



Eugenio Bulygin  
Manuel Atienza  
Juan Carlos Bayón

*Problemas lógicos en la teoría y  
práctica del Derecho*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

**Presidente**

Ernesto Garzón Valdés

**Secretario**

Antonio Pau

**Secretario Adjunto**

Ricardo García Manrique

**Patronos**

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

**Gerente**

M<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia

*Problemas lógicos en la teoría  
y práctica del Derecho*



Eugenio Bulygin  
Manuel Atienza  
Juan Carlos Bayón

*Problemas lógicos en la teoría  
y práctica del Derecho*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO  
MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón

I.S.B.N. : 978-84-613-3443-8

Depósito Legal: M-30429-2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

## ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| I.- La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas ( <i>Eugenio Bulygin</i> ) .....                          | 9  |
| 1. Una distinción casi trivial .....  | 9  |
| 2. Kelsen y las lagunas .....   | 11 |
| 3. Raz y el silencio del derecho ..   | 14 |
| 4. Coleman y los enunciados jurídicos .....   | 18 |
| 5. Dworkin, las proposiciones del derecho y la refutación del positivismo .....   | 21 |
| II.- Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas ( <i>Juan Carlos Bayón</i> ) ..... | 27 |
| III.- Creación judicial del derecho ( <i>Eugenio Bulygin</i> ) .....  | 75 |

|  |    |
|--|----|
| 1. La doctrina de la división de poderes .....   | 75 |
| 2. Distintos tipos de sentencias judiciales .....  | 78 |
| 3. La justificación de la decisión judicial y los deberes del juez ...                       | 81 |
| 4. Contradicciones normativas ..   | 83 |
| 5. Lagunas normativas .....  | 84 |
| 6. La posición de Fernando Atria.....  | 89 |
| 7. La posición de Juan Ruiz Manero .....   | 90 |
| IV.- Sobre “Creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin ( <i>Manuel Aienza</i> ) ..... | 95 |



# LA IMPORTANCIA DE LA DISTIN- CION ENTRE NORMAS Y PROPOSI- CIONES NORMATIVAS

*Eugenio BULYGIN*

**Sumario:** 1. Una distinción casi trivial. 2. Kelsen y las lagunas. 3) Raz y el silencio del derecho. 4) Coleman y los enunciados jurídicos. 5) Dworkin, las proposiciones del derecho y la refutación del positivismo.

## 1. *Una distinción casi trivial*

La distinción entre normas y proposiciones normativas no es nueva. No pocos juristas y filósofos del derecho la han reconocido y formulado en términos más o menos imprecisos. Cabe mencionar a Jeremy Bentham<sup>1</sup>, Ingemar Hedenius, quien habla de enunciados normativos genuinos y espurios<sup>2</sup> y a Hans Kelsen, con su distinción entre *Rechtsnorm* (norma jurídica) y *Rechtssatz* (proposición jurídica)<sup>3</sup>. La idea central parece ser clara: las normas son usadas prescriptivamente para

---

<sup>1</sup> J. Bentham, *Of Laws in General* (ed. por H.L.A. Hart), Athlone, London 1970.

<sup>2</sup> I. Hedenius, *Om rätt och moral*, Stockholm 1941.

<sup>3</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien 1960.

ordenar, prohibir o permitir una determinada conducta (en ciertas circunstancias) y como tales carecen de valores de verdad: no son ni verdaderas ni falsas. Las proposiciones normativas son afirmaciones acerca de (la existencia de) las normas; son descriptivas y, por ende, verdaderas o falsas.<sup>4</sup> Como señala Georg Henrik von Wright<sup>5</sup>, tanto unas como otras pueden ser formuladas usando las mismas expresiones lingüísticas, lo cual puede dar lugar a algunas confusiones y dificultades de interpretación en casos particulares. Así, por ejemplo, el cartel “Prohibido fumar”, colocado en una pared, puede ser interpretado como la formulación de una norma que prohíbe fumar o como una proposición normativa que informa acerca de la existencia de una norma que prohíbe fumar. Pero hecha esta aclaración, no parece haber grandes dificultades en reconocer de que se trata de dos entidades diferentes: las normas pueden ser obedecidas o no, pueden ser calificadas como justas, válidas o eficaces, pero no son ni verdaderas ni falsas, mientras que las proposiciones normativas son verdaderas o falsas, pero no prescriben nada y en consecuencia no son ni válidas ni inválidas y no pueden ser obedecidas ni violadas.

---

<sup>4</sup> Cfr. E. Bulygin y D. Mendonca, *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, 15-24.

<sup>5</sup> G.H. von Wright, *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul, London 1963.

Sin embargo, no son pocas las ocasiones en las que se encuentran graves confusiones debidas a la falta de una clara distinción entre estas dos entidades. El mismo von Wright reconoce que “*It has taken me nearly thirty years to see its full significance. And not all logicians and philosophers have seen it even now.*”<sup>6</sup> En lo que sigue analizaré algunos ejemplos de tales confusiones.

## 2. *Kelsen y las lagunas*

Como se sabe, Hans Kelsen sostuvo durante mucho tiempo la tesis de que todo derecho es un sistema completo y consistente, es decir, que por razones lógicas no puede haber situaciones no reguladas por el derecho (esto es, no hay lagunas normativas<sup>7</sup>), ni tampoco contradicciones entre normas o conflictos normativos. Esta última tesis fue abandonada

---

<sup>6</sup> G. H. von Wright, “Value, Norms, and Action in My Philosophical Writings” en G. Meggle (ed.), *Actions, Norms and Values. Discussions with Georg Henrik von Wright*, de Gruyter, Berlin-New York, 1999, 11-33.

<sup>7</sup> Sobre la distinción entre diversos tipos de lagunas cfr. C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien-New York, 1971, en adelante NS y la versión castellana *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, en adelante IMCJS; lagunas normativas 20-21 [48-49], lagunas de conocimiento y de reconocimiento 31-34 [61-65] y lagunas axiológicas 106-110 [157-161].

por Kelsen en 1962,<sup>8</sup> pero la primera la mantuvo firmemente hasta el final.

El principal argumento de Kelsen en apoyo de la tesis de completitud del derecho está basado en el famoso principio de que todo lo que no esta prohibido, está jurídicamente permitido, que llamaré el *principio de prohibición*. Kelsen cree que este principio forma parte de todo orden jurídico; su idea básica es que el derecho consiste en normas que prohíben ciertas conductas y permiten todas las demás, en virtud del mero hecho de no prohibirlas. De ahí se sigue que no hay conductas no reguladas por el derecho, ya que o bien están prohibidas o bien están permitidas: todas tienen un *status* normativo conferido por el derecho, cualquiera que sea el contenido de este último. Por lo tanto, las lagunas normativas no existen y todo orden jurídico es siempre completo.

No es difícil mostrar que este argumento está basado en la confusión entre normas y proposiciones normativas.<sup>9</sup> Kelsen nunca se plantea la pregunta que es fundamental en este contexto: ¿Es el principio de prohibición una norma o una proposición normativa? Si es una

---

<sup>8</sup> H. Kelsen, "Derogation" en R. Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, 1962, 339-355.

<sup>9</sup> Cfr. NS, 116-144, IMCJS, 169-199.

norma que permite todas las conductas no prohibidas, entonces es contingente y no puede pertenecer necesariamente a todo orden jurídico, salvo que se sostenga que no es una norma positiva, sino una norma del derecho natural, camino que le está vedado a Kelsen, quien enfáticamente niega que exista derecho natural. Normas positivas que permiten las conductas no prohibidas por otras normas pueden existir; un ejemplo es la regla *nullum crimen* del derecho penal liberal, pero esta regla es claramente contingente, sólo existe en un orden jurídico si ha sido incorporada por un acto creador del derecho.

Si se trata de una proposición normativa caben dos posibilidades: si “permitido” significa que existe una norma que permite la conducta en cuestión (permiso positivo o fuerte<sup>10</sup>), entonces el principio es claramente falso: del hecho de la inexistencia de una norma prohibitiva no cabe inferir la existencia de una norma permisiva. Pero Kelsen y los autores que le siguen en este punto<sup>11</sup> podrían alegar que “permitido” significa “no prohibido”; esto es verdad: el término “permitido” se usa frecuentemente en este sentido. Es lo que hemos llamado permiso negativo o débil.

---

<sup>10</sup> Sobre permisos positivos o fuertes y negativos o débiles véase NS, 119-125.

<sup>11</sup> Por ejemplo Cossio. Cfr. Carlos Cossio, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, 1947.

Pero en tal caso, el principio “Lo que no está prohibido, está permitido” se convierte en “Lo que no está prohibido, no está prohibido”, lo cual es una tautología. En esta interpretación el principio es necesariamente verdadero, pero vacuo, pues nada dice sobre el derecho y es perfectamente compatible con la existencia de lagunas, si por “laguna” se entiende una conducta que no está prohibida, ni permitida en sentido fuerte, es decir, no está regulada por el derecho. Cabe concluir que el principio de prohibición como norma es contingente y como proposición normativa es, o bien falso, o bien necesario, pero vacuo. Nunca puede cumplir el papel que Kelsen y sus seguidores le atribuyen: ser necesariamente verdadero y eliminar las lagunas.

### 3. *Raz y el silencio del derecho*

La posición de Joseph Raz respecto del problema de las lagunas (o de la completitud del derecho) es muy similar a la de Kelsen. Si bien él usa una terminología muy distinta y sus argumentos parecen ser diferentes, en el fondo se trata de lo mismo. He analizado las ideas de Raz expuestas en su conocido artículo “Legal Reasons, Sources, and Gaps”<sup>12</sup> respecto de las lagunas en algún detalle en

---

<sup>12</sup> Publicado en J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon, Oxford 1979, 53-77 (en adelante TAL).

varios lugares,<sup>13</sup> de modo que me limitaré aquí a una breve síntesis.

La conclusión a la que llega Raz después de una larga discusión del tema es que puede haber lagunas provenientes de conflictos no resueltos (“cuando el derecho habla con dos voces”) o de la vaguedad de ciertos términos (“cuando el derecho habla con voz incierta”). Pero

“Contrariamente a mucha imaginación popular, no hay lagunas cuando el derecho guarda silencio. En tales casos las reglas de clausura, que son verdades analíticas y no reglas jurídicas positivas, entran a operar y previenen la posibilidad de lagunas.”<sup>14</sup>

De qué manera las verdades analíticas pueden eliminar las lagunas debidas al silencio del derecho es un misterio que Raz prefiere no revelar. Su ejemplo de una regla de clausura tal es su fórmula (31)<sup>15</sup>, que –despojada de su pomposo ropaje simbólico– sólo dice que la inexistencia de una razón jurídica para hacer

---

<sup>13</sup> E. Bulygin, “On Legal Gaps”, *Analisi e Diritto* 2002-2003, 21-28, “El silencio del derecho”, *Análisis Filosófico*, vol. XXII, No.2 (2002),103-114 y *El positivismo jurídico*, Distribuciones Fontamara, México, 2006, 88-95.

<sup>14</sup> TAL, 77.

<sup>15</sup> (31)  $\vdash (-LR_c x, \phi) \leftrightarrow (LPer, x, -\phi)$

p equivale a la existencia de un permiso concluyente para omitir p. Esto suena bien, pero basta una mirada un poco más atenta para disipar esta impresión. El permiso concluyente para omitir p no es más que la ausencia de una razón para hacer p<sup>16</sup>; por consiguiente, la fórmula (31) es una mera tautología (cosa que Raz admite al decir que es una verdad analítica). Si el permiso concluyente para omitir p es la mera ausencia de una razón para hacer p, esto implica que no hay una norma jurídica que obligue a hacer p. Para Raz hay una estrecha relación entre razones y normas: hay una razón concluyente para hacer p cuando hay una norma jurídica (legislada, consuetudinaria o jurisprudencial) que requiere o exige hacer p.<sup>17</sup> Pero así como la ausencia de una norma no es una norma, la ausencia de una razón no es una razón.<sup>18</sup>

Raz admite expresamente que la fórmula (31) es “la regla de clausura conocida según

---

<sup>16</sup> “Intuitively, the negation of a legal reason is nothing more than the absence of a legal reason”. TAL, 67.

<sup>17</sup> Raz dice expresamente: “Los enunciados de la forma LR<sub>x</sub>, significan lo mismo que “jurídicamente x debe hacer  $\varphi$ ” o “conforme al derecho x debe hacer  $\varphi$ ”. TAL, 65.

<sup>18</sup> Raz admite implícitamente que lo que llama “permiso concluyente” no es una razón, al reconocer que los permisos concluyentes, a diferencia de permisos explícitos, nunca se basan en fuentes. TAL, 64.



la cual todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido y viceversa.”<sup>19</sup> De ahí se sigue que esta regla de clausura sólo dice que todo lo que no es requerido o exigido por el derecho, no es requerido o exigido por el derecho, o (en términos de prohibición) “lo que no está prohibido, no está prohibido”. Exactamente como en Kelsen, esta regla de clausura no clausura nada y no prueba lo que Raz pretende probar: la ausencia de lagunas cuando el derecho guarda silencio.

El error de Raz se debe, nuevamente, a la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas. Sus enunciados de razón son claramente proposiciones normativas, pues son verdaderos o falsos. Sólo una norma puede convertir una conducta en autorizada (es decir, en permitida en el sentido positivo o fuerte), pero su regla de clausura no es una norma, sino una proposición normativa, para colmo analítica. Se trata pues, como en Kelsen, de una permisión débil o negativa. El mismo Raz admite en dos trabajos anteriores al artículo que estamos considerando que las conductas sólo permitidas en el sentido débil no están reguladas por el derecho:

“Un sistema normativo regula todos los actos regulados por sus normas. Esto signifi-

---

<sup>19</sup> TAL, 76.

ca que un sistema normativo regula todos los actos permitidos por las normas del sistema que otorgan permisos excluyentes. *Pero el sistema no regula los actos que están permitidos en el sentido meramente débil, esto es, los actos permitidos meramente por la ausencia de una norma que exija su omisión.*”<sup>20</sup> (El subrayado es mío).

“Un sistema normativo no regula, sin embargo, la conducta que sólo permite en el sentido débil. Un acto es permitido en el sentido débil si el sistema no contiene una norma que lo prohíba. Está permitido en el sentido fuerte si el sistema contiene una norma que lo permita.”<sup>21</sup>

#### 4. *Jules Coleman y los enunciados jurídicos*

Otro ejemplo de la ya mencionada confusión se encuentra en el artículo “Truth and Objectivity in Law” de Jules L. Coleman.<sup>22</sup> Coleman comienza por afirmar que los enunciados jurídicos (*legal sentences*) tienen la siguiente forma lógica: “El derecho dispone tal cosa en tales circunstancias” (“*The law on such-and-such is so-and-so*”). Este tipo de

---

<sup>20</sup> J. Raz, *Practical Reasons and Norms*, Hutchinson, London 1975, 86.

<sup>21</sup> J. Raz, “The Uniqueness of Law” en TAL, 117, nota 4.

<sup>22</sup> *Legal Theory*, 1 (1995), 33-68.

enunciados tiene, según Coleman, “la sintaxis de juicios declarativos. Los enunciados son asertóricos: afirman la existencia de ciertos hechos. Son verdaderos si los hechos que afirman se dan, falsos (o no decidibles) en caso contrario.”<sup>23</sup> Pero a continuación agrega que su forma sintáctica (es decir, declarativa) es engañosa respecto de su semántica (significado):

“Mientras que los enunciados jurídicos parecen afirmar la existencia de hechos jurídicos, en realidad no afirman ningún hecho. En lugar de afirmar, endosan o prescriben acciones, o bien expresan actitudes del hablante respecto de la deseabilidad o valor de diversos cursos de acción. A diferencia de aserciones, expresiones y prescripciones no pueden ser verdaderos o falsos.”<sup>24</sup>

En consecuencia, se pregunta Coleman, “¿Son las proposiciones de derecho asertóricas o expresivas?”

A esta altura ya debería ser claro que se trata de dos tipos de enunciados diferentes; uno es el enunciado que afirma que el derecho dispone tal o cual cosa, que es una proposición normativa verdadera o falsa y otro muy

---

<sup>23</sup> Coleman, 33.

<sup>24</sup> Coleman, 33-34.

distinto es el enunciado prescriptivo o expresivo (como lo llama Coleman) que prescribe o dispone algo. La diferencia entre estos dos tipos de enunciados no está en el aspecto sintáctico o semántico del mismo enunciado, sino en el hecho de que se trata de dos enunciados diferentes, hecho que Coleman no advierte. Todo su análisis está viciado por esta confusión entre enunciados que expresan normas y los que se usan para formular proposiciones normativas.

Los tres filósofos del derecho analizados hasta ahora son representantes del positivismo jurídico. Kelsen pertenece a lo que podríamos llamar el *positivismo clásico*. Joseph Raz es considerado como el más importante representante del llamado *positivismo excluyente* y Coleman pertenece al *positivismo incluyente*. Esto puede crear la impresión de que la confusión entre normas y proposiciones normativas es una característica típica del positivismo jurídico. Sin embargo, esto no es así. Hay muchos positivistas que no incurrir en este error y –como veremos a continuación– algunos antipositivistas sufren de la misma enfermedad. El caso del antipositivista más importante de nuestro tiempo, Ronald Dworkin es muy elocuente en este sentido.

## 5. *Dworkin, las proposiciones de derecho y la refutación del positivismo*

En las obras de Ronald Dworkin se encuentran casos especialmente ilustrativos de la confusión entre normas y proposiciones normativas. En primer lugar, en su uso de la expresión “proposición de derecho” (*proposition of law*) y en segundo lugar, en su intento de refutar el positivismo jurídico mediante el uso (y abuso) de las fórmulas lógicas.<sup>25</sup> Ambos temas fueron analizados en algún detalle en mi *Positivismo jurídico* (74-88), de modo que para no repetirme, me remito a ese texto y sólo agregaré algunas consideraciones complementarias.

En el trabajo citado sostuve que las proposiciones de derecho de Dworkin son un amalgama de normas y proposiciones normativas, pues son prescriptivas y descriptivas a la vez. Efectivamente, por un lado son verdaderas o falsas, lo cual sugiere que son descriptivas de ciertos hechos, aunque Dworkin no es muy claro acerca de la cuestión de saber de qué hechos de trata. No son hechos puramente empíricos, pues en tal caso las proposiciones de derecho serían idénticas a los enunciados

---

<sup>25</sup> R. Dworkin, “No Right Answer?” en P.M.S. Hacker and J. Raz (eds.), *Law and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon, Oxford, 1977, 58-84, en adelante NRA.

externos de Hart, cosa que Dworkin rechaza. En algún momento sugiere que podrían ser hechos morales o “hechos de coherencia normativa” y finalmente dice que en rigor las proposiciones de derecho no son verdaderas, sino sólo aseverables como verdaderas. Por otro lado, tales proposiciones dan lugar a obligaciones (si una proposición tal es verdadera, entonces los jueces tienen el deber, por lo menos *prima facie*, de decidir un caso en un sentido y si es falsa, entonces tienen el deber de decidir el mismo caso en el sentido opuesto<sup>26</sup>). De esta manera las proposiciones de derecho de Dworkin cumplen al mismo tiempo las funciones de proposiciones normativas (pues son verdaderas o falsas) y de normas (establecen deberes). Lo que Dworkin parece pasar por alto es que la obligación del juez de decidir un caso en un determinado sentido no proviene de la proposición normativa, sino de la norma que regula los deberes de los jueces.

El otro ejemplo de confusión entre normas y proposiciones normativas en Dworkin es su pretendida refutación del positivismo jurídico. Uno de los puntos centrales del positivismo jurídico es la llamada *tesis de las fuentes sociales del derecho*, de acuerdo a la cual una norma para ser jurídica tiene que tener una fuente, es decir, tiene que originarse en un

---

<sup>26</sup> NRA, 59.

hecho social (legislación, costumbre o precedente). Dworkin pretende mostrar que esta tesis lleva a consecuencias insostenibles.

La prueba de Dworkin es bastante compleja, pero se la puede simplificar considerablemente. En lo que sigue usaré la versión de Raz, que reproduce lo esencial de su argumento.<sup>27</sup>

Sea  $p$  una variable de proposiciones de derecho y  $F(p)$  una proposición que afirma la existencia de una fuente social para  $p$ . Dworkin cree que según la tesis de las fuentes sociales la verdad de  $p$  requiere la verdad de  $F(p)$ , de modo que  $p$  y  $F(p)$  son por lo menos materialmente equivalentes. Por lo tanto, cabe afirmar:

$$(1) p \leftrightarrow F(p)$$

Por contraposición en (1) obtenemos

$$(2) \sim F(p) \leftrightarrow \sim p$$

Por sustitución de  $p$  por  $\sim p$  en (1), se obtiene

$$(3) \sim p \leftrightarrow F(\sim p)$$

Siendo idénticos sus primeros términos, (2) y (3) implican la equivalencia de sus segundos términos

$$(4) \sim F(p) \leftrightarrow F(\sim p)$$

---

<sup>27</sup> J. Raz, "Legal Positivism and the Sources of Law" en TAL, 37-52.

La fórmula (4) dice que si no hay una fuente para  $p$ , entonces hay una fuente para la negación de  $p$  y esto es obviamente falso, pero como se obtuvo a partir de (1) y los pasos lógicos parecen ser correctos, pareciera que hay que rechazar (1). Esto al menos lo piensa Raz, quien hace un extenso análisis de los distintos modos en que se puede eludir esta dificultad. Pero en realidad se trata de una falsa dificultad que sólo radica en la interpretación de la variable  $p$ . ¿Representa ésta una norma o una proposición normativa? A juzgar por los ejemplos de proposiciones de derecho de Dworkin (El acuerdo entre Fulano y Mengano es un contrato válido; Fulano es civilmente responsable por el daño causado, Zutano ha cometido el delito de robo) no se trata de normas o reglas, pues no prescriben ninguna conducta como obligatoria, prohibida o permitida. Pero si las proposiciones de derecho son descriptivas, entonces no tiene sentido preguntarse por sus fuentes. Lo que el positivismo sostiene es que las *normas* jurídicas requieren una fuente social, pero no las proposiciones acerca de las normas.

Ciertamente, la verdad de una proposición normativa, por ejemplo, que la conducta  $q$  está prohibida por el derecho supone la existencia de una norma que prohíbe  $q$  y la existencia de tal norma requiere una fuente social. Si usamos ' $O \sim q$ ' para la norma que



prohíbe q, ‘D’ para derecho (es decir, el conjunto de normas jurídicas) y ( $O \sim q \in D$ ) para la proposición normativa que dice que la norma que prohíbe q pertenece al derecho, la fórmula (1) de Dworkin se convierte en:

$$(1') (O \sim q \in D) \leftrightarrow F(O \sim q),$$

que dice que la norma que prohíbe q pertenece al derecho si y sólo si hay una fuente para esa norma. Por contraposición, obtenemos:

$$(2') (O \sim q \sim \in D) \leftrightarrow \sim F(O \sim q)$$

que dice que la norma que prohíbe q no pertenece al derecho si y sólo si no tiene una fuente social. Pero decir que la norma que prohíbe q no pertenece al derecho es tanto como decir que q está permitido en sentido débil o negativo (= ausencia de prohibición). Este es *un* sentido de la expresión “permitido”, pero como ya sabemos hay otro:

Por sustitución de ‘ $\sim O \sim q$ ’ por ‘ $O \sim q$ ’ en (1’) obtenemos:

$$(3') (\sim O \sim q \in D) \leftrightarrow F(\sim O \sim q),$$

que dice que una norma que no prohíbe (es decir, permite) q pertenece al derecho si y sólo si hay una fuente para esa norma. Este es el otro sentido de “permitido”: el permiso fuerte o positivo.

Como los primeros términos de (2’) y (3’) no son equivalentes, no cabe inferir la equivalencia de los segundos términos. Esto muestra

que el paso que pretende realizar Dworkin para obtener la fórmula (4) es inválido.

Se ve claramente que decir de una conducta que está permitida es ambiguo, pues puede querer decir (a) que la norma que la prohíbe no pertenece al derecho y (b) que la norma que la permite pertenece al derecho. Estamos nuevamente en presencia de dos viejos conocidos: los dos sentidos de “permitido”: fuerte (positivo) y débil (negativo).

Estos ejemplos tomados de las obras de los filósofos del derecho más importantes de nuestra época muestran claramente la necesidad de distinguir entre normas y proposiciones normativas y el peligro de su confusión.

SOBRE EL PRINCIPIO DE  
PROHIBICIÓN Y LAS  
CONDICIONES DE VERDAD  
DE LAS PROPOSICIONES  
NORMATIVAS

*Juan Carlos BAYÓN*

1.

Si hemos de dar la razón a Eugenio Bulygin, una parte significativa de la teoría del derecho contemporánea estaría aquejada por un curioso mal. El mal sería la incapacidad de distinguir adecuadamente entre normas y proposiciones normativas, confusión de cuyos perniciosos efectos no habrían sabido librarse algunos de “los filósofos del derecho más importantes de nuestra época”, tanto positivistas (de cualquiera de las variedades que hoy ha llegado a ser usual distinguir entre sus filas) como no positivistas. Y lo que no deja de resultar curioso es que ese mal haya podido tener semejante capacidad de propagación y tan nocivas consecuencias, si se tiene en cuenta que, como apunta el propio Bulygin, en realidad la distinción entre normas y proposiciones normativas “parece ser clara”, “casi trivial”.

En concreto, según Bulygin uno de los síntomas más visibles de la “enfermedad” —como llega a calificarla— sería el que se manifiesta en la aceptación del llamado *principio de prohibición* (“el famoso principio —nos dice— de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”)<sup>1</sup>. Y desde luego, si la aceptación de tal principio fuera realmente síntoma de alguna clase de enfermedad teórica, la nómina de quienes han podido padecerla no sería en absoluto desdeñable. De hecho, a los nombres que señala Bulygin se podrían haber añadido con facilidad bastantes más: y no sólo de “nuestra época” (como por ejemplo el de Alexy<sup>2</sup>), sino también de clásicos

---

<sup>1</sup> A la vista de su contenido, probablemente resultaría más apropiado referirse a este principio como “principio de *permisión*” (es lo que hace, por ejemplo, Victoria Iturralde, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 219, 227). Pero seguiré aquí la misma terminología que usa Bulygin. Respecto a las razones que condujeron a Alchourrón y Bulygin a decantarse por esa opción terminológica —admitiendo por otra parte que “no es muy usual”—, vid. C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Normative Systems* [1971], trad. cast. de los autores —por donde se cita—, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 171-172, nota 3 y 179, nota 13.

<sup>2</sup> “La calificación de una acción como permitida puede realizarse por dos razones: puede apoyarse en una norma permisiva explícitamente estatuida, pero también puede estar fundamentada porque el sistema jurídico no contiene ninguna norma de mandato o prohibición bajo la

(como, pongamos por caso, los de Hobbes<sup>3</sup> o Kant<sup>4</sup>). Pero por muchos y muy ilustres que hayan podido ser los seducidos por semejante idea, Bulygin esgrime contra la tentación de sustentar en ella la conclusión de que todos los sistemas jurídicos serían necesariamente completos por razones lógicas<sup>5</sup> un argumento de

---

cual caiga la acción o la omisión que hay que calificar” (R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. cast. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 222).

<sup>3</sup> En el cap. XXI, § 18 del *Leviatán* escribe Hobbes: “En aquellos casos en los que el soberano no ha prescrito ninguna regla, el súbdito tendrá la libertad de hacer o de omitir, según su propia discreción” (*Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad. cast. de C. Mellizo, Madrid, Alianza, 1989, p. 180). Y en *De Cive*, XIII, § 15: “Dado que nunca las leyes regulan todos los movimientos y todas las acciones de los ciudadanos [...], la consecuencia es que lo que ni se manda ni se prohíbe es casi infinito y cada uno puede hacerlo o no a su arbitrio” (*Tratado sobre el ciudadano*, trad. cast. de J. Rodríguez Feo, Madrid, Trotta, 1999, p. 119).

<sup>4</sup> En los “Principios metafísicos de la doctrina del derecho” —concretamente, en la sec. IV de la “Introducción a la metafísica de las costumbres”— Kant afirma: “Una acción que no está ordenada ni prohibida, está simplemente *permitida*, porque con respecto a ella no hay ley alguna que limite la libertad [...] ni, por tanto, deber alguno” (*La metafísica de las costumbres*, trad. cast. de A. Cortina y J. Conill, Madrid, Tecnos, 1989, p. 29).

<sup>5</sup> En el texto presentado en el seminario Bulygin escribe que Kelsen —tomado como ejemplo de lo que se supone que otros muchos harían también— se sirve del principio de prohibición en apoyo de la tesis “de que todo

apariencia demoledora. Su crítica arranca poniendo de relieve que el “principio de prohibición” resulta doblemente ambiguo: por

---

derecho es un sistema completo [...], es decir, que por razones lógicas no puede haber situaciones no reguladas por el derecho (esto es, no hay lagunas normativas)”. Al presentar la cuestión en estos términos se están tratando como intercambiables las ideas de “ausencia de lagunas” (que permitiría afirmar que el sistema es “completo”) y “ausencia de situaciones no reguladas” (que permitiría afirmar que el sistema es “cerrado”), lo que sólo puede hacerse si se considera que un caso no regulado por el derecho es exactamente lo mismo que un supuesto de laguna normativa en sentido estricto. El problema es que el propio Bulygin niega la equivalencia de esas dos nociones —vid. *infra*, nota 9 y texto al que acompaña— y se trata de una cuestión que, como se verá más adelante, no carece en modo alguno de relevancia (nótese que si las lagunas son casos no regulados, pero no todos los casos no regulados son lagunas, un sistema cerrado será necesariamente completo, mientras que un sistema completo no tiene por qué ser necesariamente cerrado). Sobre la diferencia entre “sistema completo” y “sistema cerrado” en el sentido indicado, vid. M<sup>a</sup> C. Redondo, “Lógica y concepciones del derecho”, *Isonomía* 13 (2000) 35-54, pp. 37-39. Bulygin se ha referido con aprobación a la distinción de Redondo, afirmando también que “sistema completo” y “sistema cerrado” son dos cosas diferentes: cfr. Bulygin, “Sistema deductivo y sistema interpretativo”, *Isonomía* 13 (2000) 55-60, pp. 56-57. Pero aunque Redondo da a entender lo contrario —*op. cit.*, p. 38— creo que la distinción no siempre se mantenía con claridad en *Normative Systems*: cfr. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (cit. en nota 1), pp. 171 (donde se define sistema cerrado como aquel en el que “toda acción es deónticamente determinada en todo caso posible”) y 172 (donde se habla de sistema cerrado como “carente de lagunas”).

un lado, porque puede entenderse como expresión de una norma o de una proposición normativa; por otro, porque en este último caso se puede estar utilizando el término “permitido” en dos sentidos diferentes. Y a partir de ahí su argumento adopta la forma de un trilema. Si el “principio de prohibición” es una norma, entonces su existencia (como la de toda norma) es *contingente*, de manera que no serán completos todos los sistemas jurídicos, sino sólo aquellos, o los sectores o subsistemas de los mismos, que incluyan de hecho una norma (“de clausura”) semejante. Si es una proposición normativa en la que “permitido” quiere decir “permitido en sentido fuerte” (i.e., que existe una norma que permite la conducta en cuestión), entonces el principio es *falso*, porque de la inexistencia de una norma (prohibitiva) no cabe inferir la existencia de otra (permisiva). Y si es una proposición normativa en la que “permitido” quiere decir “permitido en sentido débil” (i.e., simplemente “no prohibido”), entonces expresa una mera *tautología*, que no dice nada sobre los sistemas jurídicos existentes y, en particular, no excluye que pueda haber conductas no reguladas por ellos. Y así quedaría demostrado que la postulación del principio de prohibición como argumento para negar la posibilidad de que haya conductas no reguladas por el derecho es un error y que la raíz del mismo pasa, entre otras cosas, precisamente por la

mencionada falta de distinción entre normas y proposiciones normativas.

Desde que Alchourrón y Bulygin formularon por primera vez un argumento en esta línea<sup>6</sup>, muchos han entendido que resulta inatacable. Y creo que, como refutación de la idea de que por razones lógicas no puede haber conductas no reguladas por el derecho, efectivamente lo es. Si resultase que esta idea que Bulygin refuta con agudeza, y no alguna otra cosa, es exactamente lo que pretende sostener en realidad cualquiera que suscriba el principio de prohibición, entonces habría que concluir —dándole la razón a Bulygin— que aceptar dicho principio es ciertamente prueba incontestable de confusión conceptual. Sin embargo, me parece que existe otra posibilidad.

## 2.

Para empezar, convendría recordar que en el discurso ordinario de los juristas resulta contraintuitivo hablar de “laguna” ante cualquier supuesto de conducta no regulada por el

---

<sup>6</sup> Vid. Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (cit. en nota 1), pp. 171-179. Bulygin ha venido defendiendo invariablemente este argumento hasta la fecha: cfr. E. Bulygin, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006, pp. 77-79.



derecho<sup>7</sup>: aunque con frecuencia la distinción no llegue a formularse en términos suficientemente precisos, se tiende a presuponer que sólo cabe hablar con propiedad de laguna cuando no esté regulado un caso que el derecho “pretende” o “tendría que” regular (de otro modo, y salvo que el sistema contenga una norma de clausura que haga posible que toda acción imaginable quede calificada deónticamente, el número de “lagunas” resultaría literalmente ilimitado; esto es, todo sistema no cerrado o clausurado tendría un número infinito de lagunas). Naturalmente, hablar de lagunas como casos que el derecho no regula pero “tendría que” regular deja planteado el problema de si la identificación de las genuinas lagunas no será entonces una tarea inevitablemente valorativa<sup>8</sup>. Pero dejan-

---

<sup>7</sup> Lo apuntaba Nino, resaltando con toda sensatez que “[n]ingún jurista llamaría ‘incompleto’ a un orden jurídico que no regula, por ejemplo, la acción de mover el dedo meñique”; y ello le llevaba a concluir que “un sistema tiene una laguna cuando no contiene ninguna solución normativa para un cierto caso, a pesar de que *debería contener una solución*” (cfr. C. S. Nino, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, México, Fontamara, 1995, p. 72; la cursiva es del original).

<sup>8</sup> Nótese que, aun si lo fuese (como en efecto pensaba Nino: *ibidem*), ello no eliminaría la diferencia entre las nociones de “laguna normativa” y “laguna axiológica”: habría una laguna normativa cuando el derecho no contuviese ninguna solución normativa para un caso a pesar de que debería contenerla; habría en cambio laguna axiológica cuando el derecho solucionara

do por ahora al margen esa cuestión, si se admite que hay conductas que el derecho no regula ni pretende regular —sea cual sea el modo en que se precise y articule esa idea— bien podría pensarse que ello es tanto como decir que su realización no se ve afectada por ninguna norma del sistema y que, en ese sentido, resulta disponible, libre o permisible para cualquier individuo. “Permisible”, ciertamente, no en un sentido que implique que los demás están obligados a permitirle que la realice; pero sí en el de que, no teniendo el deber de realizarla ni el de abstenerse de realizarla —y, correlativamente, no teniendo nadie el *derecho* de exigirle que la realice ni el de exigirle que no la realice—, un juez debería desestimar cualquier demanda cuyo *petitum* se basara en que está jurídicamente obligado a hacerlo o en que está obligado a no hacerlo (esto es, en la pretensión de hacer valer derechos que por hipótesis serían inexistentes). De este modo —y a condición,

---

normativamente un caso sin atribuir relevancia a cierta propiedad que, desde el punto de vista del intérprete, se debería haber considerado relevante (en el sentido de que el sistema debería haber establecido soluciones normativas diferentes dependiendo de que concurra o no). Con otras palabras: en el primer caso el derecho no contendría ninguna solución normativa a pesar de que se entiende que debería contener una; en el segundo contendría una solución, pero se entiende que debería contener una distinta.

como se verá, de que se despejen dos equívocos persistentes que el trilema de Bulygin no saca a la luz, que tendrían que ver por un lado con la distinción entre calificaciones normativas explícitas y calificaciones normativas finales o concluyentes y, por otro, con la distinción entre “permisos protegidos” y “permisos no protegidos”— el principio de prohibición podría ser interpretado en un sentido que expresaría una verdad no contingente y no trivial. Y ello mostraría que una intuición tan asentada y reiterada entre los juristas como la que se enuncia con el principio de prohibición *puede* en efecto ser síntoma de confusión conceptual —si se interpreta en el sentido de que, por razones lógicas, no puede haber conductas no reguladas por el derecho—, pero no que, cualquiera que sea la forma en que se entienda o interprete dicho principio, quienes lo defienden *tienen* que estar necesariamente confundidos.

Bulygin, sin embargo, no aceptaría ni siquiera esta vindicación matizada del principio de prohibición. En el planteamiento de Alchourrón y Bulygin se asume que un caso no regulado por el derecho no es exactamente lo mismo que un supuesto de laguna normativa en sentido estricto (las lagunas normativas serían desde luego casos no regulados, pero no todos los casos no regulados contarían

como lagunas)<sup>9</sup>. Y ello se debe a que en el aparato conceptual de *Normative Systems* el de laguna es un concepto relacional: las lagunas son relativas a un determinado universo de casos —generado en función del conjunto de propiedades a las que el derecho atribuye relevancia normativa en un cierto universo del discurso— y a un determinado universo de acciones calificadas deónticamente (el conjunto de soluciones normativas que para dichos casos establece el sistema)<sup>10</sup>. Pero aun-

---

<sup>9</sup> Bulygin es muy claro al respecto. En su opinión, en efecto, “[g]ran parte de las acciones posibles y de casos posibles no interesan al derecho, que no pretende regularlos y que, por lo tanto, no son considerados lagunas normativas” (E. Bulygin, “Creación y aplicación del derecho”, en F. Atria, E. Bulygin, J. J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 39, nota 13). La misma idea se reitera en Bulygin, “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”, en F. Atria *et al.*, *Lagunas en el derecho*, cit., p. 83: “Sería ciertamente extraño pensar que toda conducta no regulada constituye una laguna normativa. Hay infinitas conductas no reguladas por el derecho, que nadie calificaría como laguna”. Nótese que la pertinencia de esta distinción, sin embargo, no siempre es aceptada: por ejemplo, a juicio de Luis Prieto “decir que algunos casos no son contemplados por el Derecho es lo mismo que decir que son lagunas de ese Derecho” (L. Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005, p. 125; la cursiva es del original).

<sup>10</sup> Sobre el concepto de laguna normativa en sentido estricto de Alchourrón y Bulygin, vid. su *Introducción a*

que desde el punto de vista conceptual Bulygin trace esa diferencia, para él, a efectos prácticos, la situación es la misma en uno y otro supuesto: el derecho no establece *nada* en relación con un caso genérico determinado (i.e., no conecta con él solución normativa alguna), así que a la pregunta de qué es lo que

---

*la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (cit. en nota 1), pp. 41, 49 y 101. Un punto esencial del enfoque de Alchourrón y Bulygin —y que ayuda a entender en qué sentido para ellos no todo caso no regulado constituye una laguna en sentido estricto— es que su concepto de “laguna normativa” no va referido al ordenamiento globalmente considerado, sino a conjuntos acotados de normas. Para quienes no estén familiarizados con su aparato conceptual, una buena ilustración del sentido específico en el que Alchourrón y Bulygin hablan de lagunas normativas la proporciona J. P. Alonso, “Un caso difícil en el Código civil español”, *Doxa* 17-18 (1995), 403-431: en el conjunto formado por los arts. 453 al 455 del Código civil el legislador ha considerado que para regular el reintegro de gastos y mejoras en la liquidación de situaciones posesorias resultan relevantes por un lado la buena o mala fe del anterior poseedor y por otro el tipo de gasto que éste haya realizado (necesario, útil o suntuario); ello implica que para ese universo del discurso, vistas las propiedades que el legislador ha considerado relevantes y sus potenciales combinaciones, se generaría un universo de *seis* posibles casos elementales; y el sistema constituido por las normas contenidas en dichos arts. 453 a 455 CC contendría una laguna normativa en sentido estricto precisamente porque uno de esos seis casos (el del poseedor de mala fe vencido en la posesión que ha realizado gastos útiles) no es conectado por dichas normas ni con la solución normativa consistente en reconocerle el *ius tollendi* ni con la que consistiría en negárselo.

con arreglo al derecho debe hacer el juez ante un caso individual que sea una instancia de dicho caso genérico<sup>11</sup> habría que responder que el ordenamiento no hace recaer sobre él ningún deber de decidir en algún sentido determinado, es decir, que le deja en una posición de *discrecionalidad* a la hora de resolver (lo que supone que su decisión, sea finalmente la que sea, implicará en cualquier caso una auténtica *creación* judicial de derecho)<sup>12</sup>. En suma, según Bulygin no se podría

---

<sup>11</sup> Por descontado, cualquier caso individual puede ser descrito de infinitos modos, esto es, puede ser considerado como instancia de un número ilimitado de casos genéricos diferentes, para muchos de los cuales el derecho sí que puede tener establecida una solución normativa determinada. De ahí que no se deba confundir la total ausencia de regulación jurídica de una conducta con el hecho de que no haya regulación de una conducta *bajo una cierta descripción* de la misma. Así que, para evitar equívocos, hablar de “conductas no reguladas” en sentido estricto debería entenderse como una forma abreviada de referirse a casos individuales que no admitiesen ser considerados como instancias de *ninguno* de los casos genéricos a los que el derecho conecta una solución normativa. Lo que, dicho sea de pasada, será tanto más improbable que suceda cuanto mayor sea la presencia en el ordenamiento de normas que definan con muy altos niveles de abstracción los casos genéricos que regulan (dado que, a mayor nivel de abstracción, mayor será el conjunto de casos individuales a los que resultarán aplicables); y no creo que haga falta insistir en que la presencia de un número significativo de normas de esa clase es justamente un rasgo característico de los ordenamientos de los Estados constitucionales de derecho.

decir que cuando el sistema no regula una conducta —ni siquiera aunque “no interese al derecho”, aunque éste “no pretenda regularla”<sup>13</sup>— su realización es “permisible” (entendiendo esta afirmación exactamente en el sentido de que, aunque el ordenamiento no establezca nada respecto al caso, no se sigue de ello que el juez tenga discreción para decidir en la forma que estime conveniente, sino que tiene el deber de fallar en un sentido perfectamente determinado: en el de desestimar cualquier demanda que pretenda que la realización de la conducta es obligada o está prohibida).

La conclusión a la que llega Bulygin me parece sumamente contraintuitiva. Sostener que cuando alguien pretende hacer valer un derecho que (por hipótesis) no tiene el ordenamiento deja al juez en la posición de decidir discrecionalmente si acoge o no semejante pretensión tiene que ser, en mi opinión, el producto de algún serio malentendido. Pero lo cierto es que, en el curso de una discusión reciente y de extraordinario interés<sup>14</sup>, Bulygin

---

<sup>12</sup> Cfr. Bulygin, “Creación y aplicación del derecho” (cit. en nota 9), p. 37; Id., “En defensa de El Dorado...” (cit. en nota 9), p. 83; Id., *El positivismo jurídico* (cit. en nota 6), pp. 105, 116, 128.

<sup>13</sup> En palabras del propio Bulygin (véase el primer pasaje citado en la nota 9).

<sup>14</sup> La que se recoge en F. Atria, E. Bulygin, J. J.

ha mantenido con firmeza esa posición frente a críticos —como Atria y Ruiz Manero— que han defendido por el contrario un planteamiento en la línea del que aquí se ha esbozado (y que, haciendo uso de los rótulos que se manejaron en dicha polémica, se resumiría en la aceptación de dos tesis estrechamente conectadas entre sí: la de la “equivalencia pragmática entre la ausencia de regulación y la regulación permisiva” y la que vendría a ser su corolario, la de la “asimetría”)<sup>15</sup>.

---

Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz Manero, *Lagunas en el derecho* (cit. en nota 9). Ruiz Manero ya había discutido con anterioridad el planteamiento de Alchourrón y Bulygin sobre estas cuestiones (y en particular las críticas que formularon en *Normative Systems* a la posición mantenida al respecto por Kelsen): vid. J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 41-45.

<sup>15</sup> La razón por la que se habla aquí de “asimetría” es la siguiente. Con arreglo a un planteamiento como el de Bulygin —y tomando como ejemplo un proceso civil—, el juez estaría obligado a dictar una sentencia estimatoria de la pretensión del demandante si, y sólo si, hay una norma que obliga al demandado a hacer (o a no hacer) lo que el demandante pretende que aquél está obligado a hacer (o a no hacer); y estaría obligado a dictar una sentencia desestimatoria si, y sólo si, hay una norma que permite al demandado no hacerlo (o hacerlo). Y ello, justamente, permitiría calificar como “simétricas” las condiciones requeridas para la justificación de sentencias estimatorias y de sentencias desestimatorias: porque para *ambos* supuestos cabría decir que el juez sólo tiene un deber de fallar en algún sentido determinado cuando en el



Mis opiniones, como se podrá apreciar con facilidad, son en gran medida deudoras de las que en aquella ocasión expusieron con sutileza y brillantez Atria y Ruiz Manero. Pero, de todos modos, para precisar el alcance de la

---

derecho hay una norma que regula el caso. Con arreglo al planteamiento opuesto, por el contrario, las condiciones requeridas para la justificación de sentencias estimatorias y de sentencias desestimatorias serían *asimétricas*: porque para la justificación de una sentencia desestimatoria no haría falta que hubiese en el sistema una norma que permita al demandado no hacer lo que el demandante pretende que está obligado a hacer, sino que bastaría con que *no existiera* norma alguna que le obligue a hacerlo. La tesis de la asimetría es sostenida por F. Atria, “Creación y aplicación del derecho: Entre formalismo y escepticismo”, en Atria *et al.*, *Lagunas en el derecho* (cit. en nota 9), pp. 64-65; y J. Ruiz Manero, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en Atria *et al.*, *Lagunas en el derecho*, (cit. en nota 9), pp. 118-119. Al margen de esta polémica, la ha sostenido también R. Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 104-105 y 136.

Respecto a la tesis de la equivalencia pragmática entre ausencia de regulación y regulación permisiva —que ya había sido defendida de modo sumamente esclarecedor por L. Hierro, “Conceptos jurídicos fundamentales: (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 3 (2000), 139-173, pp. 154 y 156— vid. Atria, “Creación y aplicación del derecho: Entre formalismo y escepticismo”, *cit.*, p. 53; Id., “Réplica: Entre jueces y activistas disfrazados de jueces”, en F. Atria *et al.*, *Lagunas en el derecho* (cit. en nota 9), p. 170; y Ruiz Manero, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, *cit.*, p. 118.

idea según la cual si el sistema no regula ni pretende regular una conducta su realización es permisible (en el sentido y con las consecuencias indicadas), así como para proceder a una defensa eficaz de la misma frente a las decididas réplicas que suscitó de inmediato por parte de Bulygin<sup>16</sup>, hace falta concretar algunos extremos que hasta ahora han quedado sin aclarar y que no son de ninguna manera obvios: qué diferencia habría exactamente entre una laguna normativa en sentido estricto y un caso que el derecho no regula ni pretende regular; si es o no posible trazar esa distinción con arreglo a algún criterio que no dependa de las valoraciones del intérprete-aplicador; si sólo puede hablarse de detección de lagunas en el nivel de las prescripciones explícitas del sistema o también —si se concede que la identificación del derecho no se detiene en ese nivel— en el del derecho ya completamente identificado (esto es, si, por decirlo al modo tradicional, las lagunas serían meramente “lagunas de la ley” o podría haber también genuinas “lagunas del derecho”); y si en los casos de genuina laguna del derecho —si se admite que son posibles— cabría o no decir

---

<sup>16</sup> Y también por parte de quienes en esa polémica se alinearon más claramente con él, como P. Navarro “Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial”, en Atria *et al.*, *Lagunas en el derecho* (cit. en nota 9), pp. 87-101; y J. Rodríguez “La imagen actual de las lagunas en el derecho”, *ibid.*, pp. 127-157.

también, y por qué razones, que la realización de la conducta no regulada es “permisible” en un sentido que excluya la discrecionalidad del juzgador.

Y respecto de todo esto, para ser sincero, me parece que las posiciones de Atria y Ruiz Manero no acaban de resultar suficientemente claras. Tengo esa sensación, especialmente, en relación con las tesis de Atria: en algunas ocasiones su punto de vista parece ser que *aun en el caso de que hubiera* lagunas —lo que nos deja en la duda de si acepta o no la posibilidad de que las haya—, el juez de todas formas no tendría discreción<sup>17</sup>; y en otras, más bien, que el juez tendría discreción en caso de laguna y no en el de conductas que el derecho no regula ni pretende regular, pero que lo decisivo, a fin de cuentas, sería que la distinción entre uno y otro supuesto sólo

---

<sup>17</sup> Vid. F. Atria, “Sobre las lagunas”, en Atria *et al.*, *Lagunas en el derecho* (cit. en nota 9), p. 21: “No estoy sosteniendo ahora que los sistemas jurídicos son necesariamente completos, sino sólo que la existencia de una laguna ‘normativa’ [...] no es suficiente para concluir que el juez tiene discreción”; Id., “Creación y aplicación del derecho: Entre formalismo y escepticismo”, (cit. en nota 15), p. 46: “las lagunas normativas, en caso de existir, no implican que el juzgador tenga discreción”; Id., “Réplica: Entre jueces y activistas disfrazados de jueces”, (cit. en nota 15), p. 177: “Mi argumento es que en (lo que Alchourrón y Bulygin llaman) las lagunas normativas los jueces no tienen discreción”.

puede trazarse sobre la base de criterios valorativos, lo que implicaría en su opinión que no es posible diferenciarlos sin traspasar los confines de una concepción positivista del derecho<sup>18</sup>. Ruiz Manero, por su parte, propone una redefinición perspicaz y sumamente útil de la idea de laguna normativa a la que haré referencia más adelante, pero que, si he sabido comprender sus puntos de vista, no deja suficientemente claro si en el nivel de las calificaciones normativas concluyentes o definitivas —y no meramente en el de las que

---

<sup>18</sup> Vid. Atria, “Creación y aplicación del derecho: Entre formalismo y escepticismo”, (cit. en nota 15), p. 67: “a mí lo que me interesa no es la existencia de lagunas, sino la de discreción para el juzgador. Si el caso llevado ante el juez es uno que no interesa al derecho, el juez no tiene discreción, aunque no esté el caso regulado [...]. Si el caso es uno que sí interesa al derecho pero que no está regulado, entonces el juez tiene discreción y debe crear una regla. Esta posición, sin embargo, sólo es sostenible si es posible formular un criterio para determinar el conjunto de casos que el derecho *pretende* regular [...]. La función de este criterio es crucial, porque sólo el primer tipo de casos constituirían lagunas que darían discreción al juez. Pero [...] sólo argumentos normativos (morales), que deben su valor no a estar basados en fuentes, sino a que son correctos, permiten hacer esta distinción”; y p. 70: “la manera natural en que uno podría trazar la diferencia entre casos que el derecho no regula pero pretende regular, y casos que el derecho no regula ni pretende regular, implicaría renunciar a una teoría positivista del derecho: ‘el derecho *pretende regular* todos los casos que *debe* regular’” (todas las cursivas son de los originales).

resultan de modo inmediato de las prescripciones expresas del sistema— podría o no haber lagunas (y, de haberlas, qué querría decir exactamente que las hay y qué es lo que ello implicaría respecto a la posición en la que habría de quedar el juez a la hora de decidir).

Sin aclarar esas cuestiones, la discusión acerca de la tesis de la equivalencia pragmática de la ausencia de regulación con la regulación permisiva y de la que viene a ser su corolario, la de la asimetría, se enreda con facilidad en malentendidos de distintos tipos. Es más, en el trasfondo de la discusión acerca de si el derecho *puede* no ser completo, *qué querría decir* exactamente que lo es o no y *qué consecuencias* tendría que no lo fuera, late en todo momento la cuestión de cuáles son los *presupuestos* de los que parte cada uno en relación con la identificación del derecho. No creo que sea necesario insistir en que cualquier afirmación que se haga acerca de si un sistema jurídico dado regula o deja sin regular un caso determinado se hace inevitablemente desde la asunción de ciertos presupuestos. En primer lugar, relativos a la cuestión de si el derecho posee o no alguna clase de objetividad, esto es, acerca de si realmente puede ser objeto de conocimiento y si en consecuencia cabe o no entender que las afirmaciones de que el derecho dispone esto o aquello son enunciados susceptibles de verdad o false-

dad<sup>19</sup>, es decir, expresan proposiciones en sentido estricto. Y también, suponiendo que se conteste afirmativamente a esta primera cuestión, acerca de cuáles serían entonces las condiciones de verdad de dichas proposiciones (i.e., las condiciones que habrían de darse para que las proposiciones en cuestión resultasen verdaderas). Esto es sin duda una obviedad, pero viene al caso recordarlo porque me parece que el auténtico problema de fondo en toda esta discusión no deriva, como sugiere Bulygin, de una suerte de ofuscación pertinaz a la hora de distinguir entre normas y proposiciones normativas, sino más bien de la entrada en liza de concepciones sustancialmente distintas acerca de cuáles serían las condiciones de verdad de las proposiciones normativas referentes al derecho (lo que, a fin de cuentas, no es sino un modo oblicuo o indirecto de aludir a distintas concepciones del derecho).

---

<sup>19</sup> Quien sostenga que no lo son se está comprometiéndose con una concepción del derecho que se podrá considerar (y de hecho yo considero) muy poco plausible, pero lo que no se podrá hacer —sin incurrir en petición de principio— es criticar su posición porque no toma en cuenta adecuadamente la distinción entre normas y proposiciones normativas: puesto que lo que él estaría negando, precisamente, es que pueda haber proposiciones normativas verdaderas acerca del derecho.

### 3.

Ciertamente hay concepciones muy distintas de lo que implica “identificar el derecho”. Lo único que según creo no está en discusión es que identificar el derecho no consiste meramente en seleccionar con arreglo a un criterio determinado un conjunto de *formulaciones normativas* (i.e., de entidades lingüísticas no interpretadas), sino en identificar *normas*, entendidas como significados a los que, partiendo del material en bruto que representan esos textos, se llega a través de los procesos y operaciones a los que solemos aludir con el término “interpretación”<sup>20</sup>.

Por supuesto, dependiendo a su vez de cómo se conciba la interpretación, se podrá

---

<sup>20</sup> Lo da por sentado el propio Bulygin: “Llamo *identificación* de las normas jurídicas al paso que lleva de las distintas *fuentes* del derecho (legislación, precedentes, costumbre, etc.) a *normas* jurídicas (Otro nombre más usual pero por eso mismo más ambiguo para esta actividad es ‘interpretación’)” (E. Bulygin, “Dogmática jurídica y sistematización del derecho”, en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 466); y añade (*op. cit.*, p. 469): “si la norma es una oración con un significado definido, entonces la identificación de las normas jurídicas (o interpretación de los textos legales) consiste en la determinación del significado de las formulaciones de normas, esto es, de oraciones que figuran en tales textos”.

entender en un caso dado que la pretensión de haber identificado tales o cuales normas —como derecho *objetivamente preexistente*— a partir de un conjunto dado de “fuentes” o formulaciones normativas está justificada (y por consiguiente que las proposiciones normativas con las que se dé cuenta de la existencia de dichas normas son verdaderas) o, por el contrario, que no lo está en absoluto (y que por lo tanto las correspondientes proposiciones normativas son o bien falsas, o bien carentes en realidad de valores de verdad). O dicho de otro modo: dependiendo de cómo se conciba la interpretación se trazará en un punto o en otro —y de una u otra forma— la distinción entre la genuina interpretación, como identificación del contenido objetivamente preexistente del derecho, y la supuesta o pretendida interpretación que en realidad es o bien identificación errónea o tergiversada de dicho contenido, o bien elección discrecional (esto es, jurídicamente no vinculada) de alguna de las soluciones posibles dentro de los espacios que el derecho pudiera dejar indeterminados.

De más está decir que aquí no puedo discutir, ni siquiera de manera superficial, el cúmulo de problemas que rodean a las nociones de objetividad e interpretación del derecho. Pero creo que para mis propósitos basta con dar cuenta —aunque sea lacónicamente—



del modo en el que entiendo que se desenvuelve su identificación. Y me parece que el dato crucial está en que la identificación de las normas a partir de las formulaciones normativas relevantes no depende sólo de las convenciones puramente lingüísticas que confieren significado (“literal” u “ordinario”) a dichas formulaciones. Depende además, de manera decisiva, de las prácticas argumentativas o interpretativas que aceptamos en relación con la justificación jurídica final de decisiones a partir de dichas formulaciones. Y en especial de que nuestras convenciones al respecto hacen del recurso a los principios o razones subyacentes a esas prescripciones expresas un factor fundamental para la identificación de lo que finalmente —y no con un mero carácter *prima facie*— cabe considerar como contenido del derecho. Así, a la luz de dichas razones o justificaciones subyacentes y de las relaciones de prevalencia entre las mismas (cuya identidad y peso relativo para determinadas clases de situaciones pueden estar convencionalmente determinados), la identificación del derecho puede ser vista como un proceso de explicitación —no de creación o pura invención— de normas que, respecto de aquellas prescripciones expresas, pueden suponer en algunos casos la ampliación o la restricción de su tenor literal claro, pueden aclarar y zanjar problemas de indeterminación de los que adoleciese su for-

mulación, o pueden incluso regular casos no contemplados expresamente por ninguna de dichas prescripciones<sup>21</sup>.

Lo esencial, cuando imperan prácticas interpretativas semejantes (y, como puro dato empírico, para mí está fuera de duda que imperan entre nosotros), es entonces que la calificación normativa expresa o *prima facie* de una conducta —la que derivaría simplemente del sentido literal de las prescripciones explícitas— puede no coincidir con su calificación normativa definitiva. Para ser más exactos, allí donde el derecho esté abierto a la revisión del alcance de sus prescripciones expresas a la luz de los principios o razones subyacentes tanto en la dirección de ampliar como en la de restringir las prohibiciones contenidas en aquellas, será obvio que no se podrá decir en modo alguno que “todo lo no (*expresamente*) prohibido está (*definitivamente*) permitido”<sup>22</sup>: porque una conducta no

---

<sup>21</sup> Una concepción semejante coincide en lo sustancial con la que han ido articulando en detalle Atienza y Ruiz Manero en *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996 e *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000; y que, para lo que aquí interesa, queda perfectamente sintetizada en Ruiz Manero, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” (cit. en nota 15), pp. 116-122, o en Á. Ródenas, “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa* 26 (2003) 417-448, pp. 420-439.

expresamente prohibida podría estar a pesar de todo definitivamente prohibida.

Por supuesto, las cosas serán distintas allí donde el derecho esté abierto a la revisión del alcance de sus prescripciones expresas a la luz de sus razones subyacentes *sólo* en la dirección de restringir las prohibiciones que aquellas establecen y esté *cerrado* en cambio en cuanto a la posibilidad de ampliarlas. Ese cierre tendrá que venir dado por la existencia de una norma de clausura que, precisamente, excluya la posibilidad de proceder a dicha clase de ampliación<sup>23</sup>, con la consecuencia, por tanto, de que sólo estará definitivamente prohibido aquello que expresamente se califique como prohibido. O lo que es lo mismo:

---

<sup>22</sup> Dicho con más rigor: una afirmación semejante expresaría en tal caso una proposición normativa falsa. Por otra parte, si el derecho está abierto a dicha clase de revisión en *las dos* direcciones indicadas, también expresaría una proposición normativa falsa la afirmación “todo lo expresamente permitido está definitivamente permitido” (porque una conducta expresamente permitida podría estar a pesar de todo definitivamente prohibida).

<sup>23</sup> Pueden considerarse normas de clausura de ese tipo, por ejemplo, las que se inferirían para el ámbito penal de la interpretación conjunta de los artículos 1.1, 2.1 y 4.1 del Código Penal y, para la esfera del derecho administrativo sancionador, de los artículos 129.1 y 4 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en conjunción, en ambos casos, con el artículo 25.1 de la Constitución).

todas las conductas no expresamente prohibidas quedarán definitivamente “permitidas” —con independencia de qué se suponga que implica esto último respecto a la protección frente a la interferencia por parte de terceros— como mínimo en el sentido de que la norma de clausura excluye que pueda imponerse una sanción por su realización<sup>24</sup>.

Cabe distinguir entonces entre sistemas jurídicos o sectores del derecho cerrados y abiertos, entendiendo por tales, respectivamente, aquellos en los que existe o en los que no existe una norma de clausura del tipo aludido (esto es, que obligue a calificar *definitivamente* como no prohibido y por ende no sancionable lo que no esté prohibido *expresamente*). Podemos preguntarnos entonces cómo habría que entender en un sistema o sector del derecho abierto la idea de “laguna normativa”

---

<sup>24</sup> Naturalmente si lo que queda cerrado de este modo no es la totalidad del ordenamiento, sino sólo *algún sector* del derecho —como ocurre en nuestros sistemas jurídicos—, habrá que matizar que las conductas que en el mismo no están expresamente prohibidas quedan definitivamente permitidas *a los efectos de dicho sector* del derecho, en el sentido de que no cabrá imponer por su realización ninguna de las sanciones que *ese* sector del derecho establece (lo que no excluye, por supuesto, que a pesar de todo la conducta en cuestión resulte finalmente calificable como jurídicamente prohibida y sancionable con arreglo a normas de un sector diferente del ordenamiento, ya sea éste a su vez cerrado o abierto).

y de qué modo podría distinguirse —si es que cabe hacerlo— de lo que el derecho no regula ni pretende regular. Y creo que un excelente punto de partida puede ser la definición —o, si se quiere, redefinición— que nos propone Ruiz Manero, basándose precisamente en la distinción y el posible desajuste entre el nivel de las calificaciones normativas expresas o *prima facie* y el de las calificaciones normativas concluyentes o definitivas (que resulten del balance entre los principios que constituyen las justificaciones subyacentes a las prescripciones explícitas del sistema):

“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.”<sup>25</sup>

En relación con esta propuesta me parecen pertinentes dos comentarios. En primer lugar, el concepto de laguna que resulta de ella viene a coincidir con lo que tradicionalmente se ha entendido por “laguna *de la ley*”, como

---

<sup>25</sup> Ruiz Manero, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” (cit. en nota 15), p. 123.

algo que cabría diferenciar de una eventual “laguna *del derecho*”. La distinción entre lagunas de la ley y lagunas del derecho no ha sido muy del gusto del positivismo jurídico clásico: y es natural que no sólo se contemple con recelo, sino que abiertamente se considere inaceptable y carente de sentido si se parte del presupuesto de que “el derecho” se agota en “la ley”<sup>26</sup>. Por el contrario, si se acepta la

---

<sup>26</sup> Creo que así es como veía las cosas, por ejemplo, Ulrich Klug: cfr. U. Klug, “Observations sur les problèmes des lacunes en droit”, en Ch. Perelman (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, 85-103, p. 87. Para Klug la única forma de distinguir con sentido entre esos conceptos (laguna de la ley, laguna del derecho) tenía que pasar por referir cada uno de ellos a un sistema de normas diferente: o bien al de la ley, que —decía Klug— “es un sistema empírico de normas”, o bien al del “derecho”, que sería “un sistema de normas no empíricas, es decir apriorístico” (*ibidem*); lo que es tanto como decir que en realidad el derecho *positivo* se agota en la ley, de manera que, si se pretende establecer una diferencia entre ambas clases de laguna, en la idea de laguna del derecho la expresión “derecho” tendría que ser entendida como “derecho *no positivo*” (esto es, derecho natural, cualquiera que fuese la forma en que se concibiera esta noción).

Lo que ya me resulta más difícil de entender es lo que Alchourrón y Bulygin afirmaron al respecto en su *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (cit. en nota 1), p. 182: “La distinción entre las lagunas del derecho y las lagunas de la ley dista mucho de ser clara, y *el hecho de que los juristas suelen con frecuencia apelar a ella parece más bien confirmar la sospecha sobre el carácter ambiguo de esta distinción*” (la cursiva es mía). Naturalmente, que cierto aparato

distinción entre los dos niveles aludidos (el de las calificaciones normativas *prima facie* que resultan del tenor literal de las prescripciones explícitas del sistema y el de las calificaciones normativas definitivas que resultan de revisar y completar el alcance de esas prescripciones expresas a la luz del balance entre los principios o razones subyacentes a las mismas), resulta posible dar cuenta de la diferencia entre lagunas de la ley y lagunas del derecho en términos que a mi juicio no tienen nada de oscuros: la laguna de la ley es la ausencia de regulación en el nivel de las calificaciones normativas *prima facie*; y además no *cualquier* ausencia de regulación en dicho nivel, sino sólo la de una que vendría exigida por el balance entre los principios o razones subyacentes del sistema<sup>27</sup> (lo que, por otra parte,

---

conceptual sea tradicionalmente utilizado por los juristas no garantiza que sea claro ni útil; pero sospechar que *no* debe serlo *puesto que lo utilizan* me parece un exceso manifiesto (y que además resulta sumamente revelador de todo un modo de entender cuál es la perspectiva desde la que se debe construir una teoría del derecho, que, a decir verdad, no me parece el más fructífero).

<sup>27</sup> Entre los teóricos del derecho de orientación analítica no es muy usual citar a un autor como Larenz (que además, desde el punto de vista ideológico, puede suscitar cualquier cosa menos simpatía), pero tal vez no esté de más recordar que lo que Larenz llamaba “laguna manifiesta” —o laguna de la ley— se ajusta bastante a la reconstrucción del concepto de laguna que propone Ruiz Manero: cfr. K. Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. cast. —de la 4<sup>a</sup> ed. alemana, de 1979— de

vendría a aclarar en qué sentido una laguna —de la ley— es diferente de un supuesto que el derecho no regula “ni pretende regular”, que “no interesa al derecho”). Y entendido de este modo el concepto, creo que se comprende además con facilidad que de la mera existencia de una laguna (de la ley) no se sigue necesariamente que el juez se encuentre en la posición de tener que decidir discrecionalmente sobre el caso: porque éste puede estar solucionado en el nivel de las calificaciones normativas concluyentes o definitivas (y esto es precisamente lo que siempre se quiso expresar con la vieja idea de la “autointegración” del derecho). En suma, el juez no *crea* necesariamente la solución cada vez que no hay una regla expresa que resuelva el caso (del mismo modo que tampoco hace necesariamente una aplicación indebida del derecho cada vez que se aparta del tenor literal de una regla expresa).

Ahora bien, lo que habría que aclarar, en segundo lugar, es si a partir de una definición

---

M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, p. 370 (“Existe una laguna ‘manifiesta’ cuando la ley no contiene regla alguna para un determinado grupo de casos, que les fuera aplicable; si bien, *según su propia teleología*, debiera contener tal regla” [la cursiva es mía]); vid. también p. 366 (hay laguna de la ley cuando “según la intención reguladora subyacente, tiene que esperarse una regulación también de estos casos”).



como la que propone Ruiz Manero cabe hablar o no de lagunas *del derecho*. Y me parece que en ese sentido sería útil distinguir, desarrollando su propuesta, entre *cuatro* situaciones diferentes que podrían darse cuando —tal y como exige el primero de los requisitos de su definición de laguna— un sistema jurídico “no contiene una regla [expresa] que correlacione el caso con una solución normativa”: (1) que el balance entre los principios relevantes del sistema *exija* una regla que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida y que de dicho balance *resulte* efectivamente cuál sería esa regla, en cuyo caso habría una “laguna de la ley”, pero no una “laguna del derecho”<sup>28</sup>; (2) que el balance entre los principios relevantes del sistema *exija* una regla que califique la conducta de que se trate como permitida frente a la eventual interferencia de terceros (i.e., una que establezca lo que llamaré más adelante un “permiso protegido”), lo que se traduce en la imposición de obligaciones o prohibiciones

---

<sup>28</sup> Lo que viene a coincidir con la opinión de Moreso, si bien él no emplea los términos “laguna de la ley” y “laguna del derecho”: cfr. J. J. Moreso, “*A brilliant disguise: entre fuentes y lagunas*”, en F. Atria *et al.*, *Lagunas en el derecho* (cit. en nota 9), p. 198 (“habría una laguna normativa en la reconstrucción del microsistema a partir del material que proporcionan las reglas, pero no lo [*sic*] habría a partir del material que proporcionan las reglas más los principios”).

sobre los demás, y que de dicho balance *resulte* efectivamente cuáles serían esas reglas: supuesto en el que, de nuevo, habría laguna de la ley pero no laguna del derecho; (3) que el balance entre los principios relevantes del sistema *no exija* una regla que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida, ni tampoco una que califique como prohibida la conducta de terceros consistente en interferir en la realización de aquélla: en cuyo caso no habrá siquiera “laguna de la ley”<sup>29</sup>, sino que estaríamos ante un caso que el derecho no regula ni pretende regular; y finalmente, (4) que el balance entre los principios relevantes del sistema *exija* una regla que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida, *pero* que de dicho balance *no*

---

<sup>29</sup> Es lo que sostiene también Ruiz Manero, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” (cit. en nota 15), p. 124, aunque no estoy seguro de que distinga con toda claridad este tercer tipo de situación de la inmediatamente anterior, habida cuenta de que se refiere a los casos en los que no cabría hablar de laguna como aquellos “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” (*op. cit.*, p. 123), algo que aparentemente podría decirse por igual de las situaciones en las que dicho permiso resultara ser un permiso *protegido* (esto es, que implique la obligación de los demás de abstenerse de impedir su realización u omisión) y de aquellas otras en las que, por el contrario, resultara ser uno no protegido.

*resulte* claramente cuál sería esa regla. En mi opinión, en este último supuesto no habría solamente una laguna de la ley, sino además una laguna del derecho. Y no veo por qué habría que considerar que una situación semejante no puede darse<sup>30</sup>: si cuáles son las razones o justificaciones subyacentes a las reglas expresas y cuáles sus “pesos” relativos (esto es, las relaciones de prioridad entre ellas para cada clase de casos) está *convencionalmente determinado*, es decir, determinado por el contenido de nuestras prácticas, entonces no creo que pueda descartarse la posibilidad de que nuestras convenciones resulten *insuficientes* para determinar unívocamente en un caso dado qué es lo que resulta del balance entre los principios relevantes del sistema (con la consecuencia de que tendrá

---

<sup>30</sup> Que es lo que, si le entiendo bien, mantendría J. Aguiló, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa* 30 (2007) 665-675, p. 673: “En el nuevo paradigma [postpositivista] no hay casos relevantes no regulados, pues en los sistemas jurídicos no sólo hay reglas sino también principios”. Pero no acierto a comprender por qué habría que presuponer que del hecho de que haya también principios se sigue que *siempre* ha de estar determinado qué es lo que resulta del balance de los mismos para cada caso genérico relevante. En ese sentido me parece más convincente la posición de Moreso, “*A brilliant disguise*: entre fuentes y lagunas” (cit. en nota 28), quien sostiene —p. 200— que “es posible que un caso carezca de solución unívoca una vez determinadas las reglas y el balance entre los principios relevantes”.

que ser entonces el aplicador el que lo determine, en cuyo caso no cabrá hablar de identificación de derecho preexistente, sino de decisión no vinculada por éste, es decir, discrecional). Todo lo cual, por cierto, acabaría a mi juicio dando la razón a quienes de un modo u otro han sostenido que la genuina laguna (del derecho) se produciría no tanto por falta de solución para el caso dentro del sistema, sino más bien por la falta de un criterio claro para decidir entre distintas soluciones posibles<sup>31</sup> (“posibles” en el sentido de que cada

---

<sup>31</sup> Esa era, como se recordará, la conclusión a la que llegaba Bobbio, para quien “[s]i existen dos soluciones posibles [según Bobbio, razonar a partir de las normas expresas o bien analógicamente o bien *a contrario*] y la decisión entre las dos soluciones corresponde al intérprete, existe una laguna que consiste precisamente en el hecho de que el ordenamiento jurídico ha dejado sin decidir cuál de las dos soluciones es la deseada”, esto es, que consiste “en la ausencia de una regla que permita acoger una solución antes que la otra” (N. Bobbio, *Teoría general del derecho*, trad. cast. de E. Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1991, p. 236); y concluía (p. 237): “la dificultad [...] consiste no en que haya insuficiencia de soluciones jurídicas posibles frente al caso no regulado, sino, por el contrario, exuberancia. Y la dificultad de interpretación, que es en lo que consiste el problema de las lagunas, está en que el ordenamiento no ofrece ningún medio jurídico para eliminar esta exuberancia, esto es, para decidir con base en el sistema a favor de una u otra solución”.

Nótese que no es muy distinta la posición mantenida por Raz —y que Bulygin juzga desfavorablemente—, según la cual “las lagunas del derecho [...] surgen

una de ellas encontraría respaldo en algún principio o razón subyacente del sistema sin que se pudiese considerar una cuestión *determinada* por el derecho cuál de ellos habría de prevalecer en las circunstancias del caso<sup>32</sup>).

Por supuesto, la distinción entre las cuatro situaciones apuntadas sólo es viable si se asume la idea de que el derecho puede ser contemplado como una estructura que consta de dos niveles, el de las reglas expresas y el de los principios o razones que constituyen las justificaciones subyacentes a las mismas (o, si se quiere, el de las calificaciones normativas expresas o *prima facie* y el de las concluyentes o definitivas). Me parece que la distinción entre estos dos niveles no tenía cabida en el marco conceptual que asumían Alchourrón y Bulygin en *Normative Systems*: porque, si bien es cierto que allí se hablaba de “sistemas

---

siempre que el derecho habla con voz incierta (simple indeterminación) o cuando habla con muchas voces (conflictos no-resueltos)” (cfr. J. Raz, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. cast. de R. Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982, p. 103).

<sup>32</sup> A juicio de Juan Pablo Alonso ésta podría ser precisamente la situación en el caso anteriormente mencionado (vid. *supra*, nota 10) de la laguna detectable en los arts. 453 a 455 del Código Civil en lo concerniente a si el poseedor de mala fe vencido en la posesión que ha realizado gastos útiles gozaría o no del *ius tollendi*: cfr. Alonso, “Un caso difícil en el Código civil español” (cit. en nota 10), pp. 424-426.

normativos” como sistemas de *normas* y no de formulaciones normativas (esto es, no de entidades lingüísticas no interpretadas, sino de oraciones ya dotadas de un significado definido y constante), lo que ciertamente dejaba abierto y no prejuizgaba cómo se llegaba a la identificación definitiva del derecho a partir del material constituido por las prescripciones expresas del legislador, lo cierto es que en diversas ocasiones se apuntaba allí que las propiedades relevantes para determinar cuáles son los casos que el derecho pretende regular son exclusivamente las tomadas en cuenta por el legislador, esto es, las “mencionadas en las normas”<sup>33</sup>. Ahora bien, las cosas cambian radicalmente si se asume —como ha asumido recientemente Bulygin, aceptando una idea de Jorge Rodríguez— que también puede considerarse que una propiedad es jurídicamente relevante, aunque no haya sido tomada en cuenta expresamente por el legislador, si lo es según “el sistema valorativo que subyace” a la actividad de aquél<sup>34</sup>. Una

---

<sup>33</sup> Cfr. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (cit. en nota 1), p. 154. Que las propiedades relevantes son simplemente las “mencionadas en las normas” lo seguía reiterando Bulygin —a pesar de la importante matización a la que me referiré en la próxima nota —en “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria” (cit. en nota 9), p. 83; y es lo que sostiene también P. Navarro “Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial” (cit. en nota 16), p. 99.

vez aceptado esto, me atrevo a sugerir que Bulygin no tendría por qué oponer reparos insalvables a la distinción entre las cuatro situaciones que he tratado de esbozar hace un momento. Y por otra parte, si se acepta también que en último término es una cuestión *de hecho* —esto es, determinada por el contenido que tienen de hecho nuestras prácticas— qué sistema valorativo “subyace a la actividad del legislador” (por más que su identificación pueda distar de ser sencilla<sup>35</sup>), entonces, y en

---

<sup>34</sup> Cfr. Bulygin “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria” (cit. en nota 9), p. 82. Encuentran problemático ese giro en la posición de Bulygin M<sup>a</sup> C. Redondo, “Positivismo incluyente, positivismo excluyente y positivismo indiferente”, en J. J. Moreso y M<sup>a</sup> C. Redondo (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp.117-129; y G. B. Ratti, “Dos modelos de relevancia normativa”, *ibidem*, pp. 153-167.

<sup>35</sup> A los términos en los que habría de desenvolverse dicha identificación y las dificultades que ello implicaría me he referido en J. C. Bayón, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en P. Navarro y M<sup>a</sup> C. Redondo (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Madrid, Gedisa, 2002, pp. 57-92. Aunque aquí no es posible desarrollar este punto fundamental, obsérvese tan sólo que si se niega que la identidad de las razones o justificaciones subyacentes a las reglas expresas del sistema, así como su peso relativo para determinadas clases de casos, puedan estar convencionalmente determinados, lo que se estará negando es la objetividad del derecho; y si no tuviese sentido hablar de derecho objetivamente preexistente a la actividad del intérprete-aplicador, tampoco lo tendría hablar de sus posibles lagunas.

contra de lo que sugiere Atria<sup>36</sup>, la determinación de cuáles son los casos que el derecho pretende regular —y por consiguiente la base para distinguir entre lagunas y casos que no interesan al derecho— puede llevarse a cabo con arreglo a criterios que no dependen de las valoraciones del intérprete-aplicador.

Sea como fuere, nótese por último que, de las cuatro situaciones que se han diferenciado anteriormente, la cuarta y última (en la que, por hipótesis, el derecho está *indeterminado*) sería la única en la que el juzgador se encontraría en la posición de tener que decidir discrecionalmente y en la que, por tanto, su decisión entrañaría una auténtica creación de derecho. De las otras tres, en las dos primeras habría “laguna”, pero sólo laguna de la ley, estando el caso solucionado en el nivel de las calificaciones normativas concluyentes o definitivas. Y en la tercera, esto es, cuando se trata de conductas que el derecho no regula ni pretende regular, del hecho de que el ordenamiento no establezca nada respecto al caso no se sigue que el juez tenga discreción para decidir, si se asumen la tesis de la equivalencia pragmática entre ausencia de regulación y regulación permisiva y su corolario, la tesis de la asimetría. Conviene por tanto, ya para finalizar, volver sobre estas tesis, tratando de

---

<sup>36</sup> Vid. *supra*, nota 18.



ver ahora si las distinciones y conclusiones que se han ido estableciendo podrían contribuir a despejar los malentendidos que a mi modo de ver han podido obstaculizar su aceptación.

4.

Contra las tesis de la equivalencia pragmática entre ausencia de regulación y regulación permisiva y de la asimetría se han formulado sobre todo dos objeciones. La primera vendría a sostener que no es cierto que del hecho de que una conducta no esté ordenada ni prohibida por el derecho se siga que el juez debe desestimar cualquier demanda basada precisamente en la pretensión de que el demandado está obligado a realizarla o abstenerse de realizarla: porque cabe la posibilidad de que el juez deba fallar a pesar de todo a favor del demandante en la medida en que proceda hacer uso de la analogía (allí donde está permitido hacerlo, esto es, en un sector abierto del derecho) y, en consecuencia, sea procedente aplicar a la conducta no regulada la solución normativa —de obligación o prohibición— prevista por el ordenamiento para un caso distinto<sup>37</sup>. Pero a la vista del análisis

---

<sup>37</sup> Formulan una objeción de este tipo Bulygin, “Creación y aplicación del derecho” (cit. en nota 9), pp. 41-42; Id., “En defensa de El Dorado...” (cit. en nota 9),

precedente ya debería estar claro por qué esta objeción está mal planteada. Si realmente procede hacer uso de la analogía del modo indicado, entonces no estaríamos ante una conducta que en el nivel de las calificaciones normativas concluyentes o definitivas no está ordenada ni prohibida por el derecho: estaríamos ante un caso de mera *laguna de la ley*, pero solucionado normativamente por el sistema de manera concluyente cuando se toma en cuenta el balance entre sus principios o justificaciones subyacentes. Por eso la objeción yerra el blanco: las tesis de la equivalencia pragmática entre ausencia de regulación y regulación permisiva y de la asimetría no se refieren a esa clase de supuesto, sino al de una conducta de la que realmente quepa decir, *en el nivel de las calificaciones normativas concluyentes o definitivas*, que no está ordenada ni prohibida por el derecho (esto es, a lo que de verdad se refieren es al tipo de conductas que, como se ha dicho anteriormente, el derecho “no regula<sup>38</sup> ni pretende regular”).

---

p. 83; P. Navarro “Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial” (cit. en nota 16), p. 95; o J. J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 94 y 99.

<sup>38</sup> Afirmación que siempre debe entenderse teniendo presentes las matizaciones a las que aludí con anterioridad (vid. *supra*, nota 11) y que sería ocioso reiterar.

La segunda objeción vendría a sostener que no es cierto que la ausencia de regulación (ni siquiera entendida como ausencia concluyente o definitiva y no como mera ausencia de regulación explícita) equivalga a la regulación permisiva. Y ello porque un permiso implicaría siempre la obligación de los demás de abstenerse de impedir la realización de la conducta que se dice permitida, obligación que —como cualquier otra— no puede surgir misteriosamente de la simple ausencia de regulación: si existe, será porque o bien existe una norma que la impone en concreto o bien existe una norma de cierre que prohíbe impedir la realización de toda conducta que el derecho no prohíba<sup>39</sup>; y si no existe ninguna de las dos, esto es, si estamos hablando realmente de la pura y simple ausencia de regulación, entonces no podría mantenerse de manera inteligible que ello equivalga a la regulación permisiva<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Tal y como establecía, por ejemplo, el art. 5 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789: “tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas”.

<sup>40</sup> Una objeción de este tipo, formulada en contra de lo que en un principio sostuvo Kelsen —en la 1ª ed. de la *Teoría pura* y en la *Teoría General del Derecho y del Estado*—, puede encontrarse en Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (cit. en nota 1), pp. 185-186. De hecho, ya

Si la aparente plausibilidad de la primera de las objeciones derivaba de la falta de distinción entre calificaciones normativas explícitas y calificaciones normativas finales o concluyentes, la de esta segunda resulta de no distinguir con claridad entre “permisos protegidos” y “permisos no protegidos”. En efecto, si la tesis de la equivalencia pragmática mantuviese que la ausencia de regulación es equivalente a la existencia de un permiso *protegido*, entonces la objeción en su contra que se acaba de presentar sería certera: pero no lo es, porque lo que mantiene la tesis en cuestión no es eso, sino que la ausencia de regulación da lugar a una situación de permiso *no protegido*. Bien es verdad, sin embargo, que en ese caso la objeción en su contra podría aún reformularse diciendo que distinguir en-

---

Hohfeld había advertido mucho antes (en 1913) que “sería un *non sequitur*” concluir que de la mera existencia de una libertad como “privilegio” —en el sentido específico que él daba a este término— “se sigue que los ‘terceros’ están sometidos a un *deber* de no interferir” (cfr. W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. cast. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, p. 57; la cursiva es del original). Kelsen modificó su posición en la 2ª ed. de la *Teoría Pura*, en un sentido que creo que puede interpretarse sin abuso como postulación de la idea de que la ausencia de regulación es equivalente al permiso no protegido: vid. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. cast. —de la 2ª ed. en alemán de 1960— de R. Vernengo, México, UNAM, 1981, p. 252.

tre permisos protegidos y no protegidos es artificioso e inviable (o si se quiere: que los permisos o son protegidos o no son realmente permisos en absoluto). Así que para contestar de un modo efectivo a la objeción habría que mostrar que tiene sentido la distinción entre permiso protegido y permiso no protegido y que la ausencia de regulación equivale al segundo (aunque, ciertamente, no al primero).

Aunque hablar de permisos protegidos y permisos no protegidos suponga hacer uso de una terminología no muy habitual<sup>41</sup>, la distinción que se quiere expresar con ella es exactamente la misma que, en el mucho más difundido vocabulario hohfeldiano, media entre el “derecho” (como “*claim-right*” o “pretensión”), cuyo correlativo es un “de-

---

<sup>41</sup> De permisos normativamente protegidos o no protegidos habla L. Hierro, “Conceptos jurídicos fundamentales: (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber” (cit. en nota 15), p. 156, n. 22 (que también se refiere a esos dos tipos de posición normativa como “permisos relacionales” o “no-relacionales”: *op. cit.*, p. 170, n. 45). A las mismas nociones se refiere Alexy con los términos “libertad protegida” y “libertad no protegida”: según Alexy, “las libertades no protegidas no implican el derecho a no ser obstaculizado en el goce de estas libertades” y “[c]uando se añade un tal derecho, la libertad no protegida se convierte en una libertad protegida” (cfr. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* —cit. en nota 2—, pp. 221 y 222).

ber”, y la libertad como mero “privilegio” (“*privilege*”), cuyo correlativo es un “no-derecho”<sup>42</sup>. Tener el “privilegio” ( $P_1$ ) de realizar cierta conducta  $p$  significa que no tenemos ni el deber de realizarla ni el de abstenernos de realizarla (lo que implica que nadie tiene derecho a que la realicemos ni a que no la realicemos, esto es, que los demás se encuentran frente a quien tiene el privilegio en una posición de “no-derecho”); pero significa también —si lo que tenemos es *sólo* una libertad como “privilegio”, y no un “derecho” en el sentido hohfeldiano de “pretensión”— que los demás no tienen el deber de abstenerse de impedirnos hacer  $p$ , o lo que es lo mismo, que tienen a su vez frente a nosotros el privilegio ( $P_2$ ) de realizar la conducta  $q$ , que tiene el resultado de impedirnos hacer  $p$ . Ello no tiene que interpretarse necesariamente en el sentido de impedir por la fuerza al titular de  $P_1$  la realización de  $p$ : basta con que el hecho de que el titular de  $P_2$  realice  $q$  haga de cualquier modo imposible —y en ese sentido “interfiera con”— la realización de  $p$  por parte del titular de  $P_1$ . Lo que, dicho sea de paso, supone que la presencia en el ordenamiento de una norma como la que tipifica y

---

<sup>42</sup> Lo señalan Atria, “Réplica: Entre jueces y activistas disfrazados de jueces” (cit. en nota 15), p. 170; y Ruiz Manero, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” (cit. en nota 15), p. 124.

sanciona las coacciones no tiene exactamente el efecto, como “norma de cierre”, de conferir el permiso *protegido* de hacer todo lo que no está prohibido si lo que ella misma prohíbe es impedir a otro *por la fuerza* —pero *no de otra manera*— hacer lo no prohibido<sup>43</sup>: lo cual, por cierto, tiene perfecto sentido si para el ordenamiento es *indiferente* que el titular de  $P_1$  realice  $p$  o que el titular de  $P_2$  realice  $q$  (siempre que ello no implique el uso de la fuerza). A la vista de todo ello hay que concluir, a mi juicio, que es perfectamente posible que en un ordenamiento —incluso en uno en el que exista el delito de coacciones— no se tenga sin más el “derecho” (como permiso *protegido*) de hacer todo lo definitiva o concluyentemente no prohibido, por la sencilla razón de que no se tiene un derecho (es decir, no hay permiso protegido) sin una norma que imponga la obligación correlativa. Pero el sentido en el que la ausencia (definitiva o concluyente) de regulación equivale a

---

<sup>43</sup> Que es justamente lo que ocurre con el art. 172 del Código Penal, que habla de impedir a otro “*con violencia*” hacer lo que la Ley no prohíbe. Ello nos conduce, exactamente como señaló Carrió, a entender los que he llamado “ $P_1$ ” y “ $P_2$ ” como “dos privilegios enfrentados, circunscriptos, por supuesto, por un perímetro de derechos y deberes en el específico sentido que da Hohfeld a estos términos” (G. R. Carrió, “Nota preliminar” a Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* —cit. en nota 40—, p. 17).

una regulación permisiva se resume en que para reconocer una libertad como “privilegio” hohfeldiano (esto es, como permiso no protegido) basta con constatar que ninguna norma del sistema concede a un hipotético demandante el derecho a que el que goza del privilegio realice o se abstenga de realizar la conducta de que se trate; y tratándose de un derecho que el demandante *no tiene*, no veo como cabría negar que un juez estaría obligado a desestimar su pretensión. Lo que es tanto como decir que un permiso no protegido no es sin embargo un permiso vacío o carente de consecuencias: porque tiene al menos la de negar que en una situación semejante el juez tenga discreción para decidir.

En conclusión, a pesar del inteligente esfuerzo crítico que con su maestría habitual despliega Bulygin, creo que cabe entender que hay al menos un sentido en el que esa vieja intuición que se condensa en el principio de prohibición<sup>44</sup>, que tantos y tan reiteradamente han dado por buena, expresaría después de todo una verdad no contingente y que, habida cuenta de que teóricos del derecho tan perspicaces como él la han puesto en tela de juicio,

---

<sup>44</sup> Insisto: siempre que en su formulación se entienda por “no prohibido” lo que no lo está en el nivel de las calificaciones normativas concluyentes o definitivas y por “permitido” lo que lo está en un sentido no protegido.



tampoco creo que pueda considerarse precisamente trivial.



### III. CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

*Eugenio BULYGIN*

Sumario: 1. La doctrina de la división de poderes. 2. Distintos tipos de sentencias judiciales. 3. La justificación de la decisión judicial y los deberes del juez. 4. Contradicciones normativas. 5. Lagunas normativas. 6. La posición de Fernando Atria. 7. La posición de Juan Ruiz Manero.

#### 1. *La doctrina de la división de poderes*

Entre las ideas referentes a la organización política del estado, elaboradas por los pensadores de la Ilustración, que se trató de poner en práctica con la Revolución Francesa, la doctrina de la división de poderes ocupa un lugar central. La idea básica es la distinción entre el poder legislativo como creador del derecho y el poder judicial encargado de su aplicación, idea que conserva su vigencia hasta nuestros días. Por derecho se entiende en este contexto al conjunto de las normas jurídicas generales, cuya creación incumbe al poder legislativo, ejercido por el parlamento, es decir, por los representantes del pueblo. Los jueces deben limitarse a aplicar el dere-

cho dictado por el poder legislativo, en primer lugar, las leyes.

Esta idea no sólo presupone una tajante distinción entre creación y aplicación, sino que exige, además, que el derecho resuelva todos los problemas jurídicos de tal manera que para cada caso haya una y sólo una solución suministrada por el derecho, lo cual implica que éste tiene que ser completo y consistente. Esta es una condición necesaria para que los jueces puedan cumplir su obligación de resolver todos los casos conforme al derecho, sin que les sea permitido modificarlo. La codificación napoleónica fue la concreción práctica de esa concepción. Esto explica, al menos en parte, la idea tan difundida entre los juristas de que en el derecho no hay, ni puede haber lagunas, ni contradicciones normativas.

La distinción tajante en la creación y la aplicación del derecho fue criticada por Kelsen, quien sostuvo que tanto los legisladores, como los jueces, crean y aplican el derecho: los legisladores aplican la constitución y crean normas generales, mientras que los jueces aplican las normas generales y crean normas individuales. Esta idea de Kelsen es criticable por varias razones: en primer lugar, la sentencia es una entidad compleja en la que cabe distinguir por lo menos dos partes: la parte

resolutiva o dispositiva y los considerandos. Estos últimos, en los que el juez justifica su decisión, son tan importantes como la parte dispositiva. En segundo lugar, aunque sea cierto que las sentencias judiciales contienen (habitualmente, pero no siempre) normas individuales en su parte dispositiva, esto no puede calificarse como creación del derecho.<sup>1</sup> Sólo cabe hablar de creación del derecho por parte de los jueces, cuando ellos crean normas generales. Ya veremos que esto se da en algunos casos.

Pero es curioso que Kelsen comparta –al menos en parte– la segunda implicación de la teoría de la división de poderes, a saber, que el derecho es completo y consistente, pues siempre ha negado la posibilidad de lagunas y durante la mayor parte de su vida también la de contradicciones o conflictos entre normas.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr. E. Bulygin, “Sentenza giudiziaria e creazione di diritto” en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 44 (1967), 164-180, trad. cast. “Sentencia judicial y creación del derecho” en C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, 355-369.

<sup>2</sup> Sólo en 1962 Kelsen abandona la idea de que el derecho es siempre consistente (cfr. “Derogation”, en R. Newman (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, 1962, 339-355).

## 2. *Distintos tipos de sentencias judiciales*

En la actividad jurisdiccional cabe distinguir básicamente entre dos tipos de problemas con los que los jueces tienen que enfrentarse: problemas de clasificación y problemas normativos.

Los problemas de clasificación consisten en que el juez debe resolver si un determinado caso individual pertenece o no a un cierto caso genérico, es decir, si un individuo (en el sentido lógico del término) pertenece a una determinada clase o tiene una cierta propiedad. Por ejemplo, cuando el juez tiene que resolver si Fulano es heredero de Mengano o si se han cumplido los requisitos para usucapir un determinado inmueble o si el contrato celebrado entre Pedro y Paco es válido o no. Los procesos de este tipo pueden ser controvertidos o no.

Tales problemas dan lugar a *sentencias declarativas* que consisten en una aserción o aseveración del juez de la forma “El individuo  $i$  tiene la propiedad  $P$  o “ $i$  pertenece a la clase  $P$ ” o “ $i$  está en relación  $R$  con  $j$ ”; por ejemplo, “Pedro es mayor de edad”, o “Juan es comerciante” o “José mató a Federico”.

En los procesos judiciales se presentan a menudo además del problema de clasificación problemas normativos, en los que el juez debe decidir si una persona debe, no debe o puede realizar una cierta acción. Los procesos normativos son siempre controvertidos. En ellos el actor pretende que el demandado tiene la obligación de realizar o de abstenerse de realizar una cierta acción (llamémosla p) y el demandado siempre niega que tenga tal obligación. (Si no lo negara no habría proceso judicial.) La situación es algo distinta, aunque similar en los procesos penales, pero voy a considerar sólo procesos civiles (en sentido amplio).

En los procesos normativos también se presentan problemas de clasificación: el juez debe decidir si la acción realizada por Pedro es una amenaza o si la suma entregada por Ricardo constituye un precio o no, pero además el juez debe resolver la pretensión normativa. Las sentencias que ponen fin a un proceso normativo siempre contienen en su parte dispositiva normas individuales que ordenan, prohíben o permiten una cierta acción. Las llamaré *sentencias normativas*. En las sentencias normativas también se plantean problemas de clasificación, pero su característica peculiar es la presencia de normas dictadas por el juez.

La doctrina procesalista suele distinguir tres clases de sentencias: declarativas, constitutivas y de condena. Esta clasificación es defectuosa por dos motivos: en primer lugar, ni las sentencias constitutivas, ni las declarativas contienen normas y sólo se distinguen entre sí por sus efectos secundarios, es decir, porque hay otras normas que se refieren a ellas, disponiendo que dado el hecho de una sentencia deben producirse tales o cuales consecuencias. En segundo lugar, esta clasificación implica que todas las sentencias que rechazan la demanda son declarativas (Chiovenda lo dice expresamente).<sup>3</sup> Voy a sostener, en cambio, que las sentencias que resuelven problemas normativos son siempre normativas, con independencia del resultado del pleito.

Hay dos formas en las que puede terminar un proceso normativo: el juez puede hacer lugar a la demanda y condenar al demandado o rechazar la demanda. (Naturalmente en un proceso complejo en el que hay varias pretensiones, la sentencia puede hacer lugar a algunas pretensiones del actor y rechazar otras.) Más adelante vamos a analizar estos dos tipos de sentencia, la que hace lugar a la demanda y la que la rechaza.

---

<sup>3</sup> G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile* (1913).



### 3. *La justificación de la decisión judicial y los deberes del juez*

La decisión judicial que pone fin a un proceso normativo y que consiste en el dictado de una norma individual, tiene que estar –como todas las decisiones judiciales– justificada. ¿De qué manera justifica el juez la norma individual que dicta en el caso concreto? En primer lugar, el juez debe mostrar que el caso individual sometido a su conocimiento pertenece a un caso genérico y que hay una norma jurídica general que resuelve de cierta manera ese caso genérico. (Las normas generales, por definición, siempre se refieren a casos genéricos.) En segundo lugar, el juez debe dictar una norma individual que corresponda a la norma general que resuelve el caso genérico. Para ello debe *usar* la norma general; no basta una mera *mención* de tal norma. La distinción entre uso y mención es muy importante en este contexto.

En el derecho procesal moderno el juez tiene siempre el deber de resolver el proceso, es decir, no puede negarse a juzgar alegando oscuridad o insuficiencia del derecho. Pero además, si existe una norma jurídica que soluciona de una cierta manera el caso genérico al que pertenece el caso individual que le toca resolver, el juez debe aplicarla. Pero puede suceder que la solución prevista en la

norma general resulte muy injusta de tal modo que el juez se resista a aplicarla. Esto ocurre en el caso de una laguna axiológica. Este es uno de los casos en los que el juez puede verse constreñido a apartarse del derecho. Los otros casos son los de una laguna normativa, cuando no hay ninguna norma general referente al caso genérico al que pertenece el caso individual y el de una contradicción normativa, en el que hay dos o más normas incompatibles que se refieren al caso genérico en cuestión.

En el derecho penal liberal en el que rige la norma “*nullum crimen sine praevia lege*” no hay lagunas normativas, porque el juez debe absolver al acusado si no hay una norma penal expresa que establezca una pena para el acto realizado por el acusado, aun cuando este resultado le parezca injusto al juez. El famoso caso de robo de cadáveres, conocido como el de los “Caballeros de la noche”, acaecido en Buenos Aires al comienzo del siglo XX es una buena ilustración de esta situación. Pero aun en el derecho penal los jueces a veces se apartan del derecho cuando se trata de favorecer la situación del acusado, como ocurrió con la Corte de Justicia del Reich en el caso de aborto terapéutico. Pero en el derecho civil la situación es distinta; como no existe por lo general una norma análoga al principio *nullum crimen*, el juez no está obligado a rechazar la demanda cuando no hay una nor-

ma que lo obligue a condenar al demandado. En el caso de una laguna normativa, es decir, falta de solución para el caso genérico, o en el de contradicción normativa o conflicto de normas (cuando hay dos o más soluciones incompatibles para el mismo caso genérico), los jueces se ven obligados a modificar el derecho, lo que en principio les está prohibido, ya que es tarea propia del legislador. Es que las exigencias impuestas al juez en las legislaciones positivas obligan en ciertas situaciones al juez a violarlas. Tenemos que analizar estos casos con algún detalle.

#### 4. *Contradicciones normativas*

Cuando se presenta un caso de colisión de normas, es decir, dos o más normas incompatibles aplicables al mismo caso, el juez no puede solucionarlo sin introducir alguna modificación en el derecho. En tal situación los jueces recurren normalmente a las conocidas reglas *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*, es decir, cuando una de las normas en conflicto proviene de una autoridad jerárquicamente superior o cuando había sido dictada con posterioridad o es más específica que la otra, los jueces aplican la norma preferencial y descartan las otras. Pero puede ocurrir que ninguna de esas reglas sea aplicable porque las normas en conflicto provienen de la misma autoridad, han sido dictadas al

mismo tiempo y ninguna es más específica que la otra. ¿Qué hace el juez en tal caso? El procedimiento habitual cuando no hay un orden jerárquico entre las normas en conflicto consiste en imprimir un nuevo orden jerárquico al conjunto de normas en cuestión y luego aplicar la norma que resulte en algún sentido superior a las demás. Como han demostrado Alchourrón y Makinson en su clásico ensayo sobre las jerarquías de las normas<sup>4</sup> este procedimiento equivale a la derogación de las normas descartadas por resultar jerárquicamente inferiores. Esto implica un cambio en el sistema jurídico que no es un mero conjunto de normas, sino un conjunto jerárquicamente ordenado. Por lo tanto, el procedimiento de imprimir un nuevo orden al conjunto de normas es una tarea que rebasa los límites clásicos de la actividad judicial e invade la esfera de la competencia legislativa.

### 5. *Lagunas normativas*

¿Qué debe hacer el juez en el caso de una laguna normativa? El juez tiene la obligación de resolver el pleito, es decir, de dictar

---

<sup>4</sup> C.E. Alchourrón y D. Makinson, "Hierarchies of Regulations and Their Logic" en R. Hilpinen (ed.) *New Studies in Deontic Logic*, D. Reidel, Dordrecht, Boston, London, 1981, 125-148.

sentencia, pero por hipótesis no hay ninguna norma aplicable al caso, es decir, ni una norma que lo obligue a condenar al demandado, ni tampoco una norma que lo obligue a rechazar la demanda. La conclusión es que el juez puede resolver el pleito discrecionalmente de cualquiera de las dos maneras posibles: condenando al demandado o rechazando la demanda. Pero para justificar su decisión el juez no puede, por hipótesis, recurrir a ninguna norma general existente. Por lo tanto, debe crear una nueva norma general, que es tanto como decir que tiene que actuar como legislador. En algunas legislaciones, como en el Código civil suizo, esta situación está prevista expresamente y los jueces están autorizados para actuar como legisladores.<sup>5</sup>

Muchos juristas se resisten a aceptar esta conclusión. Muchos de ellos niegan que haya tal cosa como las lagunas normativas, pues creen que el derecho siempre contiene una solución para todo caso posible. Hans Kelsen es el representante más conspicuo, aunque de ninguna manera el único, de esta línea de pensamiento. Como hemos visto, también Joseph Raz defiende una tesis muy similar.

---

<sup>5</sup> “A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et a défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur.” Citado por Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México 1958, 174.

Creo que esta tesis es decididamente equivocada y no voy a volver a analizarla.

Pero hay algunos autores importantes que sostienen una tesis distinta pero que conduce a resultados similares. Juan Ruiz Manero y Fernando Atria son sus representantes más significativos. 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 que se someten a su conocimiento, incluso los casos no resueltos por el derecho, sin modificar el derecho existente.

He tenido una larga polémica sobre este punto con mis amigos Ruiz Manero y Atria<sup>6</sup>. Aquí me limitaré a resumir sus argumentos y mi respuesta, tratando de perfilar mejor mis contraargumentos y señalar con más precisión lo que considero sus errores.

La tesis de que los jueces pueden resolver los casos de laguna normativa sin modificar el derecho existente está basada en que para justificar el rechazo de la demanda en un proceso normativo, el juez no necesitaría de ninguna norma: le basta decir que la preten-

---

<sup>6</sup> Cfr. F. Atria et al. *Las lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

sión del actor no está justificada. La ausencia de una norma que obligue al demandado a hacer lo que el actor pretende sería razón suficiente para rechazar la demanda. Habría, por lo tanto, una marcada asimetría las entre sentencias condenatorias y las denegatorias.

Frente a esta tesis he sostenido que la situación es simétrica: todas las sentencias que resuelven problemas normativos contienen normas, tanto la sentencia que hace lugar a la demanda y condena al demandado, como la que rechaza la demanda y lo absuelve. Lo que determina el carácter normativo de la sentencia es el problema (normativo o clasificatorio) que debe resolver el juez y no el resultado del pleito.

Si el juez resuelve hacer lugar a la demanda, condenará al demandado a realizar la prestación exigida por el actor, para lo cual dictará una norma de la forma “Obligatorio p” (Op), donde p representa la acción del demandado que el actor pretende que el demandado debe realizar. Si el juez resuelve rechazar la demanda, dictará una norma que dice que p no es obligatorio (-Op). Es muy importante subrayar que lo que dicta el juez es una norma y no una mera proposición normativa y la *norma* “No obligatorio p” (-Op) equivale a la *norma* “Permitido no p” (P-p).

En otras palabras, al rechazar la demanda que pretende que el demandado debe hacer p (por ejemplo, pagar una suma de dinero), el juez permite al demandado abstenerse de pagar, es decir, le permite omitir p. Tanto en la sentencia condenatoria, como en la absolutoria, la parte dispositiva de la sentencia contiene una norma, o bien una norma que obliga a hacer p, o bien una norma que permite no hacer p.

Cabe subrayar que el juez que encuentra que la pretensión del actor no está fundada (no hay una norma que obligue al demandado a hacer p), no se limita a informarle que no está obligado, sino que realiza un acto jurisdiccional que consiste en rechazar la demanda y esto implica permitirle al demandado no hacer p. Y el permiso de no hacer p es una genuina norma que normalmente se expresa diciendo que el demandado no está obligado a realizar el acto pretendido por el actor. No es una proposición normativa, una mera información acerca de los deberes del demandado conforme al derecho, sino una genuina norma. La tarea del juez no consiste en informar a las partes de sus derechos y deberes (para eso están los abogados), sino en realizar un acto normativo, que consiste en dictar una norma individual que pone fin a la controversia.



El error de Atria y Ruiz Manero consiste en no distinguir adecuadamente entre normas y proposiciones normativas, tema que ya he analizado en este libro.

### 6. *La posición de Fernando Atria*

Atria sostiene no sólo que el juez puede resolver un caso individual aunque no haya ninguna norma referente el caso genérico correspondiente, sino que tiene la obligación de rechazar la demanda. Porque la función del juez, en su opinión, es comprobar si el demandado ha violado alguna norma primaria y en caso negativo debe rechazar la demanda. Cabe preguntar ¿de dónde surge esta pretendida obligación? Creo que las obligaciones (sobre todo las obligaciones jurídicas) sólo pueden originarse en normas jurídicas, pero no hay ninguna norma jurídica que obligue al juez civil (a diferencia del juez penal) a rechazar la demanda en el caso de una laguna.

Veámoslo con un ejemplo, analizado por Atria, referido a la reivindicación de bienes inmuebles contra terceros poseedores. Supongamos que no hay ninguna norma que se refiera al caso de un adquirente de buena fe, por título oneroso que obtuvo un bien de un enajenante de buena fe (es la situación que se presentaba en el código civil argentino, antes de la reforma de 1968). El propietario del

inmueble reclama su restitución; el juez comprueba que el actual poseedor no ha violado ninguna norma porque no hay ninguna norma que se refiera al caso y en consecuencia, en la opinión de Atria, el juez tiene la obligación de rechazar la demanda, lo cual probaría que el juez no tiene en el caso de una laguna normativa poder discrecional<sup>7</sup>. Sin embargo, ¿no podría el juez argumentar del siguiente modo?: “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.” ¿Violaría el juez en este caso el derecho, como sostiene Atria? Yo creo que la respuesta es decididamente negativa. Tanto si el juez rechaza la demanda, como si la acoge, él no viola ninguna norma jurídica, lo cual prueba que él puede elegir cualquiera de las dos vías, es decir, puede decidir discrecionalmente.

### *7. La posición de Juan Ruiz Manero*

Ruiz Manero llega a la misma conclusión que Atria, usando un argumento diferente,

---

<sup>7</sup> F. Atria, “Sobre las lagunas” p. 21, en Atria et al. *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Madrid 2005, 15-27.

pero igualmente equivocado. Me siento incluso tentado de decir que su error es más grave, pues su argumento se basa en una franca contradicción lógica: por un lado sostiene que las normas permisivas carecen de toda función normativa y por el otro, que tienen múltiples funciones normativas. En efecto, en la página 118 de su –en otros aspectos– excelente (aunque equivocado) ensayo<sup>8</sup>, dice que las normas permisivas no cumplen ningún papel y equipara las acciones no reguladas por ninguna norma con las acciones permitidas expresamente por una norma:

“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

---

<sup>8</sup> J. Ruiz Manero, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” en el libro citado en la nota anterior, 103-126.

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 casos.” (p. 118. Los subrayados son míos.)

Pero acto seguido (p. 119), Ruiz Manero admite que el dictado de una regla permisiva puede cumplir varias funciones importantes: cancelar una prohibición, exceptuar una prohibición, aclarar que un cierto caso no está comprendido en el alcance de una prohibición o introducir indirectamente una prohibición. O sea, que las normas permisivas cumplen diversas funciones normativas. No sé cómo conciliar esto con la afirmación enfática de que las normas permisivas no cumplen ningún papel. La conclusión de Ruiz Manero es –para decirlo suavemente– asombrosa:

“...la relevancia de las reglas permisivas 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 permisión son situaciones equivalentes para el sujeto.” (p. 119).

Mi amigo Juan parece creer que las normas permisivas carecen de relevancia porque pue-

den ser analizadas en términos de otros tipos de enunciados. Esto, como ya lo observara hace años Ronald Moore, es una falacia: “Puede ser que todas las permisiones sean analizables de alguna manera en términos de normas de obligación, pero aun en este caso esto no daría apoyo a la Tesis Refleja, a menos que se diga que tales permisos no son permisos en absoluto. Y argumentar que permisos no son permisos si pueden ser analizados en términos de cosas que no son permisos es tan falaz como argumentar que las mesas que pueden ser analizadas en términos de átomos no son mesas.”<sup>9</sup>

La conclusión de Ruiz Manero es que “...la no regulación equivale pragmáticamente a la regulación permisiva.” (p. 123). Pero él mismo se encarga de mostrar que la regulación permisiva cumple importantes funciones. En particular, la norma que permite al demandado no hacer lo que pretende el actor establece una obligación para el juez: la obligación de rechazar la demanda. Por consiguiente, la conclusión a la que debería haber llegado Juan es muy distinta: (1) no hay tal equivalencia pragmática entre actos permitidos positivamente y los actos no regulados, (2) si hay una norma que permite al demanda-

---

<sup>9</sup> Ronald Moore, “Legal Permissions” en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LIX /3.

do no hacer lo que el actor pretende que haga, el juez debe rechazar la demanda y (3) si no hay ninguna norma que se refiera a ese caso, el juez no está obligado a rechazar la demanda y tampoco está obligado a condenar al demandado. Dentro del marco de las normas jurídicas en juego el juez tiene poder discrecional para resolver el caso de cualquiera de las dos maneras. Por supuesto, alegará razones más o menos convincentes para hacerlo de manera que le parezca mejor.

*Resumiendo:* las sentencias de condena y las sentencias absolutorias son simétricas porque ambas requieren que su parte dispositiva contenga una norma y no una mera proposición normativa y, por lo tanto, los jueces tienen discreción en los casos de lagunas normativas.

# SOBRE “CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO” DE EUGENIO BULYGIN

*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.

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 natu-

ralmente 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, equivocadamen-

te, 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. 56-57). 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, pienso 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 varios 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 lo 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 solu-

ción 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 depen-

dientes 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 Systems*. 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 con-

ducta 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. 94 *supra*), 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 ésta 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”<sup>1</sup>, 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.

---

<sup>1</sup> “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)



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”.

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<sup>2</sup> al respecto me parece

---

<sup>2</sup> En una carta personal en la que me hacía algunas consideraciones en relación con este tema

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 el 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 símil 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 símil 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 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. 38 en este libro). 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 incluido en este libro 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. 90 ° *supra*). 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 discre-

ción 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 en 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 conjun-

to 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  $D_1$  y  $D_2$ , el haber optado por  $D_1$  puede hacer que el criterio incorporado en  $D_2$  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* (3<sup>a</sup> 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.







**EUGENIO BULYGIN.** Es Catedrático emérito de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctor *Honoris Causa* de la Universidad de Alicante. Presidente de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (desde 1996), Presidente del Comité Académico del Centro de Post Grado en Derecho de la Universidad de Palermo (desde 1994) y Vicepresidente de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (desde 1991). Es autor de numerosos artículos y libros sobre filosofía y teoría del derecho, y con Carlos Alchourrón de la obra clásica: *Normative Systems* (1971), versión castellana: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975).

**MANUEL ATIENZA.** Es Catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante. Es director de la revista *Doxa* y ha sido vicepresidente de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (IVR). Ha publicado diversos artículos y libros sobre temas como el marxismo jurídico, la teoría de los enunciados jurídicos, la teoría de la legislación, la ética judicial, la bioética o la argumentación jurídica. En uno de sus últimos libros, “El Derecho como argumentación” (Ariel, Barcelona, 2006), trata de ofrecer las bases para una concepción argumentativa del Derecho.

**JUAN CARLOS BAYÓN MOHÍNO.** Es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid Autor de *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción* (1991) y, junto con Jorge Rodríguez, de *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales* (2003), así como de una serie de artículos acerca de la racionalidad del seguimiento de reglas, los problemas de fundamentación del análisis económico del derecho, el positivismo jurídico, la noción de derrotabilidad de las normas y el razonamiento jurídico, o la relación entre democracia y derechos y la justificación del constitucionalismo. En los últimos años su actividad docente se centra preferentemente en la teoría de la argumentación jurídica.

## LIBROS PUBLICADOS

1. Robert Alexy: *Derechos sociales y ponderación*
2. Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso, y Manuel Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*
4. Pietro Costa y Benito Aláez Corral: *Nacionalidad y ciudadanía*
5. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Cadau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. Roberto Romboli y Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*
8. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera: *Garantismo espurio*
9. Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*

### Próximas publicaciones:

Stefan Huster, Antonio Pau y María J. Roca: *Estado y cultura*

Pablo Lucas Murillo de la Cueva, José Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*

Paolo Comanducci, M<sup>a</sup> Ángeles Ahumada y Daniel González Lagier: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*

Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*