideal de la legislación precisa como *ideal realizativo* de *todo* el Derecho. Y son asimismo dichos casos los que permiten constatar que *a veces* es *inevitable* que la legislación acuse de vaguedad, en virtud de la textura abierta del Derecho²³.

En segundo lugar, la textura abierta que afecta a la legislación proporciona una *descripción* diferente de la estructura del Derecho en comparación a la visión estándar o tradicional. Descripción que permite poner de manifiesto que aquella visión estándar no dá buena cuenta de la realidad del sistema jurídico. Por ejemplo, particularmente en el ámbito de la *legislación*, caracterizado por la mencionada *textura abierta* del lenguaje legislativo, la perspectiva estándar no contempla la ineludible imprecisión de la que está afectada la ley algunas veces. Opuestamente, la teoría del Derecho de HART sí va a apreciar conceptualmente, respecto al lenguaje legislativo y a partir de la

²¹ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., pp. 160 y 163.

²² HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., pp. 160-162.

²³ HART, H.L.A.: *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 27.

noción de textura abierta, tanto las zonas *precisas* como las zonas *imprecisas* en el ámbito de significación de las reglas al describir la estructura de la legislación²⁴. Zonas ambas, cuyo correlativo en la adjudicación es, por una parte, la certeza en la aplicación de la regla (*núcleo de certeza*) que tiene lugar en los *casos claros* de aplicación precisa de la misma²⁵. Y, por otra parte, se corresponde con la incertidumbre en la aplicación (*zona de penumbra*) que es característica de los *casos dudosos o indeterminados* en los supuestos de aplicación de una regla vaga e imprecisa²⁶.

En todo caso, no debemos perder de vista que es en el ámbito de la legislación donde juega primeramente la doctrina de la “textura abierta” del Derecho. La descripción diferente del Derecho que contiene dicha doctrina trata de conciliar dos “necesidades sociales” que tiene todo sistema jurídico. Por una parte, la necesidad de tener reglas *claras*, precisas y ciertas. Pero, también, por otra parte, lo inevitable de contar con reglas *imprecisas* o vagas. O sea: “por un lado la necesidad de ciertas reglas que... puedan ser aplicadas con seguridad por los particulares... sin [ninguna] nueva guía oficial... y por otro lado, la necesidad de dejar abiertas [otras reglas] para su solución ulterior, mediante una elección oficial [por el operador jurídico], cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presenten en un caso concreto”. Pues bien, de la constatación de estas dos dimensiones de la legislación sobre las que han basculado los sistemas jurídicos es de donde extrae HART –entre otras razones– la noción de textura abierta del Derecho.²⁷

La textura abierta del lenguaje legislativo o “el carácter abierto de las normas jurídicas”, su “ambigüedad”, tiene que ver con que “en todos los campos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje”²⁸. Y en el Derecho ese límite es definido por HART como la textura abierta del mismo²⁹. A este respecto, “la textura abierta del Derecho significa que hay... áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o

²⁴ Véase DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Deber judicial de resolución y casos difíciles”, en *Panóptica-Revista Acadêmica de Direito*, Vitória (Brasil), n.º 18, março-junho 2010, pp. 40-60.

²⁵ HART, H.L.A.: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *cit.*, pp. 9-10.

²⁶ HART, H.L.A.: *Post scriptum al concepto de derecho*, *cit.*, pp. 57 y ss.

²⁷ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, *cit.*, pp. 162 y 163.

²⁸ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, *cit.*, pp. 157 y 175-176.

²⁹ Cfr. SHAPIRO, S.J.: “On Hart’s Way Out”, en COLEMAN, J. (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 149 y ss.

por los funcionarios que procuran hallar un compromiso [decisión], a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso”³⁰. Siendo este concepto de textura abierta el que hace posible una descripción diferente, esto es, *no uniforme*, *no homogénea*, de la legislación al posibilitar distinguir estructuralmente entre dos clases de reglas legisladas: las reglas *precisas y claras* y las reglas *imprecisas y vagas*³¹.

En tercer y último lugar, las fuentes de la textura abierta del lenguaje legislativo se encuentran en “la incapacidad humana para anticipar el futuro” desde el momento en que el legislador no puede prever todos los casos venideros y no hay un Derecho claramente establecido, pues los legisladores son hombres, no dioses. Esta incapacidad trae consigo una relativa “ignorancia de los hechos”, de aquellos hechos que quiere regular una regla del Derecho porque los hechos futuros, imposibles de prever, siempre los desconoceremos³². Lo cual a su vez lleva a una relativa “indeterminación de propósitos” a la hora de la redacción legislativa de las reglas. Y, en verdad, imaginar una situación contraria caracterizada por un número finito de notas y combinaciones de circunstancias de la realidad que fuesen todas conocidas y permitieran formular todas las previsiones por adelantado puede ser algo ilusorio pero no es algo real³³.

La doctrina de la textura abierta que afecta a la legislación también tiene que ver con la relevancia que adquiere lo lingüístico en la teoría jurídica *hartiana*³⁴ a la hora de considerar la dimensión del Derecho como recurso o técnica a través de la cual *comunicar* a los ciudadanos *pautas generales de conducta*³⁵. Por lo que la imprecisión e incerteza de las reglas jurídicas se traducirá en la incerteza e imprecisión de la comunicación mediante el lenguaje general dotado de autoridad que es la legislación. La textura abierta del Derecho es, por tanto, la textura abierta del “lenguaje de la ley”.

³⁰ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., p. 168.

³¹ La interpretación de cada uno de estos tipos de reglas puede verse en DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “La decisión judicial según los tipos de casos: ‘clear’ cases, ‘borderline’ cases y ‘pivotal’ cases”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, n.º 1, 2007, pp. 355-417.

³² HART, H.L.A.: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *cit.*, pp. 8 y ss.

³³ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., p. 160.

³⁴ 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, pp. 9 y ss.

³⁵ Cfr. BIX, B.: *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 7 y ss. sobre el significado hartiano de la “open texture”.

Y en la teoría jurídica de HART, la textura abierta es una característica constatable del lenguaje en el que se expresan las reglas del Derecho.

En definitiva, de la concepción de la ley y de su textura abierta que hace el planteamiento de HART puede afirmarse que éste *no* concibe a la vaguedad en la legislación como un rasgo *negativo*, esto es, como un *defecto* de la ley, pero *tampoco* la entiende como una característica especialmente *óptima* del Derecho. Sino que, ante las concepciones *negativas* y *positivas* de las teorías jurídicas acerca de la presencia de la vaguedad en el Derecho, la posición hartiana es más bien de *constatación* e *imparcialidad*.

III. CONCEPCIÓN POSITIVA: LA “NECESARIA” VAGUEDAD EN LA LEGISLACIÓN COMO CARACTERÍSTICA “ÓPTIMA” DEL DERECHO.

Otras de las teorías jurídicas que tienen una visión diferente a la concepción estándar o tradicional en relación a la imprecisión de la legislación es la posición que ha mantenido recientemente T. ENDICOTT. No sólo constata la existencia irremediable de vaguedad en la legislación en virtud de la estructura abierta que presenta la ley, sino que incluso lo considera una característica *positiva* del Derecho y *necesaria* para el Derecho.

La concepción de la presencia de vaguedad en el Derecho que prodiga ENDICOTT refuta, y de una forma más radical que la visión hartiana, la precisión y determinación de la legislación como ideal característico del Derecho. El punto de partida de esta perspectiva es una “tesis lingüística” sobre el Derecho y una tesis (parcial) sobre la indeterminación” jurídica, sustentadas en la vaguedad del lenguaje legislativo. Y que además tendría incidencia en la descripción de las características que *definen* ontológicamente al Derecho.

Así, *en primer lugar*, el concepto de *vaguedad* del lenguaje legislativo conlleva

en sí una tesis lingüística en la argumentación del Profesor de Oxford³⁶. A este respecto, él atribuye dos características a las palabras que son *vagas*. La primera característica hace referencia a las “dudas” y el “desacuerdo” que surgen cuando se aplican dichas palabras vagas³⁷. En relación a la legislación, este rasgo es típico de la existencia de reglas indeterminadas en el Derecho. La segunda característica es el “principio de tolerancia”, que nos viene a decir que las palabras vagas, precisamente porque al ser vagas ni tienen ni pueden tener límites definidos en su aplicación (*higher-order vagueness*), parecen tolerar como aplicaciones *similares* diferencias que son insignificantes (pero que son diferencias), y que si se repiten de forma acumulativa llevan a grandes paradojas (tal como la *paradoja de sorites*). Por ejemplo, en el ámbito del Derecho, estas diferencias insignificantes pueden generar la distinción entre la declaración de culpabilidad o de inocencia en distintos sujetos por casos prácticamente iguales. Poniéndose ahí de manifiesto que a la hora de apreciar casos similares esas decisiones están afectadas necesariamente de discrecionalidad³⁸.

Aunque el concepto de *vaguedad* tiene muchas similitudes con el de *textura abierta*, ENDICOTT descarta utilizar la denominación de HART en razón de que no quiere tener en cuenta la distinción original que sí realizó WAISMANN entre “vaguedad real” y “textura abierta”, entendida ésta como “la posibilidad de vaguedad”, esto es, la vaguedad posible o futura. En su opinión, tal diferenciación nunca ha tenido consecuencia alguna en la teoría jurídica, y de hecho no encuentra divergencia entre dos los términos (vaguedad y textura abierta)³⁹. Así, pues, el concepto de vaguedad que utiliza lo aplica a una expresión tanto si los casos indeterminados que genera son *reales* como si son *posibles* (futuros) a la hora de su aplicación.

Sin embargo, ENDICOTT llega más lejos y no reduce la vaguedad como tesis lingüística al *Derecho legislado* sino que también la extiende a los “recursos no-lingüísticos” del Derecho⁴⁰, para acabar afirmando que la vaguedad es un rasgo

³⁶ ENDICOTT, T.: “Law and Language”, en COLEMAN, J. and SHAIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, especialmente pp. 955 y ss.

³⁷ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000; traducción española: ENDICOTT, T.: *La vaguedad en el Derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Dykinson, Madrid, 2006, p. 21.

³⁸ ENDICOTT, T.: *La vaguedad en el Derecho*, cit., pp. 135-138.

³⁹ ENDICOTT, T.: *La vaguedad en el Derecho*, cit., p. 73.

⁴⁰ ENDICOTT, T.: *La vaguedad en el Derecho*, cit., p. 247.

“necesario” del propio Derecho en su conjunto⁴¹. Tratando, pues, de refutar de una forma radical, desde esta visión, el viejo ideal de precisión y certeza de la ley como moral de aspiración a perseguir por toda legislación.

En segundo lugar, frente a la precisión de la legislación, la doctrina de la vaguedad en el Derecho que alega ENDICOTT incluye también una “tesis de indeterminación” (parcial) del mismo. El autor canadiense atribuye a la vaguedad del Derecho entidad *conceptual*, erigiéndola en rasgo definitorio del Derecho, cuyo punto de partida es la metáfora *hartiana* del núcleo de certeza y la zona de penumbra⁴². El Derecho legislado será indeterminado, según afirma, cuando una cuestión del Derecho, o de cómo el Derecho se aplica a los hechos, no tiene una “única” respuesta *correcta*; sólo entonces hay *indeterminación jurídica*. Esto quiere decir que para que exista indeterminación en el Derecho legislado tiene que haberse generado un caso dudoso (*borderline cases*) que al final resulte indeterminado –si es que lo resulta–.

En su opinión, los casos dudosos se generan a causa de la vaguedad del lenguaje en el que se formulan las reglas del Derecho y asimismo por la vaguedad que padecen los propios recursos del Derecho, tales como los recursos interpretativos que utiliza el operador jurídico. Un caso dudoso deviene finalmente en *indeterminado* cuando ni de las reglas del Derecho legislado ni de los recursos del mismo –que estima habitualmente vagos– es posible deducir una respuesta de clara aplicabilidad de la regla o de clara inaplicabilidad⁴³. Ahora bien, esta tesis no es *escéptica* o radical, en tanto que la vaguedad legislativa genera indeterminación en el Derecho *sólo* en algunos casos, *no* en *todos* los casos. Y mientras que la “vaguedad” es característica de las expresiones lingüísticas (también del lenguaje del Derecho), la ‘indeterminación’ es una característica de la *aplicación* del Derecho. Pero, la tesis de indeterminación que defiende ENDICOTT no tiene nada ver con las mencionadas posiciones escépticas a las que él considera que se refutan por sí solas, dado que los puntos de vista escépticos

⁴¹ ENDICOTT, T.: “El Derecho es necesariamente vago”, traducción de J. Alberto del Real Alcalá, en *Derechos y Libertades*, nº 12, Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, Enero-Diciembre 2003, p. 179.

⁴² Véase ENDICOTT, T.: “Herbert Hart y el aguijón semántico”, en NAVARRO, P.E. y REDONDO, C. (comps.): *La relevancia del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 35 y ss.

⁴³ Según ASÍS ROIG, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 29 y ss., la plenitud “se presenta [...] como una directriz para los operadores jurídicos que deben comportarse como si el Ordenamiento fuera completo”.

vienen a decir: “Ninguna expresión significa nada, incluyendo a ésta misma”. En todo caso, en su concepción es relevante afirmar que la fuente principal de la indeterminación jurídica y de la existencia de *borderline cases* reside en la *vaguedad* del Derecho legislado.⁴⁴

En tercer y último lugar, según ENDICOTT la vaguedad es *ineliminable* del Derecho legislado, del mismo modo que no puede suprimirse del lenguaje mismo. Produce indeterminación sólo en algunos casos (los casos indeterminados), no en todos los casos de aplicación de las reglas. No se trata, pues, de una característica del Derecho legislado de carácter puramente lingüístico, es decir, que incida únicamente en el lenguaje de las leyes. Es mucho más: es en sí misma una característica del Derecho en su conjunto, dado que también los recursos no-lingüísticos del Derecho son habitualmente vagos.

En definitiva, por lo dicho, puede parecer entonces que la vaguedad legislativa es una característica sólo *contingente* del Derecho que podría evitarse a través de una legislación precisa o de la tarea de la interpretación⁴⁵. Y que sería deseable formular leyes de manera precisa porque las leyes precisas nos aproximan más al ideal del *rule of law*. Sin embargo, ENDICOTT afirma todo lo contrario. Considera que la precisión de las reglas legisladas *no* siempre debe ser un objetivo de la legislación ni del legislador, y que, por el contrario, la vaguedad y las indeterminaciones resultantes en el Derecho son *significativas* para la teoría jurídica y para la comprensión del Derecho, y deben ser tenidas en cuenta a la hora de ofrecer una mejor descripción del mismo. Lo cual le lleva a afirmar que el Derecho legislado es “necesariamente” *vago* y que ésta es una característica *positiva* del Derecho⁴⁶. Claro está, frente a la cual, las decisiones judiciales no tendrán más remedio que resguardarse en una argumentación jurídica lo más objetiva posible⁴⁷.

Esta concepción *positiva* acerca de la vaguedad de la legislación a modo de característica óptima del Derecho la sustenta el Profesor de Oxford en tres razones principales:

⁴⁴ ENDICOTT, T.: *La vaguedad en el Derecho*, cit., pp. 35-36 y 62-97.

⁴⁵ ENDICOTT, T.: “El Derecho es necesariamente vago”, cit., p. 180.

⁴⁶ Véase ENDICOTT, T.: *The Value of Vagueness*, en Vijay K. BHATIA, Jan ENGBERG, Maurizio GOTTI y Dorothee HELLER (eds.), *Vagueness in Normative Texts*, Peter Lang, Bern, 2005, pp. 27-48.

⁴⁷ Cfr. ASÍS ROIG, R. de: *El Juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 131 y ss.

Primera razón: la *precisión* del Derecho legislado no es necesariamente *deseable*. Hay que tener en cuenta que los legisladores utilizan leyes vagas porque no buscan siempre una regulación precisa. El Derecho es vago porque la precisión no siempre es útil para la regulación de la vida de las comunidades, y los legisladores conocen esta circunstancia. Aunque pueda parecer a primera vista paradójico, en verdad, una ley *demasiado* precisa puede incurrir en *arbitrariedad* en virtud concretamente de su excesiva precisión. Por ejemplo, según ENDICOTT, el impuesto sobre la renta y la regulación de los límites de alcohol en la sangre pueden ser casos que muestren esta circunstancia. En el primer caso hay que considerar que un buen régimen fiscal relaciona el impuesto con el concepto abstracto de “capacidad contributiva” de los ciudadanos. Pero un impuesto muy detallado necesariamente abandona en alguna medida este fin al permitir que los casos no contemplados escapen a la obligación de tributación (pues sería imposible poder contemplarlos absolutamente todos). En el segundo caso, hay que tener en cuenta que a algunos conductores les afecta el alcohol más que a otros; por lo que establecer jurídicamente un límite preciso de alcohol en la sangre ignorará dicha circunstancia en el sentido del principio de igualdad ante la ley. Esto no quiere decir que la precisión de las leyes fiscales y de la regulación de los límites de alcohol en la sangre no esté indudablemente justificada, pero no hay que dejar de ser conscientes de la arbitrariedad en la que se puede incurrir a causa de una precisión en demasía⁴⁸.

Segunda razón: las formulaciones *precisas* de la legislación no siempre hacen precisas a las leyes. Hay que tener en cuenta que de las leyes formuladas en un lenguaje preciso no siempre van a resultar en el momento de su aplicación e interpretación leyes precisas⁴⁹. La causa son las técnicas interpretativas y las facultades de equidad de los operadores jurídicos, que posibilitan dar un efecto *vago* a formulaciones que, sin embargo, inicialmente fueron configuradas legislativamente precisas.⁵⁰

⁴⁸ ENDICOTT, T.: “El Derecho es necesariamente vago”, *cit.*, pp. 180-182.

⁴⁹ Véase ENDICOTT, T.: *Palabras y reglas. Ensayos en filosofía del derecho*, traducción de Pablo Navarro y Rodrigo Sánchez Brígido, Editorial Fontamara, 2004.

⁵⁰ ENDICOTT, T.: “El Derecho es necesariamente vago”, *cit.*, pp. 182-184.

Tercera razón: las funciones del derecho requieren *estándares vagos*, pues cualquier sistema jurídico necesita regular de un modo *general* una gran *variedad* de actividad humana y eso sólo lo puede llevar a cabo a través de estándares *abstractos*, los cuales son necesariamente *vagos*. Lo que nos muestra esto es que el Derecho debe realizar funciones que sólo pueden ser cumplidas a través de estándares *vagos* y *abstractos*. Resulta que las regulaciones precisas aparecen como claramente insuficientes para hacer funcionar la actividad reguladora del Derecho. Claro está, si ninguna función del Derecho puede ser realizada sin estándares abstractos, frente al ideal de precisión de la legislación como moral de aspiración del Derecho, ENDICOTT nos está proporcionando otra razón de peso (la utilización necesaria de términos, instrumentos, recursos y categorías jurídicas *abstractas*, que son *vagos*, para cumplir la función reguladora de la vida social, de las cuales no pueden prescindir los sistemas jurídicos), para afirmar que el Derecho es *necesariamente* muy vago, y que la vaguedad, lejos de ser un defecto de la legalidad, es una de las característica positivas que lo definen.⁵¹

IV. CONCLUSIÓN.

Según lo antepuesto en el texto, la perspectiva estándar de la legislación, que viene a expresar el razonamiento de las concepciones *negativas* sobre la existencia de vaguedad en la legislación, representadas por la posición fulleriana, sólo concibe la ley *homogénea*, reducida toda ella únicamente a reglas claras y precisas, sobre las que predica, de todas y cada una, el mismo ideal de precisión, claridad, certeza y consiguiente determinación como ideal de aspiración (e ideal realizativo) del Derecho. Desde este punto de vista, la vaguedad es apreciada como un rasgo especialmente *negativo* del mismo, a modo de un *defecto* de la legalidad. En todo caso, un defecto *inicial* y, por tal, *contingente*, porque siempre es *eliminable* a través de los actos posteriores de aplicación e interpretación.

Desde otras concepciones, como la que representa la doctrina de la textura

⁵¹ ENDICOTT, T.: "El Derecho es necesariamente vago", *cit.*, pp. 184-188 y 189.

abierta del Derecho, se considera al mismo nivel conceptual las “áreas de certeza” como las constatables “áreas de imprecisión o vaguedad” del lenguaje legislativo, correspondiéndose respectivamente ambas con el núcleo de certeza y la zona de incertidumbre de aplicación de las reglas. La concepción de la doctrina abierta nos viene a indicar la presencia de dos zonas distintas en la legislación, incluso de dos clases de reglas legisladas: las reglas *precisas*, de las cuales puede predicarse que *secundan* el ideal de certeza y precisión de la ley en un sentido estándar; y las reglas *imprecisas* y *vagas*, que *no* son susceptibles de secundarlo. Como puede verse, se trata de un cuestionamiento “relativo” de la posición estándar anterior, que hace compatible la existencia de legislación *precisa* (donde juega el ideal de certeza y determinación del Derecho) y legislación *imprecisa* o *abierta* o *vaga* (donde aquel ideal queda excluido). En definitiva, puede decirse que esta concepción se limita a *constatar* y dar cuenta de la “irremediable” vaguedad que a veces presenta la ley. Hecho que *no* observa como una característica *negativa* del Derecho, es decir, un *defecto* de la legalidad, pero *tampoco* como un rasgo especialmente *óptimo* del mismo. Su posición a este respecto es de mera *constatación e imparcialidad*.

Por último, en oposición a las concepciones negativas, y llegando aún más lejos que las posiciones imparciales, las concepciones *positivas* sobre la existencia de vaguedad en la legislación, representadas por la posición de ENDICOTT vienen a firmar que: el Derecho legislado es “necesariamente” *vago* y que éste es un rasgo “positivo” que ontológicamente lo configura. Se trata, pues, de una tesis conceptual sobre las *características* que hoy definen al Derecho, el cual ya no puede describirse bien bajo el ideal de la homogeneidad de la ley precisa sino más bien de la *heterogeneidad*. La precisión, claridad certeza y consiguiente determinación para todo el Derecho no son un ideal ni *posible* ni *deseable*, porque muy al contrario de lo que pudiera parecer, el exceso de precisión, certeza y determinación es muy susceptible de derivar en arbitrariedad y no en incrementar la seguridad jurídica.