

DESACUERDOS EN DERECHO, DERROTABILIDAD Y PRINCIPIOS

LAW DISAGREEMENTS, DEFESEABILITY AND PRINCIPLES

Victoria Iturralde

Universidad del País Vasco, San Sebastián. España

victoria.iturralde@ehu.eus

ORCID: 0000-0002-7264-496X

Recibido: septiembre de 2022

Aceptado: noviembre de 2022

Palabras clave: desacuerdos en derecho, interpretación, derrotabilidad, principios.

Key words: law disagreements, interpretation, defeasibility, principles

Resumen: El objeto de estas páginas es poner de relieve que buena parte de los desacuerdos decisorios no son tales, sino desacuerdos profundos que tienen que ver con uno de los pilares de los fundamentos de los Estados de Derecho contemporáneos (democráticos y constitucionales), como son el sometimiento a la ley de los órganos de aplicación, independientemente de la justicia de la norma o de su aplicación al caso concreto. En primer lugar, analizaré el concepto de desacuerdos en derecho, distinguiendo entre desacuerdos teóricos, interpretativos, decisorios y axiológicos. En segundo lugar, me centraré en los desacuerdos decisorios para mostrar que algunos de ellos no son tales. Se trata de aquellos basados en diferentes argumentos como son: a) la existencia de un desacuerdo interpretativo espurio, b) el argumento basado en los principios y c) el argumento de la derrotabilidad de las normas. Estos argumentos son un intento de justificar la discrepancia del juez sobre la justicia de la norma o de su aplicación al caso concreto, lo que excede la tarea encomendada a los jueces y cuestiona uno de los pilares de los Estados constitucionales: el sometimiento de las decisiones judiciales a las fuentes del derecho.

Abstract: The purpose of these pages is to highlight the fact that many of the decisional disagreements are not such, but rather profound disagreements that have to do with one of the pillars of the foundations of the contemporary rule of law (democratic and constitutional), such as the submission to the law of judicial adjudication, regardless of the justice of the rule or of its application to the specific case. First, I will analyze the concept of disagreements in law, distinguishing between theoretical, interpretative, decisional and axiological disagreements. Secondly, I will focus on decisional disagreements to show that some of them are not such. These are those based on different arguments such as: a) the existence of a spurious interpretative disagreement, b) the argument based on principles and c) the argument of the defeasibility of norms. These

arguments are an attempt to justify the judge's disagreement on the justice of the rule or its application to the specific case, which exceeds the task entrusted to judges and questions one of the pillars of constitutional states: the submission of judicial decisions to the sources of law.

Gran parte de lo que se sigue en este libro puede verse como un intento de aceptar el desafío de Unger, de vislumbrar una teoría del derecho genuinamente democrática;...; una filosofía del derecho que haga algo más que estar aparentemente de acuerdo con el ideal de autogobierno; una teoría del derecho que ponga realmente en práctica ese ideal, rigurosa y detalladamente, en su explicación de la naturaleza del derecho, del fundamento de la legitimidad, de la tarea de la interpretación y de las responsabilidades respectivas de los Parlamentos, los ciudadanos y los tribunales de justicia”

(J. Waldrom, 2005, p. 17)

I. Los desacuerdos en derecho

El objeto de estas páginas es poner de relieve que buena parte de los desacuerdos interpretativos y decisorios no son tales, sino concepciones diferentes sobre los Estados de Derecho democráticos y constitucionales (en adelante, Estados constitucionales), y el lugar que en él ocupan los diferentes poderes. Hoy en día es difícil discrepar sobre la tesis de las fuentes sociales del derecho (y, aparentemente, la consiguiente no relación conceptual entre derecho y moral). Pero sí se defiende en cambio una no aplicación por los jueces del derecho emanado por los órganos competentes (y no anulado por invalidez)

apelando a la injusticia de la norma o de su aplicación al caso concreto. Con ello, el problema persiste, pues en el fondo, la cuestión de la relación conceptual se trasladada del legislador al juez.

Obviamente ello no se hace de manera abierta sino a través de diversas teorías y argumentos que subvierten la idea misma de aplicación *conforme a derecho*¹, contraponiéndolo a un concepto profundamente disputado como el de *justicia*. En estas páginas analizaré tres de ellos: el argumento de los desacuerdos interpretativos, el argumento de los principios y el argumento de la derrotabilidad.

La cuestión de los desacuerdos en derecho suele remitirse a la crítica de Dworkin al positivismo hartiano, concretamente a la idea de que la regla de reconocimiento consiste en que en todo sistema jurídico la identificación de las normas que lo integran se lleva a cabo mediante una práctica convergente de los funcionarios públicos. Para ello, es necesario que estos coincidan tanto en los criterios de identificación de las normas que emplean (punto de vista externo) como en la actitud que tienen ante estas (punto de vista interno). Si esto es así -se pregunta Dworkin-, ¿cómo se explican los desacuerdos jurídicos? Si para Hart el derecho se agota en el acuerdo, en los casos difíciles no podría

1. Hernández Marín 2006, pp. 15-16, señala que la actividad judicial puede ser descompuesta en tres tareas fundamentales (que corresponden a otras tantas obligaciones de los jueces): decidir los casos litigiosos, decidirlos *conforme a derecho* y motivar sus decisiones; y que de las tres obligaciones básicas de los jueces la obligación de decidir conforme a derecho es, desde el punto de vista de la filosofía del derecho, las más importante, y que el análisis de esta actividad presupone que antes ha quedado establecido, de una manera u otra, *qué es el derecho*. Cfr: también Hernández Marín 2021, y García Amado 2010, pp. 190-198.

haber una argumentación genuinamente jurídica y, sin embargo, los participantes discuten como si hubiese una respuesta correcta también en estos casos.

Aquí voy a limitarme a dar cuenta de los diferentes tipos de desacuerdos judiciales en derecho, al objeto de ahondar en los desacuerdos decisorios. Partiré de la distinción entre desacuerdos teóricos, interpretativos, decisorios y axiológicos.²

Desacuerdos *teóricos* son aquellos que se originan en concepciones divergentes sobre las fuentes del derecho válidas.³ En palabras de Dworkin, un desacuerdo teórico tiene lugar cuando dos o más jueces desacuerdan acerca de qué cuenta y cómo identificamos las bases del derecho.

Son desacuerdos *interpretativos*⁴ las situaciones en las que los dos o más jueces mantienen opiniones divergentes acerca de la adscripción de significado a las fuentes del derecho en un determinado sistema jurídico. Esta característica está basada en dos aspectos presentes en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por una parte, las características del lenguaje legal, entre las que haya que destacar la vaguedad, la ambigüedad, y especialmente la presencia de términos fuertemente valorativos. Esto unido a que los criterios y directivas interpretativas, no producen un

2. Dolcetti-Ratti 2008, pp. 184-186. Otra clasificación es la que hacen Papayanis-Ramirez Ludeña 2012, pp. 284-287.

3. Dolcetti- Ratti 2008, pp. 185-186.

4. Los autores citados distinguen dos tipos de desacuerdos interpretativos: aquellos que se deben a las *diferentes interpretaciones* dadas a las cuestiones interpretativas que se plantean el proceso de aplicación del derecho y, aquellos debidos a *diferentes concepciones acerca de los elementos de qué está formado el derecho*. Sin embargo, considero que estos últimos son desacuerdos *teóricos*.

único resultado; de manera que en muchas ocasiones se *mencionan* más que se *usan* y se convierten en instrumentos fáciles para justificar cualquier interpretación.

Los desacuerdos *decisorios* se producen cuando dos o más jueces discrepan sobre la resolución de un caso individual.⁵ El origen de los desacuerdos decisorios está en los diferentes problemas que se pueden plantear en la aplicación del derecho, que son relativos a: la aplicabilidad de la norma en el espacio (conflicto de normas de Derecho internacional privado) o en el tiempo (retroactividad); la elección de la norma aplicable ante dos normas contradictorias; la supuesta invalidez de la norma aplicable; la ausencia de norma (laguna); la interpretación de los enunciados jurídicos; la determinación de los hechos; su calificación jurídica, y la determinación de una concreta consecuencia jurídica.

Creo importante destacar en este momento que el único enfoque plausible, en relación con la aplicación del derecho es la denominada tesis de la discrecionalidad judicial. La clasificación de las teorías de la aplicación del derecho en teorías formalistas, escépticas y de la discrecionalidad (o mixta) es difícil de mantener. Como señala Barberis, “el formalismo parece definitivamente desacreditado, la teoría mixta aparece como mayoritaria, mientras que las versiones defendibles del escepticismo no son más que variantes de la teoría mixta; la cuestión es que conceptos (meta)teóricos como los de formalismo, escepticismo y teoría mixta son siempre susceptibles de redefiniciones o de definiciones estipulativas *que no indican ninguna posición sostenida realmente o, sin más, abstractamente sostenibles*.”⁶

5. Ratti 2008, pp. 314 ss.

6. Cfr. Barberis 2000, p. 1.

Por último, los *desacuerdos axiológicos* se refieren a concepciones divergentes acerca de la existencia y/ o el contenido de los valores.

Hay que tener cuenta que este elenco de desacuerdos no constituye compartimentos estancos. Así, por ejemplo, los desacuerdos decisorios engloban los otros tres pues, para tomar una decisión el juez debe basarse en las fuentes del derecho, y debe interpretar los enunciados que las componen. Y los desacuerdos teóricos constituyen un *prius* para hablar de los interpretativos y los decisorios.

A continuación, me centraré en los *desacuerdos decisorios*, y analizaré tres argumentos que, bajo un supuesto desacuerdo, son instrumentos para inaplicar el derecho en aras a tomar una decisión supuestamente “justa”: 1) el argumento del desacuerdo interpretativo, 2) el argumento de la aplicación de los principios, y 3) el argumento de la derrotabilidad de las normas.

2. El argumento de los desacuerdos interpretativos

La importancia del tema de los “desacuerdos interpretativos” radica en que *“el jurista tiende a transformar en problemas de interpretación ... todos los problemas inherentes a la aplicación de la norma; incluso a costa de olvidar toda diferencia entre reglas lingüísticas y normas jurídicas y afirmar, que el auto de la policía no es un vehículo a fines del acceso de los vehículos al parque.”*⁷

Buena parte de los llamados desacuerdos interpretativos no son tales, sino

7. Barberis 2002, p. 265.

desacuerdos espurios. En el primer caso estamos ante una cuestión de interpretación, en el otro ante una invención de significado. Por ello es importante distinguir unos de otros.

Hay un *desacuerdo interpretativo en sentido estricto* cuando se produce una discrepancia acerca del significado de un enunciado. Si convenimos que “interpretar” (en el contexto jurídico) es establecer el o los significados de un enunciado, no puede denominarse interpretación a una asignación de significado que nada tiene que ver con el sentido de aquel. Admitir que hay desacuerdos interpretativos, implica convenir que estos son limitados; que en muchos casos no puede haber desacuerdo pues hay una única interpretación, y que puede hablarse de interpretaciones correctas e incorrectas.⁸

Los desacuerdos interpretativos pueden referirse tanto a la interpretación *en abstracto* como a la interpretación *en concreto* (es decir, en un caso de aplicación del derecho). La diferencia es importante porque si bien en la interpretación en abstracto un enunciado jurídico puede ser indeterminado, en la interpretación en concreto la indeterminación suele quedar reducida o eliminada por los elementos contextuales del caso. Por ello, “admitir la vigencia de múltiples instrumentos jurídicos, ..., no impide sostener que, con respecto a cada juez individual: y desde una perspectiva sincrónica, hay enunciados interpretativos no controvertibles”.⁹

Hay un *desacuerdo interpretativo espurio* cuando existe una disparidad de “interpretaciones”, pero una de ellas va más allá del significado del enunciado jurídico

8. Cfr algunos ejemplos en Iturrealde 2014, pp. 19-25.

9. Papayanis- Ramírez-Ludeña 2012, p. 272.

en cuestión. Los desacuerdos espurios realmente no son interpretaciones sino *invenciones* de significado y, por ende, *modificaciones* del enunciado jurídico. Esto ocurre frecuentemente cuando se alude a la interpretación “integradora”, “extensiva”, al espíritu de la ley, etc.

El límite entre un desacuerdo interpretativo en sentido estricto y un desacuerdo interpretativo espurio radica en dos importantes características del lenguaje común, aplicables también al lenguaje jurídico: la convencionalidad y la autonomía semántica. Que el significado de los enunciados es convencional significa que está vinculado a reglas y, estas a la existencia de un acuerdo o convención respecto al modo en que se utiliza el lenguaje para dar cuenta de ciertos fenómenos, objetos u eventos. En otras palabras, los enunciados tienen el significado que tienen en virtud de que, en una cierta comunidad, hay *reglas vigentes que gobiernan su uso*. Es la existencia de estas reglas lo que hace que los símbolos se usen de una cierta manera.¹⁰ Esto no excluye (al contrario) que la comunidad pueda incluir subcomunidades en las que las palabras se utilizan de forma distinta, constituyendo contextos sociales específicos en cuanto al uso, como ocurre con el derecho.

La autonomía semántica se refiere a que el significado no depende *únicamente* de las intenciones del hablante (en el caso del derecho, del legislador) ni del receptor (ciudadanos y jueces). Si un hablante creyera que el significado de una palabra depende sólo de sus intenciones comunicativas difícilmente tendría éxito en la comunicación: sus interlocutores no le entenderían, serían incapaces de averiguar

10. Iturralde 2014, cap. V.

qué es lo que pretende decir y estaríamos ante un *lenguaje privado*.

De otro lado, el significado convencional no puede separarse del contexto y de las asunciones de fondo presentes en el uso del lenguaje. El contexto incluye obviamente el lingüístico, pero también el contexto extralingüístico en dos sentidos. El primero, porque el significado de los enunciados depende una serie de informaciones sobre las características, institucionales, morales, etc., que constituyen el trasfondo de utilización del enunciado, formando lo que Searle denomina el macrocontexto de sus numerosas enunciaci-ones. El segundo, en el sentido de que la interpretación jurídica depende de reglas no solo semánticas y sintácticas, sino también pragmáticas; de aquí que haya *determinados* enunciados a los que no se les puede atribuir significado independientemente de la situación concreta de uso. Me refiero a los indiciales puros, los indiciales demostrativos, las expresiones que denotan referentes variables según el contexto, y las implicaturas convencionales.¹¹

11. Los *indiciales puros* (“yo”, “ayer”, “mañana”) son aquellos términos que se refieren a un objeto por el simple hecho de ser pronunciados en un contexto de uso, y su significado no depende de la intención del hablante. Los *indiciales demostrativos* (infrecuentes en el lenguaje jurídico) incluyen “este”, “ese”, “aquél”, “tú”, “él”, “ella”, “allí”, “entonces”. Se trata de expresiones que requieren algo más que la mera pronunciación del indicial para acceder al referente. Precisan de la intención del hablante que, con un gesto indicativo, dirige la atención visual del interlocutor hacia un objeto. La designación del referente no es automática, sino que el indicial depende de un señalamiento o demostración asociada. Por ejemplo, “Mira, por allí viene el tren” asociada a un gesto. Las expresiones que denotan referentes variables según el contexto, son aquellas expresiones que solo pueden ser interpretadas si son enmarcadas en una situación

3. El argumento de los principios

La cuestión de los principios juega un papel destacado en la teoría de la argumentación jurídica contemporánea. Me referiré al argumento de los principios en dos concepciones próximas, aunque no idénticas, como son las de Alexy, por un lado, y la de Atienza y Ruíz-Manero, por otro. Puesto que las posiciones de los tres autores son de sobra conocidas, me limitaré a destacar los aspectos más relevantes en relación con el tema estas páginas.

Los elementos definitorios del derecho son, para el iusfilosofo alemán, la legalidad conforme al derecho, su eficacia social y la corrección material. Las ideas de pretensión de corrección material, la consideración del derecho como un intento de institucionalización de la razón práctica, así como la relevancia de los principios en la argumentación judicial, conforman una teoría del derecho en la que la justicia prevalece sobre el derecho. Esto tiene lugar principalmente de dos formas: a través de la consideración de que las leyes extremadamente injustas no son derecho, y la idea de que, en esos casos el juez debe de dejar de lado el derecho (esto es, las razones institucionales).

Para Alexy, el sistema jurídico de un Estado democrático constitucional es un in-

comunicativa particular, ya que el referente ha de ser fijado en relación al contexto. Así expresiones como “El actual presidente de España”, “La fecha de celebración de las próximas olimpiadas” o “Las personas mayores de 18 años. Las *impli-caturas convencionales*, esto es aquellas que se basan en aspectos convencionales del significado, dependen del contexto de enunciación y se predica de las *preferencias* concretas (no de los enunciados). cfr. Iturralde 2022, pp.14-17.

tento de institucionalizar la razón práctica, y esta justifica la existencia del sistema jurídico como tal y de sus estructuras básicas. De aquí, que los argumentos prácticos generales tienen que estar inmersos en todas las instituciones. Los argumentos no institucionales pueden ser insertados, integrados y especificados tanto como se quiera, siempre y cuando continúen observando lo que es esencial para este tipo de argumentos: su carácter libre y no institucionalizado. “El discurso práctico general -dice Alexy- es un discurso en el que las cuestiones prácticas se responden con razones no autoritativas, las cuales comprenden tanto razones morales, como éticas y pragmáticas. Esta combinación forma un vínculo sistemáticamente necesario en el que se manifiesta la unidad substancial de la razón práctica”.¹²

Para Alexy el derecho tiene una *pretensión de corrección* (término que Alexy emplea como equivalente a *justicia*), pretensión que los jueces deben llevar a cabo a través de la apelación a los principios. El derecho promulgado formula necesariamente una pretensión de corrección, que “incluye necesariamente la corrección material y, con ella, la moral, entonces la moral, precisamente en el sentido del mencionado dilema del no positivismo, pertenece al derecho, si bien el derecho al cual pertenece no es el derecho de los positivistas.... De este modo la pretensión de corrección *hace saltar por los aires el concepto positivista de derecho y lo abre a la moral.*”¹³ Por otra parte, desde la perspectiva del participante, como es el juez, la tesis de la separación entre derecho y moral es inadecuada y la tesis de la vinculación es correcta. Para

12. Alexy 2009, p. 29. Bustamante 2010, p. 238.

13. Alexy 2005, p. 33.

fundamentar esto, tienen que considerarse –dice Alexy- tres argumentos: el de la corrección, el de la injusticia y el de los principios”.

Siendo un elemento clave en su teoría, Alexy no señala en qué consiste o cuáles son las reglas para establecer esa “corrección, limitándose a decir que los criterios son abiertos y que difieren no solo entre diferentes sistemas jurídicos, sino incluso dentro de un mismo ordenamiento.

La *pretensión de corrección* es inherente a todo participante en el sistema jurídico (legislador, juez, y todo el que se sitúe como participante) y, tiene carácter objetivo u oficial, en el sentido de que está necesariamente relacionada con el papel de participante en el sistema jurídico. Los destinatarios de la pretensión de corrección son los destinatarios de los respectivos actos jurídicos: así el legislador formula una pretensión de corrección respecto de los destinatarios de la ley, el juez en relación a las partes del proceso, etc. (es decir, los destinatarios institucionales), pero también respecto de todos aquellos que se sitúen en el punto de vista de un participante del sistema jurídico respectivo.¹⁴

La pretensión de corrección consta de tres elementos: a) la afirmación de la corrección, b) la garantía de la fundamentabilidad y, c) la expectativa del reconocimiento de la corrección. Con esta triada -dice Alexy- aún no se ha dicho nada sobre el contenido de la pretensión de corrección; pero es propio de la pretensión de corrección que los criterios sean abiertos; de otro modo no podría ser formulada a lo largo del derecho. No sólo difieren entre sí los criterios de corrección de los distintos

sistemas jurídicos, sino incluso dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

Sobre el argumento de la injusticia, señala que el mero incumplimiento de la pretensión de corrección no priva al derecho de su carácter de derecho, de manera que “puede haber una cantidad considerable de derecho injusto y a pesar de ello válido. Es ante todo la seguridad jurídica la que impide que cualquier injusticia conduzca a una pérdida de la calidad jurídica. *El umbral de incompatibilidad* entre derecho y justicia puede ser definido mediante el concepto de la *extrema injusticia*”; “cuando se traspasa un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter jurídico”; “las normas extremadamente injustas no son derecho.”¹⁵

Como conclusión del argumento de la injusticia Alexy señala, que, si se considera el argumento de la injusticia referido a las normas aisladas en su versión débil, tal como se expresa en la fórmula radbruchiana, se constata que las razones que hablan a favor de este argumento son más fuertes que las objeciones. De aquí –dice- que el juez deba *dejar de lado las razones institucionales* (es decir, el derecho) en los siguientes casos:

- (a) cuando las leyes sean extremadamente injustas o irracionales (porque para Alexy no son derecho);
- b) en los casos especiales (que Alexy no dice cuáles) en los que cabe la posibilidad de decidir contra el tenor literal de una norma y,
- (c) en los casos difíciles en los que el juez debe recurrir a los principios, pues estos tienen una función ineludible en el razonamiento judicial al hacer que las

14. Alexy 2005, p. 34.

15. Alexy 2005, pp. 51-52 (cursiva mía).

premisas de dicho razonamiento deban ser justas.

Un tercer concepto clave en la teoría de Alexy son los *principios*. Según el iusfilosofo alemán, todo sistema jurídico mínimamente evolucionado cuenta con principios, que son de naturaleza moral y que reclaman del juez un particular ejercicio de ponderación: allí donde existe ponderación existen principios, y allí donde existen principios se da una presencia de la moral en el derecho. Si relacionamos los principios con la pretensión de corrección se llega a dos consecuencias –dice Alexy-. La primera es que la pretensión de corrección exige que los principios morales que han de ser tomados en consideración por el derecho deben ser principios correctos. La segunda se refiere a la aplicación de los principios morales: estos deben ser ponderados frente a otros principios morales y frente a principios jurídicos concretos como los que tienen por objeto la seguridad jurídica, el procedimiento y la eficacia del derecho.

Por último, Alexy señala expresamente que *los argumentos institucionales “sólo gozan de una prevalencia prima facie*, lo que significa que la argumentación jurídica, aun cuando los argumentos institucionales conduzcan a un resultado determinado, sigue dependiendo de argumentos sustanciales y práctico-generales. Esto se demuestra no sólo en el caso dramático de una decisión contra el tenor literal, sino también en la evaluación de una sencilla subsunción como no problemática (apreciación que incluye el juicio de que no hay ningún motivo sustancial en contra de la decisión).¹⁶

En nuestro país Atienza y Ruiz Manero (entre otros) otorgan una relevancia destacada a los principios respecto a las reglas,

16. Alexy 2001, p. 59 (cursiva mía).

y subrayan la preferencia de los primeros frente a las segundas en la resolución de determinados casos individuales. En términos de razones para acción, en un primer momento las reglas deben ser consideradas como razones *perentorias*, esto es, razones para hacer lo ordenado excluyendo la deliberación sobre otras razones en pro o en contra, precisamente porque determinan en qué condiciones debe hacerse (concluyentemente) lo ordenado. Ahora bien –señalan- ello no excluye que, en relación con ciertos casos, pueda ocurrir que aun constituyendo *prima facie* instancias del caso genérico configurado en las condiciones de aplicación de la regla, *no estén dentro del alcance justificado* de la misma, bien: a) porque las principales razones que respaldan la regla no se apliquen en absoluto en ese caso, b) porque aun aplicándose esas razones *se aplique también otra razón más fuerte* (que no pertenece a las razones que respaldan la regla) que exige una distinta solución normativa, o c) porque las razones que respaldan la regla se aplican en un grado ínfimo o insignificante.¹⁷

De otro lado, señalan que los jueces deben aplicar los principios en los casos siguientes:

- (1) cuando no existen reglas específicas aplicables (lagunas normativas),
- (2) cuando las reglas presentan problemas de indeterminación en su formulación,
- (3) cuando aparece algún tipo de desacuerdo entre las reglas y los principios que las justifican. En estos casos el juez lleva a cabo una ponderación entre principios cuyo resultado es precisamente una regla (creada por el juez),

17. Cfr. Atienza-Ruiz Manero, 1996, p. 23.

- (4) cuando las principales razones que respaldan la regla no se aplican en absoluto en ese caso; cuándo aun aplicándose esas razones se aplica también otra razón más fuerte (que no pertenece a las que respaldan la regla) y que exige una distinta solución normativa, y cuando las razones que respaldan la regla se aplican en un grado ínfimo o insignificante.
- (5) en los casos en que la regla ha omitido propiedades adicionales a las tenidas en cuenta en la regla, propiedades que son lo suficientemente relevantes -desde el punto de vista de los valores que el derecho incorpora- como para exigir una solución normativa diferente (laguna axiológica).

En estos casos -dice Ruiz Manero- la solución justificada del caso se encuentra más allá del alcance de la regla predispuesta, y exige que en nuestro razonamiento intervengan también -y, sobre todo- principios; principios de cuya ponderación resulte bien la generación de una regla no existente (en los supuestos de lagunas normativas); bien la selección entre reglas incompatibles (en los supuestos de antinomias); bien la adscripción de sentido a una formulación normativa susceptible de ser interpretada de más de una forma (en los supuestos de laguna de reconocimiento); bien la realización de una operación de *distinguishing* que desemboque en una regla más específica y con una solución normativa distinta de la contenida en la regla predispuesta (en los supuestos de laguna axiológica).¹⁸

Por último, hay que mencionar que frente a la cuestión de si la ponderación puede evitarse Atienza señala que en muchos casos sí (cuando se trata de lagunas axio-

lógicas en el nivel de reglas), “pero lo que habría que plantearse, la pregunta que realmente importa, -dice- es si resulta *conveniente* hacerlo. Quiero decir con ello que evitar recurrir a una ponderación, y resolver el problema en el nivel de las reglas, *puede suponer incurrir en un formalismo* indebido, “puesto que el razonamiento jurídico (a diferencia de la moral) supone siempre un ingrediente formalista...El formalismo en sentido peyorativo supone no prestar atención a las *razones subyacentes a las reglas*, o sea, no ver el Derecho como un sistema de reglas y principios; o, dicho de otra manera, tratar de resolver todos los casos sin recurrir a los principios y, por lo tanto, a la ponderación.”¹⁹

4. El argumento de la derrotabilidad

El término “derrotabilidad” en el contexto jurídico tiene un significado que podría equipararse a excepción. La discrepancia radica en las diferentes razones por la que un enunciado normativo puede ser derrotable. Rodríguez y Súcar²⁰ indican las siguientes: a) la nueva interpretación del enunciado; b) la promulgación de nuevos enunciados que desplazan a los anteriores al introducir excepciones antes no contempladas; c) las excepciones del enunciado teniendo en cuenta el contexto de la norma por él expresada; d) la textura abierta del lenguaje, por lo que resulta ineliminable un grado de incertidumbre respecto a su aplicabilidad; e) el surgimiento de casos atípicos que merecen una solución diferenciada a los

18. Ruiz Manero 2016, p. 9.

19. Atienza 2010, p. 56 (cursivas mías).

20. Rodríguez-Súcar 1998, pp. 403-420.

casos (típicos) previstos por el enunciado; f) el margen ineliminable de discrecionalidad que siempre tiene el juez al calificar una situación mediante un concepto jurídico; g) que la norma individual que un órgano jurisdiccional invoca como fundamento de validez de la creada por él para la resolución de un caso, que puede servir, no solo para ese caso individual, sino también para toda una clase de soluciones igualmente válidas; h) que puesto que diferentes descripciones de un caso individual pueden determinar diferentes calificaciones normativas, siempre es posible que una situación contenga además alguna particularidad que permita una excepción, i) una mayor información en un caso particular, lo que lleva a que la norma *prima facie* aplicable, no lo sea, y j) que en el caso particular concorra una excepción que también encuentra apoyo en una disposición del sistema.

Estas causas tan dispares hacen que el concepto excesivamente indeterminado. El concepto de derrotabilidad al que me voy a referir se limita al sentido e), sentido que define Bayón cuando señala que las normas están “sujetas a *excepciones implícitas* que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no sería posible precisar por anticipado las circunstancias que operarían como genuina condición suficiente de su aplicación.”²¹

Las justificaciones de la derrotabilidad suelen ceñirse a los siguientes argumentos: 1) la finalidad de las reglas; 2) la presunta voluntad del legislador; 3) el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, y 4) la aplicación de los principios frente a las reglas.

21. Bayón 2000, p. 91.

1) La finalidad de las reglas, a tenor de la cual estas resultan ser infra o superincludentes.²² El predicado fáctico de una regla –dice Schauer– es una generalización probabilística respecto alguna justificación, habitualmente implícita. Así, tenemos reglas como “no se admiten perros en el restaurante” o “velocidad máxima 55 millas por hora.” Pero en la medida en que algunos perros no causan molestias o que algunas veces conducir a más de 55 millas por hora no es peligroso, la generalización del predicado fáctico es *sobreincludente*. Y otras veces ocurre lo contrario: que la generalización es subincludente, ya que los predicados facticos cubren estados de cosas que en casos particulares podrían no producir la consecuencia que representa la justificación de la regla. Así la regla “no se admiten perros” deja fuera la entrada de otros animales que pueden causar molestias.²³

2) La presunta voluntad del legislador respecto de aquellos casos que “merecen” una solución diferenciada que el legislador no ha podido tener, o no ha tenido, en cuenta en el momento de emisión de la norma.

3) El efecto irradiación de los derechos fundamentales en la fijación del alcance preciso de cualquier norma del ordenamiento. Así, por ejemplo, el art. 109 b) del Reglamento Penitenciario establecía que la desobediencia de un recluso a las órdenes de un funcionario de prisiones en el ejercicio de sus atribuciones, constituía una falta grave sancionable con hasta siete fines de semana de aislamiento en celda. Pues

22. Schauer 2004, pp. 89-92; Bayón 2001, p. 53.

23. Schauer 2004, pp.90-91.

bien, según el TC (S 57/1994, FFJJ 5 y 6) para que procediera la imposición de esa sanción no bastaba con la desobediencia del recluso, sino que había de tenerse en cuenta si el cumplimiento de la orden de desobediencia entrañaba o no la lesión de algún derecho fundamental del recluso y, en caso afirmativo, además, si las limitaciones a los derechos fundamentales del recluso eran necesarias y proporcionadas para salvar guardar otros derechos fundamentales o bienes públicos de relevancia constitucional.²⁴

4) La distinción entre reglas y principios y los valores y propósitos de estas últimas. Es la propuesta de Atienza y Ruíz Manero (y las doctrinas principialistas), al concebir el Derecho como un conjunto compuesto no solo por reglas sino también por valores y propósitos y otorgar a estos un lugar destacado en la argumentación jurídica. Consideran que la manera adecuada de contemplar el Derecho es ver este como estructurado en dos niveles: el de las reglas y el de los principios. En el primer nivel, las reglas pueden ser derrotadas por consideraciones derivadas de los valores y propósitos o, por decirlo más sumariamente, de los principios- que integrarían el segundo nivel. Para estos autores, hay razones de peso en favor de un Derecho de reglas y un modelo de fundamentación de las decisiones judiciales basado solo en estas. Ahora bien, el Derecho está formado también por principios, explícitos o implícitos, a los que sirven las reglas; y estas pueden ser derrotadas por consideraciones derivadas de los aquellos. De lo contrario “no tendríamos de mecanismo alguno para evitar que el conjunto de

24. Bayón 2000, pp. 87-88.

las decisiones fundadas en Derecho, presentase un cierto número de *graves anomalías valorativas*.”²⁵

Respecto del argumento de la finalidad, la cuestión radica en si las reglas han de verse o no como independientes de las razones que las justifican. Pues bien, a diferencia del razonamiento práctico general, considero que las reglas jurídicas pueden perfectamente entenderse como razones excluyentes.²⁶ Esto no quiere decir que no puede haber conflictos y excepciones a las reglas, pero en palabras de Raz, las excepciones a las reglas están en las reglas mismas, no en las razones; “las razones en conflicto, aunque pueden derrotar a las razones con las que están en conflicto, no crean excepciones a las mismas. Las reglas tienen excepciones, no las razones.”²⁷

Toda regla comprende unos casos y deja al margen otros, por lo que en cualquier caso de aplicación se podría argüir que la regla es supra o infraincluyente, si tenemos en cuenta la finalidad de la misma. Es el legislador, si el defecto es tan claro, el competente para modificar regla, puesto que la derrotabilidad para el caso concreto implica una creación particular del derecho que excede de la función judicial (salvo, como ocurre en el derecho español en algunos casos, que una norma de competencia le atribuya expresamente dicho poder).

En definitiva, para que las razones tuvieran relevancia bastaría con que el legislador las incluyera en la regla.²⁸

25. Atienza-Ruiz Manero 2009, p. 107 (cursivas mías).

26. Raz 1990, p. 89-90.

27. Raz 1990, pp. 231-232.

28. Schauer 2004, pp. 133-136.

En relación con el argumento de la presunta voluntad del legislador, y puesto que se han escrito ingentes páginas sobre el tema, me limitaré a decir que esta idea surge ante la dificultad de imputar a todos los que componen el órgano legislativo el texto que aprueban, puesto que de hecho la mayoría de ellos no lo conoce. Por esto se dice que la noción de “autor” no es la de un legislado real, sino la de un legislador ficticio. Pero las intenciones de un hablante ficticio no son de ninguna ayuda para la interpretación y menos para la sustitución de la norma, puesto que, como señala Moreso, “no hay criterios que restrinjan la construcción de ese hablante ficticio. De esta forma puede interpretarse Hamlet como si hubiera sido escrito no por Shakespeare sino por, digamos Woody Allen o por cualquiera de sus lectores. Esta tesis hace colapsar la tesis de la intención del autor (*intentio auctoritatis*) con la tesis que privilegia la intención del lector (*intentio lectoris*).”²⁹

El rechazo de la idea de la voluntad del legislador la argumenta magistralmente Waldrom, cuando distingue entre la intencionalidad del parlamento como órgano del Estado y la voluntad (real o ficticia) de los legisladores individualmente considerados. Los actos de habla intencionales del Parlamento son funciones constitutivas de los actos de votaciones intencionales de los miembros individuales, pero lo que importa es simplemente la intencionalidad del “sí” o el “no” en relación con un texto determinado, y no las esperanzas, aspiraciones u opiniones que pudieron haber acompañado al voto.³⁰

Sobre el tercer argumento, el efecto de irradiación de los derechos fundamen-

tales, puede decirse algo semejante a lo expresado en páginas anteriores: no está entre las funciones de nuestros tribunales (ni siquiera del Tribunal Constitucional) crear nuevas normas, que es lo que se hace con dicho argumento. El límite radica en si a través del este argumento se *interpreta* un enunciado existente o se *crea* una nueva norma (cosa que ocurre en el ejemplo indicado).

Sobre el cuarto argumento, me remito a lo dicho en páginas anteriores sobre las reglas y principios.

Para concluir, tanto el argumento de la interpretación espuria, como el de la derrotabilidad y el de los principios, conducen a una concepción particularista de la decisión judicial, en que esta se toma no en base a las normas generales emanadas por los órganos competentes, sino a la norma particular creada por el juez en consideración al caso concreto. En un Estado constitucional, las concepciones universalistas y particularistas de la decisión judicial no representan una alternativa, pues, por muy vago que sea el significado de “imperio de la ley”³¹, no puede suponer decidir al margen de la misma. En definitiva, la apelación sea a las razones subyacentes o a los principios es un argumento para sustituir las valoraciones del legislador por las del juez, en las que los enunciados jurídicos acaban por ser superfluos.

Lo anterior no significa no estar comprometido con la defensa y consolidación de los derechos fundamentales, pero el problema está en que tal y como están redactadas las constituciones en realidad hay *desacuerdo* sobre la mejor manera de dar contenido a esos derechos fundamentales. Como señala Da Silva prescri-

29. Moreso 1997, p. 227.

30. Waldrom 2005, pp. 170-171.

31. Cfr. Laporta 2007.

bir una cultura jurídica *al servicio de los derechos* no significa prescribir mucho, dado que estamos en desacuerdo sobre la mejor forma de *servir a los derechos* “Una sociedad pluralista suele albergar diferentes visiones sobre qué es la justicia, la libertad y la igualdad. Un catálogo de derechos, formulados en el lenguaje abstracto, no tienen como finalidad zanjar el disenso moral y político existente en la comunidad, sino más bien conservarlo. La esfera de los derechos existe *porque* hay disenso y *con el fin* de mantener ese disenso. Ahí se constata la conexión entre la indeterminación del lenguaje de los derechos, el desacuerdo y el hecho del pluralismo.”³²

Bibliografía

- Alexy, R. (2001). *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Alexy, R. (2005). *La institucionalización de la justicia*, Granada: Comares.
- Alexy, R. (2009). “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”, *Doxa*, 32, 67-90.
- Atienza, M. (2010). “A vueltas con la ponderación”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 44, 43-59.
- Atienza, M. - Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho*, Ariel: Barcelona.
- (2009). “La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico”, *Teoría y Derecho*, 5, 103-117.
- Barberis, M. (2000). “Lo scetticismo imaginario. Nuove obiezioni agli scettici à la génoise”, *Analisi e Diritto*, 1-36.
- Barberis, M. (2002). “Seguire norme giuridiche: cos’avrà mai a che fare Wittgenstein con la teoria dell’interpretazione giuridica?”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 245-273.
- Bayón, J. C. (2000). “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, 87-117.
- (2001): ¿Por qué es derrotable le razonamiento jurídico?, *Doxa*, 24, 35-62.
- Bustamante (2010). “Principios, reglas y derrotabilidad”, J.A. García Amado-P. Bonorino (coords.), *Teoría del Derecho y decisión judicial*, España: Bubok, 205-284.
- Da Silva Moreira, P. (2019). *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dolcetti, A.- Ratti, G. B. (2008). “Los desacuerdos jurídicos y la ‘doble naturaleza’ del derecho”, P. Luque - G. Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid: Marcial Pons, 179-202.
- García Amado, J.A. (2010). “Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas”, J.A. García Amado-P. Bonorino (coords.), *Teoría del Derecho y decisión judicial*, España: Bubok, 179-204.
- Hernández Marín, R. (2006). *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid: Marcial Pons.
- Hernández Marín, R. (2021). *Teoría general de las decisiones judiciales*, Madrid: Marcial Pons.
- Iturralde, V. (2014). *Interpretación literal y significado convencional*, Madrid: Marcial Pons.
- (2022). “Pragmática e interpretación judicial”, *Sesgos, argumentación y decisión judicial*. P. Bonorino (coord.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 13-26.
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.

32. Da Silva Moreira 2019, pp.198-199.

- Moreso, J.J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Papayanis, D.M. - Ramirez Ludeña, L. (2012). "Desacuerdos teóricos e interpretación del derecho". *Analisi e Diritto*, 249-293.
- Ratti, G.B. (2008). "Los desacuerdos jurídicos en la jurisprudencia anglosajona". *Analisi e Diritto*, 301-331.
- Raz, J. (1990). *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz Manero (2016). "Rule of law y ponderación." 2016-ruiz-manero-rule-of-law-y-ponderacion.pdf.
- Rodríguez, J. Súcar, G. (1998). "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho". *Doxa*, 21-II, 403-420.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas del juego*. Madrid: Marcial Pons.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.