

Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado

J. Alberto del REAL ALCALÁ

Planteamiento

A partir de la idea de que un Ordenamiento jurídico en vigor no debe prescindir del análisis de su lenguaje, me propongo reflexionar desde la *teoría jurídica* en torno a la *vaguedad* y *ambigüedad* de las expresiones del lenguaje, con el fin de analizar ciertos aspectos de la indeterminación de los textos jurídicos¹. Enumeraré para ello algunas de las causas que la producen, y asimismo, trataré de aproximarme a aquellos presupuestos desde los cuales los operadores jurídicos se enfrentan a la problemática que se plantea cuando aplican e interpretan el Derecho o cuando lo desarrollan legislativamente. En la segunda parte de este trabajo, me referiré a la indeterminación en la Ley Constitucional, haciendo mención especial al término «nacionalidades» del artículo 2º de la Ley Fundamental española con objeto de tener en cuenta en este supuesto concreto algunas de las consecuencias que conlleva observar conceptos «*indeterminados*» en cualquier Ley Constitucional; así como a los diversos razonamientos –direcciones doctrinales– acerca de cómo se ha produ-

¹ CARRIÓ, Genaro R.: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4.ª ed., 1998. Se refiere este autor a la ambigüedad de las palabras, pp. 28-31, como indeterminación «extensiva» en aquellos supuestos en los que la incertidumbre de la aplicación o interpretación del término brota de que no sabemos en qué sentido ha sido usado. Y la distingue, de la vaguedad potencial o textura abierta del lenguaje en aquellos supuestos en los que, aun estando claro el sentido en que ha sido usada una palabra, sin embargo, p. 32: «no nos suministra una guía segura, positiva o negativa, para clasificar los casos dudosos, porque ella es deliberadamente usada con imprecisión.» En este sentido, pp. 34-35: «todas las palabras que usamos para hablar del mundo que nos rodea, y de nosotros mismos, son, al menos, potencialmente vagas. Sus condiciones de aplicación no están determinadas en todas las direcciones posibles; siempre podemos imaginar casos, supuestos o circunstancias frente a los cuales el uso no dicta la aplicación ni la no aplicación del término. [...] Esta característica de vaguedad potencial que los lenguajes naturales necesariamente exhiben ha sido llamada por Waismann 'la textura abierta del lenguaje'. Carnap alude al mismo fenómeno cuando habla de 'vaguedad intensional'.»

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

cido su aplicación casuística en verdad. Finalmente, traeré a colación, y de una manera *crítica*, la solución *clásica* que aporta al respecto la *teoría de los conceptos jurídicos indeterminados*.

I. Notas acerca de la indeterminación del derecho y el operador jurídico

De las tres causas, entre otras, en las que me voy a centrar como fuentes de la indeterminación del Derecho, las dos primeras, son fuente de (i) la indeterminación *general* del Derecho. O sea, la que presenta por naturaleza en algún grado cualquier tipo de lenguaje, también el lenguaje jurídico escrito. La indeterminación como característica del Derecho está respaldada por la teoría jurídica de Hans KELSEN, a través de la idea de la «*estructura dinámica*» de los sistemas jurídicos²; por la de H.L.A. HART, con la tesis de la «*textura abierta*» del Derecho³; o de Norberto BOBBIO a través del concepto de «*sistemas jurídicos abiertos*» frente a los *sistemas cerrados*⁴.

La tercera causa de indeterminación a la que me voy a referir es fuente de (ii) la indeterminación *acentuada* o voluntaria del Derecho, establecida voluntariamente por el legislador, y que incrementa la general del lenguaje jurídico. Si bien es verdad, que en el Derecho Administrativo —la rama del Derecho que antes se ha ocupado de esta cuestión— se habla de «indeterminación jurídica» para hacer alusión únicamente a este tipo de indeterminación *intencionada*.

En cualquier caso, lo que se plantea no es si existe o no indeterminación en el Derecho, sino cuál es el grado de indeterminación que los operadores jurídicos han de resolver al aplicarlo e interpretarlo⁵. Como dice Joachim SCHMIDT-SALZER, la diferencia teórica entre conceptos determinados e indeterminados no es cualitativa sino cuantitativa, y que aun respondiendo a dos modos legislativos diferentes, «cualitativamente en su estructura jurídica y en el valor vinculante del

² KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, trad. esp. de R.J. Vernengo, Editorial Porrúa, 7.ª ed., México D.F., 1993, pp. 201 y ss.

³ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, trad. esp. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 155 y ss.

⁴ BOBBIO, Norberto: *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980, pp. 228-229: «sistema cerrado es aquel en el que el Derecho ha sido solidificado en un cuerpo sistemático de reglas que pretenden la plenitud, al menos potencial, y las fuentes formales del Derecho están rígidamente predeterminadas y entre ellas no está comprendida la labor del jurista (la jurisprudencia, en el sentido clásico de la palabra, se reduce a un comentario de las reglas del sistema); sistema abierto es aquel en el que la mayor parte de las reglas están o vienen consideradas en estado fluido y en continua transformación, no se establece una línea de demarcación tajante entre fuentes materiales y fuentes formales y se le atribuye al jurista la función de colaborar con el legislador y con el juez en la labor de creación del nuevo Derecho.»

⁵ Para un análisis de la relación entre determinación (R. DWORKIN) e indeterminación (HART y KELSEN) del Derecho y teorías jurídicas contemporáneas, vid. REDONDO, María Cristina: «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 20, Universidad de Alicante—Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 177-196.

J. Alberto del Real Alcalá

mandato normativo contenido en ellos, son de valor equivalente»⁶. Aserción que confirma que las causas de la indeterminación no son excluyentes entre sí. Por el contrario, son susceptibles de «acumulación»⁷.

Las causas más importantes de la indeterminación en el lenguaje de los textos jurídicos que tengo en cuenta son las siguientes:

Uno. *El «uso limitado» con el que utilizamos las palabras.* Algún grado de indeterminación en el significado de las palabras es algo consustancial al propio lenguaje, salvo excepciones. Como bien afirma Genaro R. CARRIÓ, los términos del lenguaje son susceptibles de abarcar una significación más amplia de la que utiliza cada sujeto en sus contextos particulares⁸. La indeterminación del lenguaje común afecta asimismo al lenguaje jurídico, pues no se trata de lenguajes de naturaleza distinta⁹. Los términos del lenguaje que se incorporan a un texto jurídico, ya como términos y conceptos jurídicos, habitualmente adolecerán, por tanto, de no ser absolutamente exactos o precisos. Por eso, cuando se contempla su aplicación será necesario fijar previamente, interpretándolos, el sentido preciso de lo que van significar en un caso concreto. En este aspecto, la indeterminación jurídica es un problema, según José Juan MORESO, de «indeterminación semántica o vaguedad»¹⁰. Asimismo hay que tener en cuenta que el uso limitado y particular de las palabras

⁶ SCHMIDT-SALZER, Joachim: *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Berlin, 1968. Citado por SAINZ MORENO, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 237.

⁷ Un análisis detallado de las fuentes de la indeterminación puede verse en ENDICOTT, Timothy A.O.: *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, especialmente Capítulo 3: "Sources of Indeterminacy", pp. 31-54.

⁸ CARRIÓ, G.R.: *Notas sobre derecho y lenguaje*, op. cit., p. 36: «No podemos agotar la descripción de un objeto material ni, por lo tanto, formular una lista completa de todas las propiedades en relación con las cuales pueden registrarse variantes o combinaciones de eventual relevancia. Estas aptitudes no forman parte del equipo de los seres humanos ni pueden adquirirse mediante algún adiestramiento especial.» En el mismo sentido, SAAVEDRA, Modesto: *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, Universidad de Granada, 1978, pp. 30-31: «Una de las afirmaciones nodales de la hermenéutica existencial es [...] [que] nosotros no comprendemos jamás perfectamente, agotando la plenitud de su contenido inteligible, un ente –una cosa, un suceso–, sino que lo entendemos y comprendemos únicamente bajo aspectos parciales y limitados».

⁹ Sobre el lenguaje común como fundamento del lenguaje legislativo, vid. ITURRALDE SESMA, Victoria: *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 31 y ss.

¹⁰ MORESO, José Juan: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 89. Vid. asimismo, ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio: «Definiciones y normas», en E. BULYGIN, M.D. FARRELL, C.S. NINO y E. A. RABOSI: *El lenguaje en el Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 6: «Los problemas más frecuentes que plantea la interpretación se plantean en relación con la aplicación de las normas a casos concretos (reales o ficticios): aun sabiendo perfectamente bien qué significa una expresión, pueden surgir –y a menudo surgen– dudas acerca de su aplicabilidad a un caso o situación concreta dada. Se llama vaguedad a esta característica del lenguaje. Y como todos los términos de un lenguaje que tienen uso empírico, es decir, que se usa

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

que utiliza cada sujeto es la causa de la «pluralidad de perspectivas», a menudo en controversia, desde la que se *comprende*—interpreta, en definitiva— la realidad, aun cuando lo que se está contemplando es «lo mismo». De ahí que en el Derecho los conceptos ambiguos o vagos sean con frecuencia «conceptos controvertidos»¹¹. Además, incluso a veces la indeterminación en algún grado suele abarcar a los conceptos que presentan una significación estrictamente jurídica y permanecer en las propias *definiciones legales* que realiza el texto jurídico¹².

Dos. La «*distancia en el tiempo*»¹³, que aleja el momento de creación legislativa del Derecho de los casos de su aplicación. La indeterminación del Derecho se acrecienta cuando, permaneciendo la misma norma jurídica escrita, sin embargo, con el transcurso del tiempo, y ante nuevos casos que genera la realidad que caen dentro de su ámbito de aplicación, el sentido inicial de la norma va quedando progresivamente desfasado. La aplicación de esa norma a los nuevos casos necesitará concretar un nuevo sentido de la misma, *actualizándose* ésta, ya sea matizando el sentido inicial del legislador o incluso cambiándolo de manera sustancial.

Ahora bien, aun cuando la distancia en el tiempo genera indeterminación en el Derecho, en sí la indeterminación jurídica es potencialmente un factor que en realidad ayuda a *conservar* el Derecho vigente para la nueva casuística que la realidad va aportando. En este aspecto, la indeterminación también evita problemas al Derecho, porque coadyuva a su *continuidad* y le proporciona la *estabilidad* que los sistemas jurídicos persiguen. Y además, elude los inconvenientes que puede llegar a generar un constante cambio legislativo. Hay, por tanto, una relación estrecha entre la indeterminación del lenguaje jurídico y la *perdurabilidad* del Derecho¹⁴. Desde esta perspectiva la indeterminación es más una virtud del Derecho que su problema. Por lo que las normas jurídicas que tengan la pretensión de ser duraderas necesariamente tendrán que contemplarse en alguna

para referirse a objetos de la experiencia, son en mayor o menor medida vagos, siempre cabe la posibilidad de que surjan problemas de este tipo.»

¹¹ Para un análisis de los conceptos jurídicos indeterminados como «conceptos controvertidos» o «conceptos contestados», vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier: «Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales», en *Sistema*, núm. 158, 2000, pp. 93-114; especialmente punto primero, «Conceptos esencialmente controvertidos y tipos de definiciones», pp. 92-98; vid. IGARTUA SALAVERRIA, Juan: «El indeterminado concepto de «los conceptos indeterminados», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 56, enero-abril, 2000, pp. 145-162. Y asimismo, IGLESIAS VILA, Marisa: «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Universidad de Alicante—Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 77-104.

¹² Sobre la función de las definiciones legales, vid. ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E.: «Definiciones y normas», op. cit., pp. 20 y ss. Acerca de los tipos de definiciones legales, vid. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael: «Definiciones en el Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XI, 1994, pp. 367-380.

¹³ Sobre el significado hermenéutico de la distancia en el tiempo, vid. GADAMER, Hans-Georg: *Verdad y Método*, Ediciones Sígueme, Madrid, 1991, 4ª ed., pp. 360 y ss.

¹⁴ Sobre la persistencia o perdurabilidad como tendencia característica del Derecho, vid. HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 26 y ss; y 77 y ss.

medida como normas indeterminadas. Por esa causa, entre otras a considerar, dicha relación es especialmente constatable en las normas constitucionales y en los conceptos y términos jurídicos que las mismas acogen.

Tres. La «*voluntad del legislador*». El legislador puede voluntariamente *acentuar* la indeterminación que de por sí ya presenta el lenguaje jurídico escrito. En estos supuestos, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA considera que el legislador utiliza la indeterminación como una «técnica de normación»¹⁵ de categorías abiertas con las que juridificar términos y conceptos de significación imprecisa, plural o controvertida. En función del grado de indeterminación, cuando se plantea su interpretación, a veces puede ser suficiente la utilización de los criterios legales de aplicación e interpretación, por ejemplo, si el núcleo de *certeza positiva* del concepto es bastante amplio, o puede necesitar también la concurrencia de otras técnicas jurídicas; por ejemplo, si la «zona de penumbra», incertidumbre o controversia del concepto, por ser la más extensa, es la que *gobierna* su significación.

En definitiva, cuando el operador jurídico resuelve la indeterminación de un concepto jurídico en el caso concreto de aplicación tiene que decidir acerca de dos cuestiones: (i) fijar el *significado jurídico* del concepto indeterminado, y (ii) aplicar o no aplicar a un caso particular de la realidad la catalogación jurídica que contiene dicho concepto. Ambas cuestiones están imbricadas la una en la otra¹⁶. Pues, la aplicación de un concepto a un caso concreto *presupone* haber fijado antes su significado. Pero, al mismo tiempo, fijar o concretar el significado de un concepto *presupone* contemplar su aplicación a casos particulares de la realidad¹⁷. La del operador jurídico es, por tanto, una labor de continua «*reconstrucción*» del significado de los conceptos indeterminados cada vez que éstos vuelven a ser aplicados. Por supuesto, la indeterminación no es solucionable de un modo definitivo sino en y para cada caso particular, salvo cuando la indeterminación es salvable —o debe salvarse— acudiendo al sentido preciso que han fijado previamente decisiones judiciales vinculantes como *jurisprudencia*.

A este respecto, se puede alegar que la decisión del operador jurídico contiene una *valoración* sobre el concepto y la realidad del caso de aplicación. Es decir, contienen un «juicio de valor»

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Potestades regladas y potestades discrecionales», en *Curso de Derecho Administrativo*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T.R. FERNÁNDEZ, Civitas, Madrid, 1994, t. I, 6ª ed. 1993, reimpr. 1994, p.444, se está refiriendo únicamente a la indeterminación establecida voluntariamente por el legislador, a la que considera «técnica general de normación».

¹⁶ SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, op. cit., pp. 44-45.

¹⁷ Por ejemplo, la respuesta a la pregunta de si Escocia puede ser catalogada jurídicamente con el concepto jurídico de nacionalidad presupone que el operador jurídico ha resuelto previamente la cuestión ¿qué es una nacionalidad? Y a la inversa, responder a la cuestión ¿qué es una nacionalidad? presupone haber contemplado la aplicación previa de dicho concepto a algún caso particular. En definitiva, son dos modos de plantear la misma cuestión. Dos vías necesarias e inseparables para concretar el significado de un concepto indeterminado.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

influido por un conjunto de razones que mutuamente se afectan entre sí. Razones entre las que cabe apreciar las de carácter técnico-jurídico, las razones subjetivas y también las razones intersubjetivas. Cada una de ellas pugnan por ser la que finalmente gobierne el significado de la decisión que ha de tomar el operador jurídico.

Examinémoslas sintéticamente:

A) Razones «técnico-jurídicas». Aquí el operador jurídico actúa en mayor medida como científico jurídico. Esta razón tiene en cuenta todo el *marco normativo* en el que se sitúa el término o concepto jurídico que se va a aplicar, interpretar o desarrollar legislativamente; así como los *criterios legales de aplicación e interpretación* e incluso otras técnicas más complejas según el grado de indeterminación que se tenga que resolver. En este ámbito hay que situar a la *jurisprudencia* y la doctrina científico-jurídica del país. Aquí juega también la *técnica* que proporciona la *teoría de los conceptos jurídicos indeterminados*. Por su naturaleza, la razón técnico-jurídica se ocupa de que las decisiones del operador jurídico respeten las normas y principios del Ordenamiento Jurídico y, en general, las reglas del Estado Constitucional, Democrático y de Derecho –en mi opinión, entendido en sentido exigente¹⁸–, y sean, en definitiva, «decisiones conforme a Derecho». Su observancia, por tanto, está relacionada con la problemática que plantea la discrecionalidad y la arbitrariedad de los poderes públicos, sean de naturaleza ejecutiva, judicial o legislativa¹⁹. En principio, este tipo de razones se presenta como la más neutrales, en la que no interviene otro tipo de motivación que la propiamente científica del Derecho. Aunque, en verdad, las razones técnico-jurídicas incorporan, por una parte, los fines, objetivos e intereses que la ley ha tenido en cuenta al juridificar el concepto indeterminado que observamos; y, por otra, este tipo de razones no está exento de la influencia de la dimensión personal del operador jurídico.

B) La razón «subjetiva». También hay que tener en cuenta que en las decisiones del operador jurídico que resuelven la indeterminación no deja de intervenir, junto a la utilización de la técnica jurídica, su *dimensión personal*. En este sentido, el operador jurídico no pueden librarse en

¹⁸ Vid. ASÍS ROIG, Rafael de: *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, pp. 83 y ss.

¹⁹ Para un análisis de la decisión judicial, vid. R. de ASÍS ROIG: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, pról. de G. Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 1995. Vid. asimismo, PAREJO ALFONSO, Luciano: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993. Es de interés lo que dice al respecto la STC 66/1985, de 23 de mayo: «[...] la noción de arbitrariedad no puede ser utilizada por la jurisdicción constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho Administrativo, pues no es lo mismo la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquella en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley. No es necesario, sin embargo, entrar aquí en el análisis de este problema, pues aun aceptando, a meros efectos dialécticos, que la arbitrariedad sea predicable de las leyes [...]»

J. Alberto del Real Alcalá

mayor o menor medida ni de la influencia de sus propios «prejuicios» ni de los resultados de la casuística que ha decidido –seleccionándola previamente de la realidad– contemplar a la hora de proceder a resolver la indeterminación de un concepto jurídico. Si es verdad que la presencia de la dimensión personal, sin embargo, no hace arbitrarias las decisiones del operador jurídico, si éstas se mantienen como «soluciones de Derecho»; pero, por supuesto, sí determina de una manera importante el sentido que toma su decisión hacia una u otra dirección doctrinal.

La *hermenéutica filosófica* de Hans-Georg GADAMER proporciona los presupuestos que mejor explican, en mi opinión, el relieve que adquiere esta dimensión personal en la decisión del operador jurídico²⁰.

En primer lugar, la dimensión personal interviene a través de (i) los «prejuicios»²¹ del operador jurídico, o sea, su *conciencia personal*, que intentará condicionar la aplicación de uno u otro significado para el concepto indeterminado. De ahí, en mi opinión, que la tarea de resolver el grado de indeterminación que presenta una norma jurídica no puede librarse de ser catalogada en alguna medida de tarea *ideológica*²². En general, a la hora de resolver el grado de indeterminación que presente la ley, la relación entre las razones *técnico-jurídicas* que utiliza el operador jurídico y su *ideología* es que con frecuencia la ideología proporciona al operador los *criterios* de elección de aquellas razones técnicas cuya aplicación es más favorable a los fines u objetivos más acordes con su conciencia personal; condicionando, por tanto, en ese sentido y en esa medida, la *orientación* de la solución final que adopta, y asimismo, le facilita su *justificación*.

En segundo lugar, la dimensión personal interviene a través de (ii) la «casuística aplicativa» del concepto, pretérita o futura, real o hipotética, que a la hora de volver a aplicar un concepto indeterminado a un nuevo caso, cada operador jurídico ha seleccionado contemplar según los *resultados* y efectos que produce en la realidad, y también, por tanto, aquella casuística que consiguientemente ha decidido excluir. Pues, el significado de los conceptos no opera sobre el vacío sino que se despliega a partir de los casos concretos de la realidad y de las soluciones que se han aplicado en cada uno de ellos; siempre y cuando unos y otras sean susceptibles de ser incluidos dentro del ámbito aplicativo de la norma jurídica o del concepto jurídico que observamos. Dichos casos y sus correspondientes soluciones acaban contribuyendo a orientar también la decisión

²⁰ GADAMER, H.G.: *Verdad y Método*, op. cit., p. 396. Teniendo en cuenta la hermenéutica de GADAMER, a los operadores jurídicos, cuando aplican e interpretan el Derecho, no le está permitido librarse ni de sí mismo ni de la situación en la que se encuentran.

²¹ GADAMER, H.G.: *Verdad y Método*, op. cit., pp. 344 y ss.

²² Vid. SAAVEDRA, M.: *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México DF, 1994.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

del operador jurídico sobre el nuevo caso a resolver, y deduciendo hasta cierto punto de esos casos y soluciones la resolución de éste²³.

C) La razón de «*tradición*». Además, en la decisión del operador jurídico que resuelve la indeterminación no dejan de tener influencia los presupuestos valorativos de carácter *intersubjetivo* que nos lega la tradición. GADAMER ha puesto de manifiesto que no es posible obviar el hecho de que en gran medida cualquier tipo de lenguaje, incluido el jurídico, nos viene dado. Comprendemos, afirma, desde nuestra propia *tradición valorativa*. De modo, que cualquier uso del lenguaje, también del lenguaje jurídico, conlleva siempre su *interpretación*²⁴. Pues, ocurre que por herencia de las generaciones anteriores la transmisión de los términos de una lengua viene a ser también la de los *valores* adheridos a su ámbito semántico, desplegados a partir de sus particulares «contextos aplicativos». Por eso, el lenguaje en general –incluido el lenguaje jurídico– *no es neutra*²⁵ para el operador jurídico, pues en la significación de los conceptos que éste maneja se va a encontrar siempre con ese mecanismo transmisivo valorativo²⁶. Esta razón intersubjetiva de la *tradición* ha sido relevante para el legislador, por ejemplo, cuando ha tenido lugar la aplicación de conceptos indeterminados del tipo de los términos *nacionalidades* o *regiones* en la Ley Constitucional española.

D) La razón de «*ciudadanía*». Otra razón *intersubjetiva* que afecta a la decisión del operador jurídico es de naturaleza axiológica, y hace referencia a los *valores ciudadanos* de la comunidad política para la que se aplica, interpreta o desarrolla el Derecho. La razón de *ciudadanía* relaciona los valores ético-sociales acogidos por el Derecho con la decisión que toma el operador jurídico. Estos valores ciudadanos o *ética pública* –según denominación del Profesor G. PECES-BARBA²⁷–, característicos de la *teoría democrática y constitucional*, vienen a representar también el conjunto de *significados*, acerca de ámbitos relevantes de la realidad, que son más apreciados por la *opinión pública* y la ciudadanía, y que han sido por ello incorporados al Ordenamiento jurídico. En verdad, esta dimensión de las decisiones del operador jurídico pone de manifiesto

²³ Acerca de la trascendencia hermenéutica de la aplicación, vid. GADAMER, H.G.: *Verdad y Método*, op. cit., pp. 378 y ss.

²⁴ GADAMER, H.G.: *Verdad y Método*, op. cit., pp. 331 y ss.; y p.467: «Comprender es siempre interpretar».

²⁵ SAAVEDRA, M.: *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, op. cit., p. 20: «El carácter último, de un lado y también histórico, del lenguaje confirmaría que la temporalidad constituye ontológicamente al objeto bajo el modo de su comprensión. No es posible conocer sin un lenguaje, y si éste está pensado de historia, de moralidad o de política, es imposible excluir tales factores de la ciencia».

²⁶ HABERMAS, Jürgen: *Identidad nacional e identidad postnacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p.121. «Es cierto que no podemos buscarnos nuestras propias tradiciones, pero sí que debemos saber que está en nuestra mano el decidir cómo queremos proseguirlas.»

²⁷ Sobre las relaciones entre la Ética, el Poder y el Derecho, vid. PECES-BARBA, Gregorio: *Ética, poder y derecho: reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; y asimismo, PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

J. Alberto del Real Alcalá

que éste no resuelve la indeterminación del Derecho únicamente como «científico» del Derecho, a modo de un ser socialmente *aislado*, sino que además lo hace en su condición de «ciudadano», miembro de una comunidad política democrática y de Derecho, que es la receptora de sus decisiones y que, por tanto, ha de ser tenida en cuenta²⁸. Las razones intersubjetivas de «tradición» y de «ciudadanía», que se *afectan* entre sí, son más dominantes en la significación de conceptos indeterminados, por ejemplo, del tipo de las *buenas costumbres*, el *interés general*²⁹, o la idea de *igualdad o de libertad*.

En verdad, la importancia de los operadores jurídicos cuando resuelven la indeterminación del Derecho es que en el fondo están determinando los contenidos reales del Derecho. Así ha ocurrido en aquellos casos de desarrollo legislativo de la Norma fundamental que incluyen la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. Cuestión a la que me referiré a continuación.

II. En torno a la indeterminación de la ley constitucional y el término jurídico “nacionalidades”

En los Estados de Derecho la Ley Constitucional ocupa la posición preeminente para determinar el valor de validez de las proposiciones jurídicas³⁰. Sin embargo, este referente de *conformidad* con el Derecho que representa la Ley Constitucional contiene frecuentemente uno de los lenguajes jurídicos más indeterminados. Ahora bien, el análisis de la indeterminación en relación a la Ley Constitucional es probable que necesite de ciertas matizaciones respecto a la forma en que se plantea y resuelve la indeterminación en otros sectores del Derecho, sea por caso el Derecho Administrativo; aun sin perder de vista que unos y otros son casos igualmente de indeterminación del Derecho.

En la Ley Constitucional española son distinguibles los siguientes supuestos afectados por un cierto grado de *indeterminación*, y que es susceptible de ser resuelta desde una diversidad de *técnicas jurídicas*: (i) el grado de indeterminación que presentan los «*valores superiores*» del Ordenamiento Jurídico del artículo 1.1º de la Constitución española (en adelante CE); (ii) el grado de indeterminación que presentan los «*principios constitucionales*», sean los informadores *del Derecho* del artículo 9.3º CE, los rectores *de la política económica*, o los que presiden el Estado autonómico, según la CE; (iii) el grado de indeterminación que presentan los «*derechos fundamentales*» u otros derechos; (iv) el grado de indeterminación que presentan las «*obligaciones jurídicas*»

²⁸ Vid. LÓPEZ GARCÍA, José Antonio; DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto; y RUIZ RUIZ, Ramón (eds.): *La Democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002.

²⁹ Vid. DE LOS MOZOS, José Luis: *Derecho Civil: métodos, sistemas y categorías jurídicas*, Civitas, 1988. Vid. asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, núm. 89, 1996, pp. 69-89.

³⁰ Vid. MORESO, J. J.: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, op. cit., p.183, sobre el «valor de verdad» de las proposiciones jurídicas.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

establecidas en la Ley Constitucional; o (v) el grado de indeterminación que presentan *otros* numerosos términos y conceptos acogidos por las normas constitucionales.

De la situación de los *valores superiores* del Ordenamiento Jurídico en la Ley Constitucional, artículo 1.1º CE, como bien afirma Gregorio PECES-BARBA, además de criterios de interpretación de normas, o sea, metanormas materiales para la interpretación de otras normas en supuestos de lagunas o de nueva regulación por el Derecho, «se desprende que estamos ante una auténtica norma jurídica, aunque la positivación de los valores no la agote y quede una moralidad crítica no positivada que presiona sobre los valores como Derecho positivo para enriquecerlos y complementarlos con una progresiva positivación de esa dimensión, por medio del desarrollo y de la interpretación de los valores superiores por el legislador, el juez, el resto de los operadores jurídicos e incluso los ciudadanos.» En cuanto a la intensidad o fuerza obligatoria, añade, «se trata de una norma que señala los fines a alcanzar, que deja a los operadores jurídicos la elección de los cauces más adecuados para su efectividad, aunque ya en la propia Constitución se concretan algunos de esos cauces a través de los derechos fundamentales y a través de la organización de los poderes.»³¹

Los *principios constitucionales*, caso, por ejemplo, de *los establecidos en el artículo 9.3 CE*, se configuran según el Tribunal Constitucional español como «*conceptos jurídicos indeterminados*». Ya la Sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) 62/1982, de 15 de octubre, establecía respecto de ellos lo siguiente: «La Sala no ignora la dificultad de aplicar en un caso concreto un principio general del derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación. El Tribunal entiende que debe respetar este margen de apreciación que corresponde a los Jueces y Tribunales, a quienes corresponde también la tutela general de los derechos fundamentales y libertades públicas, según vimos, pues lo contrario llevaría a que este Tribunal viniera a sustituir a la jurisdicción ordinaria. Entendemos que el recto funcionamiento de una sociedad democrática implica que cada institución asuma el cumplimiento de la función que le es propia» (*Fundamento Jurídico 5.*)

La indeterminación también afecta a los *derechos fundamentales* de la Ley Constitucional³². G. PECES-BARBA considera que la *vaguedad* o *generalidad* es una nota característica de los derechos. «Los derechos aparecen normalmente enumerados en las Constituciones sin que se especifique cual es su significado concreto. Corresponde a los operadores jurídicos esa asignación. En primer lugar, al legislador, pero a continuación a los restantes sujetos que utilizan el Derecho. Los derechos fundamentales, al estar situados en los eslabones superiores del Ordenamiento, al

³¹ PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, op. cit., pp. 89 y 97-100.

³² Para un estudio de la *multidimensionalidad* de los derechos, vid. LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto (eds.): *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.

J. Alberto del Real Alcalá

constituirse en normas básicas materiales, necesitan para su concreción el paso por diferentes operadores que poco a poco van delimitando su significado. En este sentido, a la hora de dotar de significado a estas figuras, el papel de la interpretación es clave.»³³. El Tribunal Constitucional español alude a la indeterminación de los derechos con la expresión «el tipo abstracto del derecho». El artículo 53.1º CE establece como «criterio constitucional» de resolución de la indeterminación de los derechos el de su «contenido esencial». Criterio que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional español con la «doctrina del contenido esencial», a través de dos vías complementarias que permiten definir y concretar el contenido esencial de cualquier derecho. Son, por una parte, «la naturaleza jurídica o el modo de concebir y configurar cada derecho» según «las ideas generalizadas y convicciones admitidas entre los juristas, jueces y en general, especialistas en Derecho» acerca de ese derecho, puestas en relación con lo que ha recogido del mismo el legislador concreto. Por otra parte, buscar los «intereses jurídicamente protegidos»³⁴ como núcleo y médula de ese derecho; o sea, «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos»³⁵.

Las obligaciones jurídicas incluidas en la Ley Constitucional no están exentas de indeterminación. Rafael de ASÍS distingue en la Norma fundamental varios tipos de obligaciones jurídicas. En primer lugar, (a) las *obligaciones jurídicas superiores*, «aquellas que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico-político, constituyendo la expresión de sus postulados básicos hasta tal punto que el propio ordenamiento equipara su revisión al de todo el texto constitucional. Se encuentran dentro de la Constitución en el Título Preliminar». En segundo lugar, (b) Las *obligaciones jurídicas fundamentales*, que «son aquellas obligaciones que afectan a intereses, pretensiones, exigencias o necesidades básicas de los individuos o de la comunidad y que se dirigen

³³ PECES-BARBA, G.: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. L. Fernández Liesa, A. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 578-579.

³⁴ La idea de que los derechos no son un poder de voluntad jurídica *abstracta* sino que existen para garantizar los intereses *reales* de la vida es característica de la *Teoría General de los derechos* como «*intereses jurídicamente protegidos*», elaborada por el jurista alemán IHERING, Rudolf von: *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, vers. esp. de Enrique Príncipe Satorres, est. prel. de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 1033: «La seguridad jurídica del goce es la base jurídica del derecho. *Los derechos son intereses jurídicamente protegidos*».

³⁵ Por ejemplo, en STC 11/1981, de 8 de abril. La doctrina del contenido esencial de los derechos fue reiterada por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, entre otras, SSTC 37/1987 (*Fundamento Jurídico 2.º*), 161/1987 (*Fundamento Jurídico 5.º*), 196/1987 (*Fundamento Jurídico 5.º*), 227/1988 (*Fundamento Jurídico 11.º*), 170/1989 (*Fundamento Jurídico 8.º b*) y posteriores.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

de forma principal a los ciudadanos». Y en tercer lugar, (c) las obligaciones jurídicas constitucionales «son las demás obligaciones expresadas en la Constitución española»³⁶.

Respecto a otros términos y conceptos que contienen las normas constitucionales, me voy a referir al término *nacionalidades* del artículo 2 de la Ley Constitucional española, como ejemplo del ámbito problemático que es susceptible de desplegar el grado de indeterminación que presenta la Ley Constitucional.

Sostengo que el término jurídico *nacionalidades* ha sido configurado en la Ley Constitucional española como un concepto jurídico indeterminado, aunque la solución de su indeterminación a través de la técnica de «la única respuesta correcta» que proporciona la *teoría de los conceptos jurídicos indeterminados* plantea ciertos problemas. Hay que comenzar diciendo que el término *nacionalidades* en su condición de término extrajurídico adolece tradicionalmente de una fortísima indeterminación, característica que es habitual de todo el léxico jurídico y político sobre *lo nacional*³⁷. Ahora bien, independientemente de otras consideraciones, el término *nacionalidades* es término jurídico, jurídico-constitucional, equiparable a su concepto³⁸, y como tal concepto jurídico admite ser tratado desde las *categorías jurídicas* y la *técnica jurídica*, y es susceptible de interpretación jurídica. Esto permite explicar y resolver su indeterminación en el contexto jurídi-

³⁶ ASÍS ROIG, R. de: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 207 y ss. El autor divide (a) las obligaciones jurídicas superiores en: (a.1) materiales, que son las de obediencia del artículo 9.1, que lleva inmersa la de respeto al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, la organización del poder y defensa de la libertad del artículo 9.3 CE y la promocional del artículo 9.2. CE. Son obligaciones expresión directa de la declaración del artículo 1.1. CE, por la que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho; y en (a.2) procedimentales o instrumentales, que son la obligación de solidaridad entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre éstas entre sí del artículo 2 CE; la de conocer el castellano, del artículo 3, que desempeña el papel de hacer posible la comunicación a través del Derecho y de mantener la unidad del Estado, y la de estructura interna y funcionamiento democrático de los partidos, sindicatos y asociaciones empresariales de los artículos 6 y 7. Son condiciones básicas para la posible realización del Estado Social y Democrático de Derecho y para la autonomía. (b) Las obligaciones jurídicas fundamentales serían: realizar la enseñanza básica (artículo 27.4 CE), defensa de España (artículo 30.1 CE), obligaciones en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad (artículo 30.4 CE), contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (artículo 30.1 CE), obligaciones de los cónyuges (artículo 32.2 CE), las derivadas de la función social de la propiedad (artículo 33.2 CE), la de trabajar (artículo 35 CE) y la de estructura interna y funcionamiento democrático de los colegios profesionales (artículo 36 CE). Y (c) en las obligaciones constitucionales, distingue: (c.1) obligaciones constitucionales derivadas de las obligaciones superiores de obediencia, de respeto a los derechos fundamentales, de organización del poder y defensa de las libertades, de la obligación promocional y de solidaridad; y (c.2) obligaciones constitucionales derivadas de obligaciones fundamentales.

³⁷ Vid. DELANNOI, Gil: «La Teoría de la nación y sus ambivalencias», en G. Delannoi y P.A. Taguieff (comp.), *Teorías del nacionalismo*, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 9-18.

³⁸ Aun cuando no existe concepto sin palabras o términos que lo expresen, se distingue entre la palabra –el término– como sonido fonético, la cosa o ámbito objetual de la realidad referida por ésta, y el significado –el concepto– como elemento intermedio. La denominación *término jurídico* o *concepto jurídico* se asigna a todo término o concepto utilizado por una norma jurídica.

J. Alberto del Real Alcalá

co-constitucional aludido a través de la observación de la casuística que ha generado su aplicación desde la Ley Constitucional española³⁹.

El término constitucional *nacionalidades* se encuentra, en mi opinión, dentro de los supuestos de indeterminación acentuada decidida por el legislador⁴⁰. En razón de cómo se ha juridificado su incorporación *ex novo* al texto constitucional de 1978 en el artículo segundo⁴¹, no se produjo acotación de su significado sino a través de la relación sistemática con otros términos similares de la Ley Constitucional: caso de los términos *nación* y *regiones*, y de su aplicación posterior a casos concretos: leyes orgánicas de los Estatutos de Autonomía que contemplan dicho término. Según E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en los conceptos indeterminados «la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto»⁴². Respecto a dicha imprecisión normativa, está cargado de razón SCHMIDT-SALZER cuando afirma que «lo que hace el legislador con el concepto indeterminado es renunciar a decidir jurídicamente a qué supuestos de realidad se aplica el concepto»⁴³, y por tanto, dejar dicha opción a otros operadores jurídicos. Con el término *nacionalidades* el constituyente ha utilizado la indeterminación como *técnica de normación* con la que juridificar a esta categoría abierta. Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA, si la ley no delimita con exactitud los límites de los conceptos se debe «a que se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa»⁴⁴, frecuentemente, porque son términos y conceptos controvertidos. De hecho, la diversidad de fórmulas a través de las cuales se ha concretado la indeterminación de los términos *nacionalidades* y *regiones*—otro concepto jurídico indeterminado— se debe, como dice LEGUINA VILLA, a que «difícilmente se habría podido acertar con una definición de

³⁹ Otra clase de indeterminación o de contextos aplicativos no son objeto de este artículo.

⁴⁰ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: «El desarrollo autonómico a través del Tribunal Constitucional», en *Historia 16, La España de las Autonomías. Balance polémico*, núm. 200, Diciembre 1992, Madrid, p.32: «Conceptos tales como autonomía, nacionalidades, regiones, que son los ejes del sistema, no se definen; el número final de las Comunidades queda abierto; y otros conceptos, de menor calado político que los antes citados, pero necesitados de precisión técnica, sin la cual el sistema no podía funcionar, están en la Constitución meramente dichos o enunciados sin que su significado se desprenda de la simple lectura del texto constitucional ni, menos todavía, de la lectura comparada de aquel texto con los de cada Estatuto de Autonomía, comparación que con frecuencia dificulta la interpretación en vez de aclararla».

⁴¹ Acerca de cómo se desarrolló la incorporación del término *nacionalidades* al texto constitucional, vid. PECES-BARBA, G.: *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, especialmente pp. 236-244.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Potestades regladas y potestades discrecionales», op. cit., p. 444.

⁴³ SCHMIDT-SALZER, J.: *Der Beurteilungsspielraum ...*, op. cit., p.236.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Potestades regladas y potestades discrecionales», op. cit., p. 444.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

región y de nacionalidad aceptable por todos»⁴⁵. Parece muy probable que el legislador buscara deliberadamente, con gran inteligencia diría yo, enunciados abiertamente indeterminados. Algo, por otra parte, muy habitual en el lenguaje normativo constitucional. Sostengo que en el caso del término *nacionalidades* la indeterminación funciona como una virtud del legislador en razón de lo conflictivo que resulta ser el tratamiento de la *idea nacional* y de la pluralidad *cultural e identitaria* en los textos jurídicos⁴⁶. Dificultad que, sin duda, se acrecienta en un ámbito de tanta complejidad que directa o indirectamente, antes o después, va a remitir a cuestiones como los *sujetos y derechos colectivos*, o desde otra perspectiva, a los *derechos individuales* de ejercicio colectivo, y por supuesto, a las ideologías que los fundamentan⁴⁷.

La mayoría de la doctrina española, aunque de forma indirecta y sin un desarrollo expreso de la cuestión ni de sus consecuencias, ha aceptado la idea de la indeterminación del término *nacionalidades*. Dirección en la que se han posicionado, con más o menos intensidad, entre otros, Pablo PÉREZ TREMPs, Jesús LEGUINA VILLA, Luis LOPEZ GUERRA y Rafael ENTRENA CUESTA⁴⁸. Asimismo es de destacar el planteamiento que realiza brillantemente Jesús PRIETO DE PEDRO resaltando la especial dificultad técnica del control en este tipo de indeterminación constitucional⁴⁹.

En cualquier caso, a pesar de las dificultades que ello puede plantear, considerar que el término *nacionalidades* es un concepto jurídico indeterminado sí excluye otras dos *explicaciones* acerca de su configuración jurídica en la Ley Constitucional española.

Una, que ha mantenido, entre otros, Luis SÁNCHEZ AGESTA, según la cual el término *nacionalidades* es un concepto constitucionalmente tan indeterminado que llega a resultar un «concepto vacío», que «no tiene en la Constitución ninguna definición de identidad ni ninguna conse-

⁴⁵ LEGUINA VILLA, Jesús: «Las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI (dirs.), Civitas, Madrid, 1984, 2ª reimpresión de 2ª ed. de 1981, p.783.

⁴⁶ Vid. DE LUCAS, Javier: «¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural», en *Multiculturalismo y diferencia. Sujetos, nación, género*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 31, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1994, pp. 15-40.

⁴⁷ Vid. LÓPEZ CALERA, Nicolás: *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000. Especialmente, pp. 121 y ss., sobre cómo resuelven las teorías *ficcionalistas* y *no ficcionalistas* la cuestión de la *titularidad* de los derechos colectivos.

⁴⁸ Vid. PÉREZ TREMPs, Pablo: «La organización territorial del Estado», en *Derecho Constitucional*, L. LÓPEZ GUERRA, y otros, v. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992; ENTRENA CUESTA, Rafael: «Artículo 2.º», en *Comentarios a la Constitución*, F. GARRIDO FALLA, y otros, Civitas, Madrid, 1985, 2ª ed.; LEGUINA VILLA, J.: «Las Comunidades Autónomas», op., cit.; LÓPEZ GUERRA, Luis y otros: *Derecho Constitucional*, v. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

⁴⁹ PRIETO DE PEDRO, Jesús: *Cultura, culturas y Constitución*, Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 160 y ss.

J. Alberto del Real Alcalá

*cuencia jurídica*⁵⁰. Vendría a constituir un concepto «en blanco», carente, en verdad, de cualquier valor jurídico. Lógicamente, no puede observarse de este término jurídico ninguna casuística aplicativa por carecer de cualquier contenido aplicativo, ni desplegar evidentemente ninguna consecuencia jurídica. Aun cuando paradójicamente, sin embargo, sí se habría producido la aplicación del artículo 2.º CE, de cuyo contenido el término *nacionalidades* es parte integrante. ¿Se habría producido entonces una aplicación *parcial* o limitada de este artículo 2.º? En mi opinión, ya sobre la base de la *STC 16/1984 de 6 de febrero*⁵¹, se determinó a las nacionalidades y regiones de España como únicos entes territoriales que pueden ejercitar el derecho a la autonomía. Y en este sentido, cuestiones como la catalogación jurídica de *sujeto* que el Ordenamiento otorga a *nacionalidades y regiones*; la atribución de la *titularidad* del *derecho* a la autonomía a dichos entes territoriales en el propio artículo 2.º CE; o cualesquiera otras consecuencias jurídicas que han desplegado las nacionalidades y regiones desde el mismo momento de su constitución y a lo largo de su vida jurídica carecerían de cualquier sentido. Por lo que aceptar esta dirección doctrinal dificultaría enormemente la explicación de cómo se ha configurado jurídicamente el ordenamiento territorial de la Ley Constitucional española.

Dos, otra explicación de la configuración jurídica que asume en la Ley Constitucional el término *nacionalidades* vendría a afirmar que se trata de un «*concepto totalmente determinado*» porque su aplicación viene predeterminada por otras normas asimismo de rango constitucional, cuyo ámbito semántico y aplicativo habría sido taxativamente *cerrado* en el mismo momento de su incorporación al texto constitucional. Desde esta posición se podría alegar que la ubicación sistemática del término *nacionalidades* en la *parte dogmática* de la Ley Constitucional y la gran envergadura social y política que conlleva serían causas suficientes para no predicar de la misma indeterminación alguna que, sin duda, diluiría contenidos de carácter esencial de la Norma fundamental. Habitualmente esta posición es invocada desde los *enfoques asimétricos* del Estado de las Autonomías. La asimetría del Estado autonómico surgido de la Ley Constitucional de 1978 ha sido defendida con especial énfasis por Miguel HERRERO DE MIÑÓN⁵².

⁵⁰ SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Sistema político de la Constitución de 1978. Ensayo de un sistema* (diez lecciones sobre la Constitución de 1978), 5.ª ed., Edersa, Madrid, 1987, p.393.

⁵¹ Según *STC 16/1984*, de 6 de febrero: «En efecto, la Constitución española, en su artículo 2 reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española, introduciendo así en el ordenamiento una nueva categoría de entes territoriales, dotados de autonomía, diferentes de los ya existentes, provincias y municipios» (*Fundamento Jurídico 2.º*).

⁵² Vid. HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: *Derechos históricos y Constitución*, Taurus, Madrid, 1998; especialmente, pp. 29-45.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

Sin embargo, en mi opinión, la división dicotómica de la estructura normativa *interna* que se predica de la ley fundamental española⁵³ no puede dar lugar a atribuir distinta *juridicidad* a las normas situadas en la parte dogmática y a las de la parte orgánica. Por el contrario, como norma *dogmática*, la función del contenido del artículo 2.º CE posiciona mejor en la orientación que considera a la *indeterminación* no como una *imperfección* del lenguaje jurídico sino como una «cualidad positiva» del Derecho⁵⁴, a partir de la idea de que es conveniente de que la norma jurídica sea en cierta medida indeterminada, más aún las normas constitucionales, con el objeto de poder adaptarse a una realidad que evoluciona y es cambiante⁵⁵. De no existir cierta indeterminación normativa, normas dogmáticas configuradas como normas demasiado *precisas*, pueden encontrar problemas para prolongar su vida jurídica, y en consecuencia, generarse frecuentes procesos de cambio legislativo, con la consiguiente *inestabilidad* para el Ordenamiento jurídico y para la comunidad que ello pueden acarrear. En todo caso, en mi opinión, esta orientación explicativa que *cierra* definitivamente y para siempre el significado de un concepto indeterminado tiende a obstaculizar su evolución y a incomunicarlo de la realidad social.

Por supuesto, asumir el carácter indeterminado del término *nacionalidades* conlleva introducirlo en el ámbito problemático de la indeterminación del Derecho y de todo lo relacionado con esta cuestión. Eso sí, con ciertas particularidades. Hay que tener en cuenta que la utilización de la indeterminación como técnica de normación de categorías abiertas origina una *problemática singular* según el ámbito del Derecho, e incluso el concepto indeterminado, de que se trate. Para Fernando SAINZ MORENO, esta singularidad se define en función de la distinta forma que en la que cada rama del Derecho articula las *relaciones* de los viejos referentes de la *autoridad* y la *libertad*⁵⁶. Cuando nos referimos a los términos constitucionales indeterminados, sea el caso de *nacionalidades*, hay un conjunto de peculiaridades que caracterizan su proceso aplicativo, a partir del hecho de que esta aplicación se ha desarrollado dentro del propio ámbito legislativo, presentándose por ello más complejo. Así, por ejemplo, los operadores jurídicos que han intervenido en los casos de aplicación del concepto han sido de muy diversa naturaleza⁵⁷. Sus decisiones, «co-

⁵³ TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, 3ª ed. renovada, p.161.

⁵⁴ SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, op. cit., pp. 194-195.

⁵⁵ Frente a una concepción *involucionista*, un análisis de la pluralidad que es susceptible de presentar la *identidad nacional* puede verse en DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto: «La pluralidad de lo nacional», en Manuel SEGURA ORTEGA y J. RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ (eds.): *Regiones, naciones y nacionalismos en el contexto final del siglo XX*, XIV Jornadas de Filosofía Jurídica y Política, vol. I, Servicio de Publicación e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago, 1994, pp. 41-61.

⁵⁶ SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, op. cit., p.218.

⁵⁷ Incluye todos los que han intervenido desde la iniciación del proceso autonómico hasta su conclusión.

J. Alberto del Real Alcalá

decisiones», son actos de *desarrollo legislativo* y de *aplicación* del Derecho al mismo tiempo, que han concluido con la formulación de leyes de carácter principal para el conjunto del Estado –leyes orgánicas– y para las nacionalidades y regiones –Estatutos de Autonomía–, con todas las consecuencias jurídicas e institucionales que de ellas se derivan. Con el objeto de que no sean arbitrarias, estas decisiones han debido encauzarse por el criterio constitucional del artículo 143.1º, el «criterio de la identidad como comunidad»: otro concepto jurídico indeterminado; y que ha sido aplicado preferentemente con el significado de la «identidad histórica»⁵⁸. Siendo la «razón de *tradición*» una de las que más influencia ha ejercido a la hora de aplicar o no el concepto, de catalogar o no catalogar jurídicamente los casos de la realidad con ese término. Otras singularidades están referidas a otros criterios del proceso *reglado* específico predeterminado por normas constitucionales que deben observarse en la aplicación casuística del término nacionalidades. O al tipo de *control jurídico* que puede enjuiciar la «corrección» del proceso de aplicación, que también asume en primer lugar carácter legislativo.

En general, la aplicación casuística del término *nacionalidades* no ha planteado grandes dificultades. Si es verdad, y es otra de sus singularidades, que la solución a su indeterminación está jurídicamente ligada a la de otro concepto indeterminado, el término *regiones*. Lógicamente, la aplicación de uno de estos conceptos excluye la del otro, y viceversa. De la misma forma, en tanto que España está formada por entes territoriales que son *nacionalidades* o que son *regiones*, se excluyen jurídicamente para éstos la utilización de denominaciones fuera del ámbito conceptual del artículo 2º CE, por ejemplo, términos como el de *nación*, *república* u otros⁵⁹. Ello no ha impedido, como ya manifestó el Tribunal Constitucional, que en el desarrollo del proceso aplicativo, se pueda volver a *precisar* la aplicación de los términos nacionalidad y región con denominaciones *particulares* para cada ente territorial, sin dejar por ello de constituir una región o una nacionalidad⁶⁰. Si es verdad que la casuística aplicativa de los términos *nacionalidades* y *regiones*

⁵⁸ Vid. al respecto, notas 61 y 62.

⁵⁹ Una importante diferencia jurídica entre los términos «nación», «nacionalidades» y «regiones» de la Ley Constitucional española se encuentra en que el término *nación* es un «término constitucionalmente determinado» por la propia ley en los términos y conceptos de *España*, *nación española*, *Estado español*, *Estado social y democrático de Derecho*, *pueblo español* o *españoles*, cuyas denominaciones se reservan jurídicamente para aquél. Mientras que los otros dos, *nacionalidades* y *regiones*, son «conceptos jurídicos indeterminados» *voluntariamente* por la Norma fundamental, que exigen concreción previa, a través de alguna *técnica jurídica*, para poder ser aplicados.

⁶⁰ La STC 16/1984, de 6 de febrero, afirma: «en virtud de las disposiciones constitucionales, el acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones se ha producido por vías diversas y se ha configurado en formas muy distintas de un caso a otro. Ello no obstante, y sin perjuicio del margen dejado a las peculiaridades y características de cada nacionalidad o región», la Constitución contiene una serie de preceptos y disposiciones referentes a la ordenación de este proceso de reestructuración territorial del Estado, de los que se excluye el principio dispositivo, fijando normas a las que los entes autonómicos así creados deben atenerse.» (*Fundamento Jurídico* 2.º). En

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

que desembocó en los respectivos Estatutos de Autonomía –que es la que estoy observando aquí– ha jugado más a favor del término *regiones*, que se ha generalizado más, en cuya «zona de certeza *positiva*» del área de aplicación del concepto se sitúan la mayoría de los casos de aplicación del artículo segundo⁶¹ de la Constitución; que del término *nacionalidades*, innovación en 1978 en la historia de las Normas fundamentales españolas, y que ha exigido un proceso aplicativo requisitorio más estricto, en cuya «zona de certeza *positiva*» del área de aplicación de este concepto, más restringida, se sitúan, en un primer momento aplicativo únicamente los casos de Euskadi, Catalu-

el *Fundamento Jurídico* 3.º, añade: «entre las diversas denominaciones que se hayan adoptado, para referirse a las Entidades territoriales que resultan de la aplicación del principio de autonomía de nacionalidades y regiones».

⁶¹ En la «zona de certeza *positiva*» del área de aplicación del concepto de (A) «regiones», que es la zona segura de *inclusión* en este concepto de *casos* de la realidad, se ubica una amplia casuística, en la que se han utilizado fórmulas diversas, distinguibles en: fórmulas muy explícitas, meramente explícitas o implícitas. Son supuestos de (A.1) «FORMULACIÓN *MUY EXPLÍCITA*», los casos de CANTABRIA, art. 1.1 Estatuto de Autonomía de Cantabria (EAC): «Cantabria, entidad regional histórica»; Preámbulo: «El Presente Estatuto es la expresión jurídica de la identidad regional de Cantabria». LA RIOJA, art. 1.1 EALR: «La Rioja, entidad regional histórica» y «asume el gobierno y la administración autónomas de la Región». REGIÓN DE MURCIA, art. 1.1 EARM: «La provincia de Murcia, como expresión de su identidad regional histórica»; art. 1.2: «La Comunidad Autónoma... se denomina Región de Murcia», y hasta nueve veces más en el Estatuto se reitera lo regional. Y EXTREMADURA, art. 1.1 EAE: «Extremadura, como expresión de su identidad regional histórica» y «asume el ejercicio de su autogobierno regional, la defensa de su propia identidad y valores». Son supuestos de (A.2) «formulación *EXPLÍCITA*», el caso de CASTILLA-LA MANCHA, art. 1.2 EACL: «La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha es la institución en la que se organiza política y jurídicamente el autogobierno de la Región». Y son supuestos de (A.3) «FORMULACIÓN *IMPLÍCITA*», que se han determinado indirectamente por otras vías, como el proceso reglado de acceso al derecho de autonomía propio de las regiones, los supuestos de la COMUNIDAD DE MADRID, art. 1.1. EACM: «El pueblo de la provincia de Madrid, de acuerdo con la voluntad manifestada por sus legítimos representantes en el ejercicio del derecho de autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma en el marco del Estado español, que expresa la unidad indisoluble de la nación española.» CASTILLA Y LEÓN, art. 1.1 EACYL: «Castilla y León, de acuerdo con la vinculación histórica y cultural de las provincias que la integran, se constituye en Comunidad Autónoma con arreglo a la Constitución y al presente Estatuto». PRINCIPADO DE ASTURIAS, art. 1.1 EAA: «Asturias se constituye en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y el Presente Estatuto»; art. 1.2.º: «La Comunidad Autónoma se denomina Principado de Asturias.» ARAGÓN –en el momento inaugural de la autonomía–, art. 1 EAA: «Aragón, como expresión de su unidad e identidad histórica, accede a su autogobierno, de conformidad con la Constitución española y con el presente Estatuto»; cuya modificación a *nacionalidad* es prueba para no estimar el término constitucional *nacionalidades*, al igual que el de *regiones*, como un concepto «cerrado». CANARIAS, EAIC –en el momento inicial– «Canarias, como expresión de su identidad y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma, en el marco de unidad de la Nación española, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en el presente Estatuto». E ISLAS BALEARES, art. 1 EAIB: «El pueblo de las Islas Baleares, como expresión de su identidad histórica y dentro de la unidad de la nación española, se constituye en Comunidad Autónoma, para acceder al autogobierno, de acuerdo con los principios y en el marco de y del presente Estatuto». En la «zona de certeza *negativa*» del área de aplicación del término «regiones», que es en este concepto la zona segura de *exclusión* de casos de la realidad, se ubican los de aquellas comunidades que se han determinado en su Estatuto a través del término *nacionalidades*. Y consecuentemente, a su vez están situados dentro del núcleo de certeza *positiva* de dicho término.

J. Alberto del Real Alcalá

ña y Galicia⁶². Sin suponer ello excepcionalidad pues el término *nacionalidades* desde 1978 forma parte de la normalidad jurídico-política española.

Ahora bien, sin embargo, la aplicación y concreción del término *nacionalidades* a través de la técnica que aporta la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados plantea ciertos problemas y no permite explicar bien ni en su integridad cómo se ha desarrollado el proceso de configuración del ordenamiento territorial de la Democracia española. Me refiero, con carácter crítico, a la tesis de la «*única* respuesta correcta» que recoge E. GARCÍA DE ENTERRÍA de la doctrina alemana, según la cual la aplicación de un concepto normativo indeterminado sólo puede ser observada por el operador jurídico desde dos posiciones jurídicas: la de estimar la aplicación del concepto al caso concreto o la de no estimarla; siendo sólo una de estas dos posiciones la única decisión del operador jurídico que debe considerarse *correcta* y *coherente* con el Ordenamiento Jurídico. Además, esta única decisión correcta debe poder ser siempre identificada por muy difícil que ello pueda resultar, y como tal es asimismo siempre controlable por los tribunales. Timothy ENDICOTT ha denominado como «principle of bivalence» a esta forma *clásica* de enfocar la indeterminación jurídica. Según este principio de la *bivalencia* cada decisión del operador jurídico que resuelve la indeterminación o es verdadera o tiene que ser falsa⁶³.

Los problemas con el *principle of bivalence* surgen en los casos aplicativos de Andalucía, Comunidad Valenciana y Comunidad Foral de Navarra. Sostengo que en los dos primeros casos, la decisión de los operadores jurídicos no fue, como se podía esperar, resolver la indeterminación

⁶² En la «zona de certeza *positiva*» del área de aplicación del concepto de (B) «nacionalidades», que es la zona segura de *inclusión* en este concepto de *casos* de la realidad, se ubican los casos de: (B.1) EUSKADI, artículo 1 EAPV, que no ha estimado explícitamente en el articulado más definitorio de la personalidad comunitaria el criterio de «*identidad histórica*», aunque sí a lo largo del Estatuto: «El Pueblo Vasco o Euskal-Herria, como expresión de su nacionalidad, y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma dentro del Estado español, bajo la denominación de Euskadi o País Vasco». (B.2) CATALUÑA (1.1 EAC): «Cataluña, como nacionalidad y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma», en cuyo preámbulo sí hace constar el «criterio constitucional de la *personalidad histórica*»: «La libertad colectiva de Cataluña encuentra en las instituciones de la Generalidad el nexo con una historia de afirmación y respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la persona y de los pueblos». E incluso, estatutariamente equipara dicho criterio con el más moderno de la *identidad colectiva*: «El presente Estatuto es la expresión de la identidad colectiva de Cataluña». Y en tercer lugar, (B.3) GALICIA, que normativiza en rango preferente el «criterio de personalidad histórica», artículo 1.1 EAG: «Galicia, nacionalidad histórica, se constituye en Comunidad Autónoma para acceder a su autogobierno». En la «zona de certeza *negativa*» del área de aplicación del término «nacionalidades», que es en este concepto la zona segura de *exclusión* de casos de la realidad, se ubican los de aquellas comunidades que se han determinado en su Estatuto a través del término *regiones*, y consecuentemente, a su vez están situados dentro del núcleo de certeza *positiva* de dicho término.

⁶³ Vid. ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, op. cit., pp. 72-74 y 167.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

sino *conservarla*, generando una *aplicación indeterminada de conceptos indeterminados*⁶⁴; eso sí, por los resultados vistos, aplicación suficiente como para desplegar todos los efectos jurídicos del artículo 2 de la Constitución. De ahí que esta aplicación concreta de dicho artículo, que se ha producido pero sin embargo ha devenido indeterminada, sigue situando a estos dos casos en la «zona de *penumbra*» de dos conceptos constitucionales indeterminados, el de *nacionalidades* y el de *regiones*⁶⁵. Y el tercer caso, el de Navarra, es, a todas luces, peculiarmente indeterminado⁶⁶. Se trataría en estos tres casos de lo que T. ENDICOTT ha considerado *borderline cases* frente a los casos *claros*⁶⁷. Por tanto, la idea esencial de todo *unbestimmter Rechtsbegriff* acerca de que la indeterminación del enunciado del concepto nunca significa una indeterminación de las aplicaciones del mismo⁶⁸ no termina por verificarse para estos tres supuestos aplicativos de un término indeterminado en la Ley Constitucional. Según T. ENDICOTT, abordar la indeterminación del Derecho de esta forma *tradicional* en base al *principle of bivalence* constituye una manera engañosa de resolverla⁶⁹. De modo que la técnica de la *única solución correcta y coherente* con el

⁶⁴ En estos casos (C) tampoco la vía de acceso a la autonomía ayuda a concretar, aun indirectamente, la determinación de la aplicación respecto de uno u otro término. En el caso de (C.1) ANDALUCÍA, artículo 1.1 EAA: «Andalucía, como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho al autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, se constituye en Comunidad Autónoma, en el marco de la unidad indisoluble de la nación española, patria común indivisible de todos los españoles». En el caso de (C.2) la COMUNIDAD VALENCIANA, Preámbulo del EACV: «Aprobada la Constitución Española es, en su marco, donde la tradición valenciana proveniente del histórico Reino de Valencia se encuentra con la concepción moderna del País Valenciano, dando origen a la autonomía valenciana, como integradora de ambas corrientes de opinión que enmarcan lo valenciano en un concepto cultural propio en el estricto marco geográfico que comprende.»; y artículo 1.1 EACV: «El pueblo valenciano, históricamente organizado como Reino de Valencia, se constituye en Comunidad Autónoma, dentro de la indisoluble unidad de la nación española, como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho de autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, con la denominación de Comunidad Valenciana.»

⁶⁵ IGARTUA SALAVERRÍA, J.: «El indeterminado concepto de 'los conceptos indeterminados'», op cit., pp. 151 y ss. Según este autor, habitualmente la zona de penumbra en el área de aplicación de un concepto no es tanto una *zona de duda* sino más bien una «zona de *conflicto*» con dos posiciones muy claras –que no dudan– por parte de los que quieren aplicar el concepto y los que no lo quieren aplicar. Distingue por ello entre el punto de vista interno de las partes directamente interesadas en el caso, para las que sólo existen dos zonas a la hora de considerar la aplicación del conflicto, o sea, la zona de certeza positiva –la parte que desea aplicarlo– y negativa –la parte contraria que no desea aplicarlo–; y el punto de vista del observador, el operador jurídico, respecto del cual sí distinguiría tres zonas al valorar la aplicación del concepto: la zona de certeza positiva, la zona de certeza negativa y la zona de penumbra, en la que es éste el que duda en aplicarlo o no aplicarlo, no las partes.

⁶⁶ (C.3) El caso de la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, sin duda, representa un caso peculiar a causa de su acceso al derecho de autonomía por una vía especial, la Disposición Adicional 1.ª de la CE, art. 1 LRYARFN: «Navarra constituye una Comunidad Foral con régimen, autonomía e instituciones propias, indivisibles, integradas en la Nación española y solidaria con todos sus pueblos.»

⁶⁷ Vid. ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, op. cit., pp. 95-97.

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Potestades regladas y potestades discrecionales», op. cit., pp. 444-446.

⁶⁹ Vid. ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, op. cit., pp. 74-75.

J. Alberto del Real Alcalá

Ordenamiento jurídico no ofrece, al menos en los tres *casos fronterizos* aludidos, una explicación jurídicamente satisfactoria de cómo se ha desarrollado todo el proceso de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados que contiene el artículo 2.º de la Ley Constitucional española.

Probablemente la técnica de la *única* solución correcta como forma de resolver la indeterminación jurídica devenga demasiado *rígida* para abarcar toda la complejidad que desarrollan los Ordenamientos jurídicos modernos. Por varias razones:

(i) En primer lugar, porque esta técnica sólo aprecia la indeterminación voluntaria del legislador y no la general de las normas jurídicas, que es donde se sitúa la textura abierta y dinámica del Derecho, fuente de su *complejidad* y factor asimismo de su conservación y *perdurabilidad*. Por eso el *principle of bivalence* no es una manera *suficiente* de resolver para *todos* los casos la indeterminación del Derecho.

(ii) En segundo lugar, porque es imposible que el legislador tenga conocimiento y prevea todas las posibles combinaciones de circunstancias que depara la rica realidad. Este hecho abre la puerta a un cierto grado de *discrecionalidad* en el Derecho —que es distinta a la *arbitrariedad*—, o sea, a las decisiones que son controlables, aunque lo sean sólo a través del control de los razonamientos que las motivan⁷⁰.

(iii) En tercer lugar, porque el valor normativo y la eficacia directa de la Ley Constitucional⁷¹ dificultan el mantener una versión *fuerte* de la tesis *dworkiniana* de separación radical entre *normas* y *principios*, a partir de que los principios también son tan directamente aplicables como las normas⁷².

⁷⁰ Vid. ASÍS ROIG, R. de: *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; Robert ALEXY: *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. esp. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989; IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998; y asimismo, ATIENZA, Manuel: «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, Enero-Marzo, 1995, pp. 5-26.

⁷¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1991.

⁷² PRIETO SANCHÍS, Luis: *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 51-52: «Quienes sostienen que, dentro del Derecho, existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural o morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios [...] y que nunca aparezca cuando utilizamos la expresión reglas. Si, por el contrario se sostiene que unos mismos enunciados pueden operar a veces como reglas y a veces como principios, pero que esta operatividad o manera de funcionar es sustancialmente distinta, entonces la diferencia cualitativa no tendrá su origen en el Derecho, sino en el razonamiento o, como prefiere decir ALEXY, en el lado activo y no en el lado pasivo del Derecho; reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas.» Vid. asimismo ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho*, trad. esp. de

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

La forma de resolver la indeterminación jurídica que aporta el *principio of bivalence* recuerda, aunque no en un sentido técnico sino moral, a la de la *única* respuesta correcta que contiene la teoría jurídica de R. DWORKIN⁷³, sobre la base de que incluso en los casos difíciles y aun a través de la moralidad objetiva, el operador jurídico tiene siempre que resolver en el único sentido correcto del Derecho. Sin embargo, en mi opinión, en los casos problemáticos que aquí he observado las nociones de *verdad* y *falsedad* desde las que resuelve el *principio de la bivalencia* habría que sustituirlas por la noción de *grados de verdad*⁷⁴. Por lo que el principio de la verdad jurídica acaba presentándose más bien como el principio de la *aceptabilidad*. Y a este respecto es probable que las decisiones de aplicación del Derecho que resuelven su indeterminación en cada caso particular tenga carácter más gradual y menos bivalente de lo que pretende la técnica *clásica* de resolución de los conceptos jurídicos indeterminados.

III. BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio: «Definiciones y normas», en E. BULYGIN, M.D. FARRELL, C.S. NINO y E. A. RABOSI: *El lenguaje en el Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

ALEXY, Robert: *El concepto y la validez del Derecho*, trad. esp. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997.

ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. esp. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier: «Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales», en *Sistema*, núm. 158, 2000, pp. 93-114.

ASÍS ROIG, Rafael de: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ASÍS ROIG, Rafael de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, pról. de G. Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 1995.

ASÍS ROIG, Rafael de: *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997, p.173. Para un análisis acerca de las tesis de la separación fuerte y débil entre principios y normas, vid. COMANDUCCI, Paolo: «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, v. II, Universidad de Alicante–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 93 y ss.

⁷³ Vid. DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, trad. esp. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1995; y asimismo «Dworkin and Juridical Bivalence», en ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, op. cit., pp. 160 y ss.

⁷⁴ MORESO, J.J.: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, op. cit., p.114.

J. Alberto del Real Alcalá

- ASÍS ROIG, Rafael de: *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.
- ATIENZA, Manuel: «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85 Enero-Marzo, 1995, pp. 5-26.
- BOBBIO, Norberto: *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980.
- CARRIÓ, Genaro R.: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4.ª ed., 1998.
- CE: *Constitución Española*.
- COMANDUCCI, Paolo: «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, v. II, Universidad de Alicante–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 93 y ss.
- DELANNOI, Gil: «La Teoría de la nación y sus ambivalencias», en G. Delannoi y P.A. Taguieff (comp.), *Teorías del nacionalismo*, Paidós, Barcelona, 1993.
- DE LOS MOZOS, José Luis: *Derecho Civil: métodos, sistemas y categorías jurídicas*, Cívitas, 1988.
- DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto: «La pluralidad de lo nacional», en Manuel SEGURA ORTEGA y J. RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ (eds.): *Regiones, naciones y nacionalismos en el contexto final del siglo XX*, XIV Jornadas de Filosofía Jurídica y Política, vol. I, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago, 1994, pp. 41-61.
- DE LUCAS, Javier: «¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural», en *Multiculturalismo y diferencia: sujetos, nación, género. Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 31, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1994, pp. 15-40.
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, trad. esp. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1995.
- ENDICOTT, Timothy A.O.: *Vagueness in Law*, Oxford University Pressw, Oxford, 2000.
- ENTRENA CUESTA, Rafael: «Artículo 2.º», en *Comentarios a la Constitución*, F. GARRIDO FALLA, y otros, Cívitas, Madrid, 1985, 2ª ed.
- ESTATUOS DE AUTONOMÍA:
- EAA: Estatuto de Autonomía de Andalucía.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

EAA: Estatuto de Autonomía de Aragón.

EAA: Estatuto de Autonomía de Asturias.

EAC: Estatuto de Autonomía de Cantabria.

EAC: Estatuto de Autonomía de Cataluña.

EACLM: Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

EACYL: Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

EACM: Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

EACV: Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

EAE: Estatuto de Autonomía de Extremadura.

EAG: Estatuto de Autonomía de Galicia.

EAI B: Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares.

EAI C: Estatuto de Autonomía de las Islas Canarias.

EALR: Estatuto de Autonomía de La Rioja.

EAPV: Estatuto de Autonomía del País Vasco.

EARM: Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia.

LRYARFN: Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

GADAMER, Hans-Georg: *Verdad y Método*, Ediciones Sígueme, Madrid, 1991, 4ª ed.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Cívitas, Madrid, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Potestades regladas y potestades discrecionales», en *Curso de Derecho Administrativo*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T.R. FERNÁNDEZ, Cívitas, Madrid, 1994, t. I, 6ª ed. 1993, reimpr. 1994

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Cívitas, núm. 89, 1996, pp. 69-89.

HABERMAS, Jürgen: *Identidad nacional e identidad postnacional*. Tecnos, Madrid, 1989.

HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; trad. esp.: *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael: «Definiciones en el Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XI, 1994, pp. 367-380.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: *Derechos históricos y Constitución*, Taurus, Madrid, 1998.

J. Alberto del Real Alcalá

- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan: *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Cívitas, Madrid, 1998.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan: «El indeterminado concepto de los ‘conceptos indeterminados’», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 56, enero-abril, 2000, pp. 145-162.
- IGLESIAS VILA, Marisa: «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Universidad de Alicante–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 77-104.
- IHERING, Rudolf von: *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, vers. esp. de Enrique Príncipe Satorres, est. prel. de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 1998.
- ITURRALDE SESMA, Victoria: *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989.
- KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, trad. esp. de R.J. Vernengo, Editorial Porrúa, 7.^a ed., México DF, 1993.
- LEGUINA VILLA, Jesús: «Las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI (dirs.), Cívitas, Madrid, 1984, 2.^a reimpresión de 2.^a ed.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás: *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000.
- LÓPEZ GARCÍA, José Antonio; DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto; y RUIZ RUIZ, Ramón (eds.): *La Democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002.
- LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto (eds.): *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.
- LÓPEZ GUERRA, Luis y otros: *Derecho Constitucional*, v. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- MORESO, José Juan: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993.
- PECES-BARBA, Gregorio: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.
- PECES-BARBA, Gregorio: *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

Estado, Derecho y Democracia en el momento actual

- PECES-BARBA, Gregorio: *Ética, poder y derecho: reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- PECES-BARBA, Gregorio: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. L. Fernández Liesa, A. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid, 1995.
- PÉREZ TREMPES, Pablo: «La organización territorial del Estado», en *Derecho Constitucional*, L. LÓPEZ GUERRA, y otros, v. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- PRIETO DE PEDRO, Jesús: *Cultura, culturas y Constitución*, Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- PRIETO SANCHÍS, Luis: *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998.
- REDONDO, María Cristina: «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 20, Universidad de Alicante—Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 177-196.
- SAAVEDRA, Modesto: *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, Universidad de Granada, 1978.
- SAAVEDRA, Modesto: *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México DF., 1994.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Sistema político de la Constitución de 1978. Ensayo de un sistema (diez lecciones sobre la Constitución de 1978)*, 5.ª ed., Edersa, Madrid, 1987.
- SAINZ MORENO, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Cívitas, Madrid, 1976.
- SCHMIDT-SALZER, Joachim: *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Berlin, 1968.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional de España.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: «El desarrollo autonómico a través del Tribunal Constitucional», en *Historia 16, La España de las Autonomías. Balance polémico*, núm. 200, Diciembre 1992.
- TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, 3ª ed.