

## 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*.<sup>1</sup>

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-

<sup>1</sup> 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*<sup>2</sup> 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

<sup>2</sup> 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...*<sup>3</sup>

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

<sup>3</sup> 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).<sup>4</sup> 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-

<sup>4</sup> 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”,<sup>5</sup> 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

<sup>5</sup> 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 Bulygin<sup>6</sup> 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.

<sup>6</sup> 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,<sup>7</sup> 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

<sup>7</sup> 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*.<sup>8</sup> 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

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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-

<sup>9</sup> 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*.<sup>10</sup> 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

<sup>10</sup> 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”.<sup>11</sup>

Para comprender el alcance de la tesis de Raz, nada mejor que un ejemplo suministrado por él mismo.<sup>12</sup> Supongamos una norma<sup>13</sup> (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

<sup>11</sup> 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.

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

<sup>13</sup> 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”.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> *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.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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

<sup>16</sup> 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”.<sup>17</sup> 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

<sup>17</sup> 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*<sup>18</sup> 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*.<sup>19</sup>

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-

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

<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> 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-

<sup>20</sup> *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.

sos.<sup>21</sup> 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

<sup>21</sup> 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 Hart<sup>22</sup> 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 Schauer<sup>23</sup> 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-

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

<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> Los conflictos de intereses no resueltos por

<sup>24</sup> 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,<sup>25</sup> 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-

<sup>25</sup> 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.