

# njib

20

REVISTA JURÍDICA DE LES ILLES BALEARS

*Com debaten els membres d'un tribunal*

•

*Assassinats en sèrie i presó permanent revisable*

•

*La insularitat mediterrània en el marc de la política  
de cohesió de la Unió Europea*

•

*Un nou repartiment federalitzant de competències*

•

*COVID-19 i desobediència*

•

*Índexs acumulats (núm. 1-20)*

# rjib20

*Com debaten els membres d'un tribunal*

•

*Assassinats en sèrie i presó permanent revisable*

•

*La insularitat mediterrània en el marc de la política de cohesió de la Unió Europea*

•

*Un nou repartiment federalitzant de competències*

•

*COVID-19 i desobediència*

•

*Índexs acumulats (núm. 1-20)*

**2021**

### Coedició

Conselleria de Presidència,  
Funció Pública i Igualtat  
Institut d'Estudis Autònoms  
C/ de Sant Pere, 7, 4t  
07012 Palma (Illes Balears)  
Tel.: 971 177195 / Fax: 971 176359  
iea@caib.es  
<http://iea.caib.es>

Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats  
de les Illes Balears  
La Rambla, 10  
07003 Palma (Illes Balears)  
Tel.: 971 179409 / Fax: 971 719206  
fundacio@icaib.org  
<https://www.icaib.org>

### Subscripcions i contacte

Secretaria del Consell de Redacció de la RJIB  
La Rambla, 10. 07003 Palma (Illes Balears)  
secretariarjib@gmail.com

---

**Director** ..... Carlos Gómez Martínez

**Consell de redacció** .....

Felio J. Bauzá Martorell  
José Ángel Torres Lana  
Antonio J. Terrasa García  
Tomás Mir de la Fuente  
Eva M. Cardona Guasch  
Antoni Benlloch Ramada  
Carlos Jiménez Gallego  
Margarita Cunill Crespí  
Ángel C. Navarro Sánchez  
Antoni Canals Prats

**Secretari** ..... Lluís J. Segura Ginard

---

De l'edició: © Institut d'Estudis Autònoms i Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears

Dels textos: © Els autors

Del disseny del núm. 1 de la RJIB: © Ludmila Rivacoba Wamba

---

ISSN: 1697-1272

ELS ARTICLES EXPRESSEN EXCLUSIVAMENT L'OPINIÓ DELS SEUS AUTORS.

# rjib20

## SUMARI

### ESTUDIS

- Josep Aguiló Regla. *«El tribunal se retira a deliberar». Un desafío teórico para juristas prácticos* ..... 11
- José Manuel de Paúl Velasco. *Los asesinatos reiterados o en serie: el inextricable artículo 140.2 del Código Penal*.....31
- Joan David Janer Torrens. *La insularitat mediterrània en el marc de la política de cohesió de la Unió Europea* .....59
- Bruno Córdoba Sánchez. *Reforma constitucional: un nou repartiment federalitzant de competències* .....89

### COMENTARIS I NOTES

- Ángel Custodio Navarro Sánchez. *La Ley 7/2019 para la sostenibilidad medioambiental y económica de la isla de Formentera: referencia especial a la movilidad y tráfico automovilístico*..... 121
- Luis Manent Alonso. *Las singularidades de las reclamaciones por daños causados por las administraciones públicas como consecuencia de la COVID-19*..... 139

## COMENTARIS DE JURISPRUDÈNCIA

Jaume Munar Fullana. <i>La configuració de la darrera paraula en el procés penal com a manifestació del dret fonamental a la defensa</i> .....	176
Jaume Munar Fullana. <i>Delimitació, i extensió, de l'àmbit de la normativa bàsica estatal en matèria de contractació del sector públic</i> .....	180
Miquel Masot Miquel. <i>Validesa del pacte de donació amb definició de llegítima atorgat per una ciutadana francesa i els seus fills, residents tots ells a Mallorca</i> .....	191
Carlos Gómez Martínez. <i>L'habitatge en temps de crisi: la situació de vulnerabilitat no és títol per a l'ocupació immobles</i> .....	204
Eduardo Calderón Susín. <i>COVID-19 y desobediencia</i> .....	210
Fernando Socías Fuster. <i>El decret de protecció de la posidònia i els límits dels reglaments per tipificar infraccions administratives</i> .....	219
Fernando Socías Fuster. <i>El rescat de la concessió del túnel de Sóller: la necessitat de justificar-ho en raons d'interès públic</i> .....	223
Ferran Gomila Mercadal. <i>La jurisdicció social és competent per conèixer de la reclamació de l'import corresponent a l'IRPF per la quantitat percebuda pel treballador en concepte d'indemnització per extinció contractual</i> .....	227
Ferran Gomila Mercadal. <i>La «cosa jutjada» pot perdre l'empremta d'immutabilitat de la situació jurídica creada per sentència ferma quan confronta litigis individuals amb un litigi arbitrat en matèria de conflicte col·lectiu</i> .....	230
Ferran Gomila Mercadal. <i>La jubilació activa no procedeix quan la contractació de personal la duu a terme la persona física que en realitat és el soci únic d'una societat mercantil</i> .....	233

## **ACTIVITAT REGISTRAL**

Antoni Canals Prats. <i>Desheredación injusta: legitimación y derecho de representación</i> .....	238
---	-----

## **ACTIVITAT NORMATIVA**

Lluís Isern Estela. <i>Crònica de la legislació autonòmica més rellevant (desembre 2020-maig 2021)</i> .....	246
--	-----

Jesús García Garriga. <i>Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia: el nacimiento de un nuevo derecho individual</i> .....	255
---	-----

## **LLIBRES**

<i>Economía de plataformas: retos y normativa</i> . J. FRANCH FLUXÀ (dir.). Per Núria García Canals. ....	266
--	-----

<i>Las tarifas como instrumentos de financiación de los servicios aeroportuarios en el Derecho español</i> . R. J. NAVARRO GÓMEZ. Per Bartomeu Trias Prats. ....	270
---	-----

## **ÍNDEXS ACUMULATS (núm. 1-20)**

Per Marta Neus López Cortès

<i>Abreviacions</i> .....	276
<i>Índex d'autors</i> .....	277
<i>Índex analític</i> .....	298
<i>Índex de jurisprudència</i> .....	331

# «El tribunal se retira a deliberar». Un desafío teórico para juristas prácticos<sup>\*</sup>

**Josep Aguiló Regla<sup>\*\*</sup>**

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Alicante

## RESUMEN

El artículo aborda dos cuestiones de método jurídico. La primera es la de si en los casos convencionalmente no resueltos (los que en principio admiten más de una respuesta) los jueces deciden discrecionalmente o tienen el deber de hallar la mejor respuesta (la única correcta). La segunda cuestión es la de cómo deben debatir los magistrados cuando se enfrentan a un caso que, en principio, admite más de una respuesta. El desafío teórico para juristas prácticos radica en que, por lo general, tienden a dar respuestas incompatibles entre sí a estas dos cuestiones.

**Palabras clave:** método jurídico, tesis de la discrecionalidad judicial, tesis de la única respuesta correcta, casos difíciles, casos controvertidos.

## RESUM

L'article tracta dues qüestions de mètode jurídic. La primera és la de si en els casos convencionalment no resolts (els que en principi admeten més d'una resposta) els jutges decideixen discrecionalment o tenen el deure de trobar la resposta millor (l'única correcta). La segona qüestió és la de com s'han de debatre els magistrats quan s'enfronten a un cas que,

---

<sup>\*</sup> Artículo sometido a evaluación ciega: 18.04.2021. Aceptación final: 18.05.2021.

Este texto reproduce de manera aproximada dos intervenciones no publicadas. Una, «El tribunal se retira a deliberar» en el *Curs de formació continuada descentralitzada sobre deliberació*, organizado por los magistrados Gabriel Oliver Koppen y Carlos Gómez Martínez, que tuvo lugar en Palma el 17 de mayo de 2019. Otra, «The right answer and judicial debate» presentada en el *VII Spanish-Finnish Seminar in Legal Theory: Postpositivism*, celebrado en Alicante los días 24, 25 y 26 de mayo de 2018.

<sup>\*\*</sup> ORCID: 0000-0002-8560-8802.

en principi, admet més d'una resposta. El desafiament teòric per a juristes pràctics radica que, generalment, tendeixen a donar respostes incompatibles entre si a aquestes dues qüestions.

**Paraules clau:** mètode jurídic, tesi de la discrecionalitat judicial, tesi de l'única resposta correcta, casos difícils, casos controvertits.

#### ABSTRACT

The paper addresses two questions of legal method. The first is whether in conventionally unsolved cases (those that in principle admit more than one answer) the judges decide discretionally («judicial discretion» thesis) or they have the duty to find the best answer («one right answer» thesis). The second question is how judges should debate when faced cases that, in principle, admit more than one answer. The theoretical challenge for practical jurists is that, in general, they tend to give incompatible answers to these two questions.

**Key words:** legal method, judicial discretion thesis, one right answer thesis, hard cases, controversial cases.

#### SUMARIO

**I. Introducció. II. La tesis de la discrecionalidad judicial vs. la tesis de la respuesta correcta.** 1. *La tesis de la discrecionalidad judicial.* 2. *La tesis de la respuesta correcta.* 3. *Las implicaciones dialógicas de las tesis de la indeterminación y de la incertidumbre.* **III. Sobre los debates en general.** 1. *¿Qué es debatir?* 2. *Modos de debatir.* A. *Disputa.* B. *Controversia.* C. *Deliberación.* D. *Debate consensual.* **IV. «El tribunal se retira a deliberar».** 1. *El debate judicial debe ser no actoral.* 2. *El debate judicial debe ser temático.* 3. *De la deliberación a la controversia.* **V. El desafío teórico (el dilema).** **VI. Epílogo.** **VII. Bibliografía.**

#### I. Introducció

¿Cómo debaten los miembros de un tribunal? No soy científico social y no he realizado un estudio de campo que me permita aventurar hipótesis descriptivas respecto de los debates reales que los jueces mantienen. Tampoco he hecho una revisión a fondo de la literatura relevante al respecto que me habilite para emitir



juicios relativamente fundados sobre cómo deliberan de hecho los jueces. No soy ni he sido magistrado y, en consecuencia, tampoco puedo contarles mi experiencia con la pretensión de que, una vez compartida y contrastada con la de otros magistrados, pudiera servirme de base para hacer algunas generalizaciones no apresuradas ni indebidas. En definitiva, nada me avala especialmente para hablar de la realidad de los debates judiciales. Puedo compartir con muchos de ustedes las sospechas de que tal o cual caso fue pésimamente debatido y cosas por el estilo; pero eso y nada es lo mismo. En conclusión, no estoy en condiciones de hacer una contribución solvente sobre la realidad de los debates judiciales.

Sí puedo, sin embargo, hablar de dos cuestiones teóricas muy vinculadas con el debate judicial y que tienen una gran trascendencia práctica. La primera es la de si hay una única respuesta correcta para cada caso judicial. Es decir, en los casos convencionalmente no resueltos, los que en principio admiten más de una respuesta (porque, por ejemplo, no hay precedentes, ni convenciones interpretativas claras, ni criterios compartidos de valoración de un tipo de prueba, etc.), los jueces deciden discrecionalmente o tienen el deber de hallar la mejor respuesta (la única correcta). La segunda cuestión es la de cómo deben debatir los magistrados cuando se enfrentan a un caso que, en principio, admite más de una respuesta. Nótese que ninguna de las dos preguntas está formulada como una cuestión de «hecho» (cómo de hecho deciden o debaten), sino de «derecho» (cómo deben decidir o debatir). En efecto, ninguna de ellas es empírica y, en consecuencia, su respuesta no podrá hallarse observando qué ocurre en la realidad. En los hechos habrá de todo: desde magistrados arbitrarios (autoritarios) incapaces de debatir hasta jueces excelentes escrupulosamente racionales. Son, pues, preguntas metodológicas, de concepción de la racionalidad y del método jurídicos. Y sus respuestas tendrán una extraordinaria relevancia práctica: nos permitirán emitir juicios fundados sobre la «bondad» de los jueces y la calidad de los debates judiciales. Admitamos, pues, aunque sea provisionalmente, que se trata de cuestiones teóricas y simultáneamente relevantes.

¿Dónde está el desafío anunciado en el título de este trabajo? Mi hipótesis es que la mayoría de los lectores (que imagino juristas prácticos) se adherirán, por un lado, a la tesis de la discrecionalidad judicial y, por otro, a la de que el debate judicial debe guiarse por las reglas de una deliberación (un tipo específico de debate que se aclarará más adelante). ¿Qué problema hay? El desafío reside donde se encuentran siempre los desafíos teóricos: en la contradicción (o incompatibilidad) entre tesis aceptadas. Los juristas prácticos que acepten ambas tesis (y mi intuición me dice que será la mayoría) se verán «desafiados» porque o

bien muestran que el planteamiento hecho en este trabajo está equivocado, o bien deberán abandonar una de las dos tesis en conflicto. Naturalmente siempre cabrá «tirar p' adelante» con la «contradicción» a cuestas, pero ello solo significará que no se ha aceptado el desafío teórico.

Para jugar a este «juego» le pido al lector dos cosas. Una, que se deje llevar, que no ataje con una pseudorespuesta que le permita «evadir la cuestión» a la primera dificultad que encuentre. Otra, que invierta algún esfuerzo intelectual. Del mismo modo que no es posible jugar al fútbol sin correr, los desafíos teóricos exigen alguna concentración intelectual. Naturalmente, nadie tiene el deber de jugar; pero jugar exige siempre alguna forma de «esfuerzo».

Procederé del siguiente modo. En primer lugar, expondré de la manera más clara de que soy capaz la discusión contemporánea entre la «tesis de la discrecionalidad judicial» y la «tesis de la única respuesta correcta». Después abriré un breve excursu orientado a exponer «cuatro modos de debatir» que nos permita abordar de manera relativamente rigurosa la cuestión del debate judicial. A continuación, recordaré el desafío y formularé el dilema. Y, finalmente, añadiré un breve epílogo.

## II. La tesis de la discrecionalidad judicial vs. la tesis de la respuesta correcta

¿Hay o no hay una única respuesta «correcta» para cada caso judicial? Resulta muy fácil encontrar ejemplos que nos permitan aterrizar la cuestión y nos ayuden a no pensar meramente en abstracto. Consideremos, por ejemplo, problemas de calificación<sup>1</sup> y distinciones tales como «abuso y agresión sexual», «interés normal del dinero e interés usurario», o conceptos como «buena fe», «fuerza mayor», «rebelión», «enaltecimiento del terrorismo», etc. Todas estas distinciones y/o conceptos tienen un campo de aplicación claro, nítido, indiscutido. Es lo que llamamos la convención establecida en torno a ellos (casos con una respuesta clara). Pero también es fácil encontrar casos situados en los límites convencionales

---

<sup>1</sup> N. MACCORMICK tiene una tipología de casos difíciles. Respecto de los problemas que pueden afectar a la premisa fáctica de un razonamiento jurídico distingue entre problemas de prueba (no se sabe qué ocurrió, no están claros los hechos) y problemas de calificación (se sabe qué ocurrió, se conocen los hechos, pero se duda respecto de su calificación jurídica). MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

de cada uno de esos conceptos. Entre la zona de claridad (aplicación indubitada del concepto) y la de oscuridad (no aplicación indubitada del concepto) se hallan las zonas de penumbra que caracterizan las fronteras (los límites) de muchos conceptos jurídicos. Este fenómeno, perfectamente conocido, nos permite hablar de los límites de las convenciones vigentes en el Derecho.

¿Cómo se resuelven jurídicamente estos casos? A continuación, voy a «telegrafiar» las claves de la discusión oponiendo la tesis de «la discrecionalidad judicial» a la tesis de «la única respuesta correcta».<sup>2</sup>

### 1. La tesis de la discrecionalidad judicial

*Grosso modo*, todo el positivismo jurídico que ha asumido los planteamientos hartianos<sup>3</sup> ha aceptado la idea de que a un juez se le pueden presentar casos que admiten más de una respuesta correcta. Es decir, casos en los que el Derecho (el sistema jurídico) le obliga a decidir, pero no le cierra la decisión: se encuentra ante diversas respuestas posibles. Imaginemos un caso como los antes referidos que involucra un problema de vaguedad conceptual en el que no hay precedentes ni convenciones interpretativas claras que permitan resolver dicho problema. En casos así, se dice, el juez decide discrecionalmente, libremente; esto es, decide no determinado por el Derecho. Y lo hace así porque el Derecho está, precisamente, indeterminado para ese caso. No establece lo que «debe ser». Que la decisión sea jurídicamente discrecional no significa que sea una decisión errática o sin criterio alguno. Significa solo que los criterios que el juez usa para decidir y justificar esa decisión no pertenecen al Derecho; están fuera del mismo. Por eso, precisamente, el Derecho está indeterminado en relación con ese caso. Imaginemos que el juez puede razonar tanto por analogía como *a contrario sensu* y que no hay una

---

<sup>2</sup> La discusión que voy a exponer a continuación deja fuera algunas cuestiones importantes. Por ejemplo, no voy a abordar las posiciones representadas por el viejo formalismo, que sostiene la completitud del sistema jurídico (todos los casos son claros), ni las de los autores llamados «críticos o escépticos», que pretenden que nunca hay claridad porque el Derecho está «radicalmente indeterminado». Tampoco voy a abordar situaciones tales como cuando un magistrado propone al tribunal revisar una convención plenamente asentada; por ejemplo, propone modificar una línea jurisprudencial o exceptuarla. Esta última discusión involucra elementos que están más allá de los límites de lo aquí abordable.

<sup>3</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961 [*El concepto de Derecho* (trad. de Genaro R. Carrió). México: Editora Nacional, 1980].

convención establecida sobre si procede una u otra forma de razonamiento para ese caso. El juez usará una u otra, pero elegirá libremente cuál utiliza ¿Por qué? Porque la cuestión no está determinada por el Derecho, por la convención vigente. El juez elige (decide discrecionalmente) el criterio que le permite preferir una u otra técnica de razonamiento dentro del perímetro normativamente marcado.

Desde esta perspectiva, la famosa distinción entre *easy cases* y *hard cases* (en seguida se verá por qué no traduzco todavía estas expresiones) debe entenderse de la siguiente manera. Un caso judicial es *easy* cuando tiene una única respuesta convencionalmente aceptable, es decir, cuando el sistema de reglas resuelve el caso (**caso claro**). Por el contrario, es *hard* cuando tiene más de una respuesta convencionalmente aceptable y, en consecuencia, exige una decisión discrecional (es decir, no determinada por el sistema jurídico). El sistema jurídico determina el perímetro de la decisión, pero no la decisión misma (recuérdese la metáfora de la «rosquilla»<sup>4</sup>). Desde esta concepción del Derecho, que un caso sea *hard* no implica que sea difícil, solo que es controvertido (que no hay convención aplicable que lo resuelva y que, por tanto, genera posiciones enfrentadas). Lo importante es darse cuenta de que, desde esta concepción, se trata de casos que no tienen una única solución jurídica y que requieren de una decisión discrecional. Por tanto, desde esta perspectiva, *hard case* significa **caso controvertido**. La manifestación exterior más clara de la falta de convención vigente en estos casos es, precisamente, la controversia generada en torno a ellos: la concurrencia de opiniones (creencias) enfrentadas sobre cómo hay que resolver el caso recurriendo a razones que están más allá del Derecho establecido.

## 2. La tesis de la respuesta correcta

De nuevo, *grosso modo*, puede decirse que el postpositivismo que ha hecho suyos los planteamientos dworkinianos<sup>5</sup> acepta también que puede haber casos que admitan más de una respuesta convencionalmente permitida. Ahora bien, el

---

<sup>4</sup> La metáfora es clara. Una rosquilla es un dulce en forma de rosca (un círculo con un agujero en medio). En el agujero no hay dulce («no hay Derecho»), pero los límites del agujero vienen dados por el propio dulce («por el propio Derecho»).

<sup>5</sup> DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986 [*El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1997]; y *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2011 [*Justicia para erizos*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014].

Derecho (el método jurídico) además de una fase interpretativa (*interpretive stage*) en la que pueden emerger diversas respuestas alternativas admitidas por el sistema jurídico cuenta también con una fase postinterpretativa (*postinterpretive stage*) en la que es posible justificar que una de esas respuestas alternativas es la mejor (la correcta).<sup>6</sup> Los casos no resueltos convencionalmente generan incertidumbre porque la solución no es patente, manifiesta, explícita; pero la incertidumbre no equivale a la indeterminación. Ello es así porque en el Derecho no solo hay reglas, también hay principios.<sup>7</sup>

Desde esta perspectiva, la distinción entre *easy cases* y *hard cases* debe entenderse de una manera diferente a la anterior. Un caso será *easy* (igual que antes) en la medida en que tiene una única respuesta convencionalmente aceptable; y un caso será *hard* si tiene más de una respuesta convencionalmente aceptable. La diferencia con el planteamiento anterior estriba, pues, en lo siguiente: si la convención resuelve el caso, el caso tiene una solución fácil (**caso fácil**); si la convención no lo resuelve, entonces el caso es difícil y habrá que encontrar la solución construyendo un discurso jurídico justificativo (**caso difícil**). El Derecho no está indeterminado, pero en ciertos casos resulta problemático, incierto: no estamos seguros de la respuesta correcta. La indeterminación (no hay una única respuesta correcta) no es lo mismo que la incertidumbre (no sabemos cuál es la respuesta correcta).

---

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión, véase el capítulo VII («¿Cómo evaluar las argumentaciones?») de ATIENZA, M. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

<sup>7</sup> No es cierto, a pesar de que se repite muchas veces, que los principios debilitan a las reglas y que la ponderación es un ardid argumentativo para eludir la aplicación de reglas. El punto de partida para entender bien la relación reglas/principios es darse cuenta de que toda regla expresa ya una ponderación de principios y que, en consecuencia, tiene siempre una justificación: tiene un sentido protector y/o promocional de ciertos bienes jurídicos. Por ello, la ponderación es, en realidad, una operación anterior y más básica que la subsunción. No hace falta insistir en que no se trata de una cuestión de hechos, sino de método: en los hechos no hay forma de dirimir si una regla expresa únicamente una voluntad o también una ponderación. Este punto es fundamental porque acaba afectando a todas las operaciones del método jurídico que tengan que ver con la idea de «correcta aplicación del Derecho (de las reglas)». Todas esas operaciones guardan relación con la noción de «lealtad a las reglas», de «aplicación leal de las reglas»: ¿ser leal a una regla es serlo solo a su expresión lingüística o serlo también a la ponderación que la justifica? Reconocer el papel justificativo y valorativo de los principios jurídicos es esencial para poder hablar de mejor respuesta, de respuesta correcta.

Resumamos las conexiones teóricas que en forma de corolarios hemos trazado. La tesis de la discrecionalidad judicial conlleva la tesis de la indeterminación del Derecho en los **casos controvertidos**; y la tesis de la única respuesta correcta conlleva la tesis de la incertidumbre en los **casos difíciles**.

### *3. Las implicaciones dialógicas de las tesis de la indeterminación y de la incertidumbre*

Hasta aquí nada nuevo. Me he limitado a exponer con mejor o peor fortuna dos lugares comunes de la teoría del Derecho contemporánea y a estipular el uso de algunas palabras. Lo interesante ahora está en averiguar las implicaciones dialógicas que estos planteamientos conllevan. ¿Cómo inciden las tesis de la indeterminación y de la incertidumbre en la concepción del «debate jurídico entre jueces»? Nuestro objetivo es abordar la cuestión de cómo deben debatir los miembros de un tribunal los casos que, en principio, admiten más de una respuesta. Para alcanzar este objetivo es completamente imprescindible detenerse a perfilar con alguna claridad los diferentes modos de debatir. Esperemos que el apartamiento transitorio de la cuestión principal quede justificado por la claridad suministrada.

## **III. Sobre los debates en general<sup>8</sup>**

### *1. ¿Qué es debatir?*

Debatir es argumentar en forma dialogada y, por definición, exige al menos la participación de dos sujetos. En función de la compatibilidad o incompatibilidad de los objetivos perseguidos por los participantes, los debates pueden clasificarse en **cooperativos** y **conflictivos**. A su vez, estos debates pueden ser **actorales** y **temáticos** (u objetuales). Un debate es actoral cuando la razón por la que los sujetos cooperan o entran en conflicto está relacionada con su identidad; y es temático (u objetual) cuando la razón por la que cooperan o entran en conflicto tiene que ver con el tema u objeto del debate. En un debate actoral, el foco se pone en los sujetos más que en el objeto del debate; en uno temático, el acento se pone en el objeto de debate y no tanto en los sujetos (se separa a las personas del tema que se debate).

---

<sup>8</sup> El desarrollo de este epígrafe es una síntesis del capítulo II de AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*. Madrid: Trotta, Madrid, 2015.

## 2. Modos de debatir

De la combinación de estas dos variables conflicto/cooperación y actoral/temático salen cuatro modos de debatir (cuatro tipos ideales de debate). A cada uno de ellos le podemos asignar un nombre, adherir una metáfora ilustrativa, adscribir una funcionalidad social, esclarecer las reglas que lo gobiernan, las falacias más típicas y un sinfín de cosas más:

- Disputa (debate conflictivo y actoral): «Debatir es combatir», ¿Quién se impone? ¿Qué participante se impone al otro?
- Controversia (debate conflictivo y temático): «Debatir es competir», ¿Qué tesis (opinión, creencia...) gana a propósito de una cuestión controvertida?
- Deliberación (debate cooperativo y temático): «Debatir es diagnosticar», ¿Cuál es la solución correcta a un problema difícil?
- Debate consensual o consenso (debate cooperativo y actoral): «Debatir es construir», ¿Cuál es la mejor respuesta a un problema que tiene un cierto grupo de personas (una comunidad)?

Detengámonos brevemente en cada uno de ellos.

### A. Disputa

La disputa es un debate conflictivo y actoral («debatir es combatir»):

- Ejemplos de disputas son los llamados debates erísticos, como los enfrentamientos políticos (por ejemplo, un debate entre candidatos a la presidencia de un gobierno), las riñas de pareja («eres un/a...»), los careos («¡Mientes! Nunca te dije que...»), etc.
- La relación entre los interlocutores es de conflicto, de ganar-perder (lo que gana uno lo pierde el otro). Cada interlocutor considera que su problema principal es el otro interlocutor: se debaten temas, pero son accesorios (son excusas para disputar). Por lo general, conllevan hostilidad.
- La finalidad de las disputas es determinar qué interlocutor se impone al otro. Si la disputa tiene lugar ante público, la pregunta pertinente no es quién tenía razón o qué tesis ha prevalecido, sino qué interlocutor se ha impuesto al otro.
- La racionalidad implicada es estratégica: las intervenciones de los interlocutores están orientadas exclusivamente al propio éxito. Por tanto, no hay preguntas genuinas (solo preguntas-trampa) y no operan las presunciones de sinceridad ni de veracidad.

- Caben básicamente dos resultados: un interlocutor se impone (uno gana y otro pierde); ningún interlocutor se impone (nadie gana).
- Las reglas que rigen una disputa institucionalizada son procedimentales. Tratan de garantizar el principio de igualdad entre los participantes: igualdad de derechos y neutralidad del procedimiento. Es común interponer a un tercero entre las partes como garantía del seguimiento de dichas reglas.

### B. Controversia

La controversia es un debate conflictivo y temático («debatir es competir»):

- Ejemplos de controversias son los debates parlamentarios (mayorías y minorías), las mesas redondas (sobre un tema discutido), ponencia y contra-ponencia (en un seminario), acusación y defensa (en un proceso judicial), etc.
- La relación entre los interlocutores es de conflicto, de ganar-perder; pero a diferencia de las disputas, aquí hay una **cuestión controvertida** y el problema está separado de las personas.<sup>9</sup> Cabe tanto la hostilidad como la cordialidad.
- La finalidad de las controversias es, primero, hacer patente qué tesis separan a los interlocutores; y, segundo, determinar cuál de esas tesis prevalece. Los interlocutores adoptan, pues, una actitud competitiva (y/o cerrada) respecto de la cuestión controvertida.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Una forma de ilustrar las diferencias entre las disputas y las controversias es mostrar la diferente relación que mantienen con la argumentación *ad hominem* (contra la persona). En una controversia los argumentos *ad hominem* (contra la persona del interlocutor) son falaces porque suponen evadir la cuestión controvertida. Por el contrario, en las disputas argumentar contra la persona es un recurso enteramente natural.

<sup>10</sup> Cuando en un debate objetual o temático (es decir, no actoral) se habla de conflicto y de cooperación no solo debe tenerse en cuenta el hecho de que los interlocutores tengan objetivos incompatibles (conflicto) o complementarios (cooperación), sino también la actitud abierta o cerrada con la que los sujetos se aproximan al problema (la cuestión) que es objeto de debate. Si cada interlocutor considera que el problema en cuestión tiene una respuesta fácil (y, en consecuencia, adopta una actitud cerrada en relación con el mismo), pero resulta que las respectivas respuestas son incompatibles entre sí, el debate adoptará una forma conflictiva, la de una controversia. Si, por el contrario, todos los interlocutores consideran que



- La racionalidad implicada es estratégica. Por ello, por ejemplo, las preguntas no suelen ser genuinas; más bien, van orientadas a perjudicar la posición del «competidor», a provocar que incurra en contradicción.
- Las controversias bien llevadas tienen que mostrar de manera nítida las diferencias entre las posiciones enfrentadas; y es muy común que se resuelvan remitiendo el juicio definitivo a un tercero (un juez, un árbitro, el público, etc.).
- Una controversia institucionalizada cuenta con reglas de dos tipos. Unas son procedimentales y tratan de garantizar el principio de igualdad entre los participantes: igualdad de derechos y neutralidad del procedimiento (este aspecto es compartido con las disputas). Pero cuentan además con reglas sustantivas orientadas a asegurar el principio de controversia: que el debate sea temático y que no se evada la cuestión controvertida. Es común interponer a un tercero entre las partes como garantía del seguimiento de dichas reglas.<sup>11</sup>

### *C. Deliberación*

La deliberación es un debate cooperativo y temático («debatir es diagnosticar»):

- Ejemplos de deliberación (o de diálogo crítico) son las sesiones clínicas («¿qué diagnóstico es el correcto?»), los debates en el interior de grupos de investigación («¿qué hipótesis se confirma?»), o de un tribunal de oposiciones («¿qué candidato es el mejor?»), o de una comisión técnica («¿qué propuesta satisface mejor las exigencias técnicas?»), etc.
- La relación entre los interlocutores es de cooperación (ganar-ganar) para resolver un problema difícil. La conciencia de dificultad del problema y el reconocimiento recíproco de capacidad para contribuir a resolverlo son los

---

la cuestión es difícil y que no tienen una respuesta clara (y, en consecuencia, adoptan una actitud abierta), el debate en cuestión tomará la forma cooperativa de una deliberación.

<sup>11</sup> Piénsese, por ejemplo, en el rol del moderador en una mesa redonda sobre cualquier tema conflictivo, o en el de un juez dirigiendo el debate entre partes en el interior de un proceso judicial, etc. En todos estos casos, para desempeñar correctamente el rol de tercero es fundamental no solo comportarse con neutralidad en relación con las pretensiones de los participantes, sino que además debe impedirse que estos evadan la cuestión controvertida que los «convoca».

desencadenantes de la cooperación (no se delibera sobre problemas triviales ni con interlocutores zoquetes). La hostilidad está fuera de lugar.

- La finalidad de la deliberación es resolver un **problema difícil** o, al menos, arrojar luz sobre el mismo: ¿Qué tesis (creencia, diagnóstico, etc.) está justificada? ¿Cuál es la respuesta correcta al problema difícil?
- La deliberación exige la concurrencia de tres certezas: una, que la actitud de los participantes sea abierta (con alguien cerrado no es posible deliberar); dos, que los participantes se reconozcan mutuamente capacidad intelectual suficiente; y tres, que todos atribuyan valor epistémico al debate cooperativo (que consideren que incrementa las probabilidades de resolver el problema).
- La racionalidad implicada es comunicativa; está orientada al entendimiento entre los interlocutores. Se aplican las reglas del discurso racional<sup>12</sup> y, en consecuencia, rigen las presunciones de sinceridad y veracidad y están prohibidas las preguntas-trampa, las reservas mentales, las deformaciones, etc.
- Una deliberación puede arrojar diferentes resultados. Todos los participantes llegan a una solución del problema (todos formulan un «ya lo tengo claro»). En este caso, todos habrán ganado: entraron con un problema difícil y salieron con un problema resuelto. Nótese que del hecho de que todos salgan con una solución no se sigue que para todos se trate de la misma solución. Lo importante es darse cuenta de que cuando los interlocutores se cierran (es decir, cuando ya tienen la respuesta al problema difícil), se extinguen las condiciones para la cooperación deliberativa.
- Las reglas que rigen las deliberaciones responden a los principios de productividad (el debate debe ser productivo, fructífero) y de cooperación (todos ganan). Al tratarse de un debate cooperativo, no tiene sentido plantearse una neutral igualdad de turnos de intervención ni nada por el estilo.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> La enumeración de las reglas del discurso práctico racional más conocida en el mundo jurídico es debida a ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. M. Atienza e I. Espejo). Madrid: CEC, Madrid, 1989.

<sup>13</sup> Nótese que al tratarse de un debate cooperativo el rol de los terceros pierde gran parte de su sentido. En efecto, en los debates cooperativos institucionalizados puede haber alguien que juegue un papel especial de coordinador o que ejerza de presidente del grupo de debate

#### D. Debate consensual

El debate consensual es un debate cooperativo y actoral («debatir es construir»):

- Ejemplos típicos de debate consensual son los debates constituyentes destinados a redactar «una constitución por consenso», los debates en el seno de grupos de trabajo, los debates de pareja orientados a trazar planes de vida compartidos, etc.
- La relación entre los interlocutores es de cooperación intensa (ganar-ganar), pero no es igual que en el caso anterior. Aquí, si se alcanza el consenso, todos ganan (como en la deliberación); pero si no se alcanza, todos pierden (a diferencia de la deliberación). En este tipo de debate la cooperación no es el producto de la dificultad temática (como en la deliberación), sino de la identidad de los interlocutores y de la **necesidad recíproca** en la que se hallan (el problema no está separado de la avenencia de los interlocutores).
- El debate consensual requiere la concurrencia de tres certezas: una, que la actitud de los participantes sea cooperativa (abierta), con alguien cerrado no hay consenso posible; dos, que los participantes estén dispuestos a hacerse cargo de las dificultades de los otros participantes para poder construir una solución del problema; y tres, que los participantes reconozcan que sin la avenencia de todos no se resuelve el problema.
- La finalidad del debate consensual es construir una solución para el grupo; en este sentido, tiene un fuerte componente **comunitario**.
- La racionalidad implicada es comunicativa; la acción de los participantes está orientada al entendimiento.

---

o algo por el estilo. Pero estos roles especiales o diferenciados no excluyen a quien los ejerce como interlocutor dentro de ese mismo debate. El coordinador de una sesión clínica es un participante más, no es un tercero neutral. El presidente de un tribunal durante la deliberación es un deliberante más, no un tercero neutral. Estos roles están vinculados con resolver problemas de coordinación y con velar para que el debate sea productivo. La ausencia de conflicto hace superflua la figura del tercero neutral que vigile el cumplimiento de las reglas. Además, el carácter cooperativo del debate hace innecesario también el rol de un tercero que sea testigo o que juzgue el resultado del debate. La cooperación rinde sus frutos sin necesidad de que intervengan terceros para dar testimonio del resultado del debate o para juzgar quién tiene razón o qué tesis ha ganado. Ello es así porque, en los debates cooperativos, todos están convocados a ganar.

- Hay dos resultados posibles. Se alcanza el consenso: todos llegan a la solución, todos ganan. No se alcanza el consenso: nadie alcanza una solución, todos pierden. El debate consensual se extingue cuando decae el reconocimiento recíproco de la legitimidad requerida.
- Todas las reglas del debate consensual, tanto las procedimentales como las sustantivas, responden a los tres siguientes principios: el de productividad (el debate debe ser fructífero), el de cooperación (todos ganan) y el de consenso (el consenso es constitutivo de la solución del problema; y si no se alcanza, todos pierden). Dado que se trata de un debate cooperativo, el correcto desarrollo del mismo es más una cuestión de actitudes adecuadas de los interlocutores que de una correcta distribución de derechos y deberes entre ellos.

#### IV. «El tribunal se retira a deliberar»

El lector que haya llegado hasta aquí se habrá percatado de que la palabra «deliberación» es ambigua, se usa en dos sentidos diferentes: uno amplio, en el que equivale a debate (deliberar y debatir operan como sinónimos); y otro estricto, en el que la deliberación aparece como un tipo específico de debate. En la frase hecha que funge como título de este texto, la palabra «deliberación» se usa en su sentido amplio; en el epígrafe relativo a los modos de debatir, se usa en su sentido estricto.

En cualquier caso, recordemos la pregunta que dejamos pendiente de responder: ¿cómo debe debatir un tribunal jurisdiccional un caso convencionalmente no resuelto? Nótese que no es lo mismo preguntarse por el debate en el seno de un tribunal que en el seno de cualquier otro grupo de juristas (litigantes, académicos, fiscales, inspectores de hacienda, etc.). Todos los juristas, en la medida en que actúen como tales, tienen el deber de usar y aplicar el Derecho en los casos que resuelvan, pero su posición institucional es muy distinta a la de los jueces. Los miembros de un tribunal tienen además del deber de aplicar el Derecho, los deberes de independencia e imparcialidad.<sup>14</sup> Abordemos, pues, la pregunta de marras teniendo en cuenta las implicaciones que se derivan de la peculiar posición institucional de los jueces.

---

<sup>14</sup> Para una conceptualización de los deberes de independencia e imparcialidad de los jueces, véase AGUILÓ REGLA, J. «Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción:

### 1. El debate judicial debe ser no actoral

Aceptemos que las formas actorales de debate deben quedar excluidas. «Deben» significa lo que significa y, como todos sabemos, no excluye que de hecho algún tribunal proceda actoralmente en determinadas circunstancias. Pero el indicio más rotundo para afirmar la existencia de esta prohibición es que, cuando de hecho ocurre (se debate actoralmente), se oculta. Ningún tribunal reconoce explícitamente haber debatido actoralmente. Veamos el porqué.

- La disputa no es una opción viable. Los magistrados deben reconocerse entre sí una legitimidad que resulta del todo incompatible con un debate actoral y conflictivo. El debate judicial no es un foro diseñado para que los magistrados pretendan imponerse unos a otros; y, si de hecho ocurre, bien puede decirse que están traicionando su función jurisdiccional. Por definición, la jurisdicción (el poder de aplicar el Derecho) es una actividad temática, no actoral.
- El debate consensual tampoco encaja de manera natural porque el rol de juez implica un compromiso tal con el Derecho y la justicia que excluye las cesiones únicamente actorales (subjetivas) entre los miembros del tribunal. Las tesis de fondo consideradas correctas no pueden ser soslayadas en aras de fomentar la unidad del tribunal, la buena relación entre los compañeros o la imagen que el tribunal proyecta al exterior. Es decir, las cesiones meramente actorales de un benevolente fraguador de consensos o son triviales e irrelevantes en relación con las cuestiones de fondo a decidir o son incompatibles con los deberes judiciales (de aplicar el Derecho, de imparcialidad y de independencia). En seguida volveremos sobre el papel de los consensos en los debates judiciales.

### 2. El debate judicial debe ser temático

Aceptemos, pues, que el debate en el seno de un tribunal debe ser temático; y que, por tanto, tiene que moverse entre la controversia y la deliberación.<sup>15</sup> Empecemos reproduciendo lo que podría llamarse «el sentido común dialógico».

---

aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad». *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 10 (2012).

<sup>15</sup> La discusión expuesta en el epígrafe II a propósito de la zona de penumbra de los conceptos normativos (semántica de los conceptos normativos) puede formularse también en

Intuitivamente todo el mundo aceptaría, me parece, que el diseño institucional del debate de un tribunal colegiado ante un caso convencionalmente no resuelto debe adoptar la forma de un debate temático y cooperativo; es decir, de una deliberación orientada a hallar la mejor respuesta posible, la respuesta correcta. En este sentido, puede decirse que los deberes de independencia e imparcialidad exigen que los magistrados adopten una actitud abierta hacia este tipo de casos que les permita participar en una **deliberación**.

Como ilustración de deliberación podemos recurrir a una sesión clínica. Una sesión clínica es un debate entre médicos en torno a un caso difícil: no hay sesiones clínicas destinadas a esclarecer los síntomas típicos de una enfermedad rutinaria (un resfriado). Las claves metodológicas son al menos tres: la idea de caso difícil, todos llegan abiertos al debate porque el caso es difícil (no tienen clara la respuesta correcta); la idea de valor epistémico del debate, todos piensan que debatir el problema incrementa las probabilidades de acertar en el diagnóstico (creen que si debaten comprenderán mejor el problema y verán con más claridad su solución); y, finalmente, la idea de legitimidad de los interlocutores, todos se reconocen legitimidad para participar en el debate; lo que supone reconocerse, por un lado, capacidad para aportar en la busca de la solución y, por otro, actitud cooperativa suficiente (no se delibera con sujetos torticeros o malintencionados). Es decir, se reconocen mutuamente virtudes intelectuales y morales.

Nótese que una deliberación bien llevada no asegura jamás que todos los participantes (en esto da igual que sean jueces o médicos) concuerden en la misma

---

términos de la oposición entre «controversia» y «deliberación»; pues, la «zona de penumbra» puede verse como una zona en la que solo cabe la «controversia interpretativa» (confrontar versiones diferentes del concepto) o como una zona en la que tiene sentido hablar de «deliberación interpretativa» (cooperar en la busca de la mejor versión del concepto). La zona de penumbra es graduable en relación con el ámbito de significación de un concepto y eso hace que la zona de controversia o de deliberación sea mayor o menor. El artículo 15 de la Constitución española nos suministra un ejemplo de tres conceptos que ilustran perfectamente la cuestión de los grados de penumbra conceptual: «pena de muerte» (todo es claridad, no hay penumbra), «tortura» (tiene un ámbito de claridad y una zona de penumbra relativamente estrecha) y «tratos inhumanos o degradantes» (tiene una amplísima zona de penumbra). Según lo dicho, estos últimos conceptos (los que tienen una amplísima zona de penumbra) pueden verse como «conceptos esencialmente controvertidos» o como «conceptos esencialmente deliberativos».

solución. Lo único seguro es que cuando los interlocutores den por resuelto el problema que los convocaba (se cierran a la deliberación), se habrán extinguido las condiciones para la cooperación temática; el problema habrá dejado de ser difícil. Si ocurre que no concuerdan en la misma solución, deberán transitar a otro modo de debatir. ¿A cuál de ellos?

Caben dos opciones. La primera es transitar a algo que hemos rechazado en el apartado IV.1, transitar al consenso: «Tenemos un problema porque no estamos de acuerdo en la solución; construyámosla (consensuémosla) entre todos y evitemos la fractura del tribunal». Esta vía no tiene demasiado amparo institucional, ya lo hemos dicho, y la mejor prueba de ello es que nunca aparece declarada en la fundamentación de la decisión. Sin embargo, no es difícil encontrar ejemplos de tribunales que en circunstancias especiales (por ejemplo, enfrentar un caso socialmente muy conflictivo) toman la decisión de decidir por unanimidad; es decir, se comprometen a fraguar un consenso que impida que el tribunal se divida. En circunstancias extraordinarias, esta forma de proceder puede estar justificada, pero no es, desde luego, la forma institucionalmente prevista (y, por ello, jamás se reconoce en la justificación de la decisión).

La segunda opción es transitar de la deliberación a la controversia. El caso ha dejado de ser difícil (todos tienen ya una respuesta) y ha pasado a ser controvertido (hay respuestas incompatibles, hay un conflicto temático). Detengámonos brevemente en esta transición.

### *3. De la deliberación a la controversia*

La función social que cumple la transición de la deliberación a la controversia es fijar claramente las posiciones que separan a los interlocutores. Es decir, hay cooperación mientras el problema es difícil y los interlocutores se mantienen abiertos. Cuando los interlocutores se cierran respecto de la solución, el debate pierde su carácter cooperativo. El debate se transforma en un foro en el que hay que mostrar dos cosas: qué separa a los interlocutores y por qué la solución propia es mejor que la de los «competidores».

Esta transición dialógica tiene su reflejo institucional en la oposición entre sentencia mayoritaria y voto particular; oposición que adopta la forma de una controversia. Un voto en disidencia bien construido tiene que mostrar las dos cosas que determinan la función social de las controversias: una, qué separa al voto particular de la sentencia mayoritaria y, otra, por qué la respuesta alternativa es mejor que la de la mayoría. Y, así, hacer posible que terceros evalúen quién tiene

razón, qué respuesta es la correcta: el tribunal superior llamado a resolver los eventuales recursos, la comunidad jurídica receptora de la sentencia, la ciudadanía en general ejerciendo de opinión pública, etc.

Muchas veces se dice que la institución del voto particular prueba que en el Derecho hay casos que admiten más de una respuesta correcta; es decir, prueba la «tesis de la discrecionalidad judicial». Pero, en realidad, solo prueba el presupuesto compartido tanto por la tesis de la discrecionalidad como por la tesis de la «única respuesta correcta». Recuérdese el punto de partida: en el Derecho hay casos convencionalmente no resueltos; la convención vigente admite diversas respuestas alternativas. La discusión entre la «tesis de la discrecionalidad» y la de la «única respuesta correcta» arranca de la aceptación por ambas partes de esta premisa.

En mi opinión, ocurre más bien al revés: la institución del voto particular apoya precisamente la tesis de la respuesta correcta. Bien mirado, la oposición entre sentencia mayoritaria y voto en disidencia no es más que una controversia (una «competición») para mostrar cuál de las alternativas es la correcta (la mejor). La clave está en la ordenación secuencial entre la deliberación y la controversia. El punto de partida es la deliberación porque se piensa que la cooperación temática puede contribuir a disipar la incertidumbre que genera el problema difícil (no estamos seguros de la solución). Pero la cooperación temática carece por completo de sentido si se piensa que el problema no tiene solución, que el Derecho está indeterminado para el caso y que todas las respuestas convencionalmente posibles valen jurídicamente lo mismo. Iniciar el debate judicial deliberando (en el sentido estricto de la expresión) conforma la naturaleza del problema que se está abordando. El hecho de que los jueces discrepen en la determinación de la respuesta correcta y se vean abocados a transitar a una controversia no cambia la naturaleza de la cuestión ni sus presupuestos. Sigue habiendo una única respuesta correcta: la sentencia mayoritaria pretende que es la suya y el voto particular, también. Es una «competición» para mostrar cuál de las dos es la mejor respuesta, la correcta. En esto no hay diferencias con una sesión clínica.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Véase el capítulo 13 («Judging Mistakenly?») de MACCORMICK, N. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.



## V. El desafío teórico (el dilema)

Los lectores que acepten el marco generado por este texto no podrán sostener simultáneamente la tesis de la discrecionalidad judicial y la tesis de la deliberación judicial cooperativa. ¿Por qué? Porque si lo hacen incurrirán en contradicción: afirmarán y negarán simultáneamente las tesis de la indeterminación y de la incertidumbre.

Si aceptan la tesis de la discrecionalidad judicial para los casos convencionalmente no resueltos, estarán afirmando la tesis de la indeterminación del Derecho para esos casos (hay indeterminación, no incertidumbre). Y si aceptan simultáneamente la tesis de la deliberación cooperativa, estarán negando la tesis de la indeterminación (no hay indeterminación, solo incertidumbre).

Y a la inversa: Si aceptan que tiene sentido buscar deliberativamente la mejor respuesta (la respuesta correcta), estarán afirmando la tesis de la incertidumbre (hay incertidumbre, no indeterminación). Y si aceptan simultáneamente la tesis de la discrecionalidad, la estarán negando (no hay incertidumbre, hay indeterminación).

## VI. Epílogo

Alguien podría pensar que se trata solo de una cuestión de palabras; de cambio de las palabras sin que nada ocurra en la realidad. Pero quien así piense no debe olvidar que el Derecho es un fenómeno (una entidad) cultural cuya «realidad» es dependiente de nuestras creencias en él. Nuestra concepción del Derecho (de su racionalidad y de su método) contribuyen a conformar la propia realidad del Derecho. En este sentido, abandonar la tesis positivista de la indeterminación del Derecho para los casos convencionalmente no resueltos tiene muchísimas consecuencias teóricas que pueden alcanzar una gran trascendencia práctica. No en vano, los destinatarios de este trabajo son juristas prácticos: participantes de esa gran «práctica social» que llamamos Derecho.

## VII. Bibliografía

AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*. Madrid: Trotta, 2015.

- «Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad». *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 10 (2012).

ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. M. Atienza e I. Espejo). Madrid: CEC, 1989.

ATIENZA, M. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986 [*El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1997].

- *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2011 [*Justicia para erizos*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014].

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961 [*El concepto de Derecho* (trad. de Genaro R. Carrió). México: Editora Nacional, 1980].

MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

- *Rethoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005 [*Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2016].