

Pablo E. Navarro
La aplicación neutral de conceptos valorativos

1. *Introducción*

Junto con la prohibición de retroactividad y la reserva de ley, la precisión de las normas penales es una de las dimensiones específicas del principio de legalidad en derecho penal. La relevancia de la precisión de las normas es pocas veces puesta en duda, y su justificación está conectada con la necesidad de limitar la discreción judicial y garantizar a los individuos certeza acerca de las consecuencias normativas de sus conductas¹. Sin embargo, a pesar de la importancia que los dogmáticos otorgan a esta dimensión del principio de legalidad, los jueces y legisladores no suelen preocuparse de manera significativa por la precisión de las leyes. Más bien, parecen asumir con naturalidad que es inevitable un cierto margen de imprecisión y que no se puede señalar con exactitud el grado de determinación que tiene que lograr una norma penal². Diversos factores inciden en la imprecisión de las normas penales³. Por ejemplo, con frecuencia se sostiene que el problema *neurálgico* de la taxatividad del derecho penal radica en que el legislador no puede evitar los conceptos valorativos en la formulación de sus normas⁴. Si las leyes penales se formularan mediante expresiones valorativas no sería posible identificar objetivamente la clase de comportamientos y situaciones que el legislador ha prohibido, y ello dejaría al interprete un amplio margen de discreción al momento de aplicar las normas. De este modo, tanto la certeza jurídica como la imparcialidad en la aplicación del derecho se verían afectados por la regulación de conductas mediante conceptos valorativos⁵.

Sin embargo, en la teoría del derecho contemporánea va ganando consenso la idea de que no existe una conexión necesaria entre conceptos valorativos, indeterminación

¹ Una de las mejores monografías en castellano sobre la determinación de las normas penales es la de Ferreres, Víctor, *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia* (Madrid: Civitas, 2002).

² Suß, Franck, 'El trato actual del mandato de determinación' en *La insostenible situación del derecho penal*, edición española a cargo del área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, p. 22 (Granada: Comares, 2000).

³ Al respecto, véase: Doval País, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, pp. 95 y ss (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999).

⁴ Véase, por ejemplo, Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, pp. 253-254 (Barcelona: Bosch, 1992).

⁵ Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General I*, p. 170 (Madrid: Civitas, 1997).

del derecho y discreción judicial. En estos enfoques contemporáneos, las normas y valores morales son un dato objetivo, que complementa la información normativa específicamente formulada por el legislador. Así, la introducción explícita de conceptos valorativos permite incorporar contenidos morales al derecho y estos recursos normativos adicionales servirían para guiar la aplicación de las normas y limitar objetivamente la discreción judicial. En estos enfoques contemporáneos, la aplicación de los conceptos valorativos exige el desarrollo de argumentos morales, pero ellos no tienen que verse como preferencias arbitrarias sino como una búsqueda de respuestas objetivamente correctas. De esta manera, la expresa incorporación de contenidos morales en la legislación penal ayudaría a disminuir la indeterminación y a encontrar soluciones que no han sido expresamente previstas por el legislador.

El objetivo principal de este trabajo es revisar la conexión entre la exigencia de taxatividad de las normas penales y los conceptos valorativos⁶. Aquí analizaré este problema a la luz de dos ideas centrales: (i) la necesidad de las valoraciones en la aplicación de esos conceptos y (ii) la conexión entre conceptos valorativos, vaguedad y discreción⁷. La conclusión de este ensayo no pretende defender una tesis original. Más bien señala que, al igual que ocurre con otros conceptos, el empleo de predicados valorativos en la legislación genera casos claros y marginales. En casos claros, los jueces no tienen discreción para crear nuevos contenidos, pero tampoco precisan valorar genuinamente sino que pueden aplicar de manera neutral esos conceptos. En casos marginales, es necesario desarrollar un argumento moral para resolver el caso, pero en estas situaciones, los jueces tienen discreción para determinar el contenido del derecho.

2. *El enfoque neutral de los conceptos valorativos*

El desacuerdo y la controversia son un rasgo central de nuestras prácticas morales. Las discrepancias no sólo se refieren a las diferentes soluciones de

⁶ Acerca de la conexión entre taxatividad y vaguedad, véase, Navarro, Pablo y Manrique, Laura, 'El desafío de la taxatividad' en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 58 (2005), pp. 807-836.

⁷ Estos temas se conectan con una importante discusión sobre la naturaleza del derecho y la teoría jurídica, i.e. la controversia entre positivismo excluyente y positivismo incluyente sobre la incorporación de la moral en el derecho. Aunque la literatura sobre este tema es abundante, pocas veces se analizan sus consecuencias específicas para diferentes áreas del derecho. Una excepción notable es el ensayo de José Juan Moreso sobre positivismo incluyente, principio de legalidad y causas de justificación y, en gran medida, este trabajo es una toma de posición frente a sus ideas sobre el papel de los conceptos valorativos en el derecho penal. Moreso, José Juan, 'Principio de legalidad y causas de justificación' en *Doxa* 24 (2001). Véase también, Moreso, José Juan, 'En defensa del positivismo jurídico inclusivo' en Navarro, Pablo y Redondo, María Cristina, eds., *La relevancia del derecho*, pp. 93-116 (Barcelona: Gedisa, 2002).

problemas prácticos sino que también se proyectan a los criterios que guían la búsqueda de esas soluciones. Por ello, es tentador suponer que los juicios morales no son verdaderos ni falsos, sino que únicamente expresan las preferencias de los individuos. En este sentido, Ferrajoli sostiene que un concepto valorativo⁸

... al referirse a una actitud de desaprobación del sujeto que lo pronuncia, es absolutamente inverificable e irrefutable y es más bien un acto de valoración basado en una opción subjetiva y meramente potestativa

En su opinión, una exigencia de ‘estricta legalidad’ prohíbe que las leyes penales usen conceptos que sean condición suficiente para la configuración de los delitos y cuya aplicación sólo puede decidirse mediante juicios de valor⁹. De esta manera, no sería admisible una formulación de leyes penales que tipificase conductas sólo mediante expresiones valorativas tales como ‘escándalo público’ o ‘actos obscenos’. Si se acepta este enfoque de los juicios morales, entonces como señala Moreso¹⁰,

... es importante darse cuenta de que la presencia de conceptos valorativos en las normas penales constituiría un problema mucho más grave que el de la vaguedad de los conceptos, porque al fin y al cabo los conceptos vagos son sólo problemáticos en los casos marginales de aplicación, mientras que los conceptos valorativos, con arreglo a esta concepción serían problemáticos en *todos* sus casos de aplicación.

El error de Ferrajoli es, tal vez, enfrentarnos a un falso dilema, que nos impone optar entre conceptos descriptivos, que pueden ser aplicados sin necesidad de desarrollar argumentos morales y conceptos valorativos, que implican en la práctica una delegación de poder para la aplicación discrecional de las leyes penales. Sin embargo, hay, al menos, dos soluciones a este dilema. Por una parte, podría sostenerse que los conceptos valorativos se refieren a estados de cosas moralmente relevantes que son independientes de las actitudes y prácticas de los miembros de una comunidad. De este modo, las expresiones valorativas que incorpora la legislación se refieren a lo que verdaderamente impone la moral como solución a una controversia y no equivale a una autorización para que los jueces impongan sus propias preferencias. Por otra parte, podría subrayarse que los conceptos valorativos cumplen diferentes funciones en nuestro lenguaje y, que aun cuando su función expresiva sea incuestionable, también admiten un uso descriptivo y neutral. La primera solución nos compromete con la aceptación de valores y normas morales objetivas, mientras que la segunda es independiente de esta tesis sobre la ontología de los valores y las normas. Más adelante, analizaré

⁸ Al respecto, véase, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, p. 123 (Madrid: Trotta, 1995).

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, op. cit., p. 375.

¹⁰ Moreso, José Juan, ‘Principio de legalidad y causas de justificación’, op. cit., p. 530.

algunas de las consecuencias de la primera solución y ahora me concentraré en la segunda estrategia.

De manera paradigmática, los conceptos valorativos son empleados en una función *expresiva*, es decir para manifestar aceptación o rechazo de determinados objetos o situaciones. Pero, aunque los conceptos valorativos tengan principalmente esa función parece una exageración negarles contenido informativo¹¹. El uso de conceptos valorativos padece de la misma ambigüedad sistemática de los enunciados normativos. Por ejemplo, la frase ‘Aquí no se puede fumar’ puede ser usada tanto para prescribir una conducta como para informar de la existencia de una cierta prohibición. De igual manera, un concepto valorativo puede usarse para valorar así también como para reflejar ciertas valoraciones compartidas por los miembros de una comunidad. En este sentido, Alchourrón y Bulygin recuerdan que los predicados valorativos¹²

... pueden ser usados descriptivamente en enunciados que no expresan valoraciones... sino proposiciones fácticas, es decir proposiciones a los efectos de que la cosa en cuestión satisface las pautas o criterios valorativos de una cierta comunidad o grupo social

Por ello, cuando un juez aplica un concepto valorativo no es necesario que use a ese predicado para imponer sus propias valoraciones en una determinada situación, sino que puede intentar determinar a qué cosas se refieren los miembros de su comunidad mediante esos conceptos. Por ejemplo, en el artículo 120 del Código Penal Argentina el legislador, entre otros requisitos, configuraba el tipo del delito de estupro mediante la referencia a la honestidad de la mujer¹³. En el momento de la promulgación del Código Penal en 1921, la honestidad de las mujeres se comprendía a la luz de su conducta sexual. De hecho, la rúbrica o título en el que se insertaba ese artículo se refería a delitos contra la honestidad y agrupaba a delitos con clara connotación sexual como el adulterio, violación, etc. En ese contexto, un juez podía decidir un caso de estupro *remitiéndose* al modo en que la conducta sexual de una mujer era percibida en el grupo social o bien, por el contrario, podía *valorar* si esa conducta era el único elemento relevante para determinar su honestidad. En este caso, el juez podía evaluar otros elementos que se invocan cuando se valora la honestidad de un varón, e.g. veracidad, integridad, sentido del deber, etc. La diferencia es crucial ya que, mientras los

¹¹ Véase, en particular, Stevenson, C.L., *Ethics and Language* (New Haven: Yale University Press, 1944) y Hare, R.M., *The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press, 1952).

¹² Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, ‘Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico’ en *Análisis lógico y derecho*, p. 315 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

¹³ Esta referencia fue suprimida en la reforma de ese texto por la ley 25.087 del 14/5/99.

usos primarios de los conceptos morales es de naturaleza expresiva y no pueden ser fácilmente calificados como verdaderos o falsos, el uso descriptivo de los términos morales como ‘honestidad’ o ‘bondad’¹⁴

... no implica ninguna aprobación; es puramente fáctico, pues consiste en registrar que la cosa declarada buena tiene ciertas propiedades que son usadas como criterio de ‘bondad’. Por lo tanto, tales enunciado expresan proposiciones fácticas, descriptivas.

Por consiguiente, el uso de conceptos valorativos en la formulación de las normas penales no es equivalente a conferir automáticamente a los jueces la posibilidad de valorar discrecionalmente a qué se refiere el legislador. Un juez, al momento de aplicar un concepto valorativo, puede usar esa expresión de la misma manera en que la emplean en su comunidad y los márgenes de su discreción dependerán de la precisión con que la comunidad utilice a ese concepto.

Este enfoque de la función de los conceptos valorativos en el razonamiento judicial resalta la neutralidad de la aplicación de las normas. Por razones de simplicidad, denominaré ‘enfoque neutral’ a esta concepción de la función descriptiva de los enunciados valorativos. En tanto que este enfoque no presupone que los jueces impongan sus propios puntos de vista morales y sustituyan a las decisiones del legislador, él parece cumplir con las aspiraciones que fundamentan a nuestro ideal del Estado de Derecho¹⁵. Sin embargo, en la teoría del derecho contemporánea este enfoque es frecuentemente cuestionado y se niega que sea un buen candidato a resolver el problema de la indeterminación de los conceptos valorativos. Por el contrario, es usual mencionar a esta reconstrucción sólo de manera incidental, sin dar demasiada relevancia a su propuesta. A continuación analizaré algunas razones que se mencionan para descartar a este enfoque descriptivo de los conceptos valorativos.

3. Las valoraciones del legislador y la naturaleza del lenguaje

En su libro sobre los ilícitos atípicos, Atienza y Ruiz Manero rechazan el enfoque neutral de los enunciados de valor¹⁶. Ellos reconocen correctamente la

¹⁴ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, ‘Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico’, op. cit., p. 316.

¹⁵ Madrid Conesa, Fulgencio, *La legalidad del delito*, op. cit., pp. 228-229.

¹⁶ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos* (Madrid: Trotta, 2000). En este trabajo, Atienza y Ruiz Manero coinciden con Ferrajoli en que el derecho penal no puede configurar delitos sólo a partir de expresiones valorativas. La razón de esta coincidencia, sin embargo, no es del todo clara ya que, a diferencia del enfoque subjetivista de los juicios de valor defendida por Ferrajoli, los profesores de Alicante no niegan que los

ambigüedad de esos enunciados, i.e. la posibilidad de que sean usados para valoraciones genuinas o para descripciones a partir de criterios valorativos vigentes en la comunidad, pero añaden¹⁷:

Pero mostrar esta ambigüedad de muchos enunciados valorativos no equivale, naturalmente, a mostrar que el juez, a la hora de aplicar los predicados valorativos que figuran en las normas jurídicas a situaciones particulares no deba hacer valoraciones genuinas, sino limitarse a recoger las valoraciones socialmente vigentes. Para fundamentar esto último sería preciso postular la presencia, en el sistema jurídico, de una norma que ordenara al juez considerar como condiciones de aplicación de los predicados valorativos aquellas que sean consideradas como tales por el grupo social en el que el juez desarrolla su función.

El argumento de Atienza y Ruiz Manero no rechaza que los jueces pueden, como una cuestión de hecho, aplicar de manera neutral los predicados valorativos sino que niegan que exista necesariamente una norma que expresamente imponga a los jueces un deber de aplicar de esa manera a esos conceptos. Atienza y Ruiz Manero tienen razón al señalar que es contingente que un sistema jurídico establezca de manera expresa que los jueces tienen que aplicar de manera neutral a los conceptos valorativos y, como cuestión de hecho, en el derecho Argentino no existe una norma similar. Pero, aunque se garantice la verdad de esa premisa, ella no permite extraer la conclusión que ellos pretenden. En su argumento, los profesores de la Universidad de Alicante no distinguen entre normas expresamente formuladas y normas derivadas en un sistema normativo. El deber de aplicación neutral de los conceptos valorativos puede derivar de otras normas del sistema y, por ello, podría sostenerse que es innecesario consagrar de manera expresa esa obligación cuando, como ocurre en el marco de un Estado de Derecho, los jueces tienen el deber de aplicar estrictamente las normas formuladas por el legislador. A continuación, expondré esta idea con cierto detalle.

En general, los jueces están obligados a fundar sus decisiones en derecho y, en particular, los jueces competentes en cuestiones criminales están estrictamente obligados a aplicar la ley penal. Este deber se encuentra consagrado en diferentes textos normativos y es usual anclar su contenido normativo en disposiciones con jerarquía constitucional. De este deber expresamente consagrado se deriva la obligación de usar las *normas* que el legislador ha formulado¹⁸. Es importante subrayar la obligación de aplicar las leyes penales significa que no es posible

juicios de valor pueden ser verdaderos o falsos. Su rechazo del uso de conceptos valorativos parece estar ligado al problema de la vaguedad de estos conceptos (véase, Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, op. cit., p. 26). Esta conexión entre juicios de valor y vaguedad será considerada con detalle en las secciones VII, VIII y IX.

¹⁷ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, op. cit., p. 45.

¹⁸ Para un desarrollo de este argumento, véase Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 'Definiciones y normas' en *Análisis lógico y derecho*, op. cit., pp. 439-464.

cumplir ese deber invocando otras normas diferentes a las formuladas por el legislador, aun cuando esas otras normas pueden ser semejantes a las promulgadas por la autoridad, o incluso cuando el juez piense que esas otras normas son más justas o convenientes. Las normas son el significado de los textos formulados por el legislador y si la autoridad ha usado sus palabras para referirse a un estado de cosas X, entonces atribuirle a sus palabras un significado diferente, e.g. Z es equivalente a cambiar las normas del sistema. Ello significa que los jueces no pueden reinterpretar los textos jurídicos de la manera que consideran más adecuada. Como señala Dworkin¹⁹,

Las normas legales se ven sometidas a interpretaciones y reinterpretaciones, a veces incluso cuando el resultado no es llevar a la práctica lo que se llama 'la voluntad del legislador'. Si los tribunales pueden modificar las normas establecidas, entonces naturalmente tales normas no serían obligatorias para ellos...

Para darle sentido a la idea de la vinculación de los jueces a las normas que formula la autoridad es preciso indicar qué restricciones tienen los jueces en su tarea interpretativa. La respuesta de Dworkin es bien conocida y apunta a destacar el papel que los principios desempeñan en el razonamiento jurídico: si los principios no fuesen jurídicamente obligatorios, entonces las normas tampoco serían vinculantes. Las normas pueden cambiarse mediante la reinterpretación del significado del texto formulado por la autoridad, pero para ello tiene que invocarse un principio que justifique ese apartamiento. A ello, Dworkin añade²⁰:

Pero cualquier principio no sirve para justificar un cambio, porque entonces ninguna norma estaría jamás a salvo. Debe haber algunos principios que cuentan y otros que no cuentan, y debe haber algunos que cuentan más que otros. Eso no podría depender de las preferencias del propio juez, entre multitud de normas extrajurídicas, todas respetables y, en principio, elegibles, porque si así fuera, no podríamos decir que ninguna regla fuera obligatoria. Siempre podríamos imaginarnos un juez cuyas preferencias entre los estándares extrajurídicos fueran tales que justificasen un cambio o una reinterpretación radical, incluso de las más firmemente arraigadas normas.

Este argumento concluye subrayando la importancia de los principios formales, e.g. supremacía legislativa en las restricciones interpretativas²¹. Si a estos principios generales se le añaden los principios específicos del derecho penal, entonces la libertad de los jueces para cambiar de interpretación de normas penales es muy restringida.

¹⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, p. 91 (Ariel: Barcelona, 1984). En el mismo sentido, Raz, Joseph, 'The Institutional Nature of Law' en *The Authority of Law*, p. 114 (Oxford: Oxford University Press, 1979).

²⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 91.

²¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 92.

Las consecuencias de este enfoque para el derecho penal son las siguientes. Los jueces no sólo tienen que invocar las *leyes* que el legislador promulga sino que tienen que aplicar las *normas* que la autoridad introdujo mediante esos textos legislativos. Para ello, los jueces tienen que usar las palabras de la ley en el *mismo sentido* en que las ha usado el legislador. Dado que por regla general la autoridad usa las palabras de la ley en el *mismo sentido* en que las emplean los miembros de su grupo social, se sigue que el juez tiene que atribuir a una palabra – salvo circunstancias especiales como cuando hay una definición que estipula un significado novedoso para una palabra – el mismo sentido que ella tiene en el lenguaje ordinario. Por supuesto, el legislador puede apartarse del lenguaje ordinario y estipular un sentido diferente para una palabra, pero el juez no tiene esa libertad de cambiar el significado de las palabras que usa la autoridad. Si por razones de justicia, conveniencia, o simplemente por inadvertencia, un juez asigna a los textos un sentido diferente al que el legislador les ha atribuido, entonces su decisión no se justifica en las *normas* que la autoridad ha formulado. En este sentido, la asignación de significado literal a un texto legislativo es especialmente relevante en la búsqueda de taxatividad de las leyes penales. Como señala Ferreres²²,

...el postulado de que existe un tenor literal que no se puede desconocer resulta crucial para poder discriminar entre lecturas posibles y lecturas imposibles de la ley penal.

Esta conexión entre el uso de las palabras, su significado y las restricciones interpretativas se muestra con mayor claridad cuando el legislador se aparta del lenguaje ordinario y recurre a una definición explícita. Como se verá a continuación mediante dos ejemplos, la tarea de los jueces varía de manera significativa si este apartamiento es legítimo o ilegítimo.

a) El artículo 18.2 de la Constitución Española señala:

El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito.

En el año 1992 se promulgó la llamada ‘Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana’ redefinió el sentido de ‘flagrancia’ extendiendo su denotación a casos que se encontraban ordinariamente regulados mediante esa expresión. En particular, la ley señalaba que se entenderá que había delito flagrante cuando los cuerpos de seguridad del Estado tuviesen conocimiento fundado de que se está cometiendo o se acaba de cometer un delito vinculado al tráfico de estupefacientes. El Tribunal

²² Ferreres, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, op. cit., p. 154, nota 2.

Constitucional, en sentencia 341/1993 declaró inconstitucional a uno de sus artículos, i.e. 21.2 de esa Ley Orgánica. Al respecto, Moreso y Vilajosana señalan²³:

El Tribunal Constitucional argumentó que esto ... facultaba la entrada al domicilio de manera contraria a la Constitución, puesto que 'delito flagrante' había sido entendido siempre como incluyendo la evidencia o percepción sensorial de que se estaba cometiendo un delito, y en los casos previstos en la Ley mencionada, se ampliaba la noción hasta convertirla en conocimiento fundado (por ejemplo, una persona puede tener conocimiento fundado, mientras está en el trabajo, de que sus hijos están en la guardería, sin tener evidencia o percepción sensorial de que ello es así)

En este caso, los jueces no tenían que seguir las decisiones semánticas del legislador ordinario sino que, por el contrario, tenían que recurrir a usos del lenguaje consolidados en la comunidad como manera de asegurar las garantías constitucionales.

b) En el artículo 78 del Código Penal Argentino, el legislador va más allá del sentido ordinario de 'violencia' y estipula que cuando usa esa palabra también se refiere al uso de medios hipnóticos y narcóticos. Supongamos que existe un caso en el que se emplea un narcótico para cometer un cierto delito: ¿es libre el juez de interpretar que en esa situación se ha cometido un delito con violencia? La respuesta es negativa. El modo en que el legislador usa las palabras determina su sentido y el juez no puede – sin desafiar la autoridad del legislador – sostener que los delitos cometidos mediante narcóticos no cuentan como delitos violentos.

La primacía del sentido ordinario de las palabras no se pierde cuando el legislador usa conceptos valorativos. Después de todo, el uso de estos conceptos también está asociado a instancias paradigmáticas que fijan – de manera más o menos precisa – su significado. Por ejemplo, la aplicación de la agravante de ensañamiento en casos de homicidio requiere constatar un sufrimiento especial de la víctima. La referencia al sufrimiento impone una valoración de las circunstancias para distinguirla de las heridas necesarias para conseguir el resultado homicida. Pero, ello no significa que seamos incapaces de identificar en nuestra comunidad instancias típicas de sufrimiento. Por ejemplo, Gisbert Haefs narra en su novela sobre la vida de Aníbal, que el cartaginés vengó el asesinato de su mujer de la siguiente manera²⁴:

Aníbal... Llego con un tonel; éste fue atravesado con clavos; entre las púas gritó y gimió Mutúmbal, el jefe de los esbirros. Zarpamos y, a mitad de camino entre Thapsos y Querquenna nos topamos con peces grandes y voraces. Dos horas después de la salida del sol atamos una cuerda de cuero alrededor del torso de Mutúmbal y tiramos al esbirro por la borda. Lo sacamos varias veces del agua, pero iba disminuyendo su

²³ Moreso, José Juan y Vilajosana, José María, *Introducción a la teoría del derecho*, p. 103 (Barcelona: Marcial Pons, 2004).

²⁴ Afees, Gisbert, *Aníbal*, p. 607 (Buenos Aires: Aguilar, 2006).

cuerpo. Su muerte fue demasiado dulce y rápida; a primera hora de la tarde arrojamos a los peces los gimientes restos.

Aunque la noción de ensañamiento sea valorativa parece sensato aceptar que este párrafo se refiere a un caso de ensañamiento. Por supuesto, el uso de conceptos valorativos padece de indeterminaciones similares al uso de otro tipo de conceptos y, con frecuencia, no podemos determinar de manera precisa a qué estado de cosas se refiere el legislador mediante sus expresiones. En esos casos, los jueces tienen que recurrir al desarrollo de argumentos adicionales para decidir sobre la correcta solución del caso. Pero, es importante subrayar una vez más que los conceptos valorativos, al igual que otros conceptos, *muestran* su significado en el uso común del lenguaje. En un Estado de Derecho, cuando el legislador emplea esos conceptos, los jueces no son libres de apartarse del uso ordinario que fija, con mayor o menor precisión, el sentido de las expresiones valorativas. Esta restricción a los desarrollos interpretativos no deriva de una norma específica, sino de la naturaleza del lenguaje y del deber judicial de decidir conforme al derecho.

Es momento de resumir el argumento. Los conceptos valorativos no son meras interjecciones sino que se refieren a cierto estado de cosas que sirven como base de su capacidad expresiva²⁵. Cuando afirmamos que una mujer es honesta es usual referirnos a su conducta sexual y difícilmente encontraríamos apropiado este adjetivo para señalar que ella tiene un alto coeficiente intelectual. Sabemos que la honestidad y el coeficiente de inteligencia no tienen una conexión necesaria sólo porque conocemos, con mayor o menor grado de certeza, a qué estado de cosas se refiere el concepto de honestidad. Esto no significa negar que la principal función de estos conceptos sea expresar nuestras actitudes en la valoración de ciertas situaciones sino que es innecesario desvincular la función expresiva de nuestros juicios de valor y el contenido descriptivo de los conceptos valorativos. Más aún, la función expresiva que tienen los juicios de valor con frecuencia presupone que podemos determinar a qué objetos o situaciones hacen referencia. Después de todo, muchas de nuestras valoraciones se basan en creencias acerca de cómo es el mundo y es este contexto fáctico el que nos lleva a nuestras actitudes de aprobación o desaprobación. En otras palabras, la presencia de conceptos valorativos en derecho penal no compromete a negar naturaleza descriptiva a los juicios que los emplean. En la medida en que el contenido descriptivo de los enunciados valorativos depende del modo en que los hablantes de una comunidad lingüística emplean esas palabras, los jueces no tienen libertad para apartarse de esas convenciones y criterios semánticos vigentes.

²⁵ Una concepción radicalmente expresivista de los juicios de valor fue defendida por Alf Ross. Véase, Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: EUDEBA, 1963). Sobre los diferentes aspectos lógicos involucrados en el análisis de los enunciados valorativos, véase, von Wright, Georg Henrik, 'Valuations – or How to Say the Unsayable' en *Ratio Juris* 13 (2000), pp. 351 y ss.

4. *La vaguedad de los conceptos valorativos*

La aplicación neutral de los conceptos valorativos supone que ellos poseen un mínimo de significado que surge de las convenciones de los miembros de una comunidad lingüística. Estas convenciones padecen, en mayor o menor grado, de indeterminación. Por ello, según Moreso, el problema de los conceptos valorativos no radica en que ellos no tengan contenido informativo, que es una condición necesaria para su aplicación neutral, sino que²⁶,

...dichos conceptos son vagos, algunos de ellos son extremadamente vagos... y, por lo tanto, la zona de penumbra del concepto, la zona en la cual albergamos dudas acerca de la aplicación del concepto, es muy amplia. Con lo cual, el problema del uso de conceptos valorativos en la legislación penal no reside en que... carezcan de contenido informativo, sino en que son vagos en un alto grado.

Conforme a esta reconstrucción, las discrepancias que provoca el uso de los conceptos valorativos no se producen tanto por un desacuerdo en las actitudes de los participantes sino por su escaso contenido informativo. De este modo, los problemas que generan los conceptos valorativos serían sustancialmente similares a los que se producen cuando se utilizan conceptos vagos y no habría razones especiales para tratar ambos problemas de manera diferente. Sin embargo, esta estrategia introduce una tensión insuperable entre la discreción que se sigue de la vaguedad de los conceptos y las restricciones que pretende ofrecer la incorporación de contenidos morales.

Para comprender claramente las dificultades que genera la vaguedad de los conceptos valorativos es importante recordar qué significa sostener que un juez tiene discreción en la aplicación de las normas jurídicas²⁷. En un sentido débil, un juez tiene discreción cuando es la autoridad definitiva para decidir una controversia o cuando no puede resolver 'mecánicamente' un caso; por ejemplo cuando el juez tiene que desarrollar un argumento específico que muestre el modo en que un concepto valorativo o un principio contribuyen a la solución de un cierto caso. En estos casos se asume que hay una respuesta correcta a la controversia y que ella es un criterio para evaluar el acierto o desacierto de la decisión discrecional del juez. Por el contrario, en un sentido fuerte, las decisiones discrecionales no son una aplicación de pautas pre-existentes sino un fenómeno intersticial de creación de derecho. En un sentido débil, el juez cuenta

²⁶ Moreso, José Juan, 'Principio de legalidad y causas de justificación', op. cit., pp. 531-532.

²⁷ Dworkin, Ronald, 'Modelo de Reglas I' en *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 83-94. Sobre la importancia de la discreción judicial en la teoría del derecho contemporánea, véase: Iglesias, Marisa, *El problema de la discreción judicial* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999).

con un criterio de corrección de su decisión, pero en un sentido fuerte, una decisión es discrecional cuando no hay una respuesta correcta a un determinado problema jurídico.

El alcance de la discreción judicial determina formas específicas de entender el derecho. Una concepción positivista fuerte (denominado actualmente como *positivismo excluyente*, cuyo principal exponente es Joseph Raz) admite que el derecho tiene necesariamente *límites* fijados por las decisiones institucionales de las autoridades y que la discreción es una consecuencia necesaria e inerradicable de la relativa indeterminación del derecho²⁸. La discreción fuerte de los jueces es la consecuencia de los *límites* del derecho. Esta idea es formulada por Raz de la siguiente manera²⁹:

Si los jueces no tienen absoluta discreción para actuar de acuerdo sobre la base de cualquier estándar que ellos vean como el mejor, eso sólo puede suceder porque están obligados a seguir algún estándar aun cuando no lo consideran como el mejor. Ello implica que ellos tienen la obligación de seguirlos aun frente a aquellos estándares que ellos consideran como el mejor. Así, los estándares que los jueces están obligados a seguir tienen precedencia respecto a otros estándares que ellos pueden, en otra ocasión, estar autorizados a seguir, y las dos clases son, en principio, distinguibles. Ésta es la esencia de la tesis de los límites del derecho.

Los límites del ordenamiento jurídico se manifiesta en diferentes situaciones de indeterminación, por ejemplo cuando debido a la vaguedad de los conceptos el derecho habla con ‘voz incierta’³⁰, es decir, cuando regula la conducta de manera imprecisa. En esos casos, los jueces tienen que *decidir* si una situación puede subsumirse en el alcance de una cierta norma y para esa decisión desplegarán usualmente una amplia gama de recursos interpretativos que racionalizan su elección. Para Raz, los jueces tienen discreción para desarrollar el contenido del derecho tanto en casos de vaguedad como cuando el legislador formula sus normas mediante conceptos valorativos. En este caso, la referencia a pautas morales sirve para imponer límites razonables a la elección de una solución, pero no compromete específicamente con una única decisión. Nada en la propuesta de Raz permite inferir que esas decisiones discrecionales no pueden ser guiadas por pautas de racionalidad o moralidad. En este sentido, Raz sostiene³¹:

²⁸ Acerca de esta concepción del derecho y el positivismo, véase: Raz, Joseph, ‘Legal Positivism and the Sources of Law’ en *The Authority of Law*, op. cit., pp. 37-52 y ‘Authority, Law and Morality’ en *Ethics in the Public Domain*, pp. 194-221 (Oxford: Oxford University Press, 1994).

²⁹ Raz, Joseph, ‘The Institutional Nature of Law’ en *The Authority of Law*, op. cit., p. 115.

³⁰ Raz, Joseph, ‘Legal Reasons, Sources and Gaps’ en *The Authority of Law*, op. cit., pp. 72 y ss.

³¹ Raz, Joseph, ‘The Identity of Legal Systems’ en *The Authority of Law*, op. cit., p. 97. Estas ideas han sido defendidas en forma más detallada en su trabajo sobre la incorporación de la moral. Véase, Raz, Joseph, ‘Incorporation by Law’ en *Legal Theory* 10 (2004), pp. 1-7.

La discreción de los tribunales para decidir disputas que no están reguladas puede ser absoluta o guiada. Puede ser guiada por el derecho mediante indicaciones acerca de cómo debe ejercitarse la discreción. El derecho puede, por ejemplo, dirigir a los jueces para actuar sobre la base de las normas que ellos piensan que son las mejores para tales casos, o adoptar la decisión que sería la mejor desde el punto de vista de las partes que participan en esa disputa, o señalar que los jueces tienen que consultar con su conciencia o con los escritos de los moralistas. Tales instrucciones pueden establecerse en las leyes, pero también pueden surgir únicamente de la práctica de los tribunales.

Estas normas acerca del modo en que ha de ejercitarse la discreción imponen obligaciones a los jueces y, por consiguiente, limitan sus alternativas de elección, pero no privan a los tribunales de esta posibilidad de elegir acerca de una solución que no está ya contenida en el derecho su comunidad³².

Moreso rechaza este enfoque del positivismo y, específicamente, crítica la propuesta de Joseph Raz. A diferencia de Raz, que niega la incorporación de la moral en el derecho y consideran que los conceptos valorativos sólo confieren discreción a los jueces, Moreso defiende que cuando el legislador usa conceptos valorativos *incorpora* normas morales al derecho positivo. Conforme a esta estrategia de incorporación de valores y normas morales los jueces no tienen discreción en el caso que tengan que aplicar conceptos valorativos. La incorporación de pautas morales ofrecería, de acuerdo a esta interpretación, *siempre* una respuesta correcta que excluye la necesidad de elección judicial. En este sentido, el positivismo incluyente tiene que asumir el objetivismo moral³³. De otra manera, la remisión a la moral no sería diferente que la discreción de aplicar la solución que cada agente acepta como correcta. Por ello, las pautas valorativas que incorpora el derecho forman parte de la *moral crítica* y este conjunto privilegiado de normas morales constituyen respuestas objetivas para cada problema práctico.

Creo que esta interpretación desemboca en un dilema. Por una parte, si se asume la vaguedad de los conceptos valorativos no se puede negar la discreción al momento de su aplicación en casos difíciles. En estos casos de penumbra, los jueces tienen que *decidir* nuevamente sobre la referencia de un determinado concepto. Si los conceptos valorativos padecen de vaguedad, incluso en grado mayor que otro tipo de conceptos, entonces será mayor el margen de discrecionalidad que confieren a los jueces en la aplicación del derecho.

³² Raz, Joseph, 'The Identity of Legal Systems' en *The Authority of Law*, op. cit., p. 97.

³³ Sobre la conexión entre positivismo incluyente y objetivismo moral, véase, Bayón, Juan Carlos; 'Derecho, convencionalismo y controversia' en Navarro, Pablo y Redondo, María Cristina, eds., *La relevancia del derecho*, op. cit., pp. 73 y ss. Sobre la objetividad moral defendida por Moreso, véase: 'El reino de los derechos y la objetividad de la moral' en Diciotti, Enrico, ed., *Diritti Umani ed Oggettività della Morale* (Siena: Universidad de Siena, 2003). Sobre la irrelevancia de la objetividad moral en el razonamiento judicial, véase, Waldrom, Jeremy, 'The Irrelevance of Moral Objectivity' en George, Robert., ed., *Natural Law Theory*, pp. 158-187 (Oxford: Oxford University Press, 1992).

Por otra parte, la conexión entre conceptos valorativos y la incorporación de razones morales pretende negar la discreción de los jueces. Según Moreso³⁴,

...si el Derecho remite a la moralidad entonces se deberá recurrir a ella para identificar lo que el derecho prescribe y que, por lo tanto, por una parte, puede ocurrir – aunque no es necesario – que la validez de las pautas jurídicas dependa de la moralidad y, por otra parte, los jueces no tienen siempre discreción al aplicar pautas morales a las que el derecho remite

Pero, la incorporación de normas morales puede limitar la discreción sólo en *casos claros* de aplicación de los conceptos valorativos ya que en la zona de penumbra (los casos marginales) de esos conceptos enfrentamos la misma necesidad de decisión discrecional que cuando intentamos aplicar un concepto vago. Ahora bien, los casos claros de aplicación de un concepto valorativo tienen esa cualidad sólo porque en la comunidad hay acuerdo sobre la aplicación de ese predicado a esa situación. No hace falta una *valoración* del juez (es decir, no es preciso desarrollar un argumento moral) para aplicar esos conceptos sino sólo tener en cuenta cuáles son los criterios valorativos vigentes en esa comunidad.

Por supuesto, Moreso no puede admitir esa consecuencia ya que, en casos claros colapsa con la aplicación neutral de los predicados valorativos y, en casos difíciles, implica la necesidad de decidir discrecionalmente. En este sentido, es ilustrativa la opinión de Fulgencio Madrid, que destaca³⁵:

...cuando el juez *constata* simplemente la existencia de la valoración y acomoda su juicio a ella se mueve en el marco de la interpretación y tal forma de proceder es incuestionable en un Estado de Derecho: así como en el tipo determinado no puede haber lugar para una valoración subjetiva del juez, sino que ha de acomodarse a la pre-establecida por el legislador para poder emitir respecto a la misma un juicio de corrección o no, en el caso de las remisiones o valoraciones extrajurídicas la situación es esencialmente la misma: sólo hay una decisión correcta de acuerdo con la valoración existente en la sociedad; esta valoración será al mismo tiempo parámetro para el juicio emitido por el juez y su control. Si tal valoración es controvertida en la sociedad, el juez, aunque crea juzgar de acuerdo con las valoraciones sociales lo hará de acuerdo con las suyas propias. Y otro juez distinto realizará la misma operación con el mismo razonamiento y la consecuencia será probablemente que existirán dos decisiones diferentes sobre casos iguales, ambas correctas desde el punto de vista de la norma penal, con lo cual se habrá lesionado no sólo el principio de seguridad jurídica sino también el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y el principio de separación de poderes...

³⁴ Moreso, José Juan, 'Principio de legalidad y causas de justificación', op. cit., 542.

³⁵ Madrid, Fulgencio, La legalidad del delito, op. cit., pp. 229-230 y véase también, el argumento desarrollado en pp. 232-236 sobre las remisiones del legislador a conceptos morales.

Siguiendo a Dworkin, Moreso podría sostener que cuando el legislador formula un concepto valorativo no concede a los jueces³⁶

...discreción de actuar como quieran; aquí se establece un estándar que ellos deben tratar de cumplir (y pueden fallar) porque se supone que una concepción es mejor que otra.

Sin embargo, existe una diferencia importante entre *suponer* que una concepción es mejor que otra y que, *de hecho*, eso sea lo que ocurre. Por ejemplo, existe una importante discusión acerca de la posibilidad de atribuir de manera coherente a dios las propiedades de bondad, omnisciencia y omnipotencia. Esta discusión tiene sentido bajo ciertos presupuestos, i.e. que dios exista, que su conducta pueda ser analizada mediante pautas racionales, etc. Quienes se involucran en este debate suponen la verdad de las premisas que le dan sentido, pero ello todavía es compatible con una respuesta escéptica acerca de si de hecho se dan las condiciones que hacen inteligible la controversia. De igual manera, presuponer que existen respuestas correctas es lo que da sentido a la tarea de desplegar un argumento moral que capture la solución adecuada de la controversia. Pero, que la tarea tenga sentido únicamente bajo ese supuesto no es una garantía de que exista esa solución. Como señala Hart³⁷,

La decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores moral, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara.

5. *Vaguedad, razones morales y discreción judicial*

Al momento de aplicar un concepto valorativo el juez pueden enfrentarse a un caso claro o a un caso marginal. En casos claros, los jueces no tienen discreción, pero tampoco precisan desarrollar un genuino argumento moral. En casos marginales, es necesario elegir la mejor solución sobre la base de razones morales, pero la decisión es discrecional. Los casos claros son claros porque hay un acuerdo en las valoraciones de los miembros de la comunidad y el juez no es libre de apartarse de esa solución. En esas circunstancias, es posible determinar –sin comprometerse moralmente – a qué se refiere el legislador mediante un concepto

³⁶ Dworkin, Ronald, ‘Casos constitucionales’ en *Los derechos en serio*, op. cit., p. 214. En verdad, Dworkin niega que los conceptos valorativos sean vagos y se refiere a ellos como estándares abstractos que admiten varias concepciones.

³⁷ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, pp.252-253 (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964).

valorativo y el razonamiento judicial puede ser neutral. Ello significa que, al igual que la aplicación del derecho en otros casos en los que no emplean conceptos valorativos, las propias convicciones morales del juez no juegan papel alguno para determinar la solución correcta del caso. Por el contrario, si el caso es difícil, entonces el juez no tiene más remedio que desplegar un razonamiento moral para identificar el contenido del derecho, pero en este caso su decisión es discrecional y no puede defenderse como la única respuesta correcta. La insistencia en que la incorporación de la moral en el derecho suprime la necesidad de una decisión discrecional en sentido fuerte sólo sirve, como señala Hart³⁸,

...para ocultar que aquí, como en todas partes, estamos rodeados de incertidumbres entre las que tenemos que elegir, y que el derecho existente sólo impone límites a nuestra elección, y no la elección misma.

Por consiguiente, para negar la existencia de discreción fuerte hace falta mostrar que la aplicación de los conceptos valorativos *siempre* puede ser calificada como correcta o incorrecta. Pero, Moreso admite que los conceptos valorativos padecen de vaguedad y ello es incompatible con la existencia de una única respuesta correcta. De acuerdo a este enfoque, la aplicación de un predicado en un caso marginal no resulta en una afirmación verdadera o falsa sino que es una decisión del intérprete. Si la aplicación de un concepto valorativo en un caso de vaguedad es un problema semántico, hay que admitir que no existe una respuesta correcta en ese caso. Por consiguiente, el desarrollo del razonamiento moral no es para *identificar* el contenido del derecho sino una manera de crear derecho a partir del material jurídico existente.

6. Conclusiones

En este trabajo he revisado la conexión entre conceptos valorativos y la indeterminación del derecho. He defendido la posible aplicación neutral de esos conceptos y he analizado críticamente dos tesis: a) la falta de aptitud para la verdad de los juicios de valor, b) la reducción de los problemas de taxatividad de los conceptos valorativos a una simple cuestión de vaguedad.

Algunos autores, e.g. Ferrajoli, señalan que los juicios de valor no son verdaderos ni falsos y que, por esa razón, la aplicación de las normas penales que contienen predicados valorativos es discrecional y no puede ser racionalmente controlada. La respuesta a ese argumento es que esos conceptos incorporan contenidos morales al derecho y que ellos son aptos para la verdad y al falsedad. Por consiguiente, la taxatividad de las normas que expresan esos conceptos no

³⁸ Hart, H.L.A. 'Positivism and the Separation of Law and Morals' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford: oxford University Press, 1983).

suscita problemas especiales, i.e. problemas diferentes a la simple vaguedad de los conceptos. Para ilustrar esta línea de argumento he analizado detalladamente las tesis de José Juan Moreso en su defensa del uso de conceptos valorativos en el derecho penal y su defensa del positivismo incluyente.

Los problemas de Moreso están en la estructura de su argumento. Para defender la naturaleza descriptiva de los enunciados valorativos y, al mismo tiempo explicar los desacuerdos que genera su aplicación, se compromete con la reducción del problema de las valoraciones a una simple cuestión de (la mayor) vaguedad de ese tipo de conceptos. Las discrepancias no se producen por la falta de aptitud para la verdad de los conceptos valorativos sino de su mayor margen de imprecisión. ¿Qué ocurre en esa zona de penumbra de los conceptos valorativos? La conexión entre vaguedad y discreción impide sostener que, en esos casos marginales, los conceptos valorativos limiten la discreción fuerte de los jueces. A su vez, en casos claros, la aplicación de esos conceptos valorativos no requiere desarrollar argumentos morales para identificar el contenido del derecho sino que es suficiente la aplicación neutral de los criterios semánticos vigentes en esa comunidad. En conclusión: la ambición de Moreso de preservar la verdad más allá de las valoraciones y limitar la discreción más allá de la vaguedad no parece tener éxito.

