



EL JUEZ Y LAS LAGUNAS DEL DERECHO

JUAN RUIZ MANERO
ULISES SCHMILL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

EL JUEZ Y LAS LAGUNAS
DEL DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Colección

ESTADO DE DERECHO Y FUNCIÓN JUDICIAL

Coordinadores

Miguel Carbonell, J. Jesús Orozco Henríquez,
Rodolfo Vázquez

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Karla B. Templos Núñez
Daniel García Castillo
Cuidado de la edición

Karla B. Templos Núñez
Formación en computadora

Edgar Daniel Martínez Sánchez
Elaboración de portada

JUAN RUIZ MANERO
ULISES SCHMILL

EL JUEZ Y LAS LAGUNAS DEL DERECHO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2017

Primera edición en español: 2007
Primera reimpresión: 31 de octubre de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-970-32-3932-0

CONTENIDO

| | |
|---|-----|
| Presentación | VII |
| Miguel CARBONELL | |
| J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ | |
| Rodolfo VÁZQUEZ | |
| Algunas concepciones del derecho y sus lagunas. | 1 |
| Juan RUIZ MANERO | |
| Supuestos de algunas teorías de las lagunas . | 57 |
| Ulises SCHMILL | |
| Algunos comentarios a un texto de Ulises Schmill sobre lagunas en el derecho. . . | 91 |
| Juan RUIZ MANERO | |
| Réplica de la tesis sobre las lagunas normativas de Juan Ruiz Manero | 105 |
| Ulises SCHMILL | |

El juez y las lagunas del derecho, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 31 de octubre de 2017 en los talleres de Cromo Editores, S. A. de C. V., Miravalle 703, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03570 Ciudad de México, tel. 5674 2137. Se utilizó tipo *Times New Roman* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* de 57 x 87 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

La presente obra contiene una polémica dada entre un profesor español y uno mexicano sobre el controvertido tema de las lagunas normativas en el derecho. El profesor español es Juan Ruiz Manero, conocido ampliamente en todo el ámbito de habla española por sus numerosos libros y ensayos, muchos de ellos elaborados conjuntamente con el profesor Manuel Atienza; el profesor mexicano es Ulises Schmill, catedrático conocido fundamentalmente por su aceptación y difusión de las tesis positivistas de Hans Kelsen.

Es notable el número de coincidencias en diversas tesis que se discuten entre los dos autores de estos ensayos, en especial frente a posturas como la del filósofo argentino Eugenio Bulygin y Fernando Atria. Las discrepancias no son menos fundamentales, pues Ruiz Manero afirma la existencia de lagunas en el derecho con base en la aceptación de posturas como las del norteamericano Ronald Dworkin y Frederick Schauer, mientras que Schmill niega la existencia de las lagunas normativas con base en consideraciones de carácter radicalmente positivistas.



www.juridicas.unam.mx



ISBN 978-970-32-3932-0



9 789703 239320 >

PRESENTACIÓN

En el marco del Seminario *Estado de derecho y función judicial* y como parte de la serie de publicaciones que lleva el mismo nombre, auspiciados ambos por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, presentamos en la obra que el lector tiene en sus manos los trabajos de los filósofos del derecho Juan Ruiz Manero y Ulises Schmill.

El encuentro, diálogo y discusión, entre Ruiz Manero y Schmill tuvo lugar el martes 25 de octubre de 2005 en la sede del propio Instituto, bajo el título de “El juez y las lagunas del derecho”. La ágil, inteligente y, por momentos, puntual y enfática discusión estuvo precedida por dos trabajos previos, que se reproducen en este volumen. El primero, de Juan Ruiz Manero “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” fue publicado en una obra colectiva bajo el sello de Marcial Pons.* El

* Bulygin, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005. Agradecemos a la casa

autor explica el origen de su escrito, que se remonta a septiembre de 2002, cuando escuchó una conferencia dictada por Eugenio Bulygin con el título “Creación y aplicación del derecho”.** El segundo trabajo, de Ulises Schmill, corresponde al texto leído, como ponente principal, en el mencionado encuentro. Como el lector podrá apreciar Schmill dirige sus críticas a la concepción de Eugenio Bulygin sobre las lagunas jurídicas desarrollada en su ya clásico libro, escrito en coautoría con Carlos Alchourrón, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, y también desarrollada en el texto de la conferencia ya citada.

Los dos trabajos que completan esta edición recogen los comentarios críticos de Ruiz Manero a la ponencia de Ulises Schmill, con el título “Algunos comentarios a un texto de Ulises Schmill sobre lagunas en el derecho”, y la réplica de Schmill a Ruiz Manero, con el título “Réplica de la tesis sobre las lagunas normativas de Juan Ruiz Manero”.

Estamos convencidos que el libro que ahora presentamos constituye una aportación significativa al debate sobre las lagunas y el papel de los jueces en

editora y al doctor Ruiz Manero su autorización para reproducirlo en este libro.

** La conferencia se incluye en el libro citado, con el mismo título.

PRESENTACIÓN

IX

la filosofía jurídica de habla hispana. Agradecemos a sus autores la disponibilidad y entusiasmo para la elaboración del mismo.

Miguel CARBONELL
J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ
Rodolfo VÁZQUEZ

ALGUNAS CONCEPCIONES DEL DERECHO Y SUS LAGUNAS

Juan RUIZ MANERO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Sobre las relaciones entre casos y reglas en las concepciones del derecho de Alchourrón-Bulygin y de Raz.* III. *Una visión alternativa.* IV. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En septiembre de 2002 tuve la oportunidad de escuchar en el marco del Seminario “García Máynez” de teoría del derecho celebrado en México Distrito Federal, la ponencia de Eugenio Bulygin “Creación y aplicación del derecho”. En esta ponencia —aquí reproducida en una versión ulterior—, Eugenio Bulygin, a propósito del problema de las lagunas, escogía, como representantes del *eje del error* sobre el que lanzaba su ataque, no sé

si preventivo, a Fernando Atria —a quien yo entonces no conocía ni había leído— y a mí mismo.

Poco después —en octubre del mismo año— tuve la oportunidad de conocer a Fernando Atria y de leer por primera vez un trabajo suyo —“Legalismo, derechos y política”— sobre el que celebramos una larga y por momentos agitada discusión en el seminario del departamento de Alicante. El trabajo de Fernando Atria, por un lado, me pareció de un gran nivel, pero, por otro, yo me encontraba —y me sigo encontrando— en profundo desacuerdo con las tomas de posición de Fernando respecto al control jurisdiccional de constitucionalidad, tomas de posición que constituían las conclusiones principales del trabajo.

En aquella misma ocasión, Fernando Atria me hizo saber que se estaba preparando un libro con textos de él mismo y de Eugenio Bulygin sobre el problema de las lagunas y me invitó a sumarme al proyecto con alguna contribución, lo que, como es natural, acepté encantado.

Como ya he contado, en aquel momento yo no había leído ningún texto de Fernando Atria con excepción de “Legalismo, derechos y política”. Como quiera que tiendo a formarme impresiones rápidas —que, naturalmente, resultan equivocadas en la mayor parte de las ocasiones—, me formé la idea —partiendo de nuestro desacuerdo sobre la *ju-*

dicial review— de que, en punto a las lagunas, me iba a encontrar tan en desacuerdo con Fernando como lo estaba con Eugenio Bulygin, cuyas tesis sobre el tema vengo discutiendo —con contumacia que sólo la bonhomía de Eugenio sabe disculpar— al menos desde el libro de 1990 *Jurisdicción y normas*.¹

La lectura de los textos de ambos me ha permitido, sin embargo, darme cuenta de que esto no era de ningún modo así. De hecho, mis posiciones respecto de los temas discutidos se encuentran próximas a las tesis defendidas por Fernando Atria, mientras que Eugenio Bulygin sigue incommoviblemente fiel a una concepción del derecho y del razonamiento jurídico de la que discrepo profundamente. Mi aportación, pues, a esta discusión consistirá en replantear, espero que con mayor claridad que en ocasiones anteriores y desde un ángulo al menos parcialmente nuevo, mis discrepancias con Eugenio Bulygin. Para ello, procederé como sigue: ex-

¹ He discutido la distinción entre permisos fuertes y débiles, y su relevancia para el problema de las lagunas, en Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, CEC, 1990, pp. 37 y ss.; en Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 100 y ss.; en Ruiz Manero, Juan, “Algunos límites de la teoría del derecho de Alchourrón y Bulygin”, *Isonomía*, núm. 10, 1999, pp. 115 y ss.

pondré, en primer lugar, cómo se articulan las relaciones entre casos y reglas (y los supuestos de laguna) de acuerdo con lo que podemos llamar el *modelo clásico*² de Alchourrón y Bulygin, haciendo también una breve referencia al enfoque de Raz. Posteriormente, esbozaré una visión alternativa de los mismos problemas y concluiré con unas reformulaciones de los conceptos de laguna normativa y de laguna axiológica, que me parecen más adecuadas para la realidad de nuestros sistemas jurídicos que los conceptos originales que encontramos en *normative systems*.

II. SOBRE LAS RELACIONES ENTRE CASOS Y REGLAS EN LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO DE ALCHOURRÓN-BULYGIN Y DE RAZ

Lo que hay en la base del tratamiento de Alchourrón-Bulygin del problema de las lagunas es

² Entiendo por *modelo clásico* el contenido en *normative systems* y en los trabajos, conjuntos o por separado, de ambos autores que resultan consistentes con esa obra (la inmensa mayoría de los trabajos de ambos). Me parece plausible suponer que los últimos trabajos de Alchourrón sobre los condicionales derrotables hubieran acabado implicando una revisión profunda de tal modelo, pero esta cuestión no será abordada aquí. En todo caso, en los textos aquí reproducidos E. Bulygin permanece estrictamente fiel al que llamo *modelo clásico*.

una concepción de la dimensión regulativa del derecho que ve a éste exclusivamente como un conjunto de unidades —las diversas reglas jurídicas—, que correlacionan, cada una de ellas, otros tantos casos genéricos con alguna solución normativa. Estas unidades o reglas pueden ser, bien el producto directo de una fuente, bien consecuencias lógicas de las unidades producto de una fuente. De tal modo que, enfrentado a un caso individual, la tarea del jurista se limita a comprobar si el conjunto de propiedades que presenta tal caso individual resulta o no subsumible en el conjunto de propiedades que constituyen el caso genérico correlacionado, en alguna de esas unidades o reglas, con alguna solución normativa. Por supuesto, es posible que sea dudoso —o controvertible— si las propiedades que presenta el caso individual son o no subsumibles en las del caso genérico, esto es, es posible que nos enfrentemos a lo que los propios Alchourrón y Bulygin denominan una *laguna de reconocimiento*, a lo que luego haremos referencia. Pero, en todo caso, sólo hay dos posibilidades de respuesta: el caso individual resulta subsumible, o no resulta subsumible, en el caso genérico. En el primer supuesto, cuando se afirma la subsumibilidad, el caso individual tiene una solución jurídica predeterminada, esto es, la prevista en la regla que contempla el caso genérico correspondiente. En el segundo

supuesto, cuando se niega la subsumibilidad, se abren dos posibilidades. La primera es que el caso individual presente propiedades que (aun no constituyendo un conjunto que resulte subsumible en el conjunto de propiedades que configuran un caso genérico en una regla del sistema) resultan pertenecientes al universo de propiedades consideradas como relevantes por el sistema jurídico. Si las cosas son así, el caso, visto como caso genérico (esto es, como conjunto de propiedades) constituye una laguna normativa del sistema. La segunda posibilidad es que el caso no presente propiedades pertenecientes al universo de propiedades del sistema. Y, siendo así las cosas, el caso resulta jurídicamente irrelevante, esto es, se encuentra más allá de las fronteras del derecho.

Dejando sin más de lado los casos jurídicamente irrelevantes, lo que nos queda es que todos los casos que presentan alguna propiedad perteneciente al universo de propiedades del sistema jurídico y respecto de los cuales las reglas jurídicas guardan silencio, esto es, todos los casos no irrelevantes en relación con los cuales una regla jurídica no correlaciona una solución normativa, son casos de *laguna normativa*. Y, en tales casos ¿qué debe hacer el juez? Frente a tales supuestos de laguna —sostienen Alchourrón y Bulygin—:

*...el juez no tiene ninguna obligación específica, ni la de condenar, ni la de rechazar la demanda. Sólo tiene la obligación genérica de juzgar, y cumple con ella juzgando de cualquiera de las dos maneras posibles: condenando al demandado o rechazando la demanda. En otras palabras: el juez tiene la obligación de juzgar, esto es, de condenar o rechazar la demanda, pero no la de condenar, como tampoco tiene la obligación de rechazar la demanda...*³

Casos, pues, en los que el juez sólo puede cumplir su deber de resolverlos al precio de incumplir su deber de que tal resolución se funde en el derecho preexistente, por la mera razón de que —de acuerdo con la concepción Alchourrón-Bulygin— sencillamente no hay tal derecho preexistente: el juez no puede resolverlos más que creando una norma que califique normativamente, para el caso genérico correspondiente, la acción en cuestión, y fundando en tal norma la resolución del caso individual. El que tal norma general creada por el juez posibilite fundar, bien la admisión o bien el rechazo de la demanda, podrá ser más o menos razonable o más o menos disparatado, pero estos juicios

³ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 216.

de razonabilidad o de irrazonabilidad serán siempre puras apreciaciones extrajurídicas. Jurídicamente, la decisión del juez es enteramente discrecional, en el sentido de no vinculada a pautas jurídicas preexistentes, pues no hay más pautas jurídicas que las que correlacionan casos con soluciones y eso es precisamente lo que falta aquí. Jurídicamente, la decisión del juez se encuentra justificada siempre que se funde en una regla general construida por el propio juez, y está tan justificada si de tal regla general se deriva la admisión como si se deriva el rechazo de la demanda. Eugenio Bulygin ha permanecido hasta el presente impertérritamente fiel a esta reconstrucción, como muestra su aceptación del ejemplo propuesto por Fernando Atria acerca del lugar de vacaciones matrimoniales. En opinión de Bulygin, al faltar una regla a este respecto sobre las obligaciones (o ausencia de obligaciones) de uno y otro cónyuge, la decisión del juez está justificada, siempre que se encuentre mediada por una regla general creada por él mismo, de la que se derive, bien (en el caso de que el juez cree una norma digamos “patriarcal”) la obligación de la mujer de seguir al marido al lugar de vacaciones elegido por éste, bien (en el caso de que el juez cree una norma digamos “matriarcal” o, si se prefiere, “feminista”) la obligación del marido de seguir a la mujer al lugar de vacaciones elegido por

ésta, bien (en el caso de que el juez cree una norma digamos “anarquista”) el permiso para ambos de hacer caso omiso de las pretensiones del otro. El juez cumple con su obligación en cualquiera de los tres supuestos; en cualquiera de los tres se trata de una decisión justificada y aquí paz y después gloria. De acuerdo con el derecho, no hay nada más que discutir.

Puede, desde luego, darse el caso de que dos reglas jurídicas correlacionen el mismo caso con soluciones normativas incompatibles, esto es, que el sistema contenga una antinomia. Esta posibilidad, en opinión de Alchourrón y Bulygin, no puede nunca excluirse porque la consistencia del sistema no es un rasgo garantizado del mismo sino meramente un ideal racional. En todo caso, los sistemas jurídicos suelen contener metarreglas (constituidas por los criterios de *lex superior*, *lex posterior*, *lex specialis*) que, al jerarquizar las reglas en conflicto, posibilitan solucionar, mediante pautas proporcionadas por el propio derecho, la mayor parte de las antinomias. Pero lo que interesa destacar es que la consistencia —como rasgo que el derecho presenta, bien de entrada, por la no presencia en su seno de reglas inconsistentes, o tras la eliminación de las inconsistencias mediante metarreglas jurídicas— es un ideal racional de difícil realización completa, por la mera razón de nuestra incapacidad para anti-

cipar, mediante la configuración de los correspondientes casos genéricos, todas las combinaciones de propiedades que puedan presentar los casos individuales. De ahí que, en relación a dos normas que, en cuanto tales, no son inconsistentes, puedan aparecer supuestos de inconsistencia vía ciertas combinaciones no previstas de hechos (o, si se prefiere, de propiedades).⁴ Un ejemplo sólo levemente imaginario sería el siguiente: supongamos una norma N1, contenida en una ley procesal, de acuerdo con la cual todos los funcionarios públicos tendrían la obligación de entregar al juez penal cualquier documento solicitado por éste y supongamos asimismo una norma N2 con arreglo a la cual los funcionarios públicos tienen prohibido entregar a cualquiera los documentos calificados como secretos de los que tuvieran conocimiento por razón de su cargo. Cuando tal cosa ocurre en relación con normas del mismo grado (esto es, cuando dos normas del mismo grado aparecen como antinómicas en relación con combinaciones de propiedades no previstas por la autoridad edictora de ninguna de ellas), el derecho no contendría criterios para su so-

⁴ Se trata de los supuestos que Alchourrón denominó de “inconsistencia condicional” (Alchourrón, Carlos, “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, 15, pp. 291 y ss).

lución: pues el criterio de *lex posterior* resulta aquí irrelevante y el de *lex specialis* puede funcionar en ambos sentidos (tanto puede entenderse qué juez penal es especial frente a *cualquiera* como qué documento clasificado como secreto lo es frente a *cualquier documento*) por lo que de él no se deriva solución alguna. El juez no tendría otra posibilidad, ante la ausencia de guías jurídicas para resolver la antinomia, sino escoger de forma no guiada por el derecho, “usando —dirían Alchourrón y Bulygin— sus criterios personales de preferencia”,⁵ entre una u otra de las normas que resultan conflictivas para el caso. Su decisión se hallaría igualmente justificada tanto si escoge una como si escoge la otra de las dos normas en conflicto.

Puede suceder también que, por razones de indeterminación semántica en la descripción de alguna propiedad configuradora del caso genérico solucionado en una regla, resulte dudoso —en el sentido de que no haya usos lingüísticos firmes al respecto— si una propiedad (menos genérica) que exhibe un cierto caso individual está o no comprendida en aquélla. Un ejemplo, proveniente de Dworkin, del

⁵ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “La concepción expresiva de las normas”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, cit., nota 4, 6, p. 144.

que hacen uso Alchourrón y Bulygin⁶ es el de la norma con arreglo a la cual los contratos sacrílegos son nulos y respecto de la que se plantea la cuestión de si el contrato entre Tim y Tom, celebrado en domingo, es por esa circunstancia sacrílego, y por ello, nulo. El juez debe establecer, pues, si los contratos celebrados en domingo están incluidos o excluidos de la extensión de *sacrílego*. En este caso, al no haber una regla lingüística clara, el juez debe usar, para fundamentar su decisión, no una definición lexicográfica o informativa de *sacrílego*, sino una definición estipulativa del mismo término (basada en una decisión discrecional por su parte). Esta definición estipulativa es, como lo sería, en caso de encontrarse disponible, la correspondiente definición lexicográfica, una proposición analítica que, en cuanto tal, “es verdadera sólo en virtud del significado de los términos relevantes”, y ello tanto, naturalmente, si establece la inclusión en la denotación de *sacrílego* de los contratos celebrados en domingo, como si opta por excluir dichos contratos de tal denotación. Su decisión se halla, de acuerdo con Alchourrón y Bulygin, igualmente justificada en ambos casos.

⁶ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, cit., nota 4, 16.

Otro supuesto que los juristas tienden a ver como problemático, pero que para Alchourrón y Bulygin resulta nítido, se da cuando el sistema presenta, en relación con un cierto caso (genérico), lo que ellos mismos denominan una *laguna axiológica*. De acuerdo con ellos,⁷ un cierto caso constituye una laguna axiológica de un determinado sistema normativo si el caso en cuestión está solucionado por ese sistema normativo, pero sin que se considere como relevante para esa solución una cierta propiedad que, de acuerdo con alguna *hipótesis de relevancia*, sí debiera considerarse como relevante. En estas situaciones, el caso está, sin más, solucionado por el sistema. Lo que ocurre en ellas es que tal solución es juzgada como valorativamente insatisfactoria por un cierto intérprete o aplicador, quienes entienden que el legislador, de manera axiológicamente inadecuada, no ha considerado como relevante una propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia asumida por dicho intérprete o aplicador, hubiera debido tomar en cuenta como relevante. Un buen ejemplo de *laguna axiológica* estaría constituido por el famoso caso *Riggs vs. Palmer*, que popularizara Dworkin hace ya más de

⁷ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, pp. 145 y ss.

tres décadas y que fue rebautizado por Carrió como el *caso del nieto apurado*.⁸ Como se recordará, se trataba en él de un nieto que reclamaba el entrar en posesión de la herencia de su abuelo, que de acuerdo con las reglas sobre la sucesión aplicables al caso le correspondía sin duda alguna, pues tales reglas no consideraban como relevante la propiedad, presente en este caso, de que quien reclamaba la herencia hubiera asesinado al causante. Pues bien: si reconstruimos la situación de acuerdo con las categorías de Alchourrón y Bulygin, lo que habría aquí es una divergencia valorativa entre la *tesis de relevancia del sistema jurídico* (las propiedades consideradas como relevantes en las reglas del mismo para configurar los casos), para las que la propiedad “haber asesinado al causante” aparecía como irrelevante, y una *hipótesis de relevancia externa al mismo* (la de los jueces que se enfrentaron con el caso), para quienes la propiedad “haber asesinado al causante” debería considerarse como relevante. Pero tal cosa es un mero desacuerdo valorativo que, en cuanto tal, no afecta a cuál sea la solución jurídicamente predeterminada del caso, que no es más que la que se deriva de la regla que configura

⁸ Dworkin, Ronald, “El modelo de las reglas (I)”, en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción al castellano de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, 2.

el caso y que es producto de las decisiones sobre relevancia del legislador y no de las hipótesis, o preferencias, sobre relevancia externas al sistema de las reglas jurídicas.

Pues bien: si todo lo anterior es correcto (esto es, si es una reconstrucción adecuada de las tesis de Alchourrón y Bulygin) nos encontramos con una primera consecuencia general sumamente chocante: a saber, que, de acuerdo con la concepción de Alchourrón y Bulygin, no hay espacio para hablar de la existencia, en el derecho, de casos respecto de los cuales sea controvertible cuál sea la solución exigida por el derecho: hay casos que encuentran su solución en una regla preexistente y casos para cuya solución el juez ha de construir discrecionalmente (o escoger, asimismo discrecionalmente) la regla en la que subsumirlos. Y “discrecionalmente” debe entenderse aquí en el sentido más fuerte: como algo no guiado por pautas jurídicas de ninguna clase, de forma que cualquier discusión sobre la manera como el juez debe ejercer tal discreción es una discusión sobre preferencias ajenas todas ellas a lo que, de acuerdo con el derecho, debe hacerse. Más específicamente, la relación entre casos individuales y reglas puede presentar, de acuerdo con lo que he llamado el *modelo clásico* de Alchourrón y Bulygin, las siguientes modalidades:

- 1) Casos claramente cubiertos por una regla y sólo por una regla (o por dos o más reglas redundantes): la solución jurídica correcta es la predeterminada por la regla que configura el caso genérico correspondiente, sin más especificaciones. En particular, cuando se alega que el caso individual presenta propiedades que deberían ser consideradas como relevantes y que no se encuentran recogidas como tales en la configuración del caso genérico (*lagunas axiológicas*), tales alegaciones no son sino expresión de un desacuerdo valorativo externo al derecho.
- 2) Casos no cubiertos por regla alguna (*lagunas normativas*): es una solución jurídicamente correcta cualquiera que decida el juez, con tal de que se funde en una regla general.
- 3) Casos cubiertos por dos reglas incompatibles (*antinomias*) en los que no cabe resolver la incompatibilidad a través de las metarreglas de *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*: es una solución jurídicamente correcta la fundada en cualquiera de las reglas incompatibles, entre las cuales elige el juez discrecionalmente.
- 4) Casos en los que es dudoso si resultan o no subsumibles en una regla, por falta de determinación semántica de los términos emplea-

dos en la configuración del caso genérico contemplado en la regla (*lagunas de reconocimiento*). Es correcta la solución fundada en cualquiera de las interpretaciones posibles de los términos empleados en la configuración del caso genérico (tanto la que incluye el caso individual como la que lo excluye) entre las cuales decide el juez discrecionalmente.

Parece que todo ello presenta una imagen de la relación entre casos y reglas que resulta por completo ajena a las ideas compartidas entre los juristas:

1. Respecto a los casos del tipo 1), los juristas suelen considerar que las reglas están sujetas a excepciones implícitas que no resultan enteramente anticipables. De forma que, cuando ellos mismos se apartan de la solución determinada por una regla, entienden que hacen tal cosa por razones jurídicas y que también en tales casos aplican el derecho y no lo modifican con arreglo a sus preferencias personales.
2. Por lo que hace a los casos de tipo 2) parece que cualquier jurista consideraría que, si no hay una regla en la que subsumir un cierto caso, la conducta correspondiente resulta, en ese caso, de entrada no vinculada jurídicamente y, por ello, libre. Que resulte, de entra-

da, jurídicamente no vinculada no quiere decir, sin embargo, que resulten así considerados todos los factores. El derecho puede contener elementos —que han de explicitarse en una u otra forma de razonamiento analógico— que determinen que la conducta en cuestión ha de considerarse, en ese caso, como finalmente prohibida por el derecho. Y, en todo caso, la discusión acerca de si la conducta en cuestión debe, en el caso de que se trate, considerarse finalmente como no vinculada jurídicamente o como prohibida es una discusión acerca de lo que el derecho, considerados todos los factores, determina para el caso y no como una discusión en la que se esgriman preferencias personales relativas al uso de poderes de ejercicio no guiado jurídicamente.

3. Por lo que hace a los casos de tipo 3) —esto es, antinomias no resolubles por el uso de las metarreglas de *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*— no parece que los juristas consideren que el juez puede escoger sin más una de las dos reglas en conflicto, sino que habrá que atender al peso, en relación con el caso, de las razones subyacentes a una y otra regla en conflicto. Y que los desacuerdos a este respecto son desacuerdos respecto a lo jurídicamente debido en relación con el caso, y no,

una vez más, desacuerdos relativos a preferencias personales respecto del uso de poderes de ejercicio no guiado jurídicamente.

4. Y, por último, por lo que hace a los casos de tipo 4) —dudas acerca de la subsumibilidad de una cierta propiedad que exhibe un caso individual en la propiedad presente en la configuración del caso genérico— vale la pena volver al propio ejemplo con el que operan Alchourrón y Bulygin —la subsumibilidad o no de la propiedad descriptiva “celebrado en domingo” en la propiedad valorativa *sacrilego*—. Confieso, de entrada, mi incompetencia para emitir opiniones fundadas acerca de lo que deba o no considerarse *sacrilego*. Pero lo que me interesa destacar es que el problema es similar al que se plantea siempre que el legislador usa, para configurar el caso genérico, un término que designa un concepto vago del tipo del que los juristas gustan denominar *conceptos jurídicos indeterminados*. Cuando el legislador usa, para guiar la conducta (para configurar el caso o para caracterizar la acción) un *concepto jurídico indeterminado* —tal como *abuso del derecho*, *fraude de ley*, *prodigalidad*, *buena fe*, etcétera— lo que hace es configurar el caso, o caracterizar la acción, mediante propiedades valorativas, sin

determinar qué propiedades descriptivas constituyen las condiciones de aplicación de la propiedad valorativa correspondiente.⁹ La tarea de determinación de esas condiciones de aplicación queda encomendada por el legislador al aplicador del derecho. Lo que no quiere decir, a juicio de los juristas, que el órgano aplicador quede habilitado para determinar de cualquier manera que le parezcan apropiadas dichas condiciones de aplicación. Por poner un ejemplo, los juristas no consideran que el órgano aplicador goce de discreción para calificar como *abuso del derecho* cualquier caso de ejercicio de un derecho subjetivo con el que no simpatice. También aquí los juristas consideran que hay determinaciones de las condiciones de aplicación correctas e incorrectas. Y, una vez más, que las discusiones sobre la corrección e incorrección son, también en este ámbito, discusiones acerca de lo que el derecho exige en un determinado caso y no controversias acerca de preferencias per-

⁹ La distinción entre el significado de los términos que designan propiedades valorativas y sus condiciones de aplicación procede, obviamente, de Hare (Hare, R. M., *El lenguaje de la moral*, traducción al castellano de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, México, UNAM, 1975).

sonales en el uso de poderes de ejercicio no guiado jurídicamente.

La presentación, pues, que hacen Alchourrón y Bulygin de la relación entre reglas y casos resulta, así, no ya muy alejada sino fuertemente contrastante con las creencias compartidas entre los juristas, los modos de argumentación que éstos consideran aceptables y las pretensiones que ellos mismos esgrimen cuando desarrollan alguno de estos modos de argumentación. Donde Alchourrón y Bulygin ven mero apartamiento de lo exigido por el derecho —en la adopción de una solución distinta de la ordenada en una regla aplicable al caso por la presencia de una laguna axiológica— los juristas entienden que ese apartamiento puede estar *jurídicamente* justificado, esto es, venir exigido por el propio derecho, porque esa propiedad que la regla aplicable al caso no toma como relevante pudiera, de acuerdo con el derecho y no ya con hipótesis personales de relevancia, ser tomada en cuenta como relevante. Y asimismo, donde Alchourrón y Bulygin ven pura discreción —en el sentido de facultad para construir, seleccionar o precisar la norma que fundamenta la decisión en meras preferencias personales— los juristas ven operaciones jurídicamente vinculadas y presentan sus opiniones al respecto como pretendiendo reflejar lo que

el derecho exige para el caso. Los desacuerdos aparecen, así, como genuinos desacuerdos *jurídicos* y no como meros contrastes de preferencias personales.

Supongo que Eugenio Bulygin podría, quizás, concederme todo lo anterior y replicar que todo ello no tiene, sin embargo, la menor importancia. Podría argüir que, desde luego, la imagen que él mismo y Carlos Alchourrón presentan de la relación entre casos y reglas no se compadece en absoluto con la imagen que de esa misma relación tienen los juristas, pero que, siendo así las cosas, peor para los juristas. Tampoco, por ejemplo —argüiría Bulygin—, la teoría de la evolución se compadece bien con la imagen del Génesis y ello no implica problema alguno para la primera, salvo para un fanático religioso. Pero ocurre que la historia de la evolución de las especies y esa institución social a la que llamamos *derecho* se encuentran en niveles ontológicos distintos. Y ello por la mera razón de que la evolución de las especies está constituida por hechos por completo independientes de cualesquiera creencias al respecto, mientras que la existencia y el modo de operar del derecho son hechos dependientes de creencias compartidas. Y, por ello, cualquier teoría del derecho que pretenda ser epistémicamente objetiva ha de corresponderse con las creencias (subjetivas, naturalmente) compartidas

por los participantes en la institución, o en la práctica social, a la que llamamos *derecho*.

De forma que, como veremos, no puede considerarse casual, esta misma discordancia con las creencias compartidas por los juristas —y, en particular, el considerar como casos no regulados por el derecho casos que cualquier jurista consideraría como claramente regulados por él— se produce también en la obra de otro de los máximos adalides contemporáneos del positivismo “fuerte”, esto es, en la obra de Joseph Raz.

Joseph Raz es, probablemente, el defensor más conocido de la concepción del derecho a la que se suele llamar *positivismo excluyente* o *tesis fuerte de las fuentes sociales*. Tesis a la que Eugenio Bulygin considera *definitoria de posición positivista*.¹⁰ De acuerdo con ella, “la identificación de una norma como norma jurídica consiste en atribuirle a una persona o institución relevante (esto es, a una fuente), como expresión de su decisión y expresión de su juicio” y “tales atribuciones pueden basarse únicamente en consideraciones de hecho”, pues la argumentación moral “puede establecer qué es lo que las instituciones jurídicas

¹⁰ Bulygin, Eugenio, “Enunciados jurídicos y positivismo. Respuesta a Raz”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, cit., nota 4, 24, p. 437.

deberían haber expresado o sostenido, pero no lo que en realidad expresaron o sostuvieron”.¹¹

Para comprender el alcance de la tesis de Raz, nada mejor que un ejemplo suministrado por él mismo.¹² Supongamos una norma¹³ (N1) que estipule que “un contrato que propicia la corrupción en la vida pública es ilícito” y una decisión judicial (D) como la siguiente, que se presenta como aplicadora de la norma anterior: “Se considera ilegal un contrato por el cual un contratista inmobiliario conviene en aportar fondos para la campaña electoral de un candidato en las elecciones locales, como retribución por el compromiso de que, en caso de resultar elegido, el candidato propondrá la construcción de una ruta que conecte dos complejos habitacionales”. Raz “da por sentado” que esta decisión “aunque se encuentre preparada en el lenguaje

¹¹ Raz, Joseph, “Autoridad, derecho y moral”, en Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. cast. de María Luz Melon, Barcelona, Gedisa, 2001, 10, p. 250.

¹² Raz, Joseph, “La lógica interna del derecho”, en Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, cit., nota 11, 11, pp. 266 y ss.

¹³ Raz, en rigor, no habla, en el ejemplo, de “norma”, sino de “doctrina jurídica”. Pero una “doctrina jurídica”, en la terminología del *common law*, no pertenece al lenguaje *acerca del derecho*, sino al lenguaje mismo del derecho. Esta es la razón por la que he sustituido, en la exposición del ejemplo, la expresión “doctrina jurídica” por la expresión “norma”, para no dar lugar a equívocos al respecto.

específico que se refiere a un caso en particular, se basa en una proposición general que se aplica a una clase de casos”, esto es, en una norma cuyo tenor vendría a ser algo así como (N2) “se consideran ilegales aquellos contratos en los que alguien proporciona fondos electorales a un candidato a cambio del compromiso de que, una vez elegido, tome alguna decisión específica”. Supongamos asimismo que (N2) una vez usada como *ratio decidendi* de (D), establece un precedente obligatorio, de forma que a partir de (D), (N2) es, indudablemente, una norma válida del sistema jurídico expresamente formulada. Pues bien, antes del dictado de tal sentencia ¿pertenece al sistema jurídico una norma, si bien implícita, que establecía lo que establece (N2)? La respuesta de Raz es negativa: a su juicio, el tribunal, en tal caso, no se limitó a explicitar el contenido del derecho ya existente, sino que modificó el derecho. Alguien podría pensar que, efectivamente, así son las cosas por la razón de que (N1) no determinaba la decisión (D), sino que, de acuerdo con (N1) era posible alguna otra decisión, por ejemplo la que se fundamentara en la consideración de que el intercambio de dinero a cambio de promesas de medidas políticas específicas no constituye un contrato que fomente la corrupción política y que, por tanto, un contrato tal no debe considerarse ilícito. No es ésta, sin embargo, la posición

de Raz: éste asume que, de acuerdo con (N1) no había otra decisión sino la fundada en (N2). Ello implica que el tribunal en cuestión tenía el deber de usar (N2) como fundamento de su decisión. Y si esto es así ¿qué sentido tiene afirmar que (N2) no era una norma válida del sistema antes de la decisión judicial? ¿qué quiere decir que una norma es una norma jurídica válida sino que los tribunales tienen el deber de usarla, en los casos apropiados, como fundamento de sus resoluciones? Y si los deberes judiciales al respecto no han cambiado ¿qué sentido tiene decir que el derecho ha cambiado?

La respuesta de Raz se encuentra en una concepción acerca de las condiciones de verdad de los enunciados que afirman la existencia de normas jurídicas válidas: un enunciado que afirma la existencia de una norma jurídica válida es verdadero, en opinión de Raz, sólo si su verdad puede apoyarse exclusivamente en premisas fácticas verdaderas, sin recurrir a argumentos morales. Pues bien: “antes de la sentencia que estableció la ilegalidad de tales contratos, no había manera de argumentar que existía una norma legal que tachaba a tales contratos de ilícitos, a menos que se buscara apoyo en argumentos morales; por lo tanto, no existía derecho alguno al respecto”.¹⁴

¹⁴ *Ibidem*, p. 270.

Ahora bien ¿por qué suscribir una tesis tal sobre las condiciones de verdad de los enunciados acerca de la existencia de normas? Como es bien sabido, esto depende, a su vez, en el planteamiento de Raz, de una concepción acerca del derecho. Concepción que ve a éste como un mecanismo destinado a prescindir de la deliberación en nuestra determinación de los cursos de acción a adoptar. Las autoridades jurídicas deliberan sobre las razones en pro o en contra de un determinado curso de acción, dadas ciertas circunstancias. Su deliberación produce ciertas instrucciones (o “razones ejecutivas”) para los sometidos a ellas (las normas jurídicas) que pueden ser entendidas y seguidas sin tener que reabrir el proceso deliberativo. Esta es la principal ventaja de disponer de autoridades jurídicas y de un sistema jurídico: sus destinatarios pueden ahorrarse los costes de la deliberación. Tal ventaja, como es obvio, se perdería si para establecer el significado de las instrucciones de las autoridades tuviéramos que deliberar, atendiendo a las razones que ellas mismas han tomado en cuenta.

Pues bien: el problema es que las “instrucciones” de las autoridades jurídicas no siempre reúnen las condiciones necesarias para que sus destinatarios puedan sustraerse a la deliberación. Estas condiciones se reúnen cuando las instrucciones autoritativas tienen la forma de reglas que correlacionan

un caso genérico, configurado mediante una combinación de propiedades descriptivas, con la obligación, prohibición o permisión de una acción, caracterizada asimismo descriptivamente. Las normas de este tipo —por ejemplo, “circulando por autopista, está prohibido rebasar la velocidad de 120 km/h”— tienen lo que se ha dado en llamar autonomía semántica, esto es, su significado puede establecerse —y, por tanto, pueden ser seguidas— sin atender a (o incluso sin conocer) las razones subyacentes a las mismas, las razones que las justifican. Pero no ocurre lo mismo cuando las instrucciones autoritativas, aun teniendo la forma de reglas —esto es, de enunciados que correlacionan un caso con una solución normativa— configuran el caso mediante propiedades carentes de autonomía semántica respecto de las razones subyacentes a la regla: por ejemplo, el Código Civil español ordena al juez que, dado el correspondiente proceso, declare incapaces —esto es, prive de la capacidad de obrar— a aquellas personas que presenten “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Aquí, seguir la regla sin atender a sus razones subyacentes sencillamente carece de sentido. Otro tanto ocurre cuando la norma caracteriza la acción mediante propiedades valorativas (abusivo, fraudulento, de mala fe), como ocurre es

el caso de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, a los que antes hacíamos referencia. Y aun más cuando las normas rehúsan configurar el caso y se limitan a establecer la obligatoriedad *prima facie* de determinados principios, la prevalencia de cada uno de los cuales respecto de otros que resulten concurrentes en un cierto caso sólo puede ser establecida deliberativamente, atendiendo al peso de las razones que cada uno de ellos incorporen. O cuando las normas se limitan a ordenar a los poderes públicos que persigan determinados objetivos colectivos (el pleno empleo, el acceso universal a la vivienda, la estabilidad económica) sin pronunciarse acerca de los cursos de acción idóneos para conseguirlos.¹⁵

¹⁵ Incluso en el caso de reglas con autonomía semántica cabe decir que, si bien *es posible* establecer su significado y alcance prescindiendo de sus razones subyacentes, también rigen para ellas convenciones interpretativas más complejas que ordenan atender, a la hora de establecer tales significados y alcances, a las razones subyacentes a las mismas. Me refiero al tipo de convenciones interpretativas reflejadas, por ejemplo, en los artículos 3o. y 4o. del Código Civil español, cuando señalan que, en la interpretación de las normas, debe atenderse “fundamentalmente al espíritu y finalidad” de las mismas o cuando prescriben la aplicación analógica de las normas “cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

De acuerdo con la concepción de Raz, las normas jurídicas regulativas habrían de constituir, todas ellas, razones ejecutivas o perentorias, esto es, susceptibles de ser aplicadas sin necesidad de deliberación por parte de sus destinatarios, pues sólo así se preserva la ventaja de contar con autoridades, a saber, y como hemos visto, el ahorrarse los costes de la deliberación. Pero tal imagen, obvio es ya decirlo, implica un empobrecimiento injustificado de la diversidad de normas jurídicas regulativas y de la diversidad de formas en que cada una de ellas pretende incidir en el razonamiento práctico de sus destinatarios. Muchas de ellas, como hemos visto, no es ya que no posibiliten fundamentar la adopción de cursos de acción prescindiendo de la deliberación, sino que sólo pueden incidir en nuestro razonamiento práctico de forma precisamente deliberativa.

Ciertamente Raz es consciente de que nuestras prácticas jurídicas son bastante más complejas que la mera aplicación de razones ejecutivas o perentorias y para encarar esta dificultad distingue entre el “razonamiento para establecer el contenido del derecho” —en el que no habría cabida alguna para evaluaciones y se gobernaría con puros argumentos de hecho— y el “razonamiento con arreglo al derecho” que habría de integrar el dato, registrado por el “razonamiento para establecer el contenido del

derecho” de que éste concede discreción a los jueces para apartarse de lo ordenado por el propio derecho siempre que haya razones morales importantes para hacerlo.¹⁶ Pero esta última consideración es, en mi opinión, de consecuencias devastadoras para la construcción de Raz: pues, de ser así las cosas, resultaría que aquello que a su juicio constituye la ventaja de poseer un sistema jurídico (ahorrarse los costes de la deliberación) se desvanecería por completo a la hora de la aplicación judicial del mismo. Siendo así las cosas para la aplicación judicial, no se ve cómo los particulares podrían preservar para sí mismos esa ventaja. Y, de otro lado, la reconstrucción del razonamiento judicial basada en esta distinción aleja aún más a Raz de lo que son las creencias compartidas entre los juristas, pues éstos discuten la eventual justificación de dejar de lado, en un cierto caso, una regla aplicable al mismo, no como si fuera un problema de justificación

¹⁶ Raz, Joseph, “La autonomía del razonamiento jurídico”, en Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, cit., nota 11, 14; Raz, Joseph, “Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment”, *Legal Theory*, 4, 1998. Sobre este punto, *cfr.* Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, Pablo E. y Redondo, María Cristina (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002.

moral en el ejercicio de un poder discrecional, sino como un problema de justificación jurídica, esto es, de justificación derivada de razones asimismo jurídicas, pero cuyo peso superior desplaza a la regla como fundamento de la decisión.

III. UNA VISIÓN ALTERNATIVA

Así pues, tanto en Raz como en Alchourrón y Bulygin nos encontramos con una desfiguración por empobrecimiento de lo que debe entrar en línea de cuenta a la hora de establecer el contenido del derecho. En Alchourrón y Bulygin, sólo cuenta el contenido de un solo tipo de enunciados (y sus consecuencias lógicas): aquellos que correlacionan un caso con una solución normativa, a los que hoy es común llamar reglas y para los que Alchourrón y Bulygin reservan el uso del término *norma*. En Raz, sólo cuenta el contenido de las *instrucciones ejecutivas* de las autoridades, cuya identificación pueda llevarse a cabo y su significado establecerse mediante puros argumentos de hecho, sin introducir elementos evaluativos de clase alguna.

Estas dos operaciones de reducción se encuentran emparentadas de la manera siguiente: sólo las reglas, esto es, los enunciados que correlacionan casos con soluciones normativas (sólo los enunciados que tengan esta estructura) pueden operar como razones

ejecutivas o perentorias (pueden incidir de esa manera en el razonamiento práctico de sus destinatarios). El tener esta estructura es *condición necesaria* para que puedan operar de tal manera (prescindiendo de la deliberación) como guías de la acción. Ciertamente, para completar las condiciones suficientes, es preciso que estos enunciados cumplan una condición adicional: que las propiedades que configuran el caso y la acción ordenada aparezcan caracterizadas descriptivamente (porque la presencia de predicados valorativos implica la necesidad de deliberación acerca de sus condiciones de aplicación). Pero conviene insistir en que se trata, en todo caso, meramente de *condiciones suficientes de una posibilidad*: esto es, una regla en la que las propiedades del caso y la acción ordenada aparezcan caracterizadas descriptivamente puede operar en el razonamiento práctico de sus destinatarios de la manera que para Raz constituye la única adecuada a la hora de establecer el contenido del derecho, esto es, de manera por completo opaca, o ciega, a sus razones subyacentes. Pero puede hacerlo también de manera más sensible a esas razones, de forma que tales razones (el “espíritu y finalidad” de las normas al que alude el Código Civil español) cuenten a la hora de determinar lo exigido por la regla (ampliando o restringiendo, por ejemplo, su significado literal). Que las convenciones interpretativas vigentes

en nuestras comunidades jurídicas se orientan más bien en esta última dirección no es algo que requiera, creo, argumentación especial.

Es esta reducción de las normas jurídicas regulativas a enunciados de un solo tipo (en el caso de Alchourrón y Bulygin) que establecen el contenido del derecho al ser asumidos como razones ejecutivas (en el caso de Raz) lo que, en mi opinión, está en la raíz de la falta de adecuación de ambas teorías, por un lado y de forma inmediata, a las creencias compartidas por los juristas y, por otro lado y mediatamente, a la realidad del derecho (que se hace operativo como realidad institucional a través del juego de dichas creencias compartidas).

En *Political Liberalism* escribe Rawls, caracterizando su propia concepción de la filosofía política, que “lo que hacemos es agrupar esas convicciones decantadas... (en la cultura política de una sociedad democrática) y tratar de organizar las ideas y los principios básicos implícitos en ellas hasta convertirlos en una concepción política coherente de la justicia”.¹⁷ Parafraseando a Rawls —y frente a lo que representan concepciones como la de Alchourrón y Bulygin y la de Raz— yo diría que una buena teoría del derecho es la que logra proporcionar

¹⁷ Rawls, John, *El liberalismo político*, traducción al castellano de Antoni Doménech, Barcelona, Crítica, 1996, p. 38.

una imagen del derecho que sea capaz de organizar en un todo coherente las ideas fundamentales compartidas en la cultura jurídica pública de nuestras comunidades jurídicas. En los últimos años he tratado de trabajar en esta dirección en compañía de Manuel Atienza. Lo que sigue —en relación con los problemas de las lagunas en el derecho— es, por ello, fuertemente dependiente (y, en cierto modo, una mera explicitación) de la teoría de los enunciados jurídicos que esbozamos ambos en *Las piezas del derecho*¹⁸ y de la aplicación de la misma a las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder que llevamos a cabo en *Ilícitos atípicos*.¹⁹

Pero antes de abordar el tratamiento de las lagunas de forma que resulte coherente con la teoría del derecho que hemos ido elaborando Atienza y yo mismo, es preciso despejar un par de obstáculos preliminares: el primero de ellos es el del *status* normativo de las acciones no reguladas; el segundo —íntimamente vinculado con el anterior—, el de la simetría (o falta de simetría) entre las justificacio-

¹⁸ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

¹⁹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.

nes correspondientes a las decisiones judiciales de aceptar o de rechazar la demanda.

Hablar del *status* normativo de las acciones no reguladas parece, de entrada, algo así como —por decirlo con un giro de Carrió— una violación de los límites del lenguaje normativo.²⁰ Las acciones no reguladas son precisamente eso, acciones no reguladas y, por ello, carentes de *status* normativo. Ahora bien ¿qué implica decir de una acción que carece de *status* normativo en relación con un cierto sistema de normas? Quiere decir que esa acción no se ve afectada por ninguna norma de ese sistema. O, dicho de otra forma, que —al igual que ocurre con la permisión expresa— ninguna norma de ese sistema es violada por el sujeto tanto si realiza la acción como si se abstiene de realizarla. En este sentido, la disponibilidad de la acción para el sujeto, en relación con ese sistema de normas, es la misma tanto si la acción no está regulada por el sistema como si la acción está permitida por el sistema. El sistema no impone restricción alguna sobre la conducta en ninguno de ambos ca-

²⁰ *Cfr.* Carrió, Genaro, “Sobre los límites del lenguaje normativo”, en Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3a. ed. aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. V.

tos.²¹ Y ésta es la razón de que las condiciones de justificación de la aceptación o del rechazo de la demanda no son simétricas: para que la aceptación de la demanda esté justificada es preciso que en relación con la conducta del demandado sea aplicable una norma y que el demandado la haya violado; para que el rechazo de la demanda esté justificado no es preciso que la conducta del demandado constituya un caso de cumplimiento (si la norma en cuestión es de mandato) o de uso (si la norma en cuestión es permisiva) de una norma; es también suficiente con que se trate de una conducta no sujeta a norma.

Esto, me parece, es obvio. Pero no cabe duda de que, a partir de aquí, surgen con naturalidad diversas objeciones. Me referiré sólo a dos. La primera objeción sería la siguiente: si la ausencia de regulación de una acción produce los mismos efectos para el sujeto de la acción que la regulación de la misma por medio de una regla permisiva ¿para qué emite el legislador reglas permisivas? En *Las piezas del derecho* nos planteamos, Atienza y yo, la cuestión y mostramos cómo el dictado de una regla

²¹ Sigo en este punto a Hierro (Hierro, Liborio, “Conceptos jurídicos fundamentales. (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 2000).

permissiva puede cumplir, dados los contextos apropiados, diversas funciones importantes: 1) cancelar una prohibición, en tal caso, el dictado de una regla permissiva equivale al dictado de una disposición derogatoria; 2) exceptuar una prohibición, en tal caso, el dictado de una regla permissiva equivale al dictado de una disposición que exceptuara la prohibición de que se trate; 3) Aclarar que un cierto caso no está comprendido en el alcance de una prohibición. En tal caso, el dictado de una regla permissiva equivale al dictado de una disposición definitiva de la conducta cubierta por la regla permissiva; 4) introducir indirectamente una prohibición (de prohibir, de impedir o de sancionar) a las autoridades subordinadas, en tal caso, el dictado de una regla permissiva equivale al dictado de una regla prohibitiva (de prohibir, impedir o sancionar) a las autoridades subordinadas. De manera que la relevancia de las reglas permissivas parece poder explicarse enteramente en términos de reglas prohibitivas, de derogación o excepción de las mismas y de definiciones. Así pues, por este lado, no parece haber dificultad para la tesis de que la ausencia de regulación (de prohibición) y la permissão son situaciones equivalentes para el sujeto.

La segunda objeción obvia que suscita la tesis anterior es la siguiente: algunos sistemas (o subsistemas) jurídicos contienen reglas de clausura per-

misivas (que permiten expresamente todo lo que no prohíben otras reglas del sistema) en tanto otros sistemas (o subsistemas) no contienen tales reglas de clausura. En nuestros sistemas jurídicos, la primera situación se da de manera muy central en el derecho penal y también eventualmente en otros sectores como el derecho administrativo sancionador, en tanto que la segunda —la ausencia de reglas de clausura permisivas— es la situación normal en todo el ámbito del derecho privado. E, indudablemente, la presencia de tales reglas de clausura permisivas marca una diferencia importante entre el derecho penal, en el que si una conducta no está expresamente prohibida en una regla entonces está, desde el punto de vista del derecho penal, permitida sin necesidad de deliberación o ponderación alguna, y el derecho civil, por ejemplo, en el que la ausencia de prohibición expresa por una regla no garantiza el que la conducta en cuestión no resulte estar finalmente prohibida, tras una ponderación que incluya todas las razones relevantes. Pero lo mismo ocurre, en los mismos sectores del derecho, con conductas expresamente permitidas por una regla: también aquí la permisión puede desplazarse a favor de la prohibición tras una ponderación que incluya todas las razones relevantes (y hay figuras jurídicas establecidas precisamente para operar dicho desplazamiento, como es

el caso del abuso del derecho, del fraude de ley y de la desviación de poder). Diríamos, entonces, que la diferencia importante entre el derecho penal y otros sectores del derecho no se encuentra en que en el primero permita *en sentido fuerte* (por la presencia en él de una regla de clausura permisiva) lo que en otros sectores se permite solamente *en sentido débil* (por la mera ausencia de una regla prohibitiva) sino en que el primero es, como sistema de prohibiciones, un sistema exclusivo de reglas, mientras que en otros sectores la ausencia de reglas o la presencia de reglas permisivas puede verse desplazada, en un juicio final sobre la conducta de que se trate en un cierto caso, por consideraciones de principios. Dicho de otra forma, mientras que el sistema de prohibiciones penal es un sistema de reglas *cerrado*, el sistema de prohibiciones de otros sectores del derecho es un sistema de reglas *abierto* a las exigencias derivadas de los principios, esto es, de las razones subyacentes a las reglas. O, aun dicho de otra forma, en el derecho penal no cabe la distinción —que sí cabe en otros sectores del derecho— entre los juicios de prohibición en virtud de reglas y los juicios de prohibición considerando todos los factores relevantes más que en el sentido de excepcionar, en el juicio final, prohibiciones contenidas en reglas preestablecidas, pero no en el de transformar en juicios finales de

prohibición lo que aparece permitido por tales reglas.

Lo que todo ello implica es que la relación entre las reglas del derecho penal y sus razones subyacentes opera de manera distinta a como opera la relación entre las reglas de otros sectores del derecho y sus razones subyacentes. En el derecho penal el papel de las razones subyacentes para delimitar el ámbito de lo penalmente ilícito se encuentra limitado en el siguiente sentido: una vez establecidas las reglas por el legislador, sólo cabe apelar, por parte de los órganos aplicadores, a las razones subyacentes a las mismas para excepcionar prohibiciones, pero no para ampliar el ámbito de lo penalmente ilícito. En este sentido, el sistema de reglas del derecho penal es un sistema cerrado (cerrado —vale la pena insistir en ello— en la dirección de la ampliación de prohibiciones, no en la dirección de excepcionar las mismas). Por el contrario, en otros ámbitos del derecho, el sistema es un sistema abierto a la revisión de sus reglas a la luz de sus razones subyacentes tanto en la dirección de ampliar como en la de restringir las prohibiciones contenidas en aquéllas.

Naturalmente, hablar de relaciones entre las reglas y sus razones subyacentes implica situarse en una concepción del derecho que —como la que hemos ido tratando de elaborar Aienza y yo mismo

en los últimos años— vaya más allá de los límites de concepciones del derecho como las de Alchourrón y Bulygin y de Raz. Que vaya más allá de estos límites en un doble sentido. En primer lugar, que vaya más allá de Alchourrón y Bulygin en el sentido de dar cuenta de la presencia en el derecho de normas jurídicas que presentan una estructura distinta de la estructura de correlación entre un caso genérico —entendido como un conjunto de propiedades— y una solución normativa, entendida como calificación deóntica concluyente de una cierta acción. En segundo lugar, que vaya más allá de Raz, en el sentido de dar cuenta de la presencia en el derecho de normas regulativas que no pretenden operar en el razonamiento de sus destinatarios, no como razones (*protegidas* o *ejecutivas*) destinadas a reemplazar la deliberación, sino como integrantes del proceso deliberativo.

Este doble ir más allá se resuelve, básicamente, en una imagen de la dimensión regulativa del derecho como una estructura de dos niveles: las reglas y los principios que las justifican (y que constituyen las razones subyacentes de aquéllas). Los principios tienen, de un lado, una estructura distinta de la que Alchourrón y Bulygin presentan como común a todas las normas regulativas y que vendría a ser la propia de las reglas; de otro lado, y precisamente en virtud de esa estructura distin-

ta, no pueden pretender operar en el razonamiento práctico como razones *ejecutivas* o *protegidas*. Veamos rápidamente todo ello. Lo característico de los principios se halla, por el lado del antecedente, en que éste no contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente (se trata, pues, de normas categóricas en el sentido de von Wright) y, por el lado del consecuente, en que éste no contiene un deber concluyente, sino meramente *prima facie* de realizar una cierta conducta. Tal deber *prima facie* se transforma en deber concluyente siempre que, en relación con las propiedades del caso, no concurra otro principio que tenga, en relación con esas mismas propiedades, un mayor peso. El resultado de este balance entre principios concurrentes es una regla que establece la prevalencia de uno de ellos dadas ciertas circunstancias genéricas, esto es, el deber concluyente de realizar, dadas tales circunstancias, la conducta prescrita en el consecuente de uno de ellos. Es precisamente por estos rasgos estructurales por lo que los principios no pueden pretender excluir la deliberación de sus destinatarios como base de la determinación de la conducta a seguir, pues la determinación de cuáles son los deberes concluyentes en un cierto caso no puede hacerse, si se razona a partir de principios, más que me-

dante un proceso deliberativo que establezca la prevalencia de alguno de ellos en relación con las propiedades del caso. Esta determinación de los deberes concluyentes dadas ciertas combinaciones de circunstancias genéricas es, normalmente, tarea del legislador. Pero, como Hart²² enfatizara tanto, el legislador no es omnisciente y no es, por ello, capaz de anticipar todas las combinaciones de circunstancias genéricas que puedan presentar los casos individuales futuros. Es por ello que las reglas —por decirlo con la terminología que Schauer²³ ha puesto últimamente de moda— son siempre potencialmente supraincluyentes o infraincluyentes en relación con las ponderaciones entre principios que las subyacen: es siempre posible que los casos individuales presenten propiedades genéricas adicionales a las previstas en las reglas que se les aplican y que estas propiedades genéricas exijan el desplazamiento del balance entre principios contenidos en la regla aplicable en beneficio de un nuevo balance (que se expresa en una nueva regla); y es asimismo siempre posible que en casos que presentan combinaciones de propiedades distintas a las pre-

²² Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, trad. cast. de Genaro R. Carrió, México, Editora Nacional, 1980.

²³ Schauer, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule —Based Decision— Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

vistas en las reglas, el balance entre principios ofrezca el mismo resultado que aquel que ofrece en relación con las combinaciones de propiedades previstas en las reglas. Para enfrentarse a ambos tipos de situaciones nuestros sistemas jurídicos y nuestras prácticas argumentativas contienen instituciones y modos de razonamiento bien conocidos: para el primer tipo de situaciones —cuando las reglas preestablecidas resultan supraincluyentes, esto es, cuando nos enfrentamos a casos en relación con las cuales las reglas aplicables en virtud de sus términos nos parecen sujetas a excepciones implícitas en relación con los principios que las justifican— los sistemas del *common law* disponen de la técnica del *distinguishing* y los de base continental han venido desarrollando, entre otros recursos, figuras como el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Para enfrentar el segundo tipo de situaciones —cuando las reglas preestablecidas resultan infraincluyentes o cuando no disponemos de reglas preestablecidas que expresen el balance entre los principios relevantes—, disponemos del recurso a las diversas modalidades del razonamiento analógico. A la *analogia legis* cuando una cierta regla resulta infraincluyente en relación con las exigencias de los principios que constituyen su justificación subyacente; a la *analogia iuris* cuando el balance entre

los principios relevantes exige la generación de una nueva regla, aun no existiendo una regla previa que consideremos como infraincluyente.

Es en el marco de esta concepción de la dimensión regulativa del derecho como una estructura de dos niveles —las reglas y sus razones subyacentes, esto es, los principios que las justifican— donde puede elaborarse, a mi juicio, una teoría de las lagunas que resulte coherente con las ideas compartidas por los juristas y que encare aquellas situaciones que realmente se discuten, en nuestras prácticas jurídicas, bajo ese rótulo.

Las lagunas, desde esta concepción, aparecen como déficits de dos tipos del sistema de reglas preestablecidas en relación con exigencias derivadas de los principios que las justifican. Pues el sistema de reglas, por lo que ahora nos interesa, puede ser deficitario en relación con las exigencias derivadas de los principios, de dos maneras distintas: puede, en primer lugar, carecer, en relación con un caso, de regla en la que subsumirlo, siendo así que la presencia de tal regla viene exigida por el balance entre los principios relevantes; puede, en segundo lugar, no considerar como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias derivadas de tal balance, debiera considerar como relevante. Obtenemos así los conceptos de laguna normativa y de laguna axiológica que, como vamos a

ver inmediatamente, no son sino reelaboraciones de los conceptos correspondientes de Alchourrón y Bulygin, que se diferencian de ellos únicamente en los dos extremos siguientes: primero, en que integran la consideración, a la que vengo haciendo repetida referencia, de la dimensión regulativa del derecho como compuesta de dos niveles; segundo, en que integran asimismo la consideración antes expuesta de que la no regulación equivale pragmáticamente a la regulación permisiva. Los dos conceptos vendrían a ser los siguientes:

- a) Un cierto caso constituye una *laguna normativa* de un cierto sistema jurídico si y sólo si
 - 1) ese sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y 2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida.
- b) Un cierto caso constituye una *laguna axiológica* de un cierto sistema jurídico si y sólo si
 - 1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero 2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese

sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante.

Algunos comentarios a propósito de estas definiciones. La definición de laguna normativa excluye de su ámbito aquellos casos no cubiertos por una regla pero en relación con los cuales el balance de los principios relevantes del sistema determinaría que ésta permitiese tanto la realización como la omisión de la conducta de que se trate. De acuerdo con la definición, pues, en relación con el caso de las vacaciones matrimoniales el sistema jurídico no contendría laguna alguna. La razón es que, de acuerdo con los principios que informan la institución matrimonial en los sistemas jurídicos que reconocen la igualdad entre los sexos, una eventual regla referida a este caso no podría ser sino permisiva: permitiría a cada uno de los cónyuges tanto acomodar como no acomodar su conducta al deseo del otro cónyuge de pasar las vacaciones juntos en un determinado lugar. Y este mismo efecto —el hecho de que plegarse, o no plegarse, a los deseos del otro cónyuge sea una conducta disponible, es decir, libre de restricciones normativas, para cada uno de ellos— viene determinado igualmente por la ausencia de regla al respecto. Cada uno de los cónyuges se encuentra, respecto del otro, en una situación (por decirlo en términos hohfeldianos) de

privilegio y de *no-derecho*: cada uno de ellos *no* tiene *derecho* a exigir al otro que le acompañe a un determinado lugar de vacaciones y cada uno de ellos tiene, asimismo, el *privilegio* de no acceder a acompañar al otro donde este último desea.

De otro lado, es obvio en el ejemplo que cada uno de los cónyuges tiene un interés en que el otro lo acompañe al lugar de vacaciones elegido por él (o ella). El marido tiene un interés en que la esposa le acompañe a Francia y la esposa tiene un interés en que el marido la acompañe a África del sur. Hay, pues, aquí, un genuino conflicto de intereses. Y un conflicto de intereses que el derecho no soluciona. No hay, sin embargo, a mi juicio, laguna alguna.²⁴ Los conflictos de intereses no resueltos por

²⁴ Conuerdo, pues, absolutamente con Fernando Atria (*Gaps Sources*, nota 8) en que no basta con la existencia de un conflicto de intereses no resuelto por el sistema jurídico para poder hablar de laguna. Pero no acabo de entender que, en el texto de la misma nota, argumente que si afirmo (Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Madrid, CEC, 1990) mi acuerdo con Alchourrón y Bulygin en que las lagunas son conflictos de intereses no resueltos por el sistema jurídico debo, por razones de coherencia, sostener que, cada vez que existe un conflicto de intereses no resuelto por el sistema, éste contiene una laguna. La respuesta a esta objeción de Fernando Atria es muy sencilla: las lagunas son, en efecto, conflictos de intereses no resueltos por el sistema jurídico, pero no todos los conflic-

el sistema jurídico que no suponen lagunas por parte de éste son, a mi juicio, muy numerosos y de gran importancia en muchos sectores del derecho privado, como, por ejemplo, en el derecho de contratos. Es claro que en la negociación, por ejemplo, de un contrato de compraventa, el potencial comprador tiene un interés en fijar un determinado precio y el potencial vendedor tiene un interés en fijar un precio más alto. Hay aquí, pues, un claro conflicto de intereses. Y un conflicto de intereses que el derecho, claramente, no resuelve: pues cada una de las partes tiene el *privilegio* de no aceptar el precio propuesto por la otra parte y, a la vez, *no* tiene *derecho* a exigir a la otra parte que acepte el precio que él propone. El sistema jurídico podría, desde luego, resolver semejantes conflictos de intereses configurando la relación correspondiente (entre comprador y vendedor, o entre esposos) como una relación de potestad/sujeción, esto es, ubicando a una de las partes en posición dominante. Pero esto es precisamente lo que un sistema jurídico liberal (respecto de la contratación, o respecto de las relaciones matrimoniales) no puede hacer sin dejar de ser tal. Un sistema jurídico liberal se caracteriza,

tos de intereses no resueltos por el sistema jurídico constituyen lagunas.

pues, necesariamente, por dejar sin resolver un buen número de conflictos de intereses.

En cuanto a las lagunas axiológicas, creo que la principal ventaja del concepto, tal como aquí ha sido trazado, es que permite dar cuenta del problema de las llamadas *excepciones implícitas* sin las consecuencias indeseables de otras reconstrucciones alternativas. En el *modelo clásico* de Alchourrón y Bulygin —en el que la dimensión regulativa del derecho aparece reducida a la forma de reglas— quienes señalan la existencia de una laguna axiológica están formulando una crítica necesariamente *externa* al sistema jurídico: una crítica formulada desde una *hipótesis de relevancia* distinta de la *tesis de relevancia* que el sistema hace suya. Y el órgano jurisdiccional que resuelva el caso fundando dicha resolución en una regla configurada de acuerdo con cualquier *hipótesis de relevancia* distinta de la *tesis de relevancia* contenida en una regla del sistema, resuelve necesariamente el caso de manera no fundada jurídicamente: el fundar las resoluciones en derecho implica, de esta forma, pagar el precio de que un cierto número de tales decisiones aparezcan como valorativamente incoherentes. Fidelidad al derecho y coherencia valorativa de las decisiones jurídicas aparecen, así, como los términos de una disyunción excluyente en relación con los supuestos de laguna axiológica.

En el modelo de Raz, el problema se resuelve de acuerdo con la tesis de que el derecho confiere a los jueces discreción para apartarse de él siempre que haya razones morales fuertes para hacerlo. De este modo, la concepción de Raz acaba admitiendo que el derecho no pretende autoridad sobre los jueces. Pero, como se ha argumentado convincentemente,²⁵ si el derecho no pretende autoridad sobre sus propios órganos de aplicación, no se ve cómo pueda pretender autoridad en absoluto.

En el marco de la concepción aquí esbozada, por el contrario, no hay dificultad alguna para dar cuenta de cómo, cuando los tribunales dejan de lado —como fundamento de su decisión— una regla jurídica aplicable en virtud de sus términos al caso de que se trate, pueden estar haciéndolo por razones jurídicas, y dictando así la resolución exigida por el derecho. Sin dejar de reconocer la pretensión de autoridad del derecho sobre sus órganos de aplicación, fidelidad al derecho y coherencia valorativa de las decisiones jurídicas se reconcilian.

Para terminar: la visión alternativa que aquí se esboza termina proponiendo unos conceptos de la-

²⁵ Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, Pablo E. y Redondo, María Cristina (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., nota 16.

guna normativa y de laguna axiológica que no son sino adaptaciones (o reformulaciones) de los conceptos correspondientes que encontramos en *normative systems*. Algún lector *caritativo* podría señalar que esto no muestra otra cosa sino mi incapacidad para el pensamiento original. Sin negar la parte de razón que tal *caritativo* lector pueda tener, creo que, sin embargo, vale la pena poner el acento sobre algo más importante de lo que también es indicativo, este acabar proponiendo una mera reformulación de conceptos ya presentes en *normative systems*: a saber, la potencia y fecundidad —aun en el marco de una concepción distinta del derecho— de los instrumentos conceptuales que Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin nos regalaron hace ya más de treinta años.

IV. REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, Carlos, “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, 15.
- y BULYGIN, Eugenio, “La concepción expresiva de las normas”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, 6.

——— y BULYGIN, Eugenio, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, 16.

——— y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

——— y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.

BAYÓN, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, María Cristina (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002.

BULYGIN, Eugenio, “Enunciados jurídicos y positivismo. Respuesta a Raz”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, 24.

CARRIÓ, Genaro, “Sobre los límites del lenguaje normativo”, en CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3a. ed. aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.

- DWORKIN, Ronald, “El modelo de las reglas (I)”, en DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción al castellano de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, 2.
- HARE, R. M., *El lenguaje de la moral*, traducción al castellano de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, México, UNAM, 1975.
- HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, traducción al castellano de Genaro R. Carrió, México, Editora Nacional, 1980.
- HIERRO, Liborio, “Conceptos jurídicos fundamentales. (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 2000.
- RAWLS, John, *El liberalismo político*, traducción al castellano de Antoni Doménech, Barcelona, Crítica, 1996.
- RAZ, Joseph, “Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment”, *Legal Theory*, 4, 1998.
- , “Autoridad, derecho y moral”, en RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, traducción al castellano de María Luz Melon, Barcelona, Gedisa, 10, 2001.

———, “La lógica interna del derecho”, en RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, 11, 2001.

———, “La autonomía del razonamiento jurídico”, en RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, 14, 2001.

RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, CEC, 1990.

———, “Algunos límites de la teoría del derecho de Alchourrón y Bulygin”, *Isonomía*, núm. 10, 1999.

SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule—Based Decision— Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

SUPUESTOS DE ALGUNAS TEORÍAS DE LAS LAGUNAS

Ulises SCHMILL

SUMARIO: I. *Concepción de Bulygin*. II. *Concepción de Kelsen*. III. *El contenido del derecho es la regulación de los actos coactivos realizados por los órganos del Estado*. IV. *Formulación de los enunciados jurídicos con base en una teoría*. V. *El principio de prohibición como principio jurisprudencial y como norma*.

En una frase muy elocuente, el gran filósofo Nelson Goodman, concordando con Ernest Cassirer y Ernest Gombrich, R. L. Gregory y muchos otros autores, afirma de manera enfática refiriéndose a la percepción visual:

[n]o existe el tal ojo inocente. El ojo se sitúa, vestido, frente a su trabajo, obsesionado por su propio pasado y por las insinuaciones pasadas y recientes del oído, la nariz, la lengua, los dedos, el

corazón y el cerebro. No funciona como un instrumento autónomo y solo, sino como miembro sumiso de un organismo complejo y caprichoso. No sólo el cómo, también el qué está regulado por la necesidad y el prejuicio. El ojo selecciona, rechaza, organiza, discrimina, asocia, clarifica, analiza, construye. No actúa como un espejo que, tal como capta, refleja; lo que capta ya no lo ve tal cual, como datos sin atributo alguno, sino como cosas, alimentos, gentes, enemigos, estrellas, armas. Nada se ve desnudo o desnudamente.¹

Si esto es así con la percepción, cuánto más será con los conceptos y las teorías. En un bello libro de divulgación de la ciencia² encontré una descripción muy impactante de la forma como la ciencia describe un objeto, en el caso, una simple y aparentemente apromblemática cucharada de té llena de agua:

Una cucharada de té llena de agua contiene 200 000 000 000 000 000 000 000 (es decir, 2 x 10²³, donde 10²³ significa 1 con 23 ceros después de él) moléculas de agua. A los autores de los libros de texto les agrada sugerir juegos hipotéticos de con-

¹ Goodman, N., *Los lenguajes del arte*, Barcelona, Seix Barral, 1976, p. 25.

² Silver, Brian L., *El ascenso de la ciencia*, traducción de Leticia García Urriza, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 36.

teo para facilitar la visualización de cifras muy grandes. De acuerdo con esta tradición, digamos que si toda la población de la Tierra se pusiera a contar las moléculas de agua en una cuchara de té y cada persona contara una molécula por segundo, esta tarea le tomaría un millón de años.

Por ello es correcto afirmar que es “contradictorio hablar de un contenido inestructurado, de lo dado no conceptualizado o de un sustrato que carece de propiedades, pues esa misma manera de hablar impone ya estructuras, conceptualiza y adscribe propiedades”.³

Estas son afirmaciones epistemológicas generales. Por lo tanto, aplicando lo anterior a la ciencia del derecho debemos afirmar que no hay problemas jurídicos dados en sí mismos, desnudos, sin la vestimenta de una teoría, sino que todos los problemas jurídicos están dados y construidos dentro de una teoría, por primitiva que ésta sea. No puede ser de otro modo.

Distintas teorías sobre el derecho construyen o arrojan diversos problemas jurídicos y ofrecen distintas soluciones a dichos problemas. No existe el tema de las lagunas del derecho a secas, dado de antemano, por sí mismo, desprovisto de supuestos,

³ Goodman, N., *Maneras de hacer mundos. La balsa de la Medusa*, traducción de Carlos Thiebaut, España, 1990, p. 23.

sino únicamente dentro de las teorías del derecho y cada una de éstas concibe a las lagunas de manera diferente y da soluciones distintas. Lo único perturbador es que utilizan la misma terminología, con lo que generan la impresión de que se refieren al mismo objeto y tratan los mismos problemas. Esto no es así. A esto se agrega la diversidad de terminología, pues se habla de “lagunas normativas”, “lagunas axiológicas”, “lagunas de conocimiento”, “lagunas de reconocimiento”, etcétera. Dada esta situación, general en materia de la teoría del derecho, presentaré dos teorías sobre las lagunas jurídicas, y señalaré los supuestos de cada una de ellas.

I. CONCEPCIÓN DE BULYGIN

El profesor Bulygin, en su seminal libro que escribió con Carlos Alchourrón dice lo siguiente: “se dirá que la acción R es obligatoria (OR), cuando está permitido R y no está permitido $\sim R$ ($PR \cdot \sim PR$). Cuando no está permitido y está permitido $\sim R$, la acción R está prohibida ($PhR = \sim PR \cdot P\sim R$). Cuando tanto R como $\sim R$ están permitidas, la acción es facultativa ($FR = PR \cdot P\sim R$)”.⁴

⁴ Bulygin, Eugenio y Alchourrón, Carlos, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1974, p. 37.

Como puede observarse A y B parten de una lógica de las normas muy simple, cuyo operador deóntico fundamental es la permisión, lo permitido. Es claro que en momento alguno establecen las condiciones para considerar que una conducta está permitida y cuando no está permitida.

Consideran que las normas jurídicas son las reglas o enunciados lingüísticos que correlacionan casos con soluciones normativas. Los casos son todos aquellos enunciados que toman en cuenta ciertas propiedades como relevantes para establecer la solución normativa, es decir, la existencia de una calificación deóntica a una determinada conducta.

“Toda propiedad de un universo de propiedades UP y todo compuesto veritativo funcional de tales propiedades —siempre que este no sea ni tautológico ni contradictorio— define un *caso* (posible)”.⁵

Las reglas que correlacionan casos con soluciones tienen su origen en una fuente o son consecuencias lógicas de las reglas provenientes de una fuente. Por lo tanto, la tarea del jurista y del juez en especial consiste en comprobar si el conjunto de propiedades que presenta un caso individual resulta o no subsumible en el conjunto de propiedades establecido en la regla general como condición de una solución general. Con estos supuestos debemos

⁵ *Ibidem*, p. 34.

preguntarnos: ¿cuándo existe una laguna normativa? Según A y B “cuando en la línea correspondiente a un caso no aparece ninguna solución, se dirá que ese caso es una *laguna* (normativa)”.⁶ En consecuencia, aplicando el método de análisis que presentan en su libro existen lagunas normativas dentro de las matrices correspondientes que determinan las soluciones para los diversos casos. Las normas que proporcionan soluciones a los diversos casos pueden tener lagunas cuando un caso determinado no tiene una solución específica. Bulygin conceptúa las lagunas de la siguiente manera: “Caso genérico que no está regulado por las normas generales”.⁷

Frente a esta situación, A y B afirman:

El juez no tiene ninguna obligación específica, ni la de condenar, ni la de rechazar la demanda. Sólo tiene la obligación genérica de juzgar, y cumple con ella juzgando de cualquiera de las dos maneras posibles: condenando al demandado o rechazando la demanda. En otras palabras: el juez tiene la obligación de juzgar, esto es de condenar o rechazar la demanda, pero no la de condenar, como tampoco tiene la obligación de rechazar la demanda.⁸

⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁸ *Ibidem*, p. 216.

El profesor Bulygin utiliza un ejemplo de Fernando Atria para exponer su tesis sobre las lagunas:

Una pareja de recién casados que viven en Escocia resuelven ir de vacaciones juntos. Pero no se ponen de acuerdo adónde ir. El marido quiere ir a Francia y la mujer a África del sur. El derecho escocés nada dice sobre el problema de quién tiene el derecho de elegir el lugar para las vacaciones, es decir, nada dice respecto del caso genérico (elección del lugar de vacaciones). No obstante, según Atria, si el marido o la mujer acuden a un juez, el juez debe rechazar la demanda en ambas hipótesis, pues esta es la solución correcta para el caso individual (para Atria la pregunta “¿cuál es la solución correcta para este caso?” significa lo mismo que la pregunta “¿qué debe hacer el juez?”). Sin embargo, si el juez rechaza la demanda del marido, esta decisión permite que la mujer no siga la elección del marido y si rechaza la demanda de la mujer, permite al marido no seguir la elección de la mujer... Por lo tanto, la decisión del juez en el caso individual *implica la aceptación por parte del juez de la norma general* que dice que ninguno de los cónyuges está obligado a seguir la elección del lugar de las vacaciones hecha por el otro cónyuge. Por hipótesis, esta norma general no existía en el derecho escocés antes de la decisión del juez. Por lo tanto, esta norma general

que el juez usó para justificar su decisión en el caso individual ha sido creada por él.⁹

El siguiente párrafo de Bulygin ilustra su tesis de que en caso de una laguna normativa el juez puede resolver discrecionalmente:

¿Pero no podría acaso un juez suficientemente conservador hacer lugar a la demanda del marido, decidiendo... que es el marido quien puede elegir el lugar de las vacaciones? O un juez feminista ¿no podría resolver hacer lugar a la demanda de la mujer? Al hacerlo no violaría el derecho; simplemente aplicaría una nueva norma general que no existía antes de su sentencia.¹⁰

Debe observarse que en este párrafo existe una tesis adicional, no contenida en el libro que se ha venido comentando: se afirma la creación de una norma general por el juez.

Las tesis de A y B están determinadas por el peculiar e inteligente método que construyeron para el análisis de los sistemas normativos.

En consecuencia debemos preguntarnos cuando un caso no está regulado por normas generales. Los casos son combinaciones veritativo-funcionales de propiedades que son relevantes para el estableci-

⁹ *Ibidem*, p. 41.

¹⁰ *Idem*.

miento de una solución deóntica, es decir, calificar una cierta conducta como O, Ph, P o F. Fuera de las propiedades correspondientes en la forma en que se encuentran estructuradas en el antecedente del enunciado normativo, *no* hay casos. Serán hechos o acontecimientos sin relevancia jurídica, por el hecho de no estar regulados jurídicamente. Llamar *caso* a una combinación no regulada expresamente de propiedades entraña un uso indebido del sustantivo. Hay que enfatizar: *caso* es el conjunto de propiedades en el antecedente al que la regla o norma jurídica da una solución normativa. Las otras combinaciones de esas propiedades o de otras propiedades que no tienen solución normativa, no son casos, por no tener establecida una solución deóntica. Serían, a lo mucho, posibles casos que ameritarían una solución diferente.

Bulygin afirma que en el caso de una laguna normativa, el juez puede resolver discrecionalmente el conflicto entre el actor y el demandado. ¿Qué debe entenderse con la expresión “discrecionalmente”? Significa que el juez puede hacer lugar a la demanda o rechazarla. Comenta Bulygin que en ambos casos, cuando la acepta o la rechaza, la norma individual de la sentencia “tiene que estar fundada en una norma general, so pena de ser arbitraria. Como tal norma general por hipótesis no forma parte del derecho el juez debe “crearla”. Y la crea

el juez porque esa norma es producto de la valoración del juez”.

En relación con lo anterior es posible hacer varias observaciones:

- Aceptemos que existe una laguna normativa, es decir, que no existe norma positiva alguna que resuelva el conflicto.
- Aceptemos que un conflicto de intereses se convierta en litigio, es decir, sea planteada en la demanda una pretensión en relación con el demandado y éste se opone a esa pretensión.
- Para fijar el litigio con más exactitud el actor A en su demanda pretende que el demandado D está obligado a realizar una cierta conducta favorable a A, *i. e.*, Op y para motivar su pretensión aduce los hechos *m, n, o*. ¿Qué tiene que hacer el juez? Supongamos que el actor A demuestra en el proceso, con las pruebas pertinentes, los hechos que aduce *m, n, o*, de modo que pueden ser considerados como hechos relevantes, según el actor, jurídicamente constituidos para que el juez tome su decisión.
- El juez tiene que determinar el *status* normativo de esos hechos. Lo hace recurriendo a las normas generales del sistema jurídico con objeto de determinar si existe alguna norma general que determine que el hecho X con ca-

SUPUESTOS DE TEORÍAS DE LAS LAGUNAS 67

racteres *m, n, o* genera la obligación del demandado de realizar *p* obligatoria.

- Puede acontecer que encuentre una norma general que determina que si se dan *m, n, o*, entonces el sujeto tiene la obligación de realizar la acción *p, i. e.*, Op. En consecuencia, condena a D a realizar *p*, en cumplimiento de su obligación.
- Este es un caso. Pero puede acontecer que *no* encuentre norma general alguna que establezca la obligación de un sujeto de hacer *p* si se dan *m, n, o*, es decir, *m, n, o* no son hechos operativos generadores de la obligación *p*.

En esta situación aunque estén probados *m, n, o* en el juicio con pruebas indubitables, el juez tiene necesariamente que absolver al demandado, *i. e.*, rechazar la demanda diciendo que no se ha generado la obligación del demandado de realizar *p*. La pretensión del actor es infundada, improcedente: quiere que el demandado realice una acción en cumplimiento de una obligación inexistente. El juez debe sentenciar diciendo que no existe la obligación y, por tanto, debe dictar una sentencia absolutoria. Todo esto es obvio. El juez ejercita su facultad de ejercicio obligatorio al dictar sentencia absolutoria.

- El juez no debe hacer otra cosa. *m, n, o* no son supuestos generadores de una obligación, con-

forme al derecho positivo. No se puede entender que el juez tenga “discrecionalidad” para resolver, en la situación planteada, condenado al demandado D (a cumplir con una obligación inexistente de las normas generales) o absolviéndolo (lo que sería correcto). No hay tal discrecionalidad del juez.

- Pero se dan casos en que, en una situación como la reseñada, un juez puede resolver en un sentido y otro juez (o el mismo en otra ocasión) en el otro sentido. Supongamos que un juez condena. Como no hay norma general que establezca la obligación, su sentencia es una norma individual válida por haber sido dictada en ejercicio de la facultad jurisdiccional de que se haya investido, sentencia que incluso puede adquirir categoría de cosa juzgada. Eso no significa que esté justificada por una norma general positiva y menos aún puede afirmarse que el juez con su sentencia haya “creado” una norma general que determina que si se dan las propiedades *m*, *n*, *o* un sujeto está obligado a *p*. Si esto fuera cierto, todas las sentencias estarían justificadas en el sentido de Bulygin. Una sentencia puede ser válida y puede ser revocada si el tribunal superior la considera infundada. La sentencia del otro juez también crearía otra norma general, de

manera que se generarían una multiplicidad de contradicciones en el derecho a nivel de las normas generales, lo cual no es aceptable.

No hay necesidad de suponer la “creación” de una norma general con el sólo hecho de haber dictado el juez una sentencia. Tampoco hay necesidad de considerar esa sentencia como justificada con la norma general putativamente creada.

Esto es dar la espalda al derecho positivo. Las leyes se dictan conforme al procedimiento legislativo establecido en la Constitución y por el órgano legislativo correspondiente, igualmente establecido en ésta.

- La norma general de Bulygin creada en la sentencia es un invento teórico. No es definitivamente una norma positiva. Los razonamientos contenidos en la sentencia como fundamento de su resolución, son eso precisamente, razonamientos, no normas ni principios. No hay más cera que la que arde y hay que aplicar inmisericordemente la navaja de Okham: no crear normas por doquier con el puro pensamiento.
- El juez puede pretender fundamentar su decisión en los razonamientos que quiera, lo cual no significa que sea legítimo hipostasiar esos

razonamientos en normas o principios que no han sido establecidos positivamente. No sería válida la objeción de que el acto de establecimiento de esa norma general es precisamente el acto del juez de dictar sentencia. La sentencia es una norma individual, no creadora de normas generales.

- Si toda sentencia al resolver discrecionalmente un caso de laguna crea una norma general, tendríamos que concluir que todas las sentencias, cualquiera que fuera su contenido, estarían justificadas en el sentido de Bulygin, pues se fundarían en la norma creada por la sentencia, con lo que se obtiene una muy grave conclusión: se han borrado o hecho a un lado los criterios normativos positivos para determinar qué sentencias son regulares, concordantes con la norma general o cuáles son irregulares, violatorias de las normas generales. Supongamos que dicta una sentencia condenatoria. El juez ha creado la norma general que determina que el caso *m, n, o* es el supuesto para que se genere la obligación Op. Si resuelve el litigio absolviendo, ha creado la norma general “*m, n, o* no genera la obligación Op”, con lo que las dos posibles sentencias siempre estarían justificadas en el sentido de Bulygin y no habría sentencia alguna irregular.

- ¿Cómo explicaría Bulygin la existencia de una sentencia en la que se omitiera toda fundamentación?
- Habría que preguntarse: ¿cuál es el fundamento normativo del precepto creado por la sentencia? No puede serlo solamente la norma que faculta al juez a dictar sentencias, pues esta norma no determina el contenido de la sentencia y mucho menos el sentido de ella.
- Esta norma general creada por el juez ¿puede ser impugnada en amparo de la misma manera que se impugna una ley? Una ley se impugna en amparo indirecto ante un juez de distrito, cuya sentencia admite el recurso de revisión ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia; una sentencia del juez de distrito, cuya materia no sea la constitucionalidad de una norma general se impugna ante los tribunales colegiados de circuito. ¿Ante quién y con qué procedimiento se puede impugnar la norma general creada en la sentencia del juez?

II. CONCEPCIÓN DE KELSEN

Bulygin cree que la teoría de Kelsen considera que el derecho es necesariamente completo y que, por tanto, niega la posibilidad de lagunas. ¿Es co-

rrecta esta afirmación? Cabría dudarlo. El derecho no regula expresamente todas las conductas humanas estableciendo soluciones deónticas a los diversos casos que presentan propiedades del universo de propiedades del sistema normativo. El derecho es completo no porque existan reglas que contengan una solución normativa para todo caso posible, sino porque cualquier caso que se presente puede ser juzgado con el conjunto finito de normas que integran un sistema jurídico. Claramente lo plantea Kelsen: “no hay, empero, auténticas *lagunas*, en el sentido de que un litigio jurídico no sea susceptible de decisión conforme a las normas valederas, porque la ley —como se dice— no pudiera aplicarse por falta de un precepto referible a ese caso”.¹¹

La laguna del derecho aparece cuando se afirma que un litigio particular no puede ser resuelto porque el derecho carece de normas que se refieran a él para darle una calificación deóntica a la conducta que se demanda. Pero esta afirmación puede generalizarse: con un conjunto finito de normas que establecen las conductas prohibidas (obligatorias) por el derecho, siempre es posible hacer una calificación del carácter normativo de esa con-

¹¹ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, traducción de Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 138.

ducta, con base en el principio de prohibición, según la terminología de Bulygin. Esto ha permitido a algunos autores afirmar que no hay conducta humana que no se encuentre regulada por el derecho. Esto valdría sólo en el caso de que el principio de prohibición estuviera legislado en una norma positiva, ya sea constitucional o perteneciente a una ley. Pero si este no es el caso, el principio de prohibición es una regla metajurídica que califica deónticamente a las conductas que no se encuentran prohibidas por las normas positivas que integran un orden jurídico.

Esta tesis supone una particular concepción del derecho, entendido como conjunto de normas positivas de carácter coactivo, pues con base en este concepto es posible construir el sentido de los operadores deónticos de Ph, O, P y F. Por ello Kelsen dice que el *deber ser* o imputación periférica que relaciona un cierto acto con una consecuencia coactiva es una expresión sintética para las funciones de obligar, prohibir, permitir y facultar.

¿Cuáles son los supuestos teóricos de esta tesis de Kelsen? El primero y fundamental es el concepto del derecho como un orden coactivo de la conducta humana. Este concepto es central en su teoría y ya aparece desde su temprana obra de los *Hauptprobleme*. Esta tesis constituye lo que yo denomino la *revolución kelseniana*. Veamos porqué.

Todos los autores que consideran a las normas jurídicas como modalidades más o menos exactas de un modelo del mandato, hacen la afirmación recurrente de que las normas jurídicas, entendidas como imperativos, se encuentran siempre e indeliblemente relacionadas con el Estado, entendido de la manera más general, como aquella organización de poder que se encarga de ejercer la fuerza o la *violencia física legítima*, usando la expresión de Weber,¹² para hacer cumplir las disposiciones normativas de carácter imperativo del derecho. Las amenazas de infligir un mal en caso de desobediencia del imperativo de la norma jurídica es un elemento que determina, en estas teorías, el carácter jurídico de los mandatos.

Kelsen tomó una decisión metodológica muy importante: consideró al derecho como un orden coactivo de la conducta humana. Conocemos las objeciones que se han aducido a este postulado, las cuales ya han sido analizadas y refutadas por este autor.¹³ Sin embargo, podemos decir que la función

¹² Weber, Max, *La política como vocación*, traducción de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza, 1967, p. 83.

¹³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979, pp. 63 y ss.; *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, Imprenta Universitaria, 1949, pp. 25 y ss.

fundamental de este postulado es determinar el objeto de estudio de la ciencia del derecho, pues sólo se concebirán como jurídicas aquéllas normas que puedan ser descritas por enunciados condicionales (hipotéticos) en los que en su consecuencia aparezca como contenido una sanción, es decir, *normas cuyo contenido sea que ciertos órganos dispongan u ordenen la privación, incluso con medios coactivos, de ciertos bienes, bajo la condición de la realización de ciertos hechos, también determinados o establecidos, por los órganos correspondientes.*

Kelsen en su primera gran obra de 1911¹⁴ expone las consideraciones que lo llevaron a postular la hipótesis de que el derecho es un orden coactivo de la conducta humana.¹⁵ Veamos cuál es la serie de pensamientos que lo condujeron a semejante hipótesis, la que se encuentra en radical contraposición con las teorías tradicionales que concebían al orden ju-

¹⁴ Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, traducción de Wenceslao Roces, notas, revisión y presentación de Ulises Schmill, México, Porrúa, 1987, pp. 173 y ss. (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923).

¹⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 1934 (*Allgemeine Staatslehre*, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Berlín, 23, Band, Julius Springer, 1925), p. 62.

rídico relacionado con el concepto de coacción, pero que no habían considerado “incorporar” la *coacción dentro de la propia norma jurídica*, pues formulaban a la norma jurídica con la forma lingüística del imperativo. O para ser más exactos, consideraban que los enunciados descriptivos de las normas jurídicas no tenían carácter hipotético o condicional. Es curiosa la manera y la serie de pensamientos que llevaron a Kelsen a realizar lo que más abajo denominaré la *revolución kelseniana*. Dice Kelsen, resumiendo diversas consideraciones sobre el concepto de “voluntad”, concepto que los juristas utilizaban profusamente en el siglo XIX, y que determinan el concepto de la “motivación indirecta” utilizada más adelante en sus obras:¹⁶

Analizando psicológicamente el acto de voluntad, hemos visto que el punto de partida de todo acto volitivo es un estado de insatisfacción, cuya superación constituye la única meta final de aquel impulso que va asociado a la idea del medio correspondiente, impulso que constituye un caso especial del instinto de la propia conservación y que es precisamente el que recibe el nombre de voluntad. El comportamiento del hombre persigue siempre, por tanto, un solo y único fin: el de su propia

¹⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., nota 13, p. 15.

conservación. Según esto, si queremos mover a alguien a obrar de determinado modo, provocar en él una voluntad dirigida a ese modo de conducirse, no tenemos más camino para ello que despertar en el hombre de que se trate la idea de que la conducta que de él se pide constituye un medio para la satisfacción de sus necesidades, o sea un medio para procurarle ventajas y evitarle perjuicios.¹⁷

A continuación afirma que el imperativo escueto no puede llevar a cabo este procedimiento de motivación.

El caso se plantea del siguiente modo: la voluntad de un sujeto se dirige a los actos o a las omisiones de otro sujeto, dotado también de voluntad, pero sin que ésta sea idéntica a la de aquél del que ordena. Son, pues, dos voluntades que se enfrentan y que se trata de armonizar. Supuestos dos sujetos de voluntad distintos e independientes entre sí, no cabe pensar que la voluntad del uno influya directamente en la del otro. Es imposible que la simple voluntad de un sujeto —dando por supuesta su declaración— produzca una voluntad análoga en el otro. La declaración de voluntad del que ordena jamás conduce directamente a la vo-

¹⁷ Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, cit., nota 14, p. 174.

luntad de aquel a quien la orden se dirige. Se dirige a su mente, donde surge, pura y simplemente, la idea de otra voluntad ajena. Pero, esta idea, la simple conciencia de que *otro* hombre quiere algo, no basta, ni mucho menos, para influir motivadamente sobre la propia voluntad. Si se quiere que ésta se ponga en consonancia con la ajena, es necesario que a la idea de la voluntad ajena se una la idea de un interés *propio*, cuya satisfacción vaya aparejada al acatamiento de la orden o del deseo; es necesario despertar en aquel a quien se trata de mover a una determinada conducta, o por lo menos suponer como ya existente en él, la idea de que la conducta apetecida es, para él mismo, para el que ha de hacer algo o abstenerse de hacerlo, un medio de lograr una ventaja o evitar un perjuicio.¹⁸

Por eso, el imperativo, como forma lingüística de la manifestación de una voluntad dirigida a la conducta de otro sujeto, es completamente insuficiente para poner en armonía, mencionada por Kelsen, las voluntades del que ordena y de aquel a quien la orden se dirige. Para que esto acontezca es necesario que *en la misma expresión lingüística en que se formula la norma* haya un contenido determinado que despierte el interés del destinatario de la norma para ajustar su conducta a la misma.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 174 y 175.

Este interés se lo sugiere al individuo la idea de que la conducta que ha de seguir supone, para él, un beneficio o la evitación de un perjuicio. Y esta garantía *tiene que expresarse en la norma jurídica*, para que ésta pueda cumplir su fin... Esa garantía es la sanción, que puede, a su vez, adoptar dos formas: la de la pena o la de la ejecución.¹⁹

Esta es la primera vez en la que Kelsen fundamenta su teoría de la norma jurídica descrita por un enunciado condicional o hipotético y expone las razones para ello. En sus obras posteriores da por supuestas todas estas consideraciones y se limita a afirmar que el derecho es un orden coactivo de la conducta humana, que puede ser descrito con enunciados hipotéticos o condicionales en los que en la consecuencia se establece una sanción o un acto coactivo, que constituye la garantía de homogeneización de los contenidos de la voluntad del que ordena y del destinatario de la orden. De ahí el esquema del enunciado que expresa lo que denomina la *imputación periférica*: si A es debe ser B, en donde B es el acto coactivo.

El abandono de la teoría imperativa de la norma jurídica y su sustitución por la forma condicional constituye lo que podríamos denominar la *revolu-*

¹⁹ *Ibidem*, pp. 176 y 177. Énfasis añadido por *uso*.

ción kelseniana de la teoría del derecho. Esta revolución consistió en considerar a la norma jurídica como un conjunto de formulaciones lingüísticas cuya garantía de cumplimiento por medio del uso de la fuerza, no era externa a la norma, sino *parte integrante de la misma norma*, su contenido específico. Por ello, los enunciados de la ciencia jurídica descriptivos de las normas de derecho dejaron de tener el carácter de imperativos (con garantía fáctica externa), para adoptar la forma de enunciados condicionales en los que se disponía el ejercicio de un acto de coacción dadas ciertas condiciones, según el esquema: “si A es debe ser B”, en donde “B” está por la sanción y “A” por el acto ilícito o prohibido. A este procedimiento lo he denominado *primera interiorización en la semántica de las normas de los elementos que se encuentran en el paradigma del mandato*.²⁰ Esta operación teórica de introducir los elementos externos al imperativo dentro del contenido semántico de las normas, Kelsen nunca lo describió ni lo explicitó; simplemente lo llevó a cabo y lo utilizó, sin hacerlo objeto explícito de sus reflexiones filosóficas.

²⁰ Cfr. Schmill, Ulises, *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, México, Themis, 1997, pp. 13 y ss.; del mismo autor, *Teoría del derecho y del Estado. Ensayos*, México, Porrúa, 2003, pp. 28 y ss.

III. EL CONTENIDO DEL DERECHO ES LA REGULACIÓN DE LOS ACTOS COACTIVOS REALIZADOS POR LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

De esta revolución se desprenden muchas consecuencias teóricas que es necesario formular explícitamente. Kelsen ha sacado la principal, que es la siguiente:

La sanción, elemento necesario de la norma jurídica, con vistas precisamente a su fin, que es el de mover a los sujetos de derecho (con excepción del Estado mismo) a conducirse de un determinado modo, y que consisten, según la experiencia indica, en una pena o una ejecución, representa una acción del Estado. Esta conducta propia, es la que forma el contenido de la “voluntad” del Estado en la norma jurídica, con la que se aspira a lograr una conducta congruente por parte de los súbditos; ésta, y no la conducta misma de los demás súbditos, conducta ajena al Estado y que, en cuanto fin de la norma jurídica, sólo indirectamente puede desprenderse de ésta. Este comportamiento se revela como el aspecto negativo de aquel substracto de hecho al que la norma jurídica enlaza la pena o la ejecución.²¹

²¹ Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, cit., nota 14, p. 177.

De esta manera, la *revolución kelseniana* conduce de manera irremediable a la conclusión de que el contenido del derecho positivo consiste en la regulación de la conducta de los órganos del Estado, en la regulación de la conducta de los poderosos, en la regulación del poder coactivo o de la regulación de la *violencia física legítima*, de la que hablaba Max Weber.²²

En consecuencia, si el derecho es un orden coactivo su materia es la regulación de los actos del Estado, de los actos de poder o dominación, en la terminología de Weber. La dominación supone el concepto de un mandato coactivo. Si en la consecuencia del enunciado descriptivo de una norma coactiva se contiene una sanción, ésta sólo puede ser aplicada por el órgano del Estado facultado para ello. Si el derecho es la “voluntad del Estado”, esta voluntad sólo puede versar sobre su propia conducta.²³ Dice Kelsen:

El derecho prohíbe a quienes no son órganos jurídicos, dar muerte a un semejante, en cuanto ordena a tales órganos castigar el homicidio y es así

²² Cfr. Weber, Max, *La política como vocación*, cit., nota 12, p. 83.

²³ Cfr. Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, cit., nota 14, p. 177.

como instituye el deber de no matar. Del mismo modo, manda que quienes no son órganos paguen sus deudas, en cuanto impone a ciertos funcionarios el deber de trabar ejecución en bienes del deudor moroso.²⁴

Por ello, las siguientes afirmaciones de Alf Ross, alumno de Kelsen, hacen explícitas y ejemplifican las anteriores tesis.

¿A quién están dirigidas las normas de conducta? La Ley Uniforme de Instrumentos Negociables, Sección 62, por ejemplo, prescribe aparentemente cómo debe comportarse una persona que ha aceptado una letra de cambio. Pero este enunciado no agota el significado normativo de dicha norma; en verdad no llega ni siquiera a aproximarse a lo que es realmente relevante. La Sección 62 es al mismo tiempo una directiva para los tribunales acerca de cómo han de ejercer su autoridad en un caso que caiga bajo esta regla. Obviamente sólo esto es de interés para el jurista. Una medida legislativa que no contenga directivas para los tribunales sólo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica. A la in-

²⁴ Kelsen, Hans, “Teoría pura del derecho y teoría egológica”, traducción de Eduardo García Máynez, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, t. III, núm. 10, abril-junio de 1953, p. 204.

versa, si la medida contiene una directiva para los tribunales, entonces no hace falta dar a los particulares instrucciones adicionales sobre su comportamiento. Se trata de dos aspectos de un mismo problema... Las normas del derecho penal están redactadas de esta manera. Ellas no dicen que a los ciudadanos les está prohibido cometer homicidio; simplemente indican al juez cuál ha de ser su sentencia en un caso de esa índole... Esto muestra que el contenido real de una norma de conducta es una directiva para el juez, mientras que la directiva al particular es una norma jurídica derivada o norma en sentido figurado, deducida de aquélla.²⁵

IV. FORMULACIÓN DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS CON BASE EN UNA TEORÍA

Por lo tanto, podemos distinguir entre lo que puede denominarse *formulación aparente* de las normas jurídicas y el *sentido profundo* de ellas. La *formulación aparente* de las normas jurídicas puede tener cualquier forma y su semántica puede ser la que se quiera. Puede estar dirigida a los particulares, puede indicar cuáles son las competencias de las autoridades, cuáles son los supuestos

²⁵ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba Editorial Universitaria, 1977, pp. 32 y 33.

de las sanciones, cómo y cuándo se describen los delitos en el código penal, cuáles son las atribuciones de ciertos órganos del Estado, cuál es el territorio del mismo o qué ha de acontecer en el caso de la falta de un funcionario; puede determinar el concepto de cada uno de los contratos y las consecuencias de la celebración de ellos, así como a través de qué acto jurídico pueden transmitirse por causa de muerte los bienes a los sujetos que se designen como herederos, etcétera, etcétera. Pero todas las *formulaciones aparentes* de las normas jurídicas pueden y deben reformularse con base en la teoría que le sirve de sustento: todas deben ser comprendidas como modalidades del concepto fundamental de la facultad jurídica, es decir, como modalidades de la regulación de las facultades de las autoridades u órganos del Estado. Todas las *formulaciones aparentes* de las normas jurídicas son regulaciones incompletas o parciales del *sentido profundo* de las normas. Que el comprador de una cosa mueble deba pagar el precio convenido en el contrato de compraventa correspondiente, es una *formulación aparente* de la norma jurídica, cuyo *sentido profundo*, condicionado por la teoría, consiste en una directiva dirigida a los jueces para que dicten sentencia en un cierto sentido en un caso sometido a su consideración. Es el contenido del ejercicio de una facultad jurisdiccional. El concepto

tradicional de la obligación conforme a la concepción imperativa de las normas jurídicas nos lanza directamente a su fundamentación con base en la moral: se está obligado a cierta conducta porque es moral hacerlo. Con la *revolución kelseniana* se ha entendido el concepto de la obligación relacionándolo con el concepto de sanción diciendo que es el contenido de la norma jurídica que determina la conducta contraria a aquella que es el supuesto de una sanción. Este concepto debemos corregirlo conforme a las tesis expuestas y decir, entonces, que la obligación es el contenido de la norma jurídica que determina la conducta contraria a aquella que un órgano del Estado ha determinado como el supuesto del ejercicio de la facultad cuyo contenido es una sanción.

Por lo tanto, el juez siempre se encuentra en posibilidad de decidir un conflicto planteado ante él, por medio del principio de prohibición, como lo denominan A y B, que se formula diciendo que todo lo que no está prohibido está permitido. Yo creo que este principio es una regla de la jurisprudencia para referirse a las relaciones de la conducta humana con las normas jurídicas entendidas como lo expresamos más arriba. Es claro, entonces, que si no existe una norma que determine el contenido de la sentencia en el sentido de obligar al demandado a la conducta que le demanda el actor, el juez

tiene que determinar esto y absolver al demandado. No hay otra alternativa para el concepto del derecho como orden coactivo, toda vez que lo que las normas jurídicas determinan son aquellas conductas de los particulares que son el supuesto, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, de la imposición de una sanción. La función del derecho no es la de permitir conductas, sino la de sancionar coactivamente las conductas que por cualquier motivo se consideran indeseables. Un subproducto de estas normas, cuando se las contempla desde el punto de vista de los intereses de los particulares es que las conductas no reguladas expresamente como prohibidas u obligatorias, se encuentran permitidas en el sentido de que el particular puede realizarlas o dejar de realizarlas sin temer que un órgano del Estado pueda imponerle una sanción. El principio de prohibición es un corolario de la concepción del derecho como orden coactivo de la conducta humana que expresa de manera sintética las conductas que no se encuentran reguladas expresamente.

V. EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN COMO PRINCIPIO JURISPRUDENCIAL Y COMO NORMA

La distinción entre normas y proposiciones jurídicas es fundamental. Hasta ahora hemos hablado

del principio de prohibición entendido como una proposición jurídica hecha por la ciencia del derecho. ¿Cuál es la situación que se presenta en el caso de que estuviera establecido como una norma positiva legislada o como parte de la Constitución política de un Estado? Como norma establecida en una ley o Constitución es en parte redundante, pues está incorporando en el orden jurídico una proposición normativa de la ciencia jurídica, pues dicha norma no cambia el *status* jurídico de las conductas no reguladas como prohibidas u obligatorias. Cabría entonces, preguntar cuál sería su función normativa. El juez podría invocarla como fundamento de una sentencia absolutoria para el demandado y con ello estaría excluyendo la aplicación de una disposición similar a la del Código Civil suizo que establece que en “ausencia de una disposición legal aplicable, el juez debe pronunciarse según el derecho consuetudinario y en ausencia de una costumbre, según las reglas que él establecería si fuera legislador”. La legislación del principio de prohibición sería una norma que impediría la validez de una norma como la del Código Civil suizo, privando al juez de la facultad de dictar una norma para el caso concreto que condenara al demandado, considerando que tiene la obligación cuyo cumplimiento se demanda por el actor, según la norma dictada por el propio juez en su sentencia. Tendría

SUPUESTOS DE TEORÍAS DE LAS LAGUNAS 89

que interpretarse como una instrucción al juez, como una disposición sustantiva, que lo obliga a dictar sentencia absolutoria. No habría lagunas en el derecho.

Aquí aparece la función política de la teoría de las lagunas normativas: incrementar las facultades decisorias de los jueces, hasta el extremo de poder olvidar y hacer a un lado a la legislación y a las otras normas generales emitidas por los otros órganos del Estado. Esto significa, en el fondo, que los jueces pueden hacer valer en las sentencias sus criterios valorativos personales, con independencia de las normas generales positivas. La cara del ius-naturalismo hace subrepticamente su aparición y nos hace gestos que implican un intento de connivencia.

ALGUNOS COMENTARIOS A UN TEXTO DE ULISES SCHMILL SOBRE LAGUNAS EN EL DERECHO

Juan RUIZ MANERO

Ulises Schmill, uno de los filósofos del derecho más distinguidos de nuestra lengua, critica, en un artículo que figura en este mismo volumen,¹ la posición asumida por Eugenio Bulygin² sobre dos temas en relación con los cuales yo también he formulado críticas en un trabajo anterior.³ Se trata, por un lado, de la identificación de los casos genéricos respecto de los que un sistema jurídico con-

¹ Ulises Schmill: “Supuestos de algunas teorías de las lagunas”.

² Bulygin, Eugenio, “Creación y aplicación del derecho”, en Bulygin, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

³ Ruiz Manero, Juan, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en Bulygin, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, *cit.*, nota 2. Ahora en este mismo volumen.

tiene una laguna normativa y, por otro, de los deberes que tiene el juez cuando se enfrenta a un caso individual que sea una instancia de un caso genérico así identificado.

Esta coincidencia en el objeto de nuestra crítica ya es, junto con los acuerdos y desacuerdos que en torno a ello hay entre nosotros, suficiente razón para que tenga para mí mucho interés comentar el trabajo de Ulises Schmill. Podría decirse que los puntos de coincidencia entre Ulises Schmill y yo se sitúan en la apreciación que uno y otro hacemos de ciertos aspectos de la construcción de Bulygin, pero que ello no implica, sin embargo, cercanía alguna en nuestras posiciones de fondo. Pues si mi posición se encuentra muy alejada de una concepción que, como la de Bulygin, reduce la dimensión regulativa del derecho a su componente de reglas, igualmente alejada, si no más, se encuentra de una concepción que, como la neokelseniana que Schmill sostiene, lleva aún más allá esa reducción al ver todas las reglas como dirigidas a los órganos de aplicación y referidas a la realización de actos coactivos.

En los puntos que siguen no expondré mis divergencias con Eugenio Bulygin, ya desarrolladas en el trabajo al que acabo de hacer referencia, sino que me referiré a ellas únicamente en la medida que resulte indispensable para exponer

mis coincidencias —puntos (1) y (2)— y mis discrepancias —puntos (3), (4) y (5)— con Ulises Schmill.

(1)

Concuerdo enteramente con U. Schmill en que, como él dice, “si no existe una norma que determine el contenido de la sentencia en el sentido de obligar al demandado a la conducta que le demanda el actor, el juez tiene que determinar esto y absolver al demandado”. Eugenio Bulygin piensa que, en casos así, el juez goza de discreción bien para condenar, bien para absolver al demandado (o, si se prefiere decirlo así, rechazar la demanda). La razón de ello es que, en tales casos, el sistema no contiene una norma preexistente que resuelva el caso genérico. Y, siendo así las cosas, a juicio de Bulygin, “tanto la condena del demandado como el rechazo de la demanda requieren la creación de una norma general, sin la cual la decisión del juez no estaría justificada, esto es, sería arbitraria”.⁴ Pero, en mi opinión, Bulygin no tiene razón, por lo si-

⁴ Bulygin, Eugenio, “Creación y aplicación del derecho”, en Bulygin, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, *cit.*, nota 2, p. 42.

guiente: la decisión del juez de rechazar la pretensión del actor no requiere para su fundamentación de la existencia de una norma general que permita la omisión de la conducta que el actor requiere del demandado, sino que basta para ello con la inexistencia de una norma general que estipule tal conducta como obligatoria. La resolución judicial, en tal caso, debe expresar que la pretensión del actor carece de fundamento porque no hay en el sistema una norma general que, ordenando al demandado la realización de la conducta correspondiente, proporcione fundamento a la pretensión del actor. Dicho de otro modo: en tal caso el juez, si resuelve correctamente, señala que las normas generales no le proporcionan fundamento para el dictado de ninguna norma individual y, en conformidad con ello, no dicta, en la parte dispositiva de la sentencia, norma individual alguna, sino que expresa su negativa a tal dictado.

(2)

Para quien acepte lo anterior resultará claro —pues sustancialmente viene a ser otra forma de decir lo mismo— que también concuerdo con Ullrich Schmill en su rechazo de la crítica llevada a cabo por Alchourrón y Bulygin del principio de

prohibición kelseniano. Esta crítica, a la que Eugenio Bulygin se sigue manteniendo fiel, reside en poner de relieve que Kelsen no se habría apercebido de que se derivan consecuencias distintas para los deberes del juez según que la conducta del demandado contra la que se dirige la demanda no esté regulada por norma alguna (permitida *en sentido débil*) o esté regulada por una norma permisiva (permitida *en sentido fuerte*). En el primer caso, de acuerdo con Bulygin, el juez, ante la ausencia de norma aplicable a la conducta del demandado tendría sólo —como ya se ha indicado— el deber de fallar y cumpliría con él tanto si acepta como si rechaza la pretensión del demandante; en el segundo, el juez, ante la presencia de una norma permisiva aplicable a la conducta del demandado, tendría el deber de fallar rechazando la pretensión del demandante. Pero esta tesis se basa, a mi juicio, en una incomprensión de lo que lleva aparejado el que una cierta conducta no esté sujeta a norma alguna perteneciente a (o aplicable de acuerdo con) un cierto sistema normativo. Pues si una cierta conducta no se ve afectada por ninguna norma de un cierto sistema normativo eso quiere decir que ninguna norma de ese sistema es violada tanto si se realiza esa conducta como si se omite su realización. En este sentido, la disponibilidad de esa conducta para un sujeto, en relación con ese sistema de

normas, es la misma tanto si esa conducta no está regulada por ninguna norma del sistema como si la realización y la omisión de esa conducta están permitidas por alguna norma del sistema. Y esa es la razón —ya indicada así en “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”—⁵ de que las condiciones de justificación de la aceptación o del rechazo de la pretensión del demandante no sean simétricas: para la aceptación se requiere que en relación con la conducta del demandado sea aplicable una norma y éste la haya violado; para el rechazo no es preciso que la conducta del demandado constituya un caso de cumplimiento (si la norma en cuestión es de mandato) o de uso (si la norma en cuestión es permisiva) de una norma; es asimismo suficiente con que se trate de una conducta no sujeta a norma.

(3)

El tratamiento kelseniano del principio de prohibición, al que Schmill adhiere, no posibilita, sin embargo, dar cuenta de una circunstancia cuya explicación constituye, a mi juicio, un banco de

⁵ Ruiz Manero, Juan, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en Bulygin, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, *cit.*, nota 2.

pruebas decisivo para cualquier teoría del derecho. En nuestros sistemas jurídicos, algunos subsistemas (de manera específica, el derecho penal y también el derecho administrativo sancionador) incorporan el principio de prohibición como regla positiva permisiva de clausura (que permite expresamente todo lo que no prohíbe alguna otra regla del sistema) en tanto que otros subsistemas—como es la situación normal en todo el ámbito del derecho privado— no contienen tal regla positiva permisiva de clausura. E, indudablemente, la presencia de tales reglas de clausura permisivas marca una diferencia importante entre el derecho penal y el derecho civil, por ejemplo, en el que la ausencia de prohibición expresa por una regla no garantiza el que la conducta en cuestión no resulte prohibida, tras una ponderación que incluya todas las razones relevantes. Pero, en los mismos sectores del derecho, tampoco la permisiva expresa por virtud de una regla garantiza el que la conducta en cuestión no resulte asimismo, tras una ponderación que incluya todas las razones relevantes, finalmente prohibida: pues también la permisiva expresa puede verse desplazada, consideradas todas las cosas, a favor de la prohibición (y hay figuras jurídicas establecidas precisamente para operar dicho desplazamiento, como es el caso del abuso del derecho, del fraude de ley y de la des-

viación de poder).⁶ Diríamos, entonces, que la diferencia importante, a este respecto, entre el derecho penal y otros sectores del derecho —como ya indicaba en “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”—⁷ reside básicamente en que el primero es, como sistema de prohibiciones, un sistema exclusivo de reglas, mientras que en otros sectores la ausencia de reglas o la presencia de reglas permisivas puede verse desplazada, en un juicio final sobre la conducta de que se trate en un cierto caso, por consideraciones de principios. Dicho de otra forma, mientras que el sistema de prohibiciones penal es un sistema de reglas *cerrado*, el sistema de prohibiciones de otros sectores del derecho es un sistema de reglas *abierto* a las exigencias derivadas de los principios, esto es, de las razones subyacentes a las reglas. O, aun dicho de otra forma, en el derecho penal cabe excepcionar, en un juicio final que atienda a todas las razones relevantes, prohibiciones contenidas en reglas prees-

⁶ De ellas me he ocupado, junto con Manuel Atienza, en la publicación: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.

⁷ Ruiz Manero, Juan, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en Bulygin, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, *cit.*, nota 2.

tablecidas, pero no es posible transformar en juicios finales de prohibición —como sí hay ocasión en otros sectores del derecho— lo que aparece permitido por tales reglas.

(4)

Para dar cuenta cabal de la dimensión regulativa del derecho es preciso, pues, a mi juicio, hablar de ella como de una estructura de dos niveles: las reglas y los principios que las justifican (y que constituyen las razones subyacentes de aquellas). Ni qué decir tiene que si una visión de esa dimensión regulativa que la reduzca a la forma de reglas resulta a mi juicio empobrecedora, aún más empobrecedora resulta una propuesta, como la vuelta a Kelsen preconizada por Ulises Schmill, de acuerdo con la cual a la reducción precedente se añade otra, que postula que debemos reconstruir esa dimensión regulativa como compuesta únicamente por reglas que tienen como destinatarios a los órganos de aplicación y como contenido la imposición de sanciones. Los problemas que este enfoque plantea son suficientemente conocidos y ni siquiera la agudeza de Ulises Schmill consigue obviarlos: como, por limitarnos a algunos ejemplos centrales, la consideración, verdaderamente extraña, de que quien

comete un ilícito —como un homicidio o el no pago de un impuesto— no realiza una violación de una norma jurídica genuina (pues no hay más normas jurídicas genuinas que las que ordenan a los órganos imponer sanciones), sino una condición de aplicación de una norma; la afirmación, asimismo notablemente extraña, de que los órganos —como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional— no están sujetos a deberes jurídicos genuinos —por ejemplo, de aplicar la Constitución en los recursos de inconstitucionalidad de las leyes— más que cuando están estipuladas sanciones para la conducta opuesta, lo cual es ciertamente inusual en el caso de los órganos superiores; la imposibilidad consiguiente de dar cuenta de las maneras, distintas de la imposición de sanciones, cómo el derecho motiva la conducta de los órganos; la imposibilidad de distinguir entre multas —imposiciones de obligaciones de pago a órganos públicos como consecuencia de la realización de un ilícito y cuya imposición involucra un reproche— e impuestos —imposiciones de obligaciones de pago, asimismo a órganos públicos, que son consecuencia de circunstancias distintas de la realización de un ilícito y que no involucran reproche alguno—; la imposibilidad, asimismo, de distinguir entre las condiciones o antecedentes de la sanción aquellas condiciones o antecedentes comúnmente consideradas como ilíciti-

tos de aquellas otras que nadie consideraría como tales, etcétera, etcétera.

(5)

Ulises Schmill caracteriza así lo que llama la “función política” de la teoría de las lagunas normativas: se trata, en su opinión, de “incrementar las facultades decisorias de los jueces, hasta el extremo de poder olvidar y hacer a un lado a la legislación y a las otras normas generales emitidas por los otros órganos del Estado. Esto significa, en el fondo, que los jueces pueden hacer valer en las sentencias sus criterios valorativos personales, con independencia de las normas generales positivas”.

En este punto, mi posición se encuentra —como resultará ya obvio para el lector— a gran distancia del neokelsenismo de Ulises Schmill. Una teoría adecuada de las lagunas, a mi juicio, tiene como función servir para el mantenimiento de la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas, en supuestos en que el sistema de reglas presenta desajustes severos en relación con las exigencias que se derivan de los principios que constituyen sus razones subyacentes. Pues no puede descartarse por completo la posibilidad de que un cierto caso individual presente propiedades adicionales a las pre-

vistas en la regla bajo la que resultaría subsumible, y que, de acuerdo con los principios relevantes del sistema, estas propiedades adicionales exijan el desplazamiento de la solución normativa contenida en la regla *prima facie* aplicable en beneficio de una solución normativa distinta. Esto es, no puede descartarse por completo la posibilidad de que el sistema de reglas contenga una *laguna axiológica*. Como tampoco puede descartarse por completo que el sistema carezca de una regla en la cual subsumir el caso, siendo así que éste presenta propiedades que, de acuerdo con los principios relevantes del sistema exigen una regla que lo correlacione con una solución normativa de obligación o de prohibición. Esto es, no puede descartarse por completo que el sistema de reglas contenga una *laguna normativa*.⁸

Y sucede que nuestros sistemas jurídicos contienen figuras y modos de razonamiento bien establecidos para enfrentarse a estos dos tipos de situaciones. Para enfrentarse a aquellas situaciones que

⁸ Una reelaboración, en este sentido, de las nociones de laguna axiológica y de laguna normativa se encuentra en Ruiz Manero, Juan, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en Bulygin, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, cit. nota 2, donde asimismo se encuentran las referencias a las figuras y modos de razonamiento a los que se alude a continuación.

COMENTARIOS SOBRE LAGUNAS EN EL DERECHO 103

caracterizamos como de laguna axiológica los sistemas del *common law* disponen de la técnica del *distinguishing* y los de base continental han ido desarrollando las figuras del abuso del derecho, del fraude de ley y de la desviación de poder. Para enfrentarse a las situaciones que caracterizamos como de laguna normativa disponemos de las diversas modalidades del razonamiento analógico (*analogia legis* cuando el balance entre los principios relevantes exige la aplicación de una regla cuyos términos no llegan a cubrir el caso y que resulta por ello infraincluyente en relación con dicho balance; *analogia iuris* cuando ese mismo balance exige la generación de una nueva regla, aun no existiendo una regla previa que quepa considerar como infraincluyente).

El que estas figuras y modos de razonamiento, bien establecidos en nuestros sistemas jurídicos positivos, deban quedar por completo inexplicados en una concepción del derecho como la neokelseniana que Ulises Schmill postula, es, a mi juicio, y por si faltaran otras, una razón excelente para no hacer nuestra esa concepción.

RÉPLICA DE LA TESIS SOBRE LAS LAGUNAS NORMATIVAS DE JUAN RUIZ MANERO

Ulises SCHMILL

Juan Ruiz Manero, gran amigo y filósofo del derecho, creador de varios libros de gran importancia, junto con Manuel Atienza, en su interesante ensayo “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” (ACDL) realiza algunas críticas muy certeras a las tesis de Eugenio Bulygin, contenidas en su ensayo “Creación y aplicación del derecho” (CAD), críticas con las cuales coincido plenamente. Bastará la lectura de los primeros ensayos de este libro para percatarse del grado de coincidencia entre nuestras posturas. A pesar de ello, no puede concordar con la postura teórica asumida por Ruiz Manero relativa a las lagunas del derecho, declarando su presencia con base en la afirmación de que debe considerarse la existencia de principios, además de las reglas, para comprender el funciona-

miento del derecho. Las razones de mi discrepancia se encuentran en los siguientes párrafos.

Juan Ruiz Manero define así las lagunas normativas:

Un cierto caso constituye una *laguna normativa* de un cierto sistema jurídico si y sólo si 1) el sistema jurídico *no contiene una regla* que correlacione el caso con una solución normativa y 2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico *exige una regla* que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida.¹

En este breve trabajo sólo nos ocuparemos del concepto de Ruiz Manero sobre las lagunas normativas. Su tesis adolece de ciertos defectos que se mostrarán a continuación.

El fundamento teórico del concepto de las lagunas que se comenta tiene su base en la distinción fundamental existente, para nuestro autor, entre las reglas jurídicas y las razones subyacentes a las mismas, que constituyen los principios que las justifican: "...una imagen de la dimensión regulativa del

¹ Ruiz Manero, Juan. "Algunas concepciones del derecho y sus lagunas", en Bulygin, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 123.

derecho como una estructura de dos niveles: las reglas y los principios que las justifican (y que constituyen las razones subyacentes de aquéllas)”.²

Para entender que se quiere decir con estos dos niveles es necesario conocer cómo caracteriza a los principios o, lo que es lo mismo, a las razones subyacentes que justifican a las reglas, a las que identifica con las normas jurídicas. Podemos comenzar preguntando por el objeto de conocimiento de la jurisprudencia o ciencia del derecho. Puede afirmarse que dicho objeto de conocimiento son las reglas o normas jurídicas y solamente ellas. Esta es una posición posible, la que acepta Kelsen y el autor de este trabajo. O, en otra posición, que es la aceptada por Ruiz Manero, las reglas o normas jurídicas y los principios o razones subyacentes a las mismas. Con esto el panorama se complica gravemente. Si la ciencia del derecho estudia a las normas y sólo a las normas se encuentra frente a una problemática unitaria y tan sólo tiene que determinar cuáles son las notas definitorias o conceptuales para identificar los elementos que constituyen su objeto de conocimiento. Por ejemplo, en la teoría de Kelsen, su objeto de conocimiento se encuentra determinado por el concepto de normas coactivas: el derecho es un orden coactivo de la conducta hu-

² *Ibidem*, 121.

mana y, con ello, se concibe al derecho también como un orden dinámico, puesto que la coacción la aplican unos hombres sobre los bienes o los cuerpos de otros hombres, pues no se realizan de manera natural causalmente. En el concepto de “orden” se encuentra el concepto de las relaciones de las normas entre sí, con lo que puede construirse la imagen de la famosa pirámide normativa.

Según Ruiz Manero, la forma de las normas jurídicas o de las reglas es la que han expuesto Alchourrón y Bulygin, en el sentido de correlacionar un caso con una solución normativa. Esta forma de las reglas la podemos representar de la siguiente manera:

$$p \longrightarrow X^*q$$

en donde X^* está por la obligación O, por la prohibición Ph o por la permisión P. “p” constituye el antecedente (lo que Alchourrón y Bulygin llaman “el caso”) y X^*q el consecuente de la regla de derecho que contiene la solución normativa para el caso p. Es claro que el antecedente puede no ser simple, sino contener un conjunto de propiedades, que según nuestro autor siempre es cerrado. Según Ruiz Manero:

Lo característico de los principios se halla, por el lado del antecedente, en que éste no contiene otra

RÉPLICA SOBRE LAS LAGUNAS NORMATIVAS 109

cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente (se trata, pues, de normas categóricas en el sentido de Von Wright) y, por el lado del consecuente, en que éste no contiene un deber concluyente, sino meramente *prima facie* de realizar una cierta conducta.³

Tenemos, pues, reglas y principios o razones subyacentes. Las reglas establecen soluciones normativas para ciertos casos y los principios no contienen caso alguno ni un conjunto de propiedades que puedan tener una solución normativa, sino que sólo contienen en el consecuente un deber *prima facie*. Por lo tanto, en el derecho, en general, hay deberes *concluyentes* y deberes *prima facie*. Es claro que los deberes *concluyentes* contenidos en las reglas no pueden convertirse en deberes derivados de los principios, pues estos son *prima facie* y aquéllos no lo son. ¡Ah!, pero los deberes *prima facie* si pueden convertirse en deberes *concluyentes*: “Tal deber *prima facie* se transforma en deber *concluyente* siempre que, en relación con las propiedades del caso no concurra otro principio que tenga, en relación con esas mismas propiedades, un mayor peso”.⁴

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

¿Las razones subyacentes a una regla, que contienen un deber *prima facie*, se transforma en un deber *concluyente*, que son los deberes contenidos en las reglas? Es decir, parece posible que la razón subyacente a una regla se “transforma” en regla, que establece un deber *concluyente*, cuando no existe otra razón subyacente “de mayor peso”. En este caso la “imagen” de “dos niveles” queda anulada, pues el principio se convierte en regla y el deber *prima facie* se convierte en deber *concluyente*.

En realidad, Ruiz Manero considera que los principios son razones subyacentes que justifican la existencia de una regla, la cual contiene un caso definido por un conjunto de propiedades cerrado y completo. Pero parece aceptar que una misma regla tenga varios principios subyacentes, los cuales pueden excluirse unos a los otros, pues unos tienen más “peso” que otros. En el párrafo transcrito se contiene la frase “no concurra otro principio que tenga... un mayor peso”. Aquí podemos hacer varias observaciones:

Primera. ¿Cómo se determina cuál es el principio subyacente de una cierta regla? Es cierto que en ocasiones el legislador, cuando emite una ley, contiene una serie de consideraciones en lo que se denomina “exposición de motivos” que exponen las razones que han tomado en cuenta para emitir las normas que ha legislado. Algunos autores hablan del “espí-

ritu del legislador”, que es una expresión por demás imprecisa y que en ocasiones es invocada por los jueces para resolver un asunto y que solamente contiene la interpretación que el juez quiere dar a una norma que va a aplicar. Aquí lo relevante es la interpretación de un texto normativo, que intenta justificarse invocando una mítica voluntad del creador de la ley o norma aplicada. El legislador, una asamblea legislativa de quinientos diputados, es difícil que tenga una voluntad y en el caso de que la tuviera, no existe modo de determinarla, sobre todo si se ignora el nombre y la situación de los quinientos legisladores que intervinieron en el momento de la emisión de la ley, que pudo haber acontecido cien años antes. Adicionalmente, nadie puede determinar unívocamente cuáles son las razones subyacentes que justifican una cierta y determinada norma. El famoso caso de la prohibición de entrar con animales en un parque debe aclararse diciendo que puede existir una multiplicidad de posibles justificaciones, de las cuales no es posible escoger una como la correcta. Si no hay método unívoco para determinar cuál es el principio subyacente justificatorio de una norma, lo conveniente es decir que el juez o el órgano aplicador de la norma debe interpretarla en cierto sentido, dar una cierta interpretación a la norma, lo que no implica que

aceptemos la existencia de un principio como parte del orden jurídico

Segunda. Éste que acabamos de formular es un punto de especial relevancia. Siempre es conveniente determinar qué actividad se está realizando antes de afirmar la existencia de objetos específicos, que al introducirlos en las consideraciones sobre un objeto de estudio, puede generar falsos problemas. No es válido hipostasiar en un principio los criterios interpretativos que realiza un órgano jurídico cuando aplica una norma jurídica. Las razones que justifican una determinada resolución no deben ser hipostasiadas en objetos normativos distintos de las reglas de que habla Ruiz Manero. Hacer eso genera todos los problemas relativos a los principios cuyo origen se encuentra en los escritos de Dworkin. En el caso de *Riggs vs. Palmer*, tan profusamente comentado por muchos autores, la solución normativa, para emplear la terminología de Alchourrón y Bulygin, que consignó en su sentencia el juez, no constituyó aplicación alguna de ningún principio, sino que fueron consideraciones interpretativas que justificaron su decisión. Imaginemos otro caso igual en donde otro juez, aplicando las mismas normas, hubiera resuelto adjudicando la herencia del tío a favor del asesino. Podría haber afirmado que las reglas civiles que regulaban la herencia contenían principios subyacentes contradic-

torios, dado que dos jueces distintos habían resuelto de manera diversa un caso cuyas propiedades definitorias eran iguales. Igualmente, ¿cuál sería el principio subyacente en el caso de que la sentencia de *Riggs vs. Palmer* fuera revocada por un tribunal de apelación? Un juez acepta que nadie puede beneficiarse de su propia conducta delictiva, mientras que el otro juez o el tribunal de apelación pudieron haber considerado que las normas que regulan el homicidio no deben influir en la aplicación de las normas de carácter civil que regulan la herencia. Estas interpretaciones no deben sustancializarse y considerar que existen principios que operan junto a las reglas.

Tercera. Si hay varios principios que pudieran aplicarse, bajo el supuesto no concedido de que pudieran determinarse unívocamente, si no son contradictorios, ¿cómo se determina el peso de cada uno?, ¿debe entenderse por el peso de un principio su preferencia aplicativa en un caso determinado? ¿cuándo tienen el mismo peso y cuándo, en qué circunstancias, tienen un peso diferente? El concepto de “peso” de un principio es una metáfora poco ilustrativa e indeterminada. Todas estas indeterminaciones y vaguedades hacen que la palabra “principio” sea una palabra que no contiene connotación alguna, es una palabra vacía de significado.

Cuarta. Por otra parte, ¿qué es un deber *prima facie*?

En su libro *Ilícitos atípicos* escrito en unión de M. Atienza encontramos el siguiente párrafo que puede arrojar alguna luz sobre lo que entienden por principios y que puede demostrarse que contiene una concepción no exacta del fenómeno normativo que intentan explicar:

Pero, por otro lado, los principios cumplen también una función de regulación de la conducta, especialmente de la conducta consistente en establecer normas o en aplicar las normas existentes a la resolución de casos concretos... Lo característico de los principios se halla en que en su antecedente o condición no se contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente; y en este último, o solución normativa, se contiene una prohibición, un deber o una permisión *prima facie* de realizar una cierta acción (en el caso de los principios en sentido estricto) o de dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible (en el caso de las directrices o normas programáticas). Así, el principio de libertad de expresión (entendido como principio dirigido a los órganos públicos) establece que siempre que se dé una ocasión de expresar pensamientos, ideas u opiniones, y si no concurre otro principio que en relación con el caso

tenga un mayor peso y opere en sentido contrario, está prohibido establecer prohibiciones u obligaciones relativas a esas conductas, impedir de algún modo su realización o imponer sanciones como consecuencia de las mismas.⁵

Hay una explicación de estos fenómenos normativos más completa y exacta. Las normas constitucionales, que establecen los llamados “derechos fundamentales” como el reseñado por nuestros autores, no constituyen principio alguno en cuyo antecedente sólo se dé la propiedad de que haya una oportunidad de realizar una cierta acción. Estas disposiciones son reglas en el sentido de Ruiz Manero, en toda la extensión de la palabra, sólo que establecen los contenidos *necesarios*, *excluidos* o *potestativos* de las normas que van a ser creadas por los procedimientos y los órganos establecidos con esas facultades. Estas normas que establecen facultades pueden expresarse con la forma ortodoxa de las reglas de Alchourrón y Bulygin, es decir, como enunciados condicionales, en cuyo antecedente existe un conjunto de propiedades cerrado y completo y cuya solución normativa no es una prohibición, ni una obligación ni una permisión,

⁵ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 18 y 19.

sino una facultad, entendida como aquella regla o norma que determina el acto o proceso de creación de otra u otras normas y determina sus contenidos en las formas especificadas, como contenidos *necesarios*, *excluidos* o *potestativos*. La forma de estas reglas es la siguiente, simplificando las propiedades que definen el caso:

“p (elección de los diputados) —► F (proc. legislativo y determinación de contenidos) q (leyes)”.

El parlamento, el congreso o las cortes, están facultadas para emitir leyes por medio del proceso legislativo y el ejercicio de estas facultades se encuentra limitado en su materia por los contenidos *necesarios*, *excluidos* o *potestativos* incluidos en la Constitución. No tienen prohibición alguna, porque en el caso de que emitan una norma o ley válida y presumiblemente inconstitucional por no haber seguido el proceso legislativo con toda regularidad o que la ley tenga un contenido contrario al determinado como *necesario*, *excluido* o *potestativo*, no se suscita sanción alguna contra los diputados o representantes integrantes del cuerpo legislativo, sino que, por el contrario, puede intentarse por el afectado una acción de inconstitucionalidad de la ley y obtener una sentencia anulatoria de la misma con efectos generales o particulares para el caso del sujeto que intentó la acción jurisdiccional, como acon-

tece con el amparo en México. En resumen, el contenido *necesario* no es una obligación para el órgano legislativo, el contenido *excluido* no es una prohibición y el *potestativo* no es una permisión, sino que son modalidades del concepto jurídico fundamental de la facultad, que no puede ser explicado con esos conceptos deónticos. Conforme a la tesis de que el derecho es un orden coactivo, debe afirmarse que la determinación de los contenidos *necesarios* de las normas inferiores a la Constitución, no es una obligación, pues ésta se entiende en relación sistemática con las normas que imponen sanciones. Decir que la determinación de los contenidos de las normas inferiores de manera *necesaria* es una obligación supone la exposición del concepto de obligación que se tenga, lo que no hacen los autores que mantienen la obligatoriedad de las normas constitucionales. Algo similar debe decirse respecto de los contenidos *excluidos* por la Constitución, pues quien afirme que son prohibiciones, tendría que mostrar cuál es el concepto de prohibición que sostiene y que dicho concepto de prohibición es aplicable a esos contenidos constitucionales. No insistiré más sobre ello.

Todo lo anterior ha tenido por objeto rechazar la concepción de los principios como parte integrante del orden jurídico, con la finalidad de demostrar que el objeto de conocimiento de la jurisprudencia

o ciencia del derecho es el conjunto de normas o reglas que integran un orden jurídico.

Dado lo anterior, volvamos a la definición de laguna jurídica que proporciona Juan Ruiz Manero:

Un cierto caso constituye una *laguna normativa* de un cierto sistema jurídico si y sólo si 1) el sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y 2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida.⁶

Si el sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con la solución normativa, simplemente la conducta que se considere es una conducta que le está permitida al sujeto, por el principio de permisión débil. Si el sistema de reglas es deficitario en relación con las razones subyacentes, entonces, de cualquier manera existe una descripción del sistema señalando que una cierta conducta está permitida, en la medida que no es obligatoria ni prohibida. En relación con esa conducta, el jurista, con base en una posible interpretación de las reglas del orden respectivo en las que, por medio de una substancialización o hipóstasis

⁶ Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, nota 1.

de su interpretación, quiere que se dé una solución normativa distinta de la que de hecho tiene, como conducta permitida. Adviértase la terminología usada por Ruiz Manero: “exige una regla”. Es decir, el jurista que afirme la existencia de una tal laguna normativa lo que propone es que desea, quiere, exige, que se legisle de manera tal que la conducta respectiva sea establecida como obligatoria o prohibida, aduciendo razones subyacentes que supone se encuentran en la base justificatoria de las otras normas del sistema. El jurista que afirma tal laguna normativa, en realidad, está hablando de *lege ferenda*. Son las lagunas axiológicas de que habla Kelsen.

Si se afirma tal laguna normativa con base en los supuestos principios subyacentes justificatorios y el órgano aplicador de las normas en el caso de un conflicto cualquiera sometido a su resolución se convence de que existe una laguna normativa, con base en las teorías sobre las lagunas, se puede ver tentado a emitir una sentencia en la que determine como obligatoria o prohibida esa conducta, con lo que se extiende la facultad del juez de resolver a su arbitrio, sin tener como fundamento a las normas positivas de un orden jurídico. La función de esta teoría de las lagunas normativas es extender el rango de facultades jurisdiccionales de los jueces, permitiéndoles resoluciones que no se encuentran fun-

damentadas en las normas positivas del orden jurídico. Es la invasión en el derecho positivo de una especie de iusnaturalismo.

Dice Ruiz Manero en el caso de Atria, comentado por Bulygin:

De otro lado, es obvio en el ejemplo que cada uno de los cónyuges tiene un interés en que el otro le acompañe al lugar de vacaciones elegido por él (o ella). El marido tiene un interés en que la esposa lo acompañe a Francia y la esposa tiene un interés en que el marido la acompañe a África del sur. Hay, pues, aquí, un genuino conflicto de intereses. Y un conflicto de intereses que el derecho no soluciona. No hay, sin embargo, a mi juicio laguna alguna.⁷

La solución es correcta, desde mi punto de vista. Ninguno de los esposos está obligado a aceptar el interés del otro ni tiene prohibido rechazarlo. Simplemente, tiene permitido aceptar o no aceptar la proposición del otro cónyuge. No hay laguna normativa. No se soluciona el conflicto entre los cón-

⁷ Ruiz Manero, Juan. “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en Bulygin, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, *cit.*, nota 1, p. 124.

yuges, pero un conflicto no resuelto no es una laguna jurídicamente.

Es correcto afirmar que en un caso de celebración de un contrato ninguno de los contratantes se encuentra sometido al otro, pues se trata de la facultad de celebrar un contrato, facultad, no de ejercicio obligatorio, como en el caso de los jueces, sino de ejercicio potestativo, como acontece con los legisladores:

Es claro que en la negociación, por ejemplo, de un contrato de compraventa, el potencial comprador tiene un interés en fijar un determinado precio y el potencial vendedor tiene un interés en fijar un precio más alto. Hay aquí, pues, un claro conflicto de intereses. Y un conflicto de intereses que el derecho, claramente, no resuelve: pues cada una de las partes tiene el *privilegio* de no aceptar el precio propuesto por la otra parte y, a la vez, *no* tiene *derecho* a exigir a la otra parte que acepte el precio que él propone. El sistema jurídico podría, desde luego, resolver semejantes conflictos de intereses configurando la relación correspondiente (entre comprador y vendedor, o entre esposos) como una relación de potestad/sujeción, esto es, ubicando a una de las partes en posición dominante.⁸

⁸ *Ibidem*, pp. 124 y 125.

Pero, si el juez o el legislador, como acontece con el Código Civil suizo, acepta la teoría de las lagunas normativas y se siente obligado a resolver el conflicto de intereses, podría establecer la relación dominante a favor de cualquiera de las partes, sin tomar en consideración las normas positivas del derecho aplicable, introduciendo en el sistema del derecho positivo posiciones valorativas inventadas por él, que no son otra cosa que invasiones iusnaturalistas en el derecho positivo, creando gran inseguridad jurídica, pues no es previsible para las partes determinar las valoraciones subjetivas del juez, hechas con base en los principios subyacentes justificatorios de otras normas del sistema.

Pero ¿sería válido afirmar que existe una laguna normativa si con base en las razones subyacentes el juez decidiera que la esposa debe ir a Francia acompañando al marido, en virtud de que el principio de igualdad prevalece en las relaciones matrimoniales y el año anterior el marido aceptó la proposición de la esposa de viajar a las islas griegas? Obsérvese que no hay regla al respecto y que el juez estaría introduciendo criterios y decisiones que no se encuentran fundadas en normas positivas de derecho. El rango de facultades del juez se ha extendido sin base en el derecho positivo. La aceptación de las tesis de los principios y de las lagunas

normativas se introduce en el derecho positivo y tiene repercusiones importantes en la vida jurídica, aumentando la inseguridad normativa en un grado considerable. El agua de las lagunas entra por los huecos que crea el iusnaturalismo disfrazado y oxidada y confunde la relativa y precaria seguridad normativa que proporciona el derecho positivo.

Una última indicación: todas las observaciones anteriores se encuentran formuladas bajo el supuesto de considerar al derecho como un orden dinámico de normas, en el sentido de la tesis de Merkl-Kelsen, y del carácter, para emplear una palabra muy expresiva usada por Luhmann, *autopoiético* del derecho, en el sentido de que la progresiva individualización de las normas superiores tiene carácter constitutivo, de manera que los hechos y actos jurídicos son creados en los procesos jurídicos. No hay actos y hechos jurídicos en sí mismos, sino sólo actos y hechos jurídicamente constituidos en los procesos establecidos por el derecho mismo.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.

BULYGIN, Eugenio, “Creación y aplicación del derecho”, en BULYGIN, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

RUIZ MANERO, Juan, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en BULYGIN, Eugenio *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

La presente obra contiene una polémica dada entre un profesor español y uno mexicano sobre el controvertido tema de las lagunas normativas en el derecho. El profesor español es Juan Ruiz Manero, conocido ampliamente en todo el ámbito de habla española por sus numerosos libros y ensayos, muchos de ellos elaborados conjuntamente con el profesor Manuel Atienza; el profesor mexicano es Ulises Schmill, catedrático conocido fundamentalmente por su aceptación y difusión de las tesis positivistas de Hans Kelsen.

Es notable el número de coincidencias en diversas tesis que se discuten entre los dos autores de estos ensayos, en especial frente a posturas como la del filósofo argentino Eugenio Bulygin y Fernando Atria. Las discrepancias no son menos fundamentales, pues Ruiz Manero afirma la existencia de lagunas en el derecho con base en la aceptación de posturas como las del norteamericano Ronald Dworkin y Frederick Schauer, mientras que Schmill niega la existencia de las lagunas normativas con base en consideraciones de carácter radicalmente positivistas.



www.juridicas.unam.mx



ISBN 978-970-32-3932-0



9 789703 239320 >