

TEORÍAS DEL DERECHO E INDETERMINACIÓN NORMATIVA*

Introducción

El problema de la determinación del derecho es un tema de permanente debate dentro de la teoría jurídica. Las tesis que se defienden y se rechazan al respecto, están sustentadas en argumentos de muy diversa naturaleza. En la primera parte de esta exposición, distinguiré tres versiones de la discusión entre las que denominaré posiciones «deterministas» e «indeterministas». El objetivo principal es subrayar los distintos significados con que se predica el carácter determinado o indeterminado del derecho, y poner énfasis en la necesidad de discernir los problemas que subyacen a cada discusión.

En la segunda parte me referiré exclusivamente a la determinación del contenido del derecho. Este problema pone en cuestión la posibilidad de que un sistema jurídico brinde respuestas unívocas. Conforme a una posición determinista, lo que el derecho establece puede ser identificado de forma definida, mediante proposiciones necesariamente verdaderas o falsas. Conforme a una posición indeterminista, en algunos casos, las proposiciones jurídicas pueden carecer de valor de verdad. La confrontación entre estas dos concepciones está ligada a consecuencias teóricas y prácticas importantes. En primer lugar involucra un desacuerdo respecto al principio de bivalencia aplicado al discurso jurídico. En segundo lugar, involucra un desacuerdo respecto a la existencia de discreción judicial.

En relación con este tema, y a partir de las consideraciones que expongo a continuación defenderé que, si se rechaza el realismo metafísico respecto de la ontología jurídica y se acepta que la vaguedad constituye un problema semántico, la tesis indeterminista respecto del contenido del derecho es inevitable. Asimismo, frente a quienes sostienen que esta indeterminación tiene carácter radical defenderé que, aunque ello sea una característica posible del lenguaje, es un rasgo necesariamente ausente en el ámbito del derecho.

* Este trabajo fue realizado con el apoyo de la Fundación Caja de Madrid.

PRIMERA PARTE

I. Las premisas del debate

Para que las posiciones deterministas e indeterministas puedan describirse como tesis opuestas es imprescindible que estén de acuerdo respecto de aquello sobre lo que predicán el carácter determinado e indeterminado, respectivamente. Si éste no fuese el caso, no estaríamos ante dos concepciones contrarias, sino ante dos teorías que tratan problemas diferentes. Asimismo, para que la discusión sea genuina es preciso que las posiciones contrastadas no presupongan como lógicamente necesarias o imposibles las tesis que discuten. Si lo hiciesen caerían en una petición de principio. En otras palabras, es necesario que las posiciones contendientes, por una parte, descansen en algunas premisas comunes y, por otra, que no prejuzguen acerca del carácter determinado o indeterminado del derecho.

Estas dos condiciones se satisfacen en relación a las premisas que menciono a continuación. Ellas, de hecho, constituyen un punto de partida compartido por las teorías que me propongo analizar, y no presuponen ni la tesis determinista ni su negación:

1. Premisa normativista: el derecho consiste en un conjunto de normas y principios.
2. Premisa anti-metafísica: las normas y principios que constituyen el derecho no son entidades metafísicas y, para la identificación de su contenido, tampoco es necesario presuponer entidades metafísicas.

Las proposiciones que anteceden no describen, sino que delimitan las condiciones mínimas que debe satisfacer aquello a lo que se denomina «derecho» en este contexto. En este sentido, cumplen la función de un modelo metodológico o conceptual, y fijan los límites dentro de los que cabe identificar las concepciones admisibles a los efectos de la discusión. Por ejemplo, en virtud de la primera premisa, no entra en el debate el enfoque del realismo jurídico extremo, que reduce el derecho a las decisiones individuales de sus operadores. En virtud de la segunda premisa, resulta excluido el enfoque del iusnaturalismo clásico, comprometido con la existencia de valores eternos e inmutables independientes de nuestro conocimiento o percepción.

Debe advertirse que el modelo diseñado por estas dos premisas es menos comprometido que el del positivismo metodológico, puesto que no incorpora un rasgo que las teorías post-positivistas reprochan: la exigencia de separación entre derecho y moral. En efecto, las premisas 1. y 2. podrían ser aceptadas por teorías que defiendan la conexión necesaria entre derecho y moral; siempre y cuando esta conexión no nos remonte a terrenos metafísicos.

No está claro si el positivismo metodológico se compromete o no con una teoría jurídica indeterminista. Es decir, es materia de debate si la existencia de discreción judicial, i.e. una de las tesis centrales de una concepción indeterminista, está o no implícita en el concepto positivista de derecho.

Si lo estuviese, habría que advertir que el positivismo metodológico es una posición desde cuya perspectiva no cabe discutir sobre el carácter determinado del derecho; sencillamente, porque parte de un marco conceptual que presupone su negación. En cualquier caso, lo que me interesa destacar es que las premisas metodológicas propuestas anteriormente nada dicen (ni explícita ni implícitamente) acerca de este rasgo. Conforme a ellas, la determinación no es una propiedad conceptualmente necesaria ni tampoco imposible del derecho. La plausibilidad de predicarla deberá apoyarse en datos sustantivos acerca de cómo son y cómo funcionan los sistemas jurídicos.

II. Aclaración preliminar

Determinación causal

En ciertos contextos, la pregunta por el carácter determinado o indeterminado del derecho expresa una inquietud acerca del carácter causalmente determinado o indeterminado de las decisiones judiciales. Este tema constituye una de las principales preocupaciones del realismo jurídico extremo, puesto que para esta posición el derecho se reduce a las acciones individuales de los jueces. Por el contrario, para una concepción normativista como la asumida en un comienzo, la pregunta por el carácter determinado o indeterminado del derecho, si bien puede traducirse en un interrogante acerca del *status* de ciertas acciones, hace referencia a acciones genéricas, no individuales, y a una determinación deóntica (específicamente jurídica), no causal.

Es posible que las decisiones judiciales estén causalmente determinadas y, sin embargo, no estén normativamente determinadas. Es decir, puede ser verdad que el juez esté totalmente condicionado a decidir de una manera específica y, no obstante, desde un punto de vista jurídico su decisión sea discrecional. Lo será si la acción sobre la que debe expedirse no está normativamente calificada por el derecho. A la inversa, es factible que la decisión judicial esté normativamente determinada, aún cuando no esté causalmente determinada. Es decir, la decisión del juez puede ser libre, en el sentido de ser causalmente indeterminada y, sin embargo, jurídicamente no discrecional, porque la acción sobre la que debe expedirse tiene una calificación en el derecho.

Desde un punto de vista causal, el tema de la determinación de las acciones judiciales representa un ejemplo específico de la reflexión general acerca de si los eventos futuros dependen o no del estado actual del mundo. La investigación acerca de si el mundo es determinado en este sentido, y si específicamente las normas jurídicas intervienen causalmente en la toma de decisiones judiciales, forma parte de un debate diferente al del determinismo normativo. Este último constituye un problema relativo a la justificación de acciones, que no debe confundirse con el de su producción causal.

III. La determinación jurídica de las acciones

Sistemas completos o incompletos

Desde una perspectiva normativa la noción de determinación suele ser tomada como sinónimo de regulación o calificación deóntica. Se dice que una acción está determinada en un sistema jurídico, si a dicho sistema pertenece una norma que califique esa acción, y está indeterminada si no existe en él una norma que la regule. En esta interpretación, el carácter determinado o indeterminado es una propiedad todo o nada, y no se predica del derecho, sino de clases de acciones. Una acción no está más o menos determinada, sino que lo está o no lo está.

Desde este punto de vista, la tesis determinista sostiene el carácter completo de las calificaciones ofrecidas por el derecho, i.e. necesariamente toda acción encuentra una calificación en un sistema jurídico. Por el contrario, la tesis indeterminista defiende la posibilidad de que existan lagunas, i.e. no necesariamente toda acción está regulada en un sistema jurídico.

Tratando de precisar estas ideas, cabe advertir que la tesis determinista puede significar dos cosas. En primer lugar, que para todas las situaciones previstas por un sistema jurídico hay una acción regulada: el sistema es completo y/o, en segundo lugar, que cualquier situación está prevista por el sistema jurídico: el sistema es omnicomprendivo. Tomaré estas dos interpretaciones como expresión de una idea común, sólo que una más abarcativa que la otra. La tesis del carácter completo afirma que toda acción está jurídicamente calificada, en relación a los casos previstos por el sistema. La tesis de la omnicomprensión afirma que toda acción está jurídicamente calificada, en relación a cualquier caso concebible. En consonancia con estas interpretaciones del determinismo, el indeterminismo también ofrece dos interpretaciones posibles. O bien significa que los sistemas tienen lagunas normativas en sentido estricto, i.e. hay situaciones previstas por el sistema para las que, sin embargo, él no regula acción alguna. O bien significa que los sistemas no son omnicomprendivos, i.e. hay situaciones no previstas por el sistema para las que, en consecuencia, no hay ninguna acción regulada.

La oposición determinismo-indeterminismo, entendida como un desacuerdo acerca del carácter completo u omnicomprendivo de los sistemas jurídicos discute acerca de si necesariamente todas las acciones están reguladas por el derecho. Este modo de entender el problema de la determinación jurídica plantea una discusión acerca de las normas y principios que pertenecen a un sistema jurídico, independientemente de cuáles sean las calificaciones deónticas que ellos establecen. El principio cuya validez se debate sostiene que toda conducta tiene algún status jurídico, por el momento no importa cuál.

En esta aproximación, el tema de la determinación del derecho se analiza desde un punto de vista lógico. Conforme a las posiciones deterministas, el derecho es necesariamente completo en virtud de un principio de clausura

según el cual toda acción, o bien esta jurídicamente permitida, o bien está jurídicamente prohibida. El status de este principio ha sido ampliamente estudiado. Se ha demostrado que si se adopta como un principio lógico (necesariamente verdadero) no puede cumplir la función de clausura. Para que cumpla con dicho propósito debe entenderse como una norma de conducta, pero en esta hipótesis, su pertenencia al sistema es meramente contingente. Si no pertenece, puede haber acciones indeterminadas, i.e. acciones para las que no existe una calificación. Esta comprobación es suficiente para confirmar la verdad de la tesis indeterminista: no necesariamente toda acción encuentra una regulación en el derecho.

Es interesante destacar que aún cuando, en este sentido, deba aceptarse una tesis indeterminista, ello no implica que las proposiciones jurídicas puedan carecer de valor de verdad. Cuando en un sistema jurídico una acción está indeterminada en virtud de la ausencia de una norma que la califique deónticamente, cualquier proposición que afirme que ella es obligatoria, prohibida o permitida será falsa. En otras palabras, la existencia de indeterminación, entendida de este modo, no impugna la bivalencia del discurso jurídico.

IV La determinación del contenido derecho

La oposición determinismo-indeterminismo también suele expresar la confrontación de la tesis de la única respuesta correcta y la tesis de la discreción judicial. Desde este punto de vista, generalmente se contrastan las posiciones de Herbert Hart y de Ronald Dworkin. Según Hart, en algunos casos, el derecho está indeterminado y no es posible identificar exactamente lo que requiere. En estas ocasiones, forzosamente, los jueces tienen que decidir discrecionalmente. Por el contrario, según Dworkin, el derecho siempre está determinado. Es decir, siempre es posible identificar aquello que nos exige. Conforme a este autor, los jueces no solo no necesitan, sino que tampoco deben tomar decisiones discrecionales.

En esta interpretación, el carácter determinado o indeterminado se refiere al contenido de las disposiciones jurídicas. La tesis determinista afirma el carácter unívoco de las calificaciones que ofrece el derecho. Sostiene que, a pesar de discrepancias interpretativas, las acciones reguladas cuentan siempre con una única calificación correcta. Frente a esta idea pueden destacarse dos tesis indeterministas: una parcial y otra radical. Conforme a la primera, puede haber casos en que haya más de una calificación válida en relación a una acción. Conforme a la segunda, puede haber casos en los que cualquier calificación resulte admisible, i.e. justificable como una respuesta válida conforme a las disposiciones jurídicas. Consecuentemente, pueden distinguirse tres posiciones diferentes respecto del contenido del derecho.

Se dice que una norma está determinada cuando establece de manera definida los casos que prevé y las acciones que califica. Consecuentemente, su

contenido, permite formar una división o partición, y las proposiciones que aplican la norma, i.e. que enuncian la solución que ella brinda ante un caso, son necesariamente verdaderas o falsas.

Una norma está parcialmente indeterminada, cuando hay al menos un caso o una acción genéricos que no pueden considerarse ni determinados ni indeterminados por ella. Es decir, estos casos quedan sin determinar. El contenido de esta norma, obviamente, no da lugar a una división. Excluyendo ambos extremos, una norma parcialmente indeterminada puede estarlo en mayor o menor medida. Cuando más determinada esté, más serán los casos y acciones respecto de los que la norma establece criterios para decidir su inclusión o exclusión. Cuando una norma está parcialmente indeterminada, algunas proposiciones que la aplican carecen de valor de verdad.

Una norma está totalmente indeterminada cuando cualquier caso o acción puede juzgarse incluido o excluido en su contenido. En otras palabras, todos ellos están sin determinar en relación a la norma, y todas las proposiciones que pretendiesen aplicarla carecerían de valor de verdad.

Como veremos más adelante, la determinación del contenido de una norma puede involucrar tanto un debate valorativo como uno estrictamente semántico. Cabe remarcar que, cuando involucra una dificultad de tipo semántico, constituye una discusión acerca de los criterios de aplicación de los términos en que ella se expresa, y no acerca de si un caso individual satisface dichos criterios. En otras palabras, plantea una discusión relativa a los casos genéricos comprendidos en la norma. Es discutible si la dificultad en la subsunción de un caso individual en una norma pone o no en cuestión los casos genéricos que ella regula.

V. Algunas precisiones

Hasta aquí he mostrado tres versiones sobre el problema de la determinación del derecho. La primera, que fue inmediatamente dejada de lado, constituye una pregunta acerca de las causas de una decisión jurídica, la segunda presenta un interrogante acerca del carácter completo u omnicomprendivo del derecho; y la tercera, plantea una cuestión acerca de su contenido. Esto nos permite distinguir tres significados del predicado «determinación» aplicado a un caso o una acción (genéricos o individuales). En un primer sentido, la determinación significa que el caso o la acción son necesarios desde un punto de vista causal. En un segundo sentido, significa que al sistema pertenece una norma que prevé ese caso o califica deónticamente esa acción, es decir que los incluye dentro de su contenido. En un tercer sentido, significa que hay criterios que permiten, o bien incluirlos, o bien excluirlos del alcance de una norma. La determinación causal de una acción no implica su determinación normativa. Asimismo, la determinación normativa de una acción por parte de una norma no implica la total determinación del contenido de esa norma. Según cómo se resuelva un problema de

indeterminación en este último sentido, habrá o no un caso o una acción indeterminados, en el segundo sentido.

Asimismo, respecto de la determinación de un contenido cabe señalar una ambigüedad adicional, según se predique de contenidos normativos o proposicionales. La indeterminación de un contenido normativo significa la existencia de casos o acciones sin determinar, i.e. que no pueden incluirse ni excluirse del alcance de la norma, e implica la consiguiente duda en su aplicación. La indeterminación de una proposición significa que ella no es ni verdadera ni falsa. Una norma puede estar más o menos indeterminada, según sea la cantidad de casos y/o acciones genéricos cuya inclusión/exclusión se juzgue dudosa. Una proposición, en cambio, o bien está determinada, o bien no lo está, según tenga o no un valor de verdad.

VI. Pertenencia de normas y determinación del contenido del derecho

Condiciones de la distinción

Existe una forma de quitar sentido a las discusiones sobre el determinismo como completud, y como tesis de la univocidad o de los límites definidos del derecho: negando *ab initio* su posibilidad. En la primera hipótesis suelen colocarse quienes sostienen la tesis de la respuesta única que, por lo general, presuponen el carácter completo y omnicompreensivo del derecho. Es decir, entienden que existe una calificación para toda acción y que el debate sobre carácter determinado o indeterminado del derecho se refiere exclusivamente a la especificación de su contenido. Sin embargo, debe advertirse que esta reducción no es necesaria, puesto que es factible discernir ambos problemas y defender, por ejemplo, el determinismo como tesis de la respuesta única, sin comprometerse con el determinismo como completud u omnicompreensión. En este caso, se dirá que el derecho siempre brinda una respuesta definida, para aquellos casos que regula. Sin por ello postular que regula de manera completa todos los casos previstos, o que prevé todos los casos posibles. En otros términos, el carácter determinado del contenido del derecho, no implica el carácter determinado de todas las acciones posibles.

En la segunda hipótesis se colocan quienes adoptan una posición opuesta a la anterior. Desde esta perspectiva, se supone la determinación de los contenidos normativos y se pone en discusión sólo la pertenencia o no pertenencia de éstos a un derecho. Así, la pregunta por la determinación del contenido del derecho no constituye un problema interno al sistema jurídico, sino un paso empírico previo a su individualización. La identificación de una norma o un sistema equivale a la determinación de su contenido, i.e. a la identificación de todos los casos y acciones genéricos regulados por ellos. Al respecto, pueden presentarse dificultades epistémicas, pero hasta que éstas no se resuelvan no se habrá identificado las normas del sistema. El único obstáculo que puede presentarse en la aplicación de una norma

identificada es la dificultad de subsunción de un caso individual a un caso genérico previsto por la norma. A partir de estas premisas, el debate acerca de la determinación del derecho se reduce, o bien a un problema lógico de completud, o bien a un problema empírico de reconocimiento ante un caso individual. Esta interpretación bloquea la posibilidad de que el derecho contenga calificaciones genéricas sin determinar, porque presupone que la determinación de esas calificaciones es un paso anterior y necesario para la identificación del derecho.

En primer lugar, para no cerrar por decreto la posibilidad de que un sistema jurídico esté indeterminado en su contenido genérico es necesaria la siguiente condición:

1. Que la identificación de una norma en un sistema jurídico, i.e. su pertenencia, sea compatible, pero no presuponga la determinación de su contenido.

En efecto, para que la determinación del contenido genérico de un sistema pueda analizarse como un problema adicional y diferente del de la pertenencia de normas o principios, debe admitirse la posibilidad conceptual de que existan o pertenezcan pautas con contenido indeterminado, es decir, que dejen casos y/o acciones sin determinar. De lo contrario, se estará presuponiendo lo que, en la tercera versión del debate determinismo-indeterminismo es materia de discusión.

Ahora bien, la decisión que incluye o excluye casos y/o acciones genéricos en el alcance del derecho puede entenderse como un acto de identificación de nuevas normas implícitas, o como un acto de determinación del contenido de las normas jurídicas preexistentes. En la primera situación, las normas se presuponen determinadas y cada acto de interpretación, que amplía o restringe la cantidad de casos y/o acciones genéricos regulados, implica la admisión o expulsión de una nueva norma. En la segunda situación, el acto de interpretación (extensiva o restrictiva) se describe como un paso en la determinación de las normas, y ello presupone el carácter previamente indeterminado de sus contenidos.

En segundo lugar, para no trivializar la tarea descriptiva de identificar normas jurídicas, aún admitiendo que su contenido puede no estar nítidamente definido, es necesario asumir una segunda condición:

2. Que la identificación de una norma en un sistema jurídico, i.e. su pertenencia, es incompatible con la indeterminación total de su contenido.

En efecto, para poder identificar una norma perteneciente a un sistema debe ser posible conocer al menos un caso y acción genéricos previstos por ella. Es decir, es preciso admitir que, al menos, un caso y una acción genéricos están determinados por la norma. Desde una perspectiva indeterminista radical, esta posibilidad no está garantizada, lo cual hace que el conocimiento del contenido del derecho deje de ser un objetivo teórico posible. Carece de sentido intentar conocer qué determina una norma jurídica, si no se admite que ella algo determina. Cuando se sostiene que cualquier acción es compatible

con una norma jurídica, toda aparente aseveración acerca de su contenido es en realidad un acto de adscripción, toda adscripción es admisible y cualquier norma puede ser identificada como perteneciente al sistema. Esto es así porque si se discriminase entre adscripciones aceptables e inaceptables se abandonaría el indeterminismo radical, ya que se estaría aceptando que no cualquier contenido puede ser incluido en el alcance de la norma. Esta última es la idea que incorpora la condición número 2. que, en otras palabras, expresa una restricción impuesta por Hart. Desde el punto de vista de este autor, la existencia de una norma es incompatible con la indeterminación total de su significado. De no ser así, el derecho podría existir sin guiar o justificar acción alguna. En sentido estricto, afirmar que el contenido de una norma está totalmente indeterminado es incurrir en una contradicción en los propios términos. Una norma compatible con cualquier acción no es una norma en absoluto. Por el contrario, puede admitirse que una norma esté indeterminada de un modo limitado o parcial. El contenido de una norma está parcialmente indeterminado, cuando algunos casos y/o acciones genéricos están sin determinar en relación a esa norma. Es decir, respecto de ellos, no hay consenso acerca de si están o no cubiertos por la norma.

En resumen, la identificación de una norma en un sistema jurídico tiene como condición necesaria la determinación de un caso y acción genéricos, aunque no la fijación definitiva de todos los casos y acciones que ella regula.

Por ejemplo, si a un sistema jurídico SJ, pertenece la siguiente norma:

N1: «El que ilegítimamente privare a otro de su libertad será sancionado con prisión...

Conforme a una concepción interpretativa establecida, puede entenderse que es verdadera la proposición:

(i) Conforme a N1, está prohibido retener a una persona por un año sin justificación alguna.

Por el contrario, es falsa la siguiente proposición:

(ii) Conforme a N1, está prohibido retener a una persona por tres segundos, sin justificación alguna.

Y no es ni verdadera ni falsa la siguiente:

(iii) Conforme a N1, está prohibido retener a una persona durante pocos minutos, sin justificación alguna.

Esto significa que el contenido de N1 está parcialmente indeterminado. De las proposiciones que la aplican, las dos primeras están determinadas (una es verdadera y la otra falsa), mientras que la tercera está indeterminada (carece de valor de verdad).

A partir de las consideraciones precedentes, asumo que es posible abordar la reflexión sobre la determinación de los contenidos de un derecho, como una discusión que no se reduce a la pertenencia de normas y que admite un tratamiento separado del determinismo entendido como completud u omnicomprensión. La tesis indeterminista respecto al contenido del derecho es la única que pone en cuestión la bivalencia del discurso jurídico y reclama

la existencia de discreción judicial. En las siguientes secciones del trabajo me referiré al problema del determinismo sólo en este último sentido.

SEGUNDA PARTE

VII. Determinación y casos difíciles

Por lo general, el problema de la determinación del contenido del derecho se asocia a la distinción entre casos fáciles y difíciles. Al intentar precisar las exigencias del derecho suelen presentarse una serie de dificultades que, en principio, parecen avalar la verdad de la tesis indeterminista. Sin embargo, hay argumentos disponibles para mostrar que, bajo una interpretación adecuada, dichas dificultades no son prueba de indeterminación.

Los casos difíciles surgen a partir de problemas lógicos, empíricos, epistémicos, valorativos, etc. Por ejemplo:

- (i) el sistema no prevé el caso que sometemos a consideración (no es omnicompreensivo),
- (ii) el sistema no ofrece solución, para un caso previsto (lagunas normativas),
- (iii) no sabemos si una norma es aplicable, porque ignoramos algunas de las características del caso individual (lagunas de conocimiento),
- (iv) la solución establecida por una norma conduce a consecuencias que no estamos dispuestos a admitir, y/o es inadecuada respecto de una hipótesis de relevancia (conflictos respecto a los fines que perseguimos, y/o lagunas axiológicas),
- (v) la solución que brinda una norma está en contradicción con la que establece otra norma o principio del sistema (inconsistencias),
- (vi) los términos en que se expresa una norma pueden interpretarse de manera favorable a distintos valores subyacentes, y es discutible cuál de ellos hay que privilegiar (conflictos interpretativos),
- (vii) pueden presentarse dudas en la subsunción de un caso individual en un caso genérico previsto en una norma (lagunas de reconocimiento).

Las dificultades mencionadas no constituyen una enumeración exhaustiva y, a su vez, no todas son mutuamente excluyentes ni independientes. Ello significa que a) puede haber aún más fuentes de problemas, b) algunos podrían presentarse conjuntamente, y c) otros necesariamente se presentan al mismo tiempo.

La posición determinista admite la existencia de estas dificultades, pero sostiene que ninguna habilita a afirmar que el derecho no regula las acciones de modo definido. La mayor parte de estos obstáculos son tan usuales, que el propio derecho da criterios para su solución. Así, por ejemplo, para evitar el problema lógico de las lagunas, el derecho suele prever reglas generales de clausura. Para salvar la ignorancia de datos empíricos, el derecho recurre al establecimiento de presunciones. Por lo general, las contradicciones

quedan solucionadas al tener en cuenta las jerarquías que el propio orden jurídico impone.

Según Dworkin, la presencia de estas dificultades, fundamentalmente las de carácter pragmático y valorativo, exige contar con una teoría jurídica que brinde parámetros para su resolución. Esta teoría, por una parte, debe adecuarse al conjunto de decisiones dictadas a lo largo de la historia institucional del sistema y, por otra, debe mostrar el material jurídico en su mejor versión. Por ejemplo, si respecto a un caso posible dudamos en aplicar la solución de una norma o de un principio, la teoría debe aportar argumentos que permitan identificar cuál es la respuesta correcta. Si no disponemos de estos argumentos, el problema no está en el material jurídico. Este no puede prever expresamente todos los casos posibles, ni es deseable que lo haga. El problema es de nuestra teoría interpretativa, que muestra ser bastante rudimentaria. Desde este punto de vista, un sistema jurídico se integra por un conjunto de normas y principios, explícitos e implícitos; y todo desacuerdo en la identificación de su contenido puede ser resuelto por una interpretación adecuada del material disponible. El proceso de determinación del derecho puede ser complejo pero está a disposición de cualquier intérprete.

En conclusión, la concepción determinista no necesita negar la larga lista de inconvenientes que dan lugar a casos difíciles. Le basta con advertir que la existencia de casos difíciles no es equivalente a indeterminación del derecho. Esta concepción es discutible, pero aún si se acepta, no contrarresta el principal argumento a favor del indeterminismo: la vaguedad o indeterminación semántica del lenguaje en que el derecho se expresa.

VIII. Desacuerdos interpretativos y desacuerdos semánticos

Ronald Dworkin propone una distinción entre conceptos meramente vagos (que admiten indeterminación) y conceptos interpretativos (que admiten diversas concepciones políticas o morales). Los primeros se apoyan en acuerdos semánticos convencionales, mientras que los segundos se asientan en acuerdos morales de convicción. Sobre esta base, al tratar de fijar el alcance del contenido de una norma, es posible que existan dificultades meramente semánticas y dificultades interpretativas. Dworkin advierte que la tesis indeterminista cobra plausibilidad en virtud de la vaguedad que afecta a los lenguajes naturales. A pesar de ello, según este autor, los problemas en la identificación del contenido del derecho, y el de su determinación o indeterminación, no pueden ser captados a través de un enfoque exclusivamente semántico porque, fundamentalmente, ellos se basan en desacuerdos de carácter político y moral. En su opinión, la mayor parte de las dificultades en la determinación de un concepto son generalmente mal descritos por los positivistas como un problema de indeterminación semántica cuando, en realidad, constituyen un conflicto interpretativo.

La distinción entre problemas semánticos e interpretativos es seguramente útil para la teoría del derecho. Sin embargo, no hay razones para oponerlos entre sí, o, como parece hacer Dworkin, plantear una opción entre ellos. Las dificultades de origen semántico e interpretativo no son conjuntamente exhaustivas y, sobre todo, no son mutuamente independientes. Los conceptos que admiten varias concepciones están necesariamente ligados a los problemas de vaguedad. La indeterminación semántica no sólo está siempre presente en los conceptos interpretativos, también afecta a los criterios de resolución de los conflictos valorativos que ellos provocan. Por esta razón, aún cuando la tesis de la respuesta correcta sea verdadera ante los problemas interpretativos, es irrelevante respecto al problema de la indeterminación semántica. Esta última es una característica ineludible de los lenguajes naturales en los que se expresa el derecho, y no queda excluida por la presencia de problemas interpretativos, ni por el hecho de que estos tengan una única solución.

Ahora bien, según Dworkin, también hay una forma de clausurar la indeterminación generada por los conceptos vagos, mediante el uso de reglas de construcción. Estas, son normas de segundo nivel que intentan determinar la aplicación de las normas vagas. Por ejemplo: «las normas imprecisas deben aplicarse sólo a aquellos casos que caen indudablemente en el núcleo de su significado, i.e. los casos claros».

Esta propuesta se apoya en la suposición de que los conceptos vagos permiten individualizar de forma nítida casos claros de casos de penumbra. Bajo esta hipótesis, las reglas de construcción solucionan el problema limitando la aplicación sólo a los casos claros. En contra de la viabilidad de esta estrategia, se ha mostrado que la propia distinción entre casos claros y casos de penumbra es imprecisa. No hay una clasificación tripartita nítidamente demarcada entre casos de aplicación, casos de no aplicación y casos de duda. Los límites entre estas categorías están indeterminados y son discutibles. Paralelamente, las reglas de construcción que se apoyan en esa distinción también padecen indeterminación. Para eliminar esta vaguedad de segundo orden se requeriría una regla de construcción de tercer nivel; pero como el problema volvería a presentarse, necesitaríamos una nueva regla y así hasta el infinito.

Es posible coincidir con Dworkin en que la discusión generada por los problemas interpretativos es más relevante que la provocada por la mera vaguedad de un término. Aún es posible coincidir con él en que esto exige contar con una teoría política, y que el enfoque del derecho como integridad es el más plausible. Sin embargo, nada de eso logra erradicar la vaguedad de los propios conceptos interpretativos, ni la de los enunciados en los que se expresa la concepción política con la que justificamos una interpretación. El único modo de evitar la tesis indeterminista basada en razones semánticas sería mostrando que el lenguaje de esa teoría política carece de vaguedad.

En conclusión, a pesar del esfuerzo determinista de Dworkin, puede sostenerse que el problema de la indeterminación actual o potencial:

1. afecta a los conceptos interpretativos,
2. afecta a cualquier criterio que se proponga para identificar una respuesta ante «los casos difíciles»,
3. no es un problema erradicable mediante criterios o reglas de construcción.

VIII. Vaguedad y bivalencia

Indeterminación o incertidumbre

Admitir que el derecho se expresa en lenguaje vago no significa aún aceptar que pueda estar indeterminado. Es posible defender que la vaguedad no consiste en un defecto en los criterios que guían el uso de una expresión, sino en un problema de ignorancia respecto de alguna propiedad o estado de cosas cuya presencia es necesaria para la correcta aplicación de un término o la verdad de una proposición. Cuando la vaguedad se caracteriza de este modo, como un problema epistémico, las consecuencias indeterministas no se producen. Respecto de una proposición expresada en lenguaje vago habrá ocasiones en que desconozcamos su valor de verdad, pero ello no significa que carezca de él. Por el contrario, de acuerdo a una concepción semántica, cuando las proposiciones se expresan en lenguaje vago hay ocasiones en las que no son ni verdaderas ni falsas.

Según advierte Dworkin, sostener que un enunciado no es ni verdadero ni falso no es menos comprometido que sostener que dicho enunciado es falso, o que es verdadero. Es decir, en los tres casos necesitamos argumentos sustantivos para apoyar nuestras afirmaciones, ya que ninguna de ellas puede estar justificada por defecto, i.e. por falta de razones. La falta de argumentos a favor de la verdad o de la falsedad de un enunciado implica que ignoramos su valor de verdad, y justifica nuestra incertidumbre. Esta constituye un problema epistémico; pero es totalmente compatible con que dicho enunciado sea, o bien verdadero, o bien falso. Cabría agregar, aunque Dworkin no lo dice, que la incertidumbre también es compatible con que el enunciado carezca de valor de verdad. Es decir, podemos tener incertidumbre acerca de si es verdadero, si es falso, o si no es ni verdadero ni falso. La certeza o incertidumbre son dos cualidades referidas al grado subjetivo de convicción frente a ciertos enunciados. El valor de verdad de una proposición es independiente del grado de certidumbre del sujeto que la evalúa. En consecuencia, la presencia de incertidumbre nada implica en relación al valor semántico de un enunciado.

Dworkin admite la posibilidad de que ciertos juicios carezcan de valor de verdad. La indeterminación es uno de los *status* semánticos posibles de un enunciado, i.e. no contradictorio. En la propuesta de este autor, la distinción entre incertidumbre e indeterminación está destinada a mostrar que

sólo la primera puede defenderse desde un punto de vista externo. La indeterminación, al igual que la verdad o la falsedad de una proposición, siempre debe apoyarse en razones sustantivas. Por lo tanto, nunca puede ser externa o descomprometida.

Ciertamente, las consideraciones antes mencionadas hacen conveniente distinguir entre dificultades semánticas y epistémicas; y subrayar que sólo las primeras están ligadas a las consecuencias indeterministas. Si la vaguedad representa un problema epistémico debe admitirse que el lenguaje vago del derecho genera simplemente incertidumbre, no implica la ausencia de una respuesta única y no exige el abandono de la bivalencia. En otras palabras, quedaría rebatido el argumento más fuerte de la tesis indeterminista.

Haré sólo dos observaciones respecto de la interpretación de la vaguedad como un problema de ignorancia. El síntoma principal de la vaguedad de un concepto o de una proposición es que, en ciertos casos, se presentan dudas sobre la aplicación del concepto o la verdad de la proposición. Por ejemplo, conocemos todas las concepciones disponibles acerca de la privación ilegítima de la libertad, al mismo tiempo, conocemos todas las características relevantes de una situación en la que se ha retenido a una persona en contra de su voluntad, sin embargo, permanecemos en la duda acerca de si esa situación debe calificarse o no como «privación ilegítima de la libertad». Una dificultad similar tiene lugar cuando, a pesar de conocer exactamente cuánto mide una persona, no estamos seguros de llamarle o no «alta». En primer lugar, si en estos casos no hay ningún conocimiento adicional que pueda resolver la duda, resulta llamativo describir la situación como un problema de ignorancia. En segundo lugar, la única forma de presentar esta dificultad como un problema epistémico es admitiendo que la privación ilegítima de la libertad, o la altura de una persona, son propiedades sobrevinientes, que trascienden a los usos y/o reconstrucciones semánticas de los conceptos. Los casos de dudas serían justamente la prueba de que aún no conocemos esas propiedades cabalmente. Pero, si rechazamos la existencia de estas propiedades como algo independiente de nuestros conceptos, el problema epistémico se desvanece. En otras palabras, para una concepción según la cual la privación ilegítima de la libertad, o la altura, son sólo lo que nuestros conceptos delimitan (si es que lo delimitan), el problema de la vaguedad es necesariamente semántico. No puede ser epistémico, porque no hay objeto de conocimiento. No hay una entidad tal como la privación ilegítima de la libertad, o la altura, trascendentes a los criterios de uso de las expresiones «privación ilegítima de la libertad» o «altura». En estos ejemplos, si hay alguna dificultad en la aplicación de las expresiones es porque sus significados, i.e. los criterios de uso, no están lo suficientemente precisados. La duda que se presenta no es síntoma de desconocimiento, sino de indecisión acerca de si incluimos o no ciertos casos en el alcance de las expresiones «privación ilegítima de la libertad» o «alto».

El enfoque epistémico de la vaguedad de los predicados jurídicos tales como privación ilegítima de la libertad, libertad de expresión, alquiler, hipoteca, etc., tiene sentido sólo si se entiende que esos predicados representan clases, o universales, cuyo conocimiento imperfecto es el que genera la imprecisión de los conceptos. Esta es la perspectiva del realismo metafísico aplicada a la ontología jurídica. Conforme a las premisas asumidas al comienzo del trabajo, toda propuesta que para la identificación del derecho exija presuponer entidades metafísicas resulta inadmisibles. Desde esta posición anti-metafísica, la concepción epistémica de la vaguedad pierde todo sustento.

IX. El carácter continuo de la vaguedad

Aún entre quienes admiten que la vaguedad es un problema semántico que genera indeterminación, no hay acuerdo en la caracterización que ofrecen de ella. Como vimos anteriormente, la definición de vaguedad resulta objetable cuando se apoya en la posibilidad de una distinción clara entre extensión positiva, extensión negativa y zona de penumbra de un concepto. En contra de esta caracterización se sostiene que no es factible reconocer de modo preciso estas tres áreas. No existe una frontera definida entre las situaciones que podrían mostrarse como claramente incluidas o excluidas de su referencia. Esta caracterización de la vaguedad como un continuo resulta avalada no sólo por la advertencia de la vaguedad de segundo nivel sino, también, por la aplicación de la paradoja de sorites. Conforme a esta última, no hay forma de justificar un límite en la aplicación o no aplicación de un concepto vago.

Una interpretación apresurada podría llevar a pensar que la caracterización de la vaguedad que parte la extensión de un concepto en tres áreas definidas es necesaria para sostener la tesis del indeterminismo parcial; y que la vaguedad de segundo nivel junto a la paradoja de sorites conducen irremediamente a la admisión del indeterminismo radical. Ciertamente, la anterior forma de definir la vaguedad insinúa que la indeterminación es siempre parcial. Conforme a ella, todo concepto, aún siendo vago, tiene necesariamente un núcleo claro de aplicación. Es decir, no todos pueden ser casos de penumbra. Asimismo, es verdad que la vaguedad de segundo nivel y la paradoja de sorites ponen de manifiesto que la indeterminación de un concepto vago podría ser radical. Sin embargo, el que la definición de vaguedad admita la posibilidad de que un lenguaje esté totalmente indeterminado no implica ninguna tesis acerca de cómo es el lenguaje del derecho. No deben confundirse la o las definiciones de vaguedad, con las tesis sobre la determinación o indeterminación del lenguaje en el ámbito jurídico, o en cualquier otro ámbito. El indeterminismo parcial no niega la definición de la vaguedad como un continuo. En otras palabras, acepta que la vaguedad de un concepto podría ser radical. La razón para sustentar el indeterminismo

parcial en relación al derecho no radica en que la vaguedad, por definición, siempre sea parcial. Es decir, la verdad de la tesis determinista parcial no está garantizada por la definición de vaguedad, sino por la forma de entender en qué consiste una norma. Una norma es un contenido significativo que prohíbe, obliga o permite ciertos comportamientos. Puede ofrecer un marco abierto a la interpretación y, en este sentido, dejar un conjunto de casos y/o acciones sin determinar. Pero si no determinase al menos una clase de comportamientos, por definición, dejaría de ser una norma. Sería un símbolo vacío al que podría adscribirse cualquier significado. En consecuencia, las normas jurídicas, necesariamente, son aplicables o inaplicables a ciertos casos, mientras que pueden no otorgar criterios para la inclusión o exclusión de otros. Los primeros muestran que, en alguna medida su contenido está determinado, los segundos muestran que en alguna medida, también, su contenido está indeterminado.

La tesis del indeterminismo parcial, por una parte, niega que el derecho esté, de modo necesario, totalmente determinado. Esto significa que es posible que algunas proposiciones jurídicas carezcan de valor de verdad. Por otra parte, afirma que la indeterminación, cuando se produce, es necesariamente parcial. En consecuencia, no todas las proposiciones aplicativas de una norma pueden carecer de valor de verdad. El indeterminismo parcial afirma que toda norma establece una clasificación más o menos estable entre casos de aplicación y no aplicación, por una parte, y casos de penumbra, por otra parte; pero no exige que esa clasificación esté justificada o sea inamovible. La vaguedad de segundo nivel y la aplicación de la paradoja de sorites no impugnan la tesis del indeterminismo parcial, porque no niegan que pueda existir una clasificación entre casos claros y casos de penumbra. La vaguedad de segundo orden sólo pone en evidencia que ella podría haberse realizado de otro modo. Mientras que la paradoja de sorites pone en cuestión la justificación de cualquier clasificación.

En resumen, según el indeterminismo parcial el derecho puede estar determinado, pero siempre existe la posibilidad de que sus contenidos no sean lo suficientemente precisos, y que ciertos supuestos caigan en una zona de penumbra. La indeterminación parcial del contenido del derecho supone que a la par de los casos y/o acciones determinados e indeterminados por las normas, hay casos y/o acciones sin determinar, i.e. casos dudosos que forman un área de penumbra. El área de penumbra puede desplazarse, y casos que ayer fueron juzgados sin determinar, hoy pueden juzgarse determinados o indeterminados, y viceversa. Sin embargo, según el indeterminismo parcial, la penumbra nunca afecta a toda la referencia. Es decir, nunca todos los casos están sin determinar en relación a una norma, puesto que esa situación equivaldría a no haber identificado norma alguna.

Insisto en que el problema de la indeterminación del contenido se manifiesta en una duda acerca de qué casos genéricos están incluidos en una norma. La duda reside en cuál es, en definitiva, la norma en cuestión. El determinismo,

ante esta pregunta responde que las normas están establecidas y que, consecuentemente, dan respuestas precisas acerca de qué casos y qué acciones están previstos. Por el contrario el indeterminismo afirma que las normas tienen un halo de indeterminación. Es decir, siempre hay un margen para la extensión o la restricción de su alcance, y los casos y acciones correspondientes a ese margen no están determinados ni indeterminados por la norma, antes de que se tome una decisión restrictiva o extensiva.

Conforme expuse anteriormente, una norma general puede juzgarse indeterminada por razones diferentes de la vaguedad de los conceptos. Sin embargo, la indeterminación derivada de la vaguedad es la única imposible de eliminar mediante la formulación previa de criterios generales. Quien se encuentra ante un predicado semánticamente indeterminado puede, y debe, si desea suprimir la indeterminación, introducir una nueva precisión que conduzca a su aplicación o a su exclusión. La introducción de esta precisión es discrecional, ya que, por hipótesis, no está guiada por los criterios hasta ahora disponibles para el uso del término. Esa precisión hace que el caso y/o acción que se discute pase a tener un status definido, i.e. será considerado, o bien determinado, o bien indeterminado por la norma. A su vez, esto hace que el contenido de la norma aplicada esté más determinado que antes y que la proposición que afirma su aplicación adquiera un valor de verdad, i.e. recupere la bivalencia.

X. Indeterminación semántica e indeterminación ontológica

La relación entre lenguaje y realidad plantea una alternativa ineludible. Los hechos que admitimos en un dominio específico (como por ejemplo la física, la psicología, las matemáticas, el derecho, etc.) o bien son independientes de toda conceptualización y pensamiento humanos, o bien son fruto de una construcción teórica. En la primera interpretación, los hechos trascienden al lenguaje, y se presuponen externos a él. En la segunda, son nuestros conceptos los que parcelan y constituyen aquello que designan. Podemos individualizar ciertos hechos u objetos sólo porque contamos con conceptos que nos los delimitan. Esta segunda alternativa constituye una posición anti-metafísica respecto a los hechos que admite.

En el ámbito de las entidades empíricas, a pesar de que el conocimiento está necesariamente mediado por nuestros conceptos y teorías, es usual admitir la existencia de hechos independientes del lenguaje por el cual se accede a ellos. No sucede lo mismo respecto de las entidades abstractas como por ejemplo, las normas, los significados, las relaciones, etc. La posición anti-metafísica asumida en un comienzo tiene aquí una consecuencia importante. La existencia de hechos jurídicos tales como una obligación contractual, una cláusula de rescisión, un interés punitivo, etc. depende de lo que establezcan ciertas normas o principios. A su vez, en una visión no metafísica, estas normas o principios son entidades dependientes de un lenguaje,

sea el de un grupo social, el de ciertas fuentes formales o el de una teoría interpretativa. En cualquier caso, los hechos jurídicos estarán determinados o indeterminados en idéntica medida en que lo esté dicho lenguaje. En otras palabras, todo problema de indeterminación semántica, planteará un problema de indeterminación ontológica.

La discusión determinismo-indeterminismo en el ámbito jurídico exige una reflexión sobre los compromisos ontológicos que se asumen en ese dominio. Es decir, requiere un debate claro acerca del tipo de entidades que hacen verdaderas o falsas las proposiciones jurídicas. Al respecto, se plantea la misma alternativa que en relación a cualquier otro objeto. O bien entendemos que los creamos por medio de nuestras prácticas lingüísticas, o bien admitimos existen independientemente de nuestro lenguaje.

Si uno de los parámetros para juzgar los méritos de una tesis teórica ha de ser el que ella pueda sostenerse en un equilibrio reflexivo con nuestras intuiciones básicas, éste es el punto en el que hay que decidir qué debe prevalecer. La posición determinista se encuentra en tensión con la admisión de una ontología jurídica dependiente del lenguaje. Puesto que el lenguaje puede estar indeterminado, y eso repercute en la «realidad jurídica» constituida a través de él. Por lo tanto, o bien se adopta una posición determinista, pero se abandona la idea de que el derecho depende del lenguaje, o bien se conserva la idea de la dependencia lingüística, pero se abandona la tesis de que el derecho puede estar determinado, si el lenguaje no lo está. Conforme a las premisas metodológicas propuestas al comienzo de este trabajo los datos que hacen verdaderas las proposiciones jurídicas dependen del contenido de normas y principios jurídicos. La admisión de que estas pautas son constructos lingüísticos en conjunción con la idea de que nuestros conceptos están fatalmente afectados de vaguedad, conduce necesariamente a la tesis indeterminista. Para evitarla hay dos posibilidades: superar de algún modo la vaguedad de los conceptos, o rechazar que la ontología jurídica dependa del lenguaje. La segunda opción quizás sea la más plausible, pero se compromete con el realismo metafísico respecto a los hechos jurídicos. Dentro de un modelo anti-metafísico, la única forma de sostener la tesis determinista requeriría bloquear los efectos de la vaguedad. Pero sabemos que éste es un objetivo inalcanzable, y muy probablemente indeseable.

Conclusiones

1. La expresión «indeterminación» es ambigua cuando se predica de un caso o una acción tanto individuales como genéricos. Puede significar que (i) no son causalmente necesarios, (ii) no pertenece al sistema una norma que prevea el caso o califique deónticamente la acción, o (iii) no hay criterios para establecer si están incluidos o excluidos en el contenido de una norma perteneciente al sistema. En esta última situación sería mejor hablar de casos y/o acciones sin determinar.

2. La expresión «indeterminación» es ambigua en un segundo sentido. (i) Cuando se predica del contenido de las disposiciones jurídicas significa que hay al menos un caso o acción genéricos respecto de los que no hay criterios para afirmar o rechazar su inclusión en una norma, razón por la cual se presenta una duda. En esta hipótesis, se trata de una propiedad gradual, cuyo aumento o disminución depende de la medida en que esté precisado el significado de una formulación normativa. (ii) Cuando la indeterminación se predica de un contenido proposicional significa que no es ni verdadero ni falso. En esta hipótesis, no se trata de una propiedad gradual. Una proposición no puede estar más o menos determinada.

3. Si se admite el indeterminismo parcial del contenido del derecho, se acepta que:

(i) algunas proposiciones que identifican el contenido del derecho pueden carecer de valor de verdad y

(ii) en la tarea de aplicación del derecho existe un marco de discreción.

4. Si se admite la tesis determinista, se acepta que las proposiciones que identifican el contenido del derecho siempre tienen un valor de verdad: o bien son verdaderas, o bien son falsas y

5. La verdad del indeterminismo en relación al derecho presupone:

(i) que «los hechos» que hacen verdaderas las proposiciones jurídicas dependen del lenguaje,

(ii) que la vaguedad es un rasgo inerradicable del lenguaje y

(iii) la vaguedad del lenguaje es un problema semántico.

6. Si se asume que la «realidad jurídica» depende de normas y principios, y que éstos son el significado de un conjunto de enunciados, entonces es verdad 5.(i): los hechos que hacen verdaderas las proposiciones jurídicas dependen del lenguaje.

7. La indeterminación de un lenguaje natural no puede eludirse recurriendo criterios generales que se expresen en un meta lenguaje natural, puesto que éste también es susceptible de indeterminación. Sólo puede solucionarse ante un caso genérico concreto mediante una decisión discrecional que lo incorpora o excluye del alcance del concepto que se discute. Asimismo, siempre es posible plantear un caso novedoso que ponga en duda la aplicación de un predicado hasta ahora preciso. Por estas razones, es verdad 5.(ii): la vaguedad (aunque sea a nivel potencial) es un rasgo inerradicable del lenguaje.

8. Respecto del significado de un término pueden presentarse dificultades epistémicas. Pero, las dudas de aplicación basadas en un problema de vaguedad, no provienen de la ignorancia o falta de información. La única forma de entender la vaguedad como un problema epistémico es admitiendo que los conceptos genéricos hacen referencia a clases o universales trascendentes al lenguaje. Esto implica asumir un realismo metafísico respecto de los significados. Si se rechaza este realismo metafísico, no parece plausible caracterizar la vaguedad como una dificultad epistémica, sino como

una indeterminación en el significado del término. Consecuentemente, puede aceptarse 5.(iii): la vaguedad del lenguaje es un problema semántico.

9. En la identificación del derecho es aconsejable distinguir la dificultad generada por la vaguedad, de los restantes problemas que se estudian bajo el rótulo de «casos difíciles» (lagunas normativas, contradicciones, conflictos axiológicos). Sólo la vaguedad implica estrictamente la tesis indeterminista.

10. La tesis de la respuesta correcta ante los casos difíciles puede aceptarse pero, al no clausurar la vaguedad, es irrelevante respecto del problema de la indeterminación en los sistemas jurídicos.

11. La vaguedad de segundo orden muestra que los límites entre un caso determinado o indeterminado y otro sin determinar son imprecisos. El razonamiento sorites muestra un problema en la justificación de cualquier límite que intente imponerse. No obstante, ni la vaguedad de segundo orden, ni sorites muestran que el lenguaje esté de hecho radicalmente indeterminado, i.e. que no logre establecer clasificaciones más o menos estables. Sí permiten destacar la ineludible posibilidad de impugnar cualquier clasificación, y el carácter arbitrario de las mismas, i.e. no justificado por los criterios de uso.

12. La indeterminación del lenguaje podría ser radical. Pero, para que una norma exista, al menos un caso genérico tiene que estar determinado por ella. Esto significa que debe haber una clasificación. No significa que dicha clasificación esté justificada y/o sea inalterable.

13. Si el lenguaje de las normas estuviese totalmente indeterminado no existiría lo que normalmente entendemos como un sistema jurídico. En lenguaje de Hart, habríamos dejado de jugar el juego del derecho para entrar al juego de los árbitros, puesto que todo dependería de sus decisiones discrecionales. Mientras la determinación total es admisible, aunque no está garantizada en un sistema jurídico, la indeterminación total es conceptualmente imposible.

14. La discusión sobre la determinación o indeterminación en un ámbito específico, en este caso el derecho, refleja los compromisos ontológicos que se asumen en dicho ámbito. La posición determinista se encuentra en tensión con la aceptación de una ontología jurídica dependiente del lenguaje. O bien abandonamos la idea de que el derecho es un hecho institucional que depende de una práctica lingüística, o bien dejamos de lado la tesis determinista.