

## ENTRE LEXICOGRAFÍA Y ESTIPULACIÓN: LOS DILEMAS DEL LENGUAJE LEGAL VAGO PARA LA INTERPRETACIÓN OPERATIVA \*

Roberto M. Jiménez Cano

*Universidad Carlos III de Madrid*

### **Resumen**

A juicio de Luigi Ferrajoli el significado del lenguaje jurídico, el de los juristas y el de los jueces, se expresa a través de definiciones lexicográficas que toman como base observacional los usos del legislador. Este trabajo plantea las diferentes alternativas y dilemas ante los que se presenta Ferrajoli a la hora de explicar la posibilidad de que los jueces realicen enunciados operativos cuando el lenguaje legal es vago. En concreto cuando el legislador maneja términos morales.

**Palabras clave:** definiciones lexicográficas, definiciones estipulativas, verdad, interpretación operativa, moral.

### **Abstract**

According to Luigi Ferrajoli the meaning of legal language, the language of lawyers and judges, is expressed through lexical definitions based on the observational uses of the Legislature. This paper discusses the various alternatives and dilemmas for Ferrajoli to explaining the possibility that judges make operatives statements when the language of Legislature is vague. In particular when the Legislature uses moral terms.

---

\* Este trabajo ha sido elaborado en el ámbito del Proyecto “Los Derechos Humanos en el S. XXI. Retos y desafíos del Estado de derecho global” (DER 2011-25114) del Ministerio de Ciencia e Innovación.

**Key Words:** Lexicographical definitions, Stipulative definitions, Truth, Operational Interpretation, Morality.

Las normas jurídicas vigentes *puestas* por el legislador y expresadas en textos pueden representarse como hechos lingüísticos, ya que las palabras actúan como símbolos que designan propiedades, y, por tanto, como un conjunto de hechos observables<sup>1</sup>. Además, las normas jurídicas pueden considerarse un lenguaje, el “lenguaje legal”, es decir, una forma de comunicar ideas, emociones y deseos, en particular, prescripciones, por medio de un sistema de símbolos producidos o recogidos de manera intencionada por el legislador<sup>2</sup>. A partir de aquí, Luigi Ferrajoli reserva a la Dogmática jurídica (que practican jueces y juristas) la observación empírica del lenguaje legal y la determinación de su significado. El lenguaje legal queda, pues, configurado como un lenguaje objeto de la Dogmática jurídica y el lenguaje de la Dogmática (el lenguaje jurídico) como un metalenguaje, es decir, como un lenguaje que se usa para hablar acerca de otro lenguaje (el lenguaje objeto o lenguaje legal). El método de observación que la Dogmática utiliza es el análisis del lenguaje legal, esto es, la interpretación jurídica, la cual conduce a la elaboración de conceptos (dogmáticos). Nótese, para evitar confusiones, que para Ferrajoli el lenguaje empleado por los juristas y los jueces en la interpretación (sea dogmática u operativa) es denominado “lenguaje jurídico” (o dogmático), mientras que el lenguaje usado por el legislador es calificado de “lenguaje legal”.

El lenguaje legal en el que se formulan las leyes queda “dogmáticamente” fijado por el legislador sobre la base del lenguaje ordinario, pero no se identifica estrictamente con él, sino que se ajusta a los usos lingüísticos del legislador<sup>3</sup>. Esto quiere decir que cuando el legislador usa un término o un concepto en el lenguaje legal

---

<sup>1</sup> Sobre el concepto de “hecho lingüístico” puede véase Sapir, E., *El lenguaje* (1921), Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 18 y sobre los símbolos y demás vehículos signícos puede verse Morris, C., *Fundamentos de la teoría de los signos* (1938), trad. R. Grasa, Paidós, Barcelona, 1985, pp. 57-61.

<sup>2</sup> Una definición de lenguaje puede encontrarse en Sapir, E., *El lenguaje*, cit., p. 14.

<sup>3</sup> Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia* (2007), vol. I, Trotta, Madrid, 2011, pp. 3-80; “La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, trad. I. de la Iglesia, G. Pisarello y R. García Manrique, en Ferrajoli, L., Moreso, J.J., Atienza, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 25, 176-180; “*Principia Iuris: una discusión teórica*”, trad. M.A. Aramburo, A. Lozada y F. Morales, *Doxa*, 31, 2008, pp. 395-396. Se entiende que la Dogmática constitucional se ocupa del lenguaje constitucional determinado por los usos del constituyente.

su significado no tiene necesariamente que coincidir con los usos de los hablantes del idioma en el que se expresa el lenguaje legal. Ferrajoli, pues, adoptaría como regla semántica de las palabras legales los usos (o condiciones de aplicación a ciertas entidades o situaciones) fijados por el legislador<sup>4</sup>. La diferencia entre el lenguaje legal y el lenguaje ordinario, nótese bien, radica en que mientras que el significado del lenguaje ordinario se determina a través de definiciones (lexicográficas) que recopilan usos generales anteriores (en los que se han dado relaciones de sinonimia<sup>5</sup>), el significado del lenguaje legal se determina a través de definiciones (lexicográficas) que recopilan usos lingüísticos del legislador y, por ello, se presentan al dogmático como “dogmas” irrefutables.

La determinación de ese significado del lenguaje legal queda reservado a la Dogmática. Por ello, el lenguaje jurídico y los conceptos elaborados por la Dogmática tienen como referencia el lenguaje legal y se construyen con definiciones lexicográficas basadas en el lenguaje legal. Esto hace del lenguaje jurídico un lenguaje observacional, pues “usa términos que designan propiedades y relaciones observables, para los efectos de la descripción de objetos o hechos igualmente observables”<sup>6</sup>. Las propiedades, relaciones, objetos y hechos observables del lenguaje jurídico constituyen, evidentemente, el lenguaje legal. Se ha de advertir que entre los diversos lenguajes existen diferentes niveles de discurso. El lenguaje legal es, en realidad, un metalenguaje respecto del lenguaje ordinario y el lenguaje jurídico un meta-meta-lenguaje en relación al lenguaje ordinario y un meta-lenguaje respecto al lenguaje legal.

Una vez diferenciados lenguaje ordinario, lenguaje legal y lenguaje jurídico cabe, para Ferrajoli, hablar todavía del lenguaje teórico o lenguaje de la teoría del Derecho. Como lenguaje teórico que es, el de la teoría constituye un lenguaje artificial sin referencia semántica directa con las entidades observables y, por ende, su aparato

---

<sup>4</sup> Acerca de los conceptos como reglas semánticas véase Morris, C., *Fundamentos de la teoría de los signos*, cit., pp. 59-61.

<sup>5</sup> Quine, W.V.O., “Dos dogmas del empirismo” (1951), en Íd., *Desde un punto de vista lógico*, trad. M. Sacristán, Orbis, Barcelona, 1984, pp. 54-55.

<sup>6</sup> Carnap, R., “The Methodological Character of Theoretical Concepts”, en H. Feigl & M. Scriven (Eds.). *Minnesota studies in the philosophy of science, vol. I: The foundations of science and the concepts of psychology and psychoanalysis*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1956, p. 38.

conceptual queda fijado mediante definiciones estipulativas<sup>7</sup>. Esto es, el lenguaje teórico no tiene como referencia semántica ninguno de los otros lenguajes anteriormente citados. Por consiguiente, los significados de los términos, palabras o conceptos del lenguaje teórico no quedan definidos lexicográficamente, rastreando los usos que de tales términos o conceptos hacen bien una comunidad de hablantes, o bien el legislador, sino que quedan libremente determinados por el propio teórico. Ciertamente es, sin embargo, que a no ser que el lenguaje teórico sea un lenguaje formalizado, no parece viable que para su elaboración se prescindiera totalmente del lenguaje ordinario y, siendo así las cosas, las diferencias formales entre lenguaje legal y teórico se acortan. Empero, las presentes líneas se centrarán en el lenguaje jurídico.

Ferrajoli afirma que los enunciados o las oraciones del lenguaje jurídico son asertivos, descriptivos o informativos y, por ende, expresan proposiciones (jurídicas), es decir, significados que poseen un valor veritativo (pueden ser calificadas de verdaderas o de falsas). Las proposiciones jurídicas pueden ser de dos tipos. Por un lado, proposiciones jurídicas dogmáticas, que son las elaboradas por los juristas en su doctrina y cuya base observacional está compuesta, de manera exclusiva, por los enunciados normativos del legislador. Las proposiciones dogmáticas tienen como forma típica *el artículo x dice que*. La misión de las proposiciones dogmáticas es, pues, decir qué dice el lenguaje legal. Por otro lado, las proposiciones jurídicas operativas, que son las formuladas por los jueces o los operadores jurídicos en sede de aplicación de las normas y que no hablan directamente de normas (como hacen las proposiciones dogmáticas), sino de hechos concretos, de los cuales predicen una consecuencia o calificación jurídica a través de la subsunción y el silogismo. Las proposiciones operativas típicas serían del tipo *este hecho sucedió, aquel objeto es un arma o tal contrato es inválido*. Por tanto, las proposiciones operativas declaran no sólo el acaecimiento de un hecho, sino también su calificación jurídica. Su misión es calificar jurídicamente hechos concretos.

De ambos tipos de proposiciones jurídicas se puede predicar valor de verdad, pero mientras que para las proposiciones dogmáticas queda reservada la idea de “verdad

---

<sup>7</sup> Ferrajoli, L., *Principia Iuris*, vol. I, cit., pp. 41-47; “Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y Joisé Juan Moreso”, en Ferrajoli, L., Moreso, J.J., Atienza, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 176-180; *Epistemología jurídica y garantismo*, trad. J.J. Moreso et al., Fontamara, México, 2004, pp. 17, 21-51 y 99

jurídica”, es decir, con arreglo a normas jurídicas, la verdad de las proposiciones operativas puede ser tanto jurídica como factual, en este último caso con arreglo a lo que realmente ha sucedido. Ferrajoli opta, para explicar ambos tipos de verdad, por la teoría de la verdad como correspondencia<sup>8</sup>. La formulación clásica de la teoría de la verdad como correspondencia se encuentra en Aristóteles, cuando afirma “decir que el ser no existe, o que el no-ser existe, he aquí lo falso; y decir que el ser existe, que el no-ser no existe, he aquí lo verdadero”<sup>9</sup>. Tal aseveración aristotélica equivaldría, en terminología moderna, a afirmar que la verdad de una oración consiste en su adecuación o correspondencia con la realidad o estado de cosas o de hechos del mundo.

El problema de la teoría de la verdad como correspondencia es, pues, a juicio de Popper, determinar en qué consiste tal “correspondencia” o “adecuación”<sup>10</sup>. Para resolver la cuestión, Ferrajoli —y Popper— acude a Tarski<sup>11</sup>, quien superó los problemas que adolecían a la teoría de la verdad como correspondencia<sup>12</sup>. Pues bien, de acuerdo con Tarski la correspondencia es una equivalencia entre el nombre de una oración  $p$  y la oración  $p$ , de manera que:  $x$  es verdadero si, y sólo si,  $p$ , donde  $x$  es la formulación metalingüística de  $p$  (v.gr., *El enunciado “la nieve es blanca”*) y  $p$  es un enunciado cualquiera (v.gr., *la nieve es blanca*). La verdad quedaría, pues, establecida de la siguiente manera: *El enunciado “la nieve es blanca” es verdadero si, y sólo si, la nieve es blanca.*

Entonces, a juicio de Tarski para poder hablar de correspondencia con los hechos y, por tanto, de verdad se ha de utilizar un metalenguaje (semántico) —es decir, un lenguaje que se usa para hablar de otro lenguaje denominado “lenguaje objeto”— en el

---

<sup>8</sup> Sobre la verdad de las proposiciones jurídicas véase Ferrajoli, L., *Principia Iuris*, vol. I, cit., pp. 316-321; *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 24-37; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 1995, pp. 47-49.

<sup>9</sup> Aristóteles, *Metafísica*, 13<sup>a</sup> ed., trad. P. de Azcárate, Espasa-Calpe, Madrid, 1990, p. 125.

<sup>10</sup> Popper, K.R., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico* (1963, 4<sup>a</sup> ed., 1972), trad. N. Míguez y R. Grasa, Paidós, Barcelona, 1991, p. 273.

<sup>11</sup> Tarski, A., “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica” (1944), en Valdés, L., *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 301-338.

<sup>12</sup> La teoría clásica de la adecuación se enfrentaba a la paradoja de Epiménides (siglo VI a.C.) o paradoja del mentiroso. Se atribuye a Epiménides, que era cretense, haber afirmado: *Todos los cretenses son unos mentirosos*. De acuerdo con la teoría clásica la oración es verdadera si todos los cretenses son mentirosos, pero quien profirió la oración era cretense y, por tanto, un mentiroso. Por tanto, Epiménides bien pudo mentir al pronunciar tal enunciado. Un ejemplo de esta paradoja puede verse en la Carta o Epístola a Tito, 1, 12-13 del *Nuevo Testamento*.

que se nombra o se menciona (no se usa) de manera entrecomillada una oración del lenguaje objeto. Es decir, la mención de un enunciado es verdadera si, y sólo si, existe dicho enunciado. Y la verificación de la existencia del enunciado es empírica.

Así, en el caso de proposiciones dogmáticas como *el artículo 15 de la Constitución Española dice que todos tenemos derecho a la vida* la verdad (jurídica) consiste en su correspondencia semántica con la realidad jurídica (las disposiciones normativas, en concreto el art. 15 de la Constitución Española). Por tanto, la cuestión de la verdad de dicha proposición dogmática se podría formular de la siguiente manera: *es jurídicamente verdadero que el enunciado “el artículo 15 de la Constitución Española dice que todos tenemos derecho a la vida” si, y sólo si, el artículo 15 de la Constitución Española dice que todos tenemos derecho a la vida.*

Ahora bien, como se adelantó, las proposiciones operativas sus susceptibles de ser calificadas tanto de jurídicamente verdaderas como de factualmente verdaderas. De estas proposiciones bien podría predicarse verdad jurídica mediante la observación de que existe o no existe una norma conforme a la cual el trato dado a Ticio es inhumano o degradante. Así, *el enunciado “el trato dado a Ticio es inhumano o degradante” es jurídicamente verdadero si, y sólo si, el trato dado a Ticio es inhumano o degradante (de acuerdo con una norma x del sistema).* Aquí interesa cuándo las normas jurídicas califican a un trato como inhumano o degradante.

Pero también podría predicarse verdad factual, mediante la *prueba* de que el hecho en cuestión sucedió o no sucedió. De manera que, *el enunciado “el trato inhumano o degradante dado a Ticio sucedió” es factualmente verdadero si, y sólo si, el trato inhumano o degradante dado a Ticio sucedió (de acuerdo con los hechos).* Aquí interesa cuando de hecho sucedió un trato calificado legalmente como inhumano o degradante.

A los efectos de este trabajo interesan solamente las proposiciones operativas, y no las dogmáticas<sup>13</sup>, y preocupa únicamente cuándo un trato es *jurídicamente* inhumano o degradante, con independencia de que estos tratos se den o no *de hecho*. Para ello, es

---

<sup>13</sup> Y ello porque las proposiciones dogmáticas de la doctrina no son exclusivamente descriptivas, sino también prescriptivas cuando el significado de las disposiciones normativas es equívoco y, por ende, se propone que el texto se entienda, estipulativamente, en un sentido determinado (Ferrajoli, L., “Doce cuestiones en torno a *Principia Iuris*”, trad. J.R. Ruiz Saldaña, *Eunomía*, nº 1, 2011-2012, pp. 12-13). Esto es, pro otra parte, lógico, ya que, como se verá, la dogmática tiene, entre otras, la función de colmar las lagunas.

necesario conocer el significado de las disposiciones normativas o, en una palabra, del lenguaje legal. Recuérdese que el significado de las palabras legales se expresa a través de definiciones lexicográficas que toman como base observacional los usos del legislador.

Pues bien, piénsese que un juez ha de calificar jurídicamente si el trato dado a una persona es inhumano o degradante, ya que a la luz del art. 15 de la Constitución Española en ningún caso una persona puede quedar sometida a ese tipo de tratos<sup>14</sup>. Para que la proposición operativa *el trato dado a Ticio es inhumano o degradante* sea verdadera ha de adecuarse a las normas que fijan las circunstancias de uso (del legislador) de “trato inhumano o degradante” y que reflejan los usos del legislador al respecto. Imagínese que la jurisdicción de un Estado únicamente tiene como normas de referencia a este respecto sus normas constitucionales. En concreto, que los jueces y tribunales exclusivamente tuvieran como referencia normativa una disposición equivalente al art. 15 de la Constitución Española ya citado. La pregunta parece obvia, ¿cuáles son las circunstancias de uso del legislador (constituyente) para el concepto “trato inhumano o degradante”? Los jueces y tribunales tendrían, a juicio de Ferrajoli, la misión de interpretar o analizar el lenguaje legal de dicho art. 15, esto es, de conocer el significado de los términos “trato inhumano” y “trato degradante”. ¿Cómo conocer, pues, el significado de estas expresiones? La vía apuntada por Ferrajoli de hallar los usos del legislador como base de definiciones lexicográficas acerca del lenguaje legal resulta infructuosa, puesto que, como se acaba de señalar, ante una única norma de referencia como la del art. 15, sin más, no habría rastro alguno de tales usos<sup>15</sup>.

En definitiva, el legislador simplemente mencionaría la expresión “trato inhumano o degradante” sin determinar sus circunstancias de uso. ¿Cómo, entonces, un juez puede dictaminar si un trato es inhumano o degradante? *Grosso modo* son tres las alternativas que se presentarían. En primer lugar, podría considerarse que el art. 15 no tiene fuerza jurídica o que, a pesar de tenerla, deviene directamente inaplicable por los jueces a falta de una mediación del legislador o *interpositio legislatoris*, con lo cual la

---

<sup>14</sup> En concreto, el citado artículo 15 dispone que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

<sup>15</sup> Ferrajoli, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 38.

calificación de un hecho o de un trato como inhumano o degradante sería jurídicamente irrelevante. En segundo lugar, cabría entender que el art. 15 es directamente aplicable por los jueces, pero adolece de un vicio, en concreto de una laguna. Las dos alternativas sitúan, en mi opinión, a Ferrajoli ante distintos dilemas no resueltos. En tercer y último lugar, podría entenderse que el legislador hace un reenvío semántico a un sistema normativo diferente: la moral<sup>16</sup>.

Tómese la primera alternativa, según la cual el art. 15 bien no tiene fuerza jurídica vinculante o bien no es directamente aplicable por los tribunales. Afirmar que este artículo no es una norma jurídica permitiría a Ferrajoli seguir concibiendo a las proposiciones operativas como verdaderas o falsas. Así, por ejemplo, podrían calificarse como jurídicamente falsas todas las proposiciones operativas que afirmaran que “*el trato dado a Ticio es inhumano o degradante*” puesto que no habría una norma con arreglo a la cual el hecho sea constitutivo de un trato inhumano o degradante. Ahora bien, igualmente podría entenderse que en estos casos hay norma jurídica que obliga al legislador, pero que no es directamente aplicable por los tribunales. Esto parecería el escenario de una laguna. Una laguna, para Ferrajoli, es el vicio producido por la omisión indebida de una norma, requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma que falta. Es decir, podría entenderse que si bien el art. 15 vincula jurídicamente al legislador, para la aplicación judicial del art. 15 se requeriría una norma que lo desarrollara, esto es, la introducción de una norma que colmara la laguna. El problema residiría en que tal introducción normativa escaparía a las potestades que Ferrajoli atribuye a la jurisdicción, puesto que las lagunas no pueden ser directamente solucionadas por el intérprete, a quien no le compete la alteración del Derecho vigente<sup>17</sup>.

Esta alternativa sitúa a Ferrajoli ante un dilema. O bien considera que el art. 15 no es una norma jurídica y salva la posibilidad de que los enunciados operativos puedan seguir siendo calificados de verdaderos o falsos. O bien admite que los jueces pueden colmar lagunas en el sentido de que (jurídicamente) son competentes para introducir, de

---

<sup>16</sup> Esta es la opción de algunos iuspositivistas excluyentes. A este respecto puede verse Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 50-51; Raz, J., “La incorporación por el Derecho” (2004), trad. R. Ruiz Ruiz y R.M. Jiménez Cano, *Derechos y Libertades*, nº 16, enero 2007, pp. 30-36; Bulygin, E., *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006, p. 103.

<sup>17</sup> Ferrajoli, L., *Principia Iuris*, vol. I, cit., pp. 644-ss.

manera discrecional, nuevas normas cuyo significado no tendría base lexicográfica, sino estipulativa, lo que convertiría a (algunos) enunciados operativos en no verificables. Ante este dilema, Ferrajoli parecería en algún momento decantarse por considera que los derechos fundamentales requieren siempre de una legislación de actuación y, por tanto, de una mediación del legislador (*interpositio legislatoris*) para poder ser aplicados<sup>18</sup>. Pero esta opción abocaría a Ferrajoli a negar la tradición constitucionalista de considerar a todos los preceptos constitucionales como auténticas normas jurídicas y directamente aplicables por los tribunales, algo que resultaría aún más extraño de aceptar por el profesor italiano<sup>19</sup>.

Tómese ahora la segunda alternativa, esto es, la de entender el art. 15 como una norma jurídica directamente aplicable por los jueces (y el legislador). Que se entendiera que la norma es directamente aplicable no entrañaría que ésta dejara de ser vaga<sup>20</sup>. El legislador habría incumplido la garantía de estricta legalidad al no haber usado términos con una precisa intensión y, por ende, con una concreta y clara extensión<sup>21</sup>. Entonces, se habría de reconocer que los jueces deben (jurídicamente) convertirse en estos casos en legisladores intersticiales u ocasionales (demasiado ocasionales según la configuración de las actuales constituciones occidentales)<sup>22</sup>. No parece que Ferrajoli tenga en mente esta solución como ideal normativo y entendería que, entonces, los jueces no sólo gozarían de grandes espacios de discrecionalidad, sino que se extralimitaría en sus

---

<sup>18</sup> Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia* (2007), vol. II, Trotta, Madrid, 2011, pp. 76-80.

<sup>19</sup> Ferrajoli, L., “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 17, 2001, pp. 34-35. Sobre esta posible interpretación de Ferrajoli puede verse Prieto Sanchís, L., “*Principia iuris*: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, *Doxa*, 31, 2008, pp. 334-335. Que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, sin necesidad de la *interpositio legislatoris*, y que no son meros principios programáticos ha sido declarado por la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 15/1982, de 23 de abril. Por otro lado, piénsese en las consecuencias que la opción señalada tendría para la distinción ferrajoliana entre vigencia y validez.

<sup>20</sup> El propio autor italiana entiende que disposiciones normativas, como el principio de igualdad, son vagas y ambiguas que amplían mucho los espacios de discrecionalidad y las valoraciones (Ferrajoli, L., “Doce cuestiones en torno a *Principia Iuris*”, cit., pp. 13-14).

<sup>21</sup> Ferrajoli, L., *Principia Iuris*, vol. I, cit., pp. 411, 469, 534; *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 38; *Derecho y razón*, cit., pp. 34-ss. Cosa diferente es que la vaguedad exija un desarrollo de la Ciencia de la Legislación o de la Constitución destinada a formular disposiciones normativas claras y rigurosas (Ferrajoli, L., “Doce cuestiones en torno a *Principia Iuris*”, cit., p. 14). Mas mientras las disposiciones sigan siendo vagas alguna de las alternativas hay que tomar.

<sup>22</sup> Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho* (1961), trad. G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. pp. 164 y 191; y “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. L. Hierro, F.J. Laporta y J.R. de Páramo, *Sistema*, nº 36, 1980, pp. 5-6.

competencias, vulnerando tanto los principios de sujeción del juez sólo a la ley y de estricta “jurisdiccionalidad” como el de separación de poderes<sup>23</sup>. Téngase en cuenta que no sólo se trataría de aceptar que el modelo normativo de la jurisdicción como actividad cognoscitiva es simplemente un modelo teórico claramente desmentido y violado en la práctica<sup>24</sup>; sino de considerar que el modelo neoconstitucionalista exige este tipo de intervención legislativa por parte de los jueces. En fin, o Ferrajoli acepta que los jueces deben ser (y no sólo son) legisladores a la hora de aplicar normas vagas, pero de nuevo rechaza la verificabilidad de los enunciados operativos, o bien regresa a la primera alternativa, la de entender que disposiciones del tipo del art. 15 no tienen fuerza jurídica o necesitan de la *interpositio legislatoris*.

Todavía podría entenderse, como tercera alternativa, que enunciados como los del art. 15 no son vagos, sino que remiten directamente a la moralidad. Quedaría por saber a qué tipo de moralidad se referirían tales disposiciones. Lo que aquí sigue también afectaría si se entendiera que tales disposiciones normativas no son reenvíos a la moral, sino invocaciones a la discrecionalidad judicial. De nuevo, son dos las opciones las que se abren ante Ferrajoli y cada una de ellas le sitúa ante nuevos dilemas.

La primera opción sería admitir que las referencias legislativas o constitucionales a la moralidad son a un tipo de moral objetiva. De esta manera, podría seguir afirmando que las proposiciones jurídicas operativas, a pesar de no tener como referencia el lenguaje legal, son susceptibles de ser calificadas como verdaderas (o falsas) de acuerdo con la teoría de la correspondencia, aunque tendría que adoptar el cognoscitivismo moral y renunciar al lenguaje legal basado en los usos del legislador. Sin embargo, la adscripción al cognoscitivismo y objetivismo moral ha sido algo expresamente rechazado por el propio Ferrajoli. La segunda opción consistiría en negar el cognoscitivismo moral, mas entonces habría de considerar que los juicios operativos no son susceptibles de ser calificados de verdaderos o falsos.

Ferrajoli ha declarado que “no podemos verificar ni refutar que Ticio ha cometido abuso en el ejercicio de cargo, o maltratos, o actos obscenos, o, peor aún, que es un enemigo del pueblo, puesto que tales tipos de desviación son completamente indeterminados y admiten no ya juicios de verdad, sino juicios éticos o

---

<sup>23</sup> Ferrajoli, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 36 y 242.

<sup>24</sup> Ferrajoli, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 240.

políticos o estéticos, y como tales ni verdaderos ni falsos”<sup>25</sup>. En estos casos, cualquier tipo de juicio “degenera en juicio «sin verdad»: no motivado por juicios de hecho, esto es, por aserciones verificables o refutables, sino por juicios de valor, no verificables ni refutables porque por su naturaleza no son verdaderos ni falsos; no basado en procedimientos cognoscitivos al menos tendencialmente y, por ello, expuestos a controles objetivos y racionales, sino en decisiones potestativas”<sup>26</sup>. En definitiva, los valores que expresan o incorporan las constituciones “simplemente se eligen” y su afirmación (la afirmación de un determinado valor) no es un aserto, sino una prescripción<sup>27</sup>. Por consiguiente, puesto que la claridad de tales valores no puede ser de tipo objetivo y cierto, sino subjetivo pues su significado es una elección potestativa del juez, Ferrajoli habría de admitir que no todos los enunciados jurídicos operativos tienen valor de verdad.

Cierto que la incorporación de tales valores se ha debido a una previa elección del legislador, pero sin la determinación de los concretos significados elegidos por el legislador, dicha elección se traslada a cada juez individualmente considerado. Esta opción, claro está, no sólo hace de los enunciados jurídicos operativos al respecto meros juicios de valor sin verdad, sino que los convierte en definiciones estipulativas<sup>28</sup>. Ahora bien, si el no-cognoscitivismo moral de Ferrajoli llevaría aparejada una renuncia a la pretensión de verdad (o falsedad) de los enunciados operativos admitir que éstos no son más que elecciones o estipulaciones conducirían al profesor italiano a un nuevo dilema.

Piénsese por un momento en el inicio de este trabajo. La Dogmática jurídica, sea la elaborada por los juristas o por los jueces, conforma un lenguaje observacional porque “usa términos que designan propiedades y relaciones observables, para los efectos de la descripción de objetos o hechos igualmente observables”. El dilema está, una vez más, servido. Si se admite, no obstante, que en ocasiones (en muchas ocasiones debida a la gran cantidad de referencias morales —entre ella, derechos fundamentales—

---

<sup>25</sup> Ferrajoli, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 241.

<sup>26</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, cit., p. 43.

<sup>27</sup> Ferrajoli, L., “*Principia Iuris*: una discusión teórica”, cit., pp. 403-404; “La elección como fundamento último de la moral”, citado.

<sup>28</sup> De acuerdo con Pierluigi Chiassoni una definición estipulativa provee de una instrucción acerca de los discursos del tipo «si queréis entender correctamente lo que os estoy diciendo en este escrito y/o en otros de mis escritos tenéis que adscribir al término ‘T’ el significado ‘S’” (“L’ineluttabile scetticismo della ‘scuola genovese’”, *Analisi e diritto* 1998, 1999, p. 31).

en las constituciones y a su valor de primacía) el lenguaje de los jueces no describe entidades, sino que las prescribe y que los valores incorporados por las constituciones no son hechos observables, entonces el lenguaje de la Dogmática no siempre es observacional. Si éste es el caso, entonces Ferrajoli tendría que renunciar a un rasgo clave que diferencia, en su opinión, a la Dogmática de la teoría del Derecho: la de un lenguaje observacional, basado en definiciones lexicográficas, frente a un lenguaje teórico sin referencia semántica directa con las entidades observables cuyo aparato conceptual quedaría fijado mediante definiciones estipulativas, es decir, “decisiones justificadas, no por los usos del legislador, sino por estrategias explicativas escogidas por el propio teórico”<sup>29</sup>.

Creo que Ferrajoli no renunciaría a esta última diferenciación, y esgrimiría que la teoría es fruto de elecciones respecto a la formulación de sus premisas y analítica y sin juicios de valor en la derivación de sus teoremas<sup>30</sup>. Las elecciones teóricas, a diferencia de las elecciones de los operadores jurídicos sobre el significado de los valores, se justifican por el mayor potencial explicativo que exhiben respecto de otras alternativas<sup>31</sup>. Pero flaco favor se haría al potencial explicativo de la teoría si no se aclarara alguno de los dilemas antes expuestos o concretara una teoría de la interpretación a la que Ferrajoli ha dado un tratamiento más bien escaso o marginal, como él mismo ha reconocido<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Ferrajoli, L., “La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, cit., p. 54.

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> *Íd.*, nota 14, p. 54.

<sup>32</sup> Ferrajoli, L., “*Principia Iuris*: una discusión teórica”, cit., p. 404. Adviértase que nada de lo aquí tratado sobre la base de los usos del lenguaje del legislador tendría mucho sentido si Ferrajoli realmente asumiera la tesis según la cual “la interpretación jurídica no consiste en el reconocimiento de un significado dado (...), sino en la atribución de un significado a un enunciado normativo por parte del intérprete” (Ferrajoli, L., “*Principia Iuris*: una discusión teórica”, cit., pp. 405-406).