

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 Uli- ses 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 permisión 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 permisión 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.