

ÁNGELES RÓDENAS

# LOS INTERSTICIOS DEL DERECHO

Indeterminación, validez  
y positivismo jurídico

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

# ÍNDICE

Pág.

<b>NOTA PRELIMINAR .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO ...</b>	<b>21</b>
<b>1. INDETERMINACIÓN .....</b>	<b>22</b>
1.1. Indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos .....	23
1.1.1. Las lagunas.....	23
1.1.2. Las antinomias .....	26
1.2. La indeterminación lingüística de las normas.....	27
1.2.1. La ambigüedad.....	28
1.2.2. La vaguedad .....	29
1.3. Los conceptos jurídicos indeterminados .....	30
1.4. Indeterminación debida a problemas de coherencia normativa o congruencia .....	31
<b>2. DERROTABILIDAD.....</b>	<b>33</b>
2.1. La derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas (D1).....	37
2.2. La derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas (D2) .....	40
2.3. Derrotabilidad radical de las normas jurídicas (D3).....	44

	<u>Pág.</u>
3. INTERPRETACIÓN Y CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO .....	48
4. CONCLUSIONES .....	49
<b>CAPÍTULO II. LA VALIDEZ JURÍDICA</b> .....	<b>53</b>
1. EXISTENCIA CONVENCIONAL Y VALIDEZ NORMATIVA .....	54
2. VALIDEZ REGULATIVA Y VALIDEZ CONSTITUTIVA .....	58
3. VALIDEZ FORMAL Y VALIDEZ MATERIAL.....	62
3.1. La distinción vista por los juristas .....	63
3.2. Una propuesta de reconstrucción .....	66
3.3. Validez material y competencia material .....	69
3.3.1. Los juicios de validez material o sustantiva .....	71
3.3.2. Los juicios de competencia material.....	75
4. CONCLUSIONES .....	84
<b>CAPÍTULO III. LOS DESAFÍOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO</b> .....	<b>87</b>
1. LOS SÍNTOMAS DE LA CRISIS Y LAS RAICES DEL PROBLEMA.....	88
1.1. Los síntomas de la crisis actual del positivismo jurídico. ....	89
1.2. Las raíces del problema: las tensiones internas al derecho.....	91
2. LA CUESTIÓN DEL MÉTODO JURÍDICO.....	98
2.1. La respuesta del positivismo jurídico .....	98
2.2. Una propuesta metodológica alternativa.....	101
2.2.1. Prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas, principios y juicios de prevalencia entre principios.....	101
2.2.2. El ajuste entre la dimensión justificativa y la dimensión directiva del derecho .....	104
2.2.3. El recurso a las convenciones y a la coherencia en la identificación del derecho.....	115
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>125</b>

## NOTA PRELIMINAR

En el entorno académico acostumbra a tener vigencia una regla de estilo que desaconseja emplear en los títulos de los libros expresiones que puedan provocar la perplejidad de sus potenciales lectores. En el título de este libro hay, sin embargo, una expresión —*intersticios del derecho*— cuyo sentido puede provocar, de entrada, cierta extrañeza. Empleo esta locución con bastante libertad, partiendo del significado con el que HART la empleaba<sup>1</sup>, pero sin ceñirme enteramente a él. Como es bien sabido, HART calificaba el poder de creación de derecho por parte de los jueces de *intersticial* para resaltar el *alcance limitado* del poder que éstos ostentan. Con esta expresión —recibida del célebre juez O. W. HOLMES—<sup>2</sup>, HART pretendía marcar distancia con un punto de vista más radical sobre la función creadora del derecho por parte de los jueces, de acuerdo con el cual «los jueces, cuando llegan al extremo en el que el derecho establecido existente no determina en algún sentido una decisión, simplemente dejan a un lado el derecho de los libros y empiezan a legislar *ex novo* para el caso en cuestión sin mayor referencia al derecho»<sup>3</sup>. Por el contrario, HART se preocupa de

---

<sup>1</sup> Cfr. HART, 1994b.

<sup>2</sup> Ya en 1917 HOLMES señalaba: «admito sin vacilación que los jueces de hecho legislan y deben legislar, pero sólo pueden hacerlo *intersticialmente* [...] Un juez del *common law* no puede decir “considero la doctrina del consentimiento un pedazo de sinsentido histórico y no voy a ponerla en práctica en mi tribunal”. Ciertamente no puede agrandar de esta forma la jurisdicción exclusiva de los tribunales de distrito y reducir el poder de los Estados» [Cfr. HOLMES, *Southern Pacific Co. V. Jensen*, 244, U.S., 205, 221 (1917) (voto particular del juez HOLMES), la cursiva es mía].

<sup>3</sup> En idéntico sentido HART exonera a HOLMES de los errores en los que algunos representantes más radicales de la teoría del derecho norteamericana habrían incurrido,

matizar que «entre los aspectos que distinguen el poder de creación judicial del derecho del poder de creación legislativo está la importancia que característicamente los tribunales atribuyen, cuando resuelven casos no regulados por el derecho existente, al procedimiento por analogía, así como a aseverar que el nuevo derecho que crean está de acuerdo con principios o razones subyacentes que pueden ser reconocidos como teniendo ya un apoyo en el derecho existente. Muy a menudo, al resolver tales casos, los tribunales citan algún principio general o intención general o propósito que puede entenderse que ejemplifica o promueve un área considerable del derecho existente y que apunta hacia una respuesta determinada en el caso inmediato»<sup>4</sup>.

Por tanto, la expresión *intersticial* es un adjetivo que HART usa para calificar el alcance limitado del poder creador de derecho de los jueces<sup>5</sup>; por mi parte, en el título y en las páginas de este libro

---

señalando que «Holmes, ciertamente, nunca cayó en estos extremos. A pesar de que proclamaba que los jueces legislan y deben legislar en ciertos puntos, él admitía que una vasta área del derecho legislado y muchas de las doctrinas del *common law* firmemente establecidas, tales como el requerimiento de la causa de los contratos, y las pretensiones de la, aún comparativamente amplia, teoría norteamericana del precedente vinculante, estaban suficientemente determinadas como para hacer absurda la visión del juez como, esencialmente, legislador. Así para Holmes, la función creadora del derecho de los jueces era “intersticial”» [Cfr. HART, 1994a: 331-332].

<sup>4</sup> Cfr. HART, 1983: 6-7.

Sin que para HART asumir esto suponga, en modo alguno, incurrir en el error que él considera opuesto y que atribuye a una teoría general del derecho de tipo holístico como la de DWORKIN, de acuerdo con la cual en el derecho existente estaría implícito un único conjunto de principios de primer orden que asignarían pesos relativos o prioridades a principios complejos de orden inferior [cfr. *Ibid.*: 7].

<sup>5</sup> Pese al carácter introductorio de estas páginas, no me resisto a señalar aquí una ambigüedad que acompaña a la expresión poder de creación intersticial del derecho empleada por HART y que, a mi juicio, ya se encontraba presente en HOLMES, de quien, como ya he dicho, HART adopta la locución. En primer lugar, por poder de creación intersticial del derecho puede entenderse un *poder de creación del derecho limitado en cuanto a la ocasión de su ejercicio*. Se trataría de un poder de ejercicio excepcional; reservado a los jueces sólo para ocasiones extraordinarias en las que no es posible determinar cuál es el contenido del derecho para un caso concreto. Sería un poder intersticial ni más ni menos porque supondría una excepción al poder general del legislador.

Pero por poder de creación intersticial del derecho puede entenderse también un *poder para legislar de ejercicio pautado*; un poder sujeto a límites concernientes al tipo de factores que han de ser tenidos en cuenta para decidir los casos. Se trata, en suma, de que la decisión del juez creador intersticial de derecho no es libre (o no es enteramente libre). Por cierto que esta acepción no es, en absoluto, incompatible con la anterior y con toda seguridad trae su causa en idénticas razones a las que sirven de fundamento para limitar la ocasión del ejercicio del poder de los jueces. Ahora bien, aunque no me

no utilizo la expresión *intersticios* del derecho como un adjetivo que califica el poder creador de derecho de los jueces, sino como un sustantivo que evoca una zona situada fuera del área de certeza del derecho. Este uso de la expresión, aunque comparte rasgos de la connotación del adjetivo *intersticial* empleado por HART, está también bastante próximo al significado común del término. De acuerdo con dicho significado usual, *intersticio* sería un salto o brecha en un espacio por lo general continuo<sup>6</sup>. Pues bien, en el uso que hago del sustantivo *intersticio* trato precisamente de evocar la imagen de un anillo o área de penumbra que media entre el conjunto de estándares normativos que son inequívocamente reconocidos como derecho y aquellos otros que claramente no lo son<sup>7</sup>. La indagación sobre este halo de penumbra es la constante que vertebra los tres núcleos temáticos de los que me ocupo en este libro: la indeterminación del derecho, la validez jurídica y la crisis actual del positivismo jurídico. Veremos cómo todo intento de aproximación a cada uno de estos tres problemas nos termina por abocar a la nebulosa región de los intersticios del derecho.

El halo intersticial del derecho es un territorio escasamente explorado, plagado de considerables dificultades teóricas que suelen desmotivar a juristas y filósofos del derecho. Para orientarse en este penumbroso territorio es imprescindible enfrentarse a cuestiones ampliamente controvertidas entre los teóricos del derecho; cuestiones a las que subyacen problemas iusfilosóficos capitales. Se trata de problemas tales como la creación de derecho por los jueces, al que ya he aludido; la discordancia entre la dimensión fáctica y la dimensión normativa del derecho; entre su función de guía de la conducta y su función de protección de un conjunto de valores; entre las razones autoritativas que el derecho nos proporciona y las

---

es posible desarrollar más aquí esta idea, creo que tanto HOLMES como HART se deslizan inadvertidamente de una a otra acepción, y no distinguen claramente entre ambas.

<sup>6</sup> De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española* de la RAE, «intersticio» se define como «hendidura o espacio, por lo común pequeño, que media entre dos cuerpos o entre dos partes de un mismo cuerpo»; el significado es análogo en inglés, de acuerdo con el *Webster Dictionary*, un *interstice* es «a gap o break in something generally continuos».

<sup>7</sup> Estoy pensando en estándares de naturaleza puramente moral o social, carentes de cualquier relevancia jurídica, como por lo general lo son las reglas de cortesía o etiqueta, o los estándares que rigen las relaciones de amistad.

razones sustantivas que éste incorpora, etc. Al abordar los tres núcleos temáticos que componen este libro iré haciendo referencia a éstas y otras cuestiones iusfilosóficas; por el momento basta con apuntar que —como no podría ser de otra manera— en función de cuál sea nuestra posición sobre tales cuestiones iusfilosóficas, las luces y las sombras que se proyectan sobre el halo intersticial del derecho serán muy distintas.

Aun cuando mi tratamiento de los problemas de la indeterminación del derecho, la validez jurídica y la crisis actual del positivismo jurídico, tenga en buena medida su germen en otros trabajos anteriores<sup>8</sup>, los capítulos de este libro han sido cuidadosamente concebidos de principio a fin como un proyecto autónomo, cuya unidad interna reside en el propósito de mostrar cómo el análisis de estos tres nodos centrales de la actual teoría del derecho, tarde o temprano, nos exige adentrarnos en el halo intersticial del derecho e intentar hacer frente a las enormes dificultades teóricas que acompañan el paso por el mismo. El examen de cada uno de estos temas me permitirá proyectar diferentes haces de luz sobre esta zona intersticial. Con la suma de imágenes que de cada uno de estos haces vaya obteniendo, trataré de ofrecer una visión final más completa del área intersticial del derecho.

En el primer capítulo de este libro, que lleva por título *La indeterminación del derecho*, me ocupo de dos problemas estrechamente vinculados a lo que HART denominaba *creación intersticial de derecho*; es decir, esa zona del derecho donde la clásica división entre actos de creación y de aplicación del derecho se desdibuja. Se trata de los problemas de la indeterminación del derecho y de la derrotabilidad de las normas. A mi juicio, sólo a partir de una reconstrucción cuidadosa de los conceptos de indeterminación y de derrotabilidad resulta posible comenzar a abordar la polémica cuestión de la creación judicial de derecho. Dicha reconstrucción debe comenzar constatando una dificultad obvia: no hablamos de *indeterminación* o de *derrotabilidad* en un único sentido, sino que, en el uso corriente de los teóricos, estas expresiones se emplean con

---

<sup>8</sup> De todos estos problemas me he ocupado en los últimos diez años, principalmente en los siguientes trabajos: RÓDENAS, 2001: 63-83; 2003: 417-448; 2006: 249-270; 2007: 543-549, y 2009: 177-188.

diversas acepciones. En el capítulo primero me propongo explorar aquellas acepciones que me parecen más significativas, así como poner de manifiesto la vinculación que existiría entre alguno de los sentidos de *indeterminación* y alguno de los sentidos de *derrotabilidad*. Mi tesis es que no es posible llegar a una comprensión completa de la indeterminación del derecho sin una comprensión adecuada del problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas.

El análisis de los conceptos de indeterminación y derrotabilidad me permitirá extraer algunas consecuencias interesantes respecto de dos momentos fundamentales en la tarea aplicativa de normas que llevan a cabo básicamente los jueces y tribunales: la actividad interpretativa y la creación discrecional de derecho. A partir de los diferentes sentidos de indeterminación y de derrotabilidad, voy a tratar de identificar de forma más o menos genérica los problemas de indeterminación a los que es posible poner remedio mediante la actividad interpretativa y aquellos otros ante los cuales, en cambio, no cabe sino el ejercicio de la discrecionalidad. Mi intención es mostrar cómo, a la hora de reconstruir racionalmente la actividad aplicativa de normas que llevan a cabo jueces y tribunales, las convenciones interpretativas desempeñarían un papel mucho más amplio del que usualmente se les atribuye, lo que no es óbice para que, de manera sumaria, podamos perfilar los rasgos genéricos de aquellas situaciones de inflexión en las que la actividad interpretativa cede el paso a la creación discrecional de derecho. Aunque la creación discrecional de derecho sea, en mi opinión, un fenómeno bastante marginal, la interpretación no puede considerarse, en contra de cómo se presenta por algunos, como una actividad que «traspasa uno y otro lado de la división entre la identificación del derecho existente y la creación de nuevo derecho»<sup>9</sup>. Por el contrario, como acabo de señalar, por más que la interpretación se entienda como una actividad con un amplio abanico de posibilidades de juego, cabe concebir un punto en el que la baraja queda rota y no se puede seguir hablando de actividad interpretativa, sino de creación discrecional de derecho. Proyectar algo de luz sobre este punto de inflexión va a ser, precisamente, el otro objetivo de este capítulo.

---

<sup>9</sup> Cfr. RAZ, 1996: 26. «En lo que a la interpretación se refiere [prosigue RAZ], esta distinción no se aplica. Ya sea que algunas veces identifiquen el derecho tal como es y otras veces hagan nuevo derecho, los tribunales, parece ser, siempre lo interpretan».

En el segundo capítulo, titulado *La validez jurídica*, analizo uno de los conceptos más escurridizos de la teoría del derecho: la noción de validez jurídica. El primer obstáculo con el que tropezamos al adentrarnos en el problema de la validez de las normas y de los actos jurídicos es la ausencia de un concepto suficientemente estable de validez jurídica, compartido centralmente por quienes han teorizado sobre la materia. La noción de validez jurídica no sólo parece variar en función de cuál sea el autor que la maneje, sino que, en ocasiones, un mismo autor puede confundirnos, empleando inadvertidamente diferentes nociones de validez. La dificultad no radica tanto en que no se maneje una noción unívoca de validez jurídica —problema éste recurrente en muchos conceptos jurídicos fundamentales—, sino, más bien, en que las diversas nociones de validez jurídica que se emplean no parecen compartir un núcleo conceptual claro.

Mi estrategia aproximativa al problema de la validez jurídica no soslaya esta dificultad, mediante la táctica de proponer una visión simplificadora del problema; trato, por el contrario, de captar el problema de la validez en toda su complejidad: tomando como punto de partida las principales nociones de validez empleadas por teóricos y juristas, pretendo poner orden en las mismas, descubriendo las relaciones de complementariedad y de oposición entre las diversas nociones, y mostrando cómo la adopción de diferentes puntos de vista sobre la naturaleza del derecho y su halo intersticial condiciona el tipo de concepción que sobre la validez jurídica se suscribe.

En este capítulo examino tres distinciones. Se trata de la distinción entre existencia y validez normativa; entre validez regulativa y validez constitutiva, y entre validez formal y validez material. Estas tres distinciones permiten una aproximación al problema de la validez jurídica graduada de un mayor a menor grado de abstracción: las nociones de existencia y validez normativa serían los conceptos más amplios o abstractos y se hallarían presupuestos —de manera más o menos implícita— en las restantes nociones; por su parte, las nociones de validez regulativa y constitutiva se presentan como dos concreciones de la validez normativa y, finalmente, los conceptos de validez formal y de validez material aparecen como las dos dimensiones fundamentales de la validez regulativa.

Al abordar estos tres pares de conceptos contrapuestos, no voy a ocuparme sólo de su núcleo conceptual claro, sino que daré cuenta también de las dificultades que se plantean cuando nos alejamos del núcleo de certeza de cada uno de ellos y tratamos de delimitarlos respecto de los demás y, asimismo, de ciertas tensiones que presentan las relaciones entre ellos. También aquí me ocuparé, pues, de un conjunto de problemas situados en el área intersticial del derecho.

En el tercer y último capítulo, que lleva por título *Los desafíos del positivismo jurídico*, cuestiono la capacidad del positivismo jurídico para dar cuenta del razonamiento que llevan a cabo los órganos de aplicación del derecho cuando se ven obligados a buscar la solución a los casos saliéndose de la zona claramente reconocida como derecho e internándose en el halo intersticial del derecho. La conclusión a la que llego es que, hasta hoy, el positivismo jurídico ha sido incapaz de proporcionar un instrumental teórico adecuado que permita la reconstrucción racional del razonamiento que el ordenamiento jurídico demanda en estos casos de los órganos de aplicación.

La tesis que defiendo en este capítulo final es que, al menos en lo que a los sistemas jurídicos desarrollados se refiere, hay determinadas ocasiones en las que hacer depender la identificación del derecho de juicios de valor no sólo no contraviene lo que el derecho requiere de los jueces y demás aplicadores de normas, sino que, por el contrario, viene exigido por éste. En concreto, sostengo que los juicios de valor operan en el momento de la aplicación del derecho en un doble sentido: haciendo, por un lado, que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, no serían identificables como derecho, resulten ser, no obstante, aplicables y, por otro lado, que normas autoritativamente identificadas como derecho resulten, pese a ello, inaplicables. En el primer caso las consideraciones valorativas operarían como condición suficiente de la juridicidad, ya que permiten identificar como jurídicas normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes, no lo serían. Mientras que, en el segundo caso, las consideraciones valorativas serían condición necesaria de la juridicidad, ya que permiten excepcionar, o incluso invalidar, el derecho basado en los criterios autoritativos reconocidos en las fuentes.

Mi insatisfacción con los logros de la concepción estándar del positivismo jurídico a la hora de afrontar este tipo de situaciones, me lleva a presentar las bases de lo que —a mi juicio— debería ser un buen proyecto metodológico alternativo<sup>10</sup> que permita a los juristas hacer frente a los retos que plantea la creación intersticial de derecho. Concretamente, sostengo que esta metodología debe tener como presupuesto una adecuada comprensión de las razones que el derecho incorpora y que, para ello, es esencial distinguir entre *formulaciones normativas que expresan reglas, principios y juicios de prevalencia entre principios*. La distinción entre estos tres tipos de pautas nos proporciona una buena base desde la que reconstruir la argumentación que los juristas llevan a cabo cuando se produce un desajuste entre la dimensión directiva del derecho y la justificativa; entre aquello que se nos ordena y la razón por la que se nos ordena. Sostengo también que sólo podemos situarnos en el buen camino si acudimos a las *convenciones interpretativas* compartidas por la comunidad jurídica y empleamos una *metodología coherentista*. Se trata, en suma, de presentar las bases de una propuesta metodológica alternativa desde la que hacer frente a la tarea argumentativa a la que se enfrentan los órganos de aplicación del derecho cuando se sitúan en ese halo intersticial del derecho al que hago referencia en el título del libro.

Hasta aquí he expuesto lo que son las líneas maestras de este libro, pero hay otra cuestión sobre el mismo que no voy a desaprovechar la ocasión de referir en estas páginas introductorias. Todas las tesis que aquí defiendo han sido ampliamente discutidas con el resto de mis compañeros del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante: Manuel ATIENZA, Juan RUIZ MANERO, Josep AGUILÓ, Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ, Daniel GONZÁLEZ LAGIER, Isabel LIFANTE, Victoria ROCA PÉREZ y Macario ALEMANY. Naturalmente, no pretendo con ello exonerarme de mi responsabilidad por los errores que haya podido cometer: no creo que la discusión colectiva de ideas sea, de por sí, una garantía suficiente de la corrección de los resultados de una investigación; pero no deja de ser un buen banco de pruebas para detectar falacias argumentativas, premisas

---

<sup>10</sup> Aunque, como veremos, no necesariamente incompatible con ciertos enfoques positivistas.

entimemáticas o argumentos huérfanos de justificación externa. En suma, se trata de un método bastante fiable —si no el mejor del que disponemos— para confrontar la corrección de los resultados de nuestra investigación. Tener la buena fortuna de disponer de un entorno de trabajo que ha hecho posible este constante flujo de ideas ha constituido una de las experiencias intelectuales más estimulantes y satisfactorias de mi vida. Confío y deseo que esta experiencia siga proyectándose hacia el futuro.

Como espero que el lector haya intuido, ésta no es más que una manera algo torpe de expresar mi agradecimiento a mis compañeros del departamento de Filosofía del Derecho. Con todos ellos tengo una deuda por las valiosas críticas, comentarios y sugerencias que me han hecho, pero de manera muy destacada con Juan RUIZ MANERO, sin cuya insistencia este libro no sería hoy una realidad; con Manuel ATIENZA, por la confianza que siempre ha depositado en mi trabajo (y que espero no haber defraudado), y con Daniel GONZÁLEZ, por todas las veces que en los últimos años me ha repetido «Ángeles: tienes que hacer el libro». Finalmente, hago también extensivo mi agradecimiento a José Juan MORESO, quien, con una generosidad que sólo puede rivalizar con su indiscutible inteligencia, leyó en su momento una primera versión del tercer capítulo de este libro y me hizo críticas y sugerencias que me han sido de gran utilidad.

## CAPÍTULO I

### LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

Como he indicado en las páginas introductorias, el objeto de este capítulo es el análisis de dos conceptos estrechamente vinculados a lo que HART llamaba «creación intersticial de derecho»: los conceptos de *indeterminación* y de *derrotabilidad*. Ya he advertido también que no existe una única acepción compartida de indeterminación y de derrotabilidad, sino que estas expresiones se emplean con diversos significados, de modo que la adhesión a uno u otro significado viene condicionada por la concepción del derecho —y de su correspondiente área de penumbra— de la que se parta. En las dos primeras secciones de este capítulo voy a ocuparme de aquellas acepciones que me parecen más significativas, poniendo de manifiesto la estrecha vinculación existente entre ciertas causas de indeterminación del derecho y el problema de la derrotabilidad de las normas.

Apoyándome en el análisis precedente, en la última sección de este capítulo voy a tratar de identificar, de forma más o menos genérica, los problemas de indeterminación a los que es posible poner remedio mediante la actividad interpretativa y aquellos otros ante los cuales, en cambio, no cabe sino la discrecionalidad. Se trata, por tanto, de arrojar alguna luz sobre el contorno de dos actividades fundamentales en la aplicación judicial del derecho: la actividad interpretativa y la creación discrecional del derecho<sup>1</sup>. Aunque mi

---

<sup>1</sup> La noción de discrecionalidad que voy a manejar aquí está asociada, por tanto, a los problemas de indeterminación del derecho. La discrecionalidad, así entendida,

énfasis esté puesto en mostrar cómo la actividad interpretativa tiene un recorrido más amplio del que generalmente se le atribuye, también me ocuparé de caracterizar el punto de inflexión en el que ya no podemos hablar de actividad interpretativa, sino de creación discrecional de derecho.

## 1. INDETERMINACIÓN

Aunque, como vamos a ver, los términos *indeterminación* y *derrotabilidad* están estrechamente ligados entre sí, es usual utilizar el término *indeterminación* en referencia a una característica del derecho, mientras que se habla de derrotabilidad en relación a una cualidad de las normas jurídicas. De la indeterminación del derecho se puede hablar en varios sentidos diferentes. Sin pretensión de exhaustividad, ni de trazar categorías necesariamente excluyentes entre sí, seguidamente voy a esbozar una panorámica de los principales sentidos en los que comúnmente se habla de problemas de indeterminación del derecho<sup>2</sup>.

---

es —como se verá— un remedio ante una situación anormal que se produce en el ordenamiento jurídico: la ausencia de estándares jurídicos de acuerdo con los cuales resolver las disputas. Pero —como se ha ocupado de distinguir Isabel LIFANTE— la discrecionalidad se puede entender también en un sentido diferente, aunque relacionado con el anterior. En esta segunda acepción, la discrecionalidad sería una actividad de desarrollo y concreción del derecho, resultado de una delegación de poderes, en la que el derecho señala los fines a alcanzar y deja en manos del operador jurídico la determinación de los medios más idóneos para ello [cfr. LIFANTE, 2002: 413-439]. Tradicionalmente se ha entendido que el primer tipo de discrecionalidad sería la atribuida a los órganos judiciales, mientras que el segundo a los administrativos. Aunque esta contraposición resulta relativa, ya que ambas clases de órganos pueden ejercer discrecionalidad en los dos sentidos, sigue siendo válida si se la considera como una mera caracterización de las actividades desarrolladas típica o centralmente por una y otra clase de órganos.

<sup>2</sup> Trazo esta panorámica sobre los problemas de indeterminación del derecho inspirándome básicamente en tres enfoques diferentes: el de Josep AGUILÓ [AGUILÓ, 2000: 108]; el de Riccardo GUASTINI [GUASTINI, 1993: 345-357] y el de M.<sup>a</sup> Cristina REDONDO, [REDONDO, 1997: 177-196].

## 1.1. Indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos

Hablar de indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos presupone un enfoque del derecho de acuerdo con el cual éste es visto como un sistema normativo orientado a la justificación de decisiones, que se entienden justificadas en tanto su contenido resulte deductivamente derivable del contenido de normas generales (más la descripción de los hechos del caso). Por tanto, la indeterminación en esta acepción afecta a cuestiones de regulación o calificación deóntica. El derecho resulta indeterminado porque no podemos precisar exactamente cuál es el estatus jurídico de determinadas acciones<sup>3</sup>. Esta indeterminación puede tener su causa bien en problemas de consistencia de los sistemas jurídicos, bien en problemas de completitud. Se trata, por tanto, del problema de las lagunas y de las antinomias.

### 1.1.1. *Las lagunas*

El primero de estos problemas —las lagunas— y su tratamiento por parte de los autores positivistas que, en mi opinión, mejor lo han abordado —Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN— constituye una buena muestra, a la vez, de las virtualidades y de los límites del enfoque positivista.

ALCHOURRÓN y BULYGIN, en efecto, observan certeramente que, bajo el rótulo indiferenciado de lagunas en el derecho, la literatura jurídica suele ocuparse también indiferenciadamente de diversos problemas distintos entre sí, lo que genera oscuridad y origina pseudoacuerdos y pseudodesacuerdos entre los juristas. Para poner orden en esta problemática, ALCHOURRÓN y BULYGIN<sup>4</sup> proponen distinguir tres conceptos distintos: los de laguna normativa, laguna axiológica y laguna de reconocimiento. De acuerdo con sus defi-

---

<sup>3</sup> Cfr. REDONDO, 1997: 108.

<sup>4</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974.

niciones, un cierto caso genérico constituye una *laguna normativa* de un cierto sistema normativo cuando ese sistema no contiene una norma que correlacione el caso con una solución, esto es, con la calificación normativa de una determinada conducta; un cierto caso, asimismo genérico, constituye una *laguna axiológica* de un cierto sistema normativo cuando ese sistema sí contiene una norma que soluciona el caso, pero sin tomar en cuenta como relevante alguna propiedad que, de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia, debiera tomarse en cuenta como relevante; finalmente, un cierto caso individual o menos genérico constituye una *laguna de reconocimiento* cuando, por falta de determinación semántica de los términos empleados en la configuración de un cierto caso genérico, resulta dudoso si el caso individual o menos genérico resulta subsumible en él.

Como los supuestos de lagunas de reconocimiento resultan indistinguibles de los problemas de indeterminación lingüística del derecho, de los que me ocupo más adelante, concentraré aquí brevemente mi atención en los supuestos de lagunas normativas y de lagunas axiológicas. No cabe duda de que la distinción entre ambas contribuye a disipar la oscuridad en que venía moviéndose el tratamiento de estos problemas por los juristas, porque ciertamente son problemas distintos el que un caso no esté solucionado por un determinado sistema de normas y el que ese mismo caso esté solucionado de forma insatisfactoria porque el sistema no realice distinciones que debiera realizar, al no reconocer como relevante alguna propiedad que debiera reconocer como tal.

Hasta aquí, la vertiente claramente positiva e irrenunciable de la aportación de ALCHOURRÓN y BULYGIN. Pero sus límites, o sus déficits, aparecen también con claridad en cuanto les interrogamos por cuáles son los deberes del juez en tales situaciones. En los supuestos de laguna normativa, dirán ALCHOURRÓN y BULYGIN, el juez no tiene otro deber sino el de fallar y cumple con él fallando en cualquiera de los dos sentidos posibles, esto es, a favor del demandante o a favor del demandado. El derecho no contiene guía alguna para el juez en estos casos. En cuanto a los supuestos de lagunas axiológicas, el juez tiene el deber de aplicar la solución prevista en la norma de que se trate, pues cualquier *hipótesis de relevancia*, desde la que se señale que la norma no hace distinciones que debiera hacer, es

necesariamente externa y ajena al derecho. En *Riggs vs Palmer*, en efecto, de acuerdo con ALCHOURRÓN y BULYGIN, el tribunal debiera haber entregado al nieto demandante la posesión de la herencia de su abuelo, pues el haber asesinado al causante, al no ser una propiedad que la regla aplicable considere como relevante, es tan irrelevante para la solución jurídicamente debida como el que el nieto tuviera los ojos azules o fuera aficionado al yoga.

Las tesis, sostenidas por ALCHOURRÓN y BULYGIN, de que si las reglas jurídicas guardan silencio el juez es libre de adoptar cualquier decisión posible, para la que no tiene otra guía que sus criterios personales de preferencia, o de que si una regla estipula una cierta solución para un caso ya no hay jurídicamente nada más que añadir, chocan ciertamente con la *communis opinio* de los juristas. De acuerdo con éstos, en los supuestos de laguna normativa la decisión del juez también ha de encontrarse jurídicamente fundada y los supuestos de lagunas axiológicas bien pudieran constituir supuestos de excepciones implícitas a las reglas<sup>5</sup>. Pero los instrumentos conceptuales de ALCHOURRÓN y BULYGIN les inhabilitan necesariamente para dar cuenta de tales cosas: si la vertiente regulativa del derecho está compuesta exclusivamente por directivas de conducta en forma de reglas, en ausencia de regla aplicable no hay, por definición, regulación jurídica alguna; y si hay regla aplicable, hay toda la regulación jurídica que puede haber, y hablar de lagunas axiológicas o de excepciones implícitas no es otra cosa más que emplear subterfugios para sustraerse a esa regulación.

En este sentido, una imagen de las lagunas en el derecho que integre la penetración analítica de ALCHOURRÓN-BULYGIN con las creencias compartidas entre los juristas, requiere partir de una imagen del derecho que no reduzca ésta a directivas de conducta en forma de reglas, sino que integre su vertiente de protección y promoción de bienes y valores, en forma de principios. Tal es el caso de la reformulación llevada a cabo por Juan RUIZ MANERO de las nociones de laguna normativa y de laguna axiológica. De acuerdo con este autor, «un cierto caso constituye una *laguna normativa* de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema jurídico no contiene una

---

<sup>5</sup> Más adelante, al hilo de la derrotabilidad, me ocuparé de la cuestión de las excepciones a las reglas.

regla que correlacione el caso con una solución normativa y (2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida». Y, por su parte, «un cierto caso constituye una *laguna axiológica* de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero (2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante»<sup>6</sup>. De acuerdo con estas redefiniciones sí es posible dar cuenta —como decisiones jurídicamente fundadas— de decisiones adoptadas en ausencia de regla aplicable (en los supuestos de lagunas normativas) o contra lo estipulado en una regla *prima facie* aplicable (en los supuestos de lagunas axiológicas)<sup>7</sup>.

### 1.1.2. *Las antinomias*

Vayamos ahora al problema de las antinomias. Hablamos de antinomia o contradicción cuando dos reglas jurídicas correlacionan el mismo caso con soluciones normativas incompatibles. Los criterios *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis* operarían como

---

<sup>6</sup> RUIZ MANERO, 2005: 123.

<sup>7</sup> Desde un enfoque diferente al que voy a desplegar en las páginas siguientes, Jorge RODRÍGUEZ ha perfilado un concepto de laguna axiológica que, en una de sus acepciones, podría proporcionar un buen punto de partida para un análisis alternativo al que aquí se expone —aunque no necesariamente incompatible con él—. Este autor defiende que «bajo el concepto de laguna axiológica parecen confundirse dos nociones diferentes: la idea de laguna axiológica como enunciado de crítica respecto de un sistema normativo (un enunciado prescriptivo) expresado desde el punto de vista interno de otro sistema normativo (el sistema axiológico del intérprete), y la idea de laguna axiológica como enunciado interpretativo respecto de cierto conjunto de formulaciones normativas que intenta reconstruir las intenciones de la autoridad normativa. En este segundo sentido, no se trata necesariamente de un enunciado prescriptivo o valorativo, dado que puede tratarse simplemente de una descripción del hecho de que, aunque la autoridad normativa no le ha atribuido relevancia a una cierta propiedad a través de una formulación explícita, esa propiedad es implícitamente relevante en el sistema de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad, el cual puede ser reconstruido a través de una análisis cuidadoso de las restantes normas promulgadas por la autoridad» [cfr. J. L. RODRÍGUEZ, 1999: 349-369].

una suerte de metarreglas que posibilitan la solución de la mayor parte de antinomias mediante pautas proporcionadas por el propio derecho. Ahora bien, el ideal racional de la consistencia es de difícil realización completa: no todas las antinomias pueden resolverse siempre por el uso de las metarreglas *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*.

RUIZ MANERO ilustra esta insuficiencia de los sistemas jurídicos con el siguiente ejemplo: «supongamos una norma N1 contenida en una ley procesal, de acuerdo con la cual todos los funcionarios públicos tendrían la obligación de entregar al juez penal cualquier documento solicitado por éste, y supongamos asimismo una norma N2 [—del mismo grado que la anterior—] con arreglo a la cual los funcionarios públicos tienen prohibido entregar a cualquiera los documentos calificados como secretos de los que tuvieran conocimiento por razón de su cargo». Estas dos normas resultan antinómicas en relación con algunas combinaciones de propiedades no previstas por la autoridad editora de ninguna de ellas. Ahora bien, puesto que las dos normas son del mismo grado, no es de aplicación al caso el principio *lex superior*; el principio *lex posterior* resulta aquí irrelevante, y el principio *lex specialis* podría operar en ambos sentidos<sup>8</sup>.

Parece pues que, en ausencia de metarreglas para resolver la antinomia, el juez no tendría otra posibilidad que crear derecho *ex novo*, utilizando sus criterios personales de preferencia. Sin embargo, no parece que los juristas consideren que el juez puede escoger sin más una de las dos reglas en conflicto, sino que entienden que habrá de atender al peso, en relación con el caso, de las razones subyacentes a una y otra regla en conflicto. Se trataría en suma de determinar lo que es debido de acuerdo con el derecho implícito.

## 1.2. La indeterminación lingüística de las normas

También la indeterminación del derecho aparece vinculada a la indeterminación lingüística de las normas. La indeterminación lingüística supone que no es posible identificar qué es lo que el dere-

---

<sup>8</sup> *Ibid.*: 106 ss.

cho requiere debido a problemas del lenguaje mediante el que éste se expresa. La indeterminación lingüística puede tener su origen tanto en problemas de ambigüedad como en problemas de vaguedad. Me detendré brevemente en ambos problemas, para vincularlos luego al derecho implícito.

### 1.2.1. *La ambigüedad*

Empezando por la ambigüedad, como es sabido, ésta puede traer su causa en alguno de los siguientes tipos de problemas: semánticos, sintácticos y pragmáticos<sup>9</sup>. La ambigüedad semántica afecta a los términos. Hablamos de ambigüedad semántica cuando un mismo término es susceptible de asumir diferentes significados. Por ejemplo, en el enunciado que reconoce el derecho a la inmunidad parlamentaria de los diputados, el término *diputado* puede referirse sólo a los diputados en las Cortes Generales — como parece que en principio era el caso en derecho español — o bien también a los diputados de los distintos parlamentos autonómicos o del Parlamento europeo. Por su parte, la ambigüedad sintáctica afectaría a la estructura lógica de los enunciados, es decir, al modo en que las palabras están conectadas entre sí. Así, en el enunciado que expresa «podrán matricularse en la facultad de derecho aquellos alumnos procedentes de bachillerato que hayan aprobado la selectividad y los mayores de veinticinco años que hayan superado las pruebas de acceso» la subordinada de relativo «que hayan superado las pruebas de acceso» puede referirse sólo a los mayores de veinticinco años o también a los estudiantes procedentes de bachillerato que hayan aprobado la selectividad. Finalmente, respecto de la ambigüedad pragmática, hay que comenzar advirtiendo que es un tipo de ambigüedad raro. Se produciría cuando un mismo enunciado puede cumplir diferentes usos o funciones del lenguaje, sin que del contexto sea posible esclarecer de qué uso se trata. Por ejemplo, «corresponde al Decano convocar la Junta de Facultad», podría entenderse bien como el establecimiento de una condición necesaria y/o suficiente para la convocatoria de la Junta de Facultad o bien como una norma de mandato que obliga al Decano

---

<sup>9</sup> Cfr. GUASTINI, 1993: 351-355.

a convocar la Junta de Facultad, o bien como una norma permisiva que le permite convocarla.

### 1.2.2. *La vaguedad*

Por su parte la vaguedad no afecta a los términos, sino a los conceptos. Es posible diferenciar entre problemas de vaguedad extensional y de vaguedad intensional. Hablamos de vaguedad extensional cuando no está claro el campo de aplicación de un concepto y de vaguedad intensional cuando no queda claro el conjunto de rasgos que lo caracterizan. Por ejemplo, en el enunciado que expresa «se considerará punible la tenencia de droga en cantidad suficiente para el tráfico», la noción de «cantidad suficiente para el tráfico» resulta intensionalmente vaga. ¿Dónde situar el límite entre una cantidad de droga destinada al consumo y una cantidad destinada al tráfico? ¿Son 100 gr. de hachís una cantidad de droga destinada al consumo? ¿Y 110? ¿Y 150? Y, obviamente, si no sabemos situar el límite (intensional) entre una cantidad de droga que se supone destinada al consumo y una cantidad que se supone destinada al tráfico, tampoco podemos trazar la frontera (extensional) entre los casos punibles y los que no lo son.

Pues bien, la solución a todos estos problemas lingüísticos requiere derivar reglas mediante procedimientos que no son estrictamente lógicos. La atribución de significados a las normas que plantean problemas de ambigüedad o de vaguedad está estrechamente conectada con el derecho implícito. Como advierte LAPORTA, el significado que tienen algunos de los términos naturales o técnicos que aparecen en las normas jurídicas «suscita muchos problemas de interpretación y no se sabe muy bien si ciertas situaciones o estados de hecho caen bajo el alcance de los términos usados en las formulaciones textuales de las normas [...] Vale la pena mencionar que el conjunto de propiedades fijadas por las reglas de uso de los conceptos técnicos (en sus diversos grados) es producto muchas veces de la elaboración doctrinal y teórica, que aporta así también su caudal de soluciones al derecho implícito»<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. LAPORTA, 2002: 140.