SOBRE "CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO" DE EUGENIO BULYGIN

por Manuel Atienza

1.

Discutir con Eugenio Bulygin es siempre una operación de alto riesgo. No conozco a nadie que haya osado poner en cuestión alguna de las tesis que él considera centrales en su concepción del Derecho y que haya salido, por así decirlo, indemne de la batalla. Quienes asumen en relación con su obra (con el paradigma de *Normative Systems)* un punto de vista, por así decirlo, interno y aceptan las tesis fundamentales del mismo tienen, desde luego, mucho que temer de Eugenio si lo que dicen carece del rigor necesario (que él juzga necesario y que suele suponer una medida bastante elevada); pero pueden encontrar en él una actitud abierta y receptiva hacia las críticas: el requisito para ello, como digo, es que se trate de una crítica interna, que no se salga del paradigma. Pero los críticos externos (los no-bulyginianos) tenemos las cosas mucho peor. Yo diría que francamente mal. Como Eugenio no es un sectario, y sí una persona generosa y que ama la discusión, no suele escatimar epítetos del tipo de "excelente artículo", "lindísimo trabajo" o incluso "obra de arte", pero esas afirmaciones son, para él, perfectamente compatibles con "pernicioso", "completamente equivocado" o "que incurre en cierta incongruencia".

No es la primera vez que discuto con Eugenio. En la última ocasión en que lo hice, él entendió (en su contestación escrita) que yo empleaba "un tono conciliador" que le había "descolocado" y obligado a "moderar...mi habitual agresividad para tratar de alcanzar el mayor grado de acuerdo posible" (Moreso y Redondo 2007.,p. 173). Pero, claro está, eso iba acompañado, unas pocas líneas después, del juicio de que las críticas que yo le dirigía "están basadas en algunos prejuicios y/o malentendidos" (p. 174). En todo caso, lo que él interpretó como "tono conciliador" de mi artículo consistía básicamente en que yo consideraba (y sigo considerando) que la teoría del Derecho de Bulygin tiene una notable (admirable) coherencia interna, pero falla por el tipo de teoría que es; o sea, que lo que hay que discutir con él son más bien cuestiones metateóricas que teóricas; o, si se quiere, que las críticas a hacerle son precisamente críticas externas efectuadas desde otra concepción del Derecho y de la teoría jurídica.

2.

Como acabamos de oír, la exposición de Eugenio Bulygin se dirige fundamentalmente contra lo sostenido por Fernando Atria y Juan Ruiz Manero en diversos trabajos que forman parte de un libro colectivo titulado *Lagunas del derecho* (Marcial Pons, 2005) y en el que participaron también, además del propio Eugenio Bulygin (su presentación en este seminario es, por un lado,

una síntesis y, por otro, una ampliación de su contribución en ese libro), Pablo Navarro, Jorge Rodríguez y José Juan Moreso. Quizás no sea necesario añadir que la postura de los tres últimos era favorable (o, al menos, no contraria) a las tesis de Eugenio; Moreso, por ejemplo, termina su contribución afirmando que la noción de sistema normativo de *Normative Systems* es "independiente de nuestra posición acerca de la naturaleza del derecho y compatible, por lo tanto, con el iusnaturalismo y con el iuspositivismo" (p.203). En cualquier caso, y a pesar de que muchos de (por no decir, todos) los puntos tratados aquí por Bulygin han sido analizados y discutidos con extraordinario detalle y agudeza en esa obra, yo me referiré a ella exclusivamente a efectos de aclarar algún aspecto de lo sostenido por Atria, Ruiz Manero y el propio Bulygin.

2.1.

La tesis fundamental de Atria es –me parece- la de que "las lagunas normativas, en caso de existir, no implican que el juzgador tenga discreción" (Atria y otros 2005, p. 46). Lo que quiere decir con ello es que los jueces no tienen discreción en sentido fuerte (más o menos, en el sentido en que lo entendió Dworkin), o sea, que en los casos difíciles (por ejemplo, en los supuestos de laguna) el juez propiamente no "crea" Derecho, sino que "adecua" o desarrolla las reglas existentes y que para ello necesita utilizar argumentos morales no basados en fuentes (p. 67). Su crítica, por lo tanto, va dirigida contra la tesis de Bulygin de que en los supuestos de laguna normativa o de conflicto de normas (cuando no es aplicable ni el criterio de jerarquía ni el de especialidad o posterioridad) los jueces tienen discreción, pueden decidir en un sentido o en otro (aceptando o rechazando la demanda), con el único límite de que, para justificar su decisión, tienen que apoyarse en una norma general creada por ellos y que funja como premisa mayor en la que subsumir el correspondiente caso. A mí me parece que en esto Atria (y Ruiz Manero) llevan razón y diría incluso que la argumentación de Bulygin para negarlo hace pensar en que está cometiendo una falacia: al discutir los tres ejemplos propuestos por Atria (pp. 41-42), da la impresión de que pasa de constatar que es posible construir argumentos en ambos sentidos (a favor de aceptar -el abogado del demandante- o de rechazar la demanda –el abogado del demandado-), a dar por sentado que los dos argumentos son igual de buenos, o sea, que no hay razón para considerar a uno mejor (o peor) que el otro.

También me parece que tiene razón Atria cuando subraya que para entender su polémica con Bulygin (en general, el problema de las lagunas en el Derecho), hay que ir al trasfondo de la misma, a la concepción positivista del Derecho defendida en *Normative Systems* y en el resto de la producción de Bulygin. Este es, de nuevo, un punto central de lo defendido por Dworkin en *Los*

derechos en serio. Con la agudeza que le caracteriza, Dworkin se plantea ahí el siguiente problema: "Si la teoría de la discreción judicial de los positivistas es trivial porque usa el término "discreción" en un sentido débil, o bien carece de fundamento porque los diversos argumentos que podemos aportar en su apoyo son insuficientes, ¿por qué la han adoptado tantos juristas cuidadosos e inteligentes?" (Atria y otros 2005, p. 92). Que resuelve así: "si un abogado [un jurista] entiende el derecho como un sistema de normas [reglas] y reconoce sin embargo, como debe, que los jueces cambian las viejas normas e introducen otras nuevas, llegará naturalmente a la teoría de la discreción judicial en el sentido fuerte" (p. 93). O sea, que es la concepción del Derecho como conjunto de reglas lo que lleva a sostener que, en caso de laguna, el juez tiene discreción.

Lo que, sin embargo, puede resultar más discutible es la manera como Atria justifica su posición. Para decirlo rápidamente, su argumentación (de una agudeza y sutileza incuestionables) resulta quizás excesivamente artificiosa y, en algún aspecto, presenta debilidades que han sido hábilmente aprovechadas por Bulygin. En concreto, hay cuatro elementos o pasajes que juegan un papel importante en la defensa de su tesis y que Bulygin critica con cierta razón. Las tesis de Atria, telegráficamente expuestas, serían:

A) Debe hacerse una diferencia entre estas dos preguntas: 1) ¿qué establece el Derecho para un caso genérico?; y 2) ¿cuál es la solución correcta para este caso concreto (para un caso individual incluido en el caso genérico)? Atria considera que se trata de la misma diferencia que, en términos de Raz, habría entre los "enunciados jurídicos puros" y los "enunciados jurídicos aplicados". Bulygin (y Alchourrón) sostendrían según él, equivocadamente, que una respuesta a 1) es también una respuesta a 2) (p. 18)

B) Lo característico o distintivo de la actividad judicial no es resolver conflictos, sino proveer determinaciones autoritativas del hecho de la violación de normas primarias (en el sentido de Hart); o, dicho de otra manera,"la determinación de la realización (o no) de los hechos operativos de una regla válida y de las consecuencias de ello para el caso" (p. 56-7). Eso parece tener como consecuencia que la actividad judicial debe verse en términos auto-referentes, que el juez no debe buscar una orientación hacia el sistema social.

C) Hay una asimetría (en los casos civiles) entre acoger y rechazar la demanda: "para acoger la demanda (declarar que hay consecuencias jurídicas que se siguen de los hechos que la constituyen) el juez requiere una regla válida; para rechazarla (declarar que no hay consecuencias jurídicas que se sigan de ciertos hechos), el juez no requiere regla alguna" (p. 65).

D) Es importante mantener una diferencia (que sería oscurecida si se adopta una postura como la de Bulygin) "entre el juez que adecua la aplicación al caso particular de una norma cuya validez no discute (el caso insignia de Dworkin "Riggs v. Palmer" es un buen ejemplo de esto) y el juez que cree que su deber moral es violar el derecho porque éste es demasiado injusto. La diferencia entre estas posiciones es importante porque sólo si las distinguimos es posible dar plausibilidad a la idea de *fidelidad* a la ley" (p. 48).

Frente a ello, los argumentos aducidos por Eugenio Bulygin vendrían a ser:

Ad A) Si el Derecho es un conjunto de normas (de reglas) y no hay ninguna que regule un determinado caso genérico, entonces tampoco está regulado el caso individual perteneciente a ese caso genérico. El Derecho no establece, en consecuencia, ninguna solución para ese caso individual.

Ad B) Es cierto que hay una diferencia entre el Derecho penal (liberal) y el Derecho civil (entendida esta última expresión en sentido muy amplio). En el primero no habría lagunas, puesto que hay una regla de clausura. La tesis de la discrecionalidad judicial (la tesis defendida por Bulygin) vale, en consecuencia, donde puede haber lagunas. En los procesos civiles (los no penales) "cuando son contradictorios siempre hay conflictos de intereses que el juez debe resolver. El conflicto en un juicio civil consiste en que el actor pretende que el demandado debe hacer algo(...) y el demandado niega que tenga tal obligación" (p. 39).

Ad C) Tanto cuando se admite como cuando se rechaza la demanda, la decisión del juez es una norma individual (no una proposición normativa). Para justificar esa norma se necesita usar como premisa una norma general. Si esa norma no existía previamente (se trata de un caso de laguna), el juez, para justificar su decisión, tiene que haberla creado.

Ad D) El concepto de laguna normativa es relativo. Lo esencial es determinar cuáles son las *propiedades relevantes* en relación con las cuales se dice que existe una laguna en el sistema. En *Normative Systems* se distinguía entre las propiedades que son de hecho relevantes y las que deberían ser relevantes conforme a un criterio valorativo del intérprete; cabe hablar, en consecuencia, de relevancia descriptiva y relevancia prescriptiva. Bulygin reconoce, siguiendo a Rodríguez (2002), que hay "dos sentidos en los que puede hablarse de relevancia descriptiva: una propiedad puede ser relevante para el sistema normativo dictado por el legislador y también puede ser relevante para el sistema valorativo que subyace a la actividad del legislador" (p. 82). Eso permitiría distinguir entre enunciados en los que se critica al sistema normativo por no haber dado relevancia a una propiedad que en la opinión del intérprete debería tenerla (relevancia prescriptiva) y enunciados interpretativos, en los que se interpretan las normas a la luz del

sistema de valores del legislador; estos últimos enunciados son descriptivos y susceptibles de ser verdaderos o falsos; el juez que usa ese enunciado en la justificación de una decisión no estaría, por tanto, creando nada (se mantendría fiel al Derecho establecido).

Pues bien, me parece que el camino más expedito para llegar a donde –me parece- pretende Atria llegar consiste en partir de una concepción del Derecho, según la cual:1) el Derecho no es simplemente un conjunto de reglas, sino de reglas y principios; 2) en las normas puede distinguirse un aspecto directivo y otro justificativo (no importa únicamente lo establecido como obligatorio, prohibido o permitido, sino también las razones subyacentes para ello); 3) el Derecho no es sólo un sistema (un conjunto de normas), sino también una práctica. Estas son ideas que Juan Ruiz Manero y yo hemos defendido en varias trabajos conjuntos, como *Las piezas del Derecho* e *Ilícitos atípicos*, y que están muy presentes (quizás con la excepción de la tercera) en el planteamiento de Ruiz Manero en su crítica a Bulygin. Sin embargo, me parece que Juan no ha extraído todas las consecuencias a las que conduce ese planteamiento. Veámoslo.

2.2.

Ruiz Manero arranca en su brillante artículo (digamos, en la parte expositiva del mismo) señalando que la concepción de Bulygin (y Alchourrón: en *Normative Systems*) supone ver el Derecho como un conjunto de reglas (entendidas como correlaciones entre casos genéricos y soluciones). Según esa visión, frente a un caso individual puede ocurrir que el mismo sea subsumible en una regla o que no o sea. Si no lo es (y es un caso jurídicamente relevante), el juez tiene discreción (discreción en sentido fuerte).

A la tesis de Bulygin, Ruiz Manero le opone dos primeras críticas que tienen que ver con las consecuencias inaceptables que se siguen de esa manera de ver el Derecho:

1) "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" (p. 109). O sea, no habría propiamente casos difíciles o, si se quiere, la solución de los mismos no cae dentro de lo que puede entenderse por "método jurídico".
2) Al igual que ocurre con el planteamiento de Raz (pero por otras razones), la aproximación de Bulygin da una imagen del Derecho "fuertemente contrastante con las creencias compartidas por los juristas" (p. 111). Para estos últimos (a diferencia de para Bulygin y Alchourrón en la mencionada obra) los desacuerdos aparecen "como genuinos desacuerdos *jurídicos* y no como meros contrastes de preferencias personales" (p. 112). Ruiz Manero se anticipa aquí a la posible objeción de Bulygin de que bien pudiera ser

que fueran los juristas los que se equivocan en su visión del Derecho, de la misma manera que son los "fanáticos religiosos" los que yerran en cuanto al origen del hombre: "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" (p. 112).

En la segunda parte de su trabajo, Ruiz Manero defiende una "visión alternativa" en relación con la de Bulygin: rechaza la tesis de la discreción fuerte y "reformula" los conceptos de laguna normativa y de laguna axiológica que aparecen en *Normative Systesm.* Pero antes de hacerlo muestra su discrepancia con Bulygin en relación con los dos siguientes extremos:

1) El primero es el del *status* normativo de las acciones no reguladas por el Derecho. El objetivo de Ruiz Manero aquí es oponerse a la distinción trazada por Bulygin y Alchourrón entre permisos fuertes (explícitos) y débiles: "la relevancia de las reglas permisivas [permisos fuertes] parece poder explicarse enteramente en términos de reglas prohibitivas, de derogación o excepción de las mismas y de definiciones" (p. 119); "la ausencia de regulación (de prohibición [el permiso débil]) y la permisión [fuerte] son situaciones equivalentes para el sujeto" (p. 119); "la no regulación equivale pragmáticamente a la regulación permisiva" (p. 123).
2) El segundo se refiere a que, en su opinión, en los juicios civiles no hay una simetría entre aceptar y rechazar la demanda: "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 (...) es (...) suficiente con que se trate de una conducta no sujeta a norma" (p. 119).

Despejados así lo que considera "obstáculos preliminares" (p. 118), Ruiz Manero procede a construir su "visión alternativa" que entiende como "adaptaciones (o reformulaciones) de los conceptos correspondientes que encontramos en *Normative Systems*" (p. 126). Consiste en definirlos así:

"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"

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 derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante". (p. 123)

Pues bien, aunque mi opinión sobre el asunto o es coincidente con, o muy parecida a, la de Juan Ruiz Manero, me parece que, en su exposición, éste ha ofrecido también algún flanco débil oportunamente explotado por Eugenio Bulygin. Dicho con más precisión: sus dos primeras críticas iniciales me parecen enteramente acertadas; las tesis intermedias son discutibles o, por lo menos, no están expuestas con toda la claridad deseable; y su "visión alternativa" se queda corta: en este último punto es como si Juan se hubiera visto aquejado por una especie de "temor reverencial" que le ha impedido mostrar en toda su extensión sus diferencias con Eugenio.

En relación con el estatus normativo de las acciones no reguladas, Eugenio tiene, en mi opinión, razón al afirmar que sí que hay una diferencia pragmática entre la no regulación y la regulación permisiva, aunque es posible que yo entienda lo de "diferencia pragmática" en un sentido distinto a Eugenio. Aunque en los dos casos pueda decirse –como lo afirma Juan- que "el sistema no impone restricción alguna sobre la conducta" (p. 118), lo que parece obvio es que para llegar a esa conclusión, a ese juicio, las cosas son –o pueden ser- muy distintas en un supuestos y en otro; digamos que, al menos normalmente, el esfuerzo argumentativo requerido será menor cuando existe una permisión expresa, lo cual supone una diferencia pragmática importante. Y en cuanto a lo de la no simetría entre las sentencias de condena y las absolutorias, yo diría que a Eugenio no le falta tampoco razón al sostener lo que sostiene (y con lo que tampoco Juan discreparía): "ambas requieren que su parte dispositiva contenga una norma y no una mera proposición normativa" (p.8 del texto del seminario), o sea, la justificación de un enunciado normativo singular requiere necesariamente una premisa normativa de carácter general. Con lo que no estoy de acuerdo es con la consecuencia que Eugenio extrae de ello y con la que termina su texto: "y, por lo tanto, los jueces tienen discreción en los casos de lagunas normativas".

En realidad, es muy posible que, en relación con estos dos puntos, no haya una verdadera discrepancia entre Eugenio y Juan y que se trate más bien de malentendidos en

relación con cuestiones pertenecientes a la categoría de lo que Juan acostumbra a llamar "quisicosas": quisicosas, en este caso, de los –o de ciertos- filósofos del Derecho que probablemente no interesen a un público de juristas más amplio; en todo caso, me parece que esa discusión no afecta al fondo de la cuestión, por lo que quizás sea mejor dejarlas al margen.

Voy a la "visión alternativa" propuesta por Juan. La primera observación que cabe hacer es que, para considerar que sus dos definiciones constituyen en realidad una alternativa a lo sostenido por Bulygin, Ruiz Manero procede a una "restricción" en su definición de laguna normativa que suena un poco *ad hoc* y que consiste en restringir la existencia de lagunas normativas a los supuestos en los que (requisito (2)) el balance de razones exigiría una regla de mandato; excluye, pues –como en seguida lo aclara- los casos "no cubiertos por una regla pero en relación con los cuales el balance de los principios relevantes del sistema determinaría que esta permitiese tanto la realización como la omisión de la conducta" (p. 123). Eso le permite afirmar que no sería una laguna el dichoso caso de las "vacaciones matrimoniales"[1], pero la verdad es que no se entiende bien por qué. Quiero decir que parecería más lógico poner como requisito para que pueda hablarse de laguna el que el caso sea relevante para el sistema jurídico (y si el balance de los principios relevantes del sistema determina que está permitido tanto realizar como omitir la conducta –plegarse o no plegarse a los deseos del otro cónyuge-, entonces parece que ese caso sí que es relevante). Por lo demás, cuando digo que sus definiciones quizás no sean una alternativa a la visión de Bulygin, no me refiero al Bulygin de *Normative Systems*, sino al que acepta los dos sentidos de "relevancia descriptiva" antes mencionados. Me parece, por cierto, que con esa concesión Eugenio abre una vía importante de aproximación hacia las tesis de sus críticos.

La segunda observación es que la reformulación llevada a cabo por Juan (y, como digo, probablemente aceptable en lo fundamental por Eugenio) supone en realidad liquidar la distinción (la relevancia de la distinción) entre lagunas normativas y lagunas *axiológicas*, puesto que la determinación de ambas supone efectuar un juicio axiológico, un juicio de valor. Parece obvio que el concepto fundamental a definir tendría que ser uno que abarcase como especies suyas (junto, quizás, con otras especies) ambas situaciones y que vendría a ser algo así como el de "desajuste entre las reglas y sus razones subyacentes".

---

[1] "Considérese el caso siguiente: no hay regla del derecho escocés que especifique dónde una pareja de recién casados debe pasar sus vacaciones. Imaginemos que él quiere ir a Francia, pero ella quiere ir a Sudáfrica. Ellos tienen un conflicto de intereses, porque (imaginemos adicionalmente) ambos tienen que y quieren viajar juntos. Imaginemos por último que él la demanda, y solicita a la jueza que falle en su favor imponiéndole a ella la obligación de ir a Francia. ¿Qué dirá la jueza? Ella probablemente dirá que no existe ninguna regla aplicable, por lo que debe rechazar la demanda." (Atria, *Sobre las lagunas*, en Atria y otros 2005, p. 17)

4.

Paso entonces a sugerir algunos elementos (algunas tesis) que, en mi opinión, tendrían que vertebrar una visión verdaderamente alternativa a la de Eugenio Bulygin.

1)En contra de lo defendido por Bulygin y Alchourrón en *Normative Systems*, la visión del pensamiento jurídico "tradicional", negando la existencia de lagunas (de lo que ellos llaman "lagunas normativas") es básicamente acertada. La afirmación que hace un civilista como Jesús Delgado[2] al respecto me parece plenamente compartible: "En un ordenamiento como el nuestro, en el que son fuentes, junto a la ley y la costumbre, los principios generales (1.4 Cc.), y en que "Los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido" (art. 1.7 Cc.) no hay lagunas. Las de la ley, se colman con la analogía y los principios." Frente a ese argumento (que podría sintetizarse así: no hay lagunas, porque hay jueces) Alchourrón y Bulygin objetaban (en *Normative Systems* –ed. española, p. 182) lo siguiente: "¡Esto es exactamente lo mismo que afirmar que un traje no puede tener agujeros porque el sastre siempre puede remendarlos! Como dice Carrió: "No parece serio...sostener que no hay lagunas porque los jueces las colman" ".

Ahora bien, ese contraargumento, que al lector desprevenido de *Normative Systems* puede parecerle irresistible, deriva su fuerza de un simil que no hay por qué aceptar. Quiero decir que si pensamos en el Derecho como en un traje (un objeto que, simplemente, está ahí, dado del todo en un momento determinado) entonces, efectivamente, no cabe duda de que los trajes pueden tener agujeros y, paralelamente, los Derechos, lagunas. Pero si nuestra visión del Derecho fuera otra, si lo contempláramos como una empresa, como una actividad, como una práctica, entonces no hay nada de raro en decir que los Derechos no tienen lagunas. O sea, si el simil no lo trazamos con el traje, sino con la empresa encargada de confeccionar y de tener los trajes dispuestos para que puedan ser usados en debidas condiciones, entonces parece claro que no puede haber trajes con agujeros en el sentido de que, aunque en algún momento de la actividad de la empresa podrá detectarse la existencia de algún agujero, hay también otro en el que (si es una empresa seria) alguien se ocupará de remendarlo. Lo que acabo de decir puede parecer un mero truco verbal, pero no lo es. Supone que la noción de laguna de Bulygin no es sólo relativa a la de sistema jurídico, sino que depende de una cierta forma de entender el Derecho: como un sistema de normas (exactamente, de reglas) y no como una práctica social. No es tan cierto, como parecía

[2] En una carta personal en la que me hacía algunas consideraciones en relación con este tema

suponer Moreso, que los conceptos elaborados en *Normative Systems* poseen un valor que es totalmente independiente del tipo de teoría del Derecho que se sustente.

2)Bulygin identifica la postura de Atria y Ruiz Manero que critica en su trabajo así: "Ellos no niegan la posibilidad de lagunas normativas, es decir, situaciones no resueltas por el derecho, pero consideran que a pesar de eso los jueces pueden resolver todos los casos individuales...incluso los casos no resueltos por el derecho, sin modificar el derecho existente" (p. 5 del texto). Pues bien, esa afirmación no es, me parece, del todo cierta: Atria era cauteloso al señalar (en lo que he considerado como el núcleo de su posición) que "las lagunas normativas, en caso de existir..."; y las definiciones de laguna normativa y laguna axiológica de Ruiz Manero dan a entender que las lagunas sólo existirían en relación con las reglas. Pero a ambos les ha faltado, para construir una visión verdaderamente alternativa a la de *Normative Systems*, sostener con rotundidad que Bulygin se equivoca en sus dos afirmaciones fundamentales: no existen lagunas (o, en todo caso, de existir, sería un fenómeno absolutamente excepcional) en el Derecho adecuadamente entendido y los jueces no gozan de discreción en el sentido fuerte de la expresión.

3)Josep Aguiló, en un trabajo inédito, ha expresado con mucha claridad en qué consiste, a los efectos que aquí nos interesan, la diferencia entre el paradigma positivista (legalista) que representa Bulygin, frente al paradigma post-positivista (constitucionalista). Para los primeros (para el modelo de las reglas y de la oposición fuerte entre creación y aplicación de normas), "la clasificación más importante (o más significativa) de los casos jurídicamente relevantes es la que distingue entre "casos regulados" (resueltos por el sistema de reglas) y "casos no regulados" (no resueltos por el sistema de reglas)... [L]a discrecionalidad se concibe fundamentalmente como libertad del aplicador, esto es, como "permitido" elegir cualquiera de las opciones posibles. En este sentido, las decisiones discrecionales están más próximas a la creación de normas (son más una cuestión de voluntad y de preferencias) que a la aplicación de normas (conocimiento y subsunción)" "Por el contrario [para el post-positivismo] un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa(...) Desde el nuevo paradigma, la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido de permitido elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades".

4)Una pieza fundamental para un tratamiento dinámico de las "lagunas", acorde con la consideración del Derecho no únicamente como un sistema sino también

(fundamentalmente) como una práctica social, tendría que ser una tipología de los casos difíciles que tendría que ir más allá de la sugerida por Bulygin. Ya se ha visto que la distinción entre laguna normativa y laguna axiológica es menos relevante de lo que pudiera parecer. En el apartado 2 del trabajo que acaba de presentar hace una distinción fundamental (a propósito de los problemas con los que tiene que enfrentarse un juez) entre problemas de "clasificación" y problemas "normativos" que, en mi opinión, no resulta muy satisfactoria. Por ejemplo, el concepto de "problema de clasificación" es excesivamente genérico, en cuanto que a la categoría parecen pertenecer no únicamente los problemas que los juristas llamarían de clasificación o de calificación ("Juan es comerciante"), sino también los de prueba ("José mató a Federico"). Y parece bastante extraño que entre los problemas normativos (que para él serían de lagunas y de contradicciones), no se mencionen los de interpretación; por supuesto, esto último se debe a que Bulygin (1992) entiende que los problemas de interpretación tienen una naturaleza semántica y que no hay muchos elementos peculiares en la interpretación jurídica.

5)La defensa, frente a Bulygin, de que los jueces no tienen discrecionalidad en sentido fuerte supone aceptar que existen ciertas reglas (en el sentido de guías racionales) del método jurídico. O, dicho de otra manera, que el uso de la analogía y de los principios (en realidad, no son cosas distintas) supone un procedimiento racional aunque, efectivamente, no consista únicamente en subsumir; la crítica que Bayón le dirigía en el trabajo que Bulygin ha calificado de "pequeña obra maestra" (en Moreso y Redondo –eds- 2007) se refería precisamente a esto: a la concepción subsuntiva de la racionalidad. También creo que está conectado con ello un aspecto muy importante del planteamiento de Atria: para entender cómo se resuelve el tipo de problemas que se denominan "lagunas" no es adecuado pensar simplemente en términos de creación y aplicación de normas; o, si se quiere: en un cierto sentido existe creación, y en otro sentido, aplicación (p. 48) lo que, por cierto, es una forma de expresar lo que los juristas suelen llamar "integración".

6) Para justificar que el juez, en un supuesto de laguna, puede elegir discrecionalmente entre aceptar o rechazar lo solicitado en la demanda, Bulygin utiliza un ejemplo (referido al código civil argentino antes de 1968) referido a un adquirente de buena fe, por título oneroso que obtuvo un bien de un enajenante de buena fe. El propietario del inmueble reclama al juez su restitución. Según Atria, el juez debería rechazar la petición, pero Bulygin construye un argumento con el que, según él, el juez podría justificar también la aceptación, esto es, la restitución del inmueble. Sería así: "a) El actor es legítimo propietario del inmueble, b) la acción reivindicatoria es inherente al derecho de propiedad, c) no hay ninguna norma que se

refiera al caso, es decir, no hay ninguna norma que autorice al demandado a no restituir el inmueble. d) Por lo tanto, condeno al demandado a restituir el inmueble" (p. 6). Pues bien, el argumento (que quizás pueda interpretarse de más de una manera) debe entenderse, me parece a mí, como un argumento por analogía, cuyo esquema sería éste: "el caso C, caracterizado por las propiedades X, Y y Z, no está regulado por ninguna regla específica del sistema; hay una regla que regula un caso, C', en el que se da una propiedad que también se da en éste (por ejemplo, X: ser legítimo propietario) y que establece la consecuencia S (debe concederse la acción reivindicatoria). Por lo tanto, en el caso C debe ser la consecuencia S". Ahora bien, parece claro que nadie consideraría que éste es un buen argumento, si no se le añade alguna premisa; exactamente, dos. Una es un principio general del Derecho que viene a decir que los casos que tienen las mismas propiedades esenciales deben ser resueltos de la misma manera. La otra, que la propiedad X (y no las propiedades Y ó Z) son las esenciales en los dos casos. Naturalmente, la dificultad de argumentar por analogía estriba en aducir buenas razones a favor de esta segunda premisa y que puedan derrotar a otras posibles razones que pudieran existir para decir que las características esenciales son más bien Y (la buena fe del adquirente) y Z (el título oneroso) y que hay una regla que establece que si se da ese caso (C''), entonces debe ser la consecuencia no-S. A donde quiero ir con todo esto es a mostrar: 1) que la posible justificación de esa decisión es mucho más compleja de lo que el argumento utilizado por Bulygin parece sugerir y que, si se toma en consideración toda esa complejidad, su tesis resulta mucho menos intuitivamente plausible de lo que pudiera parecer a primera vista; 2) que la posibilidad (como cuestión de hecho) de que, en relación con un mismo caso, C, se propongan argumentaciones que llevan a soluciones opuestas no quiere decir que ambas sean igualmente correctas; 3) que (como me lo indica Jesús Delgado reproduciendo una observación de los *Elementos de Derecho civil*" de Lacruz) "en la práctica, lo que suele haber es exceso de normas posiblemente aplicables a un mismo caso, más que falta de ellas".

7. En último término, pues, el problema de las lagunas no es otro que el de si existen o no criterios de corrección en la utilización de la analogía. Si existieran esos criterios, entonces parece obvio que la tesis de la discreción en sentido fuerte de Bulygin carecería de justificación. Pues bien, a mí me parece que esos criterios existen y que de alguna forma se condensan en la idea de coherencia. Anticipándome a una crítica que alguna vez me ha dirigido Eugenio, yo no creo que ese criterio se pueda formular de la misma manera como se formula una regla de inferencia de la lógica. Pero tampoco creo que la racionalidad se termine con la lógica formal. No me siento capaz de exponer de manera completa (y no sólo

por razones de tiempo) en qué consiste la coherencia, pero sí creo poder señalar algunos rasgos significativos de ese concepto (por cierto, no sólo fundamental en el Derecho, sino también en ética, en epistemología o el lingüística). Si tuviera tiempo para ello, me parece que no me sería difícil mostrar que es esa noción (con los rasgos que voy a señalar) lo que sirve como guía a los juristas cuando argumentan por analogía. Serían los siguientes: 1) Coherencia no es lo mismo que consistencia lógica; si se quiere, siguiendo a MacCormick (1978), podría decirse que la coherencia es la consistencia en sentido axiológico.2) A diferencia de la consistencia, la coherencia es graduable, en el sentido de que una decisión o una norma puede ser más o menos coherente. 3) El concepto de coherencia es relativo, en el sentido de que una decisión o una norma son coherentes (más o menos coherentes) en relación con un conjunto de principios y valores. 4) La coherencia es una propiedad (relacional) esencialmente dinámica, en un doble sentido: lo que haya que entender por coherencia cambia a medida que lo hagan los principios y valores a los que remite; la decisión de un caso influye en las decisiones posteriores y en las que se tomen de manera simultánea: por ejemplo, aunque en un principio pudieran considerarse como igualmente coherentes, en relación con el problema P, las decisiones D1 y D2, el haber optado por D1 puede hacer que el criterio incorporado en D2 deje de ser coherente para resolver problemas de ese tipo. 5) De manera parecida a lo que ocurre en una lengua, la analogía es un mecanismo fundamental para innovar el sistema manteniendo sus señas de identidad; ese tipo de "cambio conservador" sólo es posible si está presidido por la idea de coherencia. A ese desarrollo interno del Derecho es precisamente lo que se opone la tesis de la discrecionalidad.

Referencias bibliográficas:

Alchourrón, C. y Bulygin, E.: *Normative Systems*, Reidel, New York, 1971; ed. Española: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J.: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J.: *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000.

Atria, F. y otros: *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Bulygin, E.: “Sull’interpretazione giuridica”, en *Analisi e diritto*, 1992.

Dworkin, R.: *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1977; trad. Española: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

Lacruz Berdejo, J.L. y otros: *Elementos de Derecho civil* (3ª ed. revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, J.), Dykinson, Madrid, 2002.

MacCormick, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

Moreso, J.J. y Redondo, M.C.(eds): *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Rodríguez, J.: *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 2002.