

## 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.<sup>1</sup>

Si esto es así con la percepción, cuánto más será con los conceptos y las teorías. En un bello libro de divulgación de la ciencia<sup>2</sup> 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 10<sup>23</sup>, donde 10<sup>23</sup> 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-

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

<sup>2</sup> 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”.<sup>3</sup>

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,

<sup>3</sup> 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 ( $FR = PR \cdot P\sim R$ )”.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> 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)”.<sup>5</sup>

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

<sup>5</sup> *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)”.<sup>6</sup> 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”.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>8</sup> *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.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

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-

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>10</sup> *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 creara 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”.<sup>11</sup>

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-

<sup>11</sup> 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,<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> Sin embargo, podemos decir que la función

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

<sup>13</sup> 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 1911<sup>14</sup> expone las consideraciones que lo llevaron a postular la hipótesis de que el derecho es un orden coactivo de la conducta humana.<sup>15</sup> 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-

<sup>14</sup> 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).

<sup>15</sup> 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:<sup>16</sup>

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

<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

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-

<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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.

<sup>18</sup> *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.<sup>19</sup>

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-*

<sup>19</sup> *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*.<sup>20</sup> 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.

<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

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.<sup>23</sup> 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

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

<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

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-

<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup>

#### 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

<sup>25</sup> 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.