

ENTRE SEGURIDAD JURIDICA Y JUSTICIA: LOS CONCEPTOS DE CONTENIDO VARIABLE

Cristina Wójcik Radkowska
Profesora de la Universidad de Deusto

I

Los jueces, en su práctica de aplicación del derecho otorgan, sobre todo, prioridad al valor de la seguridad jurídica; lo sitúan muchas veces por encima de las posiciones morales y políticas. En las sociedades cuyo orden social está guiado por ese valor de la seguridad jurídica, donde se supone que cada miembro de la sociedad conoce sus derechos y obligaciones y donde hay mecanismos para eliminar la indeterminación o la ambigüedad de las leyes, podemos apreciar la manifestación de valores, los cuales son identificables, para muchos juristas, con el entendimiento generalizado de la justicia, es decir, la previsibilidad, la imparcialidad, la igualdad ante la ley, la ausencia de las actuaciones arbitrarias por parte de los jueces y de los órganos administrativos.

Es evidente que para asegurar la realización del valor de la legalidad, tiene determinada importancia la formulación de los textos legales. Porque garantizamos en mayor medida la seguridad jurídica cuando un juez tiene que, de modo casi automático, aplicar la regla general al caso particular. Si la formulación legal es precisa sin expresiones abiertas, vagas, valorativas, la función del juez se limita a transmitir la solución legal, según las características del caso particular, desde la regla general establecida por el legislador a la situación que exige la decisión judicial. En el caso extremo para garantizar la seguridad jurídica de modo perfecto, debiéramos eliminar al juez y sustituirlo por un ordenador que cumpliera la función de administración de la justicia.

Pero como es bien obvio, las leyes se formulan en lenguaje natural que se caracteriza, entre otras cosas, por su estructura abierta, las expresiones vagas, ambíguas, valorativas y poco precisas. Y por esta razón, para eliminar muchos conceptos indeterminados, vagos, por ejemplo, de carácter cualitativo, el legislador procura introducir en los

textos legislativos las palabras más precisas, como pueden ser las formulaciones cuantitativas. Es decir, utiliza las expresiones objetivas que pueden eliminar la posibilidad de la estimación subjetiva por parte de un juez. Así están redactadas distintas reglas en la materia civil, penal, fiscal, etc. Pero no siempre esa técnica legislativa conduce a buenos resultados.

Podemos aquí citar el conocido caso en el que el Parlamento Inglés preocupado por el desorden de la revolución francesa de 1789, estableció reglas muy estrictas de derecho penal imponiendo la obligación de condenar a la pena capital a todas las personas responsables de robo (*grand larceny*). Se calificaba como tal cualquier robo que sobrepasaba 39 shilings. Con el transcurso del tiempo, en el siglo XIX, los jurados renunciaban a condenar a la muerte bajo esta regulación legal y por eso estimaban, en todos los casos, el valor de las cosas robadas a 39 shilings. La ficción era tan evidente que, en 1808, el robo de 10 libras esterlinas fue valorado a 39 shilings¹. Poco después, la ley fue cambiada.

En la situación indicada, frente a una ficción establecida en un sistema jurídico, nos encontramos con la revuelta de los jueces (jurados) contra una regla estimada como inadecuada al caso actual. En la regulación de carácter cuantitativo, sin posibilidad de estimación adaptativa a las características de la situación particular, los jurados directamente utilizaron una ficción, una falsa calificación de los hechos, para no tener que aplicar las consecuencias legales por ellos reconocidas como inaceptables o injustas. Los jueces en el sistema continental, en casos similares, pueden dar la solución adecuada discutiendo, por ejemplo, el problema de la laguna legal o de la antinomia, alegando que el legislador no previó el caso de ese tipo o que se produce una colisión con otra regla legal. Todas estas técnicas legales de la aplicación del derecho, tienen por objetivo superar la seguridad jurídica relacionada con la estricta aplicación de una regla legal que no admite ninguna libertad de decisión alegando otros valores legales como la justicia, la equidad, el interés general etc.

El legislador, teniendo en cuenta la variedad indefinida de las circunstancias que no es capaz de prever ni de regular y a la vez sabiendo que las reglas demasiado rígidas no pueden adaptarse a la realidad cambiante, introduce, con toda claridad, en los textos legales los conceptos de contenido variable, indeterminado como, por ejemplo, la equidad, la buena fe, el orden público, las buenas costumbres, los prin-

¹ G. GOTTLIEB, *The Logic of Choice*. London 1968, p. 44.

cipios de coexistencia social². El objetivo es dejar al juez evaluar cada caso según las circunstancias correspondientes y adaptar las consecuencias legales a las características del caso concreto. En efecto, cuando un sistema legal contiene mayor número de expresiones vagas o indeterminadas aumenta la discrecionalidad decisional de los jueces en el proceso de la aplicación del derecho. Por ejemplo, se indica que el Tratado de la Comunidad Europea, contiene una enorme acumulación de este tipo de expresiones y por eso aporta un poder casi desorbitado a la Corte de Justicia de la Comunidad Europea³.

Para el análisis de los conceptos de contenido variable utilizo las herramientas conceptuales y metodológicas elaboradas por la Filosofía Analítica del Derecho. En particular hago referencia a las aportaciones de la escuela polaca de corte analítico⁴ inspirada en sus fundamentos por la filosofía analítica anglosajona⁵. Esa corriente filosófica investigó los distintos aspectos del derecho en referencia a su dimensión lingüística. La escuela polaca, en esta línea, intentó aportar mayor precisión a diversos conceptos jurídicos analizando los contextos: lingüístico, sistémico y funcional de su creación, utilización y funcionamiento.

II

En varios textos encontramos distintas expresiones que, de manera general, llamamos los conceptos de contenido variable. Se les denomina: los conceptos confusos, flojos, equívocos, ambíguos, indefinidos o incluso indefinibles, imprecisos, indeterminados, los standards, los que necesitan la referencia a los valores o los que dejan a la

² El principio de «coexistencia social» fue introducido en el derecho comunista por la Constitución de la antigua URSS en 1936. Funcionó como la cláusula general en los sistemas legales de distintos países del bloque comunista, sobre todo en el sistema legal polaco. Acerca de este tema: K. WÓJCIK, *Las cláusulas generales: concepción y funciones*. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 27, 1990.

³ H. BAUER-BERNET, *Notions indéterminées et droit communautaire*, en Ch. PERELMAN: R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984. pp. 269-295; también: *Les standards dans le divers systèmes juridique*. *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, n.º 3, 1988.

⁴ Sobre la escuela analítica polaca del derecho: J. WOLENSKI, *Filozoficzna szkoła lwowsko-warszawska*. (La escuela filosófica de Lvov y Varsovia), Warszawa, 1985.

⁵ Por ejemplo J.R. PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*. Madrid 1994; M. CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid 1994, pp. 144-167; M.D.A. FREEMAN, *Jurisprudence*, London 1994, pp. 339-390.

apreciación de un administrador o un juez los criterios de la solución de un caso⁶. Esos conceptos aparecen en varios campos de la regulación jurídica, tanto en el derecho civil, penal, administrativo, como de derecho internacional privado y público, derecho canónico etc.

Entre las expresiones de carácter variable se indica, sobre todo, el concepto tradicional de cláusula general como la equidad, la buena fe, las buenas costumbres, el orden público. A su lado podemos encontrar aquellos cuyos contenidos tienen carácter cambiante en la praxis jurídica, por ejemplo, la división de poderes, *due process of law*, las exigencias de la defensa nacional, también el general concepto de *raisonnable* o la proporcionalidad etc. La presentación solamente ejemplar de estos términos nos permite ver que los distintos autores entienden esos conceptos de modos muy diferentes⁷.

Para poder hablar de conceptos tan dispares, hay que introducir algunos principios de orden. La ordenación de estos conceptos exige la distinción entre la expresión lingüística (locución) y su significado relativizado al lenguaje determinado. Por lo general, en los análisis, hacemos referencia al lenguaje jurídico y al lenguaje jurisprudencial (de praxis jurídica). Todos los autores que discuten los problemas de los conceptos de contenido variable, asumen, aunque implícitamente, que el significado de estas expresiones depende del contexto de su utilización, es decir, de proceso de la interpretación jurídica. Esos contextos son, evidentemente, lingüístico, sistémico, funcional- relacionado sobre todo con los cambios del sentido en el transcurso del tiempo; y, lo más importante, la relación de estos contextos con el problema de los valores.

La influencia de distintos contextos sobre los significados provoca que es difícil definir con claridad los conceptos de contenido variable y que incluso se reconoce la general imposibilidad de definirlos⁸. La variabilidad de los conceptos se relaciona con la variabilidad de los significados; el hecho bien evidente en los análisis de distintas decisiones jurídicas⁹, y

⁶ La presentación más completa sobre este tema: Ch. PERELMAN y R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984; sobre la denominación de estos conceptos: Ch. PERELMAN, *Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse*. En *op. cit.: Les notions à contenu variable...* p. 365.

⁷ Los ejemplos de conceptos de contenido variable los encontramos en distintos artículos reunidos en la citada publicación: *Les Notions à contenu variable...*

⁸ J.J.A. SALMON, *Les notions à contenu variable en droit international public*. En *op. cit.: Les notions à contenu variable...* p. 265.

⁹ Por ejemplo T. GIZBERT-STUDNICKI, *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej* (Polisemia lexical en la interpretación jurídica), Krakow, 1978, y también: V. ITURRALDE, *Lenguaje legal y sistema jurídico*. Madrid 1989.

también indicado en distintos escritos sobre el lenguaje jurídico y el razonamiento jurídico¹⁰.

Como el análisis semántico no nos aporta claros criterios para definir los conceptos de contenido variable, tenemos que reconsiderar sus funciones. La teoría jurídica y también, aunque parcialmente, la regulación jurídica (por ejemplo, el derecho suizo¹¹) pone de manifiesto la diferenciación entre dos funciones básicas: por un lado, el legislador transmite al juez la competencia para fijar la decisión jurídica y, por otro, aparece la necesidad práctica para completar el contenido de la regulación jurídica. La doctrina describe bien y distingue estas dos funciones, aunque en la práctica jurídica de un juez, en el caso de la utilización de las expresiones de contenido variable, esa diferenciación no siempre queda bien clara.

Desde el punto de vista del legislador racional, aquel que de modo intencional y consciente toma la decisión de regular determinadas relaciones sociales, las nociones de contenido variable pueden describirse como «la situación intencional de la discrecionalidad»¹².

El legislador sabe que es imposible regular estrictamente ciertas relaciones sociales que cambian constantemente y, por tanto, decide utilizar estos términos como un instrumento normativo específico que en el proceso interpretativo dará paso a la adecuación de las normas interpretadas a su contexto funcional. En la práctica esto supone amplia introducción, sobre todo, de las expresiones valorativas en los textos jurídicos. Estas expresiones exigen en el proceso interpretativo la reconsideración de distintos tipos de reglas y valores que forman parte del contexto funcional de «vida». Por consiguiente el significado de una disposición jurídica concreta puede variar según dicho contexto y ajustarse a las particularidades del caso.

El legislador al introducir determinadas expresiones en el texto legal actúa, *inter alia*, según los rasgos característicos de las esferas de relaciones sociales que intente regular. Algunos modos de coexistencia social requieren una regulación elástica que sólo especifique un marco

¹⁰ Por ejemplo R. ALEXY, *Teorie der juristischer Argumentation*. Frankfurt am Main, 1978, parte C; también : A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning*, *Rechtstheorie*, n.º 12, 1981.

¹¹ J. Fr. PERRIN, *Comment le juge suisse détermine -t-il les notions juridiques à contenu variable*. . En *op. cit.*: *Les notions à contenu variable*...

¹² J. WROBLEWSKI, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa* (Teoría de la legislación racional), Warszawa, 1985, pp. 211-220; y de este autor: *A Model of Rational Law-Making*, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n.º LXV 1979, pp. 187 y ss.; K. WOJCIK, *Problems of Introducing Evaluations in the Law-Making Process*, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n.º 52, 1993, pp. 47-54.

general para la intervención del Estado, como por ejemplo, en las relaciones económicas o familiares. También en este sentido tienen su importancia las características técnicas del derecho vigente, entendidas como «las formas o los modos» de la formulación jurídica. Hay que tener en cuenta si determinada realidad social está regulada de modo abierto, general o estricto y detallado es decir, de modo casuístico. Por eso, en la regulación del derecho penal que, no solamente, prohíbe la analogía sino que también es en este sentido casuístico, las expresiones indeterminadas son menos utilizadas¹³.

Es evidente que el legislador introduce las nociones del contenido variable en la regulación jurídica con el objetivo de crear explícitamente un ámbito de discreción o margen de maniobra en la tarea del órgano de aplicación del derecho y que por esta vía hace el proceso judicial más «elástico», permitiendo su individualización. Este modo de formulación de los textos legales significa la «apertura» del sistema jurídico a los criterios extra-legales, sobre todo, a las normas y valores sociales. Esta técnica legislativa puede provocar, hasta cierto punto, la renuncia a la superioridad de los valores intra-sistémicos. Pero la introducción de los términos abiertos a la valoración extra-sistémica nunca puede conducir a una ruptura con el «marco formal» —los rasgos formales de los sistemas jurídicos (continentales)—, ni con el «marco axiológico» —el trasfondo axiológico de todo sistema jurídico—.

La especificidad de los conceptos del contenido variable se pone de evidencia especialmente en el proceso de la aplicación del derecho (proceso decisorial). La particularidad de su funcionamiento en este campo hace referencia a dos aspectos: el carácter referencial de estos términos y la creación de discreción decisoria.

El carácter referencial se manifiesta como la necesidad de que para formular una norma (una pauta del comportamiento debido) es necesario referirse a ciertos criterios extra-sistémicos, a ciertas reglas o valores que no se encuentran en el sistema legal, como por ejemplo, valores o reglas morales. En base a esa definición aceptamos la concepción del sistema jurídico en sentido restringido, es decir, compuesto solamente por las reglas promulgadas (*enacted rules*) y sus consecuencias aceptadas¹⁴.

¹³ Por ejemplo: W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung in Strafrecht*. Tübingen, 1975; J. VERHAGEN, *Notions floues en droit penal*. En *op. cit.*: *Les notions à contenu variable...* pp. 21-28.

¹⁴ J. WRÓBLEWSKI, *Decyzja sądowa a koncepcja systemu prawa* (Decisión judicial y concepción del sistema jurídico). *Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Iuridica*, n.º 28, 1978, pp. 7-10.

Dicha referencia puede adoptar dos formas: «referencia directa», cuando una disposición jurídica contiene una referencia explícita a las reglas extra-sistémicas particulares y «referencia indirecta», cuando el significado de una expresión lingüística depende del significado de un criterio extra-sistémico particular¹⁵. Esa distinción, aunque teóricamente clara, en la práctica puede provocar muchas dificultades.

Los criterios a los que se refieren los conceptos del contenido variable son de distinto tipo. Pueden ser políticos, económicos y, sobre todo, morales —el grupo más amplio—. Las propiedades de los evocados criterios extra-sistémicos permiten especificar la característica de una referencia creada por un determinado concepto variable. Para ilustrar las dificultades relacionadas con el funcionamiento de las comentadas referencias podemos presentar la relación a los valores y reglas morales.

Los análisis de la ética contemporánea resaltan que la reconstrucción del sistema moral social, entendido como un conjunto de reglas comunes para una sociedad o cultura dadas, es imposible en la macrosociedad, debido a su pluralismo moral. La estructuración de un sistema ético general para una sociedad moderna es muy difícil por la diferenciación de las reglas morales de variados grupos sociales que la constituyen. Aparece aquí un abanico de posibilidades, desde sistemas estrictamente institucionalizados, por ejemplo, de reducidos grupos sociales, hasta la moralidad autónoma y personal. Incluso las reglas comunes de distintos sistemas morales pueden ser interpretadas de modo distinto. Por esa razón, en el caso de la referencia a la moralidad general, podemos solamente hablar sobre la «construcción» de ciertos fragmentos de los sistemas morales que realicen determinados ideales éticos, sociales y/o políticos¹⁶. Así, en las referencias a los criterios morales hay que distinguir entre aquellos que se relacionan con los sistemas de grupos sociales concretos (más fáciles para la reconstrucción) y aquellos que hacen referencia al sistema moral general de la sociedad determinada.

Los juristas, en el proceso interpretativo, asumen el carácter sistémico de los valores del propio sistema jurídico y también el carácter

¹⁵ J. WROBLEWSKI, *Uzasadnienie systemow etycznych a etyka niezalezna* (Justificación de los sistemas éticos y ética autónoma). *Studia Filozoficzne*, n.º 5, 1974, p. 89.; también en general: R.B. BRANDT, *Teoría ética*, Madrid 1982; W.D. HUDSON-*La filosofía moral contemporánea*. Madrid 1970.

¹⁶ Este tema fue tratado en la literatura polaca. Por ejemplo M. ZIRK-SADOWSKI, *Postulat etyki bezkodeksowej a stosunek prawa do moralnosci* (El postulado de la ética normativa y la relación entre el derecho y la moral). *Acta Universitatis Lodziensis Folia Iuridica*, n.º 25, 1979.

sistémico de los valores referenciales extra-legales. En este segundo caso, eso significa «reconstruir» una parte, un fragmento de un sistema valorativo (moral u otro) necesario para decidir un caso determinado; sobre todo, solucionar los posibles conflictos entre los valores extra-legales recurridos para la formulación de la decisión final. Esta sistematización de tipo parcial no contradice a la aceptación del carácter variable, en el tiempo y en el espacio, de estos valores o criterios.

Los conceptos de contenido variable influyen de modo especial en el proceso de aplicación del derecho, creando esferas particulares de discreción para un juez (*lee-ways*)¹⁷.

La existencia de una discreción, sobre todo referida a la interpretación jurídica, depende de modo importante de la característica del lenguaje jurídico. El derecho, tratado en su dimensión lingüística, está inevitablemente sometido a la interpretación. La discrecionalidad interpretativa, en general y sobre todo, se relaciona con el significado de los términos de una proposición jurídica. En el caso de aparición de una noción de contenido variable, esa discrecionalidad, de alguna manera se acentúa especialmente si es un caso de criterios valorativos que implican elecciones axiológicas.

La discreción, en el caso de estas nociones o conceptos, aparece gracias a la decisión «consciente» e intencional del legislador racional, que asume la falibilidad relativa de su conocimiento de la realidad que está regulando y la relativa indeterminación de sus fines y/u objetivos que quiere obtener gracias a esta legislación¹⁸. Por la indicada razón, el legislador no regula de modo estrictamente determinado una situación fáctica futura, dejando en manos de los jueces la estimación exacta de esta situación e indicación de las consecuencias jurídicas correspondientes; es decir, crea una «zona» de discreción a los órganos que aplican el derecho.

La discrecionalidad relacionada con las formulaciones abiertas, variables introducidas en los textos legales, podemos caracterizarla del modo siguiente:

¹⁷ J. WROBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*. Dordrecht, 1992, pp. 420-427; también: J. IGARTUA, *Discrecionalidad técnica, motivación y control de la decisión judicial*. Madrid, 1998; J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid 1997.

¹⁸ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp. 121-123; sobre el legislador racional: L. NOWAK, *De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique*, en: *Contribution polonaises à la théorie du droit et de l'interprétation juridique*. Bruxelles, 1969; Z. ZIEMBINSKI, *La notion de rationalité du législateur*. Archives de Philosophie du Droit. 1978, pp. 175-187.

- normalmente es una discrecionalidad explícita; es decir, la formulación legal indica al juez la necesidad de recurrir determinados criterios extra-legales en el proceso decisonal;
- en la inmensa mayoría de los casos, la discrecionalidad está relacionada con la existencia de los criterios valorativos necesarios para el establecimiento del sentido de una regla jurídica interpretada;
- es una discrecionalidad enfocada hacia los criterios extra-sistémicos;
- esa discrecionalidad no es totalmente «libre», está «guiada», aunque de modo general, por la formulación de los «tipos» de criterios que tienen que ser considerados en el proceso interpretativo;
- esa discrecionalidad no está legalmente protegida; puede ser recurrida en la revisión de la decisión.

Las expresiones analizadas, no solamente crean determinadas esferas de discreción interpretativa, sino que también pueden influenciar los márgenes de discreción de otros aspectos de las fases de aplicación del derecho, o sea, la discreción en las decisiones de validez, de evidencia, de interpretación y de elección de consecuencias¹⁹.

La creación por parte de los conceptos de contenido variable de indicadas esferas de discrecionalidad se relaciona, de modo muy evidente, con el funcionamiento de otros «mecanismos» que pueden influenciar o corregir estas libertades decisivas. Podemos mencionar, en ese contexto, determinadas formulaciones legislativas introducidas por el legislador con el objetivo de poner un «rigor» para el proceso de aplicación del derecho, calificadas, por ejemplo, como vinculantes (legales), directivas interpretativas y de aplicación del derecho²⁰, los principios del derecho (sobre todo constitucionales que marcan el sentido axiológico de todo sistema jurídico)²¹ y también la jurisprudencia vinculante, especialmente del tribunal constitucional.

¹⁹ J. WROBLEWSKI, *Kontrola decyzji sadowej. Wybrane zagadnienia* (Control de la decisión judicial. Problemas teóricos), *Panstwo i Prawo*, n.ºs 8-9, 1976, pp. 19-21.

²⁰ Como ejemplo, podemos indicar: el artículo 4 del Código Civil polaco o el artículo 3.1 del Código Civil español; y también: J. WROBLEWSKI, «Constitución y teoría general de la interpretación». *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1985.

²¹ Sobre el concepto de los principios jurídicos: N. BOBBIO *la voz «Principii generali di diritto»*. *Novissimo Digesto italiano*, tomo XIII, Turin, 1966; J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*. *Yale Law Journal* n.º 81, 1972.; J. WROBLEWSKI, *Le rôle des principes du droit dans la théorie et l'idéologie de l'interprétation juridique*. *Archivum Iuridicum Cracoviense*, n.º 17, 1984, pp. 5-27.

Como hemos anteriormente indicado, la característica de los criterios extra-sistémicos recurridos por los jueces en el proceso decisonal es muy relevante para el ámbito de la discrecionalidad creada por las expresiones abiertas. En el caso de sistemas bien definidos y estructurados en los mencionados criterios extra-legales (por ejemplo, los sistemas morales de grupos formalizados), se podría hablar incluso sobre la posible eliminación, casi por completo, de las esferas de discrecionalidad. El juez, aplicando el derecho, formularía solamente valoraciones relativizadas a los indicados sistemas de criterios²².

Last but not least, la ideología de la decisión judicial, legal y racional indica los valores y los fines y objetivos que tiene que realizar la regulación jurídica y, sobre todo, el juez en el proceso de aplicación del derecho²³. El juez, en el proceso decisonal, actúa dentro del marco discrecional establecido de modo explícito por el legislador. Para asegurar la legalidad de las decisiones judiciales se exige que éstas siempre se ajusten a los criterios preestablecidos, es decir ya aquí mencionados, el «marco formal» —los rasgos formales de los sistemas jurídicos continentales— y, lo que es más importante, el «marco axiológico» —el trasfondo axiológico de un sistema jurídico determinado—.

III

Para la recapitulación, podemos indicar que el legislador, independientemente de sus intenciones, tiene que tomar en consideración las características del lenguaje jurídico y prever las posibles interpretaciones de la regulación establecida²⁴. La interpretación operativa del juez ocurre cuando existen dudas sobre el significado de una regla jurídica y por supuesto, en estos casos, la opinión si *lex clara est* depende normalmente de las valoraciones del órgano que aplica la ley²⁵.

Según la axiología jurídica, las expresiones valorativas en la interpretación jurídica, pueden ser reconocidas como claras o no, pero también lo mismo podemos opinar sobre los términos de carácter descriptivo, por ejemplo, «el secreto profesional»²⁶. Por esa razón, parece

²² J. WROBLEWSKI, *Stosunki między systemami norma* (Relaciones entre sistemas de normas), *Studia Prawno-Ekonomiczne*, n.º VI, 1971, pp. 12-16.

²³ J. WROBLEWSKI, *The Judicial Application of Law...*, cap. XIV; también: L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid 1987.

²⁴ J. WROBLEWSKI, *Teoría racjonalnego tworzenia prawa...*, cap. XI.

²⁵ J. WROBLEWSKI, *The Judicial Application of Law...*, p. 118.

²⁶ R. LEGROS, *Notions à contenu variable en droit pénal*. En *op. cit.: Les notions à contenu variable...*

demasiada simplificación el reconocimiento de que la «delegación del poder decisivo» por parte del legislador al juez es únicamente el aspecto de mera técnica legislativa. Independientemente de esa solución técnica, son los órganos que aplican el derecho los que deciden sobre la necesidad y, en cierto modo, sobre el resultado de la decisión interpretativa.

En relación a estas consideraciones teóricas, podemos distinguir cuatro tipos de situaciones del funcionamiento de los conceptos del contenido variable en la aplicación jurídica:

- a) El legislador envía (*renvoi*) de modo expreso a las reglas extrasistémicas (por ejemplo, en el derecho de familia francés²⁷ o en el derecho suizo²⁸).
- b) El legislador crea una discrecionalidad (*lee-ways*) al órgano de aplicación del derecho.
- c) La discrecionalidad interpretativa existe gracias a las propiedades del lenguaje jurídico.
- d) La discrecionalidad interpretativa aparece en el nivel pragmático porque se reconoce como poco clara o dudosa la regla jurídica en el contexto de su aplicación.

Podemos considerar que los casos a) y b) son ejemplos de la técnica legislativa, mientras que el caso c) está determinado por la semántica o la sintaxis del lenguaje jurídico, y el tipo d) depende de la función pragmática del lenguaje jurídico y/o de las características de la interpretación jurídica.

La estimación general de los conceptos de contenido variable no es fácil. La opinión común los ve como los elementos que permiten evitar «el bloqueo» del funcionamiento del sistema legal. Es un modo necesario para el legislador quien no quiere y/o no puede, de manera estricta, regular determinadas dimensiones de la realidad social y por esa razón es imprescindible que el juez o administrador posea una esfera de la «libertad» para su decisión. Esa técnica legislativa es bien conocida desde los tiempos pasados cuando la regulación jurídica demasiado casuística provocó la famosa «*Die Flucht in die Generalklauseln*»²⁹.

Independientemente de estas reconsideraciones, hay que reconocer la necesidad de las formulaciones suficientemente precisas y determi-

²⁷ J. CARBONNIER, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille* En, *op. cit.*: *Les notions à contenu variable...*

²⁸ J. Fr. PERRIN, *Comment le juge suisse détermine-t-il les notions à contenu variable.* En *op. cit.*: *Les notions à contenu variable...*

²⁹ J. W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*. Tübingen, 1933.

nadas en el lenguaje jurídico, a la vez teniendo en cuenta que esto no va a eliminar la interpretación jurídica, porque ésta depende de las propiedades del lenguaje jurídico como un registro del lenguaje natural.

En el nivel axiológico, podemos indicar que el funcionamiento de las nociones del contenido variable está relacionado con la implicación de los valores en la aplicación del derecho³⁰ Estas expresiones, en muchos casos, envían al juez a los valores, sobre todo extra-legales, y en estos casos tiene menor importancia el valor básico de todo sistema jurídico —la seguridad jurídica—. La influencia de esos conceptos en determinadas situaciones decisionales provoca que en el proceso de aplicación del derecho se realicen otros valores por encima del valor de la seguridad y certeza jurídica, aunque, a veces, estas actuaciones pueden poner en peligro la coherencia y uniformidad de todo sistema jurídico.

Este punto de vista axiológico permite, de alguna manera, definir el significado del término «la noción de contenido variable» como la situación en la que no es posible establecer la uniformidad, la previsibilidad de la decisión jurídica y la igualdad ante la ley. Este punto de vista pragmático permite diferenciar los términos del contenido variable en los textos legales, pero no soluciona el problema de su identificación definitiva. La definición, en última instancia, va a depender de la práctica legislativa y de la práctica de aplicación del derecho porque en estas actuaciones se manifiestan los modos de la utilización del lenguaje jurídico.

Cristina Wojcik Radkowska
Julio 2002

³⁰ Sobre los valores de la seguridad y de la certeza jurídica: Ch. PERELMAN, *Justice, Law and Argument*. Dordrecht-Boston-London, 1980, cap. X ; y también: J. WROBLEWSKI, *Wartosci a decyzja sadowa* (Valores y decisión judicial) Ossolineum, 1973, cap. IV.