

Legalidad y casos difíciles: casos difíciles del derecho, por el derecho y para el derecho

Legality and Hard Cases: Hard Cases of the Law, by the Law and for the Law

Antonio Manuel Peña Freire

Autor:

Antonio Manuel Peña Freire
Universidad de Granada
apena@ugr.es
<https://orcid.org/0000-0001-9432-6690>

Recibido: 11/12/2023

Aceptado: 28/03/2024

Citar como:

Peña Freire, Antonio Manuel (2024). Legalidad y casos difíciles: casos difíciles del derecho, por el derecho y para el derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 439-465. <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.16>

Licencia:

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Antonio Manuel Peña Freire

Resumen

En este trabajo se aborda el problema de los casos difíciles presuponiendo una concepción relacional del derecho, según la cual este es el orden que se da en un grupo cuando se gobierna y administra la coacción en condiciones que permiten el establecimiento de relaciones de legalidad entre sus miembros. Después de presentar el modo en que normalmente se han estudiado los casos difíciles del derecho causados por su indeterminación y los casos moralmente difíciles provocados por la inmoralidad de las decisiones que se siguen de sus normas, se adopta la perspectiva relacional y se aborda el impacto que estos casos o el modo en que se ha propuesto resolverlos tienen sobre la integridad del orden jurídico, es decir, sobre su grado de legalidad. Aparece así un nuevo tipo de caso difícil, el caso difícil para la legalidad, que es el que se da cuando el modo en que están formuladas las normas o el modo en que se resuelven los casos afectan negativamente a la integridad del orden jurídico. Después de señalar que el mejor modo de garantizar la integridad del derecho es gobernando y decidiendo mediante reglas, se concluye analizando otro tipo de caso, el caso trágico para la legalidad, en el que se plantea un conflicto entre reglas y legalidad, cuya solución autorizaría a la derrota de las reglas incluso desde una perspectiva legalista.

Palabras clave: casos difíciles; reglas; principios; legalismo; principalismo.

Abstract

This work addresses the problem of hard cases presupposing a relational conception of law, according to which law is the order that occurs in a group when coercion is governed and administered in conditions that allow the

establishment of relations of legality among its members. After presenting the way in which hard cases of law caused by its indeterminacy and morally hard cases caused by the immorality of decisions that follow from its norms have normally been studied, the relational perspective is adopted and assessed the impact that these cases or the way they should be resolved have on the integrity of the legal order, that is, on its degree of legality. Thus, a new type of hard case appears –hard cases for legality–, which is the one that occurs when the way in which the rules are formulated or the way in which cases are resolved negatively affect the integrity of the legal order. After pointing out that the best way to guarantee the integrity of the law is by governing and deciding through rules, we conclude by analyzing another type of case, the tragic case for legality, in which a conflict arises between rules and legality, whose solution would authorize the defeat of the rules even from a legalistic perspective.

Keywords: hard cases; rules; principles; legalism; principialism.

1. LEGALIDAD Y CASOS DIFÍCILES

Además de a los casos difíciles causados por la indeterminación del derecho y a los causados por su inmoralidad, en este artículo me referiré a los casos difíciles para el derecho o para la legalidad. Esta noción, la de *casos difíciles para la legalidad*, presupone una idea de derecho singular, según la cual este no es solo un sistema jurídico, sino también un orden jurídico, es decir, el orden que se da cuando la relación que existe entre quienes integran un grupo social, entre sí y con quienes gobiernan, es una relación de legalidad.

La *relación de legalidad* da la clave de esta manera de concebir al derecho. Estamos ante una relación de legalidad cuando las partes que la componen se guían por unos patrones de comportamiento que establecen lo que les está permitido hacer y lo que no y cuando es el cumplimiento o incumplimiento de esos patrones lo que condiciona las reacciones de aprobación o reproche que se formulan las partes. La relación de legalidad presupone, por tanto, la existencia de un tipo de patrón de comportamiento singular, porque permite distinguir con cierta claridad entre las acciones que son compatibles con lo dispuesto y las que no, haciendo posible así anticipar también en qué supuestos se producirá una reacción favorable o desfavorable de las otras partes de la relación¹. Además para que la relación de legalidad sea practicable es necesario satisfacer algunas condiciones adicionales que buscan garantizar que las partes puedan saber cómo habría que comportarse para hacerlo en función de lo dispuesto (principios de publicidad,

1. He explorado esta relación en Peña (2018). Un planteamiento también interesante el de Somek (2017, pp. 7 y ss.), que, al respecto, señala que en una relación jurídica (*legal relation*) uno cede a las pretensiones de otros o ve cómo los otros ceden a las propias no porque se consideren respaldadas por razones válidas, sino porque se actúa en función de un conocimiento que permite poner entre paréntesis esas razones y avenirse a esas pretensiones sin entrar a valorar su validez. La relación jurídica, por tanto, nos exige que respetemos elecciones y acciones que consideramos insuficientemente respaldadas por genuinas razones para la acción.

estabilidad e inteligibilidad), que puedan comportarse efectivamente conforme a lo establecido (principios de posibilidad, coherencia y prospectividad) y que los juicios de aprobación o reproche relativos a sus acciones estén condicionados por lo establecido (principio de congruencia)².

En cuanto al *orden jurídico*, es el tipo de orden que se da en un grupo humano cuando se logra que la relación de legalidad sea preponderante en aquellas cuestiones que provocan reacciones coactivas de respaldo o reproche por parte de instituciones de gobierno y agentes oficiales. El orden jurídico existe cuando el modo en que deben comportarse los individuos en todas esas cuestiones está establecido en unos patrones de comportamiento que hacen posible distinguir con una cierta seguridad qué acciones son compatibles con ellos y cuáles no y cuando esta compatibilidad o incompatibilidad condiciona las reacciones de las autoridades, que respaldarán por la fuerza, si es preciso, a quien pretenda actuar en un sentido compatible con lo establecido frente a quien intente impedirsele coactivamente y sancionarán a quienes se hayan comportado de modo incompatible con lo dispuesto.

En esta *concepción relacional* del derecho, la relación de legalidad juega un papel similar al de las normas jurídicas en las concepciones del derecho que podríamos considerar normativistas, es decir, en las que lo conciben como un sistema jurídico³: igual que un sistema jurídico es un conjunto de normas jurídicas, un orden jurídico podría decirse un conjunto de relaciones de legalidad. Cuanto mayor sea el porcentaje de reacciones coactivas de las autoridades que están condicionadas exclusivamente por el cumplimiento o incumplimiento de los patrones de comportamiento dispuestos, mayor orden jurídico tendríamos⁴. Del mismo modo, desde un punto de vista cualitativo, hay más orden jurídico cuanto más se satisfagan los principios de legalidad, es decir, en la medida en que se realicen las condiciones que permiten afirmar que las acciones relevantes de los individuos están efectivamente gobernadas en forma jurídica, porque, por ejemplo, existen unos patrones de comportamiento dados que son suficientemente claros y conocidos, porque no contienen antinomias, porque las autoridades facilitan su cumplimiento y deciden normalmente de un modo congruente con ellos, etcétera. Desde este punto de vista, la integridad del orden jurídico depende tanto de la existencia de unos patrones de comportamiento suficientemente determinados como del respeto a los principios de legalidad que garantizan que los individuos pueden conocerlos y seguirlos y, en particular, del respeto al principio de congruencia que busca que las

2. En la presentación de estos principios sigo a Fuller (1969, pp. 33-91).

3. Un planteamiento análogo el de Atienza (2017, pp. 15 y ss.), que se distingue entre los normativistas jurídicos, que presuponen que el derecho es un objeto y quienes lo conciben como una actividad o práctica social, es decir, entre quienes lo ven como una realidad dada y estructurada y quienes lo ven como un proceso o actividad en formación, que puede analizarse en términos de fases o procesos y no en términos de partes –las normas– o del todo –el ordenamiento jurídico– en que se integran.

4. Sobre la existencia gradual de los órdenes jurídicos, Fuller (1969, pp. 38-41). También me he ocupado del asunto en Peña (2018, pp. 102-107).

autoridades fundamenten en el sentido de esos patrones sus reacciones de respaldo o reproche.

Tanto la noción de relación de legalidad como la del orden jurídico dependen directamente de la naturaleza del patrón que gobierne el comportamiento de las partes de la relación o de los miembros del grupo. Este patrón, como he señalado, debe ser lo suficientemente determinado como para permitir discriminar entre aquellas acciones o pretensiones que son compatibles con él y las que no. Comúnmente a un patrón así se lo denomina *regla*⁵ y, de hecho, hay quienes sostienen que el derecho está necesariamente compuesto por reglas⁶ y quienes consideran que, aunque podría no ser así, es así como debería ser⁷. Sin embargo, también hay quienes piensan que hay otro tipo de patrones –me refiero, obviamente, a los *principios*– que podrían también garantizar el control del comportamiento humano en unas condiciones compatibles con la idea de legalidad, pese a que no presentan algunas de las características de las reglas, con lo que, desde este punto de vista, el gobierno mediante principios podría considerarse también de tipo jurídico. Este es un asunto controvertido sobre el que me pronunciaré al final de este trabajo.

En cualquier caso, lo dicho hasta ahora se proyecta en muchos debates iusfilosóficos, entre ellos, el que tiene lugar a propósito de los *casos difíciles*⁸. Desde un punto de vista normativista, los casos difíciles adquieren fundamentalmente dos formas:

-
5. Sobre la noción de regla, Schauer (1991, pp. 75 y ss.), para el que una regla conecta invariablemente ciertas condiciones con prescripciones de acciones, descritas todas ellas en un modo relativamente fácil de interpretar. En sentido análogo, para Goldman (2002, pp. 2 y 10-18), las reglas genuinas son prescripciones universales que nos dicen qué hacer o cómo razonar en todos los casos a los que se aplican y que establecen condiciones suficientes para actuar en un sentido dado, a las que se debe dar un peso independiente. El contenido de las reglas, es decir, tanto las condiciones en que se debe hacer algo como lo que debe hacerse, tiene que estar descrito en términos relativamente específicos y no en términos morales: las reglas deben prescribir acciones («los perversos serán castigados» no es una regla porque no castiga si se actúa de un modo dado, sino a quien es de un modo dado) y no deben describir en términos morales sus condiciones de aplicación («cuando sea *adecuado*, se deberá ...») o las acciones que sean su contenido («se debe hacer *lo correcto*»). Es así como las reglas determinan la acción antes de que los casos ocurran y limitan el juicio de quien haya de decidir, pues su aplicación deja de ser un asunto sustantivo y se convierte en un asunto vinculado a la comprensión del lenguaje de su formulación y a la percepción de las circunstancias del caso. Para Alexander y Sherwin (2001, pp. 28-29), las reglas son generales, determinadas y eficientes y su necesidad se sigue de la limitada capacidad de quien las elabora para resolver las incertidumbres que las justifican: quien gobierna necesita establecer pautas generales de comportamiento para categorías de casos que compartan ciertas características comunes, pues no puede estar presente en cada caso en que alguna indicación suya muy general haya suscitado alguna controversia. Las reglas pueden ser más o menos generales, pero deben permitir suplantar a la autoridad que las dio, ofreciendo guía independiente en una serie de casos identificables de un modo relativamente sencillo.
 6. Me refiero a los partidarios del denominado positivismo jurídico excluyente.
 7. Me refiero ahora a los partidarios del iuspositivismo ético o normativo, a los que denominaré legalistas. Volveré sobre este asunto más adelante.
 8. Este asunto tiene también importancia en sí mismo, pues, como recuerda Alexy (1989, p. 181), «los casos difíciles son sensores por medio de los cuales puede ser establecida la naturaleza del derecho», entre otras

- 1) Casos difíciles *del* derecho: son los que encuentran su causa en la indeterminación lingüística o sistémica del derecho, es decir, los que se dan cuando el derecho se manifiesta de modo indeterminado por la ambigüedad o vaguedad de sus normas o por la existencia de contradicciones o lagunas entre ellas, lo que impide o dificulta la identificación de la solución jurídica para el caso.
- 2) Casos moralmente difíciles provocados *por* el derecho, que se dan cuando la solución que se obtiene a partir de las normas del sistema jurídico aplicables a primera vista a un caso no es moralmente aceptable según algún otro patrón normativo que se juzga relevante jurídicamente, lo que sugiere que la aptitud de un patrón de comportamiento para garantizar soluciones moralmente aceptables u óptimas a los casos jurídicos podría ser razón –ya veremos en qué grado– para afirmar su naturaleza jurídica.

Ambas aproximaciones al problema de los casos difíciles presuponen una concepción normativista del derecho porque ambas asumen que es un conjunto de normas, discrepando entre sí a propósito de si esas normas son reglas cuya validez se sigue, por decirlo en términos dworkinianos, de su pedigrí o si está formado además por principios que obtienen su validez jurídica de su mérito moral⁹.

Desde una concepción relacional del derecho, este problema puede verse de un modo distinto. Desde este punto de vista, preocuparía no tanto la *composición* del sistema jurídico, como la *integridad* del orden jurídico. Cuando la legalidad es clave, la dificultad de un caso no es una dificultad del derecho o causada por el derecho, sino *para* el derecho, porque se plantea cuando no se logra que las acciones de los individuos queden gobernadas de un modo plenamente consistente con los principios de legalidad o cuando no resolvemos los casos de ese mismo modo, es decir, cuando el orden jurídico no se realiza íntegramente.

Sin embargo, antes de entrar en el detalle de este nuevo tipo de caso difícil, me detendré en los casos difíciles del derecho o casos difíciles por indeterminación y en los casos difíciles por el derecho o casos moralmente difíciles, tal y como son abordados por los iuspositivistas y por sus críticos. Después veremos qué aportan la idea de legalidad y la concepción relacional del derecho a esos planteamientos y profundizaremos en los que he denominado casos difíciles para la legalidad.

razones, porque por estar relacionados con la discrecionalidad judicial, son un test básico para calibrar la coherencia interna y las diferencias entre las distintas concepciones del derecho (Iglesias, 1999, p. 71).

9. Como veremos, quienes conciben al derecho de este modo no creen que pueda definirse satisfactoriamente a partir de las nociones de regla o de relación de legalidad, porque el derecho no se definiría en función de un único propósito –gobernar mediante reglas el comportamiento humano–, sino también en función de la pretensión de gobernar de un modo justo, es decir, atendiendo a aquellos parámetros que garantizan una solución justa a los casos. Sobre este asunto, Alexy (2008 o 2011).

2. LA PERSPECTIVA NORMATIVISTA

2.1. La perspectiva positivista: casos difíciles por indeterminación

En el origen del interés de la filosofía del derecho por los casos difíciles están las tesis de Hart sobre la indeterminación jurídica y la textura abierta del derecho. Para Hart (1958, p. 607 y 1961, p. 157), el potencial del derecho para trasladar sus directrices a sus destinatarios es limitado¹⁰, de modo que es posible encontrar casos cuya inclusión en el ámbito de referencia de una norma sea dudosa, es decir, casos difíciles, fruto de las imprecisiones que frecuentemente afectan al modo en que están formuladas las normas, aunque en la aplicación de toda regla se dan también *casos obvios* o *claros*, en los que puede ser aplicada de un modo aparentemente «automático»¹¹.

A partir de estas referencias se popularizó la distinción entre casos fáciles y difíciles¹². En estos últimos casos, se hace necesario cierto ejercicio de discrecionalidad por parte del intérprete¹³, que debe seleccionar y descartar los rasgos que condicionan la aplicación o inaplicación de la regla (Hart, 1961, pp. 159-160). Quienes sostenían una concepción positivista del derecho se interesaron, fundamentalmente, por los que he denominado casos difíciles por indeterminación, entendidos como aquellos en los que el derecho, por contener antinomias, lagunas o normas indeterminadas, no ofrecía la información necesaria para afirmar de manera concluyente cuál era la calificación jurídica de una acción. Como advierte Iglesias (1999, pp. 107, 111), los iuspositivistas asociaron los conceptos de caso fácil y difícil con la existencia o ausencia de una respuesta correcta a la pregunta por el valor de verdad de las proposiciones jurídicas en las que se afirma la existencia de derechos o deberes. Casos fáciles serían aquellos para los que el derecho prevé una solución unívoca y precisa: existe un solo curso de acción debido y es posible sostener la verdad de una proposición jurídica que califica ese curso de acción como debido (p. 36).

10. Como señala Iglesias, (1999, p. 80), la comprensión del derecho equivale en una medida importante a la comprensión del lenguaje en que se expresan sus normas.

11. La identificación de estos casos, según Schauer (1985, pp. 412 y ss.), se enfrenta a una dificultad inicial: los casos fáciles frecuentemente no llegan siquiera a ser casos. No se encuentran casos fáciles ni en las altas instancias judiciales, ni en los tribunales de apelación, ni tan siquiera en los tribunales de primera instancia. Se manifiestan si acaso en lugares menos visibles, como ocurre, por ejemplo, cuando alguien acude a un bufete a pedir consejo legal y llega a la conclusión de que litigar es inútil, pues es informado de que existe un mandato jurídico inequívoco ya que el derecho se expresa con claridad. A partir de esa consideración, Schauer propone definir los casos fáciles por exclusión, como aquellos que no son difíciles, pues la dificultad sí resulta perceptible, lo que permite identificar y caracterizar a los casos que la presentan.

12. Sobre los diversos significados de la expresión «caso difícil», Iglesias (1999, pp. 107 y ss.) y también Navarro (1993, pp. 252-253).

13. Como advierte Klatt (2007, p. 516), para Hart, en los casos fáciles, del núcleo de certeza de las reglas se sigue una guía inequívoca del comportamiento, mientras que en los casos difíciles no ocurre así, razón por la que es preciso recurrir a principios y estándares extrajurídicos y al ejercicio de discrecionalidad. Sobre la discrecionalidad en la interpretación y aplicación del derecho y sus causas, Iglesias (1999, pp. 36-53), Lifante (1999, pp. 198-223), Ródenas (2001) o Etcheverry (2014, pp. 150 y ss.).

Los casos difíciles son consecuencia del desacuerdo o ausencia de convenciones firmes, relativas a la existencia de reglas o a su interpretación, que permitan sostener la verdad o falsedad de las proposiciones jurídicas en que se afirma o niega la existencia de algún derecho o deber, es decir, casos en los que no hay acuerdo a propósito de si existe una norma o de cómo se interpreta, con lo que carecerá de valor de verdad la proposición que afirme algún derecho o deber que supuestamente se sigue de esa norma.

En definitiva, la concepción de los casos difíciles del iuspositivismo obedece fundamentalmente a la indeterminación lingüística o sistémica del derecho¹⁴. Para el iuspositivismo, advierte Iglesias (1999, p. 111), los casos son difíciles por la ausencia de criterios convencionales que permitan la identificación o interpretación de los materiales jurídicos o por el desacuerdo sobre esos criterios. La dificultad de los casos no depende, sin embargo, de las habilidades o capacidades de particulares intérpretes para encontrar la solución jurídica correcta a un caso¹⁵. Algo similar sucede con las dificultades relativas a los hechos, asociadas a problemas epistémicos que cualquier intérprete podría experimentar al momento de resolver un caso¹⁶. Respecto de los condicionantes pragmáticos son circunstancias sociales o políticas que pueden *rodear* a un caso¹⁷, pero, en tanto que cuestiones sociopolíticas, tampoco fueron del interés del positivismo jurídico. Y, por último, las dificultades morales quedaron excluidas como fuente de dificultad jurídica a consecuencia del postulado iuspositivista de la separación entre derecho y moral. Pese a las referencias iniciales a dificultades relacionadas con los propósitos, los casos moralmente difíciles en los que se cuestiona, por ejemplo, la apropiación moral del propósito de la norma o de la solución que de ella se sigue, no fueron de interés de Hart.

2.2. La perspectiva principialista: los casos moralmente difíciles

No fue fácil mantener a la noción de caso difícil constreñida por la noción de indeterminación lingüística o sistémica. Endicott (2000, pp. 89 y ss.), por ejemplo, describió

14. Sobre las fuentes de la indeterminación, Endicott (2000, p. 66 y ss.).

15. Marmor (1992, p. 168) recuerda que la dificultad o facilidad de un caso no tiene nada que ver con el tiempo o esfuerzo necesario para resolverlo y Raz (2009, p. 182) advirtió que la resolución de un caso fiscal puede ser mucho más complicada que la resolución de un problema moral que requiera la valoración de principios de moralidad política, en el sentido de requerir mucho esfuerzo y tiempo para su solución, si bien el primero tiene muy probablemente una respuesta clara y el segundo no.

16. No obstante, como recuerda Barak (1989, pp. 36-37), esta dificultad es probablemente la más importante en el proceso judicial, pues la mayoría de las disputas que se presentan ante los tribunales –especialmente los de instancias inferiores– se refieren a hechos únicamente, es decir, que no versan ni sobre la ley ni sobre su aplicación, sino sobre si algo sucedió realmente y cómo sucedió.

17. No se interesan, tampoco, a los iuspositivistas por factores como los rasgos personales de los jueces, sus preferencias valorativas o su ideología, su estado de ánimo, los rasgos de su carácter, etcétera, como sí que lo hacen los realistas jurídicos que nos invitan a un abordaje del problema de la indeterminación del derecho en clave de sociología o psicología judicial (Reyes Molina, 2020, p. 375).

un tipo singular de indeterminación que parece distinta a la recién expuesta, pues no es semántica, sino pragmática. En este caso, normas formuladas en términos con un significado claro y preciso en abstracto pueden reclamar una aplicación en sentido distinto, obedeciendo básicamente a causas relacionadas con su contexto. Ofreció como ejemplo el *ruego* de llegar a casa de alguien que nos ha invitado a cenar a las nueve, lo que parece se ha de interpretar no en el sentido de llegar exactamente a esa hora, sino si acaso unos pocos minutos después, para permitir al anfitrión solventar cualquier imprevisto en la preparación de la velada. La conclusión es evidente: una consideración adecuada de las circunstancias pragmáticas de cualquier decisión nos lleva a la conclusión de que las normas no siempre significan lo que literalmente se sigue de los términos que componen sus formulaciones y de que es necesaria una cierta discrecionalidad para realizar ajustes a la luz de las circunstancias en que han de ser aplicadas.

Una dificultad adicional, análoga a la recién sugerida, se plantea en las conocidas experiencias recalcitrantes a las que se refiere Schauer (2009, p. 167), quien distingue entre casos que son difíciles por la indeterminación del lenguaje y casos difíciles porque en ellos la solución determinada por la regla se muestra equivocada o absurda o parece mejorable. Confrontados a una regla que prohíbe la entrada de vehículos en el parque, se puede dudar a propósito de lo que sea exactamente un vehículo, pero parece ilógico negar el acceso a los camiones de limpieza o al que pretende colocar una estatua, que son claramente vehículos. Estos casos difíciles plantean una divergencia entre el significado de la formulación de la regla y su justificación (Schauer, 1991, pp. 83-96) y en ellos cabe que las reglas sean derrotadas, es decir, que no se decida conforme a lo que se sigue de su formulación, cuando esa decisión tendría consecuencias absurdas a la luz de su justificación¹⁸.

Hay que tener en cuenta que las justificaciones de las reglas pueden presentarse en distintos niveles (Schauer, 1991, pp. 84 o 133-136): una regla podría quedar derrotada por su justificación subyacente inmediata (*rule's background decision*), por las justificaciones de esa justificación o, si pensamos por referencia no a una regla singular sino a la que forma parte de un ordenamiento jurídico, por alguna justificación de otra regla¹⁹. A todas esas justificaciones de las reglas las podríamos considerar principios

18. Ese análisis de las experiencias recalcitrantes –una suerte de caso difícil– encuentra su antecedente en las críticas de Fuller fundadas en la idea de propósito a la tesis hartiana del núcleo claro de significado. De esas críticas se seguiría que el lenguaje no puede ser suficiente para dar lugar a casos claros de aplicación, porque algunos casos claros dan lugar a resultados absurdos, de modo que solo considerando el propósito de las normas sería posible acceder a su sentido (Schauer, 2009, p. 166).

19. Pensemos, por ejemplo, en dos reglas pertenecientes al mismo sistema que estableciesen que «está prohibido fumar en las aulas» y que «se permite fumar durante la realización de exámenes». La antinomia evidente que existe entre ambas al momento de realizar un examen en un aula podría solucionarse mediante la derrota de una de ellas después de valorar el peso de sus respectivas justificaciones: alguien podría permitir fumar en las aulas durante los exámenes por considerar que el éxito académico pesa más que el daño a la salud. La derrota también podría ser parcial, fruto de una composición del peso de las justificaciones, como sucedería, por ejemplo, si se decidiera que fumar está permitido, pero

jurídicos implícitos. De otro lado, es normal también la presencia en los ordenamientos jurídicos de principios explícitos, como los principios normalmente contenidos en los textos constitucionales. Estos principios operan igual que las justificaciones implícitas a las reglas, pero, a diferencia de estas, son explícitos y carecen de la correspondiente especificación de su contenido en reglas explícitas más concretas. Por último, una regla podría verse derrotada por principios extrasistemáticos que no son ni justificación de ninguna regla explícita ni tampoco están explícitos en el derecho, como ocurre en las decisiones que se adoptan tomando en cuenta todas las consideraciones disponibles (*all-things-considered decisions*). Todas estas consideraciones nos trasladan a un modelo de derecho o de decisión judicial que podría construirse a partir de las reglas anunciadas, de principios implícitos, de principios explícitos y de principios extrasistemáticos²⁰.

En cualquier caso, todo lo anterior apunta a un tipo peculiar de caso difícil jurídico en el que la decisión que se sigue de la regla es clara, pero es descartada porque se juzga inapropiada. Este carácter subóptimo²¹ abre la posibilidad a decidir conforme a otros patrones normativos distintos, incluso extrasistemáticos, que garanticen una solución óptima al caso.

Esto es especialmente relevante en los llamados ordenamientos jurídicos constitucionalizados, es decir, en aquellos que se han visto impregnados por valores y principios densamente morales, incorporados a una constitución «extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal»²². La constitucionalización del ordenamiento jurídico habría tenido cambios importantes en muchos planos, entre ellos, los tipos y rasgos de casos difíciles. Por ejemplo, señala Atienza (1997, p. 264), refiriéndose a algunos de los cambios asociados a la constitucionalización, que la ampliación de derechos, en particular, de contenido social y económico se traduce en la proliferación de directrices y reglas, que tienen una mayor fuerza expansiva y, por tanto, una mayor propensión a generar contradicciones que las tradicionales normas de acción, lo que obliga también a los jueces a buscar equilibrios entre valores no negociables. Factores como estos han llevado a las teorías principialistas, como el neoconstitucionalismo²³ o el postpositivismo²⁴, a considerar

que se debe ofrecer mascarillas a los no fumadores. En este caso se habría tomado una decisión que derrota parcialmente a una regla, pero, a la vez, se habría intentado dar expresión a su justificación en la decisión adoptada.

20. He desarrollado esta clasificación en Peña (2023). Clasificaciones similares las de García Figueroa (1998, pp. 49-54), inspirada en la de Wróblewski (1989, pp. 151-168), quienes también distinguen entre principios implícitos del derecho, positivos o explícitos y extrasistemáticos. También la de Atienza (2017, p. 157), inspirada en Schauer, que se refiere a la justificación o principio que subyace a cada regla, a los principios que subyacen al ordenamiento jurídico en su conjunto y los provenientes de la moral que no están incorporados al derecho.

21. Sobre los resultados óptimos y subóptimos de una decisión, Brand-Ballard (2010, pp. 74 y ss.).

22. Al respecto, Guastini (2003, pp. 49 y ss.).

23. Sobre este tema, Comanducci (2003, pp. 82 y ss.) o Vigo (2016, pp. 419-420) o Ratti (2015, pp. 227 y ss.).

24. Al respecto, Aguiló (2007, pp. 669 y ss.).

relevante jurídicamente un nuevo tipo de caso difícil, que encuentra su causa no en la indeterminación del derecho, sino en dificultades morales provocadas por la solución que el derecho ofrece a un caso.

Atienza (1997, p. 246) se refirió a estos casos como casos trágicos. Advirtió que, más allá de los casos difíciles²⁵, pueden darse casos que ponen de manifiesto que existen límites a la racionalidad jurídica, pues en ellos no cabe encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de algún valor que pueda ser considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral²⁶, de modo que, en ellos, el juez o hace justicia o aplica la ley²⁷. Es decir, en estos casos el derecho provee al juez de una solución correcta que choca con su moral o no permite alcanzar ninguna solución moralmente correcta. No solo se dan en ordenamientos corrompidos, pues también aparecen en ordenamientos que no están afectados por ningún déficit moral, es decir, en sistemas que recogen los principios que deberían recoger. Además, a consecuencia de la moralización del derecho, la contradicción o dificultad que se revela en estos casos es interna, en la medida en que se plantea entre principios jurídicos de contenido moral pertenecientes al sistema (pp. 256-257).

Con independencia de cómo se solucionen estos casos²⁸, lo que ahora quiero destacar es que los casos trágicos, en tanto que casos moralmente difíciles, ponen de manifiesto que, en ordenamientos constitucionalizados, las decisiones judiciales correctas no son las que se siguen de las reglas dispuestas, sino más bien las que realizan los valores, derechos o principios constitucionales a los que los jueces están vinculados. Efectivamente, estos casos se dan no porque el derecho esté indeterminado, sino porque,

25. Estos, a su vez, estarían más allá de los que Barak (1989, pp. 70-71) llama casos intermedios, en los que inicialmente hay dos posiciones jurídicas enfrentadas aparentemente legítimas, si bien, después de una interpretación consciente, se constata que solo una de ellas es una solución lícita y de que quien sostenga otra cosa se equivoca. Los casos difíciles, para Atienza, parecen ser, por tanto, los que requieren una decisión discrecional fuerte que no sacrifica bienes o valores fundamentales a los que el ordenamiento jurídico puede decirse asociado.

26. Como advierte (Lariguet, 2006, p. 96), en estos casos se plantea un conflicto irresoluble o resoluble con sacrificio, en la medida en que en ellos no es posible ejercer el tipo de «balance de razones» o de ponderación con el que alcanzar un «equilibrio óptimo» que no comporte ni «sacrificio» ni «coste» o «pérdida moral».

27. Dar cuenta de la trascendencia de este dilema excede con mucho lo que razonablemente se espera de un trabajo como este. Baste señalar, sin embargo, que el problema es muy antiguo, hasta el punto de encontrarse en las tesis aristotélicas sobre la equidad y en la distinción entre la justicia según la ley y la justicia según la equidad, consistente en la corrección de la anterior (Vega, 2014, p. 118). El mismo tema vuelve a aparecer actualizado, por ejemplo, en el estudio que Atienza y Ruiz Manero (2000) hacen de los ilícitos atípicos, en los que una conducta aparentemente permitida o prohibida por una regla, resulta, sin embargo, ilícita por ser contraria a un principio, como ocurre con el abuso de derecho, la desviación de poder o el fraude de ley.

28. Atienza (1997, pp. 262 y ss.) afirma que, en estos casos, el sistema jurídico no permite hallar una solución correcta, pero que eso no significa que cualquier solución escape por completo a control racional, pues no todas las alternativas serán equiparables y, aunque no sepamos cuál es la respuesta mejor, habrá unas mejores que otras.

como señala (García Figueroa, 2009, pp. 151 y ss. y 2011, pp. 130 y ss.), el modo en que está calificada legislativamente una acción no resulta moralmente aceptable, es decir, porque una solución legal que parecía moralmente acertada en abstracto se complica en un caso específico en el que se demuestra inmoral.

Un caso moralmente difícil, popularizado por García Figueroa, es el de Noara, una bebé afectada por una dolencia hepática que iba a causarle la muerte y a la que su madre no podía donar un pequeño trozo de su hígado porque la ley se lo prohibía por ser menor de edad. La solución legal en abstracto, a decir de García Figueroa (2009, pp. 151 y ss., esp. 162 y 168), no plantea problemas morales, pero se complica en el caso concreto, porque entra en conflicto con un principio jurídicamente relevante que nos impele a hacer lo preciso para salvar la vida de un bebé, incluso si esto supone excepcionar la ley²⁹. La suspensión puntual de la aplicabilidad de la ley para atender a una exigencia moral tan perentoria que se impone a cualquier otra consideración alternativa parece la solución correcta al caso. Esto demostraría que, en un Estado constitucional, toda norma legal es derrotable, la jerarquía normativa oscilante y la validez de las reglas inestable, porque está sujeta a que no se formulen excepciones implícitas en el momento de su aplicación. De ese modo, quedaría evidenciado que los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales se caracterizan por su disposición a la optimización moral, una disposición esta a la que no serían tampoco ajenos el derecho y el razonamiento jurídico en general, porque las normas jurídicas no podrían ser operativas argumentativamente si son inadecuadas para el razonamiento práctico general, es decir, que no pueden funcionar como derecho si carecen de cualquier corrección moral (García Figueroa, 2009, pp. 169, 241).

Esta última referencia abre un interrogante: ¿solo los ordenamientos constitucionalizados deben ser optimizados moralmente o, por el contrario, esa pretensión acaba afectando a cualquier juez que razone conforme a derecho, con independencia del grado de constitucionalización del ordenamiento que le sirve de referencia? La respuesta a esta pregunta pasa por tener en cuenta que el principialismo parece admitir dos posibles manifestaciones: el principialismo débil y el fuerte³⁰. Desde el punto de vista del principialismo débil, solo los principios que hayan sido expresamente formulados o los que se encuentran implícitos en las reglas dispuestas serían hábiles para juzgar inapropiada a la solución que una regla legal ofrece a un caso, lo que sugiere que solo los ordenamientos jurídicos de Estados constitucionalizados se caracterizan por su propensión a la optimización moral. Sin embargo, según el principialismo fuerte, cualquier valor o principio que garantice una solución moralmente apropiada a un caso podría ser relevante a la hora de juzgar inapropiada una solución reglada y, por tanto, podría dar

29. Como se apreciará, el principialismo guarda cierta relación con el iusnaturalismo por el modo en que afronta el problema de la relación entre derecho y justicia, si bien, como advierte (Ratti, 2015, pp. 239-241), en el principialismo, la justicia se predica de la decisión judicial y no de la norma en abstracto.

30. Al respecto, Peña (2023).

lugar a un caso moralmente difícil, en el que derrotaría a las reglas, con independencia de que se encuentre o no expresamente formulado en la constitución o implícito entre las justificaciones de las reglas dispuestas³¹. Como se apreciará, el principialismo débil parece abonar la tesis de que, contingentemente, algunos principios pertenecen al derecho en tanto que guardan conexión con la constitución o con las normas promulgadas, mientras que, para el principialismo fuerte, esa conexión no depende del sentido de las normas formuladas, sino que se manifiesta en un plano más profundo, vinculado al concepto mismo de derecho, definido en función de una doble naturaleza que se expresaría en su dimensión autoritativa o legal y en su pretensión de realizar la justicia³². Sin embargo, no quiero referirme ahora a ese problema aquí, pues, como advertí, mi intención es centrarme en los casos difíciles y, especialmente, en lo que la concepción relacional del derecho nos dice de ellos.

3. CASOS DIFÍCILES PARA LA LEGALIDAD

Desde un punto de vista relacional, el derecho es un orden jurídico, es decir, el tipo de orden en que vivimos cuando nuestras acciones están gobernadas por reglas y cuando oficialmente se nos respalda si pretendemos cumplirlas y se nos sanciona si las hemos incumplido. Esta forma de organizarse y gobernar tiene una dimensión moral en la medida en que es expresión del intento de realización de ciertos valores morales³³. A los valores de los que es expresión el orden jurídico los llamaré valores de la legalidad. Son los siguientes:

- a) El control mediante reglas del comportamiento humano es expresión del reconocimiento de la *capacidad para actuar autónomamente de los individuos*, pues las reglas, por su generalidad, exigen cierta intervención de sus destinatarios al momento de decidir sobre su seguimiento. En consecuencia, gobernar mediante reglas presupone el reconocimiento por las autoridades de que los individuos tienen la capacidad para entender lo que se les exige y para configurar por sí mismos su propio comportamiento en función de ese entendimiento³⁴.

31. Esta sería, según Aienza (2017, p. 131), la postura de algunos neoconstitucionalistas extremos.

32. Este último principialismo, claramente, no toma demasiado en serio la institucionalidad o dimensión autoritativa del derecho e incluso la compromete seriamente. Sería una expresión clara de lo que García Amado (2021, pp. 7-31) denomina *iusmoralismo*.

33. Me referido a esta dimensión en Peña (2020).

34. Sobre este valor, Fuller (1969, p. 162) y Rundle (2012, esp. p. 98), que consideran que la forma misma del derecho incluye a un individuo con capacidad para actuar y para comprender e interactuar con normas, es decir, que presupone el compromiso con una concepción del individuo como agente responsable, capaz de entender y seguir las reglas y responsable de los fallos cometidos. Como advierte Waldron (2012, pp. 205 y ss.), gobernar el comportamiento mediante reglas es distinto a pastorear un rebaño o a provocar una reacción mediante el grito de órdenes. En un sentido análogo, según Celano (2022, pp. 35-43), prescribir no es manipular, mentir ni interferir físicamente. Al gobernar mediante

- b) El orden jurídico es expresión del valor de la *libertad como independencia*, porque, donde se gobierna mediante reglas, las reacciones coactivas de las autoridades dependen de que quede acreditada la compatibilidad o incompatibilidad entre las acciones de los individuos y las reglas dispuestas. En esas condiciones, no dependemos directamente de la voluntad de quien da las reglas, sino de las reglas dadas. Tampoco dependemos de la voluntad del juez que las aplica, pues la aplicación de una regla presupone necesariamente un procedimiento adjudicativo en el que el juez puede decidir solo después de haber tomado en consideración los hechos y argumentos presentados por las partes sobre el alcance de las reglas relevantes³⁵.
- c) La existencia de un orden jurídico es expresión del compromiso con la *pacificación social*, porque la violencia solo puede ser legítimamente ejercida por las autoridades oficiales³⁶. Además, en la medida en que esa pretensión sea eficaz, la violencia no estará extendida socialmente (Lovett, 2016, pp. 100-101). Por otro lado, la existencia del derecho presupone que quienes pretenden cumplir con lo dispuesto, obtendrán la protección de quien gobierna frente a quienes intenten impedirse por la fuerza (Simmonds, 2007, p. 102).
- d) Donde existe un orden jurídico, el *ejercicio de la violencia oficial está limitado*: quienes gobiernan no pueden, por ejemplo, hacer un uso arbitrario de la misma, ni proyectarla sobre los individuos a conveniencia. Cualquier expresión de coacción oficial está condicionada por compatibilidad o incompatibilidad entre las acciones y pretensiones de los individuos y las reglas establecidas y ha de llevarse a cabo en las condiciones establecidas en ellas³⁷. Singularmente, quienes gobiernan mediante reglas el comportamiento de otros están limitados ellos mismos, porque, al estar condicionadas las reacciones coactivas de las autoridades a acreditar que se incumplieron las reglas dispuestas, también queda prohibida su reacción para el caso de que se hubieran cumplido³⁸.

reglas se trata a los individuos como adultos, se les reconoce capaces de comprender los hechos relevantes y de tomar por sí mismos decisiones conforme a sus preferencias. Llamativas son las diferencias que encuentra entre esta forma de gobierno y el modo en que se controla el comportamiento de un niño, que incluye mentir, deformar la realidad, etcétera: al lado de este método, incluso la orden del asaltante del célebre ejemplo hartiano es un paradigma de racionalidad, pues, al menos, presupone la capacidad del asaltado de entender el enunciado proferido y de captar su significado y fuerza. Laporta (2007, p. 18) o Nadler (2007, p. 17) apuntan también en esa dirección.

35. Al respecto, también Simmonds (2007, p. 101 o 2009, p. 382), Allan (2006, p. 56) o Dyzenhaus (2022, pp. 318 o 378).

36. Otra dimensión relevante de este hecho es la que advierte Dyzenhaus (2022, p. 184), que, refiriéndose a los Estados modernos, señala que el monopolio de la fuerza legítima que ostenta el Estado a través del derecho hace posible la transformación del poder en derecho (*might/right*).

37. Al respecto, Celano (2022, pp. 117 y ss., esp. 124 y 127).

38. Al respecto, Fuller (1969, pp. 39-41 y pp. 216-217) y, de nuevo, Lovett (2016, pp. 100-101).

Los principios de legalidad comparten la dimensión moral que se sigue de los valores de la legalidad, ya que son su *expresión normativa* para el orden social, es decir, los que establecen la *forma* en que debe organizarse la convivencia en un grupo y cómo debe gobernarse si se quiere realizar los valores de la legalidad³⁹. Es más, como veremos inmediatamente, tiene normalmente valor moral que los individuos sean gobernados mediante reglas y que sus pretensiones y conflictos sean resueltos conforme a ellas y no de un modo distinto, incluso en muchos casos en los que de este modo se logra una solución más apropiada o justa.

3.1. Casos difíciles para la legalidad e indeterminación del derecho

Si se adoptan estos presupuestos, es decir, si se suscribe una concepción relacional del derecho y se asume su relevancia moral, se llega a la conclusión de que los casos en los que el derecho se manifiesta de modo indeterminado son *casos difíciles para la legalidad*. En estos casos, como advierte Endicott (2000, p. 21), los ciudadanos dejen de estar gobernados por las normas establecidas y quedan sometidos a un acto de voluntad de la autoridad judicial. Efectivamente, cuando las reglas son indeterminadas, sus destinatarios encuentran dificultades para identificar por sí mismos lo que se les exige y tampoco tienen fácil anticipar cómo reaccionarán las autoridades en función de cuál sea su comportamiento. La indeterminación jurídica, además, abre la puerta a decisiones judiciales fuertemente discrecionales, es decir, adoptadas a partir de consideraciones que no estaban claramente disponibles al momento en que los individuos decidieron sobre su propio comportamiento.

La percepción de este riesgo no es ninguna novedad. Sí podría serlo la constatación de que esa indeterminación tiene una dimensión más profunda que la identificada por el iuspositivismo, pues encontraría su causa última no en una patología o una necesidad operativa⁴⁰ que afectaría a algunas normas jurídicas, sino en la *generalidad* del tipo de patrón de comportamiento a través del que puede realizarse el orden jurídico, es decir, en la generalidad de las reglas, un rasgo este que es constitutivo del derecho mismo.

Un ordenamiento que no estuviera compuesto por normas con algún grado de generalidad, por estarlo por directivas que determinasen con absoluta precisión el modo en que han de comportarse sus destinatarios en cada ocasión, es decir, por directivas específicas y particularizadas, nos remitiría a formas de control social que poco o nada

39. Esta dimensión moral afecta a la forma característica del orden jurídico y no al contenido de las reglas que lo componen. Como advierte Dyzenhaus (2000, pp. 721-722), los principios de legalidad no forman parte de una lista de principios de justicia externos al derecho mismo, porque están en relación con la forma del derecho y no con sus productos y, por esa razón, atañen al derecho como un todo y no a sus particulares normas.

40. Como, por ejemplo, Endicott (2012, p. 130), que señala que todo sistema legal necesita reglas vagas, pues regular la inmensa variedad de actividades que deben someterse a control en cualquier comunidad es imposible sin ellas.

tienen que ver con el derecho. Algo así advirtió Hart (1961, pp. 26-32, pp. 168-169) cuando señaló que el derecho opera típicamente indicando un *tipo general de conducta* que se aplica a una *clase general de personas*⁴¹ de quienes se espera que cumplan lo prescrito⁴². Un orden formado por directivas específicas no da como resultado un caso de control jurídico, porque no se presupone un agente responsable cuyo comportamiento se intenta condicionar ofreciéndole incentivos para actuar en el sentido deseado tras una deliberación personal sobre la compatibilidad o incompatibilidad entre diversos cursos de acción y lo exigido por la regla, sino que presupone un cuerpo materialmente controlable por el gobernante. De otro lado, los procedimientos a través de los que ese control particularizado del comportamiento se expresaría tampoco se corresponderían con los típicamente jurídicos: las disposiciones específicas podrían aplicarse unilateralmente después de una simple e incontrovertible constatación por parte del gobernante, un método este que es netamente distinto de la aplicación judicial por adjudicación, tan característica del derecho. Al margen de otros problemas⁴³, un control particularizado mediante directivas específicas que hubiera superado los problemas de indeterminación jurídica es radicalmente incompatible con el modelo de orden jurídico fundado en la idea de legalidad.

Que el derecho haya de estar compuesto por normas con algún grado de generalidad es, por tanto, expresión de su naturaleza más profunda en tanto que método de control social, que se construye sobre un equilibrio potencialmente inestable entre la necesidad de que los patrones que lo componen estén lo suficientemente determinados como para permitir a destinatarios distinguir lo que está permitido de lo que no y la necesidad de

41. No obstante, Hart no fue del todo claro a propósito de la dimensión constitutiva de la generalidad de las reglas, pues sugirió que la razón por la que las «formas particularizadas de control» no eran el modo típico en que funciona el derecho estaba en relación con el hecho de que «ninguna sociedad podría mantener el número necesario de órganos para asegurar que cada uno de sus miembros sea informado, en forma oficial y separada, de cada uno de los actos que debe realizar». Creo que la razón es más profunda y va mucho más allá de los condicionantes operativos a los que Hart se refirió.

42. Alexander y Sherwin (2001, p. 31) señalan que, aunque se podría pensar que idealmente las reglas tendrían que ser completamente determinadas, lo cierto es que el gobernante es falible y no es omnisciente y, por tanto, no puede prever todos los casos que podrían plantearse ni tampoco la solución apropiada para cada caso en función de sus circunstancias específicas (p. 19). De esta falibilidad se sigue la insoslayable necesidad de reglas con un cierto grado de determinación y, a la vez, relativamente indeterminadas, es decir, necesitadas de especificación adicional. Desde este punto de vista, el reconocimiento de la autonomía podría verse como un efecto de la falibilidad del gobernante: el gobernante reconoce su incapacidad para resolver cada caso, porque es imposible anticiparlos todos en su singularidad y, por eso, delega en el destinatario de la norma la competencia para determinar por sí mismo lo que se seguiría en ellos de las reglas establecidas.

43. Advierten Casey y Niblett (2017, p. 1445) que, si se gobierna con *microdirectivas*, la capacidad de los individuos para singularizar patrones de comportamiento, para calibrar el grado de compatibilidad de las distintas interpretaciones y para decidir o justificar racionalmente la opción elegida podrían resultar mermaidas por falta de uso y, con ellas, su sentido ético. Shiffrin (2010, pp. 1214 y ss.) también apunta que los seres humanos tienen una habilidad para el razonamiento práctico única que resulta, entre otras fuentes, de su práctica a la hora de decidir qué se sigue de patrones de comportamiento de cuyo incumplimiento pueden ser responsables.

que sean lo suficientemente generales como para no negarles su autonomía ni tornar irrelevantes procedimientos jurídicos tan característicamente jurídicos como la autoaplicación o la aplicación judicial. Existe, por tanto, una tensión en el seno del ideal de la legalidad entre la previsibilidad y la autonomía y esa tensión genera casos difíciles para la legalidad, porque las normas jurídicas tienen que ser necesariamente generales y, a su vez, la generalidad provoca indeterminación y abre la puerta a la discrecionalidad judicial. Es imposible conceptualmente una determinación exacta del sentido de una norma general antes de su aplicación⁴⁴; en condiciones jurídicas, es imposible que el individuo tome la decisión sobre cómo ha de comportarse disponiendo de toda la información relevante, pues esa información, a consecuencia del reconocimiento de su autonomía que exige que su propio criterio sea tomado en consideración por el juez, solo estará plenamente disponible después de la adjudicación judicial. En consecuencia, si se gobierna mediante reglas, no es posible ni alcanzar la plena previsibilidad, ni erradicar la indeterminación, porque las reglas, para reconocer la autonomía para actuar de los individuos, *necesitan ser indeterminadas*.

Ahora bien, que esos casos difíciles para la legalidad no sean erradicables no implica que no tengan que ser adecuadamente gestionados para garantizar que la indeterminación asociada a la generalidad se mantenga dentro de unos márgenes aceptables, compatibles con las exigencias de la previsibilidad también asociadas a los valores de la legalidad. Aunque los órdenes jurídicos existen gradualmente y pueden convivir con la indeterminación, siempre que se mantenga dentro de unos límites asumibles⁴⁵, distintos métodos vinculados al modo en que se aplica el derecho buscan conciliar la previsibilidad con la indeterminación que es consecuencia de su generalidad⁴⁶. Entre

44. Una tensión similar a esta entre previsibilidad y autonomía fue identificada por Waldron (2011, p. 19), quien llamó la atención sobre la difícil relación existente entre, de un lado, los principios de seguridad y previsibilidad del Estado de derecho y, de otro lado, la dimensión argumentativa del derecho, es decir, sobre los riesgos de hacer condicional el sentido de las reglas de las consideraciones, con frecuencia interesadas, que los individuos afectados por ellas presentan al juez. Esto, advirtió Waldron, podría poner en peligro los principios de seguridad y previsibilidad en que se inspira el Estado de derecho.

45. La existencia de un margen de creatividad judicial en el momento de la decisión aplicativa cuestiona la idoneidad de la adjudicación como método para garantizar el gobierno de las reglas. Es posible que puedan existir bolsas de discrecionalidad, pero ese hecho es compatible con la idea de orden jurídico solo si efectivamente son bolsas (Galligan, 1986, pp. 56 y 59)

46. Lovett (2016, pp. 144-152 o 177) también da importancia al diseño de mecanismos e incentivos que mantengan al juez dentro de los parámetros de lo jurídicamente aceptable y eviten una deriva arbitraria de la discrecionalidad judicial. Apuesta por un modelo de cambio endógeno, interpretativo, gradual y marginal de jurisprudencia, que garantice la adaptación del derecho a circunstancias imprevistas y permita embridar la discrecionalidad. La extensión incremental y gradual de lo regulado por las normas minimiza los riesgos de ruptura severa con las expectativas de sus destinatarios, de modo que la coacción pública es encauzada normalmente hacia direcciones y posiciones que eran previsibles incluso antes de haberse establecido interpretativamente, lo que, en cierto modo, palia el carácter *ex post facto* de la decisión judicial. A propósito del razonamiento por analogía a partir de reglas previamente formuladas, Alexander y Sherwin (2001, p. 134) señalan que promueve la confianza y expande el potencial de las decisiones judiciales para ofrecer guía y favorecer la coordinación, ya que los destinatarios de las

ellos, me parecen especialmente relevantes la publicidad de las decisiones judiciales, la vinculación de los jueces a los precedentes o la motivación judicial, que refuerzan el ideal de la legalidad, pues aseguran que está a disposición del individuo la mayor cantidad de información disponible posible al momento de decidir sobre cómo comportarse y sobre lo que las reglas vigentes suponen para su comportamiento⁴⁷.

Otro modo más genérico de acotar los problemas de generalidad de las normas es, obviamente, *reglalizándolas*⁴⁸, es decir, formulándolas en términos inteligibles y claros hasta donde sea posible, para que puedan ser interpretadas, seguidas y aplicadas de un modo no excesivamente controvertible. Se trataría, en cierto modo, de realizar el programa del iuspositivismo normativo para el ordenamiento jurídico, es decir, de promover un modelo de derecho en el que la constitución y la propia regla de reconocimiento deberían estar aligeradas moralmente y en el que el peso regulatorio lo asume el derecho legislado⁴⁹, es decir, el conjunto de normas identificables por referencia a una fuente reconocible por estar plasmadas, por ejemplo, en textos de carácter oficial y cuyo contenido es fácilmente accesible a sus destinatarios en la medida en que las autoridades han expresado en ellas claramente sus exigencias. Esto permite a los individuos obtener guía sobre cuál es el comportamiento que de ellos se espera y cuáles son las consecuencias que se siguen del incumplimiento de lo prescrito (Campbell, 2004, pp. 4, 23-24).

3.2. Casos difíciles para la legalidad por la inmoralidad del derecho

Aunque sea racional que haya reglas y que se decida conforme a ellas, las reglas no garantizan una solución racional a todos los casos a los que se refieren y en algunos lo racional será actuar de modo distinto a lo que disponen, haciendo, en su lugar, lo que, tomadas en cuenta todas las consideraciones relevantes, sea racional en cada caso (Alexander y Sherwin, 2001, p. 54). Como sabemos, toda regla se enfrenta a experiencias recalcitrantes y «algunos objetivos pueden verse no favorecidos por una toma de decisiones atada a reglas» (Schauer, 1991, pp. 67-68).

Ahora bien, de los valores de la legalidad se sigue que debería decidirse conforme a las reglas establecidas. La decisión y solución de los casos según lo señalado por las reglas tiene un cierto valor moral independiente del valor de lo que esa norma disponga. Este es el planteamiento del *legalismo*, entendido como la teoría que favorece la *reglalización* del derecho, que implica que existan reglas que especifiquen qué se

reglas no solo pueden confiar en ellas, sino que también pueden predecir con cierta seguridad en qué dirección se expandirá o desarrollará el derecho.

47. Me he referido a esto en Peña (2020a, pp. 37-41).

48. El término se inspira en la «*ruleness*» de Schauer (2020).

49. Para Celano (2022, pp. 62-63), las leyes (*statutes*), es decir, el derecho legislado es el único estándar jurídico que se ajusta al modelo del *Rule of Law* en la medida en que expresa con naturalidad sus requerimientos.

sigue de los principios que se consideren relevantes para ordenar la convivencia y que las reglas ofrezcan algún grado de resistencia frente a las soluciones que se siguen de los principios relevantes cuando es posible elaborar una solución mejor para cada caso directamente desde ellos⁵⁰.

Los valores de la legalidad se ven honrados cuando los comportamientos de los individuos son gobernados por reglas y cuando los jueces resuelven los casos conforme a las normas anunciadas y no conforme a otros patrones o criterios, incluso cuando decidir según estos patrones permitiría alcanzar soluciones más adecuadas o justas que las que se siguen de la aplicación de las reglas. Si decidimos castigar a un individuo porque el castigo es juzgado conveniente o si dejamos de aplicar la ley porque consideramos que una solución más integradora o compasiva es mejor, estamos causando un quebranto a los valores de la legalidad. Igual sucede cuando en un caso moralmente difícil se opta por inaplicar una norma legal, distorsionándola o suspendiéndola, para evitar causar un injusto: en casos así, estamos lesionando un bien moral —el valor de la legalidad— para evitar un daño a otro bien distinto con el que está en conflicto.

La legalidad ofrece una perspectiva complementaria desde la que analizar el problema de los casos moralmente difíciles sobre los que han llamado la atención los principialistas. Si aceptamos que la legalidad y el orden jurídico son expresión de ciertos valores que les confieren mérito moral, comprobaremos que hay más valores en conflicto que los sugeridos en los análisis de esos casos que lleva a cabo el principialismo. En casos moralmente difíciles, como el de Noara, no se confrontan simplemente quienes, motivados por su compromiso con elevados valores morales, proponen la derrota de la regla que produce resultados moralmente objetables y, de otro lado, quienes, insensibles a las dimensiones morales del caso, son partidarios de la aplicación mecánica de las reglas. Aquellos a quienes preocupa la derrota de las reglas cuando se constata que existe algún valor moral que apunta a una solución mejor, también asumen un planteamiento moral: para ellos la aplicación de la norma establecida supone dar satisfacción a los valores de la legalidad, que se ven realizados cuando los casos se resuelven de modo congruente con las reglas⁵¹.

Ahora bien, que la decisión conforme a la regla tenga cierta fuerza moral no significa que esa fuerza sea absoluta, pues los valores de la legalidad no agotan la idea de justicia, ni son los únicos valores morales implicados en la solución judicial de un caso⁵².

50. Los planteamientos legalistas, en este punto, coinciden con los del iuspositivismo ético o normativo.

51. Como se sigue de Schauer (1991, p. 154), este planteamiento presupone que, a las razones que puedan existir para decidir un caso del mejor modo posible y, particularmente, para decidirlo o no como las reglas señalan, se suman aquellas que existen para decidir conforme a las reglas con carácter general, con independencia del mérito moral de la solución que en cada caso se sigue de ellas. El legalismo no puede entenderse si no se considera la existencia de las razones para tener reglas y razones para decidir lo que reglas exigen.

52. Raz (2009, p. 229) ha advertido que los órdenes jurídicos pueden presentar déficits significativos desde el punto de vista de otros principios de la moralidad, porque los principios morales intrínsecos a la idea de legalidad, aunque son parte del ideal mayor de la justicia, no la agotan. Los valores de la

Aunque decidir conforme a la regla es justo desde el punto de vista de los valores de la legalidad, no es necesariamente el único modo justo de decidir y las reglas podrían ser derrotadas en los casos en que existan razones especialmente exigentes⁵³.

Los valores de la legalidad reclaman la prevalencia de las soluciones contempladas en las reglas frente a otras mejores no particularmente exigentes. En los casos en que existan razones muy exigentes que apunten a la derrota de las reglas, aún deberían ofrecer cierta resistencia, aunque no sea determinante, frente a las soluciones mejores (Schauer, 1991 pp. 151 o 259 y ss.). Aunque puedan ser superadas por principios más exigentes, deberían constituir algo que exige obediencia y que crea razones poderosas para actuar más allá de las circunstancias en las que esté justificada su aceptación (Goldman, 2002, p. 106). Las reglas, por tanto, deberían tener un peso independiente en la toma de decisiones, ofrezcan o no la mejor solución para el caso⁵⁴. En mi opinión, este peso se logra cuando la legalidad encuentra su fundamento en algún principio moral sustantivo, que vaya más allá de su instrumentalidad a la satisfacción de los valores que típicamente se ven realizados a través del contenido de las normas⁵⁵.

Por esa razón, resolver conforme a principios implícitos, explícitos o extrasistemáticos y declarar derrotadas las determinaciones de las reglas no pueden ser consideradas prácticas saludables desde el punto de vista de la legalidad. Si el gobierno mediante reglas del comportamiento humano tiene un cierto valor moral, la derrota de una regla cuando consideramos que su solución no es óptima, tiene un coste moral, por mucho que lleguemos a la conclusión de que el valor moral obtenido con la derrota compensa el daño. Un legalista considera que siempre se pierde algo cuando una regla es derrotada⁵⁶, incluso en los casos en los que la regla es desplazada

legalidad son un componente de la justicia conforme a la cual valoramos en un sentido total las normas y decisiones jurídicas desde un punto de vista moral (Simmonds, 2007, p. 5), pero la justicia implica una valoración más amplia, que abarca cuestiones como la distribución de las cargas y beneficios de la cooperación social, la proporcionalidad de los castigos, etcétera. Como afirma Dyzenhaus (2016, p. 35), se puede reconocer ese valor y aun así concluir afirmando que el derecho es demasiado injusto como para merecer nuestra obediencia, pues la razón inicial, basada en la idea de una moral de la legalidad o moral interna, no debería ser excesivamente venerada. Sobre este punto, también Schauer (1991, pp. 259-269) o Bayón (2017, p. 68).

53. Se sigue de Campbell (2004, p. 32) que el juez del positivismo ético o normativo está convencido de que las soluciones jurídicas contempladas en las reglas deben prevalecer por lo general sobre las soluciones moralmente óptimas, pero sin descartar que en circunstancias muy excepcionales las reglas puedan ser derrotadas.
54. En este sentido, Schauer (1991, pp. 160 o 198) asocia al legalismo con la existencia de un argumento independiente o autosuficiente, que justifique y privilegie a esa decisión respecto a otras distintas mejores.
55. Normalmente a los valores de la legalidad se les considera subordinados a la realización de valores constitucionales o a la satisfacción de los derechos fundamentales, sin que la legalidad como tal alcance un valor independiente o autosuficiente que vaya más allá de su instrumentalidad, como, por ejemplo, hace Atienza (2011, p. 200 o 2017, pp. 134 o 345).
56. Como advierte Schauer (1991, pp. 223-224), algo debería preocuparnos cuando los tribunales se atribuyen el poder de decidir qué razón pesa más que la razón que existe para aplicar las reglas dispuestas.

por un patrón de decisión más exigente: la decisión *contra legem* es, normalmente, una afrenta a los valores de la legalidad, por mucho que, en casos extremos, ese daño sea asumible o se vea compensado por la satisfacción de algún valor excepcional que, en el caso, resulta más exigente. Por esta razón, no se debería normalizar la derrota de las reglas⁵⁷, ni mucho menos presentarla como una encomiable manifestación del modo en que el derecho *se purifica* moralmente. Confrontado a un caso moralmente difícil, el legalismo insiste en la necesidad de que seamos conscientes del daño que decisiones que presuponen la derrota de las reglas provocan a los valores de la legalidad y a la integridad del orden jurídico⁵⁸. Por mucho que, en casos particulares estas soluciones estén justificadas, la derrota de la regla debe ser percibida como marginal y es importante insistir en que «la violación de las reglas es contraria a un deber moral» (Alexander y Sherwin, 2001, p. 90). Por último, no hay que olvidar que un legalista es claramente consciente del carácter moral de la decisión que presupone la derrota de una regla: las decisiones del juez que, en casos difíciles excepcionales, se apartan de las reglas para decidir conforme a un patrón de comportamiento distinto, no convierten ni a ese patrón ni a esa solución en jurídicos: una cosa es lo que el derecho establece y otra lo que el juez debe hacer tomando en cuenta todas las consideraciones relevantes.

En definitiva, la principalización del derecho, es decir, la afirmación de que el derecho está compuesto por principios además de por reglas o de que las reglas pueden ser derrotadas por principios implícitos, explícitos o extrasistemáticos, no corre en el sentido que reclaman los valores de la legalidad. Promover que se decida en función de principios con un contenido muy general e indeterminado podría ser incompatible con la integridad del orden jurídico. Este es, desde luego, un asunto lo suficientemente complejo como para requerir un tratamiento más extenso del que puedo proporcionarle en este artículo. Sin embargo, no me resisto a añadir que, de lo dicho, tampoco se sigue que el compromiso con los valores de la legalidad exija un rechazo frontal a cualquier modelo de decisión judicial que promueva la derrota de las reglas legales a luz de principios. Lo que estaría excluido es la necesidad de formular un juicio moral pleno para poder identificar el sentido en que las normas han de guiar

57. Matizadamente en contra, Brand-Ballard (2010, pp. 124 y ss. y 310), partidario de que los jueces puedan desviarse de las soluciones regladas en casos moralmente subóptimos, entre otras razones, porque concibe a los jueces como definidos por dos intencionalidades colectivas: minimizar los resultados subóptimos a través de sus sistemas jurídicos y evitar ellos mismos llegar a resultados subóptimos. En un sentido similar, las tesis de Alexy (2008 o 2011) sobre la doble naturaleza –autoritativa e ideal– del derecho.

58. En este sentido, Goldman (2002, pp. 145 y ss.) es partidario de una teoría normativa que invite a decidir conforme a las reglas cuando los efectos acumulados del razonamiento directo sean peores que la justicia imperfecta que se logra cuando se decide en función de reglas. Aunque el efecto de una decisión puntual pueda ser mínimo, el efecto acumulado de tales decisiones sería desastroso y generaría inconsistencia e impredecibilidad. Sobre este efecto contagio, Alexander y Sherwin (2001, pp. 81-82).

nuestra conducta o han de justificar la decisión judicial⁵⁹. Como ya se advirtió desde posiciones vinculadas al iuspositivismo normativo, la presencia de elementos morales en el derecho es tolerable siempre que se pueda identificar con cierta claridad lo que implican. Aunque esto, como también advirtió Campbell (2002, pp. 312), es especialmente difícil en el caso de sociedades pluralistas, lo cierto es que el grado de dificultad a la hora de identificar con claridad el sentido de un principio no es el mismo, en la misma sociedad, para todos los principios. Hay principios cuyo contenido puede estar total o parcialmente *consolidado*, es decir, validado por tradiciones o teorías jurídico-constitucionales acreditadas⁶⁰. Lógicamente, no es lo mismo la derrota de una regla legal a la luz de uno de estos principios que su derrota a la luz de lecturas morales profundamente ideologizadas de principios que se juzgan relevantes para decidir un caso. El grado de incompatibilidad con los valores de la legalidad es, obviamente, mayor en este caso que en el primero.

3.3. Casos trágicos para la legalidad

Como hemos visto, el ideal de la legalidad reclama *reglalizar* el orden jurídico, es decir, exige que se gobierne mediante reglas y se decida conforme a ellas. Sin embargo, esta pretensión presupone unos fundamentos morales que la justifican –los valores y principios de la legalidad– y no obedece a ningún tipo de sacralización de la ley o de sumisión al poder que la promueve. La ley es instrumento de la legalidad, porque mediante su aplicación se respetan los principios que constituyen el orden jurídico y se rinde tributo a los valores morales que los fundamentan. Como advertí en otro lugar, los principios de legalidad ordenan maximizar el gobierno de las reglas, en la medida en que los valores de la legalidad se ven satisfechos cuando las reglas gobiernan y cuando se garantiza la autonomía del derecho respecto de órdenes normativos distintos (Peña, 2022, pp. 178-179).

Sin embargo, la aplicación de las reglas no siempre asegura la realización del ideal de la legalidad. Existen casos en los que es el contenido de la legislación misma el que

59. Una solución así podría ser contraria a la autonomía del derecho respecto de la moralidad, pues la autonomía se logra cuando los criterios que sirven para decidir cómo debe resolverse un caso derivan «solo de valores reconocidos o implícitos en el derecho mismo» (Goldman, (2002, pp. 112-113). De Schauer (1991, pp. 262-267) también se sigue que un modelo de decisión que contemple la posibilidad de decidir irrestrictamente conforme a principios es incompatible con la concepción de quien ve al derecho como un conjunto de reglas distintas del universo de consideraciones morales, políticas o económicas que pueden ser relevantes para solucionar un caso.

60. Decidir por determinación moral directa, a partir de principios morales, solo es compatible con los principios de legalidad cuando el supuesto principio está de algún modo reglado. En sociedades éticamente pluralistas, en las que la moral no puede decirse reglada, resolver después de ponderar principios o después de derrotar las determinaciones normativas de una regla para optimizar un principio no es compatible con los valores que forman parte del ideal de la legalidad. Esas soluciones no pueden ser consideradas prácticas saludables por quien se dice comprometido con ese ideal (Peña, 2022, p. 179).

se convierte en una amenaza para la legalidad. Visto que la legalidad exige que las reacciones coactivas de las autoridades estén condicionadas por la compatibilidad de los comportamientos de los individuos con las reglas, si una *ley* autorizara a reaccionar frente a individuos en función de consideraciones distintas, relativas, por ejemplo, a lo que son y no a lo que han hecho⁶¹, la aplicación de esa ley no satisfaría los valores de la legalidad. Si las leyes obligaran a los jueces a ser más o menos severos o compasivos en función de consideraciones ajenas a la compatibilidad entre acciones o pretensiones de los individuos y reglas –por ejemplo, en función de que la criminalidad sea ocasionalmente alta o baja–, la legalidad no se vería realizada. Visto que los valores de la legalidad exigen que las partes puedan presentar hechos y razones en favor de sus pretensiones a los jueces y a estos que estén abiertos a su razonabilidad, una ley que obligara a los jueces a ignorar los argumentos presentados por ciertos sujetos o a no cuestionar los presentados por otros, no podría ser señalada como una expresión de los valores de la legalidad.

Por ilustrar un poco más: imaginemos a un juez confrontado a una *ley* que le ordenara dar plena credibilidad a las manifestaciones de los miembros de una categoría de individuos, con independencia de la razonabilidad de las pruebas y argumentos presentados por los miembros de otra categoría distinta. La incompatibilidad entre esta disposición y los valores y principios de legalidad es evidente: una *ley* así es incompatible con los principios de legalidad, que exigen que el comportamiento de los individuos esté gobernado por reglas y que la responsabilidad del individuo por sus acciones se dirima exclusivamente en función de su incompatibilidad con las reglas anunciadas, apreciada en un juicio en el que las partes han de poder exponer sus respectivos argumentos ante un juez cognitivamente abierto a la razonabilidad de todos ellos. Si las manifestaciones de una parte son razón suficiente para que otra sea condenada, entonces esta no depende de las reglas establecidas, sino de la palabra de quién lo acusa. En este caso, la aplicación de esa norma tendría un impacto negativo sobre la integridad del orden jurídico, pues corre en el sentido contrario al que la legalidad señala.

Denominaré *casos trágicos para la legalidad* a estos casos en los que la decisión conforme a lo establecido en las reglas atenta contra los valores de la legalidad, en lugar de realizarla ¿Qué hacer en estos casos en que son las leyes las que, lejos de realizar los valores de la legalidad, nos alejan de ellos, socavando así la integridad del orden jurídico? No tiene sentido defender una aplicación incondicional de las reglas. La decisión conforme a las reglas realiza normalmente los valores de la legalidad y, por eso, está normalmente justificada; sin embargo, cuando no es así porque la decisión conforme a la ley es incompatible con los valores y principios de legalidad, lo que la legalidad exige

61. Sobre este punto, Rundle (2009) ya llamó la atención entre la incompatibilidad conceptual de una legalidad exterminadora, es decir, sobre la imposibilidad de ejecutar conforme a los principios de legalidad una política aniquiladora.

es que la ley sea corregida o derrotada, según corresponda, para mantener la integridad del orden jurídico. Como advierte Postema, (2023, p. 16), debemos mirar más allá de la mera existencia de leyes o del acatamiento generalizado para entender cuál es la ambición que radica en el núcleo del gobierno del derecho (*rule of law*), pues los principios sobre los que se fundamenta ese gobierno podrían legitimar el incumplimiento de órdenes de quienes actúan desde puestos de autoridad jurídica e incluso de las leyes que promulgan⁶².

El juez comprometido con los valores de la legalidad⁶³ y con el gobierno de las reglas debe ser consciente de que los valores de la legalidad le exigen que la aplicación de las reglas, por así decirlo, sea la regla. Esta exigencia se pone de manifiesto de un modo especial en los casos moralmente difíciles, cuando el juez debe, al menos, sentirse presionado por las reglas, por mucho que esa presión pueda verse superada en circunstancias excepcionales por razones muy exigentes que provoquen su derrota. Sin embargo, en un caso trágico para la legalidad, lo que la legalidad exige al juez es ignorar la regla para seguir sometido a derecho y para no cometer el tipo de injusticia que se da cuando se vulneran sus valores constitutivos⁶⁴. En estos casos, el juez debe trabajar bajo la consideración regulativa de que el judicial, como el legislativo y el ejecutivo, están comprometidos con el proyecto del gobierno del derecho⁶⁵ (Dyzenhaus, 2006): esto significa que debe *reglalar* el contenido de la ley hasta donde le sea posible, buscando que el impacto de su aplicación sobre la integridad del orden jurídico sea mínimo. En

62. Como se sigue de Dyzenhaus (2016, p. 11), los valores y principios de legalidad, que él denomina *constitución del derecho*, no son normas formales o procedimentales, sustancialmente vacías, que se traducen en autorizaciones a los poderes públicos (*officials*) y que obligan a reconocer como válidas a todas sus normas, como lo son la regla de reconocimiento o la norma básica. Tienen, por el contrario, una cierta dimensión sustancial, que se pone de manifiesto en los casos trágicos a los que me estoy refiriendo.

63. Desde luego, este modelo de juez no se corresponde con el de quien concibe a los jueces como meros transmisores de la voluntad del legislador, ni tampoco con el de quien confía en ellos para desvelar principios objetivos externos al derecho. El juez comprometido con la legalidad es un agente vinculado al orden jurídico, cuyo rol viene definido por los principios de legalidad inmanentes al derecho (Dyzenhaus, 2010, pp. 67 y ss.).

64. Dyzenhaus (2022, pp. 114-115), interpretando el modelo de juez hobbesiano, señala que los jueces tienen la potestad de interpretar las leyes del soberano conforme a una serie de principios fundamentales, incluso cuando la letra de la ley parece no sugerir esa potestad ni presuponer esa interpretación, si bien esos principios no son externos al derecho, sino internos y constitutivos de la legalidad de la soberanía. De ese modo, cuando leyes concretas son incompatibles con los principios de legalidad, el juez debe interpretarlos de modo que resulten compatibles, para que así, añade (pp. 170-171), la sujeción del individuo a las normas sea consistente con los principios de legalidad.

65. Esta idea ya está presente en Fuller (1969, pp. 38, 122, 145), que se refiere recurrentemente al derecho como una empresa que tiene el propósito (*purposeful enterprise*) de someter el comportamiento humano al gobierno de reglas generales y a los principios de legalidad como las condiciones que hay que satisfacer para que esa empresa tenga éxito, pues, cuando los seres humanos se embarcan en la empresa de someter sus comportamientos a alguna forma de control se dan cuenta de que la tarea tiene una lógica interna que impone demandas y exigencias que han de cumplirse si se quiere llevar a cabo con éxito (Fuller, 1946, p. 379 y 1969, p. 150).

casos extremos, el juez podría simular o engañar, es decir, hacer como que aplica la norma sin hacerlo⁶⁶.

En definitiva, los valores de la legalidad reclaman la aplicación de las leyes por los jueces y es justo que estén obligados a aplicarlas. Esa obligación solo parece tener dos excepciones. La primera es aparente, porque es la que se da cuando nos hallamos ante un caso moralmente difícil en el que se plantea un conflicto grave entre legalidad y justicia: en estos casos, el juez puede derrotar la ley para no provocar un daño inasumible a la justicia, si bien deberíamos ser conscientes de que no es ese su deber jurídico y de que, con decisiones como esas, no se realiza el derecho, sino que se suspende. La segunda excepción es la de los casos trágicos para la legalidad, en los que, por suscitarse un conflicto entre ley y legalidad, se debe *reglarizar* hasta donde sea posible y, en última instancia, derrotar la ley para no derrotar al derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, J. (2007). «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras» *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), pp. 665-675.
- ALLAN, T. R. S. (2006). «Human Rights and Judicial Review: A Critique of ‘Due Deference’» en *Cambridge Law Journal*, vol. 65, n.º 3, pp. 671-695.
- ALEXANDER, L. y SHERWIN, E. (2001). *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham y Londres: Duke University Press.
- ALEXY, R. (1989). «On Necessary Relations between Law and Morality» en *Ratio Iuris*, vol. 3, n.º 2 (julio 1989), pp. 167-183.
- ALEXY, R. (2008). «On the Concept and Nature of Law» en *Ratio Iuris*, 21, p. 281-299.
- ALEXY, R. (2011). «La doble naturaleza del derecho» en Bernal Pulido, Carlos (ed.). *La doble naturaleza del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra.
- ATIENZA, M. (1997). «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos» en *Isonomía*, n.º 6, abril, 1997.
- ATIENZA, M. (2011). «Cómo desenmascarar a un formalista». *Isonomía*, n.º 34, abril, 2011.

66. Alexander y Sherwin (2001, pp. 86-95) se refieren a esta misma estrategia, pero en sentido contrario al que aquí se sugiere. Ellos admiten la posibilidad de que los jueces simulen o engañen (*deception*) para evitar la adopción de decisiones con resultados injustos. Proponen que los jueces engañen en los casos moralmente difíciles para hacer creer a los individuos que deciden según las leyes, cuando, en realidad, lo están haciendo según algún principio moral que derrota a las normas. Se buscaría con el engaño evitar la generalización de la idea de que los jueces no respetan el principio de congruencia con el derecho establecido, porque si esta idea se extendiese, cualquiera podría llegar a la conclusión de que debe actuar según su propio juicio moral, pues así uno se garantiza no ser castigado por los jueces. Dicho de otro modo, Alexander y Sherwin abogan por difundir una cultura de la legalidad entre los individuos y una concepción principalista del derecho entre los jueces, para que entre los primeros no se generalice la desobediencia y para que los segundos puedan siempre mitigar las consecuencias indeseables de la aplicación de las normas. La simulación que yo sugiero está motivada exclusivamente por la convicción a propósito de difundir la cultura de la legalidad. Al respecto, también Dworkin (1986, pp. 156-157).

- ATIENZA, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2000). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.
- BARACK, A. (1989). *Discrecionalidad judicial*. Lima: Palestra, 2021.
- BAYÓN MOHÍNO, J. C. (2017). «El imperio de la ley y la interpretación y aplicación del derecho: Dos visiones» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número extra, 39, 2017 (Homenaje a Francisco Laporta y Liborio L. Hierro), pp. 67-72.
- BRAND-BALLARD, J. (2010). *Limits of Legality. The Ethics of Lawless Judgement*. Oxford: Oxford University Press.
- CAMPBELL, T. (2002). «El sentido del positivismo jurídico» en *DOXA-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 2002, pp. 303-331.
- CAMPBELL, T. (2004). *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*. Londres: UCL Press.
- CASEY, A. J. y NIBLETT, A. (2017). «The Death of Rules and Standards» en *Indiana Law Journal*, vol. 92, n.º 4.
- CELANO, B. (2022). *El gobierno de las leyes. Ensayos sobre el Rule of Law*. Barcelona: Marcial Pons.
- COMANDUCCI, P. (2003). «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico» en Carbonell, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- DWORKIN, R. (1986). *El imperio del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2022.
- DYZENHAUS, D. (2000). «Positivism's Stagnant Research Programme» en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, n.º 4, pp. 703-722.
- DYZENHAUS, D. (2006). *The Constitution of law. Legality in time of Crisis*. Cambridge, Cambridge University Press.
- DYZENHAUS, D. (2010). «The Very Idea of a Judge», *University of Toronto Law Journal*, vol. 60, 1, 2010.
- DYZENHAUS, D. (2016) «The Idea of a Constitution» en *Philosophical Foundations of Constitutional Law* Dyzenhaus, D, y Thorburn, M. (eds). Oxford: Oxford University Press.
- DYZENHAUS, D. (2022). *The Long Arch of Legality. Hobbes, Kelsen, Hart*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FULLER, L. (1946). «Reason and Fiat in Case Law» en *Harvard Law Review*, vol. 59, n.º 3, pp. 376-395.
- FULLER, L. (1969). *The Morality of Law*, 2.ª ed., New Haven, Yale University Press.
- ENDICOTT, T. (2000). *La vaguedad en el derecho*. Madrid: Dykinson, 2008.
- ENDICOTT, T. (2012). «La vaguedad y el Estado de derecho: una crisis en la adjudicación de derechos humanos» en *Derecho y Humanidades*, n.º 19, 2012, pp. 129-140.
- ETCHEVERRY, J. B. (2014). «Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites» en *Teoría y Derecho*, vol. 15.
- GALLIGAN, D. J (1986). *Discretionary Powers*. Oxford: Clarendon Press.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2021). «Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado constitucional» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 56, pp. 7-31.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: CEPC.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2009). *Criaturas de moralidad*. Madrid: Trotta.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2011). «Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar» en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 34 (2011), pp. 121-137.
- GOLDMAN, A. H. (2002). *Practical Rules. When We Need Them and When We Don't*. Cambridge: Cambridge University Press.

- GUASTINI, R. (2003). «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano» en Carbonell, M. (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- KLATT, M. (2007). «Taking Rights less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion». *Ratio Juris*, vol. 20, n.º 4, pp. 506-529.
- IGLESIAS VILLA, M. (1999). *El problema de la discreción judicial*. Madrid: CEPC.
- LAPORTA, F. (2007). *Imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.
- LARIGUET, G. (2006). «Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica» en *Isonomía*, 24, abril 2006.
- LIFANTE VIDAL, I. (1999). *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Madrid: CEPC.
- LOVETT, F. (2016). *A Republic of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HART, H. L. A. (1958) «Positivism and the Separation of Law and Morals» en *Harvard Law Review*, vol. 71, n.º 4, pp. 593-629.
- HART, H. L. A. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- MARMOR, A. (1992). *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- NADLER, J. (2007). «Hart, Fuller and the Connection between Law and Justice» en *Law and Philosophy*, vol. 27, pp. 1-34
- NAVARRO, P. (1993). «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho» en *DOXA-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 14, pp. 243-268.
- PEÑA FREIRE, A. (2018). *Legalidad y orden jurídico*. Barcelona: Atelier.
- PEÑA FREIRE, A. (2020). «La constitución del Estado de derecho» en *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- PEÑA FREIRE, A. (2020a). «Estado de Derecho, adjudicación y racionalidad jurídica» en Gascón, M. y Núñez Vaquero, Á. (eds.). *La construcción del precedente en el civil law*. Barcelona: Atelier.
- PEÑA FREIRE, A. (2022). «La filiación filosófica de Lon Fuller: iuspositivismo normativo (ni iusnaturalismo ni principialismo) en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, vol. 46.
- PEÑA FREIRE, A. (2023). «Principialismo y legalismo: una aproximación normativa» en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 50, 2023.
- POSTEMA, G. (2023). *Law's Rule*. Oxford: Oxford University Press.
- RATTI, G. B. (2015). «Neconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo» en *Ius Humani: Revista de Derecho*, vol. 14 (2014/2015).
- RAZ, J. (2009). *The Authority of Law*, 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- REYES MOLINA, S. (2020). «Judicial Discretion as a Result of Systemic Indeterminacy» en *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXXIII, n.º 2, agosto, 2020.
- RÓDENAS, Á. (2001). «En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de las normas» en *DOXA*, 24, pp. 63-83.
- RUNDLE, K. (2009). «The Impossibility of and Exterminatory Legality: Law and the Holocaust» en *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, n.º 1, pp. 65-125
- RUNDLE, K. (2012). *Forms Liberate*, Oxford, Hart Publishing.
- SOMEK, A. (2017). *The Legal Relation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHAUER, F. (1985). «Easy cases». *Southern California Law Review*, vol 58 (n.º 1 y 2).
- SCHAUER, F. (1991). *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- SCHAUER, F. (2009). *Pensar como un abogado*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

- SCHAUER, F. (2020) «Ruleness» en *Legal Rules in Practice* (Baudouin Dupret, Julie Colemans y Max Travers Eds.). Londres: Routledge, 2021). También Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper, n.º 2020-72, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3714852>, por donde se cita.
- SIMMONDS, N. (2007). *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press.
- SIMMONDS, N. (2009). «Freedom, Law, and Naked Violence: A Reply to Kramer» en *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, n.º 3, pp. 381-404.
- SHIFFIN, S. V. (2010). «Inducing Moral Deliberation: On the Occasional Virtues of Fog» en *Harvard Law Review*, 123.
- VIGO, Rodolfo (2016). «Dos o tres iusnaturalismos?» en *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*. México: Porrúa.
- VEGA, J. (2014). «La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial» en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 29, pp. 113-144.
- VIGO, R. (2016). «Dos o tres iusnaturalismos?» en *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*. México: Porrúa.
- WALDRON, J. (2011). «The Rule of Law and the Importance of the Procedure» en Fleming, James E. (ed.) (2011). *Getting the Rule of Law*. Nueva York: Nomos-New York University Press.
- WALDRON, J. (2012). «How Law Protects Dignity» en *Cambridge Law Journal*, vol. 71, n.º 1, pp. 200-222.
- WRÓBLEWSKI, J. (1989). «El papel de los principios del derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica» en *Sentido y hecho en el derecho*. Lejona: Universidad del País Vasco.

