

TEORÍA DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

AUTORA: ÁNGELES RÓDENAS (UNIVERSIDAD DE ALICANTE)

ÍNDICE

CAPÍTULO I

LA CRISIS ACTUAL DEL POSITIVISMO JURÍDICO

La ofensiva postpositivista de Dworkin. La fractura del positivismo jurídico: positivismo incluyente y positivismo excluyente. De la teoría del Derecho a la teoría de la argumentación jurídica

CAPÍTULO II

LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Estructura de los principios. Los principios como razones. Argumentación con principios

CAPÍTULO III

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y EL HALO INTERSTICIAL DEL DERECHO

La indeterminación del Derecho. La cuestión del método jurídico.

CAPÍTULO I

LA CRISIS ACTUAL DEL POSITIVISMO JURÍDICO

1. LOS SÍNTOMAS DE LA CRISIS Y LAS RAÍCES DEL PROBLEMA

La expresión *crisis del positivismo jurídico* parece estar en boca de todos en los últimos tiempos. Sobre este tema se suceden estudios que niegan categóricamente la existencia de tal crisis, otros que certifican la defunción del positivismo jurídico y, finalmente, algunos que tratan de reformular la teoría positivista, haciéndola resistente a las críticas. En este maremagno de críticas, réplicas y contrarréplicas, conviene comenzar precisando, con la mayor claridad posible, cuál es el objeto de la polémica: aunque la discusión no quede limitada a ello, en líneas generales puede entenderse que la crisis que se predica del positivismo jurídico afecta fundamentalmente a la “*versión fuerte*” de la “*tesis de las fuentes sociales*”. De acuerdo con dicha versión, puede identificarse aquello que el Derecho es, con completa independencia de los juicios sobre lo que debiera ser, de forma que las consideraciones basadas en juicios de valor no intervienen a la hora de determinar cuál es el Derecho de una comunidad. Dicho en el lenguaje de las razones para la acción, de acuerdo con esta “*versión fuerte*”, el Derecho proporciona a los operadores jurídicos razones que son

independientes del contenido de las prescripciones, por lo que se excluye la deliberación sobre las razones a favor y en contra de realizar la acción prescrita. Como es fácil percatarse, la “versión fuerte” de la tesis de las fuentes del positivismo jurídico no sería sino una interpretación radical de la tesis hartiana de las fuentes sociales, de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del Derecho de una comunidad dependen únicamente de un conjunto de hechos sociales, es decir, de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad, que *pueden* ser descritos sin recurrir a la moralidad¹, ni, en general, a los juicios evaluativos.

1.1 Los síntomas de la crisis actual del positivismo jurídico

Se asuma o no el diagnóstico, los síntomas de crisis de esta versión del positivismo son claros y variados. Aunque en este capítulo no pretendo ocuparme de ellos, seguidamente voy a realizar, con una pretensión meramente introductoria, un breve bosquejo de los mismos. Los orígenes de la crisis de la versión fuerte del positivismo jurídico podríamos remontarlos a

¹ Cfr. HART, “Postscript” a HART, 1994.

Sobre la versión fuerte y débil de la tesis hartiana de las fuentes sociales cfr. MORESO, 2002: 94-95.

la célebre crítica que Dworkin hiciera a Hart². Como se recordará, el sentido central de dicha crítica puede resumirse en la idea de que el positivismo jurídico no es capaz de explicar la presencia en el Derecho de los principios. Estas pautas, a diferencia de las reglas, no tienen su origen en ningún hecho social (su validez no depende de su *pedigree*); los principios no son jurídicamente válidos en razón de su fuente, sino por razón de su contenido. Simplificando un tanto las cosas, las modernas reformulaciones del positivismo jurídico en positivismo excluyente y positivismo incluyente -así como las diferentes subdivisiones de éstos- pueden considerarse como distintas respuestas a la crítica de Dworkin a Hart. Así, mientras que el positivismo excluyente enfatizaría los rasgos discordantes de ambas concepciones, excluyendo que cualquier consideración valorativa pueda determinar la existencia y el contenido del Derecho, el positivismo incluyente se escoraría ligeramente hacia la concepción de Dworkin -sin zambullirse por completo en sus aguas- dando cabida a las consideraciones valorativas en la identificación del Derecho, pero sin renunciar a trazar una línea de separación (conceptual) entre el Derecho y la moral.

² Cfr. DWORKIN, 1977.

Toda esta polémica en el seno de la teoría del Derecho no es tan artificiosa como a alguien, a simple vista, pudiera parecerle. La discusión sobre la inclusión o no de estándares valorativos de cara a la identificación del Derecho tiene consecuencias muy importantes a la hora de dar cuenta de fenómenos jurídicos reales. Así, por ejemplo, la versión fuerte del positivismo jurídico tropieza con una dificultad tradicional en el caso de los sistemas de *common law*, en los que la contribución de los jueces al desarrollo del Derecho adquiere una dimensión muy destacada. No en vano este sistema tuvo uno de sus principales detractores en uno de los padres fundadores del positivismo jurídico: Jeremy Bentham; cuya hostilidad hacia las oscuridades y mistificaciones del *common law* y defensa del Derecho codificado son sobradamente conocidas. Ciertamente, las pretensiones recogidas en la “tesis fuerte del positivismo jurídico” parecen casar mejor con un sistema jurídico que dé prioridad en sus fuentes al Derecho legislado: aunque no siempre esté del todo claro cómo debe ser interpretado un texto legal, éste facilita la posibilidad de acuerdo acerca de qué es lo que el Derecho requiere³. La dificultad tradicional de la versión fuerte del positivismo jurídico para dar cuenta de los sistemas

³ Cfr. CAMPBELL, 2002: 328 ss.

de *common law*, se ve más agravada en el caso de prácticas como la de los EEUU de Norteamérica, en las que los jueces parecen ser más proclives a aceptar como “proposiciones de Derecho” argumentos sustantivistas (no basados en la autoridad de la fuente de la que proceden), que en el Derecho inglés, más formalista (con un sistema de fuentes más vinculado a las autoridades) ⁴.

Finalmente, el moderno auge del constitucionalismo también pondría en entredicho -esta vez desde la tradición del *civil law*- la versión fuerte del positivismo jurídico, al haberse incorporado al Derecho un amplio catálogo de valores fundamentales que deben ser seriamente tomados en consideración por los jueces a la hora de resolver los casos. El nuevo paradigma constitucionalista en el que estamos inmersos resulta incompatible con una aplicación mecánica de las normas y obliga al interprete a realizar constantes ponderaciones para poder concretar tales valores de forma que afecten a las circunstancias del caso⁵.

⁴ Cfr. ATIYAH y SUMMERS, 1987.

⁵ Entre los muchos trabajos relativos a la materia, cfr. ALEXY, 1993 y ZAGREBELSKY, 1995.

Aunque he comenzado el capítulo con una reflexión sobre la crisis actual del positivismo jurídico, mi objetivo no es participar en esta polémica, sino –como ya he advertido– poner de manifiesto las dificultades que arrastra el positivismo jurídico para lidiar con los problemas intersticiales del Derecho, así como proporcionar un instrumental analítico adecuado, desde el que sea posible reconstruir estos casos problemáticos. En lo que resta de esta sección, voy a analizar, lo más sistemáticamente posible, los principales factores (internos al Derecho) que minan la tesis fuerte del positivismo jurídico. A continuación, en la segunda sección, abordaré la cuestión del método jurídico. Para empezar, voy a examinar la viabilidad de diferentes respuestas que desde el positivismo jurídico se pueden dar para tratar de superar estas dificultades. Mi insatisfacción con estas respuestas me llevará seguidamente a formular una propuesta metodológica alternativa que permita reconstruir los casos que ponen en tela de juicio la tesis fuerte del positivismo jurídico. Esta propuesta descansa sobre tres pilares: a) una visión apropiada de las razones que el Derecho incorpora, distinguiendo entre *formulaciones normativas que expresan reglas, principios y juicios de prevalencia entre principios*; b) el empleo de una *metodología coherentista*, y c)

el recurso a las *convenciones interpretativas* compartidas por la comunidad jurídica.

1.2 Las raíces del problema: las tensiones internas al Derecho

Como acabo de apuntar, sostengo la idea de que hay factores internos al Derecho que ponen en tela de juicio la tesis fuerte del positivismo jurídico. Dicha tesis -que, como se recordará, afirma que la identificación del Derecho es independiente de su contenido- sería cierta si los sistemas jurídicos pudieran siempre operar consistentemente atrincherando reglas con perfecta autonomía semántica respecto de sus razones subyacentes. Es decir, si las reglas pudieran aplicarse a todos los casos sin consideración a las razones que les sirven de fundamento. Pero, como vamos a ver, un sistema jurídico que tomara siempre las reglas como completamente opacas respecto a las razones que les sirven de justificación adolecería de ciertas insuficiencias y estaría abocado a cometer determinados excesos.

Voy a intentar mostrar que tales insuficiencias y excesos no son sino la manifestación de las tensiones internas al Derecho causadas por el carácter dual de las razones que incorpora: razones autoritativas (razones basadas en los criterios autoritativos, independientes del contenido, fijados en su sistema de fuentes) y valores jurídicos (razones dependientes del contenido). Mi tesis es que, al menos en lo que a los sistemas jurídicos desarrollados se refiere, hay determinadas ocasiones en las que hacer depender la identificación del Derecho de juicios de valor no sólo no contraviene lo que el Derecho requiere de los jueces y demás aplicadores de normas, sino que, por el contrario, viene exigido por éste. En concreto, voy a sostener que los juicios de valor pueden operar en el momento de la aplicación del Derecho en un doble sentido: a) haciendo que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes⁶, no serían identificables como Derecho, resulten ser, no obstante, aplicables y b) que normas autoritativamente identificadas como Derecho resulten, pese a ello, inaplicables. Mientras que en el primer caso diríamos que los juicios de valor permiten identificar como jurídicas normas que, de acuerdo con los

⁶ Dicho en otros términos, criterios que nos permiten afirmar que la norma **n** pertenece al sistema **S**, sin tener que entrar a evaluar su contenido.

criterios autoritativos del sistema de fuentes, no lo serían, en el segundo caso podemos afirmar que los juicios de valor excluyen como jurídicas normas que, de tener en cuenta sólo tales criterios, sí serían Derecho.

a) En primer lugar, como acabo de indicar, cabe que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, no serían identificables como Derecho, resulten ser, no obstante, aplicables debido a consideraciones valorativas. En estos casos podemos afirmar que, con el fin de suplir las *insuficiencias* propias de un sistema que operara atrincherando reglas de mandato, el Derecho hace una llamada para que la moral (u otras consideraciones valorativas) se incorporen al contenido del mismo. Dicho en otros términos, el Derecho abre la puerta a la utilización para la resolución de conflictos de criterios no fundados en su sistema autoritativo de fuentes, sino en consideraciones basadas en juicios de valor.

Así, en muchos casos es el propio legislador el que prevé una remisión a criterios extrajurídicos, basados en valores, para dotar de contenido y/o de condición de aplicación a determinadas normas. De ello son buena muestra ciertos conceptos valorativos ligados al constitucionalismo moderno,

como el tan citado de “trato degradante”. Lo característico de la utilización de este tipo de conceptos es que implican una renuncia del legislador a introducir propiedades descriptivas en la norma y, en su lugar, una remisión a las convenciones interpretativas vigentes en un determinado colectivo social. Lo cual no significa, por cierto, que dichas convenciones prevean una respuesta para todos y cada uno de los casos que se le planteen, pero sí que siempre habrá un conjunto de casos que son paradigmas de la aplicación del concepto⁷.

Ahora bien, la inclusión en el Derecho de este tipo de conceptos valorativos no es un fenómeno relativamente reciente, ligado al moderno auge del constitucionalismo. Si bien es cierto que en el constitucionalismo moderno esta tendencia resulta más perceptible, es una característica de los sistemas jurídicos tradicionales la inclusión de conceptos como los de “buena fe”, “diligencia de un buen padre de familia”, “honor”, etc. que, indudablemente, participan de estas características⁸. En estos y similares ejemplos, el legislador, conscientemente, abre una puerta de entrada a la moral en el Derecho⁹, renunciando a regular los casos mediante propiedades

⁷ Cfr. MORESO, 2002: 101.

⁸ Cfr. MORESO, 2002: 106.

⁹ Sobre la progresiva inclusión en el Derecho de aspectos morales cfr. LAPORTA, 1993: 60- 63.

descriptivas y requiriendo del aplicador del Derecho el esclarecimiento de las mismas a partir de consideraciones basadas en juicios de valor.

Pero, en contra de lo que pudiera parecer, la remisión del legislador a criterios extrajurídicos no es el único mecanismo que permite a los operadores jurídicos aplicar normas no identificables autoritativamente. Además, existirían otros mecanismos que pueden considerarse como una respuesta proveniente del “método jurídico” -o, si se prefiere, en una terminología más de moda en la teoría del Derecho, de nuestras “prácticas jurídicas interpretativas”- a las *insuficiencias* de un sistema que operara sólo mediante reglas de mandato. Figuras como la de la *analogía legis* prevista en nuestro Código Civil, o construcciones doctrinales como la de la *interpretación extensiva* tienen precisamente aquí su anclaje.

Utilizando la interpretación extensiva a modo de ejemplo, se recordará cómo la dogmática mantiene que éste tipo de interpretación tiene lugar cuando el aplicador del Derecho extiende la formulación literal de una norma, para adecuarla a

su *ratio*. La interpretación extensiva –se dice- tiene lugar cuando una norma expresa menos de lo que quiere¹⁰.

Como ejemplo de interpretación extensiva citan Diaz-Picazo y Gullón “el caso del antiguo artículo 317 (323 actual), en el que se limitaba la capacidad de obrar del menor emancipado, pese a ser considerado como persona mayor para regir su persona y sus bienes. El emancipado no puede, decía el precepto, gravar ni vender bienes por sí sólo. El sentido de la norma era el de prohibirle la disposición sobre bienes raíces, por lo que le estaba vedado todo acto de disposición, no exclusivamente la venta; permuta, donación, dar en pago de una deuda ese bien, transmitir la propiedad a cambio de que el adquirente le pague una renta vitalicia, etc. En todos estos casos existe la salida de un inmueble del patrimonio del emancipado, como en la venta. *La Ley, se ve, expresaba menos de lo que quería*”¹¹.

En este ejemplo vemos cómo un conjunto de normas que prohíben una serie de actos de disposición de los bienes de un menor - permuta, donación, etc.- resultan aplicables, pese a no estar contemplados dichos actos en la norma prohibitiva original, que se refería sólo a la venta y gravamen. De acuerdo con la doctrina, lo que el Derecho requiere del aplicador no es una aplicación mecánica de la norma, antes al contrario, se trata de que realice un juicio fundado en consideraciones valorativas que le permita extender las razones subyacentes a la norma a otras situaciones.

¹⁰ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, 1998: 101 ss.

¹¹ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, 1998: 102.

En suma, los sistemas jurídicos adolecen de insuficiencias que son -en buena medida- como ya señalara Hart, la consecuencia inevitable de la textura abierta del lenguaje y de la relativa indeterminación de los hechos futuros¹². Pero el Derecho establece también mecanismos que permiten suplir tales insuficiencias, recurriendo a consideraciones valorativas. Tales mecanismos pueden estar previstos por el legislador o tener su origen en las prácticas jurídicas y hacen posible que normas que en principio no pertenecen al sistema resulten finalmente aplicables. Las consideraciones valorativas que se introducen en virtud de tales mecanismos nos posibilitan determinar cuáles son las condiciones de aplicación de una norma, o bien extender las razones subyacentes a una norma, o al Derecho, más allá de lo que su tenor literal permite.

b) Ahora bien, como señalaba al comienzo, también es posible que consideraciones basadas en juicios de valor lleven a inaplicar normas que, en principio, de tener en cuenta sólo los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, sí serían Derecho. Me interesa resaltar que, aunque podemos encontrar supuestos que encajen simultáneamente en esta categoría y en la

¹² Cfr. HART, 1994.

que acabo de hacer referencia –casos en los que una norma no identificable de acuerdo con criterios autoritativos resulta, no obstante, aplicable- esta segunda posibilidad es conceptualmente independiente de la anterior¹³. Lo definitorio en estos casos es que las consideraciones basadas en juicios de valor llevan a excluir la aplicación de normas que, en principio, pertenecen al sistema. Dicho en otros términos, mientras que en el primer caso las consideraciones valorativas operarían como *condición suficiente* de la juridicidad (aunque siempre con carácter *subsidiario* -en ausencia de respuesta basada en los criterios autoritativos fijados en las fuentes-), en el segundo caso las consideraciones valorativas serían *condición necesaria* de la juridicidad, ya que permiten excepcionar, o incluso invalidar, el Derecho basado en los criterios autoritativos reconocidos en las fuentes¹⁴.

Los sistemas jurídicos operan básicamente mediante reglas de mandato, tales reglas son el resultado de realizar un balance entre razones subyacentes a favor y en contra de realizar la acción prescrita. Por lo tanto, si se dan las condiciones de

¹³ Esto es lo que sucede con las normas que se refieren al abuso de derecho, fraude a la ley o desviación de poder, pues, aunque está claro que en estas normas la condición de aplicación está indeterminada, vamos a ver que también se trata de mecanismos que el legislador incorpora para excepcionar la aplicación de otras normas. De ahí que he preferido hacer referencia a ellas en este segundo apartado.

¹⁴ BAYÓN, 2002: 71-72, traza esta distinción para diferenciar entre dos posibles formas de positivismo incluyente.

aplicación previstas en la norma, la regla debe ser aplicable sin más. Ahora bien, también sabemos que ningún sistema puede operar consistentemente utilizando sólo reglas de mandato, de ahí que los sistemas jurídicos prevean mecanismos, basados en criterios valorativos, que permiten excluir normas aplicables, bien introduciendo excepciones en el Derecho basado en fuentes, bien incluso invalidándolo¹⁵.

Nuevamente aquí, un vistazo superficial a nuestro sistema jurídico nos basta para encontrar ejemplos en los que es el propio legislador el que prevé mecanismos para excepcionar reglas tanto permisivas como prohibitivas: el abuso de Derecho, fraude a la ley, o la desviación de poder son claros ejemplos de instituciones que permiten dejar de lado *reglas permisivas*. Siguiendo a Atienza y Ruiz Manero, estas tres figuras, que conforman la categoría general de los ilícitos atípicos, tienen los siguientes elementos en común: a) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz de consideraciones basadas en juicios de valor; d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance

¹⁵ La idea de excluir normas jurídicas, como se verá, guarda una estrecha relación con la noción de derrotabilidad de las normas jurídicas.

de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquélla, aparecían como permitidos¹⁶.

Pero además, nuestro sistema jurídico también contempla tradicionalmente mecanismos correctores para las *reglas que establecen prohibiciones*, de lo que son buena muestra las causas de justificación del Derecho penal, o la objeción de conciencia. Todas estas figuras cumplen una función común en nuestro ordenamiento: exceptuar reglas que establecen deberes. Para que tal función tenga lugar será necesario que el aplicador del Derecho realice una valoración sobre si, dadas las circunstancias del caso, las razones subyacentes a las reglas son o no de aplicación. Así, por ejemplo, antes de aplicar la norma que justifica la legítima defensa, el intérprete deberá realizar un razonamiento previo sobre si el bien protegido era de igual valor o no que el bien sacrificado¹⁷.

¹⁶ Cfr. Atienza y Ruiz Manero, 2000. Siguiendo con el análisis de estos autores, la diferencia entre estas tres figuras sería la siguiente: a) El abuso de derecho presupone sólo la existencia de una regla permisiva vg. abuso del derecho de propiedad. b) En el fraude de ley y la desviación de poder lo *prima facie* cubierto por una regla permisiva es el uso del poder conferido por una norma que confiere poder (un tipo de norma que establece que si en determinadas circunstancias un agente realiza una determinada acción, entonces se produce un resultado institucional o cambio normativo: un contrato, un acto administrativo, una ley, etc.). Por lo tanto, no sólo interviene una norma permisiva, sino también una norma que confiere poder (cuyo uso está regulado por la norma permisiva). c) A su vez, la diferencia entre estas dos últimas figuras está en que, cuando se trata de poderes normativos privados, la figura pertinente es la del fraude de ley (vg. utilizar el poder para hacer donaciones para transferir un patrimonio en detrimento de los herederos); y cuando se trata de poderes normativos públicos, la figura pertinente es la desviación de poder (vg. usar el poder de calificación urbanística del suelo para favorecer los intereses de una inmobiliaria) [ATIENZA y RUIZ MANERO, 2000: 126-127.].

¹⁷ Cfr. MORESO, 2002: 106.

Pero no sólo es el legislador el que prevé mecanismos que permiten excluir normas aplicables en base a consideraciones valorativas: como sucedía en el caso inverso –el de las normas no identificables mediante criterios autoritativos, pero que resultan, no obstante, aplicables- conviene tener presente que también nuestras prácticas jurídicas tienen algo que decir a este respecto. Así, la dogmática civil española habla sin ambages de una interpretación restrictiva que sería el resultado de restringir el tenor literal de una norma para adecuarla a su “contenido sustancial” o “*ratio*”¹⁸. Si, como vimos, en la interpretación extensiva la dogmática mantiene que “la norma dice menos de lo que quiere”, en estos casos se sostiene que “la norma dice más de lo que quiere”.

“Un ejemplo de interpretación restrictiva –señalan Diez-Picazo y Gullón- es el artículo 1.459.2 del Código Civil, que prohíbe a los mandatarios la compra de los bienes de cuya enajenación o administración estuviesen encargados. Dado que el motivo de la prohibición es velar por los intereses del mandante, pues si el encargado de enajenar los comprase para sí podría defraudar aquéllos, cuando es el propio dueño el que vende al mandatario no rige la prohibición, ya que el peligro que se trata de conjurar desaparece. La ley aquí dice más de lo que quiere”¹⁹.

¹⁸ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, 1998: 101.

¹⁹ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, 1998: 102.

Por lo tanto, una conducta que está claramente incluida en el supuesto de hecho de una norma prohibitiva -que el mandatario compre sus bienes al propio mandante- resulta, no obstante, permitida en atención a las propias razones que sirven de justificación a la norma -la protección de los intereses del mandante-.

A estas y otras figuras, que demuestran la presencia en el Derecho, desde tiempo atrás, de mecanismos previstos por el legislador o por nuestras prácticas interpretativas para excepcionar normas aplicables debido a consideraciones valorativas, se le suman las previsiones legislativas características del constitucionalismo moderno que permiten, bien sea a los órganos jurisdiccionales ordinarios, bien a los tribunales de rango constitucional, invalidar normas cuyo contenido vulnere valores fundamentales de la constitución.

2. LA FRACTURA DEL POSITIVISMO JURÍDICO: POSITIVISMO INCLUYENTE Y POSITIVISMO EXCLUYENTE

Vistas así las cosas, es indudable que la práctica de nuestros sistemas jurídicos se resiste a ajustarse el corsé de la

versión fuerte de la tesis de las fuentes del positivismo jurídico: no siempre la identificación del Derecho es posible mediante criterios independientes del contenido; en ocasiones, las consideraciones valorativas son decisivas de cara a la identificación de las normas. Las respuestas que desde el positivismo jurídico se pueden dar para salvar este obstáculo son de lo más variado, y pueden ser ordenadas de acuerdo con su grado de radicalidad. La respuesta más extrema consiste en presentar este fenómeno como defectos o imperfecciones de los sistemas jurídicos reales, de los que poco o nada se puede decir, ya que, una vez que hemos dado cabida a la moral, estos fenómenos se vuelven inabordables desde categorías racionales. Un sistema jurídico es más perfecto en la medida en la que deja menos de estos resquicios abiertos a la arbitrariedad. Frente a este punto de vista se puede objetar que, aunque indudablemente la inclusión en los sistemas jurídicos de consideraciones valorativas de cara a la identificación de normas plantea muchos problemas de racionalidad, estos mecanismos no parecen haber sido introducidos en el Derecho por un deseo irracional, sino, antes al contrario, con la pretensión de racionalizarlo. Como se ha tratado de demostrar en los ejemplos de las páginas anteriores, un sistema jurídico

que operara única y exclusivamente mediante reglas de mandato atrincheradas sería un sistema bastante más irracional que el que, en determinadas circunstancias, habilita a sus operadores a identificar el Derecho aplicable de acuerdo con consideraciones valorativas.

Una respuesta más matizada a los excesos de la tesis fuerte del positivismo jurídico la encontramos en algunos de los últimos escritos de Raz²⁰. De acuerdo con Raz, es posible distinguir entre un “razonamiento para establecer el contenido del Derecho” y un “razonamiento con arreglo a Derecho”. En el primer caso, el intérprete realiza un razonamiento basado únicamente en las fuentes del Derecho y, por lo tanto, autónomo. Pero es posible que el resultado que tal razonamiento arroje sea el otorgamiento de discrecionalidad a los jueces para apartarse de lo que el Derecho establece si se dan razones morales relevantes para ello. Si este fuera el caso, entraría en escena el segundo tipo de razonamiento, el razonamiento con arreglo a Derecho, en el que el juez tiene discreción para apartarse de las pautas jurídicas identificadas según la tesis de las fuentes y aplicar las razones morales.

²⁰ Cfr. RAZ, 1994: 310 ss.

A mi juicio, estos y semejantes intentos de salvar la tesis fuerte del positivismo jurídico han de enfrentarse a una misma cuestión: ¿la renuncia del Derecho a juzgar estos casos equivale a la indiferencia de éste respecto de los criterios que se usen para resolverlos?. Así, por ejemplo, cuando el legislador utiliza conceptos como el de “honor” o “trato inhumano o degradante”, ¿pueden verse como una mera renuncia a juzgar los casos, otorgando plena discrecionalidad al aplicador?. O, todavía más grave, categorías como las de la interpretación extensiva y la restrictiva ¿pueden verse como construcciones doctrinales que hacen posible la introducción subrepticia en el Derecho de las propias convicciones morales del aplicador cuando lo estime procedente? Parece dudoso que la respuesta a estas cuestiones pueda ser favorable. Si los jueces tuvieran discrecionalidad para apartarse de las fuentes prescritas en las circunstancias y en la dirección que estimen moralmente procedentes la idea de autoridad del Derecho se desvanecería ²¹.

Una de las características distintivas del Derecho, frente a otros

²¹ La respuesta que desde estas concepciones se podría dar es que, aunque el Derecho no tiene nada que decir en estos casos, los criterios valorativos que usan los jueces deben basarse en pautas sociales compartidas. Pero, toda vez que el intérprete está sujeto a unas pautas sociales compartidas, no parece que la discrecionalidad tenga mucho o poco que jugar ahí. Dicho en otros términos, parece extraño afirmar que el Derecho no tiene la respuesta para estos casos, a la vez que se mantiene que no le es indiferente cuál sea la solución que se les dé. Puesto que el Derecho obliga a realizar juicios de valor fundados en criterios provenientes de las prácticas sociales compartidas, la discrecionalidad parece excluida. Más adelante me ocuparé de esta forma de entender la aplicación del Derecho.

sistemas normativos, es que éste se presenta como un conjunto de pautas o patrones autoritativos para la resolución de las disputas y requiere el reconocimiento de tal pretensión por parte de aquellos a los que se aplica. El Derecho pretende que las pautas por él ofrecidas constituyen una razón suficiente para que se produzca la conducta conforme. El haberlo hecho constar así es precisamente mérito de Raz. No lo es tanto el haber vinculado necesariamente esta tesis a la tesis fuerte del positivismo jurídico. Pero las razones para desvincular ambas tesis no pueden ser adelantadas ahora, voy a ir desgranándolas lo largo de las páginas siguientes.

Otra respuesta diferente al papel que desempeñan las consideraciones valorativas en la identificación del Derecho la encontramos en el positivismo incluyente. Como señalaba al comienzo, de acuerdo con esta concepción, la identificación de las normas de un sistema jurídico no se lleva a cabo únicamente mediante criterios independientes del contenido; la determinación del Derecho de una comunidad es una cuestión de hechos sociales complejos que pueden remitir no sólo a los criterios autoritativos fijados en su sistema de fuentes, sino también a determinados estándares morales. Ahora bien: ¿a qué clase de estándares morales se refieren los partidarios de esta

concepción?; ¿se trata de que el intérprete del Derecho incorpore aquellas consideraciones valorativas que, de acuerdo con un razonamiento moral independiente de las convicciones morales dominantes, juzgue como más adecuadas? o, por el contrario, ¿remite el Derecho a algún criterio convencional de racionalidad que impone límites en el proceso deliberativo del intérprete?

La respuesta a esta cuestión podría ser que, efectivamente, el intérprete debe basar la respuesta a estos casos *única y exclusivamente* en las pautas a las que, a su juicio, se llegaría como resultado de seguir un razonamiento moral autónomo. Así, aunque en principio las decisiones judiciales deben fundarse en el sistema de fuentes, el Derecho habilita a los jueces a apartarse de lo prescrito en función de su sistema de fuentes toda vez que estimen que, de acuerdo con la moral crítica, deben hacerlo. Paradójicamente esta reconstrucción no proyectaría una imagen del Derecho muy distinta de la defendida por Raz, aunque desde parámetros diametralmente opuestos. De acuerdo con la concepción de este último, como se recordará, aunque el Derecho exige del intérprete una decisión basada en el sistema de fuentes, también otorga discrecionalidad a los jueces para apartarse de lo que el Derecho establece si hay

razones morales relevantes para ello. De hecho, esta forma de entender el positivismo incluyente tropieza con el mismo obstáculo que la concepción de Raz: si los jueces tuvieran discrecionalidad para apartarse de las fuentes prescritas en las circunstancias y en la dirección que estimen más acorde con la moral crítica, la idea de autoridad del Derecho se desvanecería.

Pero creo que todavía es posible defender una forma alternativa de positivismo incluyente que no tropezaría con las dificultades anteriores. De acuerdo con dicha versión, el Derecho remitiría a criterios convencionales de racionalidad que señalan límites en el proceso deliberativo del intérprete. Creo que en los supuestos que nos ocupan el Derecho todavía tiene mucho que decir²² y, para demostrarlo, voy a volver sobre los casos que hemos visto en la sección anterior, tratando de reconstruirlos a partir de una concepción del Derecho que no sólo tome como elemento nuclear las reglas, sino que incorpore también los valores.

²² No sostengo que el Derecho tenga siempre respuesta para todos los casos. Admito que es posible que el Derecho no tenga respuesta en aquellos casos en los que no sea posible acudir a las pautas sociales compartidas, porque no las haya. Pero ésta es una cuestión que plantea especiales dificultades, por lo que la abordaré más adelante.

Capítulo II

La distinción entre reglas y principios

1. Una primera aproximación

Las normas regulativas constituyen el tipo de enunciado jurídico más básico y característico del Derecho. La norma que obliga a los vehículos a circular por la derecha, la que prohíbe el homicidio, o la que reconoce el derecho a la igualdad, son todos ellos ejemplos de normas regulativas. Las normas regulativas guían la conducta de los sujetos, señalando qué conductas están prohibidas, cuáles son obligatorias y cuáles permitidas. Son normas esenciales al Derecho, pues constituyen la manera más elemental de orientar la conducta de los individuos hacia los fines y objetivos perseguidos por éste.

Toda norma regulativa presenta una estructura condicional, correlacionando (1) un *caso* a (2) una *solución normativa*²³. (1) Por *caso* o antecedente de una norma regulativa se entienden las condiciones de aplicación de las normas; es decir, todas aquellas circunstancias que deben presentarse para que exista la obligación, prohibición o permiso de realizar el contenido de la norma. Así, por ejemplo, el *caso* de la norma que prohíbe fumar en los centros de trabajo sería *estar en un centro de trabajo*. (2) Por *solución normativa* se entiende el carácter de la norma (obligatorio, prohibido o permitido) más su contenido. Volviendo al ejemplo, la solución normativa de la norma que prohíbe fumar en los centros de trabajo sería *prohibido fumar*.

2. Tipos de normas regulativas.

²³ Estos son los dos elementos que figuran en la clásica definición de norma de Alchourrón y Bulygin [cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN (1974)]. Esta definición de norma se apoya, como se verá seguidamente, en la caracterización de von Wright de los *elementos* de las normas y, más concretamente, de aquellos presentes en el *núcleo normativo* [cfr. Von WRIGHT (1979)].

Las normas regulativas pueden ser reglas o principios. Atienza y Ruiz Manero subdividen, a su vez, las reglas en reglas de acción y reglas de fin, y los principios en principios en sentido estricto y directrices²⁴.

Tomemos el siguiente cuadro como punto de partida para ir profundizando en cada uno de estos elementos de las normas regulativas, mostrando, a su vez, las diferencias entre los diversos tipos de normas regulativas²⁵.

(1) Caso:	(1.1) configurado mediante propiedades independientes del contenido de la norma	(1.2) sin configurar
(2) Solución normativa:		
(2.1) una acción	Reglas de acción	Principios
(2.2) un estado de cosas	Reglas de fin	Directrices

a. Reglas de acción

1) Estructura de las reglas de acción

De acuerdo con el cuadro, las reglas de acción configuran el caso mediante un conjunto de propiedades genéricas independientes del contenido y la conducta modalizada deónticamente en la solución normativa consiste en la realización (u omisión) de una acción. Volvamos a la norma que prohíbe fumar en los centros de trabajo. Esta norma es un ejemplo de regla de acción. En primer lugar, la norma configura el caso mediante unas propiedades genéricas –estar en un centro de trabajo- que son independientes del propio contenido de la norma. ¿Qué significa que el caso se configura mediante propiedades independientes del contenido?

²⁴ La distinción entre reglas y principios y, a su vez, entre principios en sentido estricto y directrices estaba ya presente en Dworkin [Cfr. DWORKIN (1978)]. No obstante, la tipología general de las normas que vamos a examinar a continuación proviene de ATIENZA y RUIZ MANERO (1996).

²⁵ Los aspectos centrales de la caracterización que a continuación se exponen están tomados de RUIZ MANERO (2007).

Significa que podemos determinar qué es y qué no es un centro de trabajo sin necesidad de acudir a las razones por las que está prohibido fumar. Al configurar de esta manera el caso, se pretende que, cuando tales propiedades se dan, se genera un deber concluyente en el destinatario de la norma de hacer lo ordenado en la solución normativa, con independencia de su propia deliberación acerca del peso de las razones en pro o en contra de ello. Si se está en un centro de trabajo, debe abstenerse de fumar, con independencia de cuál sea el resultado de su eventual deliberación sobre ello²⁶. Dado que se dan las condiciones para su aplicación, debe realizarse sin más lo que la norma prescribe. En segundo lugar, la norma que prohíbe fumar en los centros de trabajo tiene como contenido una acción: la acción de fumar. O, expresado en términos equivalentes, obliga a llevar a cabo una omisión: abstenerse de fumar.

2) Las reglas de acción en el razonamiento práctico

Las reglas de acción constituyen el tipo más común de normas jurídicas regulativas y el que simplifica en un mayor grado el razonamiento práctico de sus destinatarios. Las reglas de acción posibilitan que su destinatario, dándose las condiciones –propiedades- que configuran el caso, realice la acción ordenada sin deliberar sobre las razones en pro o en contra de ello y desentendiéndose, a su vez, de las consecuencias de la realización de esa acción.

b) Reglas de fin

1) Estructura de las reglas de fin

Siguiendo con el cuadro, las reglas de fin –al igual que las de acción- configuran el caso mediante un conjunto de propiedades genéricas

²⁶ Salvo en algunos supuestos excepcionales exploraremos más adelante, al analizar el razonamiento práctico con principios.

independientes del contenido, pero –a diferencia de las reglas de acción- la conducta modalizada deónticamente en la solución normativa no consiste en la realización de una acción, sino en la producción de un estado de cosas en una medida determinada.

Partamos del siguiente ejemplo: una norma que obliga a las autoridades municipales a velar por la seguridad de los asistentes a los actos que se celebran en sus instalaciones. Esta norma es un ejemplo de regla de fin. En primer lugar, al igual que sucede con las reglas de acción, la regla configura el caso mediante unas propiedades genéricas -actos autorizados en instalaciones municipales- que son independientes del contenido de la norma. Toda vez que hemos constatado que se trata de actos autorizados en instalaciones municipales, las autoridades municipales tienen la obligación de que la seguridad de los asistentes esté garantizada, desentendiéndose de las razones en pro y en contra de esta obligación.

En segundo lugar, el contenido de esta norma no es una acción determinada, como en las reglas de acción, sino un estado de cosas: que la seguridad de los asistentes esté garantizada, habiendo más de una acción causalmente idónea para velar por la seguridad de los asistentes al acto. Cabe, por ejemplo, emplear policías municipales, contratar a agentes privados, instalar dispositivos electrónicos de vigilancia, etc. Hay, en principio, más de un curso de acción idóneo –o una combinación de varios- para que la seguridad del acto esté garantizada.

2) Las reglas de fin en el razonamiento práctico

Las reglas de fin no reducen tanto como las de acción la complejidad del razonamiento práctico de sus destinatarios; éstos no pueden desentenderse de las consecuencias de sus acciones: lo que se les ordena no es la realización de ninguna acción determinada por la propia norma, sino precisamente la realización de acciones que resulten causalmente idóneas

para producir el estado de cosas que la norma ordena. Todas las acciones del ejemplo anterior podrían ser causalmente idóneas para que la seguridad de los asistentes al acto esté garantizada, pero, según en que circunstancias, la adopción de alguna de ellas, por sí sola, puede que no sea suficiente. ¿Qué sucede si –por ejemplo- se opta por instalar dispositivos electrónicos de vigilancia, pero no se dispone de efectivos humanos de intervención durante el acto?

En todo caso, al igual que sucede con las reglas de acción –y a diferencia de lo que ocurre con los principios- el destinatario de una regla de fin puede, desde luego, desentenderse de las razones en pro y en contra de producir el estado de cosas ordenado y también de las consecuencias que, una vez producido, se deriven de dicho estado de cosas. Tales razones y consecuencias –se supone- han sido ya tenidas en cuenta por la autoridad normativa de la que emana la regla.

c) Principios en sentido estricto

1) Estructura de los principios

Volviendo nuevamente al cuadro, en los principios en sentido estricto -a diferencia de lo que ocurre con las reglas de acción y de fin- el caso no se halla configurado mediante propiedades genéricas independientes del contenido de la norma, pero –al igual que sucede con las reglas de acción- la conducta modalizada deónticamente en su solución normativa consiste en la realización (u omisión) de una acción. El derecho a la vida, el principio de igualdad, los derechos a la libertad de expresión y a la información, los derechos al honor y a la intimidad, son todos ellos ejemplos de principios en sentido estricto.

Partamos del principio de libertad de información y tratemos de determinar, en primer lugar, cuál es el caso al que se aplica este principio. Podríamos zanjar la cuestión afirmando sin más que este principio se aplica

siempre que se de una oportunidad de realizar la acción; es decir, siempre que haya una oportunidad de interferir en la transmisión o el acceso a la información. Pero, reflexionando más en profundidad, repararemos en algunos supuestos en los que este principio cede frente a otros, como el derecho al honor o a la intimidad. Así ocurre, por ejemplo, cuando los medios de comunicación difunden una noticia que afecta al honor o a la intimidad de una persona y esa noticia carece de relevancia pública, o no es veraz, por no haber sido debidamente contrastada. Si la información que se difunde carece de relevancia pública o no es veraz, el derecho a la información cede frente a los derechos al honor y a la intimidad, por lo que se estima que son estos últimos principios y no el derecho a la información los que finalmente determinan la solución del caso. Esto nos ilustra de que, pese a la enorme importancia que tiene el derecho a la información, no siempre determina la solución del caso.

Lo que sucede en realidad es que de la mera oportunidad de realizar la acción no se infiere que el principio deba ser finalmente aplicado. Dicho de otro modo: los principios, al no tener condiciones de aplicación que señalen cuáles son las condiciones en las que debe (o puede) realizarse la conducta prescrita en su consecuente, no pueden evitar que en muchas circunstancias se de una oportunidad para realizar el contenido de un cierto principio y, también y al mismo tiempo, el contenido de algún otro principio que resulte incompatible con el primero.

Es debido precisamente a esta característica del antecedente de los principios por lo que su solución normativa constituye una obligación (o prohibición o permiso) meramente *prima facie*. Volviendo al principio de libertad de información, cuando la información carece de relevancia pública o no es veraz, el principio cede frente a otros principios como son los derechos al honor y a la intimidad.

2) Los principios en el razonamiento práctico

Los principios no pueden eximir a sus destinatarios de llevar a cabo un razonamiento práctico para determinar si, en unas ciertas condiciones, lo ordenado por un principio debe o no prevalecer sobre lo ordenado por otro principio que resulte concurrente. Los principios no posibilitan, a diferencia de las reglas, eludir la deliberación sobre las razones en pro o en contra de realizar la acción ordenada por cada uno de ellos, frente a las razones en pro o en contra de realizar la acción ordenada por otro principio eventualmente concurrente. Pero entonces, ¿qué función desempeñan los principios en el razonamiento práctico?, ¿qué importancia tienen?, ¿cuándo se aplican?

2.1) Para empezar a responder a estas cuestiones conviene tener presente que la justificación subyacente a la mayor parte de reglas regulativas consiste en un balance o ponderación entre principios para determinados casos genéricos. Volvamos a la regla que prohíbe fumar en los centros de trabajo. La justificación subyacente a esta regla sería el resultado del balance entre la autonomía o libertad de los fumadores y el derecho a la salud de los no fumadores en los centros de trabajo. De manera que, para el caso genérico de los centros de trabajo, se estima que debe prevalecer el derecho a la salud de los no fumadores –principio 1- sobre la libertad de los fumadores–principio 2-. Normalmente, para saber lo que una regla ordena o prohíbe no necesitamos acudir a su justificación subyacente. Por ejemplo, comprendemos el significado de una señal gráfica que prohíbe fumar en la entrada de unas oficinas sin necesidad de plantearnos cuáles han sido las razones que han llevado al establecimiento de dicha prohibición, pero, eventualmente, pueden surgir algunas dificultades en la aplicación del

Derecho que nos obliguen a ello²⁷. Volviendo al ejemplo ¿qué sucede cuando una persona fumadora trabaja sola en su propio domicilio en un servicio de atención telefónica? Si nos fijamos en el tenor literal de la regla, parece claro que esta persona tiene prohibido fumar, pero, de acuerdo con la justificación subyacente a la misma, parecen existir buenas razones para entender que la regla queda excluida: quien trabaja sólo en un servicio de atención telefónica no pone en riesgo el derecho a la salud de ningún no fumador. De manera que debe excluirse la aplicación de una regla de mandato cuando, de acuerdo con los principios que le sirven de justificación subyacente, su aplicación a un caso concreto no está justificada.

Un supuesto distinto del anterior sería aquel en el que la regla resulta ser nula debido a un vicio de validez material fundado en principios. Pensemos en un ejemplo no muy alejado de la realidad: el gobierno aprueba una disposición que permite a la policía acceder a un domicilio particular sin orden judicial alguna, basándose en la mera sospecha de que dentro se está cometiendo un delito; ello no obstante, nuestra constitución garantiza la inviolabilidad del domicilio y prohíbe el acceso al mismo sin consentimiento del titular o resolución judicial (artículo 18-2 C.E). La entrada de la policía en un domicilio sin consentimiento del titular o resolución judicial resulta contraria al principio de inviolabilidad del domicilio. La regla que permite la entrada de la policía en un domicilio sin orden judicial, basándose en la mera sospecha de que dentro se está cometiendo un delito, adolecería de un vicio de validez material debido a la vulneración del principio de inviolabilidad del domicilio.

En suma, tanto cuando la aplicación de la regla a un caso no está justificada de acuerdo con los principios que le sirven de justificación subyacente, como cuando la regla resulta nula debido a un vicio de validez

²⁷ Para un análisis más detallado de estas dificultades cfr. RÓDENAS (2012).

material fundado en principios, se produce un desajuste entre las reglas y los principios y, son estos últimos y no las reglas los que, desde un punto de vista racional, deberían decantar la solución del caso²⁸. Precisamente esto es debido a la importancia que le atribuimos a los principios. Aunque, por regla general, las reglas suelen ser guías más fiables para acomodar la aplicación del Derecho a los principios que les sirven de fundamento, de tanto en tanto se producen desviaciones. Estas desviaciones de los principios justifican que los órganos de aplicación del Derecho se aparten puntualmente de lo que señalan las reglas.

2.2) La ponderación entre principios

Pero no son éstos dos los únicos supuestos en los que los jueces deben llevar a cabo un razonamiento práctico basado en principios: los jueces también se ven obligados a ello cuando tienen que ponderar entre principios.

Tomemos como punto de partida el siguiente ejemplo: la financiación con dinero público de los centros religiosos. Los centros religiosos aducen a su favor el principio de la libertad de enseñanza consagrado en el artículo 27 de la constitución española y, más concretamente, en el apartado tercero, que establece que “los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”²⁹.

²⁸ El que en la práctica aplicativa del Derecho esto suceda o no es una cuestión distinta de la de su racionalidad. Los abogados suelen afirmar que en el Derecho dos más dos no siempre son cuatro. Jueces más formalistas (o menos dados a las complicaciones argumentativas) serán reacios a tomar los principios como base de su resolución. En cambio, aquellos que no sólo se preocupen por el aspecto autoritativo del Derecho, sino que contemplan también otros valores o principios, tendrán una mayor predisposición a aceptar que no son las reglas las que gobiernan todos y cada uno de los casos.

²⁹ Cfr. el preámbulo de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación; el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, así como la STC 77/85, 12 (BOE: 17/7/1985).

Pero el principio de la libertad de enseñanza no es el único principio aplicable a la financiación pública de los centros religiosos. A este caso es también de aplicación el principio de aconfesionalidad del Estado, consagrado en el artículo 16-3 de la constitución. Así, el principio de aconfesionalidad se opone a la financiación pública de los centros educativos religiosos, mientras que el principio de la libertad de enseñanza aboga a favor de tal financiación.

¿Cómo resolver este conflicto entre principios del sistema? Los jueces tendrán que ponderar, a la luz de las circunstancias que presente el caso, qué principio debe prevalecer. La ponderación es una actividad bastante compleja, encaminada a la resolución de conflictos entre principios³⁰, que desemboca en la formulación de una regla que determina la prevalencia de uno u otro principio para ciertos casos genéricos. Así, en nuestro ejemplo, los jueces habrán de resolver si financiar con dinero público los centros religiosos atenta gravemente contra la aconfesionalidad del Estado, o si la formación religiosa de los hijos puede llevarse a cabo en ámbitos distintos de la escuela, como son la familia, las parroquias, las agrupaciones religiosas, etc., sin que ello suponga una merma intolerable de la libertad de enseñanza de los padres. Si la respuesta a ambas cuestiones fuera afirmativa –cosa que no parece descabellado pensar- no estaría justificada la financiación de los centros educativos religiosos, debido a la prevalencia del principio de aconfesionalidad sobre el de la libertad de enseñanza.

En suma, los órganos de aplicación del Derecho se ven obligados a llevar a cabo un razonamiento práctico basado en principios tanto cuando

³⁰ Uno de los autores que con mayor profundidad se ha ocupado del tema de la ponderación ha sido Robert Alexy [Cfr. ALEXY (1993)]

las reglas se apartan de los principios que les sirven de justificación subyacente, como cuando resulta necesario ponderar.

d) Directrices

1) Estructura de las directrices

Finalizando con el cuadro del inicio del apartado, en las directrices - al igual que en los principios en sentido estricto- el caso no está configurado mediante propiedades independientes del contenido, pero -a diferencia de los principios- la conducta modalizada deónticamente en su solución normativa no consiste en la realización de una acción, sino en la producción de un estado de cosas en la mayor medida posible. La estabilidad económica (artículo 40 C.E), el fomento del pleno empleo (artículo 40 C.E), o la defensa del medio ambiente (artículo 45 C.E), son todos ellos ejemplos de directrices.

Centrémonos en la directriz que establece el deber de los poderes públicos de procurar que el medio ambiente esté protegido. En primer lugar, al no estar el caso configurado mediante criterios independientes del contenido de la norma, la única condición de aplicación de la que podríamos hablar consistiría en la mera oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente; es decir, la directriz será aplicable a los casos en los que haya algún peligro para el medio ambiente, lo que no es decir mucho sobre cuándo ésta se aplica.

Pero, en segundo lugar, tampoco las cosas son sencillas por el lado de la solución normativa. Al igual que las reglas de fin, las directrices no modalizan deónticamente la realización de una acción, sino la producción de un cierto estado de cosas. Por ejemplo, el medio ambiente puede ser protegido mediante medidas penales, políticas fiscales o financieras, campañas educativas, etc. Pero, además, y a diferencia de las reglas de fin, el cumplimiento de ese objetivo o estado de cosas no debe producirse en

una medida determinada, sino que debe satisfacerse en la mayor medida posible. La norma que obliga a que el medio ambiente esté protegido no especifica una determinada medida (o umbral) de cumplimiento, simplemente ordena a los poderes públicos perseguir este objetivo o estado de cosas en la mayor medida posible.

Esto es debido a que las directrices apuntan a objetivos colectivos de muy variada índole, como la preservación de un medio ambiente saludable, el pleno empleo, la estabilidad económica, etc. El cumplimiento de estos objetivos colectivos o estados de cosas cuya persecución viene ordenada por las directrices, puede entrar fácilmente en conflicto entre sí. Por ejemplo, cierta política financiera puede, de entrada, contribuir a que el medio ambiente esté protegido, pero contribuir también a deteriorar el desarrollo económico (si, por ejemplo, imponen unos impuestos disuasorios a las empresas que producen energía no renovable), estado de cosas al que apunta otra directriz; y este deterioro del desarrollo económico puede, a su vez, acabar teniendo efectos negativos sobre el empleo, etc.

2) Las directrices en el razonamiento práctico

El sofisticado razonamiento práctico necesario para la aplicación de cualquier principio se plantea de forma distinta según que se trate de principios en sentido estricto o de directrices: cuando se trata de aplicar un principio en sentido estricto, la deliberación trata de determinar la prevalencia o no del principio respecto de otros principios aplicables al mismo caso; mientras que cuando se trata de aplicar directrices, hay que diseñar y llevar a cabo políticas que procuren el mayor grado de satisfacción posible de los diversos objetivos, interdependientes entre sí, a los que apuntan las diversas directrices.

Los fines o estados de cosas a los que apuntan las directrices necesitan, de un lado, ser concretados y, de otro, articulados con los demás

fines a los que apuntan las demás directrices. Proponer concreciones de estos fines, elaborar y adoptar políticas que los articulen entre sí y procuren el mayor grado posible de satisfacción de todos ellos es asunto centralmente encomendado al proceso político, a la regla de la mayoría y a la discreción de las autoridades instituidas por la constitución. Y aquí, a diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, el juicio acerca de las políticas diseñadas para dar cumplimiento a las directrices es graduable: en relación con un cierto objetivo hay políticas o cursos de acción más o menos eficientes.

Naturalmente, esto no significa que las directrices no cumplan una función importante en el Derecho: sitúan al margen de las decisiones de política ordinaria, del juego ordinario de mayorías y minorías, los fines y objetivos que deben orientar la acción de los poderes públicos. Pero el juicio acerca de la eficiencia de unos y otros y las decisiones acerca de su adopción están encomendados al proceso político ordinario. El *control judicial del cumplimiento de directrices* sólo resultaría constitucionalmente admisible en dos supuestos bastante extremos: bien cuando no se emprende absolutamente ningún curso de acción para la satisfacción del estado de cosas ordenado, o bien en aquellos cursos de acción que cualquier persona razonable no podría ver más que como absolutamente ineficientes, es decir, como absolutamente inidóneos para procurar en grado alguno el objetivo ordenado.

3. Recapitulando

En la sección anterior, partiendo del cuadro inicial, hemos visto cómo los elementos que caracterizan los dos componentes distintivos de las normas regulativas: (1) *caso* y (2) *solución normativa* presentan distintas propiedades que, combinadas entre sí de diferente manera, caracterizan los

cuatro tipos fundamentales de normas regulativas³¹. Dos de estos cuatro tipos de normas constituyen reglas –reglas de acción y reglas de fin- y los otros dos, principios -principios en sentido estricto y directrices-.

Tanto en las reglas de acción como en las de fin el *caso* presenta condiciones de aplicación independientes del contenido de la norma. Recordemos que el caso de la regla (de acción) que prohíbe fumar en los centros de trabajo consiste en estar en un centro de trabajo y el de la regla (de fin) que obliga a las autoridades municipales a que esté garantizada la seguridad de los asistentes a actos celebrados en sus instalaciones en que se trate de actos autorizados en sus instalaciones. En cambio, en los principios en sentido estricto y en las directrices el *caso* no presenta otras condiciones de aplicación que aquellas que se derivan del propio contenido de la norma. En el principio de igualdad no hay otro caso que el que se dé la oportunidad de discriminar y en la directriz que obliga a la protección del patrimonio histórico-artístico que el que dicho patrimonio esté en peligro.

Estas diferencias en la regulación del caso hacen que las reglas sean de un manejo mucho más sencillo en el razonamiento práctico de sus

³¹ Ruiz Manero advierte que “esta tipología de las normas regulativas, que distingue cuatro tipos de las mismas (reglas de acción, reglas de fin, principios en sentido estricto y directrices) es una tipología de *tipos ideales*. Lo que quiere decir que no queda excluída (a) la posibilidad de normas que se sitúen en la *zona de penumbra* entre algunos de los tipos distinguidos porque, aun respondiendo desde el punto de vista de su configuración o estructura a uno ellos, se comporten necesariamente, sin embargo, desde el punto de vista de su modo de operar en el razonamiento práctico de sus destinatarios, más bien al modo de algún otro de estos tipos. Y tampoco queda excluida (b) la posibilidad de normas que desde el propio prisma de su configuración o estructura constituyan *tipos mixtos*, esto es, integren elementos correspondientes a más de uno de los tipos que hemos distinguido” [Cfr. RUIZ MANERO, 2007:82].

destinatarios que los principios. Salvo en algunos supuestos excepciones de los que nos hemos ocupado, basta con constatar que se dan las condiciones de aplicación indicadas en las reglas para que deba seguirse la correspondiente solución normativa. En los principios, en cambio, el razonamiento es mucho más complejo. Cuando hay oportunidad de aplicarlos, sólo se infiere una obligación *prima facie* de cumplir con ellos, obligación que puede ser derrotada tras examinar el peso de otros principios en conflicto aplicables al mismo caso.

Respecto de *la solución normativa*, tanto en las reglas de acción como en los principios en sentido estricto, el contenido consiste en una acción. En los respectivos ejemplos se trata de la acción de fumar o la acción de discriminar. En cambio, el contenido de las reglas de fin y de las directrices consiste en la producción de un estado de cosas. En los correspondientes ejemplos se trata de la seguridad de los asistentes a actos celebrados en instalaciones municipales, o de la protección del patrimonio histórico-artístico.

Para concluir, recordemos que las acciones contempladas en las normas sencillamente se realizan o no se realizan, (sin que quepan modalidades graduables de cumplimiento); mientras que un determinado estado de cosas u objetivo puede lograrse en mayor o menor medida. Por último, las reglas de fin ordenan la producción de un estado de cosas en una cierta medida determinada; mientras que las directrices ordenan producirlo en la mayor medida posible, teniendo en cuenta otros estados de cosas cuya producción viene también ordenada por otras normas. Estas diferencias respecto de la solución normativa complican, a su vez, el manejo de las reglas de fin, pero, sobre todo, de las directrices en el razonamiento práctico de sus destinatarios.

CAPÍTULO III.

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y EL HALO INTERSTICIAL DEL DERECHO

1. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

Aunque, como vamos a ver, los términos *indeterminación* y *derrotabilidad* están estrechamente ligados entre sí, es usual utilizar el término *indeterminación* en referencia a una característica del Derecho, mientras que se habla de derrotabilidad en relación a una cualidad de las normas jurídicas. De la indeterminación del Derecho se puede hablar en varios sentidos diferentes. Sin pretensión de exhaustividad, ni de trazar categorías necesariamente excluyentes entre sí, seguidamente voy a trazar una panorámica de los principales sentidos en los que comúnmente se habla de problemas de indeterminación del Derecho³².

a) Indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos.

Hablar de indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos presupone un enfoque del Derecho de acuerdo con el cual éste es visto como un sistema normativo orientado a la justificación de decisiones, que se entienden justificadas en

³² Trazo esta panorámica sobre los problemas de indeterminación del Derecho inspirándome básicamente en tres enfoques diferentes: el de Josep Aguiló [AGUILÓ, 2000: 108]; el de Riccardo Guastini [GUASTINI, 1993: 345-357] y el de M^a Cristina Redondo, [REDONDO, 1997: 177-196].

tanto su contenido resulte deductivamente derivable del contenido de normas generales (más la descripción de los hechos del caso). Por lo tanto, la indeterminación en esta acepción afecta a cuestiones de regulación o calificación deóntica. El Derecho resulta indeterminado porque no podemos precisar exactamente cuál es el estatus jurídico de determinadas acciones³³. Esta indeterminación puede tener su causa bien en problemas de consistencia de los sistemas jurídicos, bien en problemas de completitud. Se trata, por tanto, del problema de las lagunas y de las antinomias.

a.1) Las lagunas.

El primero de estos problemas –las lagunas- y su tratamiento por parte de los autores positivistas que, en mi opinión, mejor lo han abordado –Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin- constituye una buena muestra, a la vez, de las virtualidades y de los límites del enfoque positivista.

Alchourrón y Bulygin, en efecto, observan certeramente que, bajo el rótulo indiferenciado de lagunas en el Derecho, la literatura jurídica suele ocuparse también indiferenciadamente de diversos problemas distintos entre sí, lo que genera oscuridad y origina pseudoacuerdos y pseudodesacuerdos entre los juristas. Para poner

³³ Cfr. REDONDO, 1997: 108.

orden en esta problemática, Alchourrón y Bulygin³⁴ proponen distinguir tres conceptos distintos: los de laguna normativa, laguna axiológica y laguna de reconocimiento. De acuerdo con sus definiciones, un cierto caso genérico constituye una *laguna normativa* de un cierto sistema normativo cuando ese sistema no contiene una norma que correlacione el caso con una solución, esto es, con la calificación normativa de una determinada conducta; un cierto caso, asimismo genérico, constituye una *laguna axiológica* de un cierto sistema normativo cuando ese sistema sí contiene una norma que soluciona el caso, pero sin tomar en cuenta como relevante alguna propiedad que, de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia, debiera tomarse en cuenta como relevante; finalmente, un cierto caso individual o menos genérico constituye una *laguna de reconocimiento* cuando, por falta de determinación semántica de los términos empleados en la configuración de un cierto caso genérico, resulta dudoso si el caso individual o menos genérico resulta subsumible en él.

Como los supuestos de lagunas de reconocimiento resultan indistinguibles de los problemas de indeterminación lingüística del Derecho, de los que me ocupo más adelante, concentraré aquí brevemente mi atención en los supuestos de lagunas normativas y de lagunas axiológicas. No cabe duda de que la distinción entre ambas contribuye a disipar la oscuridad en que venía moviéndose el

³⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974.

tratamiento de estos problemas por los juristas, porque ciertamente son problemas distintos el que un caso no esté solucionado por un determinado sistema de normas y el que ese mismo caso esté solucionado de forma insatisfactoria porque el sistema no realice distinciones que debiera realizar, al no reconocer como relevante alguna propiedad que debiera reconocer como tal.

Hasta aquí, la vertiente claramente positiva e irrenunciable de la aportación de Alchourrón y Bulygin. Pero sus límites, o sus déficits, aparecen también con claridad en cuanto les interrogamos por cuáles son los deberes del juez en tales situaciones. En los supuestos de laguna normativa, dirán Alchourrón y Bulygin, el juez no tiene otro deber sino el de fallar y cumple con él fallando en cualquiera de los dos sentidos posibles, esto es, a favor del demandante o a favor del demandado. El Derecho no contiene guía alguna para el juez en estos casos. En cuanto a los supuestos de lagunas de reconocimiento, el juez tiene el deber de aplicar la solución prevista en la norma de que se trate, pues cualquier *hipótesis de relevancia*, desde la que se señale que la norma no hace distinciones que debiera hacer, es necesariamente externa y ajena al Derecho. En *Riggs vs Palmer*, en efecto, de acuerdo con Alchourrón y Bulygin, el tribunal debiera haber entregado al nietro demandante la posesión de la herencia de su abuelo, pues el haber asesinado al causante, al no ser una propiedad que la regla aplicable considere

como relevante, es tan irrelevante para la solución jurídicamente debida como el que el nieto tuviera los ojos azules o fuera aficionado al yoga.

Las tesis, sostenidas por Alchourrón y Bulygin, de que si las reglas jurídicas guardan silencio el juez es libre de adoptar cualquier decisión posible, para la que no tiene otra guía que sus criterios personales de preferencia, o de que si una regla estipula una cierta solución para un caso ya no hay jurídicamente nada más que añadir chocan ciertamente con la *communis opinio* de los juristas. De acuerdo con éstos, en los supuestos de laguna normativa la decisión del juez también ha de encontrarse jurídicamente fundada y los supuestos de lagunas axiológicas bien pudieran constituir supuestos de excepciones implícitas a las reglas³⁵. Pero los instrumentos conceptuales de Alchourrón y Bulygin les inhabilitan necesariamente para dar cuenta de tales cosas: si la vertiente regulativa del Derecho está compuesta exclusivamente por directivas de conducta en forma de reglas, en ausencia de regla aplicable no hay, por definición, regulación jurídica alguna; y si hay regla aplicable, hay toda la regulación jurídica que puede haber y hablar de lagunas axiológicas o de excepciones implícitas no es otra cosa más que emplear subterfugios para sustraerse a esa regulación.

En este sentido, una imagen de las lagunas en el Derecho que integre la penetración analítica de Alchourrón-Bulygin con las

³⁵ Más adelante, al hilo de la derrotabilidad, me ocuparé de la cuestión de las excepciones a las reglas.

creencias compartidas entre los juristas requiere partir de una imagen de la dimensión regulativa del Derecho que no reduzca ésta a directivas de conducta en forma de reglas sino que integre su vertiente de protección y promoción de bienes y valores, en forma de principios. Tal es el caso de la reformulación llevada a cabo por Juan Ruiz Manero de las nociones de laguna normativa y de laguna axiológica. De acuerdo con este autor, “un cierto caso constituye una *laguna normativa* de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y (2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida”. Y, por su parte, “un cierto caso constituye una *laguna axiológica* de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero (2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante”³⁶. De acuerdo con estas redefiniciones sí es posible dar cuenta –como decisiones jurídicamente fundadas- de decisiones adoptadas en ausencia de regla aplicable (en los supuestos de lagunas normativas) o contra lo

³⁶ RUIZ MANERO, 2005: 123.

estipulado en una regla *prima facie* aplicable (en los supuestos de lagunas axiológicas).

a.2) *Las antinomias.*

Vayamos ahora al problema de las antinomias. Hablamos de antinomia o contradicción cuando dos reglas jurídicas correlacionan el mismo caso con soluciones normativas incompatibles. Los criterios *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis* operarían como una suerte de metarreglas que posibilitan la solución de la mayor parte de antinomias mediante pautas proporcionadas por el propio Derecho. Ahora bien, el ideal racional de la consistencia es de difícil realización completa: no todas las antinomias pueden resolverse siempre por el uso de las metarreglas *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*.

Ruiz Manero ilustra esta insuficiencia de los sistemas jurídicos con el siguiente ejemplo: “supongamos una norma N1 contenida en una ley procesal, de acuerdo con la cual todos los funcionarios públicos tendrían la obligación de entregar al juez penal cualquier documento solicitado por éste, y supongamos asimismo una norma N2 [-del mismo grado que la anterior-] con arreglo a la cual los funcionarios públicos tienen prohibido entregar a cualquiera los documentos calificados como secretos de los que tuvieran conocimiento por razón de su cargo”. Estas dos normas

resultan antinómicas en relación con algunas combinaciones de propiedades no previstas por la autoridad editora de ninguna de ellas. Ahora bien, puesto que las dos normas son del mismo grado, no es de aplicación al caso el principio *lex superior*; el principio *lex posterior* resulta aquí irrelevante, y el principio *lex specialis* podría operar en ambos sentidos³⁷.

Parece pues que, en ausencia de metarreglas para resolver la antinomia, el juez no tendría otra posibilidad que crear Derecho *ex novo*, utilizando sus criterios personales de preferencia. Sin embargo, no parece que los juristas consideren que el juez puede escoger sin más una de las dos reglas en conflicto, sino que entienden que habrá de atender al peso, en relación con el caso, de las razones subyacentes a una y otra regla en conflicto. Se trataría en suma de determinar lo que es debido de acuerdo con el Derecho implícito.

b) La indeterminación lingüística de las normas.

También la indeterminación del Derecho aparece vinculada a la indeterminación lingüística de las normas. La indeterminación lingüística supone que no es posible identificar qué es lo que el Derecho requiere debido a problemas del lenguaje mediante el que éste se expresa. La indeterminación lingüística puede tener su

³⁷ RUIZ MANERO, 2005: 106 ss.

origen tanto en problemas de ambigüedad como en problemas de vaguedad. Me detendré brevemente en ambos problemas, para vincularlos luego al Derecho implícito.

b.1) La ambigüedad.

Empezando por la ambigüedad, como es sabido, ésta puede traer su causa en alguno de los siguientes tipos de problemas: semánticos, sintácticos y pragmáticos³⁸. La ambigüedad semántica afecta a los términos. Hablamos de ambigüedad semántica cuando un mismo término es susceptible de asumir diferentes significados. Por ejemplo, en el enunciado que reconoce el derecho a la inmunidad parlamentaria de los diputados, el término *diputado* puede referirse sólo a los diputados en las Cortes Generales -como parece que en principio era el caso en Derecho español- o bien también a los diputados de los distintos parlamentos autonómicos o del Parlamento europeo. Por su parte, la ambigüedad sintáctica afectaría a la estructura lógica de los enunciados, es decir, al modo en que las palabras están conectadas entre sí. Así, en el enunciado que expresa "podrán matricularse en la facultad de Derecho aquellos alumnos procedentes de bachillerato que hayan aprobado la selectividad y los mayores de 25 años que hayan superado las pruebas de acceso" la subordinada de relativo "que hayan superado las pruebas de acceso" puede referirse sólo a los mayores de 25 años

³⁸ Cfr. GUASTINI, 1993: 351-355.

o también a los estudiantes procedentes de bachillerato que hayan aprobado la selectividad. Finalmente, respecto de la ambigüedad pragmática, hay que comenzar advirtiendo que es un tipo de ambigüedad raro. Se produciría cuando un mismo enunciado puede cumplir diferentes usos o funciones del lenguaje, sin que del contexto sea posible esclarecer de qué uso se trata. Por ejemplo "corresponde al Decano convocar la Junta de Facultad" podría entenderse bien como el establecimiento de una condición necesaria y/o suficiente para la convocatoria de la Junta de Facultad, bien como una norma de mandato que obliga al Decano a convocar la Junta de Facultad, bien como una norma permisiva que le permite convocarla.

b.2) La vaguedad.

Por su parte la vaguedad no afecta a los términos, sino a los conceptos. Es posible diferenciar entre problemas de vaguedad extensional y de vaguedad intensional. Hablamos de vaguedad extensional cuando no está claro el campo de aplicación de un concepto y de vaguedad intensional cuando no queda claro el conjunto de rasgos que lo caracterizan. Por ejemplo, en el enunciado que expresa "se considerará punible la tenencia de droga en cantidad suficiente para el tráfico", la noción de "cantidad suficiente para el tráfico" resulta intensionalmente vaga ¿Dónde situar el límite entre

una cantidad de droga destinada al consumo y una cantidad destinada al tráfico? ¿Son 100 gr. de hachís una cantidad de droga destinada al consumo? ¿Y 110? ¿Y 150? Y, obviamente, si no sabemos situar el límite (intensional) entre una cantidad de droga que se supone destinada al consumo y una cantidad que se supone destinada al tráfico, tampoco podemos trazar la frontera (extensional) entre los casos punibles y los que no lo son.

Pues bien, la solución a todos estos problemas lingüísticos requiere derivar reglas mediante procedimientos que no son estrictamente lógicos. La atribución de significados a las normas que plantean problemas de ambigüedad o de vaguedad está estrechamente conectada con el Derecho implícito. Como advierte Laporta, el significado que tienen algunos de los términos naturales o técnicos que aparecen en las normas jurídicas “suscita muchos problemas de interpretación y no se sabe muy bien si ciertas situaciones o estados de hecho caen bajo el alcance de los términos usados en las formulaciones textuales de las normas [...] Vale la pena mencionar que el conjunto de propiedades fijadas por las reglas de uso de los conceptos técnicos (en sus diversos grados) es producto muchas veces de la elaboración doctrinal y teórica, que aporta así también su caudal de soluciones al Derecho implícito”³⁹.

³⁹ Cfr. LAPORTA, 2002: 140

c) *Los conceptos jurídicos indeterminados.*

Voy a tratar aparte un tipo específico de vaguedad que es la que se produce con todos los conceptos valorativos, como son los conceptos jurídicos indeterminados o los conceptos esencialmente controvertidos. Aquí los problemas de vaguedad no se presentan sólo por una dificultad estrictamente semántica, sino que se deben un conflicto valorativo. La célebre distinción de Dworkin entre conceptos meramente vagos y conceptos interpretativos puede sernos de utilidad para ilustrar esta distinción. De acuerdo con Dworkin, los conceptos meramente vagos revelan la existencia de dificultades puramente semánticas -como sucedía en el caso de "droga destinada al consumo"-; mientras que los conceptos interpretativos tendrían su origen en desacuerdos de carácter político y moral y darían lugar a lo que Dworkin llama "conflictos interpretativos"⁴⁰. Un buen ejemplo de éste último tipo de conceptos es el de "trato inhumano o degradante" al que alude la Constitución española⁴¹.

⁴⁰Cfr. DWORKIN, 1986: 45-86.

⁴¹ En *Ilícitos atípicos* Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han subrayado que lo que los juristas llaman "conceptos jurídicos indeterminados" son conceptos que califican valorativamente una cierta conducta o estado de cosas sin determinar, en términos de propiedades descriptivas, cuáles sean sus condiciones de aplicación, y que ésta es la razón de que su aplicabilidad concreta resulte controvertible en la mayoría de los casos. [cfr. ATIENZA Y RUIZ MANERO, 2000: 41 n. 5].

Lo característico de la utilización de este tipo de conceptos es que implican una renuncia del legislador a introducir propiedades descriptivas en la norma y, en su lugar, suponen una remisión a los acuerdos valorativos vigentes en un determinado colectivo social. Lo cual no significa, por cierto, que dichos acuerdos prevean una respuesta para todos y cada uno de los casos que se le planteen, pero sí que siempre habrá un conjunto de casos que son paradigmas de la aplicación del concepto⁴².

Ahora bien, la inclusión en el Derecho de este tipo de conceptos valorativos no es un fenómeno relativamente reciente, ligado al moderno auge del constitucionalismo. Si bien es cierto que en el constitucionalismo moderno esta tendencia resulta más perceptible, es una característica de los sistemas jurídicos tradicionales la inclusión de conceptos como los de “buena fe”, “diligencia de un buen padre de familia”, “honor”, etc. que, indudablemente, participan de estas características⁴³. En estos y similares ejemplos, el legislador, conscientemente, abre una puerta de entrada a los juicios de valor en el Derecho⁴⁴, renunciando a regular los casos mediante propiedades descriptivas y requiriendo del aplicador del Derecho el esclarecimiento de las mismas a partir de consideraciones basadas en juicios de valor.

⁴² Cfr. MORESO, 2002: 101.

⁴³ Cfr. MORESO, 2002: 106.

⁴⁴ Sobre la progresiva inclusión en el Derecho de aspectos morales cfr. LAPORTA, 1993: 60-63.

Aunque la cuestión del método jurídico va a ser el objeto de mi atención en el último capítulo del libro, conviene hacer notar ya aquí que la orfandad de herramientas interpretativas con las que el jurista se enfrenta a los conceptos jurídicos indeterminados es todavía más patente que en los supuestos anteriores. El desafío argumentativo que afronta el juez en estos casos ha sido tradicionalmente obviado por el modelo de ciencia jurídica positivista, que se ha limitado más bien a denunciar que, bajo la retórica del Derecho implícito, no subyace otra realidad sino la de la creación de Derecho *ex novo*.

d) Indeterminación debida a problemas de coherencia normativa o congruencia.

Esta última acepción está asociada a la noción de derrotabilidad de las normas jurídicas de la que pasaré a ocuparme en el siguiente apartado. Por el momento, me interesa señalar que el análisis de los problemas de indeterminación del Derecho desde esta última perspectiva supone partir de una concepción del Derecho completamente diferente a las anteriores. Lo decisivo aquí es contemplar el Derecho no sólo en su función de guía unitaria de la conducta, es decir, como un

mecanismo para el establecimiento unívoco de cuáles son nuestros deberes, sino, sobre todo, como una forma de protección de un cierto sistema de bienes o valores jurídicos. Es en este último contexto en el que cobra sentido la idea de coherencia, entendida como un planteamiento sobre la *compatibilidad* entre los diferentes fines o valores que el Derecho incorpora⁴⁵. Proporcionar un cuadro de los supuestos genéricos en los que tales conflictos pueden producirse es extraordinariamente complejo, aunque en el siguiente epígrafe - al hilo del análisis de la noción de derrotabilidad- voy a aventurar alguna propuesta en este sentido. Por el momento, basta con señalar que la superación del conflicto entre diversos valores jurídicos requiere la realización de ponderaciones o balances entre las diferentes razones que el Derecho incorpora.

⁴⁵ No creo estar sosteniendo aquí nada muy diferente a lo ya apuntado por AGUILÓ, 2000: 96.

Desde un enfoque diferente al que voy a desplegar en las páginas siguientes, Jorge Rodríguez ha perfilado un concepto de laguna axiológica que, en una de sus acepciones, podría proporcionar un buen punto de partida para un análisis alternativo al que aquí se expone –aunque no necesariamente incompatible con él-. Este autor defiende que "bajo el concepto de laguna axiológica parecen confundirse dos nociones diferentes: la idea de laguna axiológica como enunciado de crítica respecto de un sistema normativo (un enunciado prescriptivo) expresado desde el punto de vista interno de otro sistema normativo (el sistema axiológico del intérprete), y la idea de laguna axiológica como enunciado interpretativo respecto de cierto conjunto de formulaciones normativas que intenta reconstruir las intenciones de la autoridad normativa. En este segundo sentido, no se trata necesariamente de un enunciado prescriptivo o valorativo, dado que puede tratarse simplemente de una descripción del hecho de que, aunque la autoridad normativa no le ha atribuido relevancia a una cierta propiedad a través de una formulación explícita, *esa propiedad es implícitamente relevante en el sistema de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad*, el cual puede ser reconstruido a través de una análisis cuidadoso de las restantes normas promulgadas por la autoridad" [Cfr. J.L. RODRÍGUEZ, 1999: 349-369].

Por su parte, recordemos que Juan Ruiz Manero define así el concepto de laguna axiológica: "Un cierto caso constituye una *laguna axiológica* de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero (2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante" [Cfr. RUIZ MANERO, 2005: 123].

Cómo y hasta qué punto las convenciones interpretativas proporcionan una guía útil para ello es una cuestión que dependerá, como ya he anticipado, de la concepción del Derecho -y de su correspondiente halo de penumbra- de la que se parta.

Antes de proseguir conviene reparar en que los problemas de indeterminación vinculados a los conceptos jurídicos indeterminados, a los que he hecho alusión en el apartado anterior, y los problemas de coherencia normativa que ahora nos ocupan, pueden solaparse. Dicho en otros términos, la vaguedad debida a imprecisiones valorativas puede revelar un conflicto entre planteamientos incompatibles en relación a los valores y fines que el Derecho incorpora. En tal caso, estaríamos ante dos formas alternativas de presentar un mismo problema de indeterminación: en el primer caso la indeterminación se presenta como un problema lingüístico (debido a un conflicto valorativo), mientras que en el segundo aparece como un problema de coherencia normativa. No obstante lo dicho, me parece que conceptualmente es interesante mantener la distinción y ello fundamentalmente por una doble índole de razones. Para empezar, creo que es preferible hablar de problemas de coherencia para hacer alusión aquellos

conflictos entre planteamientos relativos a los valores y fines que el Derecho incorpora; son problemas que –como en breve veremos- sólo es posible saldar con la derrota de alguna norma del sistema. Por lo tanto, las imprecisiones debidas a problemas de coherencia normativa estarían indisociablemente unidas a la derrotabilidad de las normas, a diferencia de las valorativas, que presuponen un conflicto entre concepciones de carácter político y moral y no necesariamente entre normas del sistema. Pero, sobre todo, creo que es importante mantener esta distinción puesto que -como también vamos a ver- es perfectamente posible hablar de indeterminación del Derecho debida a problemas de coherencia normativa sin que los términos contenidos en las normas adolezcan de ningún tipo de vaguedad conceptual (al menos tal y como ésta ha sido aquí definida).

2. LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS

Como sostenía al comienzo de este capítulo, la derrotabilidad es una característica que suele predicarse de las

normas jurídicas y no tanto del Derecho⁴⁶. Mi aproximación al problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas no se corresponde con los enfoques lógicos inspirados por el aparato conceptual puesto en pie por Alchourrón y Bulygin. Por el contrario, voy a acercarme al problema de la derrotabilidad tomando como punto de partida la teoría de las razones para la acción. Como se verá, la pregunta a la que pretendo responder es la de cuándo está justificado dejar de lado como razón para la acción una regla aplicable, así como la forma de los argumentos en los que se fundamentaría tal apartamiento.

Dar cuenta del papel que las reglas juegan en tanto que razones para la acción me obligará desviarme brevemente del objeto central de este capítulo. Como es sabido, una de las principales contribuciones de Raz a la teoría del Derecho es su

⁴⁶ Juan Carlos Bayón analiza y critica cuatro argumentos a favor de la derrotabilidad del razonamiento jurídico, asociados a otras tantas causas o sentidos de *derrotabilidad*. Estos argumentos, que estarían relacionados en mayor o menor medida entre sí, atribuyen respectivamente la derrotabilidad del razonamiento jurídico a: la pragmática de los procedimientos jurídicos; el conocimiento incompleto de los hechos o del Derecho; las necesidades derivadas del tratamiento de las excepciones en la representación del conocimiento jurídico y, en fin, a la derrotabilidad misma de las normas jurídicas. Este último argumento sostiene que la derrotabilidad de las normas jurídicas es una consecuencia de la interacción entre reglas y principios. La tesis podría resumirse de forma muy concisa de la siguiente manera: “dado que no es posible precisar de antemano en qué casos genéricos prevalecerá un principio sobre otros y que cualquier regla está sujeta a excepciones implícitas por razones de principio (lo que nos reconduciría de un modo u otro a un balance entre principios), toda norma jurídica, ya sea un principio o una regla, tendrá excepciones implícitas que no es posible identificar genéricamente por anticipado [Cfr. BAYÓN, 2001: 35- 62].

Es de este último argumento a favor de la derrotabilidad del que me voy a ocupar aquí. Ahora bien, como pronto se verá, creo que cuando se habla de derrotabilidad de las normas jurídicas no hay una única acepción en juego, sino al menos tres. Me parece importante destacar este hecho porque puede ayudar a descartar inútiles pseudo polémicas basadas en un uso no unívoco del concepto y a redefinir la verdadera dimensión de los genuinos desacuerdos sobre el carácter derrotable o no de las normas jurídicas –fundados en último extremo en diferentes concepciones del Derecho y de la subsiguiente capacidad de éste para resolver ciertos problemas de indeterminación–.

análisis de las normas en términos de razones para la acción⁴⁷. El punto de partida de dicho análisis es la consideración de las reglas como la expresión de un compromiso entre razones de primer orden. Tener una regla significa que, cuando se producen las condiciones para su aplicación, no componemos un nuevo balance con todas las razones de primer orden aplicables al caso, pues la decisión ya está tomada de antemano. Partiendo de este presupuesto, Raz caracteriza las normas jurídicas como razones protegidas para la acción. Centrándonos en el razonamiento judicial, que es el que ahora nos ocupa, caracterizar a las normas jurídicas como razones protegidas significa simultáneamente dos cosas: que la regla constituye para el juez una razón de primer orden para realizar la acción exigida, es decir, para dictar una resolución cuyo contenido se corresponda con el de la regla, y, a su vez, que la regla es también una razón excluyente para prescindir del resultado al que llevaría una deliberación independiente por parte del juez sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción; es decir, una razón para excluir que el contenido de la resolución se fundamente en la apreciación por parte del órgano

⁴⁷ Cfr. RAZ, 1991.

jurisdiccional de cuál fuera, atendiendo a los méritos del caso, la mejor resolución a dictar.

¿Cómo pueden las normas, caracterizadas en los términos que acabamos de ver, ser derrotables? Parece que su carácter, en tanto que razones protegidas, excluye el rasgo de la derrotabilidad. Algunos autores, como Juan Carlos Bayón, han resuelto esta cuestión renunciando a la idea de que las normas sean razones protegidas para la acción y caracterizándolas como meras razones de primer orden para actuar. Razones de primer orden que, en tanto que tales, deben ser ponderadas por el juez junto con cualesquiera otras razones de primer orden que sean aplicables para la resolución del caso en cuestión⁴⁸.

Ahora bien, otros autores no han considerado el problema de la derrotabilidad como un obstáculo insubsanable que deba llevar inexorablemente al abandono de la caracterización de las reglas en tanto que razones protegidas. Este es el caso de Atienza y Ruiz Manero, quienes en *Las piezas del Derecho* se valen precisamente de la caracterización de las reglas como razones protegidas⁴⁹ para perfilar, a mi juicio de forma bastante esclarecedora, la distinción entre reglas y principios. Para estos

⁴⁸ Cfr. BAYÓN, 1997: 143-180.

⁴⁹ Aunque estos autores, adoptando la conocida terminología del último Hart, prefieren hablar de las reglas jurídicas de mandato como *razones perentorias* para la acción. La noción de *razón perentoria* viene a coincidir con la de *razón protegida* de Raz a la que acabo de referirme.

autores, las reglas estarían destinadas a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos primarios excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla. Por su parte, los principios no constituirían para Atienza y Ruiz Manero razones perentorias o protegidas, ya que no están destinados a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver el caso de que se trate en un determinado sentido. Como razones de primer orden, su fuerza respecto de otras razones para resolver el caso en otro sentido – por ejemplo, otros principios- ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.

Así, por ejemplo, la diferencia entre el principio que prohíbe la discriminación por razón de sexo y la regla que establece la obligación de pagar un salario igual a hombres y mujeres estaría en que, cuando es aplicable la regla a un supuesto de hecho, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de realizar una deliberación sobre el contenido de la resolución a dictar y aplicar la solución normativa estipulada en la regla. En cambio, del mero hecho de que a un supuesto de hecho le sea

aplicable el principio de prohibición de la discriminación por razón de sexo sólo se infiere que hay una razón para no discriminar, pero no una solución normativa para el caso, ya que esta razón tendrá que ser ponderada con cualesquiera otras razones que sean también aplicables al supuesto⁵⁰.

Pero, aunque los jueces en la mayoría de casos adoptan como base de su resolución reglas jurídicas preexistentes, en tanto que razones perentorias, sabemos que también hay ocasiones excepcionales en que entienden que hay poderosas razones jurídicas para dejar de lado reglas en principio aplicables. Es aquí precisamente donde entra en juego la noción de derrotabilidad de las reglas. Dicho en otros términos, hablamos de derrotabilidad cuando el Derecho exige que las reglas no sean tomadas como razones excluyentes en la base de la deliberación judicial. De manera que hasta aquí no hemos avanzado demasiado ya que, aunque la noción de razón protegida nos permite captar la distinción entre reglas y principios, todavía no hemos afrontado el problema de la

⁵⁰ La caracterización de los principios en términos de razones de primer orden para la acción tiene importantes consecuencias de cara a los aspectos normativos del razonamiento jurídico justificativo. Desde esta perspectiva, Atienza y Ruiz Manero han señalado, entre otras cosas, que los principios, “por un lado, no presentan las ventajas de las reglas, pues no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción. Pues si una regla es aceptada y ella es aplicable al caso que nos ocupa entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra de una determinada decisión; la regla opera, por tanto, como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación. Sin embargo, los principios –como se ha visto- no eximen de la tarea de efectuar esa ponderación. Por otro lado, los principios, en cuanto premisas a utilizar en los argumentos prácticos, tienen menos fuerza, son menos concluyentes que las reglas” [cfr. ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996:13-21].

incompatibilidad entre el carácter de razón protegida de las reglas y la derrotabilidad de las mismas. Tratar de contestar a esta cuestión no es nada simple, ya que, como pretendo mostrar, no hay una única noción de derrotabilidad en juego, sino varias.

Para dar cuenta de las distintas acepciones del término *derrotabilidad*, empezaré por introducir una distinción bien conocida que aquí va a ser crucial. Se trata de la distinción entre las justificaciones subyacentes a la regla y las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas de las reglas. Pues bien, apoyándome en esa distinción voy a diferenciar dos sentidos de derrotabilidad: la derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en la formulación de las reglas (D1) y la derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacente a las reglas (D2).

Empecemos con un ejemplo bastante simplificado. Imaginemos una norma que -sin introducir mayores matices- prohíbe fumar en los centros de trabajo. Esta disposición podría haberse aprobado para proteger el derecho a la salud de los no fumadores, o bien para disuadir a los fumadores de perseverar en su hábito, o, en fin, para frenar el elevado gasto que para el erario público supone atender a las enfermedades derivadas del consumo habitual de tabaco. Algunas de estas razones, o un subconjunto de ellas, o la suma de todas ellas, pueden operar como razones subyacentes. Sean las que fueren

las razones subyacentes a la prohibición, no es necesario que queden esclarecidas para poder atribuir significado a la norma en cuestión. Usualmente somos capaces de atribuir un significado a la norma que prohíbe fumar en los centros de trabajo sin necesidad de determinar cuáles son las razones subyacentes a la misma. Siguiendo a Frederick Schauer, podemos afirmar que muchas formulaciones normativas poseen *autonomía semántica*, esto es, que su significado -lo que las mismas prescriben- puede establecerse sin tomar en cuenta la justificación que subyace a las mismas⁵¹.

a) *La derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en la formulación de las reglas (D1).*

El Derecho se expresa en muchos casos mediante enunciados con autonomía semántica. De esta forma simplifica extraordinariamente su función de guía de la conducta y ahorra considerables costes de decisión. Generalmente seguir las reglas sin preguntarnos por sus razones subyacentes es una buena técnica, pero en algunos casos pueden producirse algunos desajustes entre aquello que la formulación normativa nos exige y lo que la justificación subyacente a la misma requiere. Volviendo al ejemplo de la prohibición de fumar en los centros de trabajo, aceptemos – sólo con el fin de permitirme seguir con el argumento- que pudiéramos determinar con claridad que la justificación subyacente

⁵¹ Cfr. SCHAUER, 1991.

a esta regla es la primera de las que antes he apuntado: la protección del derecho a la salud de los no fumadores. Pues bien, es fácil concebir supuestos que constituirían instancias de aplicación de la regla, pero a los que la justificación subyacente no sería aplicable. Pensemos, para empezar, en un empleado de una empresa cuyo trabajo consistiera en atender las consultas telefónicas de los clientes de la compañía, fuera del horario de oficina de los demás empleados. La prohibición parece afectarle, aunque no hay derechos de terceros no fumadores en juego. Diríamos que aquí, la prescripción contenida en la formulación de la regla se extralimita respecto de lo que su justificación subyacente permite. En realidad la regla estaba concebida para otro tipo de situaciones. Las razones subyacentes a esta regla no son de aplicación en absoluto en este caso.

Algo análogo a lo anterior sucedería en el caso de un ensayo clínico que se llevara a cabo en un hospital, destinado a mostrar la cantidad de humo que inhala un sujeto no fumador que comparte un espacio cerrado con fumadores. Puesto que el hospital es un centro de trabajo, la prohibición también parece ser de aplicación aquí. También en este caso diríamos que la prescripción contenida en la formulación de la regla se extralimita respecto de lo que su justificación subyacente permite. Sólo que en este segundo ejemplo se produce una diferencia significativa respecto del anterior:

evidentemente el ensayo clínico pone en peligro la salud de los no fumadores que participan en el mismo, pero se estima que las ventajas que se obtienen del mismo, en términos de contribución a políticas públicas de salud, son mayores que los inconvenientes derivados de la merma en la salud de los participantes.

Estos dos ejemplos –el del fumador aislado en su oficina y el del ensayo clínico- y las diferencias que acabo de reseñar entre ambos, me van a servir como ilustración de la primera de las acepciones de derrotabilidad que me interesa explorar (D1). En estos casos podría parecer razonable que el aplicador del Derecho resuelva no tomar la norma que prohíbe fumar en los centros de trabajo como base para su decisión, debido precisamente a que, de hacerlo así, iría más allá de aquello a lo que le faculta el balance de razones que subyace a la norma.

Cuando los jueces razonan de esta manera están considerando derrotada una norma en una de las posibles acepciones del término *derrotabilidad*: están considerando derrotada la norma en el nivel de las prescripciones contenidas en la formulación de las reglas (D1); los jueces entienden que el resultado al que llevaría aplicar una regla con autonomía semántica no se compadece bien con el compromiso entre razones expresado en la misma regla.

Concretando algo más la idea, la derrotabilidad en el nivel de las prescripciones puede deberse –como los dos ejemplos se encargan

de ilustrar- bien a que las principales razones que respaldan la regla no son aplicables al caso, o bien a que -aún cuando sean de aplicación algunas de las principales razones en pro de la regla- hay otras razones presentes que no han sido consideradas en el balance de razones que la regla contempla. En otro lugar me he referido al primer tipo de situaciones como casos fuera del alcance de la regla y al segundo como excepciones a la regla⁵². El ejemplo del fumador que está sólo en su oficina es un caso fuera del alcance de la regla, ya que no parece entrar en juego ningún derecho a la salud de otro trabajador. En cambio, el ejemplo del ensayo clínico serviría para ilustrar una excepción a la regla. En el ensayo clínico se causa un daño a los no fumadores, pero -como ya sabemos- el experimento se considera vital para la mejora de las políticas públicas de salud.

Como se advierte en los dos ejemplos, en este primer sentido la derrotabilidad se predica de la prescripción contenida en la formulación normativa mediante la que la regla se expresa, pero no del balance de razones subyacentes a la misma. Esto es así debido a que podemos apreciar la extralimitación de la prescripción contenida en la formulación de la regla sin reabrir el balance de razones subyacentes. El aplicador del Derecho que no sanciona a la empresa que permite fumar al trabajador o al hospital que permite el ensayo clínico, no vuelve a realizar un balance con todas las razones

⁵² Cfr. RÓDENAS, 2000 y RÓDENAS, 2001. He desarrollado estas categorías a partir de una distinción que Raz realiza en *Razón práctica y normas*, RAZ, 1991: 82.

de primer orden aplicables al caso. No pone en cuestión que el compromiso que refleja la regla que prohíbe fumar en los centros de trabajo –el derecho a la salud de los no fumadores prevalece frente a la libertad de los fumadores de consumir tabaco- es plenamente válido

b) La derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacente a las normas (D2)

Ahora bien, si hemos distinguido entre prescripciones contenidas en la formulación normativa de las reglas, de un lado, y justificaciones subyacentes a las mismas, de otro, ¿tiene sentido hablar de derrotabilidad en ambos niveles?; ¿podemos hablar de derrotabilidad en el nivel de las razones subyacentes a las reglas? Dar respuesta a esta pregunta nos exige detenernos unos instantes en un segundo nivel, más profundo, del Derecho: el de las razones subyacentes a las reglas. Todas las reglas traen su causa en dicho conflicto: en la genealogía de toda regla regulativa hay un conflicto entre razones tutelado por el Derecho. El Derecho resuelve ese conflicto señalando un compromiso entre las razones en conflicto.

Esta cuestión es diferente, claro está, a la de cómo podemos llegar a determinar con exactitud cuál es el compromiso entre razones que subyace a una regla: aunque en muchos casos la reconstrucción de las razones subyacentes que figuran en la regla

será una labor relativamente sencilla, inevitablemente en otros la complejidad puede ser mucho mayor -o resultar sencillamente imposible para un mortal-. Pero aceptar nuestra incertidumbre respecto de nuestro grado de conocimiento de las razones subyacentes al Derecho, no supone negar que tales razones existen y que, en la composición de compromisos entre ellas pueden cometerse errores que son relevantes jurídicamente.

Con independencia de lo más o menos afortunadas que puedan ser las reconstrucciones que hacen los jueces de los compromisos entre razones subyacentes a las reglas, nada excluye que el *juicio de prevalencia* entre razones que opera como justificación de una regla esté mal construido. Esta consideración nos permiten hablar también de *derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacente a las normas* (D2). Hablamos de derrotabilidad en este nivel cuando, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras normas jerárquica o axiológicamente superiores del sistema jurídico y que son aplicables al caso en cuestión, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla. En suma, es posible que lo que se derrote sea -como en los ejemplos anteriores- la prescripción contenida en la formulación normativa, pero también cabe la derrotabilidad de los

compromisos (o juicios de prevalencia) entre razones subyacentes a las reglas.

Por ejemplo, pensemos en un sistema jurídico que consagre como principio constitucional fundamental la laicidad del Estado y en el que se introduce una disposición legal que establece la obligatoriedad de la enseñanza religiosa católica. Evidentemente, esta disposición adolecería de un vicio material de validez, ya que en el balance de razones que subyace a la disposición se ha hecho prevalecer el derecho a recibir una educación religiosa de los católicos frente al principio de laicidad del Estado, siendo éste último principio y no el derecho a la educación religiosa el que goza de un reconocimiento constitucional, en tanto que principio fundamental. En suma, el balance entre razones que subyace a la disposición que establece la obligatoriedad de la enseñanza religiosa católica resulta a todas luces erróneo teniendo en cuenta los principios constitucionales fundamentales del sistema jurídico.

Por lo demás, las consecuencias que se siguen en el caso de que la derrotabilidad se produzca en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas son característicamente distintas de las de las correlativas a la derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas: cuando la derrotabilidad se produce en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas nos encontramos con que la regla fracasa,

tanto en este caso como en casos sucesivos, como razón para guiar la deliberación. No se trata, como en los ejemplos anteriores, de problemas que en nada cuestionan el juicio de prevalencia entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla; lo que se refuta por erróneo es *el propio juicio de prevalencia* que opera como justificación de la regla, por lo que se asume que ésta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futuras.

Por lo tanto, las consecuencias que se siguen cuando se estima derrotada una regla en el nivel de las justificaciones subyacentes, son característicamente distintas de las que se siguen cuando se considera derrotada en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas. En el segundo caso decimos que la norma queda desplazada, puesto que lo único que se sigue es la no aplicabilidad de la prescripción al caso concreto, y a otros casos futuros semejantes; mientras que en el primer caso hablamos de nulidad.

Por cierto, en sistemas jurídicos como el español, de control de constitucionalidad concentrado, no está previsto que los jueces ordinarios declaren la nulidad de una regla (de rango legal), sino que suspendan la aplicación de la regla y planteen una cuestión de inconstitucionalidad. En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, por el contrario, es el propio

órgano de aplicación el que debe desarrollar una argumentación que demuestre que el sistema jurídico contiene otro juicio de prevalencia de las razones aplicables al caso que es opuesto al que opera como razón subyacente a la regla y que es aquél el que debe prevalecer.

Ahora bien, afirmar la derrotabilidad de las formulaciones normativas, así como de las justificación subyacentes a las reglas, ¿nos lleva a aceptar sin más que los jueces crean Derecho en estos casos?; utilizando la expresión que Hart tanto contribuyó a popularizar en la filosofía del Derecho, ¿podríamos hablar en estos casos de *creación intersticial de Derecho*?

Por supuesto, la respuesta a esta cuestión dependerá, en amplia medida, de lo que entendamos que supone la *creación intersticial de Derecho*. Como el mismo Hart admite, hay una ambigüedad en la expresión que él mismo puede haber reproducido en sus escritos: en algunos de sus ensayos podría parecer que se está refiriendo un poder limitado de creación judicial de Derecho que permite a los jueces dejar de lado los textos legales y regular *ex novo*; mientras que en otros parece referirse a una actividad interpretativa encaminada a la transformación del Derecho preexistente⁵³.

⁵³ HART, 1983: 6-7.

Esta ambigüedad de Hart nos remite a la distinción entre un sentido fuerte y débil de *creación intersticial*: de acuerdo con el primer sentido, los jueces, en los limitados resquicios que deja el Derecho, siempre crearían Derecho *ex novo*; mientras que, de acuerdo con el segundo sentido, los jueces estarían también en estos casos constreñidos por ciertas consideraciones fundadas en el Derecho. La tesis que aquí voy a sostener es compatible con éste segundo sentido débil de *creación intersticial de Derecho*, pero no con el fuerte.

Salvo algunos supuestos a los que me referiré al final de este apartado, admitir la derrotabilidad de las formulaciones normativas, así como de las justificaciones subyacentes a las reglas, no supone sin más negar que el Derecho determine positivamente la conducta de los jueces. Como acabamos de ver, un juez puede dejar de lado una regla cuando un supuesto está fuera de su alcance, o constituye una excepción a la misma. Pero los aplicadores del Derecho no son libres de formular cuantas excepciones o exclusiones del alcance de las normas deseen y cuando lo deseen. El aplicador del Derecho tiene que demostrar que, a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo en cuestión, el caso

en discusión constituye efectivamente una excepción o está excluido del alcance de la regla.

Tampoco es libre el juez a la hora de apreciar la derrotabilidad de las justificaciones subyacentes a las reglas⁵⁴. Para empezar, un juez no puede rechazar por erróneo el compromiso entre razones contenido en una norma jurídica aplicable basándose en razones hasta el momento no reconocidas por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, no puede apelar simplemente a la consecución de los intereses de ciertos grupos sociales, a la realización de programas políticos, a la potenciación de nuevos objetivos sociales o a la promoción de nuevos valores no incorporados hasta el momento al orden jurídico. Razones como éstas sólo pueden ser alegadas por el legislador para justificar la aprobación de una regla que incorpore un nuevo compromiso entre razones de primer orden, o la derogación de una regla que contenga un compromiso que se estime inadecuado, pero nunca pueden ser esgrimidas por los órganos de aplicación.

Además, los jueces tampoco pueden componer a su arbitrio un nuevo compromiso entre las razones de primer orden contenidas en las reglas. Este es el error en el que incurre el

⁵⁴ Sigo de cerca las consideraciones expresadas por AGUILÓ, 1997: 75.

*particularismo sensible a las reglas*⁵⁵ cuando estima que el operador jurídico que decide dejar de lado una regla es libre de componer, con las razones de primer orden contenidas en las mismas, el balance que estime oportuno. En contra de lo que supone el *particularismo sensible a las reglas*, los jueces sólo pueden dejar de lado las reglas oponiendo la prevalencia de otros compromisos entre las razones de primer orden aplicables al caso en cuestión que ya figuran expresa o tácitamente en el sistema.

En suma, tanto en el caso de la derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, como en el de las justificación subyacentes a las reglas, para poder dejar de lado una regla en principio aplicable el juez tiene que basarse en el sistema de principios que dotan de coherencia a la institución o sector normativo de que se trate. Por lo tanto, tiene que aludir a razones que guardan una estrecha relación con las ideas de coherencia normativa o congruencia.

Ahora bien, pese a lo que llevo dicho, todavía cabe concebir algún supuesto excepcional en el que el órgano

⁵⁵ Por *particularismo sensible a las reglas* estoy entendiendo el modelo de toma de decisiones caracterizado por F. Schauer como “[La] forma de toma de decisiones [que] trata a las reglas como reglas de la experiencia, en el sentido de ser transparentes respecto de sus justificaciones sustantivas, pero autoriza a que su propia existencia y efecto *en tanto que* reglas de experiencia se convierta en un factor para determinar si las reglas deben ser dejadas de lado cuando los resultados que indiquen diverjan de los resultados indicados por la aplicación directa de sus justificaciones sustantivas” [Cfr. SCHAUER, 1991: 97 ss.].

jurisdiccional quede exonerado de esta obligación de sometimiento al Derecho. De tales supuestos excepcionales paso a ocuparme en las próximas líneas, al hilo de la tercera noción de derrotabilidad que nos queda por explorar.

c) *derrotabilidad radical de las normas jurídicas (D.4)*

Hasta aquí me he ocupado de dos nociones de derrotabilidad asociadas a las reglas, en tanto que integrantes del razonamiento judicial, bien se trate de lo que he llamado *derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas* (D.1), bien de lo que denomino *derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas* (D.2). Pero todavía sería posible afinar algo más y distinguir, como he señalado hace unas líneas, una tercera acepción de *derrotabilidad* (D.3), según la cual hablaríamos de derrotabilidad cuando, de acuerdo con el Derecho, concurren razones para basar la respuesta a un problema de indeterminación en criterios extrajurídicos, es decir, criterios ajenos a lo que el propio Derecho establece; criterios no basados en creencias compartidas en la comunidad jurídica. Esta tercera noción de derrotabilidad, a la que me voy a referir en lo sucesivo con la expresión *derrotabilidad radical* de las normas jurídicas, ha sido minuciosamente perfilada por Juan Carlos

Bayón⁵⁶. Este autor sostiene la derrotabilidad de las normas mismas como un hipotético resultado al que sería posible llegar cuando se completa el proceso de identificación del Derecho que se desarrolla tomando en cuenta no sólo las convenciones semánticas imperantes, sino también las interpretativas.⁵⁷

Bayón, partiendo de un trabajo previo de Rodríguez y Sucar, pero separándose de la tesis mantenida por estos dos autores, defiende que la presencia en el Derecho de normas derrotables en esta tercera acepción es contingente. Dicho en forma muy sumaria, Bayón sostiene que la derrotabilidad en esta tercera acepción dependería de dos variables⁵⁸. La primera de estas variables sería la existencia o no en el Derecho de reglas de clausura respecto de la relevancia. Dichas reglas consistirían en una prescripción de considerar los diversos conjuntos de propiedades relevantes obtenidos al final del proceso de identificación de las normas como condiciones suficientes de las calificaciones normativas correspondientes, o, lo que es lo mismo, de considerar irrelevantes cualesquiera propiedades distintas de ellas⁵⁹. Pues bien, Bayón defiende que es una cuestión de hecho la presencia o no en el Derecho de una

⁵⁶ BAYÓN, 2000: 87-117.

⁵⁷ BAYÓN, 2000: 103.

⁵⁸ BAYÓN, 2000: 109.

⁵⁹ BAYÓN, 2000: 104.

convención interpretativa -aplicable a una, varias o todas las normas del sistema- que establezca una regla de clausura respecto de la relevancia. De manera que puede darse el caso de que las convenciones interpretativas no incluyan –en relación con una, varias o todas las normas del sistema- una regla de clausura semejante; de ahí que podamos afirmar que una norma es derrotable cuando de hecho no existe en relación con ella una regla de clausura respecto a la relevancia. En palabras de Bayón “ello querría decir que la norma se acepta como una mera regla de la experiencia [*rule of thumb*], lo que indica que solamente a partir de ella no es posible derivar ninguna solución concreta respecto de ningún caso particular, puesto que para llegar a establecerla siempre será necesaria una evaluación, que por hipótesis no estaría guiada por criterio alguno proporcionado por el propio sistema normativo, acerca de la relevancia o irrelevancia de cualesquiera propiedades del caso concreto distintas de las que definen el supuesto de hecho de la norma derrotable. Si esta conclusión es correcta –prosigue Bayón- cabría afirmar que una norma jurídica genuinamente derrotable deja el Derecho indeterminado en lo que concierne a los casos subsumibles en su supuesto de hecho. De manera que la resolución de cualesquiera de éstos requiere siempre una

decisión discrecional entre alternativas abiertas por parte del aplicador”⁶⁰.

La segunda variable de la que dependería la derrotabilidad en esta tercera acepción sería la existencia o no en el Derecho de relaciones de preferencia preestablecidas para el caso de colisión entre dos normas. Nuevamente aquí sostiene Bayón que es una cuestión contingente la presencia de normas cuya relación de preferencia no esté, de acuerdo con las convenciones interpretativas existentes, preestablecida en relación con algunas de las demás normas del sistema⁶¹. “Podría pensarse –señala Bayón- que el producto final del proceso de

⁶⁰ BAYÓN, 2000: 104-105.

Ahora bien, como el propio Bayón advierte, esta conclusión no es aceptada por Rodríguez y Sucar. Lo que estos autores sostienen es, por el contrario, que tanto cuando existe una regla de clausura respecto de la relevancia, como cuando no existe, el sistema “correlaciona inderrotablemente ciertas soluciones a ciertos casos”, con la diferencia de que en el segundo de los supuestos los jueces estarían habilitados para cambiar el Derecho, que, en su opinión, sería exactamente lo que estarían haciendo cada vez que decidieran considerar relevante alguna propiedad distinta de las que configuran el supuesto de hecho de las normas preexistentes.

A su vez, Bayón se opone a esta tesis señalando que afirmar que el sistema “correlaciona inderrotablemente ciertas soluciones a ciertos casos” implica decir que especifica condiciones *suficientes* para el surgimiento de las soluciones normativas establecidas. Pero, a juicio de Bayón, no hay propiedades que puedan operar como genuinas condiciones suficientes cuando no es obligatorio considerar como irrelevantes cualesquiera propiedades diferentes (que es exactamente lo que implica decir que no existe una regla de clausura respecto a la relevancia). “La solución de Rodríguez y Sucar, por lo tanto, -prosigue Bayón- borraría la diferencia entre una situación en la que el Derecho establece genuinas condiciones suficientes de las calificaciones normativas correspondientes (que –siendo el Derecho un sistema dinámico- obviamente pueden ser modificadas en el futuro por las autoridades normativas a las que el sistema atribuya competencia para hacerlo), y otra en la que el proceso de identificación del Derecho no pueda cerrarse con el aislamiento de un conjunto de propiedades que quepa considerar genuinas condiciones suficientes de las soluciones normativas establecidas” [BAYÓN, 2000: 105-106]. A mi juicio este último argumento esgrimido por Bayón es decisivo. Diferenciar conceptualmente entre situaciones en las que el Derecho establece genuinas condiciones suficientes de las calificaciones normativas correspondientes y situaciones en las que tales condiciones no quedan aisladas, permite subsumir los dos primeros sentidos de derrotabilidad de los que me he ocupado –derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas y derrotabilidad del balance de razones subyacente a las formulaciones- en las situaciones del primer tipo ya que en estos casos, como acabamos de ver, el Derecho todavía proporciona criterios en los que basar la respuesta. En cambio, la noción de derrotabilidad radical quedaría reservada para el segundo tipo de situaciones.

⁶¹ BAYÓN, 2000: 109.

identificación del Derecho sólo será un conjunto de normas inderrotables cuando el sistema contenga una ordenación completa de todas ellas; y que, por el contrario, cuando tal ordenación completa no exista, el sistema contendría tanto normas inderrotables (aquellas cuya relación de preferencia en caso de colisión esté preestablecida en relación con todas las restantes) como normas derrotables (aquellas otras cuya relación de preferencia no esté preestablecida en relación con alguna o algunas de las normas del sistema)”⁶².

En todo caso, como el propio Bayón admite, la derrotabilidad en esta tercera acepción "constituye un fenómeno con menor relevancia en nuestras prácticas jurídicas reales que la que a veces se le atribuye”⁶³. De hecho creo que el objeto de su trabajo se encamina más bien a mostrar la posibilidad teórica del fenómeno que su importancia práctica. De ahí que las dos primeras acepciones de derrotabilidad de las que me he ocupado me parezcan más útiles a la hora de reconstruir no sólo el uso

⁶² Conviene advertir que nuevamente Rodríguez y Sucar rechazan esta segunda posibilidad de admitir que pueda haber normas jurídicas derrotables. Para estos autores, cuando no están predeterminadas relaciones de preferencia entre dos normas que pueden colisionar, éstas no son “derrotables”, sino simplemente contradictorias. Bayón combate esta tesis señalando –a mi juicio acertadamente- que de contradicción en sentido estricto sólo se puede hablar cuando colisionan dos normas que *previamente* hemos caracterizado como inderrotables, es decir, “cuando se verifican a la vez los antecedentes de ambas y consideramos cada uno de ellos como genuina condición suficiente de soluciones normativas incompatibles. Esta situación puede ser caracterizada también como un conflicto de deberes concluyentes. En cambio, cuando se verifican simultáneamente los antecedentes de dos normas, *ninguno* de los cuales es considerado como condición suficiente de las correspondientes soluciones normativas, lo que se produce es un conflicto de deberes *prima facie*” [BAYÓN, 2000: 107-108].

⁶³ BAYÓN, 2000: 109.

que del término hacen los teóricos del Derecho, sino, sobre todo, la forma en la que operan los aplicadores del Derecho cuando resuelven las disputas, así como la actividad que desarrolla la dogmática jurídica y que solemos englobar bajo el impreciso nombre de *método jurídico*.

3. INTERPRETACIÓN Y CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO

Como señalaba al comienzo de este capítulo, mi intención es proyectar el análisis precedente, dedicado a las diversas acepciones de los términos *indeterminación* y *derrotabilidad*, sobre la actividad aplicativa de normas, con el fin de deslindar los supuestos de indeterminación en los que el Derecho requiere la entrada en juego de la actividad interpretativa de aquellos otros en los que no cabe sino la creación discrecional de normas. Así pues, comenzando por la actividad interpretativa, podemos afirmar que ésta estaría encaminada a la resolución de la indeterminación del Derecho asociada tanto a problemas de tipo lingüístico, como a problemas de coherencia o congruencia normativa. Ahora bien, cuando la indeterminación del contenido del Derecho se basa en problemas de coherencia o congruencia

normativa, la actividad interpretativa sólo puede resolver los problemas de derrotabilidad de las normas en las dos primeras acepciones que hemos visto –derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas y derrotabilidad del balance de razones subyacente- y no, como es obvio, los problemas de derrotabilidad radical. Para la resolución de los problemas de indeterminación lingüísticos y de coherencia normativa se hace necesario recurrir a las convenciones establecidas. Dichas convenciones incluirían no sólo pautas o reglas de tipo semántico, sino también pautas o reglas interpretativas (como puedan ser los llamados en nuestro contexto jurídico “instrumento teleológico”, “instrumento histórico-evolutivo”, etc.). Ahora bien, la mayor o menor extensión que se dé a estas reglas o pautas interpretativas depende, en buena medida, de la concepción del Derecho y de su halo de penumbra de la que se parta.

No obstante lo dicho, conviene tener presente que, en sentido lato, también se entiende por interpretar *sistematizar* el Derecho, lo que abarcaría una serie de operaciones distintas como la integración del Derecho (en presencia de lagunas normativas) y la resolución de antinomias. Ahora bien, como advierte Guastini, aunque la doctrina tradicionalmente engloba

estos supuestos como problemas de interpretación, en sentido estricto no lo serían, ya que "las lagunas [las lagunas normativas] y las antinomias son características del sistema jurídico entendido como sistema de normas" y no de las disposiciones jurídicas. Es decir, tanto las lagunas como las antinomias, se presentan -si es que se presentan- cuando ya ha tenido lugar la interpretación⁶⁴.

La discrecionalidad en la aplicación de normas, por su parte, entraría en juego en los casos de indeterminación del Derecho que tienen su origen en la derrotabilidad radical de las normas jurídicas (es decir, en la tercera de las acepciones de derrotabilidad que hemos visto). Si en el caso de la interpretación, las convenciones lingüísticas e interpretativas jugaban -como acabamos de ver- un papel decisivo para la resolución de los problemas de indeterminación, cuando de derrotabilidad radical se trata, dichas convenciones no se aplican. En estos casos podemos entender, siguiendo a Bayón, que concurren razones para apartarse del criterio que el Derecho establece (es decir, convencionalmente determinado) a la luz de criterios que no establece (o sea, no convencionales) y que, por lo tanto, serían *externos* al Derecho. Para dar cuenta de una

⁶⁴ GUASTINI,1993: 330-356.

situación como ésta Bayón propone hablar de *convenciones que se autoanulan*⁶⁵. Es decir, en ausencia de una regla de clausura respecto de la relevancia, o de normas que preestablecen relaciones de preferencia de acuerdo con las convenciones relevantes, la calificación normativa de una conducta se hace depender de criterios que la totalidad de las convenciones relevantes deja sin seleccionar.

4. CONCLUSIONES

Al comienzo de este capítulo señalaba la importancia que tiene, a la hora de analizar los conceptos de indeterminación y de derrotabilidad, tener en cuenta la conexión existente entre los mismos. El primero de los conceptos que he abordado ha sido el de indeterminación, entendida ésta como una característica que se predica del Derecho. La indeterminación del Derecho puede verse como indeterminación causal de las decisiones judiciales; como defectos lógicos de los sistemas jurídicos (contradicciones y lagunas normativas); como indeterminación debida a imprecisiones lingüísticas (ambigüedad y vaguedad), y, en fin, como indeterminación

⁶⁵ BAYÓN, 2000: 112-114.

debida a problemas de coherencia normativa o congruencia. Por su parte, el concepto de derrotabilidad es concebido como una característica que se predica de las normas jurídicas. Esta característica de las normas está vinculada precisamente a la indeterminación debida a problemas de coherencia normativa o congruencia. Para dar cuenta de los problemas que plantea la derrotabilidad de las normas jurídicas he traído a colación la noción de razón protegida para la acción, lo que me ha llevado a detenerme por un momento en algunas nociones procedentes de la teoría de las razones para la acción. De todo este análisis se derivaban dos nociones diferentes de derrotabilidad: la derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas mediante las que se expresan las reglas y la derrotabilidad del balance de razones subyacente a las mismas. Pero, además, quedaría una tercera acepción de derrotabilidad, según la cual, hablaríamos de derrotabilidad cuando, de acuerdo con el Derecho, concurren razones para basar la respuesta a un problema de indeterminación en criterios extrajurídicos, es decir, criterios ajenos a los que el propio Derecho establece; criterios no basados en creencias compartidas en la comunidad jurídica. A esta tercera acepción

me he referido como derrotabilidad radical de las normas jurídicas.

Finalmente, el análisis de los conceptos de indeterminación y de derrotabilidad me ha abonado el terreno para ocuparme de dos aspectos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho: la actividad interpretativa y la discrecionalidad. Respecto la actividad interpretativa, he señalado que el proceso interpretativo está encaminado a resolver los problemas de indeterminación del Derecho debidos a imprecisiones lingüísticas y a dificultades de coherencia normativa o congruencia. Estos últimos a excepción, claro está, de los supuestos de derrotabilidad radical de las normas jurídicas, para los que ni las convenciones lingüísticas ni las interpretativas ofrecen soluciones. La visión amplia de la actividad interpretativa que he defendido en este capítulo me ha llevado a realizar una primera incursión en el perímetro intersticial del Derecho, tratando de arrojar alguna luz sobre el mismo.

Con respecto a la discrecionalidad, he señalado que entraría en juego en aquellos casos en los que la indeterminación del Derecho se debe a problemas de derrotabilidad radical de las normas jurídicas. Como ya

adelantaba al comienzo del capítulo, en mi opinión, una reconstrucción adecuada de la tarea de aplicación de normas que llevan a cabo los jueces debe tratar de dar cuenta del punto de inflexión en el que el Derecho requiere el paso de la actividad interpretativa a la creación discrecional. La reflexión sobre este punto de inflexión me ha llevado a asomarme a los mismos confines del halo intersticial del Derecho.

5. La cuestión del método jurídico

a) Formulaciones normativas que expresan reglas, principios y juicios de prevalencia entre principios.

No me parece posible llevar a cabo una adecuada reconstrucción de los razonamientos que los jueces deben llevar a cabo cuando ingresan en el área de penumbra del Derecho sin partir de una apropiada comprensión de las razones –y de los tipos de razones- que el Derecho incorpora. Para alcanzar dicha comprensión, hay que prestar atención a tres elementos: (a.1) las formulaciones normativas que expresan reglas; (a.2) los principios jurídicos y (a.3) los juicios de prevalencia entre principios.

(a.1) *Las formulaciones normativas que expresan reglas*

En el capítulo primero, al ocuparme de la derrotabilidad de las reglas, distinguí entre las formulaciones normativas que expresan reglas y las justificaciones subyacentes a las mismas. Ahora sólo recalcaré algunas ideas centrales respecto a la primera de estas nociones. En primer lugar, las formulaciones normativas que expresan reglas suelen poseer autonomía semántica respecto de sus razones subyacentes: como ya sabemos, usualmente no necesitamos recurrir a las razones subyacentes a estas formulaciones para poder atribuirles un significado. En segundo lugar, otro rasgo importante de las formulaciones que expresan reglas, vinculado con el anterior, es que éstas pretenden constituir razones protegidas⁶⁶: estas formulaciones están concebidas para excluir la deliberación por parte de su destinatario sobre las razones a favor o en contra de realizar la acción ordenada; en principio, si se dan las condiciones establecidas en su condición de aplicación, debe seguirse la consecuencia normativa prevista en la formulación.

(a.2) *Los principios jurídicos*

Por su parte, los principios guardarían una relación más inmediata con los valores. En realidad, principios y valores no

⁶⁶ La caracterización de las formulaciones normativas que expresan reglas y de los principios que voy a exponer coincide ampliamente con la distinción entre reglas y principios defendida por ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996, capítulo I.

serían sino dos caras de una misma moneda⁶⁷: una cara –la del valor- mostraría la dimensión axiológica; mientras que, la otra –la de los principios- exhibiría la directiva. Así, la afirmación “la dignidad humana es un bien último” expresaría un valor; mientras que “se prohíbe toda conducta atentatoria contra la dignidad humana” recalcaría la dimensión directiva contenida en dicho valor. Ahora bien, cada uno de estos dos enunciados se implica recíprocamente: si afirmamos que la dignidad humana es un bien último, afirmamos también que hay razones para prohibir toda conducta que atente contra la misma. Por su parte, si afirmamos que debería prohibirse toda conducta atentatoria contra la dignidad humana, es porque sostenemos que la dignidad humana es un bien (último). La única diferencia entre estos dos enunciados es que el primero prioriza el aspecto axiológico; mientras que el segundo el directivo. En suma, valores y principios se hallan mutuamente implicados.

La otra diferencia entre las formulaciones normativas que expresan reglas y los principios que me interesa destacar concierne a la función de ambos tipos de enunciados en la deliberación práctica. Como ya sabemos, las formulaciones normativas que expresan reglas se conciben como razones excluyentes de cara a la deliberación práctica de sus destinatarios; en cambio, los principios, constituirían meras razones de primer orden. En tanto que razones

⁶⁷ Cfr. ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996, capítulo IV. También ALEXY, 1993: 138 ss.

de primer orden, los principios deben ser ponderados con cualquiera otro principio en concurrencia. El principio que tenga mayor peso en relación con cada caso será el que determine la solución al conflicto. Además de estos inevitables conflictos entre principios, las formulaciones que expresan reglas también pueden entrar en colisión con los principios. Ahora bien, para reconstruir con mayor claridad estos problemas necesito introducir el tercer elemento al que antes hacía referencia: los juicios de prevalencia entre principios.

(a.3) Los juicios de prevalencia entre principios

Pese a su importancia, este tercer elemento de la taxonomía suele pasar más inadvertido que los anteriores. Como ya he dicho, el Derecho, junto con el reconocimiento de valores o principios, también establece prioridades entre ellos o -si se prefiere- realiza ponderaciones. Estos balances entre razones pueden ser introducidos por el legislador, o ser el resultado de una práctica judicial reiterada de aplicación del Derecho; pueden afectar a todo un sector o subsector del ordenamiento jurídico, o simplemente a la regulación de ciertos casos genéricos contemplados en las reglas; pueden estar expresamente formulados, o -lo que es mas frecuente- hallarse implícitos en el Derecho y aflorar sólo tras un razonamiento reconstructivo.

En realidad los juicios de prevalencia entre principios combinan rasgos de los otros dos elementos a los que me vengo refiriendo: al igual que los principios, carecen de autonomía semántica; pero, al igual que las formulaciones que expresan reglas, pretenden constituir razones protegidas: si tenemos ya un determinado compromiso entre razones que se estima que debe prevalecer para un caso genérico, no tiene sentido ponerlo a prueba volviendo a balancear las razones. Por supuesto, esto no quiere decir que nunca pueda cuestionarse un juicio de prevalencia entre principios. En las páginas de este libro he tratado de mostrar las circunstancias en las que el aplicador del Derecho puede verse forzado a cuestionar un juicio de prevalencia entre razones subyacentes a la formulación que expresa una regla y en breve volveré nuevamente a incidir sobre esta cuestión.

b) El ajuste entre la dimensión justificativa y la dimensión directiva del Derecho

La distinción entre estos tres elementos -formulaciones normativas que expresan reglas, principios y juicios de prevalencia entre principios- nos proporciona una buena base desde la que reconstruir la argumentación que los juristas llevan a cabo cuando se produce un desajuste entre la dimensión directiva

del Derecho y la justificativa: entre aquello que se nos ordena y la razón por la que se nos ordena y, por ende, para reconstruir los casos de los que me he valido para ilustrar “las tensiones internas al Derecho”.

b.1) Conceptos valorativos

Aunque es una característica distintiva del Derecho expresarse mediante formulaciones normativas que poseen autonomía semántica –y hay poderosas razones para que así sea– éste no siempre lo hace así. A veces el Derecho se limita a mostrar cuáles son sus valores subyacentes, y deja en manos del aplicador la determinación de si a un caso en concreto le son o no de aplicación tales valores. Esto es lo que sucede cuando el legislador emplea conceptos valorativos. Como hemos visto anteriormente, en estos casos el Derecho renuncia a regular los casos mediante propiedades descriptivas, e insta al juez a la determinación de tales propiedades. Ahora bien, no por ello podemos tachar sin más la tarea aplicativa del juez de discrecional. Dicho en otros términos, no creo que en estos casos al Derecho le sea indiferente el contenido de la resolución a dictar: los conceptos valorativos combinan casos claros, en los que, a la luz de nuestras prácticas interpretativas, no resulta

controvertible la subsunción de un caso individual en el concepto valorativo⁶⁸, con *casos difíciles*, en los que compiten diversas concepciones de un mismo concepto que producen soluciones diferentes⁶⁹. Pues bien, tratándose de un caso claro, me parece incuestionable que el intérprete está mediado por el significado convencional del concepto, pero creo que, aún siendo un caso difícil, es defendible que la solución a adoptar no tiene por qué ser indiferente al Derecho. Todo depende de cuál sea la concepción que tengamos de nuestras prácticas interpretativas.

Siguiendo a Bayón⁷⁰, podemos diferenciar dos formas de entender el convencionalismo. Para la primera de ellas -que Bayón bautiza como *convencionalismo superficial*- los criterios de corrección de un concepto llegan hasta donde hay acuerdo explícito por parte de la comunidad de referencia acerca del conjunto de sus aplicaciones correctas. Por lo tanto, más allá de donde se extiende ese acuerdo explícito, no se puede hablar – por definición- de criterios compartidos. En cambio, para la otra forma de entender el convencionalismo -que Bayón denomina *convencionalismo profundo*-, puede afirmarse que en algún

⁶⁸ Hay cientos de ejemplos de aquello que, de acuerdo con nuestras prácticas interpretativas, no tendríamos dudas en calificar de *trato degradante*.

⁶⁹ Cfr. MORESO, 2002: 100-101.

⁷⁰ Cfr. BAYÓN, 2002: 78-81.

sentido existen las convenciones, aunque haya controversia acerca de su contenido. Inspirándose en Raz, Bayón sostiene que el reconocimiento de los casos paradigmáticos por parte de la comunidad implica dominar una técnica de uso, pero que esto, a su vez, no requiere más que un conocimiento tácito de los criterios de corrección, no siendo el acuerdo explícito en torno a las aplicaciones concretas lo que define las prácticas como correctas, sino el *trasfondo de criterios compartidos*. En todo caso, la objetividad de los hechos de los que esta concepción pretende dar cuenta se apoya en un conjunto de creencias y actitudes compartidas, de ahí que la concepción puede seguir siendo considerada como *convencionalista*, aunque para este tipo de convencionalismo los criterios de corrección de un concepto no coincidan sin más con lo que la comunidad explícitamente sostiene al respecto.

Afrontar los conceptos valorativos desde los postulados del *convencionalismo profundo* supone afirmar que, aún cuando nos encontremos en un caso situado en la zona de penumbra, tiene sentido afirmar que el operador jurídico carece de discrecionalidad, ya que, más allá de los acuerdos explícitos relativos a las aplicaciones concretas de un concepto, subyacen los criterios tácitos de corrección de los mismos. De ahí que sea

oportuno aplicar a los conceptos valorativos una estrategia de tipo *rawlsiano*, de acuerdo con la cual estos conceptos precisan ser *moldeados*⁷¹. Se impondría pues una metodología coherentista que exigiría partir de los casos claros para formular una hipótesis sobre cuáles son las condiciones de aplicación de los conceptos, tratando de contrastar dicha hipótesis con nuestras intuiciones más asentadas de modo que, si no se supera dicho test, o bien éstas deban ser abandonadas o la hipótesis reformulada. Asumir este punto de vista no implica, por cierto, suponer que en todos los casos de controversia sea posible encontrar una respuesta correcta, lo será siempre y cuando haya un trasfondo de criterios compartidos -que no precisan estar perfectamente determinados a primera vista- pero más allá de tales convenciones nos enfrentamos a los límites del Derecho⁷².

b.2 Experiencias recalcitrantes

Volviendo otra vez a la distinción entre el significado de las formulaciones normativas y la justificación subyacente a las mismas, voy a ahondar algo más en esta distinción para obtener criterios que nos permitan dar cuenta del resto de los casos a los que antes me he referido bajo el rótulo de “las tensiones

⁷¹ Cfr. MORESO, 2002: 100.

⁷² En este mismo sentido cfr. BAYÓN, 2002: 81.

internas al Derecho”. Como vimos en el capítulo primero, puede suceder que en algunos casos se produzca un desajuste entre aquello que la formulación normativa nos exige y lo que la justificación subyacente a la misma requiere. Este tipo de experiencias son conocidas como *experiencias recalitrantes* y traen su causa en el carácter potencialmente infra e supraincluyente de las formulaciones normativas⁷³. Por un lado,

⁷³ Aunque sin duda alguna ha sido F. Schauer quien más ha contribuido a la difusión de los términos *infraincluyente* y *supraincluyente* [*underinclusive* y *overinclusive*] en el ámbito de la filosofía del Derecho [cfr. SCHAUER, 1991], favoreciendo notablemente su refinamiento teórico, conviene no perder de vista que el empleo de ambos términos viene siendo habitual en la tradición jurídica norteamericana. Una buena muestra de ello es la doctrina jurisprudencial generada en torno a la cláusula constitucional de igual protección, elaborada a lo largo de décadas. De acuerdo con dicha doctrina, “el problema del igual tratamiento emerge cuando los poderes públicos dispensan a un grupo un trato diferente del que le dan a otro, con el propósito de alcanzar algún objetivo social. Comúnmente no todos los miembros del grupo desaventajado contribuirán al mal que los poderes públicos tratan de evitar y algunos miembros del grupo favorecido contribuirán a dicho mal. Las clasificaciones son típicamente ‘*supra*’ e ‘*infraincluyentes*’. El problema del Derecho a la igual protección consiste en especificar qué grado de pérdida de correspondencia entre el objetivo social y la clasificación empleada es permisible bajo tales circunstancias” [Cfr. la voz “equal protection”, en *Britannica Concise Encyclopedia*, (el énfasis es mío)].

Pero además, la caracterización de las reglas como *supra* e *infraincluyente* [*overinclusive* y *underinclusive*] ha sido habitualmente empleada en trabajos de índole netamente teórica, en términos equivalentes a los que aquí reflejo. Por ejemplo, Duncan Kennedy se señala que “el combinado de *supra* e *infrainclusividad* de las reglas no sólo autoriza, sino que también requiere la arbitrariedad de los órganos de aplicación del Derecho. [La ventaja de adoptar reglas radica en] el juicio de que este tipo de arbitrariedad es menos seria que la arbitrariedad y la falta de certeza que puede resultar de conferir poder a los órganos de aplicación del Derecho para usar directamente el estándar del ‘libre albedrío’ a los hechos de cada caso”. [cfr. KENNEDY, 1976: 1689].

Por otro lado, dejando a un lado la cuestión puramente terminológica, la idea de que la aplicación de la formulación literal de una regla puede frustrar el propósito de la misma, bien porque la formulación incluya casos que no debiera incluir a la luz de su propósito, bien porque excluya casos que no debiera excluir a la misma luz, goza, como es bien sabido, de una larga tradición en la filosofía del Derecho.

C.R. von Ihering empleaba la expresión *realizabilidad formal* para referirse a la virtud simplificadora y ejemplificadora de las reglas y ponderaba sus ventajas frente al recurso a su justificación subyacente; no obstante, también advertía de las dificultades que acompañan a dicha realizabilidad formal. Precisamente el célebre pasaje en el que, para ilustrar esta idea, recurre a la regla que fija la mayoría de edad, es frecuentemente empleado para mostrar los problemas de *supra* e *infrainclusividad* de las reglas. De acuerdo con Ihering, para facilitar la aplicación uniforme del Derecho, el legislador fija unas condiciones que guardan una “conexión regular, aunque no necesaria”, con “el discernimiento y la firmeza de carácter necesarios para arreglar por sí los asuntos propios [...]: haber cumplido 25 años [...]”. Esta desviación de la idea legislativa originaria, este trueque de una hipótesis evidentemente mejor, bajo la relación abstracta, por otra [...] más fácil de reconocer en la práctica, es muy a propósito para el fin del Derecho, por la facilidad y seguridad deseables que dan a sus funciones. [No obstante] puede suceder, en la aplicación, que resulten de ello errores: que los derechos de mayoría [...] sean negados o concedidos en casos particulares en los que no lo serían, según la idea abstracta [...]”. [Cfr. IHERING, 1998: 38-46].

Asimismo, esta idea de desajuste entre la formulación de la regla y sus propósitos subyacentes está presente en la conocida polémica que Lon L. Fuller mantuvo con Hart. [Cfr. FULLER, 1958].

cabe que, en ciertos casos particulares, la generalización contenida en la formulación normativa no comprenda ciertos estados de cosas que pueden contribuir, en casos particulares, a la consecuencia representada en la justificación subyacente a la regla; es decir, cuando las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas no incorporan ciertos supuestos a los que, en cambio, su justificación subyacente sí sería aplicable. Por ejemplo, la prohibición de fumar en los centros de trabajo no afecta al domicilio particular: los padres fumadores pueden exponer a su antojo a sus hijos a los riesgos del tabaco. Sin embargo, esta exposición puede causar daños análogos –si no mayores- que los que la norma que prohíbe fumar en los centros de trabajo pretende conjurar. Este tipo de experiencia recalcitrante se debe al carácter infraincluyente de la prescripción contenida en la formulación normativa en relación con su justificación subyacente, en el sentido de que tal prescripción no incorpora ciertos supuestos –los domicilios particulares- a los que sería aplicable su justificación.

Por otro lado, en el capítulo primero señalé que la prescripción contenida en la formulación normativa se extralimita cuando comprende estados de cosas que no están cubiertos por la consecuencia representada en la justificación de

la regla. Volviendo al ejemplo de prohibición de fumar en los centros de trabajo, como se recordará, para ilustrar esta situación puse los ejemplos del empleado cuyo trabajo consiste en atender llamadas telefónicas fuera del horario de trabajo de los demás empleados, y el del ensayo clínico destinado a mostrar la cantidad de humo que inhala un sujeto que comparte un espacio cerrado con un fumador. Las experiencias recalcitrantes de este segundo tipo son debidas al carácter supraincluyente de las reglas.

(b.2.1) Experiencias recalcitrantes debidas a infrainclusión

Como acabo de apuntar, estas dos formas de *experiencias recalcitrantes* –la *infrainclusión* y la *suprainclusión*– nos proporcionan un buen instrumento de análisis desde el que abordar el resto de los casos que antes he traído a colación. Así, en las páginas precedentes señalaba, en primer término, que consideraciones basadas en juicios de valor permiten identificar como jurídicas normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes, no lo serían. La interpretación extensiva constituía un claro ejemplo con el que ilustrar este supuesto ya que, de acuerdo con la dogmática, en

estos casos “la ley dice menos de lo que quiere” y el aplicador del Derecho se ve forzado a “extender la formulación literal de una norma, para adecuarla a su *ratio*”. Recurriendo a las nociones que acabo de introducir, podríamos dar cuenta de la interpretación extensiva en términos de respuesta del aplicador del Derecho a una experiencia recalcitrante causada por el carácter *infraincluyente* de una formulación normativa; las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas no incorporan ciertos supuestos a los que, en cambio, su justificación subyacente sí sería aplicable. Volviendo al ejemplo que antes había traído a colación, la prescripción contenida en la formulación normativa –la prohibición del menor de gravar o vender los bienes por sí sólo- es *infraincluyente* en relación con su justificación subyacente –la protección del patrimonio inmobiliario del menor-, en el sentido de que tal prescripción no incorpora ciertos supuestos –la permuta, donación, etc.- a los que sí sería aplicable su justificación.

Ahora bien, una cosa es admitir que los jueces puedan aplicar normas que no resultan identificables de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes y otra diferente es hablar de discrecionalidad en estos casos. El Derecho no renuncia a determinar cuándo los jueces pueden

aplicar normas no identificables autoritativamente. Tampoco de resulta indiferente cuál deba ser su contenido. El operador jurídico que aplique una norma no identificable autoritativamente tendrá que desarrollar una argumentación tendente a mostrar que, de acuerdo con el Derecho, concurren razones para resolver el caso aplicando tal norma y que el contenido de dicha norma es coherente con el resto de valores del ordenamiento.

Aunque moviéndonos en un considerable nivel de abstracción, se podría concretar algo más el sentido de dicha argumentación diferenciando entre tres niveles: en primer lugar, argumentos dirigidos a tratar de establecer cuál es el balance de razones que subyace a la norma cuyo significado literal se pretende expandir; en segundo lugar, argumentos dirigidos a mostrar la grave omisión que supondría, a la luz del balance de razones subyacentes a la norma, atender sólo al tenor literal de la misma, y, por último, la conformidad de la nueva regla con el balance de razones subyacentes a la norma preexistente.

(b.2.2) Experiencias recalcitrantes debidas a suprainclusión

En segundo término, la noción de experiencia recalcitrante debida al carácter supraexcluyente de las prescripciones nos va

a ayudar a dar cuenta de los casos en los que, debido a consideraciones valorativas, se excluye la aplicación de una norma identificable como jurídica de acuerdo con los criterios autoritativos que figuran en el sistema de fuentes. En todos los casos englobados en esta categoría hay un punto en común: aunque atendiendo al significado de la formulación normativa sería posible subsumir los hechos del caso en la norma, la aplicación de la misma resulta inadecuada en atención a su justificación subyacente; dicho en otros términos, el significado de la formulación normativa comprende casos a los que no es de aplicación la justificación subyacente a la norma.

En el capítulo primero me ocupé de dos tipos supuestos que encajan perfectamente en este género de experiencias recalcitrantes: se trata de los supuestos que quedan fuera del *alcance* de una regla y de aquellos otros que constituyen una *excepción* a la misma⁷⁴. Recordar las características centrales de ambas situaciones nos va a resultar ahora de gran utilidad. Empecemos por los casos que están fuera del alcance de una regla. Sostuve que se trata de situaciones en las que las principales razones que respaldan la regla no son aplicables a tal caso. Volviendo nuevamente al ejemplo de la prohibición de

⁷⁴ He desarrollado estas categorías a partir de una distinción que Raz realiza en RAZ, 1991: 82. Inicialmente me ocupé de estos dos supuestos en RÓDENAS, 2000, así como en RÓDENAS, 2001.

fumar en los centros de trabajo, utilicé el supuesto del empleado cuyo trabajo consiste en atender llamadas telefónicas fuera del horario de oficina de los demás empleados para ilustrar una situación que podría considerarse como un caso fuera del *alcance* de la regla, ya que la acción del empleado no causa molestias a los usuarios de la biblioteca. Pues bien, también el ejemplo del que ahora me he servido para ilustrar la interpretación restrictiva es una clara muestra de un caso situado fuera del alcance de una regla: como se recordará, el artículo 1.459.2 del Código Civil prohíbe a los mandatarios la compra de los bienes de cuya enajenación o administración estuviesen encargados. La razón subyacente a dicha prohibición sería velar por los intereses del mandante, pues si el encargado de enajenar los comprase para sí podría defraudar aquéllos. Pero, cuando es el propio dueño el que vende al mandatario, la dogmática estima que no rige la prohibición, ya que el peligro que se trata de conjurar desaparece; se trataría, en suma, de acuerdo con lo que acabamos de ver, de un caso situado fuera del alcance de la regla⁷⁵.

En cambio, vimos que un caso cae bajo una *excepción* a la regla cuando le es aplicable algunas de las principales razones

⁷⁵ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, 1998: 102.

en pro de la regla, pero hay otras razones presentes que no han sido tenidas en cuenta en el balance de razones que la regla contempla y cuyo peso es decisivo para la resolución del caso. Recordemos que utilicé el ejemplo del ensayo clínico destinado a mostrar la cantidad de humo que inhala un sujeto que comparte un espacio cerrado con un fumador, para ilustrar una situación de excepción a la regla. Ciertamente el ensayo clínico pone en peligro la salud de los que participan en él, lo que sucede es que se considera que las ventajas que se obtienen del mismo, en términos de contribución a políticas públicas de salud, son mayores que los inconvenientes derivados de la norma y que la primera razón, la contribución a las políticas públicas de salud, prevalece sobre aquellas otras contempladas en el juicio de prevalencia (o compromiso) subyacente a la regla. Dicho de otro modo, lo que la regla contempla es simplemente que el derecho a la salud de los no fumadores (razón 1) prevalece frente a la libertad de fumar de los fumadores (razón 2), pero no frente al valor de las políticas públicas de salud (razón 3). En estos mismos términos de excepción a la regla podemos dar cuenta de otros casos de inaplicación de normas pertenecientes al sistema, como las

causas de justificación del Derecho penal o la objeción de conciencia.

Ahora bien, como advertí en el capítulo primero, ni en los supuestos de excepción a las reglas, ni en los casos fuera del alcance de las mismas, se llega a cuestionar el balance de razones subyacente a la norma; por el contrario, lo que se cuestiona es la prescripción contenida en su formulación. Así, tanto los problemas relativos al alcance de las reglas, como los relativos a las excepciones, pueden resolverse sin reabrir el balance de razones subyacentes. Recordemos que no necesitamos volver a realizar un balance con todas las razones de primer orden aplicables para entender que tanto el empleado que atiende consultas telefónicas, como los participantes en el ensayo clínico están habilitados para fumar. Podemos considerar que el juicio de prevalencia que refleja la regla que prohíbe fumar –el derecho a la salud de los no fumadores prevalece frente a la libertad de los fumadores- es plenamente válido y, por lo tanto, permanece sin derrotar, no obstante lo cual, estos supuestos quedan fuera del alcance de la regla o constituyen una excepción a la misma. Por lo tanto, en estos supuestos lo que se deja de lado es la prescripción contenida en

la formulación normativa mediante la que la regla se expresa, pero no el balance de razones subyacentes a la misma.

Sostuve que los jueces y demás aplicadores del Derecho pueden dejar de lado una regla cuando estimen que el caso en cuestión está fuera del alcance de la regla o constituye una excepción a la misma. Pero también insistí en que los aplicadores del Derecho no son libres de formular cuantas excepciones o exclusiones del alcance de las normas deseen y cuando lo deseen.

Profundizando algo más en esta cuestión, el juez tendrá que desarrollar una argumentación tendente a cuál es el balance de razones que subyace a la formulación normativa cuya aplicación se pretende restringir. Además, el juez deberá proveer argumentos que muestren el grave error que supondría atender sólo al significado de la formulación normativa, bien porque el caso en discusión constituye una excepción a la regla o bien porque está excluido de su alcance. Si el caso está fuera del alcance de la regla, la argumentación tendrá que mostrar que no son de aplicación al caso aquellas razones subyacentes a la regla cuyo peso es decisivo para inclinar el balance. En cambio, si el caso constituye una excepción a la regla, el juez deberá aportar otra razón adicional -no contemplada en el balance de

razones subyacente a la regla- y mostrar los siguientes aspectos: en primer término, que se trata de una razón que cuenta ya con un reconocimiento (expreso o tácito) en el ordenamiento jurídico; además, que la razón debería ser tenida en consideración en el balance de razones aplicables al caso en cuestión, y, finalmente, que la nueva razón tiene un peso decisivo que inclina definitivamente el balance de razones aplicables al caso a su favor. Para mostrar este último aspecto, el juez tendrá que apelar a casos paradigmáticos que descansen en balances entre razones semejantes a las aplicables al caso en discusión, y en los que la razón excluida tenga un peso decisivo.

(b.2.3) Experiencias recalcitrantes debidas a la incoherencia normativa de los juicios de prevalencia entre principios

Como ya sabemos, en los dos supuestos de los que me acabo de ocupar: los casos fuera del alcance de la regla y las excepciones a la misma, no se cuestiona el balance de razones subyacente a la regla, sino la prescripción contenida en la formulación normativa. Pero también es posible, como ya señalé en los dos capítulos anteriores, que sea el propio balance entre razones subyacente a la norma el que esté mal construido. De

manera que, mientras que en los dos primeros supuestos lo que se pone en tela de juicio es la *aplicación* de una norma identificable como jurídica de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes, en el segundo lo que se cuestiona es su *validez*. Si volvemos nuevamente a la distinción entre prescripciones contenidas en la formulación normativa de las reglas y justificaciones subyacentes a las mismas, recordaremos que la *derrotabilidad* se puede producir en los dos niveles. Por un lado, es posible que lo que se derrote sea la prescripción contenida en la formulación normativa; esto es lo que sucede en los casos fuera del alcance de la regla y en las excepciones a la misma, a los que ya no es aplicable la prescripción. Pero, por otro lado, también cabe que lo *derrotado* sea el juicio de prevalencia entre razones subyacente a las reglas. Cuando esto sucede, la regla fracasa como razón protegida. No se trata, como en los dos primeros supuestos, de problemas producidos por el carácter supraincluyente de la *prescripción contenida en la formulación normativa*, que dejan incólume el juicio de prevalencia entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla; antes bien, es este propio juicio de prevalencia el que queda comprometido, por lo que se asume que no éste no debe jugar ningún papel en

la toma de decisiones futuras⁷⁶. De manera que, mientras en los dos primeros supuestos decimos que la norma queda desplazada, en el segundo nos referimos a su nulidad.

No obstante, admitir que los jueces y demás aplicadores del Derecho pueden dejar de lado una regla cuando estiman que el juicio de prevalencia entre razones que subyace a la misma está mal construido, no supone sin más adherirse a la tesis de que los jueces son libres de crear Derecho en este tipo de situaciones. Tampoco podemos hablar de discrecionalidad por parte de los jueces cuando éstos aprecian la derrotabilidad de las justificaciones subyacentes a las reglas⁷⁷. Como ya he señalado en los dos capítulos anteriores, los jueces sólo pueden refutar como inválido el compromiso entre principios subyacente a una norma oponiendo la prevalencia para el mismo caso genérico de otros compromisos entre principios, que se hallan implícitos o explícitos en otras partes del sistema.

En suma, tanto en el caso de la derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, como en el de las justificación subyacentes a las reglas, para

⁷⁶ En RÓDENAS, 2000 hablaba de *errores de primer grado* y *errores de segundo grado* para referirme a los tipos de errores -correlativos a las dos formas de derrotabilidad de las reglas a las que acabo de referirme- que cometerían los jueces que aplicaran estas reglas [RÓDENAS, 2000: 77 ss.]. Los errores de primer grado están vinculados a la derrotabilidad en el nivel de las formulaciones normativas, mientras que los errores de segundo grado están vinculados a la derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas.

⁷⁷ Sigo de cerca las consideraciones expresadas por AGUILÓ, 1997: 75.

poder dejar de lado una regla en principio aplicable, el juez tiene que basarse en un sistema de valores que le viene ya dado y del que él no es artífice; de manera que la solución que prevea para el caso pueda superar el test de la coherencia normativa o congruencia.

c) El recurso a las convenciones y a la coherencia en la identificación del Derecho

Estas reflexiones tratan de mostrar cómo desde la teoría del Derecho es posible desarrollar un marco conceptual desde el que dar cuenta de los concretos mecanismos que, como hemos visto en las páginas precedentes, tanto el legislador como la dogmática jurídica han ido desarrollando para poder aplicar normas que no son autoritativamente identificables, o para dejar de lado normas autoritativamente identificables. Todos los mecanismos que hemos estudiado obedecen a una misma necesidad: dotar de coherencia (de coherencia valorativa o justificativa) al sistema jurídico. Se trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del Derecho; entre aquello que se nos ordena y las razones por las que se nos ordena. En ese sentido, estas o parecidas categorías

son comunes a todos los ordenamientos jurídicos evolucionados, puesto que resultan necesarios para evitar el formalismo extremo en la aplicación del Derecho, que conduciría a la incoherencia valorativa de las decisiones jurídicas⁷⁸.

Ahora bien, ¿cómo establecemos cuál es el juicio de prevalencia entre razones que subyace a una norma?, ¿cómo detectamos un desajuste entre las formulaciones normativas y su justificación?, ¿cómo determinamos la prioridad de un balance entre valores frente a otro? Formulo estas preguntas sólo de manera retórica: soy consciente de no se puede dar una respuesta –en el sentido *genuino* de la expresión- a las mismas. Pero creo que sólo podemos situarnos en el buen camino si acudimos a las *convenciones interpretativas* compartidas por la comunidad jurídica y empleamos una *metodología coherentista*.

c.1) La idea de coherencia

El recurso a la idea de coherencia es un constante en toda la literatura iusfilosófica que asume el reto de la reconstrucción racional del Derecho. Ante los problemas causados por las tensiones internas al Derecho hemos de embarcarnos en una actividad argumentativa basada en razones que tengan algún encaje en el Derecho existente. Como señala Laporta, el Derecho implícito que

⁷⁸ Atienza y Ruiz Manero realizan estas mismas consideraciones en relación con los ilícitos atípicos en ATIENZA y RUIZ MANERO, 2000: 126.

el intérprete hace surgir como resultado de esta actividad es, hasta cierto punto una pauta normativa nueva, y en ese sentido *creada*, que sin embargo se ajusta o resulta coherente con el resto de normas del material jurídico explícito. Las normas de Derecho implícito mantienen con los enunciados de Derecho explícito una *relación de ajuste* que impiden considerarlas mero producto de la personalidad del juez o de sus circunstancias de contexto. En resumen, argumentar aquí supone mostrar la coherencia de la norma de Derecho implícito con el conjunto de normas y prácticas que conforman el material jurídico subyacente; significa algo más que inferir lógico-deductivamente: incluye dar razones de todo tipo en apoyo del material implícito que va a operar como premisa, inferir a partir de él la norma nueva y mostrar que tal norma es coherente con el resto del orden jurídico. Lo que la teoría de la coherencia demanda es que veamos qué principios subyacentes a la base normativa del Derecho (la constitución, las leyes, los precedentes y las propias prácticas jurídicas) inspiran una reconstrucción significativa y coherente del Derecho vigente ⁷⁹.

Reparar en el contexto de uso de la noción de coherencia nos puede proporcionar alguna clave para ayudar a entenderla. Como señala Aguiló, recurrimos a esta noción para aludir a la unidad del Derecho desde su dimensión valorativa (de justificación) de la

⁷⁹ Cfr. LAPORTA, 2007: 212-215.

conducta⁸⁰. Como ya sabemos, desde este punto de vista el Derecho es visto como un conjunto ordenado de valores, bienes jurídicos o estados de cosas que merecen ser protegidos. La idea de conjunto ordenado sugiere la de *unidad práctica*. No todos los bienes y valores están situados en un mismo plano. El Derecho va construyendo jerarquías axiológicas entre ellos relativas a casos genéricos. Si en su dimensión de guía de la conducta requerimos del Derecho que sea unitario; es decir que excluya las contradicciones lógicas, también en su dimensión valorativa le pedimos unidad; sólo que en este caso se trata de *unidad axiológica*. En definitiva, se trata de asegurarnos de que la conducta justificada por el Derecho implícito no menoscaba injustificadamente otros bienes o juicios de prevalencia entre valores que el ordenamiento pretende proteger.

c.2) El recurso a las convenciones interpretativas

Por lo tanto, la tarea de descubrir el Derecho implícito exige un proceso de deliberación por parte del intérprete fundado en el conjunto de normas y prácticas que conforman el material jurídico subyacente. Una concepción del Derecho que sólo contemple las normas de Derecho explícito, basadas en los criterios autoritativos contenidos en el sistema de fuentes, así como los enunciados que se derivan del mismo como resultado de un proceso lógico-deductivo

⁸⁰ En mi análisis sigo muy de cerca a AGUILÓ, 2000: 149 ss.

(en el sentido estricto de término) proporciona una base insuficiente para la reconstrucción de estos razonamientos.

Si necesitamos determinar cuál es el peso relativo de dos principios en conflicto; cuál es el compromiso entre razones que subyace a una norma; qué balance entre valores tiene prioridad axiológica frente a otro; etc., tenemos que acudir a ciertas convenciones interpretativas compartidas por la comunidad jurídica. Son estas convenciones las que nos proporcionan el contexto interpretativo adecuado para dar respuesta a las anteriores preguntas. Estas prácticas constituirían *convenciones de segundo nivel*: se situarían en un plano superior respecto de las convenciones semánticas en virtud de las cuales atribuimos significado ordinario a los enunciados formulados en lenguaje natural; podrían, en suma, requerir desviaciones respecto del significado literal u ordinario de los enunciados⁸¹.

c.3) Convencionalismo superficial y convencionalismo profundo

Por supuesto, el recurso a las convenciones interpretativas en la argumentación del Derecho implícito introduce un factor de incertidumbre en la deliberación judicial. Pero esta incertidumbre no proviene tanto de la necesidad de recurrir a convenciones interpretativas más complejas que las puramente semánticas, sino de que el alcance de nuestras convenciones interpretativas no

⁸¹ Cfr. BAYÓN, 2002: 62-63 y 80-81.

siempre está perfectamente determinado para todos los casos; en ocasiones nuestras convenciones interpretativas no nos ofrecen soluciones claras.

Podríamos rebajar nuestras demandas respecto de la argumentación del Derecho implícito y entender que sólo cuando tenemos convenciones interpretativas expresas podemos resolver estos problemas. Evidentemente, cuando hay un acuerdo entre la comunidad jurídica respecto de cuál es el peso relativo de dos principios en conflicto, o sobre cuál es el juicio de prevalencia entre razones que subyace a una norma, o acerca de qué balance entre valores tiene prioridad axiológica, la actividad argumentativa del juez parece difícilmente cuestionable. ¿Pero es sólo en estos casos en los que podemos afirmar que la actividad interpretativa del juez constituye una empresa racional?

A mi juicio, de las convenciones interpretativas podemos todavía esperar algo más. Para concretar ese *algo más* voy a recurrir nuevamente a la noción de *convencionalismo profundo*. A un convencionalismo superficial, que limita el alcance de nuestras convenciones a aquellas cuestiones en las que se produce un acuerdo explícito, se le puede contraponer un convencionalismo profundo⁸². De acuerdo con dicho convencionalismo profundo, lo que

⁸² Tomo esta idea de Juan Carlos Bayón. Inspirándose en Raz, Bayón sostiene que el reconocimiento de los casos paradigmáticos por parte de la comunidad implica dominar una técnica de uso, pero que esto, a su vez, no requiere más que un conocimiento tácito de los criterios de corrección, no siendo el acuerdo explícito en torno a las aplicaciones concretas lo que define las prácticas como correctas, sino el *trasfondo de criterios compartidos* [Cfr. BAYÓN, 2002: 78 ss.].

fundamenta la objetividad de una convención no son los acuerdos explícitos realmente existentes, sino los criterios tácitos de corrección que subyacen a la misma. Por lo tanto, más allá de donde se extienden esos acuerdos explícitos, se puede hablar de criterios tácitos compartidos; puede afirmarse que en algún sentido existen las convenciones, aunque haya controversia acerca de su contenido.

En suma, desde los postulados del *convencionalismo profundo* tiene sentido afirmar que no siempre que carecemos de convenciones expresas el operador jurídico tiene discrecionalidad (en el sentido fuerte del término) ya que, más allá de los acuerdos explícitos relativos a las aplicaciones concretas de un concepto, subyacen los criterios tácitos de corrección de los mismos. Por ejemplo, pensemos en un ordenamiento jurídico que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes. En la comunidad jurídica hay consenso respecto de una serie de conductas que constituirían instancias claras de trasgresión de la norma. Por ejemplo, hay acuerdo respecto de que esposar o desnudar a un preso cuando no hay razones de seguridad para ello supone someterlo a un trato degradante. Pero se plantea un nuevo caso: las autoridades penitenciarias deciden que los presos internados en un determinado centro deberán llevar la cara cubierta con un capuchón siempre que salgan de sus celdas. Aunque todavía no se ha generado una convención al respecto de los capuchones, no parece aventurado

suponer que la comunidad jurídica comparte tácitamente criterios suficientes como para entender que tampoco en este caso la medida está justificada.

Nótese que la objetividad de los hechos de los que esta concepción pretende dar cuenta se apoya en un conjunto de creencias y actitudes compartidas, de ahí que la concepción puede seguir siendo considerada como *convencionalista*, aunque para este tipo de convencionalismo los criterios de corrección de un concepto no coincidan sin más con lo que la comunidad explícitamente sostiene al respecto.

c.4 Hipótesis, criterios tácitos compartidos y convenciones expresas

Es desde este convencionalismo profundo desde dónde tiene pleno sentido aplicar al Derecho implícito una metodología coherentista. Esta metodología coherentista buscaría el ajuste entre tres elementos: las hipótesis respecto del Derecho implícito, las reconstrucciones relativas a los criterios tácitos compartidos, y las convenciones expresas ejemplificadas en los *casos paradigmáticos*. De forma semejante a la tesis del equilibrio reflexivo de Rawls, se produciría un constante ir y venir entre hipótesis, reconstrucciones y ejemplificaciones que nos lleven bien a descartar algunas de nuestras convenciones, bien a ofrecer otra reconstrucción o, en fin,

a cuestionarnos ejemplificaciones, hasta lograr un ajuste mutuo entre los tres elementos⁸³.

c.5 El grado de compromiso con el objetivismo

Obsérvese que los órganos jurisdiccionales se ven obligados a descartar convenciones, ofrecer reconstrucciones, o a reformular hipótesis operando sobre la base de un *trasfondo moral*. Puesto que este ir y venir entre hipótesis, reconstrucciones y convenciones, está orientado por consideraciones basadas en juicios de valor, el Derecho parece requerir alguna suerte de razonamiento moral para la determinación de su contenido⁸⁴.

A cualquier órgano jurisdiccional que desarrollara una argumentación como la anterior se le presupone la asunción de alguna forma de objetivismo moral. El órgano jurisdiccional

⁸³ Me he inspirado –bastante libremente- en una metodología semejante propuesta por José Juan Moreso relativa a los conceptos jurídicos indeterminados. Cfr. MORESO, 2002: 100.

Un ejemplo extraordinariamente simplificado, en el que aparecen reflejados estos tres elementos, sería el siguiente: 1) se sostiene la hipótesis de que los homosexuales tienen un derecho implícito a contraer matrimonio entre sí; 2) esta hipótesis se funda en una reconstrucción respecto de cuáles son los criterios tácitos compartidos respecto de los fines propios del matrimonio civil. De acuerdo con dicha reconstrucción, la finalidad que otorgaría valor a la institución del matrimonio sería el apoyo mutuo entre los integrantes del mismo en el desarrollo de un plan de vida en común y no -como en otros tiempos- la reproducción; 3) como sustento de esta reconstrucción, se acudiría a las convenciones expresas ejemplificadas en ciertos casos paradigmáticos de matrimonio, en los que la reproducción queda excluida, como los matrimonios entre ancianos o aquellos en los que alguno de sus cónyuges es estéril. Estos casos serían ilustrativos de que la reproducción no es considerada hoy por hoy como finalidad a la que se orienta el matrimonio civil y de que basta con la concurrencia de la finalidad anteriormente señalada para que admitamos que se trata de un matrimonio.

⁸⁴ Juan Carlos Bayón ha matizado este punto de vista señalando que la hipótesis del objetivismo moral debe descartarse, ya que el discurso que precisa desarrollar el intérprete, al estar constreñido por nuestras convenciones, no es un genuino discurso moral [Cfr. BAYÓN, 2002: 77 y 81]. Pero esta conclusión me parece un tanto precipitada: que nuestras convenciones operen como un límite en el contenido del discurso identificativo del Derecho no es razón suficiente para descartar que estemos en presencia de una forma genuina de discurso moral. Aquellas concepciones que asumen que (bajo ciertas condiciones) las prácticas sociales existentes están dotadas de un cierto valor moral que debe ser tomado en consideración en el razonamiento jurídico justificativo no hacen sino conciliar convencionalismo y objetivismo. Me he ocupado de refutar este punto de vista en RÓDENAS, 2003: 441-443.

incurriría en una contradicción pragmática si trata de fundar su hipótesis respecto del Derecho implícito en una reconstrucción de los criterios tácitos compartidos por la comunidad jurídica y, simultáneamente, sostuviera que no es posible dotar de un fundamento racional a los juicios de valor.

Ahora bien, una cosa son las prácticas aplicativas del Derecho y otra la teoría que sobre la misma se construye. No parece que un teórico del Derecho que quier a desarrollar un discurso puramente descriptivo necesite comprometerse con el objetivismo ético. El teórico del Derecho puede limitarse a constatar que el hecho de que, en determinadas situaciones, los órganos jurisdiccionales se ven forzados a resolver las disputas tomando como base de la resolución juicios de valor fundados en las prácticas interpretativas de la comunidad en cuestión. Naturalmente, uno no se involucra en prácticas evaluativas cuando las describe. Puedo describir las *razones religiosas* que mueven a la práctica de la mutilación genital femenina y a, a la vez considerar que carece de todo fundamento racional. Otra cosa es, claro está, hasta qué punto puede ser fructífero o interesante desarrollar un discurso teórico puramente descriptivo.

c.6) *¿Dónde se sitúan los límites del Derecho?*

El recurso a las convenciones jurídicas interpretativas y el empleo de una metodología coherentista como la propuesta sitúa los confines del Derecho a muchos miles de kilómetros de donde la fijaba la concepción estándar del positivismo jurídico⁸⁵. La cuestión que deseo suscitar ahora es la de si tiene sentido seguir hablando de fronteras entre el Derecho y la moral: si hay un *transfondo moral* que orienta toda esta actividad destinada a descubrir el Derecho implícito, ¿por qué seguir hablando de un razonamiento jurídico y no de un genuino razonamiento moral? ¿no estaremos disolviendo el Derecho en la moral como un azucarillo?

Creo que ésta hipótesis debe rechazarse de plano tan pronto como reparamos en que también para el convencionalismo profundo los límites del Derecho están en los límites de nuestras convenciones⁸⁶: aunque lo que determine la verdad o falsedad de nuestras convenciones sean los criterios tácitos compartidos por la comunidad y no el carácter expreso de la misma, todavía el Derecho permanece indeterminado en todos aquellos supuestos que resultan tan controvertidos que es imposible identificar algún criterio tácito compartido. Así, es en los límites de nuestras convenciones donde se sitúan los confines del Derecho. Verdaderamente es una frontera situada a muchos miles de kilómetros de donde la fijaba la

⁸⁵ Entiendo por tal básicamente la que en las páginas anteriores he caracterizado como “tesis fuerte del positivismo jurídico”.

⁸⁶ Cfr. J.C. BAYÓN, 2002: 79.

concepción estándar del positivismo jurídico, pero, en resumidas cuentas, no deja de ser una frontera.

En contra de lo que algunos defensores del positivismo ético o normativo⁸⁷ parecen temer, no creo que aceptar esta *verdad incómoda* vaya a suponer que nuestras prácticas jurídicas resulten sustancialmente más inciertas de lo que por sí ya pueden ser: nuestras prácticas son las que son y aunque, ciertamente, la reconstrucción que de las mismas hagamos no deja de tener cierta repercusión sobre ellas –en una corriente de retroalimentación–, resulta todavía más peligroso prestar oídos sordos a lo que éstas realmente implican. El temor a que nuestras prácticas jurídicas *se desboquen* –con la consabida pérdida de seguridad jurídica que ello supone– no puede llevarnos a una reconstrucción de la realidad ficticia, que dé la espalda a parte del fenómeno del que supuestamente debería dar cuenta, pagando con ello el exacerbado coste ya no sólo de ser una inadecuada reconstrucción de la realidad, sino, sobre todo, de suponer un pesado lastre de cara a la generación de una cultura jurídica prudentemente exigente a la hora de mostrar la racionalidad de sus decisiones en términos intersubjetivamente aceptables.

⁸⁷ Sobre el positivismo ético o normativo cfr. CAMPBELL, 2002. También Liborio Hierro ha formulado una propuesta en este sentido en HIERRO, 2002.