



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, vol. 1, mai./2013. ISSN 1982-4564.

Juicios de valor y argumentación jurídica

Ángeles Ródenas Calatayud *

Resumo: O trabalho defende a pertinência e viabilidade de uma teoria da argumentação jurídica para desenvolver um discurso sistemático e consistente sobre a utilização de juízos de valor pelas instâncias aplicadoras do direito em situações de indeterminação da lei.

Palavras-chave: Interpretação – argumentação jurídica – juízos de valor – indeterminação da lei.

Resumen: El trabajo defiende la oportunidad y viabilidad de una teoría de la argumentación jurídica que desarrolle un discurso sistemático, coherente y productivo sobre el manejo de los juicios de valor por parte de los órganos de aplicación en situaciones de indeterminación del Derecho.

Palabras-clave: Interpretación – argumentación jurídica – juicios de valor

Abstract: The paper argues about the importance of a legal reasoning theory to allow a coherent handling of law discourse when facing value judgments in situations of gaps of law.

Keywords: legal reasoning – gaps of law – value judgments

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo defiendo la oportunidad y viabilidad de una teoría de la argumentación jurídica que desarrolle un discurso sistemático, coherente y productivo sobre el manejo de los juicios de valor por parte de los órganos de aplicación en situaciones de indeterminación del Derecho. Se trata de una teoría de la argumentación jurídica preocupada por identificar los principales contextos argumentativos en los que los juicios de valor son empleados por los jueces -y demás órganos de aplicación del Derecho-, proporcionando un mapa de situaciones de indeterminación en las que los jueces se ven obligados a recurrir a consideraciones basadas en juicios de valor para resolver los casos que se les plantean. Tomando como punto de partida ese mapa de situaciones de indeterminación, la teoría de la argumentación jurídica que defiendo se preocupa también de anticipar estrategias argumentativas relativamente estables, desde las que, en función de las características de cada uno de dichos contextos, sea posible hacer frente a la tarea argumentativa.

Pero, antes de adentrarnos en estas cuestiones, conviene que reflexionemos -si quiera muy brevemente- sobre la tradicional desatención de la teoría del Derecho hacia estos contextos argumentativos. Con escasas excepciones, el análisis de los contextos argumentativos en los que los jueces se ven obligados a acudir a consideraciones basadas en juicios de valor ha constituido una carencia recurrente en los estudios de teoría del Derecho: la teoría del Derecho ha dejado a los juristas huérfanos de herramientas conceptuales y teóricas desde las que hacer frente a los retos que planteo en este trabajo. Ahora bien, esta carencia no es producto del azar o la casualidad, sino de una estrategia deliberada (aunque no siempre haya sido hecha explícita). En la teoría del Derecho se ha impuesto lo que podríamos llamar una estrategia tipo avestruz: se esconde la cabeza bajo el ala, practicando un drástico recorte en la realidad que es objeto de estudio y prestando oídos sordos a los razonamientos judiciales en los que intervienen consideraciones valorativas.

La causa de esta desatención, sin embargo, no siempre ha permanecido constante. Podríamos retrotraer la causa más común hasta los orígenes del actual modelo de teoría del Derecho positivista. Se trata de la preocupación, de impronta kelseniana, por la preservación de la pureza del método teórico, combinada con un marcado escepticismo en materia moral. Esta preocupación y este escepticismo, que han sido enseñanzas del positivismo jurídico, han dejado su poso y todavía acompañan, en grados y combinaciones diferentes, a buena parte de la teoría del Derecho que hoy en día se cultiva. Lógicamente, si se toman tantas precauciones, nuestro viaje no nos llevará muy lejos: sólo recorreremos los paisajes en los que reina la luz y la claridad y, tan pronto como la

primera sombra se cierna sobre los mismos, daremos marcha atrás. Antes que asumir el riesgo de contaminación de teoría del Derecho con especulaciones que se suponen inaccesibles al discurso racional, se excluye del ámbito de reflexión el análisis del papel de los juicios de valor en las deliberaciones prácticas de los órganos de aplicación del Derecho¹.

La otra causa de la desatención de la teoría del Derecho hacia estos contextos argumentativos se halla relativamente desligada de la anterior, aunque puede darse en combinación con ella: se trata de la asunción de una tesis marcadamente autoritativa respecto de la naturaleza del Derecho. De acuerdo con este planteamiento, los mandatos de la autoridad configuran para sus destinatarios razones autoritativas para realizar aquello a lo que les obligan. Por consiguiente, se sostiene que este rasgo del Derecho se diluiría si habilitáramos a los órganos encargados de la aplicación del Derecho a tomar en cuenta consideraciones basadas en juicios de valor a la hora de resolver los casos que ante ellos se plantean. Este es claramente el punto de vista asumido por Joseph Raz, quien, paradójicamente, dista mucho de ser un escéptico en materia moral, pero, que, pese a ello, considera que la argumentación en torno a los valores debe quedar al margen del discurso jurídico.

Sea cuál fuera la causa de la adopción de la estrategia negacionista, la consecuencia es siempre la misma: un claro déficit en la teoría de Derecho. Se trata de un déficit que no sólo tiene un alcance teórico, sino también práctico: es un déficit teórico ya que queda en la sombra una parte significativa de la tarea aplicativa del Derecho que llevan a cabo los jueces y otros órganos de aplicación del Derecho; pero es también un déficit práctico ya que la teoría deviene impotente a la hora de proveer de herramientas conceptuales a los órganos de aplicación del Derecho cuando éstos se ven obligados a recurrir a consideraciones basadas en juicios de valor.

En los siguientes apartados me ocupo de formular las bases de una propuesta teórica encaminada a suplir esta carencia tradicional de la teoría del Derecho. Mi estrategia argumentativa se va a desarrollar en dos tiempos². Para empezar voy a tratar de mostrar cuál es el problema al que nos enfrentamos, ofreciendo un catálogo bastante completo de situaciones en las que los órganos de aplicación del Derecho se ven obligados a recurrir a consideraciones basadas en juicios de valor. Una vez trazado este mapa de situaciones, trataré, en un segundo tiempo, de mostrar las bases de un

¹ Claramente este sería el caso de Kelsen y de algunos autores contemporáneos que han contribuido de manera muy relevante al desarrollo y perfeccionamiento de la actual teoría del Derecho, como Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Ricardo Guibourg, etc.

² Las ideas que seguidamente voy a exponer son un extracto de un trabajo previo publicado en la revista *Doxa*. Cfr. Ángeles Ródenas, “¿Qué queda del positivismo jurídico?” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2006, págs. 417 a 448.

modelo metodológico alternativo desde el que sea posible construir estrategias argumentativas predefinidas para cada una de las situaciones de este catálogo.

2. MAPA DE SITUACIONES DE INDETERMINACIÓN

Voy a sostener la tesis de que, en determinadas ocasiones, el Derecho exige de los órganos de aplicación que tomen en consideración ciertos juicios de valor para la identificación del Derecho aplicable. En tales situaciones, el recurso a los juicios de valor no sólo no contravendría lo que el Derecho requiere de los jueces y demás órganos encargados de aplicar normas, sino que, por el contrario, vendría exigido por éste.

En concreto, defenderé que los juicios de valor operan 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 fuentes³, 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 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

³ 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.

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 concepto⁴.

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 características⁵. En estos y similares ejemplos, el legislador, conscientemente, abre una puerta de entrada a la moral en el Derecho⁶, 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.

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 como 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 quiere⁷.

Como ejemplo de interpretación extensiva citan Díaz-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”⁸.

⁴ Cfr. José Juan Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, ob.cit., pág. 101.

⁵ Cfr. José Juan Moreso, ob. cit., pág. 106.

⁶ Sobre la progresiva inclusión en el Derecho de aspectos morales cfr. Laporta, Francisco, Entre el Derecho y la Moral, Fontamara, México, 1993, núm. 26, págs. 60 a 63.

⁷ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, 1998, Madrid, págs. 101 y sig.

⁸ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, ob.cit., pág. 102 (la cursiva es mía).

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.

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 futuros⁹. 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 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 anterior¹⁰. 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

⁹ Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, ob.cit.

¹⁰ 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.

excepcionar, o incluso invalidar, el Derecho basado en los criterios autoritativos reconocidos en las fuentes¹¹.

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 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 invalidándolo¹².

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 del Derecho, fraude a la ley, 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 de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquélla, aparecían como permitidos¹³.

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

¹¹ Juan Carlos Bayón traza esta distinción para diferenciar entre dos posibles formas de positivismo incluyente en “Derecho, convencionalismo y controversia”, en *La relevancia del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002, págs. 71 a 72.

¹² La idea de excluir normas jurídicas, como se verá, guarda una estrecha relación con la noción de derrotabilidad de las normas jurídicas.

¹³ Cfr. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, ed. Trotta, Madrid, 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 fraude de ley y la desviación de poder lo *prima facie* cubierto por una regla permisiva es el uso del poder conferido una norma que confiere poder (un tipo de norma que establece que si en determinadas circunstancias un agente realiza 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) [Ob. cit., págs. 126 a 127].

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 sacrificado¹⁴.

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*”¹⁵. 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”¹⁶.

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 mandatario– 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 tribunales de rango constitucional, invalidar normas cuyo contenido vulnere valores fundamentales de la constitución.

En suma, y como conclusión de lo que llevamos visto en este apartado, podríamos decir que, en determinadas ocasiones, el Derecho requiere de los órganos de aplicación que tomen ciertas

¹⁴ Cfr. Moreso, José Juan, “En defensa del positivismo inclusivo”, ob. cit., pág. 106.

¹⁵ Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, ob.cit., pág. 101.

¹⁶ Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, ob.cit., pág. 102.

consideraciones valorativas como condición suficiente de juridicidad y, en otras, como condición necesaria.

En el siguiente cuadro trato de condensar el catálogo de situaciones a las que me he referido en este apartado:



3. UNA PROPUESTA METODOLÓGICA ALTERNATIVA

Llegado este momento, se impone la tarea de formular las bases de una propuesta metodológica alternativa desde la que sea posible reconstruir la tarea argumentativa que llevan a cabo los órganos de aplicación del Derecho cuando se enfrentan a casos como los anteriores. Esta

propuesta descansa sobre dos pilares: a) en primer lugar, una adecuada comprensión de las razones que el Derecho incorpora, distinguiendo entre *reglas, valores y compromisos* entre valores y, b) en segundo lugar, una adecuada comprensión del papel que cumplen las convenciones interpretativas y la idea de coherencia en la identificación del Derecho¹⁷.

a) Reglas, valores y compromisos en el Derecho

Por supuesto, el Derecho no sólo se compone de reglas con autonomía semántica, sino también de valores. Los ordenamientos jurídicos incorporan un amplio catálogo de valores en sus cartas constituyentes, pero el Derecho no sólo se limita a reconocer valores; con frecuencia establece también prioridades entre ellos, bien sea en relación con un sector o subsector del ordenamiento jurídico¹⁸, bien sea para casos más o menos genéricos¹⁹. Este fenómeno resulta singularmente perceptible cuando exploramos las razones subyacentes a las reglas de mandato²⁰; es precisamente en términos de balances entre valores o razones contrapuestas para casos genéricos en los que damos cuenta de las justificaciones subyacentes a las reglas de mandato²¹.

Tomemos como punto de partida un ejemplo del que me he servido en algún trabajo anterior: una señal gráfica que prohíbe los aparatos de radio en la biblioteca universitaria. La indicación podría haberse colocado debido a la molestia que ocasiona a los usuarios de la biblioteca el ruido de dichos aparatos. El juicio de que tal razón viene a prevalecer frente a la constituida por el deseo de algunos usuarios de escuchar la radio en la biblioteca vendría a ser la justificación subyacente a la regla.

Ahora bien, si interrogamos a la señal, lo único que ésta nos dice es que queda prohibido introducir aparatos de radio en la biblioteca. Somos capaces de atribuir significado a la señal que prohíbe los aparatos de radio en la biblioteca, aunque desconozcamos cuál es la justificación subyacente a esta disposición. De ahí que podamos afirmar que las formulaciones normativas –vgr. “prohibidos los aparatos de radio en la biblioteca”– poseen *autonomía semántica*, esto es, que su

¹⁷ 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.

¹⁸ Por ejemplo, esto es lo que sucede en Derecho penal, donde el principio de legalidad adquiere un peso decisivo del que carece en otros sectores del ordenamiento, o con el principio de autonomía de la voluntad en relación con las obligaciones y contratos en Derecho civil.

¹⁹ La prevalencia entre razones difícilmente puede ser absoluta, sino que tendrá que referirse a clases de casos más o menos genéricos en los que se precisan las condiciones de aplicación en las que se prevea la colisión entre razones.

²⁰ De todo ello me he ocupado en profundidad en *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México D.F, 2000 y en “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, Alicante, 2001.

²¹ Por supuesto, estas consideraciones no son de aplicación a las reglas de mandato que resuelven puros problemas de coordinación, vg. conducir por la derecha o por la izquierda. Pero este tipo de reglas no me parece que constituyan el caso central de regla de mandato.

significado -lo que las mismas prescriben- puede establecerse sin tomar en cuenta la justificación que subyace a las mismas. Siguiendo a Frederick Schauer, podemos entender las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas como generalizaciones que tratan de ejemplificar el resultado que normalmente podría obtenerse de la aplicación directa de las justificaciones (no ocasionar molestias a los usuarios de la biblioteca)²². Como acabo de indicar, esta distinción entre el significado de las formulaciones normativas y la justificación subyacente a las mismas nos proporciona un buen instrumento de análisis desde el que abordar los casos de los que me he ocupado en el apartado anterior.

(1) 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 valorativo²³ con casos difíciles, en los que compiten diversas concepciones de un mismo concepto que producen soluciones diferentes²⁴. 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 Bayón²⁵, 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

²² Cfr. Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford Clarendon Press, 1991.

²³ Hay cientos de ejemplos de aquello que, de acuerdo con nuestras prácticas interpretativas, no tendríamos dudas en calificar de *trato degradante*.

²⁴ Cfr. José Juan Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, ob. cit., págs. 100 a 101.

²⁵ Cfr. Juan Carlos Bayón, “Derecho, convenciones y controversia”, ob. cit., págs. 78 a 81.

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 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*²⁶. 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 Derecho²⁷.

(2) 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

²⁶ Cfr. José Juan Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, ob.cit., pág. 100.

²⁷ En este mismo sentido cfr. Juan Carlos Bayón, “Derecho, convenciones y controversia”, ob. cit., pág. 81.

rótulo de “las tensiones internas al Derecho”: 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 recalcitrantes* y pueden revestir dos formas: 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 aparatos de radio en la biblioteca no afecta a los reproductores de audio, televisores, etc., pero, sin embargo, parece claro que su utilización causaría molestias análogas a los usuarios de la biblioteca. Decimos que en estos casos la prescripción contenida en la formulación normativa es *infraincluyente* en relación con su justificación subyacente, en el sentido de que tal prescripción no incorpora ciertos supuestos - reproductores de audio, televisores, etc. - a los que sería aplicable su justificación.

En cambio, la prescripción contenida en la formulación normativa es *supraincluyente* cuando comprende estados de cosas que no produzcan la consecuencia representada en la justificación de la regla. Volviendo al ejemplo de la señal que prohíbe los aparatos de radio en la biblioteca, es fácil concebir supuestos en los que la justificación subyacente a esta regla no sería aplicable: el empleado que limpia la biblioteca antes de la hora de apertura al público; la bibliotecaria que, ante una alarma de inundaciones, está pendiente de un aviso de protección civil para evacuar la biblioteca, etc. Decimos que en estos casos la prescripción contenida en la formulación normativa es *supraincluyente* en relación con su justificación subyacente, en el sentido de que tal prescripción incorpora ciertos supuestos -el del empleado de la limpieza o el de la bibliotecaria- en los que no sería aplicable su justificación.

(2.1) Como acabo de apuntar, estas dos formas de *experiencias recalcitrantes* 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 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, ni le es 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, al a luz del balance de razones subyacentes a la norma, atender sólo al tenor literal de la misma, y, por último, argumentos que muestran la conformidad de la nueva regla con el balance de razones subyacentes a la norma preexistente.

(2.2) 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 otro lugar he diferenciado dos tipos de 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 que constituyen una *excepción* a la misma²⁸. Empecemos por los primeros. Decimos que un caso está fuera del *alcance* de una regla si las principales razones que respaldan la regla no son aplicables a tal caso. Si volvemos nuevamente al ejemplo de la prohibición de aparatos de radio en la biblioteca, el supuesto del empleado de la limpieza que conecta la radio antes de la hora de apertura al público 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. También el ejemplo que servía 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 regla²⁹.

En cambio, un caso cae bajo una *excepción* a la regla cuando le es aplicable algunas de las principales razones 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. Así, en el caso de la bibliotecaria que conecta la radio pendiente de un aviso de protección civil, podríamos entender que estamos en presencia de una excepción a la regla, ya que ciertamente la acción de la bibliotecaria produce molestias a los usuarios de la biblioteca, lo que sucede es que se considera que la información de la que está pendiente la bibliotecaria es vital de cara a abortar el peligro para la vida de las personas que están en la biblioteca y que esta última razón, el valor de la vida humana, prevalece sobre aquellas otras contempladas en el compromiso (o juicio de prevalencia) expresado en la regla. Dicho de otro modo, lo que la regla contempla es simplemente que la tranquilidad de los usuarios de la biblioteca (razón 1) prevalece frente al deseo de algunos usuarios de oír la radio (razón 2), pero no frente al valor de la vida humana (razón 3). En estos mismos términos de excepción a la regla podemos dar cuenta de otros casos de inaplicación de

²⁸ *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México D.F, 2000 e “Indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, ob. cit. He desarrollado estas categorías a partir de una distinción que Raz realiza en *Razón práctica y normas*, ob. cit, pág. 82.

²⁹ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, ob.cit., pág. 102.

normas pertenecientes al sistema, como las causas de justificación del Derecho penal o la objeción de conciencia.

Como se advierte en los ejemplos anteriores, tanto en los supuestos de excepción a las reglas, como en los casos fuera del alcance de las mismas, se cuestiona la prescripción contenida en la formulación normativa, pero no el balance de razones subyacente a la misma. Esto es así debido a que las cuestiones relativas al alcance y a las excepciones a las reglas pueden resolverse sin reabrir el balance de razones subyacentes. El vigilante que no impide al empleado de la limpieza o a la bibliotecaria oír la radio no necesariamente vuelve a realizar un balance con todas las razones de primer orden aplicables al caso. Puede considerarse que el compromiso que refleja la regla que prohíbe los aparatos de radio -la tranquilidad de los usuarios prevalece frente al deseo de oír la radio- 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 del balance de razones subyacentes a la misma.

En suma, podríamos señalar 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, como vengo insistiendo a lo largo de las páginas de este libro, los aplicadores del Derecho no son libres de formular cuantas excepciones o exclusiones del alcance de las normas deseen y cuando lo deseen. Dicho en términos muy abstractos, los jueces tendrán que desarrollar una argumentación tendente a establecer, en primer lugar, 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 en cuestión 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. Aspecto este último para

el que habrá 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.

(2.3) Lo dicho hasta aquí se refiere a aquellos supuestos en los que, en atención al balance de razones subyacentes, se excluye la aplicación de una norma **identificable como jurídica de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes**, pero también podría suceder que, en atención a dicho balance, **la norma resultara invalidada**. Para dar cuenta de estos casos debo volver a la distinción entre prescripciones contenidas en la formulación normativa de las reglas y justificaciones subyacentes a las mismas. Pues bien, tiene sentido hablar de derrotabilidad en ambos niveles. Es posible que lo que se derrote sea -como en los ejemplos anteriores- la prescripción contenida en la formulación normativa -prohibido radios en la biblioteca-, pero también cabe, la derrotabilidad de los compromisos (o juicios de prevalencia) entre razones subyacentes a las reglas. De manera que es posible también que, en segundo término, de forma excepcional, los jueces y demás aplicadores del Derecho dejen de lado una regla cuando estimen que el compromiso entre razones que subyace a la formulación normativa está mal construido. Tal cosa sucede cuando, como hemos visto en los capítulos anteriores, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras partes 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. Lo característico de esta derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas, frente a la derrotabilidad en el de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, es que la regla fracasa, tanto en este caso como en casos sucesivos, como razón protegida. No se trata, como en los ejemplos anteriores, de problemas producidos por el carácter supraincluyente de la *prescripción contenida en la formulación normativa*, 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 razón subyacente de la regla, por lo que se asume que ésta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futuras³⁰. Lo que se cuestiona en el primer tipo de supuestos es sólo la aplicabilidad de la prescripción al caso concreto; mientras

³⁰ En *Razonamiento judicial y reglas* hablaba de *errores de primer grado* y *errores de segundo grado* para referirme a dos 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 [cfr. ob. cit., págs. 77 y sig.]. 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.

que en el segundo es su validez. De manera que, mientras en el primer caso decimos que la norma queda desplazada, en el segundo nos referimos a su nulidad.

Ahora bien, admitir la derrotabilidad de la justificación subyacente a las reglas, no supone sin más negar que el Derecho determine positivamente la conducta de los jueces. Tampoco podemos hablar de discrecionalidad por parte del juez cuando éste aprecia la derrotabilidad de las justificaciones subyacentes a las reglas³¹. 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. Sería un error suponer que el operador jurídico que decide dejar de lado una regla tiene plena discrecionalidad para componer el balance de razones que estime oportuno, con tal de que lo haga basándose en razones ya reconocidas por el ordenamiento jurídico: 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, lo que hará imprescindible que desarrollen una argumentación tendente a mostrar casos paradigmáticos en los que los resultados de las ponderaciones apuntan en un sentido diferente.

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 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.

En el siguiente cuadro trato de condensar la reconstrucción propuesta en este apartado

³¹ Sigo de cerca las consideraciones expresadas por J. Aguiló en "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", *Isonomía*, México, núm. 6, pág. 75.



b) 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 jurídicas³².

Por lo tanto, ni en los casos en los que resultan aplicables normas no identificables autoritativamente, ni en los que resultan inaplicables normas identificables autoritativamente, el Derecho renuncia a guiar la respuesta a cuál es la solución correcta a los casos. Ahora bien, es indiscutible que aquí el grado de certidumbre es mucho menor que el que teníamos cuando una regla perteneciente al sistema es sin más aplicable a un caso, ya que la empresa de reconstrucción de las razones en juego exige un proceso de deliberación por parte del intérprete fundado en convenciones que van más allá de la simple regla del significado literal³³.

En todo caso, la 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 siempre está perfectamente determinado para todos los casos; en ocasiones nuestras convenciones interpretativas no nos ofrecen soluciones claras. Aquí son de aplicación consideraciones semejantes a las que veíamos en relación con los conceptos jurídicos indeterminados: a un convencionalismo superficial -que limita el alcance de nuestras convenciones a aquellas cuestiones en las que se produce un acuerdo explícito- se le opone un convencionalismo profundo, según el cuál son los criterios tácitos de corrección los que fundamentan la objetividad de la convención y no los acuerdos explícitos realmente existentes. Es desde este convencionalismo profundo desde donde tiene pleno sentido afrontar los casos polémicos con una metodología coherentista, de acuerdo con la cual las hipótesis que se formulan sobre el peso de las razones en conflicto implicadas en la resolución de los casos concretos deben apoyarse en reconstrucciones de los criterios tácitos convencionales que dan cuenta de la institución o sector normativo en cuestión y tales reconstrucciones, a su vez, deberán confrontarse con nuestras convenciones interpretativas más arraigadas que se ponen de relieve en los casos paradigmáticos. De manera que, si de resultados de tales comparaciones, se produjesen desajustes, estos se salvarán mediante un ir y venir entre hipótesis, reconstrucciones y convenciones que nos lleven ora a

³² Atienza y Ruiz Manero realizan estas mismas consideraciones en relación con los ilícitos atípicos en *Ilícitos atípicos*, ob.cit., pág. 126.

³³ Juan Carlos Bayón habla a este respecto de *convenciones de segundo nivel*, “ respecto a las convenciones semánticas en virtud de las cuales tienen significado ordinario los enunciados formulados en lenguaje natural” [Cfr. “Derecho, convenciones y controversia”, ob.cit., págs. 62 a 63 y 80 a 81]

descartar algunas de nuestras convenciones, ora a ofrecer otra reconstrucción, o, en fin, a reformular las hipótesis, hasta lograr un ajuste mutuo entre los tres elementos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ, Josep. "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", *Isonomía*, México, núm. 6.

ATIENZA, M.; MANERO, J., *Ilícitos atípicos*, ed. Trotta, Madrid, 2000.

BAYÓN, Juan Carlos. "Derecho, convencionalismo y controversia", en *La relevancia del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002.

CALATAYUD, Ángeles Ródenas, "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, Alicante, 2001.

CALATAYUD, Ángeles Ródenas. *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México D.F, 2000.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, 1998, Madrid.

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press.

LAPORTA, Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 1993, núm. 26.

MORESO, José Juan, "En defensa del positivismo jurídico inclusivo". In NAVARRO, Pablo E.; REDONDO, María Cristina (comp.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 93-116.

RÓDENAS, Ángeles. "¿Qué queda del positivismo jurídico?" *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2006, págs. 417 a 448.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*, Oxford Clarendon Press, 1991.

Artigo recebido em 22 de maio de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 27 de maio de 2013.