

El desafío de la taxatividad *

PABLO E. NAVARRO

CONICET, Argentina

LAURA MANRIQUE

UPF Barcelona, España

I. INTRODUCCIÓN

La exigencia de taxatividad es una de las dimensiones centrales del principio de legalidad. De acuerdo a ella, la imputación de responsabilidad penal no sólo debe justificarse en leyes expresamente formuladas sino que estas normas tienen que indicar con precisión qué conductas están prohibidas y cuál es la pena correspondiente. Las dificultades para implementar esta dimensión del principio de legalidad comienzan con la limitada precisión del lenguaje. A causa de los márgenes de indeterminación de los conceptos del lenguaje ordinario, el legislador no puede lograr una absoluta precisión en la formulación de las leyes penales. En ocasiones, los análisis de esta indeterminación del lenguaje conducen a conclusiones escépticas acerca de las reglas y de la relevancia práctica de su formulación precisa. Sin embargo, en general la doctrina y la jurisprudencia señalan que la taxatividad es central para una adecuada reconstrucción del ideal de Estado de Derecho ya que se conecta de manera directa con las expectativas sustantivas de certeza jurídica e imparcialidad en la aplicación de la ley penal.

* Diferentes versiones de este trabajo han sido discutidas en el INECIP (Córdoba), la Universidad Nacional del Sur, y el Instituto Brasileiro de Estudos Tributarios (IBET). Estamos en deuda con Jorge Rodríguez, Andrés Bouzat, Luis Esandi, Alejandro Cántaro e Inés Álvarez por sus comentarios y sugerencias.

De manera tradicional se entiende que mediante leyes precisas se pretende asegurar que los individuos puedan prever las consecuencias normativas de sus conductas y que las mismas acciones sean castigadas de igual manera (1). A su vez, Roxin ha subrayado las consecuencias de las leyes imprecisas de la siguiente manera (2):

Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad.

En la literatura especializada contemporánea se pueden encontrar numerosas interpretaciones de la exigencia de taxatividad, pero es difícil trazar un mapa de ellas ya que los criterios que guían a las diferentes propuestas no son siempre explícitamente articulados. A los efectos de simplificar esta geografía conceptual clasificaremos a las diferentes propuestas únicamente a la luz del papel que se asigna al significado de las palabras empleadas por el legislador. En este trabajo distinguiremos entre estrategias internas y externas para la interpretación de la taxatividad. Para las estrategias internas, la verdad de un juicio de taxatividad se basa exclusivamente en un *hecho semántico*, es decir, depende de rasgos específicos del significado de una expresión. Por ejemplo, sostener que la exigencia de taxatividad requiere que el legislador redacte sus normas de la manera más precisa posible es una estrategia interna ya que el hecho de que la formulación del legislador sea la «más precisa posible» depende únicamente del significado de la expresión. Por el contrario, para las estrategias externas, el criterio para determinar si una formulación supera la exigencia de

(1) FERRERES, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, pp. 43 ss. (Madrid: Civitas, 2002). Por supuesto, existen diversas propuestas sistemáticas para la justificación de la taxatividad y la legalidad penal. Por ejemplo, para un fundamento basado en el principio de asunción de la pena, véase, NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, pp. 349 ss. (Buenos Aires: Astrea, 1980), y NINO, Carlos, *La legítima defensa*, pp. 14-16 (Buenos Aires: Astrea, 1982). Para un análisis de los fundamentos de las dimensiones del principio de legalidad y una defensa de la naturaleza política de los diferentes aspectos de la legalidad, véase: MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, pp. 8-38 (Valencia: Universidad de Valencia, 1983).

(2) ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General I*, p. 169 (Madrid: Civitas, 1997). Una idea similar se encuentra en RAWLS, John, *A Theory of Justice*, edición revisada, p. 210 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999).

taxatividad es un *hecho externo* a la relación semántica entre una formulación y su significado. Por ejemplo, algunas veces se señala que al momento de evaluarse si una ley se adecua a las exigencias de taxatividad hay que analizar la gravedad de la sanción impuesta; es decir: a mayor pena, mayor exigencia de precisión. Este criterio es una estrategia externa ya que la mayor o menor gravedad de una pena es un hecho externo a la relación semántica entre la formulación de una norma y la precisión del significado.

Nuestra conclusión puede resumirse en la siguiente conjetura: las estrategias contemporáneas no ofrecen una reconstrucción aceptable de la exigencia de taxatividad. Las estrategias internas se basan en una comprensión deficiente de la naturaleza del lenguaje y las estrategias externas son incapaces de explicar la relevancia normativa de la exigencia de taxatividad. Para llegar a estas conclusiones reconstruiremos diferentes conceptos de precisión, analizaremos diversas interpretaciones de la exigencia de taxatividad, exploraremos las condiciones de verdad de los juicios de taxatividad y discutiremos los compromisos que se siguen del ideal de Estado de Derecho.

El alcance de nuestra investigación está limitado de tres maneras diferentes. En primer lugar, nos ocupamos de los problemas que surgen como consecuencia de la vaguedad del significado de las palabras usadas por el legislador y dejaremos de lado otras fuentes de indeterminación como, por ejemplo, el uso de conceptos valorativos en la formulación de las normas penales (3.) En segundo lugar, no tomaremos partido en la discusión acerca de la naturaleza epistémica o semántica de la vaguedad (4), ni explicaremos las relaciones entre vaguedad y otras formas de indeterminación (5). Finalmente, presupondremos sin mayor discusión una concepción convencionalista del lenguaje, es decir, asumiremos que el significado está determinado por usos y convenciones sociales (6).

(3) Para un ejemplo de la relevancia de imprecisiones que no surgen de la vaguedad de los conceptos, véase: FERRERES, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, op. cit., pp. 132-136.

(4) Al respecto, véase, ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, pp. 99 ss. (Oxford: Oxford University Press, 2000).

(5) Véase, por ejemplo, WALDRON, Jeremy, «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues», en *California Law Review* 82 (1994), pp. 510-540.

(6) La importancia de este límite no debe ser subestimada ya que sólo podremos enfrentar exitosamente el desafío que representa la indeterminación del derecho una vez que hayamos comprendido acabadamente la naturaleza del significado de las expresiones. Al respecto, véase, BAKER, G. P. y HACKER, P. M. S., *Wittgenstein: Meaning and Understanding*, p. 226 (Oxford: Blackwell, 1992).

II. LOS CONCEPTOS DE PRECISIÓN

La exigencia de taxatividad es tradicionalmente entendida como la obligación de formular normas precisas. Por ello, para comprender el contenido conceptual de esta exigencia, es necesario clarificar la noción de precisión. En el lenguaje ordinario la expresión «precisión de un concepto» tiene diferentes sentidos. Por ejemplo, algunas veces decimos que un concepto es preciso cuando se han establecido expresamente sus criterios de uso, y ellos ofrecen una guía explícita para controlar si su aplicación es correcta o incorrecta. Por otra parte, también señalamos que un concepto es preciso cuando su aplicación no produce casos marginales o de penumbra, *i.e.* casos en los que tenemos dificultades y desacuerdos para aplicar la expresión en cuestión (7). En el primer caso, la precisión se asocia a reglas semánticas expresamente formuladas (*i.e.* definiciones) que suministran un criterio para evaluar la correcta aplicación de una palabra, mientras que en el segundo caso, la precisión depende de la mayor o menor amplitud de la zona de penumbra de un concepto.

¿Qué concepto de precisión usan los juristas cuando señalan que el legislador tiene que formular leyes precisas y, al mismo tiempo, admiten que un cierto margen de indeterminación es inevitable en la formulación de las normas? Aunque no es posible formular una respuesta concluyente a esta pregunta, al debatir sobre el margen de indeterminación compatible con la exigencia de taxatividad, los juristas no parecen preocupados por la mayor o menor dificultad para formular explícitamente reglas de uso de las expresiones. Más bien, ellos parecen interesarse por la mayor o menor dificultad para resolver casos marginales (8). Así, cuando se afirma que la precisión de las normas penales impide la arbitrariedad de los órganos de aplicación, no se atiende principalmente al carácter explícito de las reglas de uso de un concepto sino más bien al modo en que ciertas normas generales permiten resolver de manera uniforme una serie de casos individuales. En otras palabras, el principal desafío para los juristas surge de la clase de situaciones marginales o zona de penumbra que rodea a la aplicación de una palabra. Por consiguiente, en este trabajo –salvo indicación en contrario– guiaremos nuestra reconstrucción de la taxatividad y la precisión de una expresión a la luz de la mayor o menor

(7) COPI, Irving, *Introducción a la lógica*, p. 126 (Buenos Aires: EUDEBA, 1995).

(8) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, p. 122 (Madrid: Trotta, 1995).

amplitud de la clase de casos marginales o zona de penumbra de la aplicación de un concepto (9).

La relación entre precisión de un concepto y la zona de penumbra que genera su aplicación exige introducir una nueva distinción entre absoluta precisión y precisión relativa. Conforme a nuestra reconstrucción, la precisión del significado de una palabra es una función del modo en que identifica y divide los elementos de un cierto universo del discurso (*i.e.* los objetos a los que pretendemos aplicarles la palabra) (10). Cuando el significado de una palabra es *absolutamente preciso*, los elementos del universo del discurso están divididos en clases exhaustivas y excluyentes (11). Cuando los elementos del universo del discurso no son divididos de esa manera, el significado de una expresión es *relativamente preciso*. El universo del discurso es una clase de estado de cosas (*i.e.* situaciones, acciones, etc) y como cualquier otra clase, puede ser *abierta* o *cerrada*. Esta distinción puede ilustrarse mediante la siguiente afirmación de von Wright (12):

La clase de personas que votaron en una cierta elección es una clase *cerrada*. Es restringida tanto en su número como en el tiempo y espacio. Podemos hacer una lista de todos sus miembros. Por otra parte, la clase de personas que alguna vez votaron, votan o votarán en elecciones de un cierto tipo («descripciones generales») es una clase *abierta*. No tiene restricciones (es «potencialmente infinita») en su número. Puede ser que, desde un cierto momento, ningún nuevo miembro sea añadido a la clase, *e.g.* porque no se convocan más las elecciones de ese tipo. Pero la clase cerrada de personas, quienes han ejercido hasta ese momento su derecho al voto en elecciones de ese tipo, es diferente de la clase abierta. La última no posee un miembro que sea «lógicamente el último elemento». Permanece para siempre, «en principio», abierta a nuevos miembros.

En universos del discurso clausurados por referencias espacio-temporales específicas, podemos enumerar a todos sus elementos y es

(9) La precisión es una propiedad del significado de las expresiones. Por razones de simplicidad, nos referiremos a la precisión de una expresión o de una formulación, y estas frases deben entenderse siempre como maneras abreviadas de referirnos a sus respectivos significados.

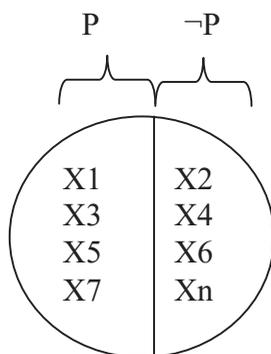
(10) Para una presentación intuitiva, véase BADESA, Calixto; JANÉ, Ignacio, y JASANA, Ramón, *Elementos de lógica formal*, pp. 29-30 (Madrid: Ariel, 1998).

(11) ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 56 (Buenos Aires: Astrea, 1974). A efectos de simplificar nuestro análisis asumiremos que la división del universo del discurso genera sólo dos clases: el conjunto de elementos a los que se aplica la palabra en cuestión y la clase complementaria, es decir, el conjunto de elementos a la que no se aplica la palabra en cuestión.

(12) VON WRIGHT, Georg, «On Conditionals» en *Logical Studies*, p. 151 (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1957).

posible dividir los elementos de manera concluyente. El siguiente diagrama ejemplifica la *absoluta* precisión de una expresión P respecto a los elementos X1, X2, X3, X4, X5, X6, X7, ...Xn de un Universo del Discurso UD.

Diagrama I



Como muestra el diagrama, ningún elemento X de este universo del discurso forma parte de más de una clase y todo elemento pertenece a alguna clase. Por ejemplo, un profesor puede dividir el universo del discurso de sus alumnos de filosofía jurídica de la Universidad X, en el año 2004, clasificándolos en aprobados y no aprobados. En este caso, el universo del discurso es un conjunto de alumnos específicamente delimitado y *en ese contexto* la palabra «aprobado» puede ser usada con absoluta precisión

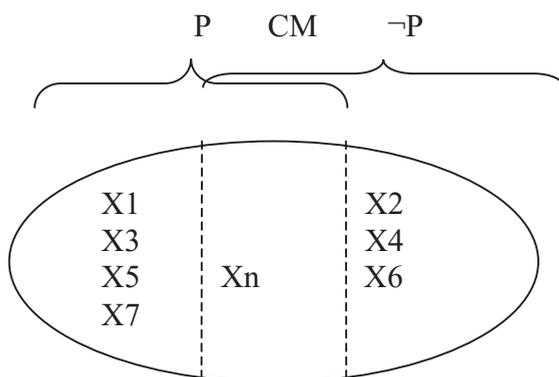
A efectos de evitar confusiones, estipularemos que en casos de absoluta precisión el significado de la expresión es *exacto*. La exactitud de los conceptos depende, en general, de nuestro nivel epistémico. Si pudiésemos considerar específicamente a todos los elementos de nuestro universo del discurso, también podríamos decidir acerca de las divisiones necesarias y prevenir las indeterminaciones. Por eso, la exactitud sólo puede lograrse en universos del discurso cerrados en los que podemos enumerar a cada uno de sus elementos (13). Sin

(13) Por supuesto, ello no significa que cualquier universo cerrado será dividido de manera exacta ya que este resultado también depende de otros factores tales como la indeterminación de propósitos o la intención de delegar poder normativo a los órganos de aplicación.

embargo, las normas jurídicas se proyectan sobre universos del discurso abiertos. Las normas regulan el comportamiento de manera prospectiva y el legislador no puede considerar específicamente todas las situaciones individuales a las que se aplicarán sus normas. Ello impide la regulación exacta de la conducta mediante normas generales y obliga a buscar otra noción de precisión que sea compatible con la exigencia de taxatividad.

En el siguiente diagrama (Diagrama II) se ejemplifica la *relativa precisión* de una expresión P respecto a los elementos X1, X2, ...Xn de un Universo del Discurso UD.

Diagrama II



En este diagrama, la zona de penumbra de la expresión abarca el espacio representado entre las líneas de puntos y muestra que existe un subconjunto CM (*i.e.* una clase marginal) de elementos Xn que no podemos determinar si forman parte de P o de la clase complementaria $\neg P$. Por esa razón, la división del universo del discurso no es exacta.

Nuestras necesidades en la comunicación sólo rara vez justifican emplear conceptos exactos. Por el contrario, el concepto dominante o *normal* de precisión es el concepto de *relativa* precisión, que admite un margen de indeterminación en la aplicación del concepto. En otras palabras, en nuestros lenguajes ordinarios no pretendemos que la división del universo del discurso sea exacta a los efectos de señalar que una cierta clasificación es precisa. Más aún, sólo una vez se admite que la noción de precisión es diferente al ideal de exactitud es posible

comprender al desafío de la taxatividad como la búsqueda de un equilibrio entre la exigencia de precisión de nuestros conceptos y el reconocimiento del inevitable margen de indeterminación de nuestro lenguaje.

III. EL CONTENIDO DE LA TAXATIVIDAD

Sólo una vez que se distingue entre las diferentes nociones de precisión es posible avanzar sobre el contenido de la exigencia de taxatividad. Es necesario recordar que, al igual que el resto del material de un ordenamiento jurídico, la exigencia de taxatividad es una pauta normativa que puede ser interpretada de diferentes maneras. Las interpretaciones de la taxatividad resultan en la formulación de un criterio para determinar si una ley supera la exigencia de precisión. Cuando la exigencia de taxatividad tiene rango constitucional, ella define «mundos constitucionalmente posibles» para el legislador (14). Un mundo es constitucionalmente posible si y sólo si es un mundo permitido para el legislador. Por ejemplo, una ley que estableciese que sólo los hombres pueden ser candidatos al parlamento sería, conforme a las disposiciones relativas a la prohibición de discriminación, un mundo constitucionalmente inaccesible, con independencia de otras ventajas sociales, económicas o políticas que se siguiesen de esa legislación.

La idea de que el legislador no puede elegir cualquier mundo semánticamente posible para regular la conducta subraya que una interpretación de la taxatividad será admisible sólo si impone algún límite a las opciones que el legislador tiene disponibles al momento de formular las leyes penales. Supongamos que la autoridad intenta regular una cierta situación (*e.g.* la apropiación de bienes ajenos). Admitamos también que hay un conjunto C de formulaciones posibles, F1, F2, F3, ..., Fn, que ella podría escoger para satisfacer su propósito. La exigencia de taxatividad presupone que sólo algunas de esas formulaciones son constitucionalmente adecuadas y ello significa que los mundos semánticamente posibles no son equivalentes a los mundos constitucionalmente posibles. En otras palabras, existe un subconjunto C1 de este conjunto C, que el legislador puede usar para regular ese estado de cosas y que las otras formulaciones de C son inadmisibles desde un punto de vista constitucional.

(14) MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

La distinción entre mundos semánticamente posibles y mundos constitucionalmente accesibles para el legislador tiene sentido sólo si se acepta previamente que los conceptos tienen diferente grado de vaguedad. Como señala Juan Carlos Bayón (15),

... decir que, en el límite todos los términos son (al menos potencialmente) vagos no equivale en modo alguno a decir que todos son igualmente vagos. Dicho de otro modo: si llamamos «zona de penumbra» al conjunto –a su vez borroso– de objetos de los que no sabríamos decir con certeza si están incluidos o excluidos de la denotación de un término, éste será tanto más vago cuanto mayor sea su zona de penumbra.

La amplitud de la zona de penumbra determina el margen de indeterminación de un concepto. El grado de precisión (y de vaguedad) de un concepto depende de la extensión de la clase de casos marginales que genera su aplicación, y por ello, la *mayor* precisión de una formulación F1 se puede determinar sólo después de comparar a F1 con otras posibles formulaciones normativas F2, F3, ..., Fn. Por ejemplo, el universo del discurso de las lesiones puede ser dividido mediante las categorías leve, grave y gravísima. Este criterio se basa en la seriedad del daño infligido. Sin embargo, este universo también podría ser clasificado a partir de los días necesarios para la recuperación de la víctima, *e.g.* menos de treinta días para su recuperación. En ambos casos nos referimos al mismo universo del discurso, pero dividido mediante categorías diferentes. Si todos los conceptos fuesen igualmente imprecisos, entonces, con independencia de los esfuerzos del legislador, todas sus normas resultarían igualmente indeterminadas. No habría diferencias entre las diferentes formulaciones y ello impediría establecer una diferencia entre los mundos semánticamente posibles y los mundos constitucionalmente posibles. De esta manera, sólo porque los conceptos tienen diferente grado de vaguedad tiene sentido sostener que un legislador cuidadoso puede *disminuir* la indeterminación de sus normas.

Sin embargo, en universos del universo abiertos, la vaguedad no puede ser cuantificada (16), es decir: no tenemos suficientes recursos analíticos para señalar en abstracto el grado de vaguedad de un concepto. Por ello, si no podemos establecer el grado de precisión de los conceptos, entonces tampoco podemos determinar que ellos no son igualmente vagos. Por ejemplo, supongamos que analizamos la precisión con que se regula el hurto y comparemos al artículo 162

(15) BAYÓN, Juan Carlos, «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional» en *Jueces para la democracia* 27 (1996), p. 44.

(16) ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law, op. cit.*, p. 203.

del Código Penal Argentino con el artículo 234 del Código Penal Español.

Artículo 162 del Código Penal Argentino: Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena.

Artículo 234 del Código Penal Español: «El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, si la cuantía de lo sustraído excede de cincuenta mil pesetas».

¿Cuál de estas formulaciones es más precisa? La respuesta a esta pregunta es simple, pero decepcionante: es más precisa la formulación que genera menos casos marginales. Esta respuesta es desalentadora ya que no podemos analizar a todos los casos relevantes o enumerar exhaustivamente la clase de casos marginales.

Por consiguiente, si nuestras clasificaciones se proyectan sobre elementos de un universo del discurso abierto, entonces no es posible identificar a *todos* los miembros de una clase, y, por consiguiente, tampoco se pueden enumerar a todos los casos marginales que generan cada una de estas formulaciones. Si la mayor o menor vaguedad depende de la mayor o menor cantidad de casos marginales, parece que todos los conceptos que se proyectan sobre universos del discurso abiertos son igualmente vagos ya que todos tienen una clase potencialmente ilimitada de casos marginales (17).

En las discusiones contemporáneas sobre la taxatividad no se encuentran respuestas a este problema de la determinación del grado de precisión de los conceptos. Sin embargo, los teóricos del derecho penal no parecen tomar este problema en serio. La actitud que prevalece en este tema es el producto más de una visión común acerca del lenguaje que de elaboradas doctrinas filosóficas (18). Al respecto,

(17) Una manera de superar la dificultad señalada anteriormente es asumir, explícita o implícitamente, una referencia que clausura el universo del discurso cuando tratamos de determinar la mayor precisión de un par de conceptos. La situación es similar a la que se presenta cuando usamos oraciones genéricas, *e.g.* «París es más grande que Londres». Sin una referencia al momento en que se establece la comparación no podemos determinar si la oración es verdadera o falsa, y es natural interpretar a esas oraciones con una referencia implícita al momento en que se profiere el enunciado. Sobre este tema, véase: von WRIGHT, Georg, Henrik, «The Logic of Predication», en *Truth, Knowledge & Modality*, pp. 44-45 (Oxford: Basil Blackwell, 1984).

(18) Por supuesto, esto no significa que no sea posible defender de manera sofisticada esta idea acerca de los diferentes grados de vaguedad. De hecho, la teoría de los grados de verdad se basa en esa diferencia y es una sofisticada propuesta analítica para la solución de la paradoja del montón. Esta paradoja puede ser informalmente ejemplificada de la siguiente manera: supongamos que X es un montón

Ferrerres señala «no tenemos un aparato que cuantifique el grado de precisión, pero parece indudable que hay disposiciones más precisas que otras» (19). De este modo, aunque reconocemos que no es posible determinar en universos abiertos qué formulación es más precisa, no asumimos este inconveniente como un problema a resolver. Al respecto, sería sensato recordar que, al analizar si dos expresiones tienen el mismo significado (20), Quine señala.

Así pues, vemos que si sabemos en qué consiste el que las expresiones signifiquen de modo semejante, el resto es fácil. Y parecería que lo sabemos, a juzgar por la cantidad de cosas que decimos al respecto; pero no podemos juzgar por eso. La labia y la claridad no están bien correlacionadas.

Por ello, a efectos de no confundir labia y claridad, es necesario examinar con más cuidado el fundamento de nuestra confianza semántica en los diferentes grados de vaguedad. La certeza acerca de que no todos los conceptos son igualmente vagos no parece basarse en la capacidad para identificar y contar los números de casos marginales sino en otras habilidades específicas que desarrollan los hablantes competentes de un idioma.

Una de esas habilidades es la disminuir la vaguedad de los conceptos mediante sucesivas reformulaciones o estipulaciones acerca de los límites conceptuales (21). Así, por ejemplo, los predicados cualita-

de arena. Si a X se le quita un grano, la situación resultante X-1 sigue siendo un montón de arena, y si a X-1 se le quitase un grano de arena, entonces X-2 seguiría siendo un montón de arena y así sucesivamente. Pero, mediante este argumento, que puede reconstruirse como un razonamiento lógicamente válido, se llegaría a la conclusión paradójica que tanto una tonelada de arena como un grano de arena son un montón de arena. Para una presentación contemporánea de esta paradoja, véase el capítulo II de SAINSBURY, Mark, *Paradoxes* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995); SAINSBURY, Mark, y WILLIAMSON, Timothy, «Sorites», en HALE, Bob, y WRIGHT, Crispin (eds), *A Companion to the Philosophy of Language*, pp. 458-484 (Oxford: Blackwell, 1997)

(19) FERRERES, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 101.

(20) QUINE, Willard van Orman, *Teorías y cosas*, p. 62 (México: UNAM, 1986).

(21) Una manera de lograr mayor precisión conceptual es formular explícitamente (por ejemplo, mediante definiciones explícitas), las reglas de uso de una cierta expresión. De hecho, esta idea es la base de la técnica analítica conocida como reconstrucción racional de los conceptos que consiste en transformar un concepto inexacto y vago en otro concepto más exacto. Véase, ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, pp. 29-30. También, véase, COPI, Irving, *Introducción a la lógica*, p. 126 (Buenos Aires: EUDEBA, 1995), QUINE, Willard van Orman, *Palabra y objeto*, pp. 167 ss. (Barcelona: Herder, 2001).

tivos pueden cambiarse por predicados comparativos o cuantitativos (22). De este modo, es fácil admitir que hay disposiciones más precisas que otras ya que frente a un cierto predicado cualitativo P1 podemos ofrecer otro predicado P2 de naturaleza comparativa o cuantitativa. Por ejemplo, la ley 23.592 –modificada por la ley 24.782– reprime los actos discriminatorios y establece en su artículo 4 que los lugares públicos deben exhibir en su ingreso un cartel claro y visible, que reproduzca el artículo 16 de la constitución Nacional. Y, luego, en el artículo 5 *se precisa* la exigencia del artículo 4 señalando que el cartel «tendrá una dimensión, como mínimo de treinta centímetros de ancho, por cuarenta de alto y estará dispuesto verticalmente». Pero, esta respuesta sólo traslada el problema a un nivel diferente ya que ahora necesitamos determinar, sin contar los casos marginales que genera la aplicación de cada concepto, por qué un concepto cualitativo es menos preciso que un concepto comparativo. Podría decirse que una característica de un hablante competente del castellano es reconocer que el concepto de animal es más preciso que el de animal peligroso, o que la orden: «Debes comprar una revista que tenga un precio menor a 5 euros» es más precisa que la orden «Debes comprar una revista que no sea muy cara». Si un sujeto competente en la lengua castellana recibe ambas órdenes, entonces reconocerá que la primera orden es más precisa que la segunda *sin que sea necesario* comprobar en el caso concreto el margen de indeterminación que ellas generan. Como señala Bix (23),

El argumento sería que hay convenciones en el lenguaje no sólo acerca del significado de palabras y expresiones sino también acerca del margen de libertad en la interpretación (y la aplicación) delegada al intérprete. Por ejemplo, nuestras convenciones parece fundar que los términos general descriptivos (por ejemplo, «una persona madura») delegan un gran margen de discreción, mientras que las descripciones numéricas (por ejemplo «una persona que tenga al menos treinta y cinco años») restringen esa discreción.

Sería parte de nuestras convenciones del lenguaje comprender que los conceptos numéricos son más precisos que los conceptos descriptivos y que, a su vez, estos tienen mayor precisión que los conceptos valorativos. De esta manera, la verdad de la afirmación acerca de que una formulación F1 es más precisa que otra F2 no dependería de la extensión de sus respectivas clases de casos marginales sino de la reacción de los hablantes competentes de una cierta comunidad lingüística.

(22) HAACK, Susan, *Lógica divergente*, p. 126 (Madrid: Paraninfo, 1979).

(23) BIX, Brian, *Law, Language and Legal Determinacy*, p. 71 (Oxford: Oxford University Press, 1993).

No es seguro que este enfoque convencionalista sea capaz de superar el problema de la determinación del grado de vaguedad de los conceptos. Más bien parece obvio que este enfoque tiene que ser complementado con otros argumentos, *e.g.* acerca de la relación entre esas convenciones y la zona de penumbra de los conceptos, o un análisis de las convenciones para distinguir entre la vaguedad de diferentes conceptos descriptivos, etc. No intentaremos aquí remediar esta carencia y asumiremos que un mayor desarrollo de nuestro instrumental analítico puede dar cuenta de esta dificultad. Nuestro objetivo en las próximas secciones es poner a prueba las diferentes reconstrucciones de la taxatividad. Estas reconstrucciones son analíticamente diferentes, aunque no siempre los autores advierten esos matices y no debe descartarse que, con frecuencia, se presenten como variantes retóricas de una misma idea. Por esa razón, las citas y referencias que se ofrecerán a lo largo de este trabajo pretenden ser ejemplos de un cierto argumento y no pretenden atribuir una posición articulada o definitiva a los autores que se mencionan.

V. LAS ESTRATEGIAS INTERNAS

Las leyes precisas sirven para generar certeza jurídica, *i.e.* posibilidad de conocer las consecuencias normativas de las acciones. La precisión de las leyes es indispensable para que los individuos puedan diseñar y desarrollar planes de vida. La protección institucional de estos márgenes de libertad individual es una manera de reconocer dignidad moral a los individuos y, por ello, la certeza jurídica se considera un valor central del Estado de Derecho. Esta conexión entre certeza, determinación y precisión lleva naturalmente a asumir que el significado de las palabras es una condición necesaria y suficiente para decidir si una ley supera la exigencia de la taxatividad. Esta idea es una característica de las *estrategias internas*, que modelan el contenido de la exigencia de taxatividad únicamente a partir de las propiedades del significado de una expresión. De este modo, el rasgo común que comparten las estrategias internas es la búsqueda de algún *hecho semántico* que pueda ser utilizado como criterio para determinar si una norma supera la exigencia de taxatividad.

En esta sección consideraremos a dos estrategias internas. En primer lugar analizaremos la exigencia de la mayor precisión posible, y en segundo lugar consideraremos si la exigencia de taxatividad puede ser interpretada a la luz de un posible umbral de significado de las expresiones usadas por el (legislador).

1. La máxima precisión posible

Nuestras acciones o diseños institucionales pueden acercarse o alejarse en mayor o menor medida de las exigencias del Estado de Derecho (24). Un déficit en nuestros diseños institucionales coloca a la comunidad un poco más lejos de satisfacer el ideal, y del mismo modo, nuestros éxitos al eliminar esas carencias nos acercan al mismo. Por ejemplo, la actuación ilegal de los funcionarios públicos es un claro desafío al modelo. Si los funcionarios recibiesen sistemáticamente un soborno por sus decisiones, la conducta de esos funcionarios corruptos marcaría una carencia, y sin duda alguna señalaríamos que este Estado está más lejos del ideal que otro en el que la policía no se comporta de manera ilegal. Dado el valor moral que subyace al ideal de Estado de Derecho, cualquier obstáculo en su concreción tiene que ser removido.

Conforme a esta idea, la vaguedad debería evitarse en la mayor medida posible. Como señala Jakobs, «si una regulación relativamente imprecisa se puede determinar con mayor precisión, hay que elegir la variante más precisa» (25). En otras palabras, «el legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: *lex certa*)» (26). Las citas que proclaman el criterio de la máxima taxatividad pueden multiplicarse con facilidad (27), y muestran el arraigo de esta reconstrucción en la discusión contemporánea. Por ejemplo, Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen (28):

Aunque la ley penal se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, no por ello debe despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra. De allí que no baste que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse de forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible.

(24) Esta reconstrucción sigue las ideas defendidas por ENDICOTT en: ENDICOTT, Timothy, A. O., *Vagueness in Law*, *op. cit.*, pp. 190-192.

(25) JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a edición, pp. 95-96 (Madrid: Marcial Pons, 1997).

(26) HASSEMER, Winfried, «¿Por qué el lenguaje es tan importante para el derecho?» en *Crítica al derecho penal de hoy*, p. 21 (Buenos Aires: Ad Hoc, 1995).

(27) Por ejemplo, véase, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 121, NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 455-456 (Buenos Aires: Astrea, 1992).

(28) ZAFARRONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: EDIAR, 2000).

De igual manera, Jescheck señala (29):

Los tipos penales han de redactarse con la *mayor exactitud posible*, evitando los conceptos elásticos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever sólo marcos penales de alcance limitado (Itálicas añadidas)

La idea que dota de sentido a la doctrina de la máxima taxatividad es que se pueda identificar un último elemento del conjunto de posibles formulaciones de un concepto, *i.e.* la formulación más precisa posible. Un elemento *b* de un conjunto ordenado *A* es el *último elemento* si y sólo si todo elemento de *A* precede a *b*. Cuando la estructura del conjunto está determinado por la relación «ser más preciso que», la doctrina de la máxima taxatividad presupone que existe una formulación *b* tal que cualquier otra formulación del conjunto es menos precisa que *b*. Sin embargo, es importante destacar que no todo conjunto ordenado satisface esta estructura (30). Sólo en ciertos conjuntos ordenados es posible identificar un primer elemento, último elemento, cotas inferiores o cotas superiores que sirvan para indicar límites mínimos o máximos. Por eso, no debe asumirse, sin prueba independiente, que un legislador cuidadoso puede identificar a la formulación más exacta posible de un cierto concepto. Si todas las formulaciones padecen algún grado de vaguedad, entonces siempre se podrá decidir nuevamente acerca de la clasificación de los casos marginales subsistentes y proponer una nueva formulación más precisa para dividir esos elementos del universo del discurso.

Si la mayor precisión se logra añadiendo o suprimiendo propiedades a nuestras descripciones iniciales (*e.g.* añadiendo características definitorias), entonces habrá tantas clasificaciones posibles como predicados admita nuestro lenguaje (31). Si las propiedades que expresan los lenguajes naturales son infinitas, entonces, para cualquier clasificación *C* siempre es posible ofrecer una clasificación alternativa *C*₁, que añade o suprime propiedades a la división inicial. En resumen: frente a cualquier formulación *F*₁ siempre es posible tomar una decisión explícita acerca de sus casos marginales y proponer una formulación alternativa *F*₂ que sea semánticamente más precisa. Este

(29) JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4.^a edición, p. 122 (Granada: Comares, 1993).

(30) Por ejemplo, el conjunto de números naturales, ordenados mediante la relación «ser mayor que», carece de un último elemento ya que siempre es posible mostrar que pertenece a ese conjunto un número *n* tal que también pertenece a ese conjunto un número mayor *n*+1.

(31) RAZ, Joseph, «Legal Reasons, Sources and Gaps», en *The Authority of Law*, p. 73 (Oxford: Oxford University Press, 1979).

argumento no muestra que *cualquier* formulación F2 será más precisa que F1. Pero, siempre es *semánticamente posible* formular divisiones de manera más precisa, y por ello la exigencia de obtener *máxima* certeza o taxatividad expresa un objetivo imposible de satisfacer plenamente (32).

La conclusión que se desprende de este análisis es que la búsqueda de máxima taxatividad parece confundir dos tesis: la posibilidad de reducir la vaguedad y la posibilidad de formular nuestros conceptos de la manera más precisa posible. El razonamiento, entonces, parece ser el siguiente: Si es posible disminuir la imprecisión, entonces puede disminuirse en todo lo que sea posible. Sin embargo, ambas tesis son diferentes y aunque la vaguedad pueda reducirse, de allí no se sigue que podamos formular nuestros conceptos con la mayor precisión posible. Una vez que se advierten los límites a la búsqueda de máxima precisión es necesario encontrar una nueva interpretación de la exigencia de taxatividad.

2. El umbral de precisión

Tal vez, desde el punto de vista de la taxatividad, sólo nos importa que las normas sean *suficientemente* precisas. En este sentido, las estrategias internas podrían ser vistas como un recurso teórico para enfatizar que pretendemos que las normas superen un cierto umbral o nivel de precisión, aunque este límite se encuentre muy lejos del ideal de formular normas mediante conceptos exactos. Por ejemplo, Ferreres señala (33):

El principio de taxatividad no es otra cosa que la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con *suficiente precisión* qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas. (Itálicas añadidas).

De igual manera, Moreso sostiene (34):

... el principio de taxatividad exige un determinado grado de precisión o de determinación semántica, puesto que sabemos que la precisión nunca podrá ser absoluta. Qué grado de precisión, donde situar el umbral de la taxatividad admisible, incluso constitucionalmente admisible, es algo que ya no depende del concepto de taxatividad, sino de la justificación de la taxatividad.

(32) JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 95.

(33) FERRERES, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, op. cit., p. 21.

(34) MORESO, José Juan, «Principio de legalidad y causas de justificación», en *Doxa* 24 (2001), p. 532.

Parece natural interpretar la exigencia de taxatividad a partir de un *umbral de precisión* que señale el nivel de determinación semántico que tiene que lograr el legislador al formular sus normas (35). Este umbral de taxatividad no tiene que interpretarse necesariamente como un límite preciso sino que también puede ser entendido como un espacio relativamente indeterminado en el que tiene sentido, para una cierta comunidad de hablantes, señalar que una formulación es suficientemente precisa.

Una primera manera de analizar este umbral de taxatividad sería tratar de encontrar en las convenciones lingüísticas vigentes en una cierta comunidad una referencia a la cantidad de casos marginales de un concepto que se tolera como criterio para señalar que ese concepto es suficientemente preciso. Conforme a esta reconstrucción, las interpretaciones de la taxatividad serían, en primer lugar, enfoques descriptivos de las convenciones de lenguaje de una cierta comunidad y, en segundo lugar, reconstructivos de las pautas que justifican esas convenciones y usos lingüísticos.

En principio, la existencia de convenciones lingüísticas acerca de la precisión de una expresión es una cuestión contingente y depende de las prácticas específicas de cada grupo social. Por ejemplo, con frecuencia se sostiene que en ciudades populosas se ha desarrollado una convención de acuerdo a la cual en veredas congestionadas, los individuos caminan por su derecha. Esta práctica no existe en muchas ciudades en las que no se presentan problemas de congestión urbano. Por esa razón no hay que descartar que en algunas comunidades existan prácticas lingüísticas que permitan establecer un margen de suficiente precisión de los conceptos que usa el legislador. En caso de que ellas estuviesen vigentes en una cierta comunidad, su grado de especificidad se mostraría en la manera en que reaccionan los miembros de la comunidad ante la afirmación «La ley L es suficientemente precisa». En particular, sería de especial importancia para determinar la existencia de estas convenciones analizar la reacción de los órganos que tienen el deber de controlar la validez de las leyes. En otras palabras, *viendo* cómo reaccionan los jueces y otros órganos de aplicación ante ciertas leyes podríamos conocer cuál es el límite de precisión que un legislador no puede ignorar. De este modo, esta interpretación de la taxatividad exigiría sistematizar las opiniones de los jueces en casos en que se cuestiona la validez de una ley en razón de su imprecisión y

(35) SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, pp. 73 ss. (Barcelona: Ariel, 1962). Para una crítica, véase: CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, *op. cit.*, pp. 66 ss.

articular los fundamentos de sus afirmaciones sobre la precisión de las normas formuladas por el legislador.

Sin embargo, los tribunales sólo ocasionalmente analizan la precisión de las leyes (36), y la mayoría de las pocas veces que se involucran en esta tarea su decisión avala la validez de las normas formuladas por el legislador. Por consiguiente, este enfoque de la taxatividad no contaría con elementos suficientes para distinguir entre la afirmación: «En la comunidad C no existe una convención lingüística que determine, para la mayoría de los casos, si una norma es suficientemente precisa» y la afirmación «En la comunidad C las leyes que formula el legislador casi siempre son suficientemente precisas».

Podría sostenerse que, en verdad, la existencia de tales convenciones no es un rasgo contingente del lenguaje. En este caso se sostendría que estas convenciones son parte de los acuerdos básicos que son inherentes a la existencia de un cierto lenguaje. El argumento, entonces, concluiría del siguiente modo. De igual manera a que las mismas palabras se emplean para referirse generalmente a los mismos grupos de cosas, o no se vacila en considerar más precisos a los conceptos numéricos que los conceptos valorativos, tampoco hay dudas acerca de que un hablante competente del lenguaje reconocería cuándo una formulación es suficientemente precisa.

Sin embargo, esa conclusión parece demasiado optimista. Aunque, como una cuestión de hecho, estamos de acuerdo en cómo aplicar palabras y expresiones en casos paradigmáticos, también como una cuestión de hecho ocurre que *no hay acuerdo* acerca de dónde trazar la línea que demarca el umbral de precisión de un concepto (37). Si un legislador consciente y respetuoso de su deber institucional de formular leyes precisas se dirigiese a la Corte Suprema de Justicia o a los autores más representativos de la dogmática contemporánea para que le señalaran cuál es exactamente el umbral de taxatividad, no obtendría de estos actores sociales mayor ayuda. Más aún, si el legislador intentase encontrar este umbral de precisión a través del análisis de las decisiones judiciales en que se cuestiona la taxatividad de una ley, también se vería frustrado en su empeño. Esta frustración no sólo sería consecuencia de la escasez de pronunciamientos acerca de la validez de una ley en relación a la exigencia de taxatividad, sino también de la imprecisión y generalidad de los criterios empleados por los

(36) ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General I*, op. cit., p. 170.

(37) La vaguedad de una expresión se caracteriza por la imposibilidad de encontrar, a la luz de las reglas semánticas vigentes, un umbral de precisión. ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, op. cit., p. 33.

jueces al momento de formular sus juicios de taxatividad, por ejemplo: la Corte Suprema de Estados Unidos ha reiterado que una ley penal no supera la exigencia de determinación cuando ella no proporciona advertencia suficiente para que los individuos puedan conducirse de tal manera de que puedan evitar lo que está prohibido (38).

Es importante subrayar la diferencia entre la afirmación de que un concepto es impreciso y la afirmación de que un concepto no es suficientemente preciso. El primer enunciado es descriptivo y su verdad se basa tanto en los desacuerdos clasificatorios que genera su aplicación a casos concretos como así también a la imposibilidad de encontrar en las prácticas lingüísticas límites específicos para su aplicación. Por el contrario, la afirmación de que un concepto no es suficientemente preciso involucra un juicio de valor y, por ello, abre dudas acerca del carácter objetivo del reproche al legislador. Si el umbral de precisión no puede identificarse objetivamente, entonces aunque la forma gramatical de un juicio de taxatividad sugiera que es una descripción, en verdad, no describe ningún hecho semántico que determine su valor de verdad. Más bien, su forma gramatical oculta la naturaleza expresiva de esos juicios, disimulando que los desacuerdos sobre el umbral de taxatividad son de naturaleza valorativa. Quien *decide* que una ley es demasiado imprecisa para superar la exigencia de taxatividad no puede pretender que el legislador ha *desconocido* un hecho semántico que determina el umbral de precisión que es necesario preservar. Por consiguiente, el legislador sólo podría ser criticado por formular sus leyes de manera irrazonable, imprudente o injusta, pero el reproche no se puede basar en que ha cometido un error semántico al traspasar el umbral de precisión.

Otra manera de reconstruir la idea de umbral de precisión es abandonar un enfoque descriptivo y defender llanamente su naturaleza estipulativa. Así, las interpretaciones de la taxatividad serían *definiciones* que determinan si una norma es suficientemente precisa. Por ejemplo, este umbral podría establecer que una ley es inválida si su porcentaje de casos marginales frente a casos claros supera el 75 por 100. En este sentido, Fulgencio Madrid recuerda que para Schünemann (39),

... el legislador ha de formular las leyes penales con una cantidad de elementos determinables del tipo que comporten la delimitación de por lo menos más del 50 por 100 de las conductas que el legislador mediante la formulación de este tipo intenta abarcar.

(38) *Rose vs. Locke*, 423 U.S. 48, 50 (1975). La cita ha sido extraída de DRESLER, Joshua, *Understanding Criminal Law*, 2nd edition, p. 31 (New York: Matthew Bender, 1995).

(39) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, *op. cit.*, p. 151.

Estas propuestas no pretenden identificar una regla lingüística vigente en una cierta comunidad, sino pretenden introducir una nueva convención a efectos de basar los juicios de taxatividad en un criterio expresamente formulado y racionalmente defendible. Esta solución al desafío de la taxatividad enfrenta importantes dificultades.

En primer lugar, si no existe una convención vigente en la comunidad para determinar si una norma es suficientemente precisa, no es fácil justificar que una ley sea declarada inválida usando un criterio propuesto ajeno al que ha usado un legislador políticamente responsable. En este caso, el reproche de taxatividad que podría formular la Corte Suprema o un autor de derecho penal expresaría únicamente una valoración diferente de lo que debería haber prescrito el legislador.

En segundo lugar, aun cuando fuese justificado usar un criterio ajeno al que ha usado el legislador, habría que dar cuenta de una dificultad en la aplicación del criterio. Como se ha señalado, en universos del discurso abiertos, no podemos identificar expresamente a todos los casos individuales regulados por una norma. De este modo, parece que la idea de controlar el porcentaje de casos marginales frente a casos claros no puede basarse en universos abiertos, sino que tienen que limitarse a universos explícita o implícitamente clausurados. Pero, ahora la dificultad sería que la aplicación de una ley en un momento T puede enfrentar un 51 por 100 de casos marginales y en otra ocasión T1 ese porcentaje puede disminuir al 49 por 100. ¿Habría que decir, entonces, que la ley supera la exigencia de taxatividad en T, pero no en T1? Un ejemplo puede ilustrar este problema. Supongamos que un profesor quisiera determinar la cantidad de alumnos altos que tiene en su curso. La vaguedad del concepto de alto lo enfrentará (de manera actual o potencial) a casos marginales. Pero, esos casos marginales variarán según sean los alumnos que asistan a clase. Más aún, puede ocurrir que un cierto día lunes no haya ninguna duda acerca de quién debe ser considerado alto en ese grupo, *i.e.* no hay casos marginales, pero al día siguiente podemos tener numerosos casos dudosos. A pesar de esta variación, no parece tener sentido en sostener que el concepto de alto es preciso el día lunes, pero no el día martes. De igual modo, el hecho de que varíe en el tiempo el espacio el margen de precisión de una ley no debería llevar a sostener que también cambia su validez a la luz de las exigencias de taxatividad.

VI. LAS ESTRATEGIAS EXTERNAS

Las interpretaciones de la taxatividad son propuestas teóricas que pretenden determinar la precisión que se exige al legislador penal al

momento de formular sus normas. En las secciones anteriores hemos mostrado que las estrategias internas se basan en una concepción deficiente de la naturaleza del lenguaje. Ahora emprendemos el análisis de las estrategias externas. En estos enfoques no se examina sólo la precisión del significado de una formulación sino también otras consideraciones socialmente relevantes. Un ejemplo de estas estrategias externas es la que considera a la gravedad de la sanción imputada al delito como un dato relevante para evaluar si una ley supera la exigencia de taxatividad. Para estas propuestas, la exigencia de precisión en la formulación de la conducta penalmente reprochable es directamente proporcional a la gravedad de la sanción (40). Dado que las escalas penales pueden modificarse con independencia de la descripción de la conducta típica, es claro que este criterio es un dato externo a la relación semántica entre las palabras de la ley y su significado.

Otro ejemplo de estrategias externas son las que complementan la información normativa suministrada por el legislador mediante recursos interpretativos. En estos casos, los enunciados interpretativos se convierten en un intermediario entre las formulaciones del legislador y las soluciones específicas en los casos concretos. Por supuesto, si se asume que la interpretación de las formulaciones es siempre un ingrediente necesario para la asignación de significado a un texto, entonces se borraría la distinción entre estrategias internas y externas. No es posible analizar aquí este problema ya que ello implica elaborar una réplica al escepticismo radical acerca del significado (41). Aquí, sólo recordaremos que, para una concepción convencionalista, el significado de las expresiones depende de las convenciones semánticas vigentes en una comunidad y ello implica que la interpretación es un recurso analítico necesario únicamente cuando estas convenciones resulten indeterminadas (42).

En esta sección analizaremos una propuesta, que por razones de simplicidad será denominada «la estrategia de la revisabilidad» y, en el caso en que necesitemos dirigir nuestra crítica a una versión específica de esta doctrina, seguiremos la reconstrucción que ofrece Fulgencio Madrid Conesa en su estudio sobre la legalidad del delito (43). Al

(40) FERRERES, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, op. cit., pp. 99 ss.

(41) Acerca de las diferentes tesis que se agrupan bajo la doctrina de la inevitabilidad de la interpretación, véase: NAVARRO, Pablo, «Acerca de la inevitabilidad de la interpretación», en *Isonomía* 22 (2005), pp. 99-122.

(42) Acerca de la naturaleza subsidiaria (excepcional) de la tarea interpretativa, véase: MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, pp. 124 ss. (Oxford: Oxford University Press, 1992).

(43) En la medida en que la estrategia de la revisabilidad no depende exclusivamente de la relación semántica entre formulaciones y significados es una estrategia

limitar de este modo nuestro estudio de las estrategias externas resulta obvio que no pretendemos agotar el análisis de todas las estrategias externas sino solamente poner de manifiesto algunas dificultades generales que deben superar cualquiera de esas reconstrucciones (44).

1. La revisabilidad de las decisiones

La estrategia de la revisabilidad pone el acento en el modo en que las formulaciones del legislador limitan la discreción judicial. Por ello, una formulación sería constitucionalmente admisible desde el punto de vista de la taxatividad si y sólo si impone una selección al conjunto de decisiones que pueden adoptar los jueces. Este cambio de eje de análisis es señalado por Fulgencio Madrid de la siguiente manera (45).

El problema teórico de la determinación de la ley penal ha venido viciado precisamente por el intento de fundamentar la misma en la necesidad de que el ciudadano pueda extraer directamente de la ley una pauta para su acción...

Y luego, añade (46):

El principal error de las distintas teorías acerca de la exigencia de determinación ha sido, precisamente, el olvidar que el principio de legalidad intenta luchar también directamente contra la arbitrariedad del juzgador, éste es el sentido último de la exigencia de determinación. El legislador ha de articular las disposiciones penales de tal forma que la posibilidad de la arbitrariedad judicial quede excluida.

Este énfasis en la limitación de la arbitrariedad marca un desplazamiento de los ideales que justifican a la taxatividad: desde la certeza a la revisabilidad. La certeza se identifica con la posibilidad que los individuos tienen de conocer las consecuencias normativas de sus acciones y ello es una condición necesaria de la autonomía individual ya que el diseño y desarrollo de planes racionales de vida depende de

externa de reconstrucción de la taxatividad. Por supuesto, si también se sostiene que la interpretación de las formulaciones es siempre un ingrediente necesario de la asignación de significado a cualquier texto, entonces no habría estrategias internas propiamente dichas ya que ello conduciría a sostener que el sentido de las palabras siempre depende de las decisiones interpretativas.

(44) Al respecto, véase: MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, *op. cit.*, pp. 156 ss.

(45) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, *op. cit.*, p. 157.

(46) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, *op. cit.*, pp. 158-159.

esta capacidad para determinar en qué circunstancias el Estado interviendrá sobre sus bienes básicos.

Los análisis tradicionales de la exigencia de taxatividad se basaban en la idea de que entre autoridades y ciudadanos se establecía una relación comunicativa; que el ciudadano era un interlocutor válido y que era valioso que tuviese un acceso público y fiable al conocimiento de las normas formuladas por la autoridad. Por el contrario, la aspiración de revisabilidad es independiente de que se establezca una relación de comunicación efectiva entre autoridades y ciudadanos. Ello puede incluso generar una suerte de alienación del ciudadano de las esferas de comunicación legislativa. Las leyes se redactan de una manera tal que se hace necesaria la intermediación de especialistas que puedan desentrañar el sentido de esos textos. Esta especialización de la información normativa, en general, no es percibida como un defecto sino como una garantía de objetividad e imparcialidad ya que se asume que únicamente a través de esta especificidad de la información es posible limitar la arbitrariedad de los órganos de aplicación de normas. Por ejemplo, la ley que establece que es delito conducir con una alcoholemia superior a 500 miligramos de alcohol por litro de sangre. Esta precisa regulación no es de gran ayuda para los individuos –salvo para quienes llevan, junto a un neumático de recambio y otras herramientas de conducción útiles, un instrumento de medición de nivel de alcohol- que, luego de una larga velada con sus amigos, desea saber si puede conducir. Sin embargo, la precisión de esta pauta disminuye la arbitrariedad en la decisión de los jueces acerca de las condiciones para conducir un automóvil.

Admitamos, a los efectos de la discusión, la legitimidad de este cambio en el eje del análisis. Ahora es necesario establecer el contenido que este nuevo enfoque asigna a la exigencia de taxatividad. Si se admite que la autoridad satisface esa exigencia cuando limita la arbitrariedad judicial, entonces la versión más fuerte de este enfoque tiene que sostener que el legislador cumple con sus exigencias institucionales sólo cuando sus formulaciones *siempre* ofrecen una única respuesta correcta a un caso particular (47). En este caso, la tarea del juez sería descubrir la solución correcta y aplicarla al caso particular. Si el órgano de aplicación tuviese más de una opción para justificar su sentencia, por

(47) Acerca de la tesis de una única respuesta correcta en el ámbito del derecho, véase el trabajo clásico de DWORKIN, Ronald, «Is There Really No Right Answer in Hard Cases?», en *A Matter of Principle*, pp. 119-145 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985). También véase: DWORKIN, Ronald, «Indeterminacy and Law», en Guest, Stephen (ed.), *Positivism Today*, pp. 1-10 (Aldershot, Hants, Dartmouth Publishing, 1996).

ejemplo una disyunción entre la solución S1 o S2, entonces la decisión de imponer la solución S1 se basa parcialmente en un acto creador, en un ejercicio de poder normativo. Por consiguiente, cuando se elige discrecionalmente una solución, hay que advertir que esa consecuencia normativa ha sido añadida al ordenamiento por la decisión judicial. En otras palabras, la otra cara de la discrecionalidad es la retroactividad en la calificación normativa de una cierta situación (48).

La doctrina de la respuesta correcta no sólo presupone que no existen lagunas normativas sino que también hay una única solución admisible a los problemas de identificación de los hechos (49). Esta idea parece especialmente apropiada para explicaciones del derecho que rechazan el convencionalismo. Una semántica anti-convencionalista puede sostener que existen respuestas correctas acerca de la aplicación de expresiones, aunque los hablantes competentes de una comunidad discrepen acerca del contenido de esas respuestas. Los desacuerdos no son considerados como límites semánticos de nuestros conceptos sino como concepciones diferentes de un mismo concepto. Quienes admiten que la moral no depende de acuerdos y sociales, sostendrán que las soluciones morales se encuentran en las razones sustantivas que justifican nuestras convicciones y no en el accidente de nuestras convenciones lingüísticas. Bajo estos presupuestos sería posible defender que el derecho es completo y que siempre establece una única respuesta correcta (50).

Sin embargo, no son muchos los teóricos que defienden actualmente una visión tan fuerte de la determinación del derecho. En general se admite que el derecho se encuentra tan determinado como el lenguaje en el que se expresa la autoridad. Por ejemplo, Jakobs sostiene (51):

No se puede configurar genéricamente cuándo cabe calificar de indeterminada a una ley, puesto que toda regulación que vaya más allá del caso individual recibe de quien aplica la ley... una parte de la determinación requerida para su aplicación al caso concreto.

(48) DWORKIN, Ronald, «El modelo de las normas I», en *Los derechos en serio*, p. 100.

(49) TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, pp. 108 ss. (Madrid: Trotta, 2002).

(50) De hecho, esta es la posición que con algunas variantes ha mantenido Ronald Dworkin a lo largo de cuarenta años. Al respecto, véase: DWORKIN, Ronald, «On Gaps in the Law», en Amselek, Paul *et al.* (eds.), *Controversies on the Ontology of Law*, pp. 85-90 (Edinburgo: Edinburgo University Press, 1991); «Pragmatism, Right Answers and True Banality», en Brint, Michael *et al.* (eds.), *Pragmatism in Law and Society*, pp. 359-388 (San Francisco/Oxford: Westview Press, 1991); «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», en *Philosophy and Public Affairs* 25 (1996), pp. 87-139.

(51) JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, p. 95.

Normalmente, se admite que las normas generales ofrecen un marco semántico en el que no cabe encontrar una única solución correcta y la amplitud de este marco queda oculta por la idea de la interpretación de las normas (52). Mediante los recursos interpretativos los jueces amplían o reducen el significado de las formulaciones normativas, y se diluye la posibilidad de reprochar la imprecisión de las normas penales y la arbitrariedad de su aplicación. Por ejemplo, para Fulgencio Madrid, las leyes penales que no satisfacen la exigencia de determinación (taxatividad) son aquellas «cuyo contenido y alcance no puede ser conocido con ayuda de los métodos de interpretación» (53). Para este autor, el tenor literal de la ley ofrece el marco de interpretaciones admisibles de un texto, es decir, el conjunto de posibles significados que puede invocar un juez para justificar jurídicamente una decisión (54). Una vez que se determina este espacio conceptual, es necesario desarrollar otras pautas interpretativas que restrinjan la arbitrariedad (55). En este sentido, Fulgencio Madrid señala (56):

El resultado de las tareas interpretativas no puede ser solamente la fijación de un límite más allá del cual el juez no pueda decidir libremente. Dentro de ese espacio enmarcado por este límite, el juez tampoco puede disponer de un arbitrio para imponer su decisión.

Aunque el despliegue de recursos interpretativos en esta segunda etapa puede ayudar a disminuir la discrecionalidad de las decisiones judiciales, no aporta nuevos elementos a la discusión de la exigencia de taxatividad. Para la estrategia de la revisabilidad, una ley es insuficientemente precisa cuando no tenemos elementos para ejercitar un control *jurídico* de la decisión de un juez. En esos casos, nada restringe la voluntad política de los órganos de aplicación y el desacuerdo se resuelve a partir de un último pronunciamiento del tribunal jerárquicamente superior. En este caso no sólo es imposible cuestionar la definitividad de la decisión sino que, además, tampoco tiene sentido discutir

(52) La idea de que las normas generales señalan marcos en los que el juez decide ha sido defendida por Kelsen. Véase: KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, pp. 349-350 (México, Porrúa, 1998).

(53) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, op. cit., p. 164.

(54) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, op. cit., p. 178.

(55) La idea de que se puede responder al desafío de la taxatividad a partir de la interpretación de las formulaciones del legislador está presente, con diferentes matices, en autores tan diferentes como Roxin y Jakobs. Al respecto, véase: ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General I*, op. cit., p. 172. En sentido similar, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 96.

(56) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, op. cit., p. 178.

sobre su acierto o error. Pero, es importante no confundir el margen de determinación que ofrece una ley con las razones que los jueces invocan para aplicarla o dejarla de lado. En ocasiones, frente a leyes precisas que llevan a resultados disvaliosos, los jueces construyen argumentos para encontrar soluciones alternativas a las que establece el legislador. Esto significa que soluciones jurídicamente admisibles son dejadas de lado por razones de moralidad y política pública. De igual manera, también podría ocurrir que los jueces aplicasen leyes imprecisas, que no ofrecen genuinas restricciones a sus decisiones, y fuesen capaces de construir argumentos jurídicos plausibles sobre el ámbito de aplicación de estas leyes. La estrategia de la revisabilidad no cuestiona la mayor o menor amplitud del arco interpretativo que ofrece una formulación. En verdad, una ley imprecisa ofrece un amplio abanico de significados posibles, es decir: a mayor indeterminación se produce una expansión de las interpretaciones admisibles, o de posibles justificaciones a una decisión judicial. Por consiguiente, la estrategia de la revisabilidad no recoge el desafío de la taxatividad sino simplemente lo ignora y propone un cambio de problema, *i.e.* del límite a las posibles decisiones del legislador al límite de las posibles decisiones del juez. La exigencia de taxatividad, como señala Ferreres (57),

... se distingue del principio que exige al juez que su interpretación pertenezca al círculo de las interpretaciones «posibles» o «razonables» del precepto aplicado. Si el precepto penal es demasiado impreciso, el principio de taxatividad resulta vulnerado, aunque la interpretación por la que ha optado el juez sea una de las posibles o razonables.

La suerte de la estrategia de la revisabilidad se encuentra ligada a los recursos analíticos que posee para determinar si el marco interpretativo es demasiado amplio y no aporta nada a esta discusión el hecho de que las pautas interpretativas de una comunidad consideren jurídicamente correctas sólo a ciertas soluciones de ese marco.

Los escépticos acerca de la interpretación cuestionarían la misma posibilidad de descubrir tal cosa como «el significado literal» de una expresión y, por ello, también rechazarían la distinción entre casos claros y marginales. Frente a esta impugnación Fulgencio, Madrid señala que (58):

... junto a casos que plantean dudas en orden a su relación con el significado literal de la norma, existen una gran mayoría de supuestos que necesariamente caen dentro o fuera del límite constituido por el significado posible de las palabras.

(57) FERRERES, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 122.

(58) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, *op. cit.*, p. 170.

Esta réplica asume que los casos claros son mayoritarios frente a los casos difíciles y el escéptico olvidaría esta dependencia conceptual. Ahora bien, ¿en qué consiste la claridad de un cierto caso? Para un enfoque convencionalista del lenguaje, conocer el significado de las palabras no es poseer una especial intuición metafísica que sirva para dar cuenta de esencias misteriosas, sino ser capaz de reconocer instancias paradigmáticas a las que se aplica una cierta expresión. Los denominados «casos claros» son precisamente esas situaciones en las que existen amplios acuerdos en la comunidad acerca de la aplicabilidad de una norma a ciertas situaciones, y en este sentido, Hart señala (59):

Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser «automático», son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.

Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos.

Los acuerdos básicos que subyacen a los casos claros aseguran un *mínimo de precisión* de las expresiones ya que el significado de una palabra depende de su aplicación relativamente uniforme a ciertos objetos. Pero, si la exigencia de taxatividad se agotase en esa *mínima precisión* del lenguaje, entonces no limitaría ninguna de las opciones del legislador o de los jueces, y por ello la presencia o ausencia de esta exigencia sería irrelevante. Por consiguiente, del hecho de que existan casos claros no se sigue que existan *suficientes* casos claros, o del hecho de que los casos claros son una gran mayoría frente a los casos dudosos tampoco se sigue que no haya *demasiados* casos marginales. Mientras que el argumento del escéptico señala que la imprecisión del significado impide distinguir entre casos claros y marginales, esta nueva crítica a la estrategia de la revisabilidad presupone la existencia de casos claros. En verdad, nuestra crítica enfatiza que incluso las leyes más imprecisas regulan claramente algún caso y que, frente a este fenómeno, la estrategia de la revisabilidad no ofrece ningún criterio que permita criticar las decisiones que ha tomado el legislador.

Finalmente, en el ideal clásico de Estado de Derecho, la búsqueda de certeza está inevitablemente ligada a la precisión del lenguaje y ello, según Fulgencio Madrid, parece conducir a un dilema: o bien

(59) HART, H. L. A., *The Concept of Law*, op. cit., p. 26. Véase, también, HART, H. L. A., «Problems of the Philosophy of Law», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 106 (Oxford: Oxford University Press, 1983).

renunciamos a la exigencia de taxatividad o bien imponemos al legislador una carga institucional que no puede cumplir (60). Para escapar a este dilema se propone cambiar el eje del análisis: de la certeza a la revisabilidad. Sin embargo, la estrategia de la revisabilidad también conduce a un dilema parecido ya que se produce una paradoja cuando se intenta eliminar la arbitrariedad (61). Un gobierno puede ser arbitrario en, al menos, los siguientes sentidos:

- a) *Discrecionalidad*. Cuando no hay límites a las decisiones de los órganos de creación y aplicación de normas.
- b) *Parcialidad*. Cuando no sus decisiones no son consistentes, *i.e.* no trata a los individuos de manera imparcial.
- c) *Inseguridad*. Cuando sus decisiones son impredecibles, *i.e.* no ofrece certeza acerca de los derechos y deberes.
- d) *Irrazonabilidad*. Cuando sus decisiones no están basadas en razones sustantivas.

El ideal del Estado de Derecho parece exigir un compromiso con la erradicación de todas estas facetas de la arbitrariedad. Sin embargo, no es claro que el intento de eliminar la arbitrariedad sea una empresa coherente. La certeza y la imparcialidad aumentan cuando se disminuye la discrecionalidad (62). Por tanto, si las normas vagas generan decisiones discrecionales por parte de las autoridades, entonces la vaguedad constituye un obstáculo que debe ser evitado (63). Para evitar la discreción es necesario contar con leyes precisas, pero un conjunto de reglas precisas generará siempre casos recalcitrantes en los que las razones que el legislador tenía para formular esas normas exigen soluciones diferentes a las que señalan las normas. Además, las funciones sociales que asegura el derecho no pueden ser cumplidas sin estándares vagos, que dejen abierto un margen de discreción en la solución de los casos concretos (64). En resumen: el precio de disminuir la arbitrariedad de la discreción es aumentar la arbitrariedad de la irrazonabilidad.

La conclusión de este análisis es que el desplazamiento desde la certeza hacia la revisabilidad no permite resolver los problemas conceptuales que genera la vaguedad. En el mejor de los casos es sólo evitar el dilema de la certeza para caer en la paradoja de la arbitrarie-

(60) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, *op. cit.*, p. 157.

(61) ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, *op. cit.*, p. 190.

(62) ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, *op. cit.*, p. 188.

(63) ENDICOTT, Timothy, «El derecho es necesariamente vago», en *Palabras y reglas*, pp. 73-74 (México: Fontamara, 2004).

(64) HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2.^a edición, Raz, J. *et al* (eds.), p.130 (Oxford: Oxford University Press, 1994).

dad. La estrategia de la revisabilidad no ofrece ningún criterio para rechazar una norma por la amplitud del conjunto de interpretaciones posibles, y se desentienden de la mayor o menor indeterminación de una formulación. La ilusión de que se ha resuelto el desafío de la taxatividad proviene del optimismo exagerado acerca de la utilidad de los recursos interpretativos, que permite eludir la importancia del problema acerca de la precisión con que el legislador formula sus normas.

VII. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos analizado diversos conceptos de precisión y el modo en que ellos intervienen en la evaluación de la taxatividad de las leyes penales. Las estrategias internas y externas son interpretaciones de la exigencia de taxatividad que procuran encontrar un criterio racional para decidir en qué ocasiones las leyes no respetan esa exigencia. Muchas cosas han sido dejadas de lado en este análisis. Algunas han sido expresamente mencionadas en la introducción y ahora sólo añadiremos que aun cuando tuviésemos una estrategia exitosa para decidir cuándo una ley es suficientemente precisa, el desafío de la taxatividad no puede resolverse sin un análisis adecuado de la naturaleza conceptual de esa exigencia constitucional. En particular, es importante esclarecer si la exigencia de taxatividad es una regla o un principio (65). La diferencia entre ambos modos de regular la conducta es central para evaluar si el legislador cumple con sus deberes institucionales. Las reglas imponen una solución perentoria a los casos a los que se aplican, mientras que los principios dan buenas razones para decidir de una cierta manera. Si la exigencia de taxatividad fuese una regla, entonces es imperioso conocer sus condiciones de aplicación para poder usarla como criterio de corrección de las

(65) La distinción entre reglas y principios fue introducida en la discusión contemporánea por Ronald Dworkin como una estrategia de crítica al positivismo jurídico, y desde entonces ha desempeñado un papel principal en el debate entre positivistas y antipositivistas. Al respecto véase: DWORKIN, Ronald, «Model of Rules I», en *Taking Rights Seriously*, pp. 14-45 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977). Aunque la literatura contemporánea es inabarcable, son especialmente interesantes los enfoques de ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 81 ss. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993); ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, pp. 1-44 (Barcelona: Ariel, 1996); RODRÍGUEZ, Jorge L., *Lógica de los sistemas jurídicos*, pp. 333-419 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002).

acciones normativas del legislador. Por el contrario, si la exigencia de taxatividad fuese un principio, entonces, el legislador podría justificadamente dejarlo de lado en circunstancias en las que la ponderación de principios permitiese dar preeminencia a otros valores constitucionales en juego. En este caso, el desafío de la taxatividad se proyectaría a una nueva dimensión. El problema ya no (sólo) sería acerca de cómo trazar un límite entre leyes penales precisas e imprecisas sino también acerca de cuándo puede el legislador dejar de lado esa exigencia de precisión. En otras palabras, el desafío de la taxatividad no se limitaría sólo a destacar las dificultades semánticas inherentes a la precisión del lenguaje sino que también se proyectaría sobre nuestros medios para decidir racionalmente los conflictos de principios.