

La claridad como especificidad: una revisión del *desideratum* de la claridad en la teoría de Lon L. Fuller*

Clarity as Specificity: a Revision of the *Desideratum* of Clarity in Lon L. Fuller's Theory

Francisco Javier Urbina-Molfino^a
Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile
fjurbina@uc.cl
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5427-2704>

DOI: <https://doi.org/10.11144/javeriana.vj138.cerd>
Redalyc: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82559799010>

Fecha de recepción: 02 Abril 2018
Fecha de aprobación: 24 Julio 2018
Fecha de publicación: 30 Mayo 2019

Fernando Contreras-Santander
Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9660-2262>

Resumen:

El artículo analiza las exigencias que implica uno de los desiderata del Estado de Derecho teorizados por LON L. FULLER. Ese desideratum es el de la claridad. Se sostiene que la claridad comprende dos exigencias diferentes: inteligibilidad y especificidad. Ambas aparecen en el tratamiento de FULLER, pero no están adecuadamente distinguidas. En particular, la idea de especificidad no está explicada ni justificada. El artículo tiene por objeto proveer esa explicación y justificación, y mostrar sus consecuencias. Se argumenta que esto es relevante por razones prácticas y teóricas. En términos prácticos, la claridad como especificidad permite observar deficiencias en las que la creación y la administración de reglas en un sistema jurídico pueden incurrir, distintas a las que implican los otros desiderata: la vaguedad, generalidad e indiferenciación de las normas jurídicas. En términos teóricos, permite explicar por qué el derecho tiene la cualidad específica de ser un cuerpo normativo relativamente intrincado, articulado mediante una serie de reglas más o menos específicas, múltiples y diferenciadas. En este sentido, el desideratum de la claridad como especificidad tiene un rol estratégico en el conjunto de los desiderata de FULLER.

Palabras clave: Claridad, especificidad, formalismo, Estado de Derecho, Lon L Fuller.

Abstract:

The article analyzes the requirements entailed by one of the desiderata of the Rule of Law theorized by LON L. FULLER. This is the desideratum of clarity. It is argued that clarity contains two distinct requirements: intelligibility and specificity. Both feature in Fuller's treatment of clarity, but they are not adequately distinguished. In particular, the idea of specificity is neither explained nor justified. It is the aim of this article to provide that explanation and justification, as well as to show their consequences. It holds that the consequences are both practical and theoretical. As to practical consequences, clarity as specificity sheds light on a potential deficiency in the creation and administration of rules in a legal system that is different from those entailed by other desiderata: the vagueness, fewness, and lack of differentiation of legal norms. As to theoretical consequences, our analysis helps explain why the law has the specific quality of being a relatively intricate normative body, articulated by a set of more or less specific, multiple and differentiated rules. In this sense, the desideratum of clarity as specificity has a strategic importance in Fuller's set of desiderata.

Keywords: Clarity, specificity, formalism, Rule of Law, Lon L Fuller.

Introducción

LON L. FULLER es considerado uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX. Si bien en el ámbito hispanoamericano su trabajo ha recibido escasa atención, en otras latitudes sus escritos son parte del canon indispensable de la filosofía del derecho¹. Tal vez su contribución más relevante para la comprensión del derecho sea su tematización de las condiciones que debe cumplir un sistema jurídico para estar, según la

Notas de autor:

^a Autor de correspondencia. Correo electrónico: fjurbina@uc.cl

expresión de JOHN FINNIS, “en buena forma”². Estas condiciones son los llamados *desiderata* o “deseables” del Estado de Derecho.

Uno de estos *desiderata* es la claridad. Las reglas jurídicas deben ser claras, si el derecho ha de ordenar la conducta humana. Como ha argumentado recientemente PAUL YOWELL, la claridad tiene una importancia estratégica y central en la constelación de los *desiderata*³. Con todo, el tratamiento que hace FULLER del *desideratum* de la claridad es ambiguo y excesivamente breve. En este trabajo, queremos analizarlo y explicitar sus partes constitutivas. Argumentaremos que la claridad comprende dos exigencias distintas, las cuales, pese a estar esbozadas en el tratamiento que hace FULLER, no están adecuadamente distinguidas. Por un lado, la claridad exige que las reglas sean inteligibles. Por otro, que sean específicas. La primera exigencia es la más considerada por FULLER al hablar de claridad, y es relativamente fácil de comprender. La segunda necesita una elaboración más detallada. En este trabajo, provereemos esa elaboración, justificaremos la exigencia de la especificidad y mostraremos sus importantes consecuencias. Argumentaremos que la especificidad de las reglas requiere, para que la exigencia de la claridad pueda ser realizada, que estas sean múltiples y diferenciadas.

Comprender esto es relevante tanto teórica como prácticamente. En términos teóricos, la claridad como especificidad tiene un enorme potencial explicativo, pues ilumina un atributo característico de los ordenamientos jurídicos que, al ser observado, se hace patente tanto al especialista como al lego. El derecho aparece como un cuerpo normativo relativamente intrincado, articulado mediante una serie de reglas más o menos específicas, múltiples y diferenciadas para cada área de la vida social. Como veremos, esta característica evidente no puede ser explicada por los demás *desiderata*, sino solo por una versión elaborada del *desideratum* de claridad como especificidad. En términos prácticos, cada *desideratum*, como apunta FULLER, ayuda a comprender y está orientado a dar una solución a las deficiencias que una regla o una parte del ordenamiento jurídico pueden tener. En efecto, cada uno se corresponde con una forma de fracasar en el intento de ordenar la conducta humana. En el caso del *desideratum* de la claridad, la claridad como especificidad ilumina una deficiencia distinta de aquellas relacionadas con otros *desiderata* u otras dimensiones del *desideratum* de la claridad. Por lo tanto, la mejor comprensión de la dimensión que aquí elaboraremos permite prevenir un vicio relevante. Los vicios en cuestión son la excesiva vaguedad, la generalidad y la indiferenciación de las normas jurídicas. Comprender esto es relevante, en particular hoy, cuando la idea de un derecho estructurado sobre la base de prescripciones vagas y de alcance muy general goza de cierta popularidad en algunas corrientes contemporáneas. Por dar un ejemplo, ciertas versiones del llamado “neoconstitucionalismo” parecen apelar a una forma jurídica de este tipo⁴.

El argumento se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, explicaremos los aspectos centrales de la teoría del Estado de Derecho de FULLER y, en particular, su influyente concepción de los *desiderata* del Estado de Derecho. A continuación, explicaremos y justificaremos el aspecto del *desideratum* de la claridad que nos interesa analizar: la claridad como especificidad. Luego, mostraremos las implicancias que tiene este *desideratum* para la comprensión de las características del derecho en los sistemas jurídicos desarrollados y de sus posibles deficiencias.

La teoría de los *desiderata* y la moral interna del Derecho

La importante contribución de LON L. FULLER a la teoría del derecho de las últimas décadas y, en particular, a la comprensión de la idea de Estado de Derecho, parte de un postulado central. Ese postulado consiste en su concepción del Derecho. FULLER sostiene que el derecho es mejor comprendido como una actividad, y consistiría en “la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de las reglas”⁵. Ahora bien, como actividad, requiere un esfuerzo continuo en el cual se puede fracasar. Si el fin del derecho es ordenar la conducta sobre la base de reglas⁶, esas reglas deben ser creadas y administradas de una determinada

manera. FULLER identifica ocho formas de fracaso que se corresponden con ocho formas de “excelencia jurídica”: los *desiderata*⁷. Estos ocho tipos de excelencia son las condiciones que cualquier sistema jurídico debe cumplir, si quiere ser capaz de ordenar la conducta humana. Así, será necesario que (i) hayan reglas jurídicas (*generalidad*); (ii) conocidas y publicitadas (*promulgación*); (iii) que, en general, operen hacia el futuro (*prospectivas*); (iv) que sean entendibles (*claridad*); (v) coherentes entre sí (*no contradictorias*); (vi) que exijan conductas cuyo cumplimiento esté dentro de las capacidades humanas (*que no exijan lo imposible*); (vii) que no cambien tan frecuentemente como para que el ciudadano no pueda guiar su acción conforme a ellas (*estabilidad o constancia durante el tiempo*); (viii) y que no haya discrepancias entre la administración de esas reglas y su formulación (*congruencia entre la regla declarada y la conducta de los funcionarios que la aplican*). La tesis de que hay ciertas exigencias formales necesarias para que un sistema jurídico pueda operar adecuadamente, que FULLER tiene el mérito de haber sistematizado comprensivamente, ha sido ampliamente aceptada por la literatura iusfilosófica contemporánea⁸. Así, prominentes filósofos del derecho la han incorporado en sus teorías y desarrollado. Ejemplos notorios de ello son JOSEPH RAZ⁹, JOHN FINNIS¹⁰ y JOHN RAWLS¹¹.

Un fracaso total en *cualquiera* de los ocho *desiderata* hace que ese sistema normativo no pueda siquiera merecer el nombre de tal. Fracasaría completamente en ordenar la conducta humana. Así, por ejemplo, un sistema en que todas las reglas son secretas no puede guiar la conducta, pues para hacerlo estas deben ser al menos conocidas por sus destinatarios. Pero el sistema de reglas también puede ser deficiente, debido a un fracaso parcial en la realización de alguno de los *desiderata*. En este caso, será poco apto para ordenar la conducta, o menos de lo que sería deseable si el derecho quiere cumplir sus fines¹².

Ahora bien, para FULLER, tematizar los *desiderata* no es solo una manera de analizar ciertas formas de excelencia de un sistema normativo sino también, y muy centralmente, de identificar, explicar y desarrollar posibles deficiencias. Es esto último lo que más le interesa¹³. Así, ambas cosas van relacionadas en su pensamiento: los *desiderata* son formas de excelencia de un sistema de reglas que precaven ciertas deficiencias específicas que podrían hacerlo deficiente o patológico. En otras palabras, la forma de excelencia en que consiste cada *desideratum* tiene su correlato en una deficiencia que la satisfacción suficiente de ese *desideratum* en un sistema jurídico remedia o evita.

La claridad como especificidad

Si bien FULLER afirma que el desideratum de la claridad “es uno de los ingredientes esenciales de la legalidad”¹⁴ y critica la poca atención que se le ha prestado en la literatura especializada¹⁵, su tratamiento del *desideratum* es breve, más bien exploratorio, y ambiguo. Fiel a su método, pretende tematizar las deficiencias asociadas a la no satisfacción del *desideratum* de la claridad. Sin embargo, aborda el tema oblicuamente, por vía de analizar, en la mayor parte de esa breve sección de su *The Morality of Law*, la cuestión de si el legislador puede “infringir la legalidad” de alguna manera¹⁶. FULLER argumenta que es evidente que sí, pues “es obvio que una legislación *oscura e incoherente* puede hacer que la legalidad sea inalcanzable para cualquiera, o al menos inalcanzable sin una revisión de dicha legislación que a su vez no está autorizada, lo cual también menoscaba la legalidad”¹⁷. En este sentido, el legislador tiene una “responsabilidad de respetar las exigencias de la moral interna del derecho”¹⁸. Sin embargo, esto no significa que las reglas no puedan contener términos vagos como “buena fe” o “cuidado debido”. El asunto depende de si las circunstancias otorgan a la vaguedad de estos términos un “significado definido”, una mayor precisión y determinación. Así, en ciertos ámbitos se puede haber formado una práctica robusta en torno a cierta conducta, de modo tal que sea claro (“de sentido común”) lo que ella implica en ese ámbito¹⁹. La preocupación, entonces, es más acotada: “infringir la legalidad” se puede dar por un uso confiado de estos estándares, sin prestar atención a si existen

las condiciones suficientes para guiar la acción “fuera de los salones legislativos”, o para que, en el tiempo, los tribunales (ordinarios o “administrativos especiales”) sean capaces de darles la especificidad requerida a estos estándares²⁰.

Como se ve, al tratar el *desideratum* de la claridad, FULLER no desarrolla explícitamente ni su contenido ni la patología que intenta remediar. ¿Qué exige este *desideratum* y qué deficiencia evita? La primera respuesta que se podría dar es la más evidente, y es consistente con lo primero que afirma, amén de ser congruente con el significado natural de la palabra claridad: la claridad consiste en evitar que las reglas sean “oscuras o incoherentes”. Dicho en términos positivos, la claridad exige que las reglas sean inteligibles. De este modo, una regla no sería clara cuando su inteligencia fuera imposible, difícil o incierta.

Así, la claridad que exige este *desideratum* puede ser entendida como *inteligibilidad* —un término que FULLER utiliza poco pero que captura bien el espíritu de su exposición—. FULLER se refiere a la claridad como una exigencia de inteligibilidad tanto al dar la primera explicación indirecta de este *desideratum* vista en el párrafo anterior, como en otras ocasiones²¹. Otros teóricos han entendido esta exigencia en los mismos términos. Por ejemplo, el mismo HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, en su discusión de las tesis de FULLER, también se refiere a la necesidad de que las reglas satisfagan la condición de ser “inteligibles”²².

Pero junto con esta forma de entender la claridad aparece una segunda que, si bien es mencionada al pasar, su importancia nos parece fundamental. Esta es la claridad como especificidad. La *claridad como especificidad* apunta a que las reglas sean suficientemente determinadas como para poder efectivamente ordenar la conducta humana. Esto está implícito en la preocupación de FULLER por el uso de términos excesivamente vagos en la legislación, tales como “buena fe” o “cuidado debido”. Como indicamos, para FULLER, dichas cláusulas serían compatibles con la moral interna del derecho en la medida en que en el contexto den suficiente guía (por ejemplo, si estas cláusulas remiten a una práctica que les da suficiente determinación, o si los órganos a cargo de aplicar e interpretar esas reglas posteriormente especifican lo que ellas requieren). Sin un contexto tal, una regla excesivamente vaga o abstracta puede, por esa razón, fracasar en ordenar la conducta humana. Por ejemplo, una regla que ordenara a los ciudadanos que generen rentas “pagar impuestos proporcionados en el momento adecuado” no es capaz de ordenar la conducta en relación con la materia que regula, es decir, en cuanto a la cantidad de impuestos que deben pagar ciertos ciudadanos y la fecha en que deben hacerlo. Así, en la medida en que una regla esté expresada mediante términos excesivamente vagos y no reciba mayor determinación del contexto en que son utilizados o regulan tales términos, habrá una deficiencia desde la perspectiva de la moral interna del derecho.

Aun cuando no está formulado explícitamente en el tratamiento que FULLER hace del *desideratum* de la claridad, sus alusiones al uso de términos vagos mencionadas arriba y a la necesidad de que estos, por una u otra vía, tengan un “significado definido”, parece sugerir una exigencia de especificidad. Asimismo, en otro pasaje equipara la vaguedad con la existencia de normas contradictorias. En efecto, reprocha a ciertos autores poner un énfasis exclusivo en la coherencia del ordenamiento jurídico, y descuidar los demás *desiderata*, y se pregunta: “[¿]ué razón puede haber para tener preferencia alguna por un sistema jurídico lleno de contradicciones y uno en que las reglas sean tan vagas que sea imposible saber si se contradicen o no unas a otras?”²³. Este pasaje es relevante para nuestros efectos. Contiene una equivalencia entre dos formas de fracasar en un sistema de reglas: la primera, asociada a uno de los *desiderata* explícitamente mencionados anteriormente por FULLER —que no haya reglas contradictorias—, que habría sido la preocupación exclusiva de algunos autores. La segunda, en cambio, no es desarrollada por FULLER ni se la menciona explícitamente como uno de los *desiderata*, pero el pasaje citado lo trata como tal: un *desideratum* cuya no realización también implica una dimensión en la que un sistema de reglas podría fracasar. Esta exigencia, que no desarrolla ni trata sino de forma oblicua, es lo que aquí denominamos *claridad como especificidad*.

De nuevo, y tal como FULLER insiste, la preocupación al pensar los *desiderata* no es pensar en un ideal de realización máxima, en este caso, en un ideal de especificidad que delimitara todos los contornos y características de una acción determinada. Esto sería contrario a otro *desideratum*: el de generalidad. Por

lo demás, se ha dicho bastante en la literatura iusfilosófica sobre la imposibilidad de regular mediante el derecho con total precisión una conducta determinada. En el decir de HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, las reglas siempre poseen una textura abierta heredada del lenguaje natural del que se sirven y, como apunta TIMOTHY A. O. ENDICOTT, algo de vaguedad es inevitable²⁴. Pero a FULLER no le interesa la realización máxima pensable, sino la satisfacción en grado suficiente como para que el derecho pueda ordenar la conducta humana y, muy particularmente, las deficiencias que podrían tener lugar. En este sentido, la deficiencia asociada al *desideratum* de claridad como especificidad es la excesiva vaguedad y abstracción de las reglas. Así el *desideratum* puede ser satisfecho mediante reglas, es decir, prescripciones que sean generales (y no *ad hoc*; no estén referidas a una persona en una acción o elección concreta, satisfaciendo el primer *desideratum*) pero que determinen con cierta precisión un curso de acción.

En las secciones siguientes nos interesa aportar a la teoría de los *desiderata* del Estado de Derecho una elaboración de la claridad como especificidad. Esta exigencia requiere ser justificada, analizada y sus implicancias deben ser explicitadas. La razón de esa atención especial a este aspecto del *desideratum* de la claridad se encuentra no solo en la poca atención que los autores (y en particular el mismo FULLER)²⁵ le han prestado, sino también en su complejidad y relevancia. En efecto, iluminar este asunto permite entender mejor una patología de los sistemas jurídicos que no se explica por referencia a los demás *desiderata* (u otros aspectos del *desideratum* de la claridad). Asimismo, permite dar razón de por qué el derecho se presenta con ciertas características que tampoco pueden ser explicadas exclusivamente por referencia a los demás *desiderata*. De ello daremos cuenta a continuación.

Especificidad

La justificación del *desideratum* de la claridad como especificidad, al igual que la de todos los *desiderata*, se halla en la pretensión de ordenar la conducta humana mediante reglas. El derecho gobierna extensas áreas de la actividad humana, y ordenarla efectivamente exige la capacidad de someterla a cursos de acción relativamente específicos. Esto por cuanto son esos cursos de acción los que, por lo general, constituyen una ordenación que satisface los objetivos que el derecho quiere alcanzar en los distintos ámbitos que aborda: ordenar es disponer de manera adecuada a un fin²⁶. Esto no se podría lograr mediante prescripciones que no detallaran suficientemente esos cursos de acción en las múltiples situaciones en que no es esperable que la conducta humana se ajuste espontáneamente al tipo de conducta deseado.

Así, por ejemplo, el buen desempeño del tráfico motorizado exige que las acciones y decisiones de las personas que conducen vehículos motorizados estén coordinadas. El derecho intenta ordenar la conducta humana en esta área al proveer un medio para esa coordinación: las normas del tránsito. Ahora bien, ello envuelve situaciones de decisión bastante acotadas. Por ejemplo, en un cruce en que no hay semáforo, ¿quién tiene la prioridad? Aquí hay una situación de decisión. Una persona que se acerca a un cruce y ve que alguien viene por la otra avenida, debe decidir si se detiene y le da la preferencia o no; y lo mismo debe resolver el otro conductor. Ambos deben coordinar su conducta para salir indemnes de la situación (evitar un accidente automovilístico) y disminuir otros costos lo más posible (por ejemplo, el tiempo en que incurrirían si ambos detuvieran sus vehículos esperando que el otro pasara y, luego, mediante señas, llegaran a un acuerdo sobre quién será el primero en cruzar). Tan solo en materias de tránsito se presentan una infinidad de situaciones similares: ¿por qué lado de la calzada se debe circular? Si hay un semáforo ¿qué luz indica que se puede seguir, y con qué luz el vehículo se debe detener? ¿En qué lugares se puede estacionar? No hay razón para cobijar expectativa alguna de que se generará un orden espontáneo respecto de estas y otras materias. Por ejemplo, no hay algo así como una forma natural y obvia, previo a la determinación de la norma del tránsito específica, de asignar la preferencia en el paso en un cruce.

Lo relevante aquí, entonces, es que estas situaciones de decisión son bastante específicas, referidas a un tipo de decisión y a un contexto muy acotado, y que, para la adecuada coordinación de la deliberación y acción en esas situaciones por medio de reglas, se requiere que ellas sean también relativamente específicas. Si el derecho ha de ordenar la conducta humana en estos contextos debe ser capaz de proveer guía específica. Volviendo al ejemplo, no basta con un principio general que establezca que se debe conducir de manera razonable, y ni siquiera con un principio que establezca que en un cruce de caminos se debe dar la preferencia a otro cuando ello es lo más conveniente para la fluidez del tráfico motorizado. Se requiere, en este caso, de reglas específicas.

La suficiente especificidad de las reglas es, entonces, una exigencia que debe satisfacer el derecho, si ha de ser capaz de ordenar la conducta humana sobre la base de reglas. Esta exigencia aplica a todos los contextos en que la adecuada coordinación en una situación de elección y acción necesita de conductas específicas que es improbable que sean adoptadas espontáneamente —sea sin dirección jurídica alguna, sea únicamente mediante la dirección más general de, por ejemplo, principios abiertos o muy generales—. Por cierto, esto no exige que *todas* las reglas sean específicas, sino más bien que haya suficientes reglas específicas como para orientar suficientemente la acción humana²⁷.

Además de razones de coordinación, la claridad como especificidad se puede justificar de otros dos modos: por su capacidad de servir como guía epistémica y por su capacidad de producir límites a la discreción. Explicaremos ambas a continuación.

Gran parte de las reglas intentan dar expresión jurídica a exigencias morales (en el sentido de “moral externa” del derecho, en la terminología de FULLER), de tal forma que, al observar lo que la regla ordena, se realice esa exigencia moral. Así, el derecho opera en una infinidad de casos en los que hay soluciones moralmente superiores a otras y en los que lo razonable sería obrar de una manera alerta a, y consistente con, las diversas consideraciones moralmente relevantes en juego. Sin embargo, del hecho de que en estos casos haya alternativas superiores y exigencias morales suprapositivas en juego, no se sigue que cualquier persona en cualquier contexto pueda razonar correctamente considerando adecuadamente dichas exigencias²⁸. Esta es la principal razón por la cual, aun cuando una elección esté racionalmente determinada —y aun cuando, teniendo en cuenta todas las consideraciones prácticas (morales, prudenciales, etc.) relevantes, existe *una sola* alternativa que es razonable adoptar—, se hace muchas veces necesario que haya dirección jurídica precisa²⁹. En esto, el derecho cumple una función epistémica crucial. Por eso, se ha afirmado que tiene el potencial de guiar la deliberación, al expresar tanto el conjunto de consideraciones prácticas relevantes en un tipo de caso, como su adecuada relación, de manera de hacer probable que estas sean tomadas en cuenta y sopesadas correctamente por quien siga la guía del derecho. El derecho “descargaría” a quienes están sujetos a él de tener que deliberar directamente sobre la moralidad, justicia, conveniencia, etc., de un curso de acción, pues pueden en muchos casos contentarse con velar por su conformidad a derecho (y, quizás, que no constituya una injusticia o arbitrariedad manifiesta)³⁰.

Un ejemplo, entre muchos, es el tratamiento del tipo subjetivo (en jurisdicciones de derecho civil) o *mens rea* (en jurisdicciones del *common law*). Lo que subyace a estas categorías es la preocupación por distinguir los niveles de intencionalidad con que se realiza un crimen o delito, bajo el supuesto de que es justo castigar de manera más severa a quien realiza una conducta ilícita con intención directa que a quienes tienen un compromiso menor con esta conducta (como sería el caso de quien, por ejemplo, realiza la conducta típica sin la intención directa de hacerlo, sino más bien como una consecuencia necesaria o probable de un curso de acción que sí intenta y elige). Si este supuesto de justicia es correcto, entonces habría que distinguir entre los tipos de intencionalidad. El tratamiento del tipo subjetivo o del *mens rea* es una forma en que el derecho les da expresión jurídica a estas distinciones. Al hacerlo, puede guiar la deliberación práctica de quienes operan con él, al iluminar ciertas consideraciones relevantes que distan de ser obvias o fáciles de expresar. En ese sentido, el derecho realiza una importante contribución epistémica a quienes operan con él³¹.

Desde esta perspectiva, la precisión de las reglas jurídicas es una condición necesaria para guiar adecuadamente la deliberación de quienes operan con el derecho. Esta precisión está orientada a dar guía suficiente de forma tal de ser una ayuda epistémica que haga probable que la complejidad de los casos sea abordada apropiadamente. Si las complejas y precisas categorías jurídicas del Derecho Penal que aplican al homicidio se redujeran al simple mandato de, por ejemplo, “castigar proporcionalmente aquello que razonablemente puede ser entendido como homicidio, cuando corresponda”, tal área del derecho ofrecería una guía epistémica casi nula. En lugar de ello, el Derecho Penal trata una serie de temas de forma precisa (niveles de participación, intencionalidad de la conducta, caracterizaciones de conductas ilícitas, tipos de sanciones coordinadas con la gravedad de distintos delitos, etc.), ejemplificando la necesaria especificidad de las reglas jurídicas para otorgar guía epistémica relevante y, de este modo, ordenar adecuadamente la conducta humana³².

Finalmente, hay una tercera razón que justifica el *desideratum* de claridad como especificidad: poner límite a la discreción. Hay situaciones de decisión en que no es deseable que quien directamente decide sobre un asunto tenga alguna forma de discreción. En estos casos puede ser preferible que haya una determinación jurídica-positiva anterior³³. Así, por ejemplo, aun considerando todas las razones prácticas (morales y prudenciales) relevantes, probablemente no se podría indicar una edad mínima exacta para ser Presidente de la República, a partir de la cual esas razones estén satisfechas, pero antes no. Si la razón para una edad mínima es asegurar un cierto nivel de experiencia y madurez, hay un rango de edades en que podemos pensar que estas condiciones se pueden cumplir. Sabemos que a los 12 años muy probablemente no se cumplirían y que a los 70 años probablemente ya se cumplieron hace un tiempo. El límite podría estar en los 30 años (que es donde está en algunos países) tan bien como podría estar en los 35 (como en otros), 31, 34, etc. Y, sin embargo, no es deseable que este asunto quede jurídicamente indeterminado para que sea decidido por el servicio electoral o por los mismos partidos políticos al momento de hacer las inscripciones. Esto se podría prestar para abusos o dar pie a reyertas innecesarias. Que el hecho de otorgar discreción en la decisión traiga costos, que la decisión misma esté subdeterminada por la razón y que, en términos sustantivos, no queda peor determinado por una norma que zanje el asunto antes de que se presente, son buenas razones para contar con una determinación jurídica de este. Esto, nuevamente, también requiere de reglas precisas, pues aquí se trata de determinar un curso de acción o decisión para un asunto específico —determinación que solo se puede lograr mediante reglas específicas—. Una norma que estableciera que “las autoridades deberán tener la edad mínima que asegure cierta madurez y experiencia indispensables para desempeñar el cargo” es incapaz de determinar el asunto en la forma requerida. Por el contrario, una norma que expresara que “la edad mínima para ser Presidente de la República son 35 años al día de asumir el cargo” sí lo es³⁴.

Lo argumentado en esta sección nos permite dar cuenta de tres modelos para justificar el *desideratum* de claridad como especificidad: el modelo de la coordinación, el modelo epistémico y el modelo del control de la discreción. De acuerdo a este esquema, entonces, podemos sintetizar lo hasta ahora expuesto. La exigencia de cierta especificidad de las reglas jurídicas se justifica, primero, en la necesidad de coordinación, pues ellas deben tener la especificidad suficiente para poder coordinar efectivamente ciertas conductas humanas. Segundo, en la necesidad de proveer guía epistémica a la deliberación y decisión de ciertas personas y organismos (particularmente de quienes operan con el derecho) de forma de hacer probable que tomen en cuenta todas las consideraciones relevantes y las sopesen adecuadamente. Y también se justifica, por último, en la necesidad de controlar la discreción.

No hay incompatibilidad entre los tres modelos. En muchas ocasiones, los tres modelos operan conjuntamente. En una regulación concreta se puede requerir de cierta especificidad tanto por razones de coordinación, epistémicas y de límite a la discreción, al mismo tiempo. Así, de alguna manera, todo el derecho, por ser autoritativo, limita la discreción: al ordenar la conducta en torno a cierto curso de acción o deliberación (para los efectos de coordinar la conducta o de guiar la deliberación) excluye otras conductas incompatibles con ese curso de acción y deliberación³⁵. La dimensión epistémica, por su parte, también permea todo

el derecho, en cuanto este pretende ordenar la conducta humana no mediante estímulos o manipulación, sino guiarla genuinamente haciendo explícito el orden que desea implementar³⁶. Así, el derecho tiene el potencial de coordinar la conducta humana o de limitar la discreción en cierta área de la vida social al ordenar la deliberación de aquellos cuya conducta el derecho pretende coordinar o limitar. Y el derecho puede realizar esto mediante la expresión (en diversos grados de abstracción y complejidad) de las consideraciones morales y prudenciales relevantes y su adecuada relación (incluyendo consideraciones relativas al valor de contar con una decisión autoritativa para cierta situación de decisión), mediante reglas jurídicas —reglas que disciplinan el razonamiento práctico de quienes están sujetas a ellas y de quienes las aplican—. Asimismo, la dimensión de coordinación aparece incluso cuando lo más relevante o notorio son las otras dimensiones. Así, por ejemplo, cuando el derecho busca ofrecer guía epistémica, también típicamente busca coordinar a distintos agentes en torno a cierta forma de deliberación. Así, es relevante no solo que un tribunal penal decida y delibere correctamente (y exprese esa deliberación en la sentencia), sino también que todos los tribunales penales de una jurisdicción determinada deliberen y decidan de manera similar, de tal forma que distintas personas juzgadas por un mismo tipo de hecho por distintos tribunales reciban un trato equivalente³⁷. Para lo primero, el derecho provee de guía epistémica; para lo segundo, que es esencialmente un problema de coordinación, el derecho provee una alternativa prominente (*salient*) que sirve de guía en torno a qué curso de acción deben adoptar los distintos agentes para converger en una forma de decisión común. Lo mismo aplica en situaciones en que lo central parece ser el control de la discrecionalidad, en las que típicamente se espera no solo que cierta autoridad respete una decisión autoritativa del derecho, sino también que otras partes vinculadas con el asunto consideren esa decisión como autoritativa, para coordinar la acción de todos (autoridad, partes). En este sentido, por ejemplo, tanto candidatos como partidos políticos, como también el servicio electoral, coordinan su acción en torno al mínimo de edad para cierto cargo (unos no postulándose hasta cumplir esa edad, otros no presentando candidatos que no la cumplen —y excluyendo a quienes no lo hacen de la nómina de alternativas en la deliberación interna del partido sobre los candidatos— y la autoridad correspondiente fiscalizando el cumplimiento del requisito de edad y sancionando su no cumplimiento). Por cierto, la conformidad o disconformidad con la guía jurídica o con la limitación de la discreción ofrecida por el derecho típicamente generan consecuencias jurídicas que requieren de altos niveles de coordinación. Por ejemplo, si el servicio electoral admite un candidato que no cumple con el requisito de edad, o si el tribunal juzga un homicidio sin considerar las reglas relevantes, eso exige la reacción coordinada de una serie de otros actores (tribunales, abogados, policías, funcionarios electorales, etc.). Parte importante de esta relación coordinada será la convergencia de los diversos actores en torno a catalogar cierta conducta como “irregular” o “infracción”, lo cual no sería posible sin una ordenación del ámbito de actividad del que se trate por el derecho, el cual provee un estándar del que la conducta infractora se aparta.

Multiplicidad

Hemos argumentado que el hecho de que las reglas jurídicas sean específicas es una condición necesaria para que ellas puedan ordenar la conducta humana, cumpliendo, en la comprensión de FULLER, con el sentido de la empresa en la que consiste el derecho. Un aspecto importante de la especificidad son sus implicancias sistémicas. Un sistema de reglas específicas debe ir acompañado de dos características. Estas dos características adicionales se comprenden mejor cuando miramos no a la regla en sí misma, sino al cuerpo general de normas que componen un sistema jurídico. Las reglas deben ser múltiples, por un lado, y diferenciadas entre ellas, por otro. Dedicaremos los siguientes dos apartados a justificar esta afirmación y a explicarlas.

El derecho pretende regular la conducta humana en una multiplicidad de contextos (diversos crímenes, múltiples relaciones de consumo, variadas situaciones de ejercicio de potestades públicas, diversas etapas de procesos seguidos en tribunales, entre muchos otros). Si las reglas han de ser específicas, entonces las reglas

serán específicas a cada contexto. De la multiplicidad de contextos que el derecho ha de abarcar, y de la necesidad de reglas específicas a contextos específicos, se sigue que el derecho requerirá de múltiples reglas específicas para los múltiples contextos que aborda.

En este sentido, la multiplicidad se sigue de la especificidad, considerada junto al supuesto de que el derecho abarca un amplio abanico de situaciones y áreas de la vida social. El asunto es, en gran medida, cuantitativo. Se necesitan muchas reglas para regular las muchas situaciones que aborda el derecho. Y tal es la situación de los sistemas jurídicos desarrollados, que contienen típicamente una cantidad enorme de reglas. El *desideratum* de la claridad como especificidad y la característica de multiplicidad que se sigue de él, dan razón de este fenómeno, como se detallará más adelante. Así, debe haber reglas en un número tal que sea posible afirmar que el derecho objetivo positivo —el conjunto de reglas que operan en los distintos ámbitos de la vida social— es capaz de dar guía específica suficiente como para ordenar la conducta humana en la multiplicidad de situaciones en que aplica el derecho.

Diferenciación

Si las reglas deben ser específicas para cada tipo de situación, y los tipos de situaciones son distintos entre sí, entonces, las reglas jurídicas deben ser diferenciadas. Las reglas jurídicas que fijamos para abordar el problema del homicidio, por ejemplo, no son las mismas que las que establecemos para determinar la validez de un contrato. Así, la diferenciación de las reglas se explica por referencia a su especificidad.

Esta explicación se puede desarrollar más desde el modelo epistémico. En efecto, dado que las consideraciones prácticas (morales, prudenciales relevantes para cada tipo de situación son diferentes, es esperable que las reglas que expresen esas consideraciones y la adecuada relación entre ellas, sean distintas para las diferentes situaciones. Solo en un alto nivel de abstracción encontraríamos consideraciones aplicables a una gran variedad y diversidad de asuntos (“obrar de buena fe”, “no atentar contra el derecho de otro”). Pero consideraciones de tal nivel de abstracción otorgan escasa información sobre cómo actuar en situaciones concretas.

*

Al descomprimir y elaborar el tratamiento de FULLER sobre la exigencia de la claridad, hemos expuesto que ello no solo implica que las reglas sean inteligibles, sino que, además, deben ser específicas. Pero la especificidad de las reglas, como hemos argumentado, viene acompañada de otras dos características. Ellas también deben ser *múltiples* para poder ordenar la conducta humana en los diversos ámbitos que abarca el derecho. Y, por último, esas reglas precisas y de amplio número deben ser *variadas, diferenciadas*, para ser *sensibles* a las diversas consideraciones morales y prudenciales relevantes en los diversos contextos. Bajo este esquema, entonces, sin reglas específicas, múltiples y diferenciadas, el derecho no satisface el *desideratum* de la claridad.

Claridad como especificidad: algunas consecuencias

En la sección anterior, ofrecimos una justificación de una exigencia de especificidad como parte de los *desiderata* del Estado de Derecho, es decir, como una condición para que los ordenamientos jurídicos puedan ordenar adecuadamente la conducta humana sobre la base de reglas. Nuestra exposición del *desideratum* de claridad como especificidad también permitió ilustrar dos consecuencias sistémicas de este *desideratum*: la multiplicidad de las reglas y su diversidad. El carácter sistémico de estas exigencias se sigue de la especificidad, así como de la concepción general que tiene FULLER del derecho, entendido como la empresa o actividad de ordenar la conducta humana sobre la base de reglas. Así, si cada *desideratum* implica una condición o exigencia de la excelencia de un ordenamiento jurídico, la claridad como especificidad aparece como un

desideratum complejo, pues implica distintas condiciones íntimamente relacionadas entre sí. Las condiciones que este *desideratum* identifica como “deseables” serían: que en un determinado ordenamiento haya reglas suficientemente específicas para guiar la conducta y poder ordenarla; que haya múltiples reglas, es decir, reglas en cantidad suficiente como para ordenar la conducta humana en la multiplicidad de ámbitos y situaciones que aborda el derecho; y que estas reglas sean diversas, para establecer un orden específico a cada ámbito, sensible a las distintas exigencias de la razón práctica que rigen en distintos contextos.

Este *desideratum* complejo tiene al menos dos importantes consecuencias que conviene destacar. La primera, común a los distintos *desiderata*, constituye una de las preocupaciones centrales de FULLER: cada *desideratum* expresa también una posible deficiencia de un orden jurídico. Para el funcionamiento adecuado del derecho es importante conocer las posibles deficiencias, diagnosticarlas correctamente e intentar evitarlas. La claridad como especificidad tematiza una deficiencia de las reglas (vaguedad) y, en cuanto *desideratum* complejo, otras dos (generalidad e indiferenciación), para otorgar así una idea global de las deficiencias de una forma de regular la conducta humana. La deficiencia central que puede tener una regla a la que apunta el *desideratum* de claridad como especificidad es su excesiva vaguedad. Mientras la primera explicación del *desideratum* de claridad que da FULLER parece precaver contra problemas como la incoherencia y oscuridad, al iluminar la exigencia de claridad como especificidad se hace manifiesto que las deficiencias en términos de claridad no se agotan en problemas de inteligibilidad de las reglas, sino que también se presentan bajo la forma de la excesiva vaguedad. En ambos casos, los destinatarios de las reglas no pueden desprender de ellas cómo ordenar su conducta: en un caso, porque es incomprensible; en otro, por no indicar con la precisión suficiente la ordenación de la conducta deseada. Es relevante entonces tener presente la dimensión de la claridad como especificidad, toda vez que ilustra una deficiencia adicional, no capturada por la claridad como inteligibilidad.

Asimismo, las exigencias sistémicas asociadas a la claridad como especificidad reflejan otras dos deficiencias: la falta de cantidad de reglas suficientes como para ordenar el amplio espectro de conductas humanas que el derecho desea regular, y su falta de diferenciación. Ambas deficiencias son relevantes, pues, junto con la deficiencia de la vaguedad de las reglas, dan una visión de conjunto de un potencial sistema de reglas fallido. Un sistema tal estaría constituido exclusivamente por un puñado de reglas generales y vagas (o principios, si se quiere³⁸), que aplican a distintas áreas de la conducta humana. De tal modo, será incapaz de ordenar adecuadamente la conducta humana sobre la base del derecho. Será incapaz de coordinar, guiar y limitar la discreción en grado suficiente y al nivel de complejidad en que el derecho usualmente opera.

Nada de esto implica, por cierto, que no pueda haber algo así como “principios generales del derecho”. De hecho, en muchos casos, estos principios colaboran con el *desideratum* de la claridad, tanto al facilitar la comprensión de las reglas (es decir, al hacerlas más inteligibles) como al guiar en el proceso interpretativo (es decir, dando en la práctica mayor especificidad a la regla al justificar una interpretación en desmedro de otras textualmente aceptables). El punto es simplemente que, para guiar la conducta humana sobre la base de reglas, es necesario que haya una cantidad suficiente de reglas específicas (sean específicas por su formulación en las fuentes normativas que las expresan, o por la especificidad que les da su contexto normativo [por ejemplo, la interacción con otras reglas o incluso principios generales] o factual [por ejemplo, la existencia de una costumbre robusta]³⁹). Si por sobre estas reglas hay principios que colaboran en guiar la conducta humana, eso no es problemático desde esta perspectiva. Pero si solo hay principios generales, formulados de forma vaga, que aplican a distintas áreas de la vida social pero respecto de los cuales nunca es claro qué exigen específicamente en cada ámbito o situación, entonces el derecho no podrá en realidad ordenar la conducta humana.

La segunda consecuencia es teórica. El *desideratum* de claridad como especificidad tiene un notable poder descriptivo. Como *desideratum* complejo que incluye exigencias sistemáticas de multiplicidad y diferenciación de las reglas, puede dar cuenta de ciertos aspectos característicos de los ordenamientos jurídicos desarrollados. En efecto, los ordenamientos jurídicos aparecen como cuerpos de alta complejidad, compuestos por una enorme cantidad de reglas, las que están remitidas a áreas y situaciones específicas (v. gr., las normas

del tránsito, reglas para obtención del permiso de conducir, cruce de caminos o límites de velocidad), y son distintas para distintas áreas. Esta característica o fisonomía que presentan los sistemas jurídicos complejos no puede ser explicada por referencia a los demás *desiderata*, sino fundamentalmente por el *desideratum* complejo de la claridad como especificidad, y sus exigencias de multiplicidad y diferenciación.

Así, la multiplicidad y diferenciación de las reglas jurídicas permite comprender, por ejemplo, la organización del derecho en distintos departamentos, como derecho procesal, civil, constitucional, comercial, penal... Los departamentos están orientados a diversas áreas del comportamiento humano en las cuales, muchas veces, las consideraciones relevantes son específicas a esa área y distintas de otras. Dado que las reglas son múltiples, están referidas a áreas y situaciones específicas, y son distintas para distintas situaciones y áreas, para la ciencia jurídica tiene sentido organizar la pluralidad de reglas en departamentos diferentes. Las reglas que constituyen cada departamento son distintas, pues ellas expresan las distintas consideraciones morales y prudenciales que son relevantes, o que aplican de distinta forma para diferentes áreas de la vida social. Por otro lado, las reglas que aplican a una misma área comúnmente están relacionadas —aplican a un mismo tipo de situación, de similar forma, y ciertas consideraciones son relevantes para toda o gran parte de esa área—y por tanto, tiene sentido presentarlas y organizarlas de modo de hacer patentes estas relaciones. Asimismo, agrupar las reglas que aplican a cierta área en departamentos del derecho facilita que los sujetos del derecho puedan saber cuál es el derecho aplicable en esa área. En ese sentido, esta diversidad de departamentos es útil como forma de organizar la pluralidad y diferencia de las reglas⁴⁰.

Conclusión

Crear y administrar un sistema jurídico es una empresa riesgosa. Por ello es relevante tener presente e identificados los vicios en que los distintos órganos que crean, mantienen, y modifican un sistema de reglas pueden incurrir. El escueto tratamiento de FULLER de la claridad como especificidad, así como la escasa atención académica que se ha prestado a este *desideratum*, han generado un vacío en la teoría de los *desiderata*. En efecto, bajo el solo espectro de la claridad como *inteligibilidad* no reciben consideración vicios tan relevantes como la excesiva vaguedad, generalidad e indiferenciación de las normas jurídicas. Ellos, en cambio, son iluminados al tratar la exigencia de la claridad como especificidad. La importancia de la justificación que hemos ofrecido sobre la especificidad, diferenciación y multiplicidad de las reglas jurídicas se hace aún más patente por su potencial explicativo. El derecho, como cuerpo normativo, tiene una apariencia, una fisonomía característica. Y esta fisonomía, por evidente que parezca, no puede ser explicada bajo los demás *desiderata*, sino bajo la idea de la claridad como especificidad.

Bibliografía

Libros

- ALEXANDER, LARRY & SHERWIN, EMILY, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law* (Duke University Press, Durham, North Carolina, 2001).
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales* (2nd ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008). Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37294.pdf>
- BENTHAM, JEREMY, *The Limits of Jurisprudence Defined* (CHARLES WARREN EVERETT ed., Columbia University Press, New York, 1945).
- CARBONELL-SÁNCHEZ, MIGUEL, ed., *Neoconstitucionalismo(s)* (Trotta, Madrid, 2009).
- DWORKIN, RONALD, *Law's Empire* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986). Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/empire.pdf>

- DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously, with a New Appendix, a Response to Critics* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978).
- ENDICOTT, TIMOTHY A. O., *Vagueness in Law* (Oxford University Press, Oxford, 2000).
- FINNIS, JOHN, *Natural Law and Natural Rights* (2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2011). Disponible en: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/287316/mod_folder/content/0/John%20Finnis%20Natural%20Law%20and%20Natural%20Rights%20Clarendon%20Law%20%202011.pdf
- FULLER, LON L., *The Morality of Law* (2nd ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969).
- HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *The Concept of Law* (3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012).
- HIRSCHL, RAN, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press, Cambridge MA, 2007).
- RAWLS, JOHN, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999).
- RAZ, JOSEPH, *Practical Reason and Norms* (Oxford University Press, Oxford, 1990).
- RAZ, JOSEPH, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2009).
- RUNDLE, KRISTEN, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller* (Hart Publishing, Oxford, 2012).
- SIMMONDS, NIGEL, *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights* (2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2002).
- STONE-SWEET, ALEC, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe* (Oxford University Press, Oxford, 2000).
- URBINA, FRANCISCO J., *A Critique of Proportionality and Balancing* (Cambridge University Press, Cambridge, 2017).
- WEBBER, GRÉGOIRE; YOWELL, PAUL; EKINS, RICHARD; KÖPCKE, MARIS; MILLER, BRADLEY W. & URBINA, FRANCISCO J., *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation* (Cambridge University Press, Cambridge, 2018).

Contribución en obras colectivas

- POZZOLO, SUSANA Un constitucionalismo ambiguo, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 159 - 186 (MIGUEL CARBONELL-SÁNCHEZ, ed., Trotta, Madrid, 2009).
- WALDRON, JEREMY, Rule of Law, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (EDWARD N. ZALTA, ed., Metaphysics Research Lab., Stanford University, Stanford, California, 2016). Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>
- YOWELL, PAUL, Legislation, Common Law and the Virtue of Clarity, en *Modern Challenges to the Rule of Law*, 101-128 (RICHARD EKINS, ed., LexisNexis, Wellington, 2011).

Revistas

- ASSY, RABEEA, Can the Law Speak Directly to its Subjects? The Limitation of Plain Language, 38 *Journal of Law and Society*, 3, 376-404 (2011). <https://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2011.00549.x>
- BURG, WIBREN VAN DER, *Lon L. Fuller's Lessons for Legislatures* (Erasmus Working Paper Series on Jurisprudence and Socio-Legal Studies No. 14-01, 2014). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2460614
- CENTENERA, FERNANDO, Buscando el valor de la claridad de las normas: algunas reflexiones desde el pensamiento de Lon L. Fuller, 10 *Bajo Palabra, Revista de Filosofía*, 61-70 (2015). <http://dx.doi.org/10.15366/bp2015.10.004>. Disponible en: <https://revistas.uam.es/bajopalabra/article/view/bp2015.10.004/2262>
- CENTENERA, FERNANDO, La claridad legislativa en el pensamiento de Lon L. Fuller: un análisis desde la teoría de la legislación, 1 *Anales de Derecho*, 1-27 (2015). Disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/188801>

- ESCUADERO-ALDAY, RAFAEL, Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller, 19 *Anuario de Filosofía del Derecho*, 309-331 (2006). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/756901.pdf>
- FINNIS, JOHN, Natural Law and Legal Reasoning, 38 *Cleveland State Law Review*, 1-13 (1990). Disponible en: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1822&context=clevstrev>
- FULLER, LON L., The Forms and Limits of Adjudication, 92 *Harvard Law Review*, 2, 353-409 (1978). DOI: 10.2307/1340368. Disponible en: <https://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf>
- MORESO, JOSEP-JOAN, Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad), 24 *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 525-545 (2001). Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10219/1/doxa24_19.pdf
- REAL-ALCALÁ, J. ALBERTO DEL, El problema de la vaguedad en la legislación, 3 *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, 1-16 (2010). Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8578/Del_Real_PT_FD_3_2010.pdf
- SUNSTEIN, CASS R. & VERMEULE, ADRIAN, The Morality of Administrative Law, 131 *Harvard Law Review*, 1924-1978 (2018). Disponible en: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/05/1924-1978_Online.pdf
- VERGARA-BLANCO, ALEJANDRO, Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los “núcleos dogmáticos”, 41 *Revista Chilena de Derecho*, 3, 957-991 (2014). Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v41n3/art08.pdf>
- WALDRON, JEREMY, Lucky in Your Judge, 9 *Theoretical Inquiries in Law*, 1, 185-216 (2008). Disponible en: <http://eial.tau.ac.il/index.php/til/article/view/679/638>
- WALDRON, JEREMY, *Thoughtfulness and the Rule of Law* (NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 11-13, 2011). Disponible en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1759550

Notas

- 1 NIGEL SIMMONDS, *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*, chapter 7, Fuller (2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2002). La reciente monografía de KRISTEN RUNDLE se estructura sobre la misma idea, KRISTEN RUNDLE, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, chapter 1, *Reclaiming Fuller* (Hart Publishing, Oxford, 2012). Sobre la escasa atención en el ámbito hispanoamericano, RAFAEL ESCUDERO-ALDAY, *Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller*, 19 *Anuario de Filosofía del Derecho*, 309-331, 310 (2006). Salvo que se indique lo contrario, las traducciones del inglés al castellano son propias.
- 2 JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 270 (2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2011).
- 3 PAUL YOWELL, *Legislation, Common Law and the Virtue of Clarity*, en *Modern Challenges to the Rule of Law*, 101-128, 101 (RICHARD EKINS, ed., LexisNexis, Wellington, 2011).
- 4 Véanse, ALEC STONE-SWEET, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, 20-21, 37 (Oxford University Press, Oxford, 2000); RAN HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Introduction; Chapter I, Four Constitutional Revolutions; Chapter II, The Political Origins of Constitutionalization (Harvard University Press, Cambridge MA, 2007); SUSANA POZZOLO, *Un constitucionalismo ambiguo*, en *Neoconstitucionalismo(s)* (MIGUEL CARBONELL-SÁNCHEZ, ed., Trotta, Madrid, 2009).
- 5 LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 53, 96, 106 (2nd ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969).
- 6 Preservamos aquí la terminología de FULLER, quien usa la palabra “regla” a lo largo de todo su tratamiento de los *desiderata*. FULLER entiende por *regla* algo así como un “principio general de conducta”, en oposición a directrices particulares, adoptadas caso a caso, de carácter *ad hoc* y sin un patrón común. LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 46-48, 98, 157-158 (2nd ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969). Como es bien sabido, el léxico en torno a la teoría de las normas no solo varía de tiempo en tiempo, sino de autor en autor y entre distintas tradiciones. Al examinarlos, *inter alia*, típicamente se encuentran términos como reglas, estándares, principios y normas. Buena parte de la literatura contemporánea se ha desarrollado en torno al esquema regla-principio. Dos autores representativos de esta corriente (aunque con diferencias importantes entre ellos) son RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously, with a New Appendix, a Response to Critics*, 22-28 (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978) y ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, capítulo 3, *La estructura de las normas de derecho fundamental*, 81-172

(2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, Madrid, 2008). Pero otros autores han seguido caminos diferentes. JOSEPH RAZ, por ejemplo, ha tomado distancia de este esquema, al señalar que muchos de los aspectos que marcan la diferencia entre reglas y principios “carecen de importancia filosófica”. En el desarrollo de su teoría ha preferido usar el término “norma”, que considera *un tipo de regla*. JOSEPH RAZ, *Practical Reason and Norms*, 9, 49 (Oxford University Press, Oxford, 1990). En general, en el ámbito anglosajón se utiliza más el término “regla”, mientras que en el ámbito continental se utiliza más el término “norma”. Así, HART, por ejemplo, utiliza preferentemente el término “regla” (regla de reconocimiento, reglas de adjudicación, reglas de cambio, etc.). HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *The Concept of Law* (3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012). Puesto que este trabajo desarrolla aspectos de la tesis de FULLER, adoptamos su vocabulario. Sin embargo, nada sustantivo de nuestro argumento sobre la especificidad está en juego en utilizar esta u otra terminología.

- 7 LON L. FULLER, *The Morality of Law*, chapter II, *The Morality that Makes Law Possible*, 33-94, 41 (2ª ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969).
- 8 Por ejemplo, JEREMY WALDRON, *Rule of Law*, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (EDWARD N. ZALTA, ed., Metaphysics Research Lab., Stanford University, Stanford, California, 2016): “Los [aspectos formales del Estado de Derecho] más conocidos son los ocho principios de la “moral interna del derecho” de LON FULLER”.
- 9 “Listas similares de principios [que se pueden derivar de la idea básica del Estado de Derecho] han sido discutidas por varios autores. [...] Para una lista similar a la mía véase a LON FULLER [...]”. JOSEPH RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, chapter 11, *The Rule of Law and Its Virtue*, nota 7 (2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009).
- 10 JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 270-273, 292 (2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011).
- 11 “Estas máximas se siguen de una noción ideal a la que se espera que las leyes se aproximen, al menos en gran parte”. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, 206-213, 207 (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999). RAWLS usa indistintamente las categorías “máximas” y “preceptos de justicia”.
- 12 Pero la tesis de FULLER va más allá de la mera eficacia del derecho. En los *desiderata* habría un valor intrínseco: una “moral interna”. Ella se ocuparía de cómo un sistema jurídico debe ser “construido y administrado”, a diferencia de la “moral externa”, que se refiere a los “fines sustantivos del Derecho”. LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 39, 42, 95-106 (2ª ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969). La cuestión sobre si los *desiderata* tendrían valor moral en sí mismos ha dado lugar a mayor discusión y es fuertemente disputada. Nuestro argumento aplica a cualquiera de las posiciones que se adopten respecto de este debate, por lo que no ahondaremos en ello.
- 13 En este sentido, su esquema argumentativo opera, primero, al identificar un fracaso, deficiencia o patología y, luego, desarrollar su solución. Aunque la preocupación de FULLER por condiciones deseables (*desiderata*) parece sugerir que el legislador se guiase por una especie de utopía en que cada máxima se realizara a la perfección, el mismo FULLER advierte que ello no es ni correcto ni útil para “guiar el impulso hacia la legalidad”. No sería cierto que necesitamos tener o compartir una noción de lo que es “perfectamente bueno” para definir estándares o deberes; y no sería útil, a su vez, porque es inevitable que, bajo ciertas circunstancias, la actividad de someter la conducta al gobierno de las reglas ponga a uno o más *desiderata* en conflicto entre sí, y ello exija decidirse por realizar uno más que otro. Sin embargo, sí podemos entender bien las formas de fracasar, y a partir de ello debiese proceder la comprensión cada *desideratum* y cuánto se debe realizar. LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 10-13, 41-46, 102-106 (2ª ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969).
- 14 LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 63 (2ª ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969).
- 15 LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 63, nota 21 (2ª ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969). Para FULLER, la excepción a esta poca atención es el trabajo de JEREMY BENTHAM, quien sí aborda el problema en algún detalle; véase JEREMY BENTHAM, *The Limits of Jurisprudence Defined*, 195 (CHARLES WARREN EVERETT ed., Columbia University Press, New York, 1945).
- 16 LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 63 (2ª ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969).
- 17 LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 63 (2ª ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969), énfasis añadido.
- 18 LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 64 (2ª ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969).
- 19 LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 64 (2ª ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969).
- 20 LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 64 (2ª ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969). La preocupación por las capacidades y límites de la adjudicación es usual en FULLER, en particular en el contexto del Estado administrativo. LON L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 *Harvard Law Review*, 2, 353-409 (1978). LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 46, 171-175 (2ª ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969).

- CASS R. SUNSTEIN & ADRIAN VERMEULE, *The Morality of Administrative Law*, 131 *Harvard Law Review*, 1924-1978 (2018).
- 21 LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 63 nota 21 y, por ejemplo, 39, 45, 70 nota 29, 139, 159, 226 (2nd ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969).
- 22 HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *The Concept of Law*, 207 (3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012).
- 23 LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 111 (2nd ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969). Los autores a que se refiere son HANS KELSEN y FELIX SOMLÓ.
- 24 HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *The Concept of Law*, 128 (3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012). Para un estudio detallado sobre el argumento de que la vaguedad permea todo el derecho, TIMOTHY A. O. ENDICOTT, *Vagueness in Law* (Oxford University Press, Oxford, 2000).
- 25 De los pocos autores que se han referido al tema, por ejemplo, RABEEA ASSY, *Can the Law Speak Directly to its Subjects? The Limitation of Plain Language*, 38 *Journal of Law and Society*, 3, 376-404 (2011). J. ALBERTO DEL REAL-ALCALÁ, *El problema de la vaguedad en la legislación*, 3 *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, 1-16 (2010). FERNANDO CENTENERA, *La claridad legislativa en el pensamiento de Lon L. Fuller: un análisis desde la teoría de la legislación*, 1 *Anales de Derecho*, 1-27 (2015). FERNANDO CENTENERA, *Buscando el valor de la claridad de las normas: algunas reflexiones desde el pensamiento de Lon L. Fuller*, 10 *Bajo Palabra, Revista de Filosofía*, 61-70 (2015). Y más tangencialmente, JEREMY WALDRON, *Thoughtfulness and the Rule of Law* (NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 11-13, 2011). WIBREN VAN DER BURG, *Lon L. Fuller's Lessons for Legislatures* (Erasmus Working Paper Series on Jurisprudence and Socio-Legal Studies No. 14-01, 2014). JOSEP-JOAN MORESO, *Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)*, 24 *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 525-545, 532-535 (2001). Adicionalmente, y en términos más generales, la discusión sobre la propuesta fulleriana de los *desiderata* ha estado enfocada principalmente en las cuestiones de si constituyen o no una "moral interna", y qué conexiones hay entre ellos y los "fines sustantivos del derecho". Como KRISTEN RUNDLE ha argumentado, ese ha sido el "prisma" histórico sobre el cual se ha leído y evaluado la contribución de FULLER a la filosofía del derecho. KRISTEN RUNDLE, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, 3-4, 7, 9, 203 (Hart Publishing, Oxford, 2012).
- 26 Ni FULLER ni nosotros exploramos sistemáticamente cuáles son estos fines, cuya descripción específica puede variar para distintas áreas del derecho. El punto de FULLER (insistirá en ello una y otra vez) es que, supuesto el deseo de ordenar la conducta humana mediante reglas, esta actividad debe someterse a la disciplina de la moral interna del derecho cuyo contenido característico son las exigencias expresadas en los *desiderata*. LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 152 y ss. (2nd ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969). Para una teoría que articula comprehensivamente estas exigencias con los fines últimos del derecho (moral externa). JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, chapter X, *Law* (2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2011).
- 27 Por supuesto, estas pueden ser complementadas con principios muy generales. La necesidad de las primeras no excluye la utilidad de los segundos.
- 28 Ni se sigue que esté adecuadamente motivado para hacerlo: se puede reconocer lo que es justo y no hacerlo. Desde la perspectiva de la dirección jurídica, el problema de la motivación sí es muchas veces un problema de coordinación: la coordinación de distintas personas para aplicar incentivos y castigos, de forma que motive la conducta de ellos mismos u otros en el sentido correcto. Este es el problema de la focalización de la presión social orientada a lograr conductas conforme a las reglas tratado en HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *The Concept of Law*, 93-94, 96-98 (3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012). Con todo, la existencia de dirección jurídica puede motivar correctamente a alguien, independiente de alguna forma de incentivo o castigo por desviación de la regla, como sería el caso de quien inclinado a decidir A porque es la alternativa más cómoda, decide finalmente B porque entiende que es la alternativa ordenada por el derecho. En esto, el problema epistémico (que trataremos a continuación) se puede mezclar con el de la motivación, en el sentido de que la claridad sobre lo que se debe decidir puede impactar en la motivación para hacerlo. Por ejemplo, ante la duda de si elegir A o B, el decisor se siente inclinado a elegir A (la alternativa que le conviene) y a racionalizar esa elección para calmar su conciencia; pero frente a la dirección jurídica que orienta a adoptar B, el decisor ve mermada la posibilidad de racionalizar exitosamente una opción a favor de A, y por tanto, adopta B.
- 29 Uno de nosotros ha presentado otras razones en FRANCISCO J. URBINA, *A Critique of Proportionality and Balancing*, chapter 7, *The Need for Legal Direction in Adjudication*, 150-196 (Cambridge University Press, Cambridge, 2017).
- 30 LARRY ALEXANDER & EMILY SHERWIN, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Part I, *The Circumstances of Law*, chapter 1, *Disagreements, Uncertainty, and the Authoritative Settlement*, 11-25 (Duke University Press, Durham, North Carolina, 2001). FRANCISCO J. URBINA, *A Critique of Proportionality and Balancing*, 162-180 (Cambridge University Press, Cambridge, 2017).
- 31 A mayor abundamiento, y sobre el mismo ejemplo, piénsese en la extendida discusión filosófica en curso en torno a la intención, comprendida bajo lo que se conoce como *filosofía de la mente*. Entre otras cosas, las categorías jurídicas

- alivianan la deliberación práctica del agente al expresar las consideraciones morales que el derecho estima relevantes para castigar a alguien, al transformar preguntas moralmente difíciles en jurídicamente fáciles. JOHN FINNIS, *Natural Law and Legal Reasoning*, 38 *Cleveland State Law Review*, 1-13, 6 (1990). Para una elaboración extensa de la posibilidad del derecho de proveer asistencia epistémica, y la relevancia de este fenómeno, FRANCISCO J. URBINA, *A Critique of Proportionality and Balancing*, 162-180 (Cambridge University Press, Cambridge, 2017).
- 32 FULLER insinúa algo de esto al tratar el *desiderātum* de las leyes que exigen lo imposible: “Pero, en ciertas ocasiones, la intención exigida por el derecho es altamente específica, como cuando el castigo penal depende de la prueba de que el acusado violó la ley a sabiendas”. LON L. FULLER, *The Morality of Law*, 72 (2nd ed., Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1969).
- 33 Nótese que esto es distinto del caso (también muy común) en que hay aspectos de la decisión que no están racionalmente determinados y es necesaria una decisión coordinada entre todos quienes aplican y se subordinan al derecho en relación con esa decisión. En ese caso, hay razones para que el derecho provea de dirección jurídica en el asunto, pero *por razones de coordinación* como las mencionadas anteriormente.
- 34 Este es un ejemplo de total determinación de cierto asunto. Por supuesto, una regla puede ser suficientemente específica sin determinar el asunto completamente. El punto aquí es más bien que la razón de la especificidad de ciertas categorías se puede encontrar también en la necesidad de que el derecho determine cierta decisión, o ciertos aspectos de cierta decisión, en razón de que esta determinación constituye una limitación beneficiosa de la discreción de quien aplica el derecho en la instancia más cercana a la situación de decisión.
- 35 Sobre la autoridad del derecho, en general, JOSEPH RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2009). JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 260, 289-290, 352-355, 468, 473-474 (2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2011). Sobre razones excluyentes, JOSEPH RAZ, *Practical Reason and Norms*, 35-49 (Oxford University Press, Oxford, 1990).
- 36 Uno de nosotros ha abordado esto en algún detalle en GRÉGOIRE WEBBER, PAUL YOWELL, RICHARD EKINS, MARIS KÖPCKE, BRADLEY W. MILLER & FRANCISCO J. URBINA, *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation*, 164-167 (Cambridge University Press, Cambridge, 2018) y FRANCISCO J. URBINA, *A Critique of Proportionality and Balancing*, 182-183 (Cambridge University Press, Cambridge, 2017).
- 37 Sobre los vicios asociados a no cumplir esta exigencia, JEREMY WALDRON, *Lucky in Your Judge*, 9 *Theoretical Inquiries in Law*, 1, 185-216, 190-191 (2008).
- 38 *Supra* nota 6.
- 39 *Supra* nota 19.
- 40 Aquí nos distanciamos de la explicación para la existencia de departamentos ofrecida en RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, 252 (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986). En un sentido similar al de Dworkin, ALEJANDRO VERGARA-BLANCO, *Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los “núcleos dogmáticos”*, 41 *Revista Chilena de Derecho*, 3, 957-991 (2014). Uno de nosotros ha discutido la tesis de DWORKIN y analizado con mayor detalle el asunto de los departamentos del derecho en FRANCISCO J. URBINA, *A Critique of Proportionality and Balancing*, 172-175 (Cambridge University Press, Cambridge, 2017).
- * Artículo de investigación.

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Para citar este artículo/To cite this article: URBINA MOLFINO, FRANCISCO JAVIER & CONTRERAS SANTANDER, FERNANDO, *La claridad como especificidad: una revisión del desideratum de la claridad en la teoría de Lon L. Fuller*, 138 *Vniversitas* (2019). <https://doi:10.11144/Javeriana.vj138.cerd>