

TEORÍA DEL RAZONAMIENTO Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

GRUPO A

TEMA 3. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO: LA TESIS DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

Sumario: I. Unidad de solución correcta y discrecionalidad judicial. II. Casos fáciles y casos difíciles. II.1. Concepto y tipos. III. Conceptos esencialmente controvertidos y jurídicamente indeterminados. IV. Conflictos de principios

1. UNIDAD DE SOLUCIÓN CORRECTA Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

La tesis de la unidad de solución correcta ha sido sustentada, aunque con distinto alcance, por varias posiciones teóricas. De ellas vamos a examinar dos que, desde presupuestos distintos sostienen básicamente que para todo caso que se plantee existe en el orden jurídico una respuesta correcta y que esta respuesta es susceptible de ser conocida o alcanzada¹.

A este respecto examinaremos a continuación la posición del positivismo formalista y de R. Dworkin.

1. POSITIVISMO FORMALISTA Y RESPUESTA CORRECTA

Como sabemos, los ordenamientos jurídicos que nacen con la codificación se caracterizan entre otros rasgos, porque en ellos la jurisprudencia no es fuente de Derecho.

Esta posición se justifica, como escribe M. Gascón² en el principio de división o separación de poderes -apuntado ya por Locke (1689) y formulado en su expresión moderna por Montesquieu (1748)- y, junto a éste, en el principio de legitimidad democrática de los órganos creadores de Derecho. De la combinación de ambos principios se sigue la negación del carácter normativo/creador de normas jurídicas a la actividad de jueces y tribunales. Éstos encuentran la justificación de su actividad, en la

¹ Vid. El monográfico en Doxa “Sobre la justificación de las decisiones jurídicas” nº 8, 1990. A. Aarnio “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, M. Atienza “Para una teoría de la argumentación jurídica”, J. Barragán “la respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica”, G. Bergholtz “Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”.

² M., Gascón, *Lecciones de Teoría del Derecho*, cap. MacGraw-Hill, De la misma autora véase *La técnica del precedente y la argumentación racional*, pp. 15-29, Madrid, Tecnos

aplicación estricta de las normas creadas por el legislador, único órgano con legitimidad democrática de origen para la producción normativa.

Ahí -continúa M. Gascón- encuentran su razón de ser los otros dos principios fundamentales que plasman esta exigencia de actuación legítima de los órganos judiciales: la vinculación a la ley y la independencia judicial.

En el marco de estos principios se diseñan los conceptos de aplicación e interpretación del Derecho conformes a ellos. La interpretación de las normas es una actividad meramente cognoscitiva y subsidiaria (no necesaria) que consiste en extraer de una disposición el sentido previo y acabado que el legislador ha depositado en ella. Por su parte la aplicación es una tarea cognoscitiva y mecanicista que se consiste en recabar y conocer el significado de las normas creadas por el legislador y, a partir de ahí, a "subsumir" el supuesto de hecho concreto en el supuesto de hecho abstracto de la norma así obtenida.

El primer positivismo del continente europeo se aferró, como escribe Luis Prieto³, a la idea de la objetividad interpretativa, según la cual de un modo u otro el Derecho positivo ofrece siempre una y sólo una respuesta correcta ante cualquier problema práctico; respuesta que puede ser percibida por un jurista bien informado.

Este conjunto de presupuestos descansaba, desde luego, en la confianza en la racionalidad legislativa, una confianza que está muy presente en el programa ilustrado. Esta concepción mecanicista o silogística para la que el sistema legal formal un sistema perfecto, unitario y coherente hunde sus raíces en el modelo propuesto por la Ilustración jurídica. Esta posición sostiene la plena determinación del Derecho y el carácter lógico de la interpretación.

Desde entonces han cambiado muchas cosas, puesto que se han visto superados tanto la teoría mecanicista de la aplicación del Derecho, el postulado cognoscitivista de la interpretación de las normas, y la idea de que la actividad de los operadores jurídicos se mantiene estrictamente dentro de coordenadas lógicas y neutrales. Por el contrario, lo que se manifiesta hoy de un modo mucho más acuciante, es la necesidad de garantizar que la actuación de tales operadores no es arbitraria, aunque cada vez es más evidente el margen de discrecionalidad de que gozan los intérpretes y aplicadores del Derecho y especialmente los jueces.

³ L. Prieto, *Positivismo y constitución*, Fontamara, México y pp. 14 y ss Prólogo a Santiago Sastre

2. RONALD DWOKIN: RESPUESTA CORRECTA Y EL DERECHO COMO INTEGRIDAD.

La segunda vertiente de la tesis de la única respuesta correcta ha sido desarrollada por R. Dworkin. Según este autor se puede hablar de discreción judicial en tres sentidos: dos son débiles y uno es fuerte⁴.

Según el **primer sentido débil**, se habla de discrecionalidad en las situaciones en las que se ha de tomar una decisión discerniendo para aplicar criterios de decisión que están predeterminados.

Este sentido de discreción o discrecionalidad da cuenta de aquellas situaciones en las que, aun cuando el Derecho ofrezca una respuesta al caso que debe ser dirimido, ésta solución no es obvia, sino que identificarla requiere un proceso intelectual complejo. Es decir, son necesarios el juicio y el discernimiento para identificar la respuesta jurídica correcta. Esta discrecionalidad no está conectada sólo a los problemas de vaguedad y ambigüedad del lenguaje jurídico, sino que hace referencia a la idea de que el Derecho está indeterminado. Para Dworkin esta tesis tiene carácter más general⁵

Algunos juristas entienden también por discreción judicial el margen de libertad del que goza el órgano de adjudicación en la determinación de los hechos. Esto es con la valoración de si existen evidencias suficientes para poder afirmar que un determinado evento tuvo lugar, o para apreciar la cláusula “más allá de toda duda razonable”.

Un **segundo sentido de discreción débil** está relacionado con el carácter de ciertas decisiones judiciales de carácter definitivo. Tiene discreción el que ha de adoptar una decisión de última instancia, decisión definitiva e irrevocable en una determinada materia. Dworkin se refiere a la “irrevisabilidad” de una decisión como discrecionalidad débil. Sin embargo hay autores que consideran que este tipo de discrecionalidad, sólo es una discreción *de facto*, pues a pesar de que la decisión pueda ser incorrecta jurídicamente, no cabe ningún mecanismo efectivo para cambiarla o anularla.

⁴ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 84

⁵ M. Iglesias, *El problema de la discreción judicial*, pp. 26 y ss

Un tercer sentido se refiere a la **discrecionalidad fuerte**, tiene discreción la persona que ha de decidir en ausencia de pautas o criterios predeterminados.

Discreción aquí presupone la existencia de un ámbito en el que el Derecho deja un margen de libertad al intérprete para determinar los estándares que guiarán su decisión.

Para la mayoría de autores, como advierte M. Iglesias⁶, aunque la discreción fuerte implique por definición la ausencia de una respuesta jurídica unívoca para la resolución de un caso, la actuación discrecional sigue estando sujeta a estándares de racionalidad y justicia, seguirá estando sujeta a la necesidad de justificación. Por ejemplo, cuando la decisión arranca de crear una nueva norma, o de dotar de contenido a un concepto jurídico o porque es elección entre varias alternativas. La justificación general de una decisión discrecional es lo que permite distinguir la discrecionalidad de otro concepto próximo: el de arbitrariedad.

La discreción fuerte se plantea en relación a los deberes institucionales que tienen los jueces: aplicar el derecho, resolver cualquier caso y fundamentar el fallo de toda decisión.

Este sentido de discreción se identifica con el de posibilidad de elección. Por elección entenderemos un curso de acción determinado cuando existen distintas posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes. Esta posibilidad de elección se dará cuando un juez tenga un margen de autonomía o libertad para determinar el resultado de su decisión.

Por tanto, la posibilidad de elección que caracteriza a la discreción fuerte comporta una autonomía restringida por parte del órgano encargado de tomar la decisión, derivada del deber de fallar de forma justificada. De modo que el margen de elección no puede ser entendido como una facultad o un permiso que el Derecho atribuye al juez, sino como una concreción del deber de fallar cuando el Derecho no prevé una solución unívoca⁷.

Es obvio que, según Dworkin, los jueces tienen discreción en muchas ocasiones en los sentidos débiles de la expresión. Han de utilizar, aplicando pautas jurídicas, el discernimiento y, a veces, su decisión es de carácter último. Sin embargo, considera que no tienen discreción en sentido fuerte.

⁶ M. Iglesias, *El problema de la discreción judicial*, p. 29

⁷ M. Iglesias, *El problema de la discreción judicial*, p. 35

El planteamiento de Dworkin sobre el concepto y la posibilidad de discreción fuerte tiene lugar en un debate con H.L.A. Hart.

Hart, por su parte, atribuye discreción fuerte a los jueces por las siguientes razones:

- (a) Considera el derecho como una unión de reglas identificadas por una regla de reconocimiento, que correlacionan de manera concluyente determinados casos genéricos con ciertas soluciones normativas
- (b) Las reglas que componen el Derecho se pueden distinguir de otros tipos de reglas, especialmente las morales
- (c) En los casos en que los jueces tienen una regla que determina unívocamente la solución al caso que se plantea, los jueces no tienen discreción
- (d) En los casos en que los jueces no disponen de una regla que determine unívocamente la solución. Bien por vaguedad de los conceptos, por la ambigüedad de la formulación normativa que expresa la regla, por subdeterminación o laguna normativa o por sobredeterminación o antinomia.

El planteamiento de Dworkin a este respecto puede sintetizarse del siguiente modo:

- (a) El derecho no es una unión de reglas, es un conjunto de normas y de principios. Los principios se distinguen, por una parte de las directrices que establecen objetivos políticos que hay que alcanzar; los principios, en cambio establecen derechos individuales. Por otra parte, los principios se distinguen de las reglas: las reglas de aplican todo o nada, mientras que los principios se aplican según su dimensión de peso en la argumentación, son pautas no concluyentes o *prima facie*. Las reglas configuran de forma cerrada su condición de aplicación mientras que los principios las configuran de modo abierto. Finalmente, los principios pueden entrar en conflicto sin que, como ocurre con las reglas, eso signifique que uno de los dos ha de perder su validez.
- (b) Como los principios establecen derechos individuales, estos principios no se pueden identificar con la regla de reconocimiento, sino a través de su adecuación a pautas de moralidad que articulan la justificación del sistema en cuestión, por ello, las pautas de moralidad forman parte del derecho *motu proprio*.
- (c) Los casos son fáciles o difíciles en la medida en que el trasfondo de la resolución sea más o menos nítido: el derecho siempre es capaz de proyectarse en una solución unívoca que representa la mejor versión del derecho aplicable. En ocasiones esta versión es transparente a todos y los casos son fáciles. Otras veces se necesita mucha paciencia, inteligencia y capacidad argumentativa (Hércules es el juez mítico que

reúne en grado máximo estas cualidades, para llegar a la solución y entonces los casos son difíciles. Fáciles o difíciles todos los casos han de pasar por una doble prueba: la prueba de la dimensión de adecuación (*dimension of fit*) y la prueba de la dimensión del valor (*dimension of value*)

La dimensión de adecuación comporta que una teoría jurídica es una justificación mejor de los materiales jurídicos existentes si da cuenta, mejor que otras de la histórica legislativa y de la jurisprudencia de un sistema jurídico determinado. Puede ocurrir que más de una teoría ofrezca diversas justificaciones que encajen adecuadamente con los materiales jurídicos, pero entonces la dimensión de valor, la moralidad política, ha de estar en condiciones de ofrecer la mejor justificación como teoría políticomoral más próxima para comprender los derechos que de hecho tiene la gente. La dimensión de justificación implica que la interpretación propuesta debe proporcionar una serie de principios de moralidad política que se puedan considerar como una razón aceptable para adoptar el tipo de decisiones objeto de una interpretación.

Así, en el supuesto en que dos interpretaciones se ajusten y justifiquen adecuadamente el ámbito en el que ha surgido una determinada cuestión, entonces se debe apelar a un conjunto de principios de moralidad política que justifiquen mejor el derecho como un todo para llevar a cabo la elección. Dworkin lo denomina la virtud de la integridad⁸.

Según Dworkin, esto representa que prácticamente en todos los casos hay una respuesta correcta que supera el filtro de las dos dimensiones. Según Dworkin esta tesis significa que en los casos difíciles se puede considerar que una de las posiciones se encuentra mejor fundada que las otras. En realidad se trata de la posibilidad de considerar que, en algunos casos difíciles, una respuesta en particular está mejor justificada que otras, cuenta con mejores argumentos.

En alguna ocasión, Dworkin ha planteado el tema de la indeterminación del derecho, aunque él habla de lagunas, hemos de entender esta expresión en un sentido muy lato, claramente como un supuesto de indeterminación epistémica y ha rechazado radicalmente la posibilidad de indeterminación semántica.

⁸ P. Bonorino, "Respuestas correctas. La débil tesis del sentido común", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001, pp. 237-254

3. LA TESIS DE LA RELATIVA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

Esta tesis ve el Derecho, más bien, como un edificio sin terminar que el juez completa mediante el ejercicio de su discrecionalidad o de su capacidad de elección, derivada del deber de fallar.

Para el positivismo, como afirma R. Alexy (1988, p. 139), el sistema jurídico, es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y/o eficacia. Un sistema jurídico así es siempre y, por diversos motivos, un sistema abierto, sobre todo por causa de la vaguedad del lenguaje, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados. Podemos afirmar que frente a la tesis de la unidad de solución correcta, se afirma la tesis de la relativa indeterminación del Derecho, esto es que el juez dispone de un cierto margen de discrecionalidad. Las situaciones en las que ésta tiene lugar son básicamente formales, sustanciales, legales y extralegales⁹.

Esta posición considera que hoy la actividad de los operadores jurídicos es entendida como una decisión guiada por el razonamiento jurídico y vinculada al marco normativo. De tal forma que el centro de gravedad del Derecho se sitúa en las decisiones jurídicas entendidas como opción justificada entre posibles alternativas, todas ellas compatibles con el orden normativo. Por ello cobran tanta importancia todos los operadores jurídicos que tienen capacidad de decisión.

Esta tesis se distancia, por tanto, de la posición que considera que la actividad de los juristas es una tarea mecánica. Por el contrario, la labor del jurista está encaminada a la formulación de decisiones jurídicas, esto es de soluciones a los problemas concretos, decisiones basadas en el derecho vigente que no siempre se encuentran enteramente predeterminadas.

Asimismo pone en considera que el concepto de interpretación de la concepción formalista es insuficiente y limitado¹⁰. Pero a su vez es una tesis que considera que el principio de solución correcta, o más genéricamente el de corrección de la decisión, debe ser mantenido como una idea regulativa con una finalidad práctica¹¹.

⁹ G. Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, pp. 33 y ss.

¹⁰ Marmor, *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, p. 124-5

¹¹ R. Alexy afirma, a este respecto que “en cuanto idea regulativa , el concepto de corrección no presupone que exista ya para cada cuestión práctica una respuesta correcta que sólo haya que descubrir. La única respuesta correcta, tiene más bien el carácter de un fin al que hay que aspirar”, *Teoría de la argumentación jurídica*, pp. 302-303.

(a) Las normas de las autoridades se expresan en un determinado lenguaje. Un lenguaje que, como escribe Carrió (p. 39), básicamente tiene las mismas características que los lenguajes naturales. La dependencia del Derecho de las decisiones humanas y del lenguaje que se emplea en una comunidad conduce a un inevitable margen de indeterminación. El derecho se expresa a través de conceptos que siempre padecen vaguedad (en algún grado) y de términos que adolecen de ambigüedad. Las normas jurídicas expresan decisiones de las autoridades que no han previsto (ni pueden prever) todas las circunstancias del futuro; de ahí que surjan casos imprevistos que obligan a decidir nuevamente sobre la calificación de una determinada acción.

Todo ello, a pesar de los esfuerzos de los juristas por crear un lenguaje en cierto modo artificial, de contornos precisos para alcanzar un mayor rigor expositivo.

El problema que plantean este tipo de indeterminaciones semánticas es que el sistema jurídico deja de ser una guía efectiva de conducta cuando el lenguaje en el que se expresan las pautas normativas puede ser interpretado de diversas formas, todas o algunas de ellas, compatibles con el sistema jurídico.

(b) La imperfección del derecho no deviene sólo del lenguaje que le hace de soporte y vehículo, sino también porque presenta un déficit de racionalidad tanto de racionalidad “técnica” como de racionalidad moral.

(c) La función de la institucionalización del voto particular refleja la idea de que no hay respuesta correcta puesto que es una forma de expresar los desacuerdos.

El voto particular es la expresión institucional de que es posible que haya discrepancias al adoptar decisiones judiciales, que las hay porque el derecho adolece de indeterminaciones objetivas. De ahí que se afirme que voto particular está vinculado con la posibilidad de encontrar más de una solución jurídicamente correcta al caso enjuiciado y es la forma de expresar los desacuerdos¹².

De esta institución podemos destacar las siguientes aportaciones básicas:

Primero: subraya que el crédito que merece una decisión judicial depende en última instancia del rigor en la argumentación y no del número de votos¹³. Es perfectamente

¹² J. Igartua., (1999) *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Madrid, Trotta, pp. 28-29

¹³ F. J. Ezquiaga Ganuzas, *El voto particular*, cit., p. 79.

defendible la idea de que son racionalmente más convincentes las sentencias con votos particulares pero cuidadosamente motivadas que las sentencias unánimes pero con una motivación formularia.

Segundo: el voto particular puede poner de relieve que el desacuerdo entre los magistrados evidencia que éstos no comparten la misma valoración de las pruebas y que, en consecuencia, tienen una duda razonable. Por «duda razonable» podemos entender duda *razonada* o, mejor, duda *justificada razonablemente*, y podemos considerar que «razonable» equivale a *no-arbitrario*¹⁴, de manera que la razonabilidad es lo opuesto a la arbitrariedad. De ahí que se afirme que la consistencia de la «duda razonable» no se justifica *en si* misma sino contrastándola con los argumentos que tratan de probar que no hay duda sobre la valoración de las pruebas o sobre la interpretación de las normas.

Tercero: el voto particular refleja que la pluralidad de opciones no es tanto un *prius* que se oferta al juez para que este se mueva con entera libertad, sino un *posterius*. Es por ello por lo que la motivación recobra aquí su sentido básico, que no es el de confirmar que la opción adoptada se encontraba ya en el elenco de las soluciones plausibles, sino que la solución motivada sea considerada como justificada o aceptable¹⁵.

De lo anterior se desprende que la tesis según la cual el Derecho no predetermina unívocamente la solución para algunos casos, no significa que no existan límites que marquen el perímetro de la discrecionalidad judicial. Podemos aceptar varias soluciones compatibles con el sistema jurídico, pero no tenemos que aceptar cualquier solución.

En síntesis, una consecuencia del positivismo es la relativa (in)determinación del derecho. De un lado, sostiene que es posible el conocimiento objetivo del derecho ya que su existencia depende de hechos sociales intersubjetivamente contrastables. Por otro lado, considera que las normas son el resultado de decisiones institucionales que siempre dejan un margen para una nueva discusión sobre la cualificación normativa de ciertas acciones¹⁶.

¹⁴ Cf. E. García de Enterría, “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”, *Revista de Administración Pública* 124 (1991), p. 228.

¹⁵ J. Igartua, (1999) *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Madrid, Trotta, p. 30

¹⁶ J.J. Moreso, C. Redondo y P. Navarro, *Liçons de Filosofia del Dret*, Publicaciones de la UOC

El margen de indeterminación que plantean las directivas de las autoridades jurídicas sirve para destacar que en los casos difíciles los jueces tienen discreción para decidir. Esta discreción judicial significa básicamente que en los casos difíciles a los jueces no se les puede atribuir que cometen un error en la aplicación del derecho, ya que el derecho no ofrece una respuesta correcta a estos casos. (Dworkin, *Los derechos en serio*, capítulo 2)

Por ello, afirma Prieto que, frente a la “pesadilla” de quienes ven el Derecho como una realidad inconsistente e incompleta compuesta por inconexas decisiones individuales emanadas del poder de los jueces y frente a quienes imaginan el orden jurídico como sistema cerrado y seguro, capaz de ofrecer una solución unívoca a todo conflicto, Hart propone una solución intermedia: las leyes, costumbres y precedentes disciplinan la realidad social y no son, por tanto, meras fuentes de inspiración de fallos judiciales, pero tampoco estos últimos representan la ejecución mecánica de aquellas normas, sino que existe un irreductible momento de discrecionalidad. Todo ello tiene una importante consecuencia y es que el juez se convierte en un órgano de creación jurídica, sin duda un órgano peculiar cuyo *modus operandi* le distingue del legislador, pero un órgano que, al fin y al cabo, asume al menos en parte la responsabilidad creadora por la decisión que adopta.

II. CASOS FÁCILES Y CASOS DIFÍCILES

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles juega un papel esencial en lo que cabría denominar como “teorías estándar” de la argumentación jurídica y en la teoría del derecho contemporánea¹⁷.

Lo más característico de la actividad de los órganos judiciales, según M. Atienza y J. Ruiz Manero, bien se trate de casos fáciles o difíciles, un es que deben adoptar sus decisiones atendiendo a razones contenidas explícita o implícitamente en el propio Derecho, en un doble nivel y en un doble sentido:

En un primer sentido y nivel por cuanto que impone a tales órganos jurisdiccionales el deber de componer un balance de razones integrado únicamente por las constituidas por las pautas jurídicas, siendo admisible la toma en consideración de otras razones únicamente en la medida en que las propias pautas jurídicas lo permitan.

¹⁷ J.J. Moreso, C. Redondo y P. Navarro, *Lliçons de Filosofia del Dret*, pp. 127 y ss

En un segundo sentido y nivel, por cuanto que tal balance de razones remite, en la mayoría de los casos a adoptar como base de la resolución una regla jurídica, esto es, una razón perentoria. Cabría así dividir los casos en dos grandes grupos: aquellos cuya resolución se fundamenta en el balance de razones jurídicas que se integran en la deliberación del órgano jurisdiccional y aquellos otros en los que tal balance de razones exige el abandono de la deliberación y la adopción como base de la resolución de una decisión perentoria¹⁸

Casos fáciles son aquellos en los que no hay más que aplicación pura y simple del Derecho. Donde el caso entra claramente en el supuesto de hecho de una norma¹⁹.

Casos difíciles son aquellos en los que la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes; por eso, éstos últimos requieren, a diferencia de los primeros una labor interpretativa.

Esta distinción coincide sustancialmente con la que traza G. Carrió entre casos típicos y casos marginales²⁰.

Denomina casos típicos aquellos cuyos hechos constitutivos están claramente comprendidos por el área de significado central de los términos o expresiones en que la regla consiste.

Califica como marginales aquellos casos que se encuentran en una zona de penumbra que da lugar a supuestos sobre los que dudamos si entran o no en el supuesto de hecho de una norma²¹.

La importancia de la distinción radica en la justificación de las decisiones a tomar en unos u otros casos. Partiendo del supuesto de que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido y puede identificar cuáles son esas reglas válidas a través de la aceptación de criterios de reconocimiento compartido.

En los casos fáciles la justificación consiste en efectuar una mera deducción, una operación de subsunción del caso bajo el supuesto de hecho de una norma, donde no habría deliberación por parte del juez. Se alcanzaría así silogismo judicial, cuya

¹⁸ M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 141.

¹⁹ A. Aarnio, *Lo racional como razonable*, Madrid, CEC,

²⁰ G. Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 44-45

²¹ Sobre la zona de penumbra de las reglas puede verse H.L.A. Hart, "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral" en *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis*, traducción de G. Carrió, Buenos Aires, Desalma, 1962 y *El concepto de Derecho*, Traducción de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, capítulo VII "La textura abierta del derecho". También A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, capítulo IV.

conclusión no es una decisión, sino una norma. La conclusión nunca será “condeno a X a la pena P”, “debo condenar a x a la pena P”.

Un caso es fácil cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate²².

Nos encontraríamos ante un **caso difícil** cuando existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas y por ello la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo. A los criterios de la lógica deductiva deben añadirse los de la llamada razón práctica que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, que serán examinados en temas posteriores.

M. Atienza²³ sostiene que un caso difícil es aquel en relación con el cual es posible encontrar más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que tomar en consideración en la decisión y, por tanto, hay que efectuar u justificar una decisión.

Podemos decir que se produciría un caso difícil en los siguientes supuestos²⁴:

- (a) Casos normativamente difíciles al resultar indeterminados como consecuencia de la existencia de lagunas, contradicciones normativas, situaciones de indeterminación semántica y vaguedad conceptual.
- (b) Casos epistémicamente difíciles en los que el hallazgo de la respuesta precisa un notable esfuerzo intelectual.
- (c) Casos pragmáticamente difíciles por causas ajenas al Derecho, por ejemplo por razones de trascendencia política o social
- (d) Casos tácticamente difíciles o que plantean dudas sobre la calificación jurídica de los hechos.

²² M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, pp. 22 y 23

M. Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *La interpretación jurídica*, R. Vázquez (ed), México, Fontamara, pp. 187-213 pp. 196-197

²⁴ M. Iglesias Vila, (1999) *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento del Derecho*, Madrid, CEC, pp. 110-111. A. Nieto, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 63 y ss.

(e) Casos moralmente difíciles en los que la respuesta jurídicamente correcta comporta resultados injustos. A estos últimos se les denomina también casos trágicos. MacCormick considera que los casos difíciles se plantean básicamente por problemas de interpretación, de relevancia, de prueba y de calificación

Podemos afirmar con Atienza que en los casos difíciles se da siempre una contraposición entre principios o valores, entendiendo por tales la dimensión justificativa de las normas contempladas como razones para la acción, que ha de resolverse mediante una operación de ponderación en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo (satisfacen exigencias esenciales) u óptimo (satisfacen exigencias esenciales y no esenciales de acuerdo con los criterios o reglas de decisión que se utilicen). Por ejemplo, la regla que prescribe no sacrificar nunca una exigencia que tenga un mayor peso en aras de otras de menor peso, aunque la suma de estas arrojen un peso superior a la primera.

Entre los tipos de casos difíciles más interesantes para la teoría de la argumentación se encuentran los que contienen conceptos esencialmente controvertidos y conflictos entre principios.

III. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Los supuestos de indeterminación jurídica son múltiples: vaguedad de los conceptos utilizados para describir un supuesto de hecho, ambigüedad de las expresiones lingüísticas usadas, un antecedente o supuesto de hecho que no tiene correlación con ninguna consecuencia jurídica –laguna normativa- o la presencia de soluciones normativas incompatibles para el mismo supuesto de hecho, antinomia o inconsistencia normativa, la presencia de conceptos controvertidos y situaciones de conflicto o colisión entre disposiciones jurídicas, especialmente entre principios²⁵.

Un concepto jurídico es indeterminado si y solo si sus límites no son bien precisos o no están bien delimitados. Se suele distinguir dos tipos de estos conceptos: conceptos de

²⁵ V. Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, 1998 (pp. 17-36)

experiencia (por ejemplo, epidemia, edificio ruinoso), donde los criterios de aplicación del concepto remiten tan sólo a circunstancias empíricas y conceptos de valor (por ejemplo, buena fe, precio justo, utilidad pública), donde los criterios de aplicación remiten a juicios de valor²⁶.

Los conceptos jurídicos indeterminados constituyen un peldaño o una instancia más de la noción general de la vaguedad de los conceptos. Un concepto es vago, como sabemos, cuando sus límites son imprecisos (algunos casos de aplicación del concepto son casos marginales, situados en la penumbra del concepto). Los tribunales suelen aceptar la distinción entre un núcleo fijo del concepto o zona de certeza y una zona de penumbra.

Esta noción general permite dar cuenta de los llamados conceptos jurídicos indeterminados de experiencia. Pensemos, por ejemplo, que igual que podemos tener dificultades para decir si una mancha es amarilla o naranja, o si una persona es o no calva, podemos tener dificultades para determinar si un edificio es ruinoso o no.

Sin embargo, los llamados conceptos esencialmente controvertidos, que se corresponden a los conceptos jurídicos indeterminados de valor plantean algunos problemas peculiares. Son casos de conceptos vagos, pero como afirman Moreso, Redondo y Navarro, los criterios de aplicación del concepto compiten entre sí en la búsqueda de construir adecuadamente la dimensión valorativa del concepto. Por ejemplo, atribuir a una persona los calificativos de honesta o de cruel, nos plantea dificultades, pues los criterios de aplicación de honesto o cruel son controvertidos.

Un concepto es controvertido esencialmente si y sólo si²⁷

- (1) es valorativo, en el sentido de que atribuye a los casos de aplicación del concepto la posesión de alguna cosa valiosa o disvaliosa o apuntan a la consecución de algún tipo de resultado valioso
- (2) su estructura es compleja internamente de manera que permite criterios diferentes que reconstruyen el significado y que compiten entre sí

²⁶ J.J. Moreso, C. Redondo y P. Navarro, *Lliçons de filosofia del dret*.

²⁷ Moreso/Redondo/Navarro, pp. W.B.Gallie, (1955-1956), "Essentially Contested Concepts", *Proceedings fo the Aristotelian Society*, vol. LVI, pp. 167-198; I. Lifante, (1999), *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, CEC, pp. 324-325 y pp. 219-221 sobre conceptos jurídicos indeterminados.

- (3) la consecución del objetivo admite modificaciones considerables a la luz de las circunstancias cambiantes y tal modificación no puede ser prescrita o predicha de antemano
- (4) Se trata de conceptos sobre los que hay discusión y desacuerdos de fondo, no sólo disputas sobre supuestos de penumbra, puede no haber acuerdo sobre el núcleo del concepto. Se reconoce que existen modelos discrepantes sobre el mismo. Por ejemplo “obra de arte”
- (5) hay algunos casos, reales o hipotéticos, que son paradigmas de aplicación del concepto

Nuestras constituciones tienen conceptos de este tipo, como cuando prohíben los tratos inhumanos y degradantes o reconocen el derecho a la intimidad personal o reconocen el principio de igualdad. Otra cuestión es si se plantea el problema de considerar que para identificar el contenido de estos conceptos hay que incorporar determinadas pautas de moralidad en nuestra identificación del Derecho. Dworkin considera, a este respecto, que aplicar el Derecho significa precisamente, ofrecer la mejor reconstrucción posible de estos conceptos: la mejor de las concepciones

Ejemplo:

Nocturnidad

Malos tratos habituales

Persecución. Legislación de Asilo y Refugio: En el Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado se afirma: *no existe una definición universalmente aceptada del concepto de persecución y los diversos intentos de formularla han tenido escaso éxito. Del artículo 33 de la Convención de 1951 se puede deducir que toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política es siempre persecución. También constituirán persecuciones otra violaciones graves de los derechos humanos por las mismas razones*

“Interés del menor”.

La vaguedad alcanza sus cotas más altas, como escribe M. Gascón, (y la actividad interpretativa su mayor grado de discrecionalidad) cuando –como sucede con frecuencia- el legislador usa conceptos que incorporan una gran carga valorativa; es decir, cuando usa nociones típicamente vagas, como *daño grave, administración*

incorrecta, conducta reprobable, convivencia intolerable, notoria importancia, etc. Por ejemplo, la “perturbación de las facultades mentales” suele ser considerada como una atenuante en muchos ordenamientos, pero, ¿dónde empieza esa perturbación? Otro ejemplo: el artículo 369.3 del Código penal español prevé una agravación de la pena en los delitos de tráfico de drogas cuando la cantidad de droga objeto del delito sea “de notoria importancia”, pero, ¿qué cantidad de droga es de notoria importancia? Y lo mismo sucede cuando el artículo 1.255 del Código civil español dice que los contratantes no pueden establecer pactos “contrarios a la moral”; o cuando el artículo 1.555 del mismo cuerpo legal establece que el arrendatario deberá usar la cosa arrendada “como un diligente padre de familia”. No cabe duda que en la determinación de si alguien tiene perturbadas sus facultades mentales, o si una cantidad de droga es de notoria importancia, o si un pacto es contrario a la moral, o una conducta se aparta del modelo del buen padre de familia queda un amplio campo a la discrecionalidad del intérprete.

Para Victoria Iturralde²⁸ no hay diferencias sustanciales entre vaguedad, conceptos jurídicos indeterminados, conceptos elásticos, etc; a lo sumo, puede establecerse una diferencia de grado: así en los textos legales hay términos claramente valorativos (moral social, buenas costumbres, alarma social, pero también términos aparentemente descriptivos como “todos” o “domicilio”, “acción” “objetivamente” “salud física o psíquica”, miembro no principal, “taras físicas o síquicas” , que sin embargo son también términos vagos.

Concluiremos que un concepto o un enunciado son vagos cuando

- (a) no es posible determinar cuales son las condiciones necesarias y suficientes para determinar su significado y/o
- (b) cuando se presentan o se pueden imaginar casos-límite, esto es supuestos de hecho (casos individuales) cuya cualificación es intrínsecamente incierta y respecto a los cuales no estamos en disposición de decidir si se corresponden o no al supuesto de hecho previsto pro un enunciado jurídico²⁹

IV. CONFLICTOS DE PRINCIPIOS

²⁸ V. Iturralde, *Aplicación del Derecho...cit*, pp. 67

²⁹ V. Iturralde, 2004, p. 67. C. Luzzati, 1990, p. 70

Comencemos por distinguir entre reglas y principios. Seguimos en este punto las tesis de los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero³⁰

Entre las reglas podemos tener en cuenta dos tipos: las reglas de acción y las reglas de fin.

Las reglas de acción tienen dos características:

- La primera es que su estructura consiste en un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto cerrado de propiedades, y un consecuente o solución normativa con dos elementos, una clase de acciones y su calificación jurídica como obligatoria, prohibida y permitida.

Se trata de un conjunto cerrado de propiedades, pero estas pueden carecer de límites precisos, esto es, pueden padecer de vaguedad. Asimismo las acciones del consecuente puede estar indeterminadas, pero tal indeterminación se encuentra circunscrita a una clase de acciones y, en ese sentido el consecuente es cerrado.

- La segunda es que las reglas de acción pretenden regular la conducta de sus destinatarios excluyendo su propia deliberación como base para la determinación de la conducta a seguir. Si la conducta está regulada de una manera cierta los ciudadanos y los operadores jurídicos saben como deben actuar.

Las reglas de fin se diferencian de las anteriores en que en el consecuente establecen el deber o la permisión no de realizar una determinada acción o de no realizarla, sino de dar lugar a un cierto estado de cosas. Para realizar dicho estado de cosas, los destinatarios de la norma pueden elegir varios cursos de acción. Pero el objetivo a conseguir es cerrado, está determinado.

En los sistemas jurídicos también existen otro tipo de enunciados normativos, entre ellos podemos hablar de principios en sentido estricto y directrices.

Los principios en sentido estricto tienen dos dimensiones:

- Sirven como justificación de las reglas, de las pautas específicas
- Tienen una función de regulación de la conducta, especialmente en la conducta consistente en establecer normas o en aplicar las normas existentes a la resolución de casos concretos.

³⁰ Seguimos en este punto a M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, e *Ilícitos Atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 16-31.

- Lo característico de los principios es que su antecedente o condición de aplicación no contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente.
- El consecuente o solución normativa contiene una prohibición, un deber o una permisión *prima facie* de realizar una acción (en el caso de los principios)
- El consecuente o solución normativa de las directrices sólo indica que deberá tener lugar un estado de cosas en la mayor medida de lo posible (mandato de optimización)
- Los principios no pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir, sino que al contrario, exige tal deliberación. Proporcionan razones para justificar una interpretación, una decisión, etc.

Hasta aquí hemos señalado que reglas y principios están relacionados. Las normas se justifican por su adecuación a los principios.

En las normas hay que distinguir dos elementos: el propiamente directivo que tiene por función dirigir la conducta y el elemento justificativo, esto es lo que hace que una conducta prohibida aparezca como disvaliosa, la obligatoria como valiosa y la permitida como indiferente.

Los principios en sentido estricto incorporan valores que se consideran, por parte del ordenamiento jurídico, como últimos. Atribuir a una acción o a un estado de cosas un valor último significa que se valora en sí mismo y no por sus consecuencias o por ser medio para alcanzar otros valores, pues si así fuera lo que se consideraría valioso son las consecuencias.

Las reglas regulativas pueden verse como el resultado de ponderaciones entre principios en sentido estricto y/o directrices y su aspecto justificativo proviene precisamente de los valores.

Ejemplos: ejercicio antisocial de un derecho, enriquecimiento injusto, los pactos deben ser respetados, diligencia de un buen padre de familia,

Atienza y Ruiz Manero proponen un ejemplo muy interesante de principio a través de la figura del *Abuso del derecho*.

Actos de ejercicio de un derecho cuya finalidad es perjudicar a un tercero.

Formulación en el Código civil español (art. 7.2)

La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.

Esta disposición expresa cuatro normas:

- (a) una norma de mandato relativa al ejercicio de los derechos y que prohíbe toda acción que constituya un abuso en el ejercicio de los mismos.
- (b) Una norma que confiere un poder normativo: si alguien es dañado por una acción abusiva puede exigir el pago de una indemnización, así como que se adopten las medidas adecuadas para que cese el abuso
- (c) Una norma permisiva para dirigirse o no a los tribunales
- (d) Una norma de mandato para los tribunales en el supuesto de que quién ha sufrido un dolo ejerza el poder normativo de reclamar

En el derecho boliviano encontramos la institución en el artículo 1279 del Código civil. *Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, las reglas de la buena fe y el destino económico-social de esos derechos y deberes.* (Arts. 1280, 1447 del Código Civil).

El primer problema al que hemos de hacer frente es determinar cuál es la clase de acciones que pueden ser calificadas, en determinadas circunstancias, de abusivas.

Se trata de acciones *prima facie* permitidas, pues se trata del ejercicio de un derecho subjetivo. Ese ejercicio es abusivo cuando por la intención del sujeto, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho. La duda entonces se mantiene puesto que hemos de responder a que es sobrepasar manifiestamente los límites. Esto exige deslindar entre significado y criterios de aplicación.

La jurisprudencia española ha establecido algunas condiciones de aplicación de este supuesto:

- (1) Ejercicio de un derecho, la acción ha de poder ser descrita *prima facie* como un derecho reconocido por una norma
- (2) El interés dañado no ha de estar protegido por una regla que reconoce un derecho subjetivo, pues en tal caso nos encontramos ante un supuesto de colisión de derechos, no de abuso.
- (3) Ejercer un derecho con intención de dañar los intereses de otro sujeto (elemento subjetivo) y el daño es resultado del exceso o anormalidad en el ejercicio de un derecho (elemento objetivo).

La figura del abuso de derecho encuentra una mejor forma de ser entendida a partir de una concepción del Derecho integrado por principios en sentido estricto, directrices y reglas. Si sólo está integrado por reglas regulativas, el derecho no puede proporcionar criterios de valoración distintos de esas mismas reglas y en los casos en los que son necesarios criterios o ideas valorativas, éstas sólo pueden encontrarse en la moralidad social vigente.

El arraigo en la conciencia social, pro si mismo, no puede ser condición suficiente para que una determinada pauta más o menos general de comportamiento constituya un principio jurídico. Pues ello requiere como veremos al abordar los enunciados normativos cuya fuente son hechos sociales, dos condiciones ulteriores; primero que la pauta tenga relevancia jurídica, es decir, verse sobre materias reguladas jurídicamente y, segundo, que dicha pauta pase el test de su adecuación al Derecho establecido, es decir, a los principios y reglas expresados en fuentes, a partir de criterios de coherencia.

Elementos del concepto de abuso del derecho (Atienza, Ruiz Manero, 2000, p. 57)

La acción A realizada por un sujeto S en las circunstancias X es abusiva si y sólo si

- (1) existe una regla regulativa que permite a S realizar A en las circunstancias X.

Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra S como titular de un cierto derecho subjetivo

- (2) como consecuencia de A, otro u otros sujetos sufren un daño y no existe regla regulativa que prohíba causar D
- (3) D, sin embargo, aparece como un daño injustificado, porque se dan algunas de las causas siguientes:

- (a) que al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que causar D o que S realizó A sin ningún fin serio o legítimo discernible
 - (b) D es un daño excesivo o anormal
- (4) El carácter injustificado del daño determina que la acción de A quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva de (1)

Por tanto las acciones abusivas son acciones permitidas *prima facie*, pero que finalmente resultan, *consideradas todas las cosas*, prohibidas.

Su carácter *prima facie* resulta de la presencia de una regla permisiva. Su carácter prohibido finalmente proviene de una restricción a la aplicabilidad de la regla que viene exigida por los principios que determinan el alcance justificado de la regla misma. A la luz de dichos principios, la regla resulta supraincluyente, es decir, abarca casos que no debería abarcar.

La figura del abuso de derecho resulta así un mecanismo de autocorrección del Derecho: esto es de corrección del alcance de las reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que la aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificado de las propias reglas.

Fraude de ley

Es una figura parecida en tanto que los actos en fraude de ley están permitidos *prima facie* por una regla pero resultan, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la regla en cuestión.

La diferencia reside en que el abuso de derecho parte de una norma regulativa permisiva y en el segundo caso (el fraude de ley) se parte de una norma constitutiva.

Las normas se distinguen entre regulativas, aquellas normas que regulan la conducta estableciendo que, en ciertas circunstancias es obligatorio, está prohibido o está permitido realizar determinadas acciones.

Normas constitutivas, normas o reglas que confieren poderes. Establecen que, dadas ciertas circunstancias, alguien puede, realizando ciertas acciones, dar lugar a un estado de cosas que supone un cambio normativo.

Esquema: Si X (se da cierto estado de cosas) y Z (una persona o un órgano con ciertas cualificaciones) efectúa A (una acción o una serie de acciones más o menos complejas) entonces se produce R (un cambio o resultado normativo). Una norma que confiere poder (reconoce capacidad para producir un resultado) no puede infringirse, sino usarse bien o mal, de forma que o se obtiene el resultado previsto o no.

El resultado de las normas que confieren poder tiene o da lugar a otros resultados o a otras consecuencias bien convencionales o bien causales (Atienza y Ruiz Manero, p. 73)

El ejercicio de un poder normativo está regulado como obligatorio (por una norma de mandato de obligación), cuando el ordenamiento jurídico atribuye un valor positivo al resultado; como prohibido cuando el resultado se considera disvalioso y una norma permisiva cuando la deseabilidad del resultado se deja a juicio del titular del poder.

Las normas que confieren poder no se dan en el vacío, sino que presuponen otros enunciados normativos como son normas regulativas y principios.

Incluso las normas que reconocen un poder como facultativo, en el sentido de tener un poder normativo para hacer) no coincide con el ámbito de lo que ese mismo sujeto puede hacer (en el sentido de tener un permiso para hacer)

Por ejemplo, el legislador tiene un poder normativo o capacidad para producir una ley de contenido inconstitucional, pero esto está prohibido.

El Tribunal Constitucional tiene poder normativo de declarar inconstitucionales leyes que sean constitucionales, pero esto también está prohibido.

En una primera aproximación el fraude de ley se produce cuando alguien ejerce un poder normativo para obtener un resultado R (y el uso de ese poder le está permitido), pero R está enlazado con otros resultados normativos, o con otras consecuencias que están prohibidas.

Su estructura consiste en una conducta aparentemente conforme a la norma (a la norma de cobertura), pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto (norma defraudada).

La norma de cobertura es una regla regulativa que permite el uso de una norma que confiere poder. La norma defraudada es una norma regulativa de mandato (obligatoria o prohibida). Esta norma no es nunca una regla, sino un principio (Atienza, Ruiz Manero, 75).

Si lo defraudado fuera una regla estaríamos en presencia de un ilícito típico. Una cosa es el resultado de una norma que confiere un poder (el hecho institucional de que alguien pase a ser propietario, heredero, socio) y otra los resultados ligados a esto de forma convencional.

El sentido de esta institución es contribuir a la coherencia del Derecho, al ajuste entre las reglas y los principios que las fundamentan o las limitan y evitar así que se produzcan ciertas consecuencias contrarias a principios jurídicos.

El principio de buena fe o el de evitar daños injustificados es el que está detrás del fraude de ley. Principios que justifican reglas pueden ser el principio de lograr un equilibrio justo entre los intereses del acreedor, deudor y demás acreedores, principio de autonomía de la voluntad. El ámbito central de esta figura son los actos negociales, pero cabe tanto respecto a normas que confieren poderes públicos como privados, aunque los fraudes vinculados a poderes públicos reciben otros nombres.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, M. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *La interpretación jurídica*, R. Vázquez (ed), México, Fontamara, pp. 187-213
- ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J. (1996) *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel
- ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J. *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta.
- BAYÓN, J.C. (2001) “El razonamiento jurídico como razonamiento derrotable”, *Doxa* 24
- BOBBIO, N. “Derecho y razón” *Doxa* 2,
- CARRIÓ, G. (1976) *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires
- DWORKIN, R. (1988), *El imperio de la justicia*. “El derecho como integridad”
- DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, trad. De M. Guastavino, Prólogo de A. Calsamiglia, 1984, capítulo 2
- FERRERES COMELLA, V. (1998) *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC
- GASCÓN, M (1993) *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos
- GASCÓN, M. *Lecciones de Teoría del derecho*, MacGraw-Hill
- GASCÓN, M/GARCÍA FIGUEROA, a. (2003), *La Argumentación en el Derecho*, Palestra, Perú.
- HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*, capítulo 7

- IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1999) *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Madrid, Trotta.
- IGLESIAS VILA, M. (1999) *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento del Derecho*, Madrid, CEC.
- MORESO, J.J., NAVARRO, Pablo y REDONDO, M. Cristina, “Els límits del pret. L’aplicació del pret i la discreció judicial” *Lliçons de filosofia del dret*, Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya, 2000, pp. 127-161
- MORESO, José Juan (1997), *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales,
- NIETO, A. (2000), *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel
- PRIETO, L (1987) *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, capítulo 1
- PRIETO, L. *Positivismo y constitución*, México, Fontamara.
- NIETO, A. (2000), *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel

VI. ACTIVIDADES

I. El concepto de discrecionalidad

1. Lea el siguiente texto de Dworkin y describa en qué sentido el autor distingue el concepto de “discriminación débil” y “discriminación fuerte”
2. Escriba un ejemplo de norma que proporcione a quien tiene que tomar una decisión a partir de ella una discreción en sentido débil y en sentido fuerte.

“ A veces hablamos de “discreción” no simplemente para decir que un funcionario debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad, o que nadie ha de revisar su ejercicio del juicio, sino para afirmar que en los que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. En este sentido, decimos que un sargento a quien se le ha ordenado que escoja a los cinco hombres que prefiera para formar una patrulla tiene discreción o que en una exposición canina la tiene un juez para evaluar los *airedales* antes que los *boxers*, si las reglas no estipulan un orden determinado. Usamos este sentido no como comentario de la vaguedad o dificultad de las normas, ni para referirnos a quién tiene la última palabra en su aplicación, sino para aludir a su alcance y a las decisiones que pretenden controlar. Si al sargento se le dice que escoja a los cinco hombres más experimentados, no tiene discreción en sentido fuerte, porque la orden pretende regir su decisión. El

árbitro de boxeo que debe decidir cuál de los contrincantes ha sido el más agresivo tampoco tiene discreción, en el sentido fuerte, pro al misma razón.

Si alguien dijese que el sargento o el árbitro tenía discreción en tales casos, tendríamos que entender, si el contexto lo permitiese, que usaba el término en alguno de los sentidos débiles. Supongamos, por ejemplo que el teniente ordenara al sargento elegir los cinco hombres que le parecieran más experimentados y agregara luego que el sargento podía escogerlos a discreción. También las reglas podían establecer que el árbitro debía adjudicar el *round* al boxeador más agresivo y que la decisión quedaba librada a su discreción. Tendríamos que entender estos enunciados en el segundo sentido débil, como referentes a la cuestión de la revisión de la decisión. El primer sentido débil –que las decisiones requieren juicio- sería ocioso y el tercero –el fuerte- queda excluido por los enunciados mismos.

Debemos evitar una confusión tentadora. El sentido fuerte de la palabra discreción no equivale a libertad sin límites y no excluye la crítica. Casi cualquier situación en la cual una persona actúa (incluyendo aquellas en las que no es cuestión de decidir bajo una autoridad especial y, por ende, no es cuestión de discreción pone en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia...La discreción de un funcionario no significa que sea libre para decidir sin recurrir a normas de sensatez y justicia, sino solamente que su decisión no está controlada por una norma prevista por la autoridad particular en que pensamos al plantear la cuestión de la discreción”

Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, trad. M. Guastavino, Introducción de A. Calsamiglia, pp. 85-86

3. Analice la STC 42/1993, de 8 de julio en la que el Tribunal Constitucional declara la normalidad de la existencia de dos criterios jurisprudenciales distintos y dos concepciones jurídicas diferentes pero que considera ambas como razonadas y fundamentadas.

3. Puede leer también el texto de H.L.A. Hart “Una mirada inglesa a la teoría del derecho contemporánea. La pesadilla y el noble sueño”, en *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. J.J. Moreso y P. Casanovas (eds), Barcelona, Crítica, p. 348

II. Casos difíciles: Conceptos jurídicos indeterminados y esencialmente controvertidos

1. Lea la STC 89/1987, de 3 de junio y extraiga con claridad el concepto de “tratos inhumanos o degradantes”

STC 65/1986, de 22 de mayo de 1986

Busque otra u otras sentencia que hagan referencia también a este mismo concepto y determine su significado.

2. Lea la STC113/1989, de 22 de junio en la que se proporcionan argumentos para determinar el concepto de “dignidad humana”.

Busque otra u otras sentencias en las que se explice el contenido de este concepto.

STS 1154/1995, de 20 de diciembre

SEGUNDO.- En el caso actual las supuestas pruebas materiales de los delitos objeto de acusación y condena fueron obtenidas mediante la entrada y registro de los agentes policiales en un domicilio particular sin autorización alguna de la Autoridad Judicial, por lo que su nulidad es palmaria a no ser que pudiese estar amparada dicha entrada por otra causa legal. Como se ha indicado el artículo 18.2 de nuestra Constitución autoriza también la entrada en domicilios particulares «en caso de flagrante delito», supuesto invocado en el presente caso por la sentencia impugnada para admitir la validez de las pruebas materiales supuestamente ocupadas durante el registro, razón por la cual procede examinar si efectivamente nos encontramos ante uno de dichos supuestos de «flagrante delito» que justifican la intromisión, sin mandato judicial, en los domicilios privados.

Al constituir los supuestos de «flagrante delito» una limitación al derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio, cumplen una función de gran relevancia para determinar la configuración del derecho mismo, función delimitadora que no puede estar vacía de contenido por el hecho de que la propia Constitución no define la flagrancia, pues si la amplitud de la excepción quedase enteramente a la libre e ilimitada interpretación del legislador o de los Tribunales Ordinarios, el derecho no merecería la calificación de fundamental. La Constitución no surge en una situación de vacío jurídico, por lo que al utilizar como delimitador de un derecho fundamental un concepto con arraigo en la

cultura jurídica en la que la propia Constitución se inscribe, está constitucionalizando dicho concepto en los términos en los que es reconocido generalmente por los juristas. No cabe admitir interpretaciones extensivas o ampliadoras del mismo, ni por el Poder Legislativo ni por el Poder Judicial, pues a través de ellas se estaría afectando al contenido esencial del derecho fundamental por la vía indirecta de ampliar o extender las excepciones más allá del sentido que el legislador constitucional tomó en consideración al reconocer y garantizar el derecho fundamental.

TERCERO.- En base, precisamente, a este criterio el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional, y por tanto nulo, el artículo 21.2 de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana (LO 1/1992, de 21 febrero [RCL 1992\421]) que introdujo un concepto de flagrancia que por su amplitud e indeterminación era incompatible con el rigor que requiere el artículo 18.2 de la Constitución (STC 341/1993, de 18 noviembre [RTC 1993\341]).

En el caso actual la entrada y registro se practicó en relación con un supuesto delito de tráfico de drogas el 25 de octubre de 1993, es decir, durante la vigencia del artículo 21.2 de la LOPSC, con anterioridad a la fecha en que dicho artículo fue anulado por el Tribunal Constitucional (18 de noviembre de 1993) constituyendo un supuesto típico de aplicación del citado precepto, razón por la cual la inconstitucionalidad de la norma habilitante convierte en inconstitucional el registro y en radicalmente nulas las pruebas obtenidas a través del mismo, directa o indirectamente, por violar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (artículo 11.1 de la LOPJ en relación con el 18.2 de la CE).

La Sala sentenciadora estima, sin embargo, que aun desaparecida del Ordenamiento Jurídico la citada norma habilitante de este tipo de registros policiales sin autorización judicial, cabría otorgar validez a la prueba acogándose directamente a la excepción constitucional, encuadrando la actuación policial en un supuesto ordinario de flagrante delito. Ahora bien, cuando la CE configura los supuestos de flagrante delito como una excepción a la necesidad de intervención judicial para la entrada y registro de domicilio, esta excepción sólo puede entenderse como aquella situación fáctica en que queda excusada la autorización judicial precisamente porque el delito se percibe con evidencia y exige de manera inmediata la intervención policial, como sucede, por ejemplo, cuando los agentes de seguridad perciben que se está atentando en un domicilio contra la integridad física de una persona, y el riesgo para la vida de ésta hace su intervención

ineludible y urgente, sin poder esperar a la solicitud y concesión de autorización judicial. Se trata de hipótesis excepcionales en que la evidencia del delito y sus circunstancias exigen la inmediata intervención de la fuerza de seguridad.

Ello no sucede en el caso actual en el que los agentes de la Policía Local Sevillana circulaban en un vehículo policial por una plaza de la ciudad cuando -según el atestado, folio 16- observaron a tres personas que «se intercambiaban algo que no pudieron ver los actuantes» observando seguidamente cómo dichas personas se introducían en un inmueble por lo que «al conocer que dicho inmueble es un punto habitual de venta de drogas», optaron por introducirse en la casa, detener a todas las personas que allí se encontraban y ocupar diversos efectos supuestamente relacionados con distintos hechos delictivos, tanto contra la salud pública como contra la propiedad, tanto relacionados con las personas inicialmente observadas como con otras que se encontraban en el domicilio. En consecuencia no concurre el supuesto de excepción previsto en el artículo 18.2 de la CE pues no existe percepción sensorial de la comisión de un delito sino simple observación de una actuación sospechosa, ni era inexcusable una inmediata intervención, pues si -como afirman- los agentes actuantes tenían conocimiento con anterioridad de que el inmueble era «un punto habitual de venta de drogas», lo procedente era haber solicitado en su momento la oportuna autorización judicial, montando el servicio de vigilancia correspondiente, ya que, como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 341/1993, de 18 noviembre, «mediante la noción de flagrante delito la Constitución no ha apoderado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que sustituyan por la suya propia la valoración judicial a fin de acordar la entrada en un domicilio». Si hay algo flagrante en el caso actual es que la entrada y registro en el domicilio sin autorización judicial alguna supuso una violación del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 de la CE.

3. Principios, ponderación y colisiones

Abuso de derecho y fraude de ley

Vid. Texto de Atienza y Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, capítulos 2 y 3

Sentencia 380 del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona, actuaciones 667/02 de 30 de septiembre

III. Casos difíciles: antinomias

Examine la siguiente decisión: El Instituto Nacional de Estadística (INE) aprueba la elaboración de un censo paralelo al censo de los ciudadanos con derecho a voto, con fines publicitarios y promocionales. Con la excepción de los ciudadanos que expresamente y por escrito comuniquen que no desean figurar en el.

Analice si la Ley de Protección de Datos de 1999 permite la existencia de este censo y tenga en cuenta también que esta misma ley obliga a informar previamente a los interesados “de la finalidad de la recogida de datos y de los destinatarios de la información”.

Tenga en cuenta finalmente que la Ley de Régimen Electoral prohíbe la cesión del censo electoral para fines y actividades comerciales

La razón de la decisión es la de “eliminar de raíz la venta fraudulenta de datos personales para fines comerciales” y ante ello se plantearon las siguientes posibilidades:

- (a) perseguir dicha venta con la Ley de Protección de Datos
- (b) promover desde el INE el uso comercial de las listas electorales
- (c) Convertir el censo electoral (con otra denominación) en censo promocional con los datos de los que no se autoexcluyan.

Cuestiones

- (1) ¿Podemos hablar en este caso de antinomia o contradicción normativa?
- (2) En caso de respuesta afirmativa ¿cómo cree que debería resolverse este conflicto
- (3) Considera usted que tanto la finalidad como los destinatarios de ese censo promocional son demasiado genéricos para no considerar que se ha vulnerado la ley de protección de datos.

III. Casos trágicos

Lea la STC de 27 de junio de 1990 o la STC de 19 de julio de 1990, sobre el derecho a vivir y la obligación de mantener la vida a un grupo de presos del GRAPO que se declaró en huelga de hambre.

Examine los razonamientos de la sentencia y verifique si nos encontramos ante un caso de los denominados trágicos y por qué.