

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

**LA CLARIDAD LEGISLATIVA EN EL
PENSAMIENTO DE
LON L. FULLER: UN ANÁLISIS DESDE
LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN**

Fernando Centenera
Doctor en Derecho

Murcia, julio de 2015

RESUMEN: La claridad legislativa es uno de los principios que conforman la moral interna del derecho defendida por Fuller. Su formulación, que en un principio pudiera parecer simple, adquiere una interesante complejidad si se analiza teniendo en cuenta determinados aspectos que también forman parte del planteamiento del autor, como la moral de aspiración o el principio de utilidad. En este estudio se presenta un análisis en este sentido, desarrollado desde la perspectiva de la teoría de la legislación.

PALABRAS CLAVE: Fuller, Claridad legislativa, teoría de la legislación.

ABSTRACT: Legislative clarity is one of the guiding principles of the internal morality of law as propounded by Fuller. Although at first sight it appears straightforward, its formulation becomes complex in interesting ways once analysed in the light of other aspects of Fuller's approach such as the morality of aspiration or the utility principle. This study offers such an approach from the perspective of legislation theory.

KEYWORDS: Fuller, Legislative clarity, legislation theory.

LA CLARIDAD LEGISLATIVA EN EL PENSAMIENTO DE LON L. FULLER: UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN¹

SUMARIO. 1. Introducción; 2. Un primer acercamiento a la claridad legislativa; 3. La claridad como desiderátum; 3. 1. La moral de aspiración y el principio de utilidad; 3. 2. Factores que matizan la exigencia de claridad legislativa; 4. Cuestiones para la reflexión más allá de la propuesta de Fuller; 5. Sobre la positivación de la claridad legislativa

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, en *La moral del derecho* Fuller presenta a un gobernante hipotético llamado *Rex*, que fracasa reiteradamente en sus labores legislativas. Entre sus desatinos se encuentra la elaboración de leyes que son un monumento a la confusión, imposibles de entender y del todo inadecuadas para hacer posible el cumplimiento de las normas². En un primer momento, la exposición que presenta el autor en relación a la cuestión de la claridad legislativa parece muy sencilla. Sin embargo, aquella se vuelve más compleja si se analiza teniendo en cuenta el planteamiento general en el que se enmarca, algo que conlleva el análisis de la claridad legislativa, a la luz de aspectos tales como la moral de aspiración o el principio de utilidad. Un análisis de este tipo contribuye a diluir aquella primera idea de simplicidad que pudiera infundir el planteamiento del profesor de Harvard, pero es precisamente esta circunstancia, la que proporciona a su desarrollo un interesante atractivo para los objetivos que aquí se pretenden abordar.

¹ Desarrollé este estudio en una estancia de investigación, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto (Portugal). Quisiera agradecer al profesor Paulo Jorge Fonseca Ferreira da Cunha su acogida y recomendaciones. Me gustaría agradecer además las observaciones de quienes han realizado las evaluaciones del trabajo.

² FULLER, L. L., *La moral del derecho*, México, 1967, p. 46.

En este trabajo pretendemos estudiar la cuestión de la claridad legislativa en el pensamiento de Fuller, desde la perspectiva de la teoría de la legislación, teniendo en cuenta tanto la versión minimalista de ésta como la maximalista³. Éste es un ámbito de estudio que tiene como objeto fundamental analizar la racionalidad legislativa, y se centra en la inteligibilidad de las normas, su correcta inserción en el ordenamiento jurídico, su eficacia y efectividad, o los valores⁴. En el desarrollo de la propuesta expuesta seguiremos el siguiente esquema. En primer lugar, presentamos una primera aproximación al concepto de claridad legislativa que considera Fuller, centrandose principalmente la atención en la obra *La moral del derecho*. A continuación, exponemos aquellas cuestiones de la propuesta general del autor (la moral de aspiración y el principio de utilidad), que presentan la claridad legislativa como desiderátum, al tiempo que ofrecen numerosas razones que pueden justificar posibles déficits en aquella. A partir de esta explicación, y desde una perspectiva más concreta, con la intención de mostrar algunos ejemplos de la puesta en práctica de la propuesta del autor, nos referimos a varios aspectos concretos derivados del desarrollo anterior, que han de considerarse si se tiene en cuenta el planteamiento de Fuller, a la hora de gestionar la claridad normativa. Se trata, concretamente, de la audiencia de la norma, su estabilidad, la intención de evitar la arbitrariedad en la aplicación de la norma, y la justicia material. A nuestro modo de ver, sin embargo, esta propuesta obvia determinados aspectos que también deberían tenerse en cuenta en el ejercicio que venimos considerando. En este estudio nos referiremos también a ellos. Se trata del consenso político, el deber deontológico de lealtad del personal de redacción, y la cuestión de la eficiencia. El desarrollo expuesto, con el que pretendemos poner de manifiesto un bosquejo del esquema de racionalidad normativa que, a nuestro juicio, es posible ver en el planteamiento de Fuller, con sus aciertos y aspectos para la reflexión, en parte refleja determinados planteamientos desarrollados en otras investigaciones anteriores, dedicadas a la consecución de un sistema de racionalidad normativa funcional⁵. Este

³ ZAPATERO, V., “De la jurisprudencia a la legislación”, *Doxa*, 15-16, 1994, p. 788. En líneas generales, siguiendo la fuente señalada, podríamos decir que la perspectiva minimalista hace referencia a la elección de medios para alcanzar fines que no se discuten. Por otra parte, la perspectiva maximalista trata de determinar los fines y evalúa los medios, considerando los valores de los mismos.

⁴ MARCILLA, G., *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, 2005, pp. 293 y 294.

⁵ CENTENERA, F., “Los paradigmas de redacción normativa como medio para alcanzar la seguridad: ¿una apuesta segura?”, *Ius Humani. Revista de Derecho*, 3, 2012/2013, pp. 189-219; CENTENERA, F., “La consistencia en el lenguaje de las normas: hacia una propuesta consistente”, *Revista Ius et Praxis*, 2, 2012, pp. 219-240; CENTENERA, F., “Los criterios lingüísticos de las directrices de técnica normativa: una propuesta para la solución de enfrentamientos entre principios”, *Revista de Llengua i Dret*, 58, 2012,

estudio concluye con un último apartado dedicado a la propuesta de positivizar el principio de claridad normativa, una cuestión que ha tenido cierto eco en la literatura sobre teoría de la legislación de años pasados⁶, y que también se puede analizar teniendo en cuenta el planteamiento de Fuller. A la hora de abordar esta última cuestión nos referiremos a algunos de los contenidos desarrollados previamente que, a nuestro entender, juegan un papel relevante con vistas a analizar la cuestión que se trata.

2. UN PRIMER ACERCAMIENTO A LA CLARIDAD LEGISLATIVA

La lectura del supuesto hipotético que presenta Fuller en su obra *La moral del derecho*, invita a pensar que el autor está solicitando que las normas se redacten con un lenguaje claro. Quizá sea representativo señalar que en el punto señalado el autor considera entre los desaciertos de *Rex* la publicación de un código, del que ni una sola oración se podía entender⁷. En el mismo relato, algo después, el autor presenta a aquel gobernante hipotético tratando de subsanar la circunstancia anterior, solicitando para ello que se aclare la forma de expresión de aquel código sin alterar su contenido⁸. Sin ánimo de presentar un análisis exhaustivo en este sentido, podríamos referirnos también a los siguientes extractos de la obra del autor, que confirman la percepción expuesta: “El sencillo requisito de que las normas de derecho deben expresarse en términos inteligibles...”⁹; “...con leyes de esta clase, repletas como estaban de frases vagas... [este extracto se aparece a propósito del empeoramiento de la legalidad en el régimen de Hitler]”¹⁰.

Un repaso de la interpretación doctrinal relativa al tema que nos interesa en el pensamiento fulleriano, confirma que aquella se muestra también acorde con la interpretación presentada anteriormente. Así, Zapatero considera que el enfoque minimalista de la teoría de la legislación hace referencia a lo que Fuller denomina moralidad interna de la ley¹¹; una apreciación interesante si se considera que la

pp. 15-34. En el primer estudio se recurre a determinados aspectos del pensamiento de Fuller, si bien en él el pensamiento del autor no es *leitmotiv* de la investigación, una circunstancia que sí se encuentra presente en este estudio.

⁶ Sobre ello pueden consultarse las referencias que aparecen en las notas a pie de página 104, 105 y 106.

⁷ FULLER, L. L., *La moral...* cit., p. 46.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, p. 176.

¹⁰ *Ibidem*, p. 50.

¹¹ ZAPATERO, V., “De la jurisprudencia...” cit., p. 789.

perspectiva minimalista se refiere al lenguaje de las normas¹². En la misma línea, Suárez¹³ se refiere a Fuller a propósito de la forma de la ley, y concreta esta idea en la racionalidad del lenguaje normativo, entre otros tipos de racionalidad. Ferreres¹⁴, por su parte, en una obra dedicada al principio de taxatividad considera que para el profesor de Harvard, la precisión es una parte de la moral interna del derecho. En este sentido se expresan también Moreso¹⁵, que cita a Fuller a la hora de referirse a la solicitud de leyes claras, precisas y cognoscibles; Del Real¹⁶, que hace referencia a la precisión y la claridad como ideales en el pensamiento fulleriano; Laporta¹⁷, que opone la idea de claridad de Fuller a la oscuridad y a la imprecisión; Galiana¹⁸, que se refiere, entre otras cosas, a la recomendación de evitar en lo posible términos vagos, apostillando en una nota a pie una referencia de Fuller; Stolz¹⁹, que introduce la cuestión de la claridad en el pensamiento de Fuller refiriéndose antes a la opacidad del lenguaje; o Endicott²⁰ que en su obra dedicada a la vaguedad del derecho considera entre los requisitos del imperio de la ley ideal la claridad de las leyes, citando a propósito de ello a Fuller.

En otras obras²¹, Fuller parece ofrecer un concepto más exigente de claridad. Así acontece cuando señala que es una falacia entender que quienes juzgan extraen sencillamente el sentido de la norma del texto legislativo²², o que la claridad de la ley no depende tanto del significado lexicográfico de las palabras, cuanto del hecho de que su propósito sea conocido, hasta el punto de que cualquier persona razonablemente inteligente pueda bosquejar los objetivos que se pretenden²³. Sin embargo, no pensamos que esta percepción excluya la anterior, es cierto que en esta ocasión Fuller otorga una

¹² MARCILLA, G., *Racionalidad...* cit., p. 281.

¹³ SUÁREZ, L., “Razón, política y legislación (II). Tras la virtud de la legislación”, *La ley desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*, Madrid, 2007, p. 181.

¹⁴ FERRERES, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, 2002, p. 44.

¹⁵ MORESO, J. J., “Principio de legalidad y causas de justificación”, *Doxa*, 24, 1989, pp. 18, 48.

¹⁶ DEL REAL, A., “El problema de la vaguedad en la legislación”, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, 3, 2010, 1.

¹⁷ LAPORTA, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007, p. 93.

¹⁸ GALIANA, A., *La legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, 2003, p. 98.

¹⁹ STOLZ, S., “La moral interna del derecho. La moral que complementa a la estructura del derecho propuesta por Herbert Hart”, s. d. En línea. http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2273.

Consulta: 10-7-2013.

²⁰ ENDICOTT, T. A. O., *La vaguedad en el Derecho*, Madrid, 2006, p. 273.

²¹ Además de la que se cita en las siguientes notas a pie de página, puede consultarse, por ejemplo, FULLER, L. L., “Positivism and fidelity to law. A reply to professor Hart”, *Harvard Law Review*, 71 (4), 1958, p. 664.

²² FULLER, L. L., *Anatomía del Derecho*, [Caracas], 1969, pp. 118 y 119.

²³ *Ibidem*, p. 45.

especial importancia al conocimiento del objetivo de la norma, pero ello no impide afirmar que para él, el lenguaje normativo inteligible sea también una cuestión a tener en cuenta. El propio autor afirma que en la aplicación de la norma no ha de tenerse en cuenta *únicamente* el texto de aquella, sino también el objetivo de la misma²⁴. Tal apreciación podría resultar cuestionable, dado que implica en todo caso interpretación cuando existe aplicación de las normas²⁵. Sin embargo, para la cuestión que nos ocupa, la aceptación de aquella lleva a concluir que aunque los aspectos lingüísticos podrán considerarse una cuestión insuficiente en el contexto al que ahora nos referimos, resulta conveniente gestionarlos de forma adecuada. En todo caso, conviene no perder de vista que esta última percepción de la claridad se desarrolla desde un contexto diferente al que centrará la atención de este estudio: el de la interpretación y aplicación de la norma. Se adopta así en este caso como óptica de análisis el punto de vista de la racionalidad débil, que es diferente de aquel que ofrece la racionalidad fuerte, que hace alusión a la elaboración de las normas²⁶, y que contextualiza el análisis sobre la claridad que aquí se pretende desarrollar.

3. LA CLARIDAD LEGISLATIVA COMO DESIDERÁTUM

3. 1. LA MORAL DE ASPIRACIÓN Y EL PRINCIPIO DE UTILIDAD

Como hemos visto, la idea de hacer leyes claras e inteligibles puede localizarse en el pensamiento de Fuller en varias ocasiones. Quizá en un primer momento, pudiera dar la impresión de que estas aportaciones se encuentran en consonancia con las propuestas de la época ilustrada, que consideraban posible redactar normas perfectamente conocidas por todas las personas, capaces de otorgar una seguridad jurídica casi absoluta. Claridad, sencillez y economía en el lenguaje, eran entonces solicitudes constantes en el ámbito de la producción normativa²⁷. La influencia de legados como el de Bentham se dejó sentir posteriormente en el siglo XIX, y lo cierto es que todavía en nuestros días, sigue estando presente la recomendación de recordar aquellos principios²⁸.

²⁴ *Ibíd.*, p. 106.

²⁵ MARMOR, A., *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, 2001, p. 198.

²⁶ ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, 1997, p. 80.

²⁷ ARCOS, F., *La Seguridad Jurídica: Una Teoría Formal*, Madrid, 2000, p. 256.

²⁸ THOMAS, L. J., and WRIGHT, R., "Law making in England and Wales: Access to Justice and the Rule of Law", *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 50, 2009, p. 284.

No hay duda de que Fuller tiene en cuenta la tradición ilustrada. Es más, a la hora de comenzar a desarrollar la cuestión de la claridad legislativa, se refiere explícitamente a *The Limits of Jurisprudence Defined* de Bentham. Si reparamos en la lectura de esta obra, justo en la parte a la que se refiere el profesor de Harvard, podremos comprobar que en el momento de abordar los grados de claridad, Bentham considera un mínimo, que coincide con una total ininteligibilidad, y un máximo, que tiene lugar cuando a la aparición del término la idea se presenta al instante en la mente de cada persona²⁹. Conviene, no obstante, puntualizar que la concepción del pensamiento de Bentham en un sentido más general, descubre que el autor ilustrado pensaba que era posible lograr leyes plenamente inteligibles, y que para ello debía cuidarse el lenguaje normativo³⁰. En esta línea, ofrece una lista de imperfecciones en las que aparecen aspectos tales como la oscuridad o la voluminosidad³¹, y solicita un lenguaje común, capaz de hacer posible que la ciudadanía pudiera consultar las leyes³². A nuestro parecer, Fuller comparte con Bentham la idea de hacer normas con un lenguaje claro, pero en la propuesta del primero no se aprecia la idea de complitud que sí parece estar presente en el autor ilustrado al que se refiere.

En un primer momento, el planteamiento benthamiano expuesto resulta indudablemente sugestivo. Sin embargo, esta primera percepción debe ineludiblemente ir acompañada de algunas objeciones. Basta para ello reflexionar acerca de si es posible en todo caso producir normas inteligibles hasta el punto expuesto. No cabe duda de que existen numerosas razones para dar una respuesta negativa a esta cuestión. Ciertamente, se ha dicho que el Estado de Derecho exige que se asegure la comprensión de las normas jurídicas³³. Sin embargo, no sin razón se ha constatado también que el imperio de la ley es irrealizable, aun cuando existe consenso acerca de los requisitos de dicho ideal³⁴. A propósito de este planteamiento, pensamos que resulta especialmente

²⁹ BENTHAM, J., *The limits of jurisprudence defined*, Connecticut, 1970, p. 195.

³⁰ ZAPATERO, V., “El arte ilustrado de legislar”, en BENTHAM, J., *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid, 2004, p. LXI.

³¹ BENTHAM, J., *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid, 2004, pp. 27 y ss.

³² BENTHAM, J., *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, 1981, pp. 151 y 154.

³³ Comisión de modernización del lenguaje jurídico, “Informe de la Comisión de Modernización del lenguaje jurídico”, Madrid, s. d., p. 5. En línea. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288775399001/MuestraInformacion.html>. Consulta: 29-12-2012.

³⁴ ENDICOTT, T. A. O., *La vaguedad...* cit., p. 273.

relevante el planteamiento que propone Raz³⁵ sobre las cuestiones que analizamos. Para este autor el imperio de la ley está conformado por los siguientes aspectos: 1. las personas han de ser regidas por el derecho y deben obedecerlo, 2. el derecho ha de ser capaz de guiar el comportamiento de las personas. De la idea de imperio de la ley se derivan varios principios, y entre ellos, el de disposiciones jurídicas que sean claras. El significado de las normas ha de ser claro, dado que la ambigüedad, vaguedad, oscuridad o imprecisión probablemente darán lugar a equivocaciones o confusiones³⁶. Debe constatar, no obstante, que una interpretación más amplia del planteamiento del autor, descubre que su propuesta no es la de elaborar normas claras sin límite alguno. Para Raz es imposible una conformidad completa con el imperio de la ley, dado que resulta ineludible cierta vaguedad. Es más, tampoco es partidario de la máxima conformidad con respecto a aquel, algo que considera indeseable, dado que cierta discreción administrativa es mejor que ninguna³⁷.

El planteamiento de Fuller parece transcurrir por el cauce recientemente bosquejado, pues en él encontramos un factor que marca una importante diferencia con la idea de complitud, a propósito del tema que nos atañe; y que se acerca bastante al planteamiento del imperio de la ley como ideal, al que en numerosas ocasiones deberá renunciarse en diferente medida. Con el factor al que nos referimos se evita la crítica recientemente expuesta, atribuible al planteamiento ilustrado, y se ofrece una percepción más equilibrada y acorde a las circunstancias de nuestras realidades, en relación a la consecución de la claridad normativa. Aunque, como ya se ha dicho, en el planteamiento fulleriano es posible advertir la idea de producir normas claras, no debe perderse de vista el contexto en el que se encuadra. En *La moral del derecho* Fuller distingue dos tipos de moral. Por un lado, la moral de deber, que prescribe normas básicas sin las que no es posible lograr una sociedad ordenada, o sin las cuales dicha sociedad dirigida a fines específicos fracasará en sus intentos. Por otra parte, la moral de aspiración, de la vida ejemplar, de la excelencia. Según el autor, la moral del derecho, conformada por varios principios entre los que se encuentra el de claridad, está “condenada a permanecer principalmente como una moral de aspiración y no de

³⁵ Conviene señalar, no obstante, que aunque Raz se refiere a Fuller a propósito de las cuestiones que trata, deja claro que su punto de vista se basa en una adaptación del pensamiento hartiano. RAZ, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, 1985, p. 278.

³⁶ *Ibidem*, pp. 267, 268.

³⁷ *Ibidem*, p. 277.

deber³⁸. Si esto es así, el principio de claridad debe entenderse, no ya como la solicitud de elaborar normas que sean claras, sino como la solicitud de elaborar normas que sean claras en la medida de lo posible³⁹; o si se quiere, como la aspiración a elaborar normas que sean claras, dado que sería utópica aquella situación en la que las normas fueran perfectamente inteligibles para todo el mundo⁴⁰.

Pero el planteamiento de Fuller no se queda en el punto anterior, que presenta a la claridad como un desiderátum. El desarrollo que ofrece el autor a propósito del principio de utilidad, sirve para bosquejar de manera algo más precisa el planteamiento recientemente expuesto; dado que descubre los aspectos que pueden entrar en colisión con el desiderátum de la claridad y que, por ende, pudieran justificar posibles déficits del mismo. De este modo, el principio de utilidad se presenta como un importante recurso para gestionar de un modo apropiado la puesta en práctica de la claridad legislativa. El profesor de Harvard señala que las personas persiguen varios fines, dado que una preocupación obsesiva por un único fin no es normal⁴¹. ¿Cómo podría trasladarse esta reflexión a nuestro objeto de estudio? A nuestro entender, de ella podría extraerse la idea de que en el ámbito jurídico se aspira a la producción de normas claras. No obstante, además de ésta han de tenerse en cuenta también otros fines, que son los que aparecen enmarcados en el contenido de la legalidad que propone Fuller. Sin embargo, como señala el autor, aquellos fines que conforman la moral interna del derecho pueden entrar en conflicto, y cuando tenga lugar tal circunstancia, será conveniente plantear algo así como un cálculo económico. A ello se refiere el autor cuando habla del principio de utilidad, que consiste en tomar como criterio de actuación un camino intermedio, cuya puesta en práctica conllevará el menoscabo de determinados principios de la moral interna del derecho⁴². A nuestro juicio, en esta propuesta relativa a la gestión de la claridad normativa quedan reflejadas de alguna forma determinadas características de la prudencia aristotélica⁴³; un planteamiento que hace de la ética no una cuestión de conocimiento en sentido estricto, sino de meditación

³⁸ FULLER, L. L., *La moral...* cit., pp. 13, 14, 53.

³⁹ RODRÍGUEZ-TOUBES, J., “La relevancia conceptual y valorativa de la moral interna del derecho”, *Derechos y Libertades*, 10, 2001, p. 231.

⁴⁰ FULLER, L. L., *La moral...* cit., p. 52.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 26 y 27.

⁴² *Ibidem*, p. 55.

⁴³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, 1999, pp. 91 y 92.

práctica⁴⁴ o de sabiduría práctica que se presenta como la capacidad madura para deliberar de una forma equilibrada⁴⁵. No se trata, por tanto, de un planteamiento que ofrezca respuestas definitivas, pero sí aporta numerosos recursos para llegar a aquellas, considerados éstos a la luz de la prudencia.

3. 2. FACTORES QUE MATIZAN LA EXIGENCIA DE CLARIDAD LEGISLATIVA

Como se ha visto, la solicitud de claridad en el pensamiento de Fuller adquiere el calificativo de desiderátum. Se trata, por tanto, de una aspiración, y precisamente por ello, tal planteamiento no desecha la posibilidad de que, por diferentes razones (que son las que marcan los propios elementos de la moral interna del derecho), en ocasiones puedan estar justificadas palabras o expresiones vagas, ni tampoco la inclusión de términos técnicos o de un vocabulario más profano. A propósito de estas apreciaciones, resulta bastante representativa la frase en la que el autor asegura que “una claridad aparente puede ser más perjudicial que una vaguedad honradamente manifiesta”⁴⁶.

El planteamiento de Fuller ofrece numerosos aspectos que deben tenerse en cuenta, a la hora de gestionar la claridad de las normas; aspectos que, como ya se ha dicho, forman parte del concepto de legalidad que maneja el autor. A continuación nos detenemos en algunos de estos aspectos. En primer lugar, debemos considerar un aspecto que, casi de forma inherente, aparece unido a la idea de claridad legislativa que trata el autor. Nos estamos refiriendo a la **audiencia de la norma**, un aspecto cuya toma en consideración ha sido reiteradamente solicitada en el ámbito de la teoría de la legislación⁴⁷. A nuestro modo de ver, la asunción de este punto de vista conlleva tener en cuenta la dimensión semántica de la teoría de la legislación, referida al estudio de las

⁴⁴ HABERMAS, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, 2000, p. 129.

⁴⁵ MACCORMICK, N., *Practical reasons in law and morality*, New York, 2008, p. 16.

⁴⁶ FULLER, L. L., *La moral...* cit., p. 76.

⁴⁷ ZAPATERO, V., *El arte de legislar*, Pamplona, 2009, pp. 259, 267; DUARTE MONTSERRAT, C., “Lenguaje administrativo y lenguaje jurídico”, *Lenguaje judicial*, Madrid, 1998, p. 62; PRIETO, J., *Lenguas, lenguaje y derecho*, Madrid, 1991, pp. 172, 173; CAZORLA PRIETO, L. M. “Consideraciones sobre el lenguaje jurídico actual”, *Teoría y metodología del derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II, Madrid, 2008, p. 336; GOMES CANOTILHO, J. J., “Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXIII, 1987, p. 487; FREIRE, J. P., “Linguagem Clara e Legística”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 53, 2010, p. 26; SOUSA, A., “Algunas notas sobre temas de legística formal”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 41, 2005, p. 14; SUMMERS, R. S., *Form and function in a legal system. A General Study*, New York, 2006, p. 177.

formulaciones lingüísticas, pero en ella también entra en juego, incluso en un nivel de prelación con respecto a la anterior, la dimensión pragmática, que hace referencia al conocimiento de la norma por parte de su audiencia⁴⁸. De este modo, por ejemplo, aun considerando que la palabra “plusvalía” fuese más imprecisa que la expresión “incremento del patrimonio” (más apropiada desde la perspectiva de la dimensión semántica), aquella debería prevalecer, si encuentra un importante arraigo en la comunidad lingüística⁴⁹ a la que va dirigida la norma.

Un repaso detenido del pensamiento de Fuller confirma con casos más concretos la exposición anterior. Desde su planteamiento, aspectos que pueden considerarse un déficit desde el punto de vista lingüístico, como la vaguedad, la imprecisión o la voluminosidad, no tienen por qué –aunque podrían– desestimarse finalmente. Así acontecería, por ejemplo, con expresiones tales como “la buena fe”, “el cuidado debido”, “justo” o “razonable”. A propósito de estos ejemplos, es representativa la crítica que Fuller refiere a Hayek, en relación a la condena general que éste formula sobre términos como “justo” o “razonable”⁵⁰. Para Hayek estos términos constituyen un déficit para el Estado de Derecho, por cuanto su inclusión en las normas equivale a ceder a la discrecionalidad del órgano que aplica la ley al caso de que se trate. Abundando en la cuestión, Hayek se refiere al ocaso de la ley a consecuencia de la introducción de fórmulas vagas, y a la creciente arbitrariedad e incertidumbre de las leyes⁵¹. Fuller, sin embargo, aun cuando se muestra crítico con el ejercicio de delegar, no considera que en éste pueda suponer un problema la inclusión de términos vagos en todo caso⁵²; algo que sí parece estar presente en el pensamiento de Hayek. En este sentido, resulta especialmente significativa una declaración de Fuller, en la que considerando la palabra “justicia”, da a entender que la misma puede constituir un déficit si supone un obstáculo para la comunicación, pero que igualmente puede resultar conveniente, si va dirigida a un colectivo que sabe perfectamente a qué se está haciendo referencia con la misma⁵³.

⁴⁸ GOMES CANOTILHO, J. J., “Relatório...” cit., pp. 452, 453.

⁴⁹ PRIETO, J., *Lenguas...* cit., p. 135.

⁵⁰ FULLER, L. L., *La moral...* cit., p. 76.

⁵¹ HAYEK, F., *Camino de servidumbre*, Madrid, 1977, p. 110.

⁵² FULLER, L. L., *La moral...* cit., p. 76.

⁵³ *Ibidem*.

Pero la intención de redactar la norma para que sea entendida por su audiencia y para que, por tanto, sea lo más eficaz posible (un aspecto que parece estar detrás del desarrollo anterior), no es el único aspecto que ha de tenerse en cuenta a la hora de gestionar la claridad normativa. Podría considerarse además que puede estar justificado cierto déficit en el nivel de comunicación lingüística, cuando se entiende que con ello se promueve la **estabilidad normativa**. Se trata de una cuestión esta última que, como se recuerda desde el ámbito de la teoría de la legislación, también han de procurar quienes redactan la norma⁵⁴, si bien la práctica nos ofrece casos que no son precisamente acordes con esta recomendación⁵⁵. No sin razón, aquella forma parte del elenco de aspectos que se tienen en cuenta a la hora de hablar de calidad de la legislación⁵⁶. Junto con la claridad, la solicitud que ahora nos ocupa también forma parte de la moral interna del derecho⁵⁷ y, por tanto, también participa de las circunstancias a las que nos hemos venido refiriendo anteriormente. De este modo, la intención de evitar modificaciones normativas en poco espacio de tiempo (las normas deberían nacer con vocación de permanencia), algo que iría en detrimento de la certidumbre⁵⁸ o, si se quiere, en la terminología fulleriana, del principio de permanencia de las normas en el tiempo, podría justificar un descenso en el nivel de claridad normativa⁵⁹.

Un análisis parecido cabría plantear a propósito de la intención de **evitar la arbitrariedad** en la aplicación de las normas⁶⁰. En este sentido, quizá sea interesante recordar la experiencia que Fuller presenta, a propósito de una visita a Polonia. Cuenta el autor que allí se pretendió redactar normas suficientemente inteligibles para la comunidad trabajadora y el campesinado. Sin embargo, según constata el autor, el resultado de aquella práctica dio como resultado numerosos perjuicios, como por

⁵⁴ SOUSA, A., “Algunas...” cit., p. 8.

⁵⁵ Probablemente uno de los contextos más paradigmáticos sea el laboral, donde el Real Decreto-ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral modifica, entre otras disposiciones, la Ley reguladora de la jurisdicción social de 2011. Sobre esta cuestión MARTÍNEZ GIRÓN, J., “Derecho del trabajo y crisis económica. La «Reforma Laboral Rajoy» del derecho individual del trabajo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 16, 2012, pp. 111-121.

⁵⁶ MADER, L., “From the struggle for law to the nurture of lawmaking – recent efforts by the Swiss Confederation to improve the quality of legislation”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 50, 2009, p. 298; MIRANDA, J., “Lei, Estado de Direito e qualidade das leis. Brevíssima nota”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 50, 2009, p. 95.

⁵⁷ FULLER, L. L., *La moral...* cit., p. 55.

⁵⁸ CENTENERA, F., “Los paradigmas...” cit., pp. 194, 203, 204.

⁵⁹ PRIETO, J., *Lenguas...* cit., p. 134.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 204, 205.

ejemplo, la incertidumbre en la aplicación de la norma, la aplicación más caprichosa de las normas, o la falta de previsión en cuanto a los fallos judiciales. Fuller, sin duda, asiente con la idea de que deben evitarse estos efectos; y por eso constata que existen aspectos que limitan la claridad, y que en tales circunstancias conviene establecer un cálculo de utilidad, para determinar hasta qué punto puede llegar la aspiración de claridad⁶¹. Un reflejo práctico de este planteamiento pensamos que puede verse en el proyecto actual de reforma del Código Penal, que en la modificación del apartado 6º del artículo 270 recoge el siguiente texto: “Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio...”⁶². Se trata de un extracto que recoge una modificación fruto de una enmienda, en la que se proponía cambiar “tenga” (palabra que aparecía en el borrador precedente), por “posea” (palabra que aparece en el extracto transcrito). La justificación del cambio es que la última palabra es más apropiada jurídicamente⁶³, es decir –podríamos entender–, más apta para evitar circunstancias como las anteriormente constatadas.

Cabría además preguntarse acerca de si el principio de utilidad se aplica en la propuesta de Fuller a los posibles conflictos entre la moral interna del derecho y la **justicia material**. Si tenemos en cuenta las palabras del propio autor, al menos en parte parece que tendríamos que responder afirmativamente a esta pregunta, pues se refiere de forma explícita a posibles supuestos en los que se den conflictos entre la moral interna del derecho y la moral externa. Incluso ilustra su planteamiento con un ejemplo, en el que el desiderátum de mantener la estabilidad de las normas, que como ya se ha dicho, pertenece a la moral interna del derecho, puede entrar en conflicto con determinadas aspiraciones de justicia sustantiva, llegadas con el paso del tiempo a la conciencia de las personas⁶⁴.

Este nuevo punto de vista ofrece la posibilidad de desarrollar aún más la propuesta del autor, desde la perspectiva que nos interesa, dado que ofrece la

⁶¹ FULLER, L. L., *La moral...* cit., pp. 55, 56.

⁶² Dictamen de la Comisión., “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, 485, 9 de marzo de 2015, p. 74.

⁶³ Enmienda 494. Grupo Parlamentario Catalán, “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 66-2, 10 de diciembre de 2014, pp. 313. 314.

⁶⁴ FULLER, L. L., *La moral...* cit., p. 55.

posibilidad de abordar supuestos en los que la claridad de las normas, pudiese entrar en conflicto con aspectos de justicia material. Ante casos de este tipo, la propuesta de Fuller es seguir de nuevo el camino intermedio o de equilibrio que, a nuestro entender, podría formularse del siguiente modo: puede admitirse un déficit en la claridad normativa, de intensidad variable, como en los casos anteriores –teniendo en cuenta la proporcionalidad en el caso de que se trate– si detrás de tal intención existe justificación de garantizar algún aspecto de la justicia material. Así, por ejemplo, en determinados casos deberá recurrirse a la vaguedad normativa, aun cuando ello suponga un cierto nivel de déficit en cuanto a la comunicación, si se entiende que ello será necesario para trasladar a los tribunales la responsabilidad de dirimir los casos, teniendo en cuenta sus circunstancias concretas⁶⁵; pues de lo contrario, podrían tener lugar resultados injustos. Tal planteamiento creemos que podría encontrar reflejo práctico en la regla 6ª del artículo 66.1 del Código Penal español, por ejemplo. En este precepto se establece con carácter general que a la hora de aplicar la pena en delitos dolosos, deben tenerse en cuenta las circunstancias personales de quien delinque. Ciertamente, en este caso podría verse un déficit de comunicación (¿cuáles son esas circunstancias personales?). Sin embargo, esta fórmula puede servir para evitar resultados injustos. Pensemos, por ejemplo, en el robo que se lleva a cabo por razones familiares. ¿Sería justo, en tal caso, aplicar la pena establecida para los robos en general?

4. CUESTIONES PARA LA REFLEXIÓN MÁS ALLÁ DE LA PROPUESTA DE FULLER

El desarrollo expuesto entendemos que refleja varios de los aspectos ineludibles que han de tenerse en cuenta, a la hora de analizar la calidad de las normas. Cabría constatar, no obstante, que al menos según nuestro criterio, en la propuesta de Fuller no se perciben determinados aspectos que, de algún modo, también conviene tener en cuenta a la hora de conceder mayores o menores niveles de claridad a las normas. Se trataría, en definitiva, de ausencias que pudieran contemplarse con respecto a la gestión del principio de utilidad, si se acepta el ejercicio de ver en éste la prudencia a la que antes nos referíamos, y si se considera que una práctica desde esta perspectiva conlleva

⁶⁵ ZAPATERO, V., *El arte...* cit., p. 277; NAVARRO, I., “Técnica legislativa y derecho penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXX, 2010, p. 240; DA LUZ, V. P., *As imperfeições legislativas e suas conseqüências: o problema da insegurança jurídica*, Florianópolis, 2006, p. 81; CENTENERA, F., “Los paradigmas...” cit, p. 213.

la toma en consideración de todo aquello que ha de entrar en juego en la deliberación⁶⁶. Nos estamos refiriendo ahora a determinados aspectos que podrían plantearse desde el ámbito de la racionalidad teleológica⁶⁷, que de algún modo podrían afectar a la claridad legislativa, y que también convendría someter al test de utilidad. Quizá en un intento por separar derecho y política⁶⁸, Fuller llama la atención acerca del hecho de no identificar derecho con jerarquía de poder. En esta línea, constata que el legislativo tiene una importante responsabilidad que cumplir en relación a las solicitudes de la moral interna del derecho⁶⁹. De ello puede entenderse que para el autor, la labor de quienes legislan debe acomodarse a la solicitud de claridad legislativa, si bien pensamos –en atención a lo dicho en apartados anteriores– que ha de presuponerse que la responsabilidad para con aquella lleva consigo los límites derivados del principio de utilidad conforme a los parámetros establecidos; es decir, sería posible declinar en algunos grados la labor de producir normas inteligibles, si así lo recomienda un análisis de aspectos tales como el cumplimiento de las normas o la justicia.

El planteamiento expuesto, no obstante, no parece tener en consideración determinadas circunstancias que podrían influir en la cuestión de la claridad, dentro del ámbito al que ahora nos referimos. Ciertamente, puede pensarse que lo que se espera es que las políticas públicas se expresen normativamente de la manera más clara posible⁷⁰. A nuestro juicio, tal percepción se ajusta a lo que Fuller espera que se haga desde el plano político. Sin embargo, un análisis más detenido de lo que puede acontecer en la práctica, cuestiona el hecho de que se pueda generalizar la afirmación anterior⁷¹. Pensemos, por ejemplo, en los casos en los que la falta de un nivel de **consenso político** adecuado, no permite una comunicación legislativa óptima. En tales casos, lo que se pretende puede que no coincida con la claridad del texto normativo⁷². Evidentemente, no puede decirse que en situaciones como las expuestas deba prevalecer en todo caso el objetivo de quien legisla, en detrimento de la claridad normativa. Pueden existir razones que así lo aconsejen (restar grados a la inteligibilidad, puede ser el precio que deba

⁶⁶ MACCORMICK, N., *Practical...* cit., p. 16.

⁶⁷ Sobre este tipo de racionalidad ATIENZA, M., *Contribución...* cit., pp. 37 y 38.

⁶⁸ WINTGENS, L., “Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación”, *Doxa*, 26, 2003, p. 261.

⁶⁹ FULLER, L. L., *La moral...* cit., pp. 75 y 76.

⁷⁰ CRABBE, V., “The ethics of legislative drafting”, *Commonwealt law bulletin*, 36 (1), 2010, p. 16.

⁷¹ MIERS, D. R. and PAGE, A. C., *Legislation*, London, 1982, p. 87.

⁷² ZAPATERO, V., *El arte...* cit., p. 263; MIERS, D. R. and PAGE, A. C., *Legislation...* cit., pp. 90 y 91; MARCILLA, G., *Racionalidad...* cit., p. 298.

pagarse para que se apruebe una ley que produzca otros bienes), pero puede que no⁷³. Sin embargo, el planteamiento de Fuller no parece ofrecer cobertura para desarrollar ejercicios de equilibrio entre estos posibles conflictos.

La propuesta de Fuller en casos como los anteriores suscita aún más reflexiones de carácter ético, si se tienen en cuenta los deberes deontológicos de quienes redactan normas, como son por ejemplo, el de lealtad⁷⁴, o confidencialidad. Quienes redactan las normas deben guardar el contenido de las instrucciones y demás documentación en la que se ha basado el proyecto⁷⁵. Cabe entender, por tanto, que circunstancias deontológicas podrían encontrarse también detrás del déficit en la claridad de las normas, entrando así en colisión con la moral interna del derecho. En el contexto actual, por ejemplo, se ha dicho que el texto del Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana recoge expresiones indeterminadas, como “indicios racionales”, “perturbando de la tranquilidad ciudadana” o “deslucimiento del mobiliario público”⁷⁶. Sin embargo, si estos déficits de racionalidad lingüística tienen su origen en la intención política, detrás de ellos probablemente deba verse también el cumplimiento de un deber deontológico, en lo que respecta al personal de redacción. De este modo, la solicitud de hacer normas que sean claras, se enfrenta a aquella de cumplir con el **deber deontológico de lealtad**, de cuyo cumplimiento podrían resultar formulaciones vagas. De nuevo en esta ocasión, no podría decirse que los deberes que venimos considerando sean indeclinables. Es cierto que se ha señalado que en la medida en la que la intención del gobierno sea introducir incertidumbre, es responsabilidad de quien redacta dar efecto legal a ello, incluso en detrimento de la claridad⁷⁷. Sin embargo, también se ha dicho que, por ejemplo, en el caso de que se propusiese un proyecto que pudiera dar como resultado una dificultad particular o inconstitucionalidad, existe el deber de señalar la cuestión y, en un caso extremo, de rechazar las instrucciones para redactar tal proyecto⁷⁸. No se trata, por tanto, de deberes indeclinables, pero con ello no debe

⁷³ Sobre la cuestión puede consultarse CENTENERA, F., “La consistencia...” cit., p. 233.

⁷⁴ NZREM, R. C., “The Role of the Legislative Drafter in Promoting Social Transformation”, *Drafting Legislation. A Modern Approach*, Hampshire, 2008, p. 135; SEIDMAN, A., SEIDMAN, R. B., ABEYSEKERE, N., *Legislative Drafting for Democratic Social Change. A Manual for Drafters*, London, 2001, p. 43.

⁷⁵ NZREM, R. C., “The Role...” cit., p. 136.

⁷⁶ Propuestas de veto, “Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, 469, 13 de febrero de 2015, p. 24.

⁷⁷ MIERS, D. R. and PAGE, A. C., *Legislation...* cit., p. 91.

⁷⁸ NZREM, R. C., “The Role...” cit., p. 133.

olvidarse que están presentes, que no forman parte de la moral interna del derecho, y que podrían entrar en conflicto con ella, aun cuando la solución deberá sopesarse en cada caso concreto. El planteamiento de Fuller, sin embargo, no parece reservar un lugar a este tipo de conflictos. Para el autor, el respeto a la moral interna del derecho por parte de quienes elaboran las normas, deja a salvo la integridad del derecho⁷⁹. De este modo, el hecho de que no se tenga en cuenta la moral interna del derecho supone una inmoralidad por parte de quien elabora las normas, no sólo por las consecuencias injustas a que puede dar lugar, sino porque ello va en detrimento del derecho, que es una actividad moral en sí misma⁸⁰.

Cabría por último hacer referencia a la **eficiencia**. Como ya vimos, Fuller compara el principio de utilidad con una especie de cálculo económico. Sin embargo, la utilización de esta expresión es en un sentido figurado, y no parece tampoco que pueda considerarse la eficiencia como parte de la justicia material⁸¹ en la propuesta del autor. Parece, por tanto, que el planteamiento de Fuller escapa también de esta cuestión, aun cuando se trata de otro aspecto que afecta a la claridad legislativa. Ciertamente, de nuevo debe señalarse que no nos encontramos ante una cuestión determinante en el tema que analizamos, pero sí una más a tener en cuenta. Resulta evidente que tanto quienes se encargan de gestionar políticas públicas, como quienes redactan normas, han de tener presente este aspecto⁸², aunque no exclusivamente⁸³. Su análisis, por cierto, en modo alguno es simple. En él, por ejemplo, convendría tener en cuenta cuánto cuesta elaborar normas que sean más inteligibles, algo que en ocasiones, se aleja de forma considerable del coste cero. Se ha dicho, por ejemplo, que la intención de formular normas jurídicas con precisión conlleva una mayor inversión⁸⁴. Por otra parte, desde una perspectiva más práctica, quizá sea significativo señalar que el coste directo del proyecto *Tax Law Rewrite* de Reino Unido, consistente en simplificar la legislación

⁷⁹ FULLER, L. L., “A reply to professors Cohen and Dworkin”, *Villanova Law Review*, 10, 1965, p. 660.

⁸⁰ ESCUDERO, R., *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, 2000, p. 364.

⁸¹ POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Boston and Toronto, 1986, pp. 25 y 26.

⁸² XANTHAKI, H., “On Transferability of Legislation Solutions”, *Drafting Legislation. A Modern Approach*, England, 2008, p. 9.

⁸³ ZAPATERO, V., *El arte...* cit. pp. 129, 130. Desde una perspectiva más general, en relación a la necesidad de recursos humanos y materiales, SALVADOR CODERCH, P., “Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa”, *III Jornadas de Derecho Parlamentario. La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar*, Madrid, 2000, p. 50.

⁸⁴ LAPORTA, F. J., “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, 2009, pp. 61 y 62.

sobre impuestos directos, ha sido de 3 millones de libras anuales⁸⁵. Tales cifras demandan sin duda un análisis de coste-beneficio⁸⁶, de otros aspectos que se consideran en el análisis económico de la legislación⁸⁷, y de la idoneidad de otras alternativas que, probablemente, tampoco llegarán libres de costes. Quizá sea interesante señalar también que procedimientos automáticos para la determinación de la legibilidad, como la fórmula Flech en Estados Unidos⁸⁸, o la puesta en práctica de test tendentes a establecer la inteligibilidad más aceptable, conllevan numerosos gastos de personal y equipo⁸⁹. En un mundo ideal, donde no hubiera escasez de recursos económicos, serían idóneos planteamientos como los expuestos y no tendría sentido el examen de la eficiencia a la hora de gestionar la cuestión que nos ocupa. Sin embargo, es evidente que no nos encontramos ante tales circunstancias. Rawls, a la hora de considerar las circunstancias de la justicia, se refiere a la existencia de escasez moderada de recursos⁹⁰. La presencia de tal planteamiento pensamos que encuentra total justificación en la cuestión que nos ocupa, y que, por tanto, obliga también a plantear un examen sobre la eficiencia –que, de nuevo debe subrayarse, no ha de ser excluyente de otras variables– a propósito de aquella.

5. SOBRE LA POSITIVACIÓN DE LA CLARIDAD LEGISLATIVA

Según Fuller, los principios de la moral interna del derecho deben ser implícitos, siendo su positivación inconveniente porque, por ejemplo, no sería posible redactar una Constitución que pretendiera prever todas las arbitrariedades del legislativo, porque una ley retroactiva –que no sea clara, podríamos decir siguiendo el desarrollo de este trabajo– puede ser beneficiosa para el sistema jurídico, o porque no es posible anticiparse a las situaciones de emergencia que puedan acontecer en la labor

⁸⁵ SEELY, A., “Tax Law Rewrite: the final Bills”, en *House of Commons. Library*, 2010, pp. 1-3. En línea. www.parliament.uk/briefing-papers/SN05239.pdf. Consulta: 11-8-2011.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 10. Sobre esta opción y otras más, en lo que respecta a evaluación de políticas públicas, puede consultarse ZAPATERO, V., *El arte...* cit., p. 103 y ss.

⁸⁷ GAROUPA, N., “Limites ideológicos e morais à avaliação económica da legislação”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 42/43, 2006, pp. 88 y ss.

⁸⁸ MARTINO, A., “Simplificación y calidad en la legislación”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 50, 2009, p. 204.

⁸⁹ SALEMBIER, J., *Legal and legislative drafting*, Ontario, 2009, pp. 428 y 429. El origen de todas las medidas señaladas probablemente deba verse en el *Plain English Movement*. Sobre el mismo DUARTE MONTSERRAT, C., “Lenguaje...” cit., pp. 63 y ss.

⁹⁰ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, México, 1971, pp. 152 y 153.

legislativa⁹¹. Ante estas afirmaciones se han planteado varias réplicas. Por un lado, se ha constatado⁹² que no se ve claramente la dificultad de introducir en un sistema jurídico principios como el de la publicidad de las normas (conviene apuntar que la publicidad es también uno de los elementos que conforman la moral interna del derecho). En este sentido, se ha señalado que aunque Fuller constata que en la Constitución de los Estados Unidos no figura tal principio, el artículo 9.3 de la Constitución Española, por ejemplo, demuestra que sí es posible que principios como el de publicidad encuentren un lugar en el texto constitucional. De otro lado, se considera que, aunque la violación de los principios pudiera suponer un beneficio para el sistema jurídico, tal circunstancia podría quedar explicitada en las normas, mediante la permisión de, por ejemplo, normas retroactivas de manera excepcional, para poner fin a situaciones no deseadas⁹³. De este modo, siguiendo esta línea de argumentación se ha entendido que el hecho de que los principios de la moral interna del derecho se encuentren plasmados en normas jurídicas en las que además queden delimitados, haría todo más sencillo y solucionaría los posibles márgenes de incertidumbre que podría suscitar el universo jurídico implícito al que se refiere Fuller⁹⁴.

Ciertamente, las objeciones expuestas tienen un peso importante. En un principio, secundando estas críticas, podría replicarse a la propuesta del profesor de Harvard en la cuestión que estudiamos en este momento, diciendo que de alguna manera, la solicitud de claridad legislativa se encuentra positivizada en el ámbito constitucional cuando se hace referencia al valor de la seguridad jurídica; dado que éste hace referencia al conocimiento del contenido de las normas, que es además algo necesario para determinar la esfera de libertad⁹⁵. Podría decirse que también se encuentra presente en la proclamación constitucional del Estado social y democrático de Derecho, puesto que, como es sabido, una de sus características es el imperio de la ley que, entre sus funciones, contempla la de seguridad, que es garantía de certeza para saber a qué atenerse⁹⁶. En este sentido, resulta interesante reparar también en el dato de que el Tribunal Constitucional ha declarado que infringe el principio de seguridad

⁹¹ FULLER, L. L., *Anatomía...* cit., p. 112.

⁹² ESCUDERO, R., *Positivismo...* cit., pp. 254 y ss.

⁹³ *Ibíd.*, pp. 256 y 257.

⁹⁴ ESCUDERO, R., “La moral interna del derecho como objeto de debate”, *Derechos y libertades*, 10, 2001, p. 238.

⁹⁵ ZAPATERO, V., GARRIDO, M.^a I., ARCOS, F., *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, Alcalá de Henares, 2010, pp. 217-220.

⁹⁶ PECES-BARBA, G., “Derecho y fuerza”, *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 2000, p. 112.

jurídica la norma que produzca una incertidumbre insuperable⁹⁷, teniéndose en cuenta en ello el contexto en el que se inserta la norma y las reglas de interpretación⁹⁸. Esta circunstancia, aunque formulada de forma más exigente, también parece darse en el contexto estadounidense. En este sentido, quizá sea interesante recordar que para Summers⁹⁹, en aquel ámbito los tribunales pueden invalidar una ley, en el caso de que esté redactada con términos informales en exceso.

En atención a la exposición anterior, cabría concluir que también en el caso de la claridad legislativa, la propuesta de Fuller resulta cuestionable, por cuanto de algún modo el principio se encuentra reconocido, al menos en algunos contextos, en sede constitucional. Sin embargo, a nuestro juicio sería demasiado precipitado desestimar por completo las propuestas del profesor de Harvard, en atención a las apreciaciones anteriores recientemente bosquejadas. Para desarrollar nuestro punto de vista en este momento necesitamos retomar los tipos de moral que considera el autor. A nuestro juicio, las circunstancias expuestas tienen cabida dentro de lo que Fuller denomina moral del deber que, como ya vimos, prescribe normas básicas sin las que no es posible lograr una sociedad ordenada. Ésta es, por tanto, una moral de mínimos, que en nuestro caso podría formularse como la solicitud de un nivel mínimo de claridad legislativa.

La percepción expuesta pensamos que encuentra cumplido reflejo en la jurisprudencia constitucional. En este sentido, conviene señalar que la acción constitucional tiene lugar cuando no se cumplen unos mínimos de seguridad imprescindibles para poder guiar la conducta, un planteamiento que se corresponde con los mínimos de comunicación a los que se refiere el profesor de Harvard con la moral del deber. Sin embargo, cabría cuestionarse acerca de si sería conveniente la actuación del Tribunal Constitucional en otros casos en los que la seguridad pudiera quedar afectada, pero no hasta llegar al punto de la situación anterior. Quizá sea interesante señalar que no han supuesto inconstitucionalidad en este ámbito las expresiones

⁹⁷ STC 150/1990, de 4 de octubre de 1990. En línea. http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1575#complete_resolucion. Consulta: 12-3-2015. Más recientemente, por ejemplo, STC 101/2013, de 23 de abril de 2013. En línea. <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23414>. Consulta: 12-3-2015.

⁹⁸ GARCÍA-ESCUADERO, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Madrid, 2010, pp. 28 y 29.

⁹⁹ SUMMERS, R. S., *La naturaleza formal del derecho*, México, 2001, p. 133.

oscuras, las omisiones o la terminología imprecisa¹⁰⁰; aspectos éstos que podrían restar grados de inteligibilidad a las normas. Siguiendo con la terminología fulleriana, en esta ocasión nos encontraríamos, no ya ante una moral del deber, sino ante una moral de aspiración, que solicita claridad legislativa en lo posible, pero que al mismo tiempo reconoce que este objetivo se puede ver limitado por numerosas circunstancias. Si se acepta el planteamiento expuesto, podríamos preguntarnos si sería conveniente positivizar en el texto constitucional todos aquellos pormenores que deberían tenerse en cuenta, a la hora de limitar el principio de claridad legislativa. La respuesta de Fuller, como sabemos, sería negativa, y en esta ocasión pensamos que su postura resulta sugerente, dado que existe un amplio margen entre lo inadmisibile desde el punto de vista constitucional, y la aspiración a un derecho mejor¹⁰¹. Tal postura podría encontrar además fundamento en el carácter abstracto de los preceptos constitucionales¹⁰², donde no hay lugar para especificaciones tan concretas. A propósito de esta cuestión, quizá resulte también interesante constatar que según lo establecido por la jurisprudencia constitucional, la Constitución no ha determinado ni mucho menos qué “técnica legislativa es la canónica”¹⁰³.

Aun con todo lo dicho, podría seguirse considerando la idea de positivizar la claridad normativa en normas jurídicas de rango inferior, en las que fuera posible establecer de forma pormenorizada las posibles limitaciones. Lo cierto es que, de diferentes formas, esta idea ha venido estando presente y cuestionándose en varios estudios por diferentes circunstancias, a propósito de las directrices de técnica normativa que están actualmente en vigor¹⁰⁴. Desde la perspectiva partidaria de su desarrollo, incluso se ha propuesto una interesante argumentación para utilizar el formato de Real Decreto¹⁰⁵. Es más, el derecho comparado nos descubre que en determinados contextos como el húngaro, una ley autoriza al Ministerio de Justicia para desarrollar normas relativas a la redacción. De acuerdo a esta autorización, en 1987 se

¹⁰⁰ GARCÍA-ESCUADERO, P., *Técnica...* cit., pp. 26 y ss.

¹⁰¹ NAVARRO, I., “Técnica...” cit., pp. 254 y ss.

¹⁰² *Ibidem*, p. 256.

¹⁰³ STC 136/2011, de 13 de septiembre de 2011, *Boletín Oficial del Estado*, 245, martes 11 de octubre de 2011, p. 25.

¹⁰⁴ AGUILÓ, L., “Competencia para dictar directrices de técnica normativa”, *La calidad de las leyes*, Vitoria-Gasteiz, 1989, p. 330; GARCÍA, M. C., “La aportación de las directrices de técnica normativa a la mejora de la legislación”, *Legislar Mejor*, [Madrid], 2009, p. 149; SÁIZ, F., “Problemas actuales de técnica normativa”, *Anuario jurídico de La Rioja*, 1, 1995, p. 60.

¹⁰⁵ CAZORLA, L. M., *Codificación Contemporánea y Técnica Legislativa*, Pamplona, 1999, pp. 113, 114, 117.

publicó un decreto sobre redacción, aunque recientemente se ha publicado otro decreto en 2009¹⁰⁶. Estas manifestaciones, sin embargo, no están exentas de objeciones¹⁰⁷.

Según Fuller, si se afirma que existe una obligación de cumplir algo, debe definirse hasta qué punto la obligación en cuestión se ha violado. Podría, por tanto, establecerse la obligación de elaborar normas que sean claras. Sin embargo, ¿sería posible establecer a partir de qué punto esta obligación comienza a desatenderse?¹⁰⁸ Ciertamente, puede decirse que aquella no se atiende cuando hablamos de ininteligibilidad absoluta, coincidente con la moral del deber; pero de aquí en adelante, pensando en perfeccionar las normas a propósito del principio de claridad, ¿podrían establecerse pautas fijas en cuanto a la cuestión que nos toca, con vistas en la resolución de todos los casos concretos? No parece que pueda responderse afirmativamente a esta cuestión. El recurso al equilibrio o proporcionalidad que consideramos anteriormente, o la puesta en práctica del principio de utilidad fulleriano, demuestran hasta qué punto queda lejos la propuesta de establecer parámetros fijos en esta cuestión. Si esto es así, deberá entonces admitirse que en el ejercicio que nos ocupa, quienes elaboran las normas cuentan con un margen determinado de discrecionalidad¹⁰⁹. De este modo, si se concibe su labor como una disciplina liberal, que parte de principios generales, pero que en su aplicación se habrán de tener en cuenta situaciones concretas, no parece tener sentido enmarcar dicho trabajo en unas medidas de carácter vinculante¹¹⁰. De otro modo, debería aceptarse la posibilidad de resolver cualquier conflicto *a priori*, y quedaría obviado el carácter de agente moral autónomo de la persona¹¹¹. Pero tales circunstancias no tienen cabida en el ámbito en el que se elaboran las normas.

La cuestión podría complicarse aún más, si se tienen en cuenta aspectos como la urgencia que, por cierto, como ya vimos, de algún modo tiene presente Fuller. Éste es un aspecto que, muy probablemente, aparecerá en el proceso de redacción, que en

¹⁰⁶ DRINÓCZI, T., “Quality Drafting-The case of Hungary”, *Legisprudence. International Journal for the Study of Legislation*, IV (2), 2010, pp. 157-170.

¹⁰⁷ Para SALVADOR CODERCH, P., “Elementos...” cit., p. 74, el consejo es que las directrices de técnica normativa no tengan rango normativo.

¹⁰⁸ FULLER, L. L., *La moral...* cit., p. 53.

¹⁰⁹ ATIENZA, M., “Argumentación y Legislación”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 50, 2009, p. 324; NAVARRO, I., “Técnica...” cit., pp. 256 y 257.

¹¹⁰ XANTHAKI, H., “Drafting Manuals and Quality in Legislation”, *Legisprudence. International Journal for the Study of Legislation*, IV (2), 2010, pp. 124 y 125.

¹¹¹ WINTGENS, L., “Legisprudencia...” cit., pp. 272 y 273.

numerosas ocasiones será difícilmente evitable¹¹², y que también podrá alterar el principio de claridad legislativa¹¹³. Teniendo en cuenta todo ello, ¿cabría establecer una obligación normativa relativa a la consecución de un grado determinado de claridad en las normas, cuando se sabe que en numerosas ocasiones, por determinadas circunstancias será difícil la consecución de tal objetivo como fuera deseable? Ciertamente, no parece prudente responder afirmativamente a esta cuestión.

Todo lo dicho, no obstante, no impide considerar determinadas garantías en el proceso normativo para, en lo posible, evitar un texto legislativo vago o ininteligible en exceso. No pensamos únicamente en la posibilidad de plantear enmiendas para mejorar la técnica legislativa en sede parlamentaria. Buena parte de los proyectos de ley nacen en las Direcciones Generales de los Ministerios, donde se tienen en cuenta las directrices de técnica normativa, si bien en ocasiones la redacción se encarga a la Comisión de Codificación o a personal especialista externo¹¹⁴. A nuestro juicio, este momento es el idóneo para poner en práctica el ejercicio al que nos referimos. El mismo debería estar presente durante el proceso de redacción, pero también al final del mismo, mediante el recurso a varias revisiones críticas¹¹⁵. Pero además de lo anterior, pueden considerarse también otros cauces, como por ejemplo los informes emitidos por diferentes órganos tras la redacción del texto normativo. Pensamos especialmente en el dictamen elaborado por el Pleno del Consejo de Estado, y ello por varias razones. Por una parte, se trata del dictamen más representativo a efectos de técnica legislativa. Por otra parte, su redacción se lleva a cabo por personal especialmente cualificado y con prestigio, de tal modo que, por lo general, las apreciaciones que hace suelen ser aceptadas en sede gubernamental¹¹⁶.

¹¹² Quizá pudiera pensarse que desde el entorno en el que se gestionan las políticas públicas, podría hacerse lo posible para proporcionar una agenda adecuada para el equipo de redacción. Sin embargo, en relación a esta cuestión podrían plantearse algunas objeciones. Así, cabría, por ejemplo, señalar que las políticas públicas no se gestan exclusivamente en el seno de los partidos políticos o de los Gobiernos. Es cierto que desde el ámbito político puede tomarse la iniciativa ofreciendo normas, pero en ocasiones las normas también son el resultado de determinadas necesidades que conviene afrontar cuanto antes. Por otra parte, en ocasiones la promulgación de normas tiene lugar porque en la ejecución de otra norma ya existente, se han detectado problemas, y para su solución es necesaria una nueva regulación. ZAPATERO, V., *El arte...* cit., pp. 331, 332. Sobre la cuestión de la urgencia también SALVADOR CODERCH, P., “Elementos...” cit., p. 49.

¹¹³ MIERS, D. R. and PAGE, A. C., *Legislation...* cit., p. 93.

¹¹⁴ ZAPATERO, V., *El arte...* cit., pp. 228-231.

¹¹⁵ ZAPATERO, V., *El arte...* cit., pp. 278-280; DUARTE MONTSERRAT, C., “Lenguaje...” cit., p. 66; CAZORLA PRIETO, L. M. “Consideraciones...” cit., p. 336.

¹¹⁶ ZAPATERO, V., *El arte...* cit., pp. 231, 232.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, L., “Competencia para dictar directrices de técnica normativa”, *La calidad de las leyes*, Vitoria-Gasteiz, 1989.
- ARCOS, F., *La Seguridad Jurídica: Una Teoría Formal*, Madrid, 2000.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid.
- ATIENZA, M., “Argumentación y Legislación”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 50, 2009.
- *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, 1997.
- BENTHAM, J., *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid, 2004.
- *The limits of jurisprudence defined*, Connecticut, 1970.
 - *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, 1981.
- CAZORLA, L. M., *Codificación Contemporánea y Técnica Legislativa*, Pamplona, 1999.
- CRABBE, V., “The ethics of legislative drafting”, *Commonwealt law bulletin* , 36 (1), 2010.
- DA LUZ, V. P., *As imperfeições legislativas e suas conseqüências: o problema da insegurança jurídica*, Florianópolis, 2006.
- DEL REAL, A., “El problema de la vaguedad en la legislación”, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, 3, 2010, 1.
- DRINÓCZI, T., “Quality Drafting-The case of Hungary”, *Legisprudence. Internacional Journal for the Study of Legislation*, IV (2), 2010.
- ENDICOTT, T. A. O., *La vaguedad en el Derecho*, Madrid, 2006, p. 273.
- ESCUADERO, R., “La moral interna del derecho como objeto de debate”, *Derechos y libertades*, 10, 2001.
- *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, 2000.
- FERRERES, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, 2002.
- FREIRE, J. P., “Linguagem Clara e Legística”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 53, 2010L
- FULLER, L. L., “A reply to professors Cohen and Dworkin”, *Villanova Law Review*, 10, 1965..
- “Positivism and fidelity to law. A reply to professor Hart”, *Harvard Law Review*, 71 (4), 1958.
 - *La moral del derecho*, México, 1967.
- GALIANA, A., *La legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, 2003.
- GARCÍA, M. C., “La aportación de las directrices de técnica normativa a la mejora de la legislación”, *Legislar Mejor*, [Madrid], 2009.
- GARCÍA-ESCUADERO, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Madrid, 2010.
- GAROUPA, N., “Limites ideológicos e morais à avaliação económica da legislação”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 42/43, .
- GOMES CANOTILHO, J. J., “Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXIII, 1987.
- HABERMAS, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, 2000.
- LAPORTA, F. J., “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, 2009.
- *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, 2007.

- MACCORMICK, N., *Practical reasons in law and morality*, New York, 2008.
- MADER, L., “From the struggle for law to the nurture of lawmaking – recent efforts by the Swiss Confederation to improve the quality of legislation”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 50, 2009.
- MARCILLA, G., *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, 2005.
- MARMOR, A., *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, 2001.
- MARTINO, A., “Simplificación y calidad en la legislación”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 50, 2009.
- MIERS, D. R. and PAGE, A. C., *Legislation*, London, 1982.
- MIRANDA, J., “Lei, Estado de Direito e qualidade das leis. Brevíssima nota”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 50, 2009.
- MORESO, J. J., “Principio de legalidad y causas de justificación”, *Doxa*, 24, 1989.
- NAVARRO, I., “Técnica legislativa y derecho penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXX, 2010.
- NZREM, R. C., “The Role of the Legislative Drafter in Promoting Social Transformation”, *Drafting Legislation. A Modern Approach*, Hampshire, 2008.
- PECES-BARBA, G., “Derecho y fuerza”, *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 2000.
- POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Boston and Toronto, 1986.
- RODRÍGUEZ-TOUBES, J., “La relevancia conceptual y valorativa de la moral interna del derecho”, *Derechos y Libertades*, 10, 2001.
- SÁIZ, F., “Problemas actuales de técnica normativa”, *Anuario jurídico de La Rioja*, 1, 1995, p. 60.
- SALEMBIER, J., *Legal and legislative drafting*, Ontario, 2009.
- SEELY, A., “Tax Law Rewrite: the final Bills”, en *House of Commons. Library*, 2010, pp. 1-3. En línea. www.parliament.uk/briefing-papers/SN05239.pdf. Consulta: 11-8-2011.
- SEIDMAN, A., SEIDMAN, R. B., ABEYESEKERE, N., *Legislative Drafting for Democratic Social Change. A Manual for Drafters*, London, 2001.
- SOUSA, A., “Algunas notas sobre temas de legística formal”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 41, 2005L
- STOLZ, S., “La moral interna del derecho. La moral que complementa a la estructura del derecho propuesta por Herbert Hart”, s. d. En línea. http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2273. Consulta: 10-7-2013.
- SUÁREZ, L., “Razón, política y legislación (II). Tras la virtud de la legislación”, *La ley desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*, Madrid: 2007.
- SUMMERS, R. S., *Form and function in a legal system. A General Study*, New York, 2006.
- *La naturaleza formal del derecho*, México, 2001.
- THOMAS, L. J., and WRIGHT, R., “Law making in England and Wales: Access to Justice and the Rule of Law”, *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 50, 2009.
- WINTGENS, L., “Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación”, *Doxa*, 26, 2003.
- XANTHAKI, H., “Drafting Manuals and Quality in Legislation”, *Legisprudence. International Journal for the Study of Legislation*, IV (2), 2010.
- “On Transferability of Legislation Solutions”, *Drafting Legislation. A Modern Approach, England*, 2008.
- ZAPATERO, V., “De la jurisprudencia a la legislación”, *Doxa*, 15-16, 1994.

- *El arte de legislar*, Pamplona, 2009.
ZAPATERO, V., GARRIDO, M.^a I., ARCOS, F., *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, Alcalá de Henares, 2010.