

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2018 / 2019



LAGUNAS EN EL DERECHO:

Alchurrón y Bulygin vs. sus críticos

Gaps in the Law:

Alchurrón y Bulygin vs. their critics

Realizado por el alumno D. Francisco Vila Conde

Tutorizado por el Profesor D. Juan Antonio García Amado

ÍNDICE

RESUMEN DEL TRABAJO	3
OBJETO DEL TRABAJO	4
METODOLOGÍA	5
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO 1: CARLOS ALCHURRÓN y EUGENIO BULYGIN	9
1. Conceptos. Tipos de lagunas. Propiedades formales de los ordenamientos.....	9
2. Tesis e hipótesis de la relevancia. Lagunas axiológicas.	14
3. Clausura del sistema.	20
4. Lagunas y decisión judicial.....	25
5. Derrotabilidad de las normas.	27
CAPÍTULO 2: FERNANDO ATRIA	30
1. Sobre la no discrecionalidad del juez en casos de lagunas normativas.	30
CAPÍTULO 3: JORGE L. RODRÍGUEZ	37
1. Una tesis objetiva de la relevancia. Tipos de casos sin regular y resolución judicial.....	37
2. La clausura lógica no es un ideal racional de los sistemas normativos.	40
CAPÍTULO 4: PABLO E. NAVARRO	42
1. Discrecionalidad judicial y normas permisivas.	42
CAPÍTULO 5: RICCARDO GUASTINI.....	45
1. Lagunas e interpretación. Prevenir, crear y colmar lagunas.	45
2. Lagunas axiológicas y derrotabilidad de las normas.	48
CONCLUSIONES.....	52
Bibliografía.....	58

RESUMEN DEL TRABAJO

Desde que en 1971 Carlos Alchurrón y Eugenio Bulygin publicaron su famoso *Normative Systems*, las críticas, así como sus críticos, han sido innumerables en estos cuarenta y ocho años. En este trabajo de Filosofía Analítica del Derecho se sintetizarán las principales obras de los profesores argentinos exponiendo sus puntos más sobresalientes. A continuación, expondremos las críticas a Alchurrón y Bulygin, unas veces positivas y otras no tanto, que hacen Fernando Atria, Jorge Rodríguez, Pablo Navarro y Riccardo Guastini.

Se partirá, pues así hacen Alchurrón y Bulygin, del análisis de los sistemas normativos y veremos si es posible o no defender la existencia objetiva de lagunas del Derecho en tales sistemas normativos.

Palabras clave: Lagunas, ordenamiento jurídico, sistema normativo, Carlos Alchurrón, Eugenio Bulygin, Fernando Atria, Jorge Rodríguez, Pablo Navarro, Riccardo Guastini.

ABSTRACT

Since Carlos Alchurrón and Eugenio Bulygin published their famous *Normative Systems* in 1971, criticisms and critics have been innumerable in these forty-eight years. In this work of Analytical Philosophy of Law the main works of the Argentine professors will be synthesized, exposing the most important points. Afterwards, we will explain criticisms to Alchurrón and Bulygin, some positive and others not so much, that made Fernando Atria, Jorge Rodríguez, Pablo Navarro and Riccardo Guastini

We will start, as well as Alchurrón and Bulygin do, from the analysis of the normative systems and we will see if it is possible or not to defend an objective existence of gaps in the Law in normative systems.

Keywords: Gaps, legal system, normative system, Carlos Alchurrón, Eugenio Bulygin, Fernando Atria, Jorge Rodríguez, Pablo Navarro, Riccardo Guastini.

OBJETO DEL TRABAJO

La finalidad de este trabajo es analizar la obra de Carlos Alchurrón y Eugenio Bulygin y sus principales aportaciones a la Filosofía del Derecho. Esto se llevará a cabo a través de los siguientes objetivos:

- i. Sintetizar *Normative Systems*, principal aportación de Alchurrón y Bulygin a la Teoría del Derecho y a la Filosofía Analítica, y otras publicaciones de gran interés y que han sido objeto de innumerables recensiones y críticas.

- ii. Sintetizar las críticas de Fernando Atria, Jorge Rodríguez, Pablo Navarro y Riccardo Guastini, sobre los apartados expuestos de la obra de Alchurrón y Bulygin.

- iii. Explicar con ejemplos propios, facilitando la comprensión del lenguaje lógico que emplean los autores, lo que expone cada uno de ellos.

- iv. Concluir qué teorías de las expuestas nos parecen más convincentes y consistentes, y responder a la siguiente pregunta: ¿Es posible defender la existencia objetiva de lagunas en el Derecho?

METODOLOGÍA

La metodología empleada para la elaboración del siguiente trabajo puede resumirse en:

i. Elección del tutor. Decantarme por el Catedrático de Filosofía del Derecho don Juan Antonio García Amado ha sido para mí un auténtico lujo además de un enorme ejercicio de generosidad por su parte, ya que hubo entre ambos un acuerdo para la dirección del trabajo. Aprovechando que he disfrutado durante todo el curso académico de una beca de Colaboración del Ministerio de Educación y Formación Profesional en el área de Filosofía del Derecho, le pedí al profesor García Amado que me dirigiese el TFG a lo que él accedió.

ii. Elección del tema. Si bien mis intereses estaban en otro campo de la Filosofía del Derecho (Filosofía Política y Teoría del Estado), el profesor me propuso dos temas: hacer una monografía acerca de cualquier derecho fundamental que fuera de mi interés y hacer un trabajo sobre las lagunas del Derecho. Me decanté por lo último por dos motivos: en primer lugar, porque suponía para mí un desafío en tanto que es un tema que apenas se estudia durante la carrera; en segundo lugar, y consecuencia del motivo anterior, porque me permitiría estudiar temas que parecen ajenos al Derecho como es la Lógica.

iii. Búsqueda de bibliografía. Tras la elección del tema, busqué bibliografía sobre las lagunas en Dialnet y otras páginas académicas. Cuando recopilé un número de títulos nada desdeñable, vi si los mismos estaban disponibles en el área de Filosofía del Derecho de la Universidad de León. Además de descargar artículos que estaban disponibles en Dialnet, en el Anuario de Filosofía del Derecho y otras revistas citadas en la bibliografía.

iv. Estudio de la bibliografía. Con el material ya recopilado procedí a su estudio. Lo que más me llamó la atención cuando empecé a leer el material era que la mayoría de los autores citaban continuamente a Carlos Alchurrón y Eugenio

Bulygin. Por consiguiente, procedí al estudio pormenorizado de los autores argentinos.

v. Elaboración y propuesta de índice. Cuando hube leído el material recopilado, realicé una selección de los autores que me parecía más interesantes e hice un índice. Después hablé con el profesor García Amado y dio el visto bueno al índice que había elaborado.

vi. Relectura y redacción. Tras la aprobación del índice por parte del profesor, procedí a la relectura y redacción del trabajo, enviando al tutor cada capítulo que iba escribiendo y comentando ulteriormente tales capítulos con él. Finalmente no pude incluir en el trabajo a los principales negadores de las lagunas en el Derecho (Hans Kelsen, Ernesto Zitelmann y Carlos Cossio, entre otros), ya que sobrepasaría holgadamente el límite máximo estipulado en el Reglamento sobre Trabajos de Fin Grado aprobado 13 de julio de 2018 por la Junta de Facultad.

vii. Citas. He seguido el sistema de citas ISO 690 recomendado en el Reglamento de Trabajos de Fin de Grado de la Facultad de Derecho de la ULE (artículo 2.4).

INTRODUCCIÓN

El problema de las lagunas en el Derecho es un tema relativamente reciente en la ciencia jurídica. Aunque cada vez son más los autores que se acercan a su estudio, las palabras de Ernesto Zitelmann allá por los años veinte del siglo pasado siguen siendo vigentes hoy en día: “Aunque parezca extraño, apenas el problema ha sido tratado. Sabemos con cuánta frecuencia ocurre el que al lado de una región, de un territorio visitado por toda clase de viajeros, existe otro igualmente atractivo, pero que permanece, sin embargo, en el olvido. Y así ocurre con la naturaleza de las lagunas jurídicas: casi todos las pasan por alto. Solo algunos hemos pisado este territorio desconocido”¹.

Como señalaba Zitelmann, el pionero en el estudio de las lagunas según Segura Ortega², pocos se han acercado, nos hemos acercado, al estudio de las lagunas. No obstante, y como ya hemos dicho, cada vez son más. Paradójicamente los que más empeño han puesto, al menos en sus inicios, en el estudio de las lagunas, fueron los positivistas, “aun cuando su finalidad sea demostrar la inexistencia de las mismas”, como señala Segura Ortega³.

Nuestro estudio estará acotado, restringido, al estudio de las lagunas en el Derecho en Carlos Alchurrón y Eugenio Bulygin. Desde que estos autores publicaron *Normative Systems* en los años setenta del siglo pasado, todos los estudios iberoamericanos e italianos sobre las lagunas citan a estos autores, ya sea para defender su obra, ya sea para criticarla. Nosotros expondremos los puntos más relevantes e incluso revolucionarios en el momento en el que publicaron el libro, ya que la obra citada supuso tal revolución en la Teoría del Derecho al aplicar con especial maestría la lógica a los sistemas jurídicos.

¹ ZITELMANN, E. *Las lagunas del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2019, p. 86.

² SEGURA ORTEGA, M. El problema de las lagunas en el derecho. En: ZITELMANN, E. *Las lagunas del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2019, p. 9.

³ *Ibidem*, p. 11. Para un resumen de los principales autores, véase, BASTERRA, M. El problema de las lagunas en el Derecho. En: *Derecho y Sociedad*. 2000, no. 15, pp. 280-291. Entre los negadores podemos citar, entre otros, a Zitelmann en la obra ya citada; también a KELSEN, H. *Teoría Pura del derecho (primera edición de 1934)*. Madrid: Trotta, 2011, pp. 107 y ss. y KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho (segunda edición)*. México: Universidad Autónoma de México, 1981, pp. 254 y ss.; COSSIO, C. *Las lagunas del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018; AFTALIÓN, E., GARCÍA OLANO, F. y VILANOVA, J. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: El Ateneo, 1956, pp. 257 y ss.; o la Teoría del Espacio Jurídico vacío, explicada por BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Termis, 1987, pp. 217 y ss. y BOBBIO, N. *Lacune del diritto*. Turín: Utet, 1963, p. 421, citado por SEGURA ORTEGA, M. El problema de las lagunas en el derecho. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. 1989, no. VI, p. 292. También podemos resaltar un par de autores alemanes que tocaron el tema de las lagunas: LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1980, pp. 359 y ss. y ENGISCH, K. *Introducción al pensamiento jurídico*. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1967, pp. 174 y ss.

El trabajo que aquí presentamos está ubicado en el campo de la Filosofía Analítica del Derecho, por lo que el lector no debe esperar citas de jurisprudencia alguna como suele ser habitual en este tipo de trabajos de fin de grado. Nosotros expondremos la obra de Alchurrón y Bulygin con las críticas que realizan a la misma: Fernando Atria, Jorge Rodríguez, Pablo Navarro y Riccardo Guastini. Curiosamente, muchos de los que critican la obra de los profesores argentinos, son sus propios discípulos, es decir, aquéllos que aprendieron bajo la sombra de Alchurrón y Bulygin, que intentarán superar a sus maestros.

Para hacer más evidentes, más preclaras, las explicaciones, que advertimos que serán muy teóricas, ilustraremos lo que dice cada autor con ejemplos, puesto que como aconsejaba Aristóteles en su *Ética*: “Debemos de servirnos de ejemplos manifiestos para aclarar los oscuros”⁴, de modo que los ejemplos actuarán como “un instrumento, un órgano para ver claramente lo concreto; (pues) en lo concreto está su fin”, como decía Ortega⁵.

Concluiremos el trabajo con nuestra opinión personal acerca de los temas que consideramos más relevantes, resaltando los puntos más consistentes de las teorías explicadas a lo largo del trabajo. Es decir, veremos si alguno de los autores que critican a Alchurrón y Bulygin superan o no a los profesores argentinos y fundamentaremos nuestra elección en favor de una u otra teoría de las lagunas en el Derecho.

⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, 1104a.

⁵ ORTEGA Y GASSET, J. Nueva y vieja política. En: *Obras Completas I*. Madrid: Alianza, 1983, p. 284.

CAPÍTULO 1: CARLOS ALCHURRÓN y EUGENIO BULYGIN

Debemos empezar nuestro estudio de las lagunas en el Derecho con estos dos maestros de la Teoría del Derecho y del estudio de los sistemas normativos. Desde que en 1971 publicaron su famoso *Normative Systems*⁶, como dice Rodríguez, “ningún estudio serio del problema de las lagunas en el derecho puede hoy soslayar -las- ideas de los profesores argentinos”⁷. Empezaremos exponiendo las definiciones que emplean en su obra, los tipos de lagunas y las propiedades formales de los sistemas normativos. Continuaremos, en el segundo apartado, hablando de la tesis e hipótesis de la relevancia (para saber cuándo estamos ante una laguna normativa), y de las lagunas axiológicas. En tercer lugar hablaremos de la clausura del sistema normativo (para saber si es posible). En cuarto lugar hablaremos de las lagunas y la decisión judicial ante las mismas. En quinto y último lugar trataremos la derrotabilidad de las normas en Alchurrón⁸.

1. Conceptos. Tipos de lagunas. Propiedades formales de los ordenamientos.

Conceptos generales

Una norma, según estos autores, es un enunciado que correlaciona un caso con una solución⁹. Por ejemplo, el artículo 138.1 de nuestro Código Penal dice: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”¹⁰. Esta norma, pues, correlaciona el caso de un homicidio con una solución: la pena de prisión de diez a quince.

El problema radicará cuando no haya una norma que correlacione el caso con una solución dentro de un sistema normativo. En el ejemplo que hemos puesto estaríamos ante el sistema normativo penal. Ahora bien, dentro de un Estado operan diferentes sistemas normativos y un mismo caso puede tener distintas soluciones en esos diferentes sistemas¹¹. Pongamos otro ejemplo: los jueces españoles tiene la obligación de juzgar

⁶ Nosotros emplearemos en este trabajo la traducción de esta obra. El libro fue traducido por los mismos autores ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974.

⁷ RODRÍGUEZ, J. L. La imagen actual de las lagunas en el derecho. En: ATRIA, F., BULYGIN, E., NAVARRO, P. E., RUIZ MANERO, J., RODRÍGUEZ, J. L. y MORESO, J. J. *Lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 128.

⁸ Para este apartado utilizaremos el artículo de ALCHURRÓN, C. Sobre derecho y lógica. En: *Isonomía*. 2000, no. 13, pp. 11-33.

⁹ ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., p. 37.

¹⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En adelante CP.

¹¹ Pensemos, por ejemplo, que además del sistema de normas jurídicas (Derecho) también rigen otros sistemas como pueden ser los sistemas morales (por ejemplo, religiosos). Dentro del sistema de normas jurídicas hay subsistemas (Alchurrón y Bulygin los denominan sistemas relativos): sistema penal,

todos los casos que estén dentro de su competencia, es decir, en nuestro sistema rige la denominada prohibición de *non liquet*. Mas, nuestro sistema, está constituido por diferentes sistemas normativos y esta obligación de juzgar de los jueces tiene su propia plasmación en cada uno de ellos¹². A saber: el sistema normativo penal recoge esta obligación en el artículo 448 del CP¹³ y el sistema normativo civil recoge la misma obligación en el artículo 1.7 del Código Civil¹⁴. Según Alchurrón y Bulygin, no podemos saber si un sistema normativo es completo o coherente sin haber determinado previamente el ámbito de “todos los casos posibles y de todas las soluciones posibles”¹⁵, es decir, para que un sistema sea completo todos los casos han de tener una solución y estas soluciones que se correlacionan con los casos tienen que ser también completas. En otras palabras: todas las acciones imaginables dentro de un sistema han de estar determinadas¹⁶.

De lo anterior se extrae que en un sistema normativo hay una laguna si tal sistema no correlaciona un caso con una solución. A saber: si un sistema normativo no determina deónticamente una acción, ese sistema presenta una laguna.

Por el contrario, un sistema será completo si no tiene lagunas, es decir, si correlaciona todos los casos con soluciones. Dicho de otro modo: un sistema normativo es completo si todas las acciones están calificadas deónticamente dentro de ese sistema. A sensu contrario, si un sistema tiene una sola laguna dentro del mismo, será incompleto.

Tipos de lagunas

Después de haber sentado lo anterior, es decir, que existirá una laguna siempre que el sistema no correlaciona un caso con una solución, conviene explicar la tipología de lagunas existentes según Alchurrón y Bulygin¹⁷.

sistema administrativo, sistema civil y mercantil, etc. En este capítulo, cada vez que empleemos la expresión *sistema normativo* será para referirnos –realmente- a uno de esos subsistemas y, en todo caso, nunca será para referirnos a sistemas normativos que no sean jurídicos (morales, religiosos, etc.).

¹² Autores como Carlos Bernal atribuyen este fenómeno al problema de la indeterminación normativa consustancial al lenguaje. Para profundizar más, véase, BERNAL, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 103 y ss.

¹³ Artículo 448 del CP: “El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”.

¹⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. En adelante CC. Artículo 1.7 del CC: “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

¹⁵ ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., p. 48.

¹⁶ Determinado, en el lenguaje de los autores, significa calificado deónticamente.

¹⁷ ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit. pp. 61 y ss.

Estos autores resaltan la importancia de diferenciar los problemas de tipo conceptual de los problemas empíricos y semánticos. Los primeros se producen en el nivel de los casos genéricos y de las normas; por el contrario, los segundos se producirán al aplicar las normas a los casos particulares que puedan surgir, es decir, estos problemas surgen cuando el juez tenga que subsumir el caso particular del que está conociendo dentro de una norma general existente en el sistema.

Los problemas empíricos pueden surgir por la “falta de información acerca de los hechos del caso”¹⁸. Hay falta de conocimiento acerca de los hechos acaecidos y de ahí se deriva, pues, la dificultad que tendrá el juez para resolver subsumiendo el caso bajo una norma del sistema. Pongamos un ejemplo: imaginemos que Juanito enajena su bicicleta a un amigo; ahora bien, desconocemos si lo ha hecho a título gratuito o título oneroso. Por consiguiente, no sabemos si estamos ante una compraventa o una donación, ya que nos falta información acerca de los hechos del caso.

También pueden surgir problemas de tipo semántico. La mayor parte de las veces, las normas generales que se contienen en un sistema normativo no especifican qué se entiende por, por ejemplo, enajenación onerosa o por enajenación gratuita. Pongamos un ejemplo para saber qué queremos decir: imaginemos que Juanito vende su bicicleta a un amigo por 1 €. A diferencia del supuesto anterior, aquí no desconocemos los hechos, esto es, sabemos que la bicicleta ha sido enajenada de un modo oneroso. Ahora bien: ¿Es realmente una compraventa o se trata más bien de una donación? Éste, pues, es otro de los problemas ante los que puede hallarse el juez a la hora de subsumir un caso particular dentro de una norma general. Esta vez el problema se debe no a la falta de conocimiento acerca de los hechos sino a la interminación semántica o vaguedad existente en las normas.

Para luchar contra el problema de la indeterminación acerca de los hechos, señalan Alchurrón y Bulygin, el legislador recurre a las presunciones legales. Por ejemplo: la presunción de buena fe del artículo 434 del CC¹⁹ o la presunción de la existencia de causa en los contratos que se celebren del 1277 del CC²⁰. Para luchar contra la indeterminación semántica, reconocen los autores, la dificultad es mayor, ya que “no puede ser eliminada

¹⁸ *Ibíd.*, p. 61.

¹⁹ Artículo 434 del CC: “La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba”.

²⁰ Artículo 1277 del CC: “Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario”.

del todo, sino a lo sumo mitigada” introduciendo “términos técnicos”²¹. Siguiendo el ejemplo que hemos puesto, se lucharía contra la indeterminación si la norma general dijese: “Para considerarse una venta, las bicicletas que tengan un valor de mercado X deben enajenarse como mínimo por la mitad de tal valor de mercado”. Pero, como señalan los autores, “siempre cabe la posibilidad de que se presente un objeto atípico e insólito que escape a las reglas de aplicación del concepto, por más minuciosas y numerosas que ellas sean”²². Y es que solo los lenguajes formales puros –por ejemplo, la matemática pura- no tienen estos problemas de indeterminación y permiten una solución con una mera deducción; ahora bien, una vez que los conceptos son empleados empíricamente (como en el Derecho), problemas como la vaguedad surgen. Como dicen Alchurrón y Bulygin citando a Einstein, “en la medida en que los conceptos se refieren a la realidad, son vagos, y en la medida en que no son vagos no se refieren a la realidad”²³.

Al primer problema tratado, es decir, al problema de la falta de conocimiento acerca de los hechos, los autores lo denominan lagunas de conocimiento. Estas lagunas aparecen cuando no se sabe si un caso singular pertenece a una determinada clase (a un caso genérico) o no.

Al segundo problema, esto es, al problema de la interminación conceptual, lo denominan lagunas de reconocimiento. Aquí, como se ha explicado, no se sabe si un determinado caso particular pertenece o no a un caso genérico debido a la indeterminación semántica de este último (de la norma)²⁴.

A diferencia de lo expuesto hasta aquí, Alchurrón y Bulygin señalan que el problema de las lagunas normativas es conceptual (no empírico ni semántico). Existirá una laguna normativa cuando el sistema no correlacione un caso con una solución, es decir, siempre que el sistema sea incompleto. Mas, que el sistema sea completo (el sistema

²¹ ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., p. 62.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, p. 63.

²⁴ Gracias a este preclaro análisis consistente en separar los problemas de tipo semántico del problema de las lagunas normativas, Alchurrón y Bulygin se diferencian de otros autores como RAZ, J. que en *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University, 1979, como señala BULYGIN, E. en El silencio del Derecho. En: *Análisis Filosófico*. 2002, no. XXII, pp. 103-114, no distingue entre uno y otro problema con la adecuada precisión. Raz denomina a los problemas semánticos “lagunas ordinarias” y a los problemas normativos “lagunas genuinas”. El problema de Raz es que trata en el mismo plano –en el plano normativo- ambos problemas, sin hacer la adecuada distinción entre problemas consustanciales al lenguaje (lagunas de reconocimiento) y problemas de ausencia de normas, es decir, problemas normativos (lagunas normativas). Véase también sobre Raz: MORESO, J. J., NAVARRO, P. y REDONDO, M. C. Sobre la lógica de las lagunas en el derecho. En: *CRÍTICA, Revista Hispanoamericana de Filosofía*. 2001, Vol. 33, no. 99, pp. 47-73.

será completo si no existen lagunas normativas) no excluye las lagunas de reconocimiento. Como se dijo, las lagunas de conocimiento, según estos autores, se eliminan en gran parte gracias a las presunciones; sin embargo, las lagunas de reconocimiento siempre existirán, ya que siempre encontraremos “problemas de penumbra”²⁵. Dicho lo cual, como indican Alchurrón y Bulygin, “los casos de penumbra (...) nada tienen que ver con el problema tradicional de las lagunas del derecho, que es el problema de la completitud normativa”²⁶.

Propiedades formales de los ordenamientos

Según Alchurrón y Bulygin, las propiedades formales de los sistemas o conjuntos normativos son tres²⁷: la completitud, la independencia y la coherencia²⁸.

Completitud: un sistema normativo será completo si no tiene lagunas, es decir, siempre que el sistema normativo correlacione todos los casos con soluciones el sistema será completo.

Independencia: si dos normas de un sistema se correlacionan con un caso, serán redundantes; a contrario sensu, si un caso se correlaciona con una sola norma del conjunto normativo, las normas serán independientes. Por lo tanto, un conjunto normativo es independiente siempre que no sea redundante al no correlacionar dos normas con un mismo caso.

Coherencia: el sistema será incoherente siempre que correlacione un caso con dos normas cuya solución es contradictoria entre sí. Por el contrario, un sistema será coherente

²⁵ ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., p. 64. Sobre las lagunas de reconocimiento puede verse: MORESO, J. J. Sobre la determinación normativa: lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y antinomias. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. 2015, no. XXI, pp. 55-72. También: PAZOS CROCITTO, J. I. Lagunas jurídicas: una nueva reflexión sobre un problema jurídico recurrente. En: *Revista Jurídica AMFJN*. 2018, no. 1, pp. 15-43.

²⁶ ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., pp. 64-65.

²⁷ Los pongo como equivalentes, ya que a efectos de este estudio es suficiente, pero ellos los diferencian. Dicen que: “Un conjunto normativo es un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlacionan casos con soluciones. Todo conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias es, pues, un sistema normativo”. ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., p. 92. Sin perjuicio de lo que digamos en el tercer capítulo dedicado a Rodríguez, pongamos un ejemplo de esta diferencia. Alchurrón y Bulygin se refieren a que de la relación entre las normas del sistema se pueden inferir otras normas. Por ejemplo, una norma N dice: “La capital del Estado es Madrid”; una norma N2 dice: “El Presidente del Gobierno residirá en la capital del Estado”. De la correlación de estos dos enunciados se extrae una consecuencia deductiva que sería la norma N’: “El Presidente del Gobierno residirá en Madrid”. Según señalan, cuando el conjunto normativo tiene en cuenta las tres normas (las dos explícitas y la deducida) estamos ante el sistema normativo. Hasta aquí baste lo señalado, ya que, como decimos, a efectos de este trabajo es suficiente, no obstante, véase, ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., pp. 92 y ss.

²⁸ *Ibidem*, pp. 100 y ss.

siempre que no correlacione un caso con dos normas que sean contradictorias entre sí. Esto último se ve fácil con un ejemplo: imaginemos que la autoridad competente en un colegio de educación primaria dicta dos normas N1 y N2 el mismo día y a la misma hora. N1 dice: “Es obligatorio que los niños vayan en chándal a la clase de gimnasia”; por su parte N2 dice: “Está prohibido que los niños vayan en chándal a la clase de gimnasia”. Esto es harto improbable que se dé, ya que, en palabras de Alchurrón y Bulygin, “un sistema normativo incoherente podría calificarse de irracional”, por el contrario, “la coherencia sería un ideal racional”²⁹ como veremos más adelante.

2. Tesis e hipótesis de la relevancia. Lagunas axiológicas.

Tesis e hipótesis de la relevancia

En este apartado resolveremos cuándo una propiedad es jurídicamente relevante y por consiguiente puede ser un caso de laguna si hay ausencia de norma; o, por el contrario, cuándo una propiedad es jurídicamente irrelevante y, por consiguiente, aunque haya ausencia de norma, no estaremos ante un caso de laguna normativa. Según Alchurrón y Bulygin³⁰, una propiedad es irrelevante jurídicamente, es decir, no es relevante en un sistema normativo, siempre que sea irrelevante en todos los casos posibles en relación a todos los sistemas normativos. Pongamos un ejemplo: podría darse el supuesto en el que una conducta apareciese regulada por normas, por ejemplo, de derecho público (un reglamento administrativo, por ejemplo) pero no por otras normas pertenecientes a otro sistema como puede ser el derecho privado (por ejemplo, el Código Civil). Aquí podría plantearse, según los autores, si la propiedad en cuestión es relevante. Sin embargo, si ninguna norma del conjunto de sistemas normativos contempla la situación, probamente estamos ante un caso irrelevante jurídicamente. Pongamos un ejemplo: imaginemos que Juanito un día por la mañana no saluda a su vecino; su vecino lo demanda y pide al juez en el suplico que obligue a Juanito a saludarlo cada vez que lo vea. Antes de contestar, pongamos otro ejemplo: imaginemos que Juanito deja a su vecino un videojuego para la consola y éste no se lo devuelve a Juanito pese a que Juanito se lo ha pedido. El primer ejemplo que hemos puesto, probamente constituiría un caso

²⁹ Ibídem, p. 102. Manuel Atienza, en la misma línea, hablando de la argumentación dice: “La coherencia es también virtud de toda argumentación que se pretenda racional”. ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J. A. *Un debate sobre ponderación*. México: Centro de Estudios Carbonell, 2018, p. 104. En síntesis: para hacer del Derecho una empresa racional, ha de ser coherente en todos sus aspectos, ya sea en las normas, ya sea en la argumentación.

³⁰ ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., pp. 152 y ss.

jurídicamente irrelevante, es decir, habría que ir a los diferentes sistemas normativos y comprobar fehacientemente como en ninguno de los sistemas normativos (ordenanzas de los ayuntamientos, Código Civil, etc.) la propiedad del caso en cuestión (‘saludar al vecino’) no está regulada, luego podríamos estar ante una propiedad irrelevante. Sin embargo, en el segundo ejemplo que hemos puesto, qué duda cabe de que el derecho de propiedad es una propiedad relevante en nuestro sistema (está regulada por infinidad de normas de los diferentes sistemas: Constitución, Código Penal, Código Civil, etc.). Luego, en el segundo supuesto, si no hubiese una acción como la reivindicatoria que correlacione el caso (reivindicación del propietario no poseedor frente a poseedor no propietario) con una solución (restitución de la cosa), habría una laguna normativa en el sistema.

Con el ejemplo que hemos puesto, se ve mucho más claro lo que dicen los autores cuando distinguen entre significado descriptivo de relevante y significado prescriptivo de relevante. El primero es lo que hemos hecho en el ejemplo, es decir, “es afirmar un estado de cosas que de hecho se da”³¹, nosotros hemos dicho que en el conjunto de normas de los sistemas normativos, tras comprobar de un modo *fehaciente* que ninguna regula saludar a tu vecino, la propiedad en cuestión *de hecho* es irrelevante, lo mismo que el derecho de propiedad, a la luz de las diferentes normas, es *de hecho* relevante. Por su parte, el significado prescriptivo de relevante afirma “un estado de cosas debe o debería darse”³². En el ejemplo puesto, el vecino de Juanito que no ha sido saludado, pensará que *debe o debería existir* una norma para su caso.

A partir de la distinción realizada, los autores diferencian entre la tesis de la relevancia de un sistema normativo, que sería aquella “proposición que identifica el conjunto de propiedades relevantes” en relación a un sistema normativo, e hipótesis de la relevancia que es “la proposición que identifica el conjunto de propiedades que deben ser relevantes”³³, es decir, es un “problema axiológico”³⁴.

Con la tesis de la relevancia los autores quieren hacer ver que –y tomando la terminología que emplean- dentro del universo de casos imaginables, que estaría constituido por todas las conductas (acciones) que se nos ocurran y que hacemos en

³¹ *Ibíd.*, p. 154.

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*, p. 156.

nuestro día a día: levantarnos, desayunar, ir a la universidad, etc., hay conductas que son relevantes a efectos jurídicos (por ejemplo, pagar el billete del autobús para ir a la universidad) y otras que son totalmente irrelevantes (por ejemplo, si apoyo primero el pie izquierdo o el derecho cuando me levanto de cama). De modo que un sistema puede ser perfectamente completo y coherente, es decir, no tiene lagunas ni antinomias, respecto de todos los casos relevantes y sin embargo ser incompleto respecto del resto de casos que nos podamos imaginar. También, como es evidente, un sistema que sea incompleto respecto de los casos relevantes será incompleto respecto del universo de casos. En otras palabras: el universo de casos está compuesto por conductas que son relevantes e irrelevantes al Derecho, pero a efectos jurídicos lo que importa es que el sistema normativo sea completo y coherente respecto de las primeras, es decir, de las relevantes.

Por su parte, y como decíamos, la hipótesis de la relevancia serviría para determinar las propiedades que *deben ser* relevantes, es decir, supone un criterio de valoración. Ahora bien, señalan Alchurrón y Bulygin, una propiedad considerada relevante por un criterio valorativo “puede no ser relevante (en sentido prescriptivo) para otro”³⁵. Añaden que ello no indica que sea algo meramente subjetivo, sino que la hipótesis de la relevancia implica un “criterio axiológico determinado”³⁶. En otras palabras: la hipótesis de la relevancia no depende, o no solo, del sujeto (criterio subjetivo), del juez, por ejemplo, sino que, dicen los autores, puede ser algo objetivo (criterio objetivo) como “un conjunto de valores” cuya objetividad “está dada por el Derecho Natural”³⁷.

Sintetizando lo que hemos dicho hasta aquí, podríamos decir que, en palabras de Alchurrón y Bulygin, “la tesis de la relevancia es un criterio para la selección” de propiedades del “universo de casos para determinar las propiedades formales (completitud y coherencia) de un sistema dado, mientras que la hipótesis de la relevancia es un criterio de adecuación axiológica para los sistemas normativos”³⁸. De aquí se extrae que el sistema será axiológicamente adecuado si la tesis y la hipótesis de la relevancia coinciden. Ahora bien, el sistema también podría ser axiológicamente inadecuado, no por seleccionar mal las propiedades relevantes, sino por “solucionar mal los casos correctamente elegidos”³⁹. Imaginemos, por ejemplo, que una norma del sistema

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*, p. 157.

³⁹ *Ibíd.*

normativo penal establece: “El que matare a otro será castigado con la pena capital como reo de homicidio y se le dará muerte quemándolo en la hoguera”. Podemos decir, pues, que el sistema eligió bien las propiedades relevantes (proteger el derecho a la vida), pero la solución que impone al incumplimiento de tal deber, dirían Alchurrón y Bulygin, es axiológicamente inadecuada.

Lagunas axiológicas

Distinto del problema de las lagunas normativas (casos que no se correlacionan con una solución dentro de un sistema normativo), es el caso de las lagunas axiológicas. Ahora bien, sin perjuicio de que más adelante se incida con ejemplos en las diferencias, se ha de decir que ambas son “incompatibles (mutuamente excluyentes)”⁴⁰. Y esto es así porque en los casos de lagunas axiológicas sí existe, para el caso en cuestión, una norma que prevé una solución, empero tal norma se considera “axiológicamente inadecuada”⁴¹. Dicho lo cual, Alchurrón y Bulygin no consideran que todo caso que se resuelva de un modo injusto sea un caso de laguna axiológica sino que solo habrá tal laguna si “el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión por no haberla previsto, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente”⁴².

De lo anterior se extraen algunas conclusiones: la propiedad ha de ser relevante de acuerdo con la hipótesis de la relevancia, el caso ha de tener solución (si no sería un caso de laguna normativa) y la propiedad ha de ser relevante según un criterio axiológico (como ya explicamos al hablar de la hipótesis de la relevancia).

Por lo tanto, solo habrá una laguna axiológica si la solución que se prevé en el sistema es “axiológicamente inadecuada porque no toma en cuenta la propiedad conceptuada relevante, es decir, porque el sistema no hace un distingo que debe hacerse”⁴³. En otras palabras: ha de ser una propiedad que se considere relevante pero que no pertenece a la tesis de la relevancia del sistema, ya que “si la propiedad es irrelevante en el caso en cuestión, pero es relevante para algún otro caso, entonces -si bien la solución es axiológicamente inadecuada-, ya no se podrá decir que el legislador no ha previsto o

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 159.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 158.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*, p. 159.

no ha considerado esta propiedad y en consecuencia no se trataría ya de una laguna axiológica”⁴⁴, sino que sería un caso con una solución axiológicamente inadecuada.

Alchurrón y Bulygin insisten en que no toda solución que se considere inadecuada (injusta), será un caso de laguna axiológica. Si el legislador hubo tomado en cuenta todas las circunstancias que deben ser relevantes, pero luego da una solución injusta al caso (como en el ejemplo que hemos puesto de la pena capital en la hoguera), será una falla axiológica del sistema, pero no será una laguna axiológica. Solo habrá, pues, una laguna axiológica cuando la hipótesis de la relevancia y la tesis de la relevancia difieran. En otras palabras: una solución injusta no es una laguna axiológica, sino que solo habrá una laguna axiológica cuando el legislador debió tomar en consideración una propiedad que se considera relevante.

Quizás con los ejemplos que ponen los autores se vea más claro qué quieren decir⁴⁵. Como se ha dicho al principio de este epígrafe, no se debe confundir laguna axiológica con laguna normativa, ya que ambas son excluyentes. No obstante, este error, según dicen Alchurrón y Bulygin, se debe a la doctrina alemana. En concreto, Engisch las confunde en un ejemplo que emplea. A saber: el Tribunal del Imperio Alemán en 1927 absolvió a un médico que practicó un aborto cuando el artículo 218 del Código Penal alemán castigaba esa conducta, es decir, penaba el aborto. El médico en cuestión había practicado el aborto porque la mujer embarazada presentaba tendencias suicidas a raíz del embarazo. El Tribunal del Reich, como decimos, absolvió al médico amparándose en que obró en estado de necesidad. Pues bien, Engisch presentaba este supuesto como caso prototípico de laguna normativa, mas, para Alchurrón y Bulygin, “es un patente caso de laguna axiológica”⁴⁶, ya que el Tribunal sí tenía una norma con la que resolver; sin embargo, la solución del código era injusta porque no tenía en cuenta una propiedad relevante: “La distinción entre aborto común y aborto atenuado por la intención de salvar a la mujer”⁴⁷. A esto, pues, se refieren los autores cuando dicen que si la hipótesis de la relevancia y la tesis de la relevancia no coinciden, se puede hablar de laguna axiológica.

Además del error de confundir laguna axiológica y normativa, los autores resaltan otro error: confundir laguna axiológica y solución axiológicamente inadecuada. Dicen

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 161 y ss.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 162.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 163.

que este error se debe a los autores que, como Hans Kelsen, niegan la existencia de lagunas. Es decir, la teoría de que todo el “orden jurídico es necesariamente completo (...) es incapaz de dar cuenta de un uso muy difundido de la palabra laguna que hemos tratado de caracterizar bajo el nombre de laguna axiológica”⁴⁸. En otras palabras: las teorías que niegan la existencia de lagunas no son capaces de distinguir entre soluciones axiológicamente inadecuadas y casos de lagunas axiológicas.

Volviendo con los ejemplos, Alchurrón y Bulygin señalan que la doctrina alemana, de nuevo, se confunde al distinguir entre lagunas primarias (originarias) y lagunas secundarias (derivadas). Para la doctrina alemana ambos son supuestos de lagunas normativas, es decir, el sistema normativo no correlaciona un caso con una solución existente en el sistema. Las primarias serían aquellas que existen desde siempre, esto es, el legislador no ha regulado nunca ese supuesto y la propiedad del caso se considera relevante. Las secundarias serían aquellas que si bien el legislador ha regulado esa propiedad, es decir, hay una norma en el sistema que correlaciona el caso con una solución, debido a cambios fácticos (técnicos, científicos, etc.) o al cambio de valoraciones, se considera que ahora el caso en cuestión no tiene solución. Según Alchurrón y Bulygin, las lagunas secundarias en la mayoría de casos son lagunas axiológicas y/o de reconocimiento. Lo exponen con el supuesto de la invención del teléfono y la celebración de contratos. A saber: el Código Civil de Argentina, al igual que nuestro Código Civil, diferencia entre contratos celebrados entre presentes y entre ausentes. Con la invención del teléfono –al igual que hoy con la invención de internet- no sabían dónde subsumir el supuesto de la celebración de un contrato por vía telefónica (si entre presentes o entre ausentes), es decir, había una laguna de reconocimiento, ya que no había ninguna norma que dijese que los tales contratos eran de un tipo u otro. De considerarse que los contratos celebrados por teléfono habrían de subsumirse en los contratos entre ausentes, entre estos últimos habría que hacer dos subcategorías: contratos entre ausentes y contratos celebrados por teléfono. De considerarse, como parece lo adecuado, que los contratos celebrados por teléfono –o por internet-, puesto que son simultáneas oferta y aceptación, son contratos entre presentes, habría una laguna axiológica, ya que el invento en cuestión hubo producido la “necesidad de modificar el derecho, tomando en cuenta una circunstancia que no había sido y hasta aquel momento no pudo haber sido tomada en cuenta por el derecho”. Y sentencian Alchurrón y Bulygin:

⁴⁸ *Ibidem*, p. 165.

“Se trata, pues, de un conflicto entre la hipótesis de relevancia y la tesis de relevancia. (...) Lo que no hubo nunca ahí, ni antes ni después de la invención del teléfono, fue una laguna normativa”⁴⁹. En síntesis: si los cambios fácticos se acompañan de valoraciones propias, el resultado será una laguna axiológica y no una laguna normativa.

3. Clausura del sistema.

Hasta este momento, realmente, no se ha dicho si Alchurrón y Bulygin defienden o no la existencia de lagunas, es decir, se ha descrito desde un punto de vista analítico cuándo podrían existir. Mas los autores, como decimos, aun no se han pronunciado sobre su existencia. Por tanto, este apartado servirá para aclarar si sostienen o no la existencia de las mismas.

Como también se ha señalado a lo largo de este capítulo, en palabras de los autores, habría una laguna en un sistema normativo si ese sistema no correlaciona un caso con una solución, ergo, el sistema en cuestión sería incompleto. Por el contrario, el sistema sería cerrado si “toda acción es deónticamente determinada en un caso posible”⁵⁰. A saber: un sistema normativo será cerrado si toda acción dentro de ese sistema está permitida, prohibida o es obligatoria según las normas que componen el sistema. Luego, si toda acción está deónticamente determinada el sistema sería cerrado, es decir, clausurado.

Quienes sostienen que un sistema normativo es cerrado, completo o clausurado⁵¹, lo hacen en base a lo que Alchurrón y Bulygin denominan “principio de prohibición”⁵². Según este principio: todo lo que no está prohibido, está permitido. Si esto fuera verdadero, sostienen, todo sistema sería completo (carecería de lagunas), porque todos los actos estarían normados. Una cosa es evidente y es que tal principio es una “verdad

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 167.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 171.

⁵¹ Los tres términos en Alchurrón y Bulygin son intercambiables, ya que, sostienen, un sistema que prevé todos los casos y los correlaciona con una solución (sistema completo), es un sistema cerrado (todas las acciones están deónticamente determinadas) y, por ello, clausurado. Todo esto lo decimos sin perjuicio de que autores como Segura Ortega o Súcar diferencien entre sistema completo y sistema cerrado. Segura Ortega sostiene que un sistema pese a no ser completo (tiene lagunas) “tiene que ser necesariamente cerrado” porque el juez siempre resolverá. Cf. SEGURA ORTEGA, M. *El problema...* op. cit., p. 301. Por el contrario, Súcar sostiene que un sistema puede ser completo, pero no cerrado; señala que un sistema que sea cerrado (“todo caso y toda solución posibles están necesariamente contemplados en todo sistema normativo”) será completo (“los casos cotemplados... poseen una solución”); mas, como decíamos, sostiene que el sistema puede ser completo (los casos poseen una solución) y no estar cerrado (el sistema no determina previamente todos los casos y todas las soluciones). Cf. SÚCAR, G. Regla de clausura y contingencia del Derecho: sobre el positivismo jurídico y la existencia de lagunas normativas. En: *Isonomía*. 2009, no. 30, p. 156. En definitiva: se trata de un problema terminológico. Lo que Segura Ortega denomina sistema cerrado es lo que Súcar entiende por sistema completo y a la inversa.

⁵² ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., p. 177.

necesaria, ya que es analítico”⁵³. Es decir, permitido y prohibido (no permitido) son interdefinibles, esto es, son exactamente lo contrario. Ahora bien, según Alchurrón y Bulygin, pese a que este principio es interdefinible y “analíticamente verdadero, no clausura el sistema (no excluye las lagunas)”⁵⁴.

Lo anterior (que el principio de prohibición es compatible con la existencia de lagunas), lo basan en la distinción entre normas y proposiciones normativas. Las normas son enunciados deónticos que prohíben, permiten u obligan. Las proposiciones normativas, por su parte, son enunciados que informan acerca de las normas, es decir, dicen si la norma en cuestión prohíbe, permite u obliga. Pongamos un ejemplo: el artículo 15 de la Constitución Española de 1978 prohíbe la tortura⁵⁵. El artículo 15 de la CE es una norma que deónticamente prohíbe la tortura. Sin embargo, si una persona dijese: “En España está prohibida la tortura”; esto no sería una norma sino una proposición normativa que solo será verdadera si realmente hay una norma en España, como es el caso, que prohíba la tortura. A sensu contrario, si alguien dijese que en España está permitida la tortura, también sería una proposición normativa que sería verdadera si y solo si una norma permitiese la tortura en España.

Dicho lo que antecede, los autores, antes de analizar el principio de prohibición, introducen una importante diferencia entre permiso en sentido fuerte, prohibición en sentido fuerte y permiso en sentido débil. El primero de ellos existirá siempre que dentro del sistema normativo haya una norma que permita realizar una acción en un determinado caso (por ejemplo, una norma que diga que todos los alumnos tienen derecho a hacer el examen oficial de Filosofía del Derecho el día y hora establecida en el calendario escolar). Las prohibiciones en sentido fuerte se dan cuando una norma del sistema normativo prohíbe realizar una determinada acción en un caso (por ejemplo, el artículo 15 de la CE prohíbe la tortura). Por su parte, las permisiones en sentido débil se darán siempre que una norma del sistema no prohíba una acción. Los tres supuestos son proposiciones normativas. Podemos expresar estas proposiciones diciendo: “En España está permitido X”, “en España está prohibido Y” o “en España no está prohibido Z”. Como dicen Alchurrón y Bulygin, las proposiciones son “conductas normadas por la norma”⁵⁶, esto

⁵³ *Ibíd.*, p. 172.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 173.

⁵⁵ Artículo 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

⁵⁶ ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., p. 174.

es, las proposiciones normativas “son caracteres de las conductas, no de la norma”⁵⁷. La diferencia entre la permisión fuerte y la débil es que mientras que la primera proposición expresa un hecho positivo, la segunda, la permisión débil, expresa un hecho negativo⁵⁸.

Por consiguiente, el enunciado: “Todo lo que no está prohibido, está permitido”, sería una “proposición metasistemática”⁵⁹ (no una norma) acerca de los sistemas normativos. En otras palabras: si una acción no está prohibida por el sistema normativo equivale a que está permitida por tal sistema. Pero, como ya se dijo, este principio de prohibición no excluye la existencia de lagunas. Al menos no la excluye si se defiende, como hacen Alchurrón y Bulygin, la permisión en sentido débil, pues, como señalan, “laguna es un caso en que p (la acción) está permitida en sentido débil”⁶⁰. En otras palabras: siempre que una acción no esté normada como prohibida, estará permitida en sentido débil. Empero, que algo esté permitido en sentido débil implica falta de regulación positiva, luego es señal de que existe una laguna⁶¹. Por el contrario, si se defiende la versión fuerte del principio de prohibición, el sistema sí será completo; el enunciado sería: “Todo lo que no está prohibido por ninguna norma (prohibición en sentido fuerte), está permitido en sentido fuerte”. En otras palabras: toda acción que no esté regulada como prohibida, estará permitida en los mismos términos que si hubiese una norma que facultase a hacer esa conducta (permisión en sentido fuerte). Señalan los autores que para ser correcto el principio de prohibición en sentido fuerte, el sistema habría de tener una regla que permitiese hacer esta inferencia. Por ejemplo, que hubiere un artículo en la Constitución que dispusiese que en todas las acciones imaginables, siempre que la acción no esté prohibida, estará permitida⁶². En síntesis: el principio de prohibición, que según Alchurrón y Bulygin es proposición metasistemática, en sentido fuerte solo será verdadero si dentro del sistema hay una norma que efectivamente establece que “todo lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido”; mientras que el principio de prohibición en sentido débil solo será verdadero si dentro del sistema normativo no hay ninguna norma que prohíba una conducta.

⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 176-177.

⁵⁸ Sobre las permisiones en sentido fuerte y débil, véase, ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Permisos y normas permisivas*. En: *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 215 y ss.

⁵⁹ ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., p. 177.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 178.

⁶¹ Todo esto sin perjuicio de que si la propiedad no es relevante, como ya vimos, a efectos jurídicos no constituirá una laguna. Es decir, dentro de todos los casos imaginables que puedan surgir, un sistema puede ser completo siempre que los casos jurídicamente relevantes estén normados (estén deónticamente determinados).

⁶² Como luego veremos, esta norma rige en el sistema penal.

Antes de exponer la propuesta de regla de clausura de Alchurrón y Bulygin, conviene explicar desde un punto de vista analítico por qué de ser correcto el principio de prohibición en su versión fuerte, como sostienen algunos autores como Kelsen o Cossio, este principio solo puede tener carácter de permisivo. Alchurrón y Bulygin sostienen que la regla de clausura ha de cumplir dos condiciones: clausurar el sistema, es decir, hacer completo el sistema respecto de todos los casos y todas las acciones y, en segundo lugar, preservar la coherencia del sistema, esto es, la regla de clausura introducida no puede provocar incoherencias con el resto de normas del sistema. De estas dos condiciones se extrae, pues, que la regla de clausura solo puede ser permisiva. A saber, si la regla de clausura fuese prohibitiva en el sentido: “Todo lo que no está normado, está prohibido”, introduciría incoherencias cuando una conducta no estuviese normada, ya que no puede estar prohibido ‘hacer X’ y a su vez ‘no hacer X’ y ser el sistema ser coherente (X y no X son normas contradictorias). Por su parte, si la regla de clausura fuese de carácter obligatorio: “Todo lo que no está permitido por el sistema, es obligatorio en dicho sistema”, también introduciría una incoherencia, puesto que prohibido hacer X y obligatorio hacer X son normas contradictorias. Corolario: “Sobre la base de la preservación de la coherencia, las reglas de clausura que prohíben u ordenan las acciones no normadas por el sistema no son posibles”⁶³. En otras palabras: la regla de clausura solo puede ser permisiva porque la única inferencia válida desde el punto de vista analítico es permitido y no permitido (prohibido).

Sentado lo anterior, cabe preguntarse si el principio de prohibición en sentido fuerte tiene alguna virtualidad, es decir, si la proposición normativa “todo lo que no está prohibido, está permitido” cierra, clausura, alguna vez el sistema. Como señalamos, según Alchurrón y Bulygin, esta proposición solo es verdadera si efectivamente una norma del sistema la establece. También dijimos que según ellos tal principio de prohibición en sentido débil no excluía las lagunas sino que era una muestra de las mismas, es decir, era muestra de que el sistema era incompleto. Dicho lo cual, sí que hay un caso donde este principio operara en su versión fuerte y, por consiguiente, clausura el sistema: el sistema normativo penal. Como recoge el artículo 25.1 de nuestra Constitución, y todos los ordenamientos jurídicos modernos, nadie puede ser condenado por un delito si no existe previamente una ley penal que tipifique esa conducta⁶⁴. Esto equivale, como indican los

⁶³ ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., p. 195.

⁶⁴ Dice el artículo 25. 1 de la CE: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según

autores, a decir que “todo lo que no está penalmente prohibido, está penalmente permitido”⁶⁵. Es decir, el sistema penal con esta norma sí está cerrado en relación a todas las acciones que puedan surgir en el ámbito penal. Luego, la proposición normativa “todo lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido” sí es verdadera, esto es, completa el sistema y por ello no existen lagunas, en el sistema normativo penal.

Para el resto de sistemas, que no son el penal, los autores proponen una regla de clausura lógica. A saber: ellos, como se ha dicho, defienden el principio de prohibición en su versión débil, mas éste es perfectamente compatible con la existencia de lagunas. Por consiguiente, proponen una regla de clausura basada en reglas lógicas. Esta clausura lógica es contingente y normativa “en el sentido de que permite inferir consecuencias normativas nuevas (que no pueden inferirse del conjunto originario)”⁶⁶. Esta regla no pertenece al sistema sino que se infiere a partir de los enunciados del mismo, sería, pues, una regla de segundo grado o nivel y solo puede utilizarse, según dicen, si en las reglas originarias no hay solución para el caso en cuestión (tiene carácter subsidiario), esto es, solo puede utilizarse ante un caso de laguna aparente. Sería una laguna aparente porque tras la aplicación de las inferencias lógicas entre las normas, tal laguna no existiría. Pongamos un ejemplo, supongamos que en un sistema normativo hay una norma N1 que dice: “Las personas nacidas en España son mayores de edad a los 18 años”; junto a ésta, hay una norma N2: “Se considera que en España un sujeto es persona desde su nacimiento”; y también hay una norma N3 que dice: “Los menores de edad pueden pedir una beca para estudiar inglés en verano”. Supongamos que Juanito tiene 17 años y pide la beca. Realmente en el sistema no hay ninguna norma que diga cuándo las personas son menores de edad, pero de N1 y N2 se infiere una norma N' (norma de segundo nivel): “Desde el nacimiento hasta los 17 años las personas son menores de edad”. De aquí que quien recibe la solicitud de beca, puesto que ninguna norma dice cuándo las personas son menores de edad, ha de inferir la norma N' para resolver el caso aplicando la norma N3. Pongamos otro ejemplo; en el sistema normativo en cuestión hay una norma N1 que dice: “La capital del Estado es Madrid”; y hay una norma N2: “El Presidente del Gobierno residirá en la capital del Estado”. Resulta que el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica viene a España a reunirse con el Presidente del Gobierno y necesita coger

la legislación vigente en aquel momento”. Se trata de la máxima establecida por el derecho penal liberal: *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*.

⁶⁵ ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., p. 198.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 191.

un vuelo para la ciudad donde vive el Presidente del Gobierno de España a efectos de reunirse. Realmente, en las normas del sistema originario (N1 y N2) el Presidente de EEUU no encuentra una solución de dónde, en qué ciudad, ha de reunirse con el Presidente del Gobierno, ahora bien, de la inferencia de N1 y N2 sí encuentra la solución (norma N'): "El Presidente del Gobierno residirá en Madrid".

En resumen: Alchurrón y Bulygin defienden una regla de clausura del sistema a partir de las diferentes normas existentes en el mismo, es decir, a partir de las relaciones lógicas entre los enunciados del sistema podría intentarse la clausura del mismo. Dicho lo cual, esto no excluye la existencia de lagunas en todos los supuestos sino solamente en aquellos casos en los que efectivamente haya dos o más normas y a partir de las mismas puedan inferirse otras normas que denominan de "segundo nivel" para aspirar conseguir el ideal racional de la "plenitud hermética del derecho"⁶⁷.

4. Lagunas y decisión judicial.

Como decíamos al inicio de este capítulo, el juez tiene la obligación juzgar, es decir, existe la prohibición del *non liquet* en nuestro ordenamiento (artículo 1.7 del CC y 448 CP). Ahora bien: ¿Cómo ha de juzgar el juez? Y ¿Cómo ha de resolver cuando estamos ante una laguna? A estas dos preguntas responderán Alchurrón y Bulygin en este apartado. El primero de ellos, Alchurrón, en *Sobre Derecho y Lógica*⁶⁸ resume los tres principios fundamentales que tienen los jueces a la hora de resolver un caso: principio de inexcusabilidad, el juez ha de resolver todos los casos que se le presenten siempre que estén dentro de su competencia; principio de justificación, la resolución del juez ha de estar motivada⁶⁹; y principio de legalidad, las decisiones han de fundarse en normas

⁶⁷ Como los autores señalan, se trata de un ideal, no de una realidad. Es decir, que un sistema sea completo (que tenga para todos los casos que puedan surgir una solución), es un ideal racional al que se ha de aspirar pero en la práctica no es más que eso: un ideal.

⁶⁸ ALCHURRÓN, C. *Sobre der...* op. cit., pp. 11 y ss.

⁶⁹ Este principio lo recoge el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

"1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos".

jurídicas⁷⁰. La conjunción de los tres principios implica, en palabras de Alchurrón, que “los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro del límite de su competencia mediante decisiones fundadas en normas jurídicas del sistema”⁷¹.

Ante un supuesto de laguna normativa, sostienen Alchurrón y Bulygin, el juez cumple con su obligación de juzgar tanto si condena como si desestima la demanda⁷². Es decir, el juez no tiene una obligación específica (condenar o desestimar), sino que cumple con su obligación genérica de juzgar tanto estimando las pretensiones como desestimándolas. Ahora bien, la pregunta que ellos se hacen es: ¿Cómo fallar fundando la sentencia en una norma existente si no hay norma? Es decir, en los casos en los que no hay norma (casos de laguna), los tres principios, las tres exigencias, “son incompatibles entre sí en el caso de una laguna y sólo pueden coexistir si el sistema es completo”⁷³. Para que las tres exigencias puedan cumplirse es necesario que el propio sistema autorice al juez a modificar el derecho –por ejemplo, como lo admite el artículo 1 del Código Civil de Suiza⁷⁴-, mas esto no suele darse en los ordenamientos. En otras palabras: las tres exigencias solo se darán si el sistema es completo, pero si se admite la existencia de lagunas, según Alchurrón y Bulygin, cumplir los tres principios es imposible, y solo es verdadero en casos excepcionales (como en el sistema penal). Los autores atribuyen tal imposibilidad al “fundamento ideológico” del “principio de legalidad. (...) Ligado a la ideología liberal y positivista”⁷⁵. La escuela positivista, dicen los autores, solo admiten como válidas las sentencias que se funden en leyes escritas emanadas del legislador. Y sentencian: “El positivismo (...) ha centrado el ideal de completitud en el derecho positivo; en sus comienzos realizó un gran esfuerzo para lograr ese ideal -a través de la codificación-, pero acabó confundiendo el ideal con la realidad, proclamando dogmáticamente que todos los órdenes jurídicos positivos son completos. Este dogma es necesario para mantener incólume el principio de legalidad, que en conjunción con los otros dos principios conduce (...) a consecuencias difíciles de justificar”.⁷⁶ En síntesis:

⁷⁰ De los tres principios, solamente este último, el principio de legalidad, sería ideológico según Alchurrón y Bulygin. Cf. *Introd...* op. cit., p. 240.

⁷¹ ALCHURRÓN, C. *Sobre der...* op. cit., p. 14.

⁷² ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., pp. 215 y ss.

⁷³ *Ibíd.*, p. 218.

⁷⁴ Artículo 1.2 CC suizo: “En ausencia de previsión normativa, el juez decidirá de acuerdo con el derecho consuetudinario y en ausencia de derecho consuetudinario decidirá de acuerdo con la norma que establezca como legislador”.

⁷⁵ ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Introd...* op. cit., p. 240.

⁷⁶ *Ibíd.*

ante un caso de laguna normativa, los positivistas han de reconocer que si quieren fundar sus sentencias muchas veces lo harán no conforme al derecho positivo sino conforme con otras fuentes (costumbre, principios generales del derecho, etc.). Como dicen Alchurrón y Bulygin, los ataques al positivismo jurídico solo intentan ampliar “el conjunto de las normas válidas, integrándolo con normas consuetudinarias, principios morales, normas de derecho natural, pautas jurisprudenciales, etcétera”, para acabar diciendo, pues, que el sistema es completo, repitiendo –los no positivistas– “la misma falacia de confundir el ideal con la realidad”⁷⁷.

5. Derrotabilidad de las normas.

Como señala Prieto Sanchís⁷⁸, la estructura de las normas puede ser de dos tipos: hipotética o categórica. Las últimas serían, por ejemplo, los derechos fundamentales (el derecho a la vida, el derecho a libertad ideológica, etc.). Por su parte, las normas de estructura hipotética son las normas que unen un antecedente con un consecuente mediante una condición, es decir, “si A entonces B”. Pongamos un ejemplo: el artículo 138 del CP establece que quien mate a otro será castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años. Por tanto, si X mata a Y (antecedente) será castigado (consecuente) con la pena de prisión de 10 a 15 años. Ahora bien, como señala Alchurrón⁷⁹ y que expondremos en este apartado, esto no es así siempre, es decir, caben excepciones que derroten las normas de estructura hipotética de modo que puede darse que “si A entonces No B”.

Lo anterior es posible porque a “A” se le unen un conjunto de presupuestos para que efectivamente la consecuencia sea “B”. Pongamos un ejemplo: si Juanito mata a su vecino en legítima defensa cumpliendo los requisitos para la misma⁸⁰ estará exento de responsabilidad, esto es, no tendrá que cumplir la pena de prisión de 10 a 15 años. A contrario sensu, si Juanito mata a su vecino, y teniendo en cuenta todas las eximentes y todas las atenuantes aplicables al caso no concurre ninguna, Juanito será condenado a la

⁷⁷ *Ibidem*, p. 241.

⁷⁸ PRIETO SANCHÍS, L. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2007, pp. 55 y ss.

⁷⁹ ALCHURRÓN, C. *Sobre der...* op. cit., pp. 23 y ss.

⁸⁰ Artículo 20 del CP: “Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 4º. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor”.

pena de prisión de 10 a 15 años. Por consiguiente, muchos enunciados –no solo jurídicos– de nuestra vida social, serán derrotables. Pensemos, yo me autoimpongo leer todos los días 3 horas desde las cuatro hasta las siete de la tarde. Es decir: “Leeré todos los días tres horas entre las cuatro y las siete de la tarde”; de modo que al llegar las cuatro de la tarde (antecedente), me pondré a leer (consecuente). Ahora bien, me he puesto enfermo de la vista y me he quedado ciego, sería absurdo decir que en este supuesto al llegar las cuatro de la tarde me pondré a leer. Ergo, señala Alchurrón, “la derrotabilidad se vincula con la noción de normalidad. Fundamos nuestras afirmaciones para circunstancias normales, sabiendo que en ciertas situaciones nuestros enunciados serán derrotados”⁸¹.

La pregunta, pues, es si en el ámbito jurídico caben las excepciones. Ya hemos visto que sí que caben cuando están explicitadas. Acudiendo a la “idea de norma completa”⁸², como señala García Amado, cabe excepcionar la aplicación de norma, es decir, no aplicar el consecuente, como hemos demostrado con el ejemplo del homicidio en legítima defensa.

Empero, lo que plantea Alchurrón es si caben o no las excepciones cuando no han sido explicitadas, esto es, cuando estamos ante excepciones implícitas. Estaremos, según Alchurrón, ante una excepción implícita siempre que en un periodo de tiempo determinado un hablante pueda afirmar si “A entonces B” y a vez pueda rechazar en ese mismo periodo de tiempo que “si A + C entonces B”. Aquí “C” operaría como una excepción implícita. La condición “C” derrotaría la aplicación de la norma. Esto ha de conectarse con las lagunas axiológicas y el ejemplo que ponían Alchurrón y Bulygin en el caso del médico que practicaba un aborto a una mujer que a raíz del embarazo se hallaba en riesgo de suicidio. Como vimos en ese caso, el Tribunal del Reich derrotó la aplicación de norma penal que castigaba a quien practicara un aborto. Imaginemos que no hubiese una norma explícita que recogiese el estado de necesidad como eximente: “El que practica un aborto será castigado con X años de prisión”; “El médico practicó un aborto en la situación C (estado de necesidad)”; “El médico no será castigado”. Es decir, aquí la

⁸¹ ALCHURRÓN, C. *Sobre der...* op. cit., p. 24. Sobre la excepción y la normalidad, señala Sosa Wagner: “La excepción es más interesante que la normalidad, pues ésta no prueba nada mientras que la excepción lo prueba todo, no solo confirma la regla sino que la regla vive precisamente de la excepción”. SOSA WAGNER, F. *Maestros alemanes del Derecho público*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 450.

⁸² GARCÍA AMADO, J. A. *Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, poderación*. Bogotá: Universidad Libre, 2017, p. 238. La idea de norma completa obliga a leer todas las normas junto con las excepciones a modo de apellido: “El que matare será castigado... salvo que concurra legítima defensa, estado de necesidad, etc.”.

“situación C” constituye una excepción implícita que derrota la aplicación del consecuente de la norma (la pena a “X años de prisión”).

Por último, señala Alchurrón que lo importante será identificar cuándo la decisión del juez tiene “un componente creativo”⁸³. Dice que hay tres alternativas: que se trate de una excepción implícita, que no sea una excepción implícita o que esté indeterminada como excepción.

Estaremos ante el primer supuesto (excepción implícita), siempre que el legislador no ha considerado la excepción pero de haberla tenido en cuenta la hubiese introducido como excepción explícita. Es decir, el juez valorará y verá que si el legislador hubiese tenido en cuenta la excepción la hubiese hecho explícita.

Estamos ante una ‘no excepción implícita’ siempre que el legislador, si la hubiese considerado, no la hubiese incluido ni excluido como excepción. En este caso, dice Alchurrón, “los miembros de la Corte habrán enriquecido el contenido de la norma legislada mediante la adición de una excepción. Pero como la excepción no habría sido excluida por el legislador, la modificación sería compatible”⁸⁴ con la norma legislada.

Estaremos ante una excepción que no está determinada, siempre que el legislador la hubiese tenido en cuenta y hubiese rechazado incluirla como excepción. En este último caso, según Alchurrón, “la interpretación de la Corte habrá introducido una norma incompatible con la norma legislada”⁸⁵.

De los tres supuestos, estaremos ante una interpretación creativa en el segundo y en el tercero. Ahora bien, y como sostiene Alchurrón, será al fin y al cabo una tarea valorativa por parte del juez. En otras palabras: el juez será quien interprete la norma y a partir de la interpretación considerará si el legislador de haberlo pensado hubiese incluido la excepción (excepción implícita), si no la hubiese excluido ni incluido (interpretación creativa) o si realmente la hubo tenido en cuenta y rechazó incluirla (interpretación creativa).

⁸³ ALCHURRÓN, C. *Sobre der...* op. cit., p. 27.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

CAPÍTULO 2: FERNANDO ATRIA

En este capítulo expondremos la objeción postpositivista de Atria a la teoría sostenida por Alchurrón y Bulygin de la discrecionalidad judicial en el caso de que el juez se halle ante un supuesto de una laguna normativa. Lo explicaremos con el ejemplo de la “pareja escocesa” que Atria expone⁸⁶. También veremos la contestación de Bulygin al ejemplo de Atria⁸⁷. Y finalizaremos con la contestación de Atria a Bulygin⁸⁸.

1. Sobre la no discrecionalidad del juez en casos de lagunas normativas.

Atria

Como vimos en el anterior capítulo (capítulo 1 apartado 4), Alchurrón y Bulygin sostienen que si el juez se encuentra ante un caso que el sistema no correlaciona con una solución, es decir, un caso de laguna normativa, el juez cumple con su obligación genérica de juzgar tanto condenando al demandando como desestimando las pretensiones del demandante. Ahora bien, como también vimos, los jueces en casos de laguna tienen discrecionalidad, decían los autores, que no arbitrariedad. El juez ante una laguna normativa, según ellos, ha de integrar el caso dentro del sistema creando a tal efecto una norma general bajo la cual pueda resolver fundamentado, esto es, argumentando, su decisión y que la misma no sea arbitraria. En otras palabras: en casos de lagunas, el juez no tiene la obligación específica de condenar o desestimar, sino que tan solo tiene la obligación genérica de juzgar y cumple con ella tanto estimando como desestimando las pretensiones; empero, para que no sea arbitraria su decisión, ha de crear una norma general bajo la que subsumir el caso y poder así fundamentar (aunque no en una norma existente previamente en el Derecho, ya que esta no existe, y de ahí la crítica que hacían al principio de legalidad) su decisión.

A lo anterior Atria le hace una enmienda a la mayor, pues, según él, el juez no tiene discrecionalidad en un caso de laguna normativa. Para sostener esta afirmación,

⁸⁶ ATRIA, F. Sobre las lagunas. En: ATRIA, F., BULYGIN, E., NAVARRO, P. E., RUIZ MANERO, J., RODRÍGUEZ, J. L. y MORESO, J. J. *Lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 15-27.

⁸⁷ BULYGIN, E. Creación y Aplicación del Derecho. En: ATRIA, F., BULYGIN, E., NAVARRO, P. E., RUIZ MANERO, J., RODRÍGUEZ, J. L. y MORESO, J. J. *Lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 29-44.

⁸⁸ Atria, F. Creación y Aplicación del Derecho: entre formalismo y escepticismo. En: ATRIA, F., BULYGIN, E., NAVARRO, P. E., RUIZ MANERO, J., RODRÍGUEZ, J. L. y MORESO, J. J. *Lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 45-71.

pone el “ejemplo de la pareja escocesa”⁸⁹. Según este ejemplo, en el derecho escocés no habría ninguna norma que estableciese el lugar donde han de pasar la luna de miel los recién casados; el marido quiere llevar a su pareja a Francia y la mujer, por su parte, quiere ir a Sudáfrica. El marido demanda a su pareja para que le acompañe a Francia y la mujer se opone a tal pretensión. Según Atria: “El ejemplo muestra que hay dos cuestiones diferentes que Alchurrón y Bulygin no distinguen: a) ¿qué dispone el derecho escocés en relación con el lugar en que una pareja de recién casados debe pasar sus vacaciones?; b) ¿cuál es la solución correcta para este caso?”⁹⁰.

Atria dice que ante un supuesto de laguna, al no disponer nada el derecho, el juez debe decir que no hay una regla de aplicación y, por consiguiente, debe rechazar la demanda (esta sería la solución correcta) dando la razón al demandado. En este caso, la mujer. En otras palabras: “La existencia de una laguna no es suficiente para establecer que el tribunal tiene discreción para solucionar el caso”⁹¹, debe rechazar y nada más. Si falla a favor del demandante (el marido) estaría violando el Derecho, puesto que el Derecho regula el caso “instruyendo al tribunal a desechar la demanda”⁹².

Sostiene lo anterior Atria en que si la tarea del juez consiste en aplicar normas jurídicas a las situaciones de las que conoce, en caso de laguna normativa no tiene norma que aplicar, ergo ha de rechazar las pretensiones del demandante. De aquí se extrae, pues, que existirán conflictos que el Derecho no solucione, pero ello “no significa que los jueces tengan discreción”⁹³. Y ¿en ningún caso concede Atria discreción al juez? Sí, el juez tendrá discreción en casos de lagunas axiológicas, pero no así, como decimos, en los supuestos de lagunas normativas (falta de regulación ante un caso concreto). En síntesis: solo cabe que el juez dé un sentido diferente a la demanda que pretende algo del demandado y sobre la que el Derecho no dice nada (el sistema no correlaciona el caso con una solución), esto es, cabe que el juez estime la pretensión, si y solo si valora (criterio axiológico) que la solución *debe ser* distinta al rechazo de la demanda⁹⁴. Pongamos un ejemplo, en el sistema normativo S solo hay una norma N1: “Los estudiantes tienen

⁸⁹ ATRIA, F. *Sobre...* op. cit., pp. 17 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 18.

⁹¹ *Ibidem*, p. 20.

⁹² *Ibidem*, p. 21. En la misma línea, señala Bayón: “Tratándose de un derecho que el demandante no tiene, no veo como cabría negar que un juez estaría obligado a desestimar su pretensión”. BAYÓN, J. C. *Problemas lógicos en la teoría y en la práctica del Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 72.

⁹³ ATRIA, F. *Sobre...* op. cit., p. 22.

⁹⁴ Cf. *Ibidem*, p. 22.

derecho a ir al examen a la hora establecida”. Un estudiante realiza el examen con un bolígrafo de color azul y el resto de sus compañeros lo realizan con un bolígrafo negro. Al estudiante que realizó el examen con su bolígrafo azul, el profesor decide no corregírselo. El estudiante en cuestión -bastante molesto con el profesor- acude al juez solicitando que, como al resto de compañeros, el profesor le corrija el examen; el profesor se opone a la pretensión. Recordemos que en el sistema solo había una norma N1 que nada tiene que ver con el color del bolígrafo utilizado en los exámenes; por consiguiente, estamos ante un caso de laguna normativa al no correlacionar el sistema ninguna solución para el caso del bolígrafo y, ante estos supuestos, el juez debe rechazar la demanda sin más (no tiene discreción para fallar de otro modo), según Atria. Ahora bien, sostiene el autor que el juez después de “evaluar” el caso, si cree que la solución (rechazar la demanda) es injusta, sí podría fallar de otro modo, es decir, sí tendría discrecionalidad. En otras palabras: para evitar que existan soluciones injustas, casos que Atria denomina lagunas axiológicas⁹⁵, el juez sí tiene discrecionalidad y puede estimar las pretensiones del demandante pese a que ninguna norma del sistema diga nada al respecto.

Contestación de Bulygin

La respuesta de Bulygin a lo planteado por Atria en el ejemplo de la pareja escocesa es que el juez, aun rechazando la demandada del marido o de la mujer si fuera ésta quien demanda a su cónyuge para que la acompañe a Sudáfrica, deberá integrar el caso en una norma que cree a tal efecto. Es decir, ante tal supuesto, el juez crearía N': “El cónyuge recién casado no puede ser compelido por el otro cónyuge para que lo acompañe en el viaje de luna de miel”. Esta norma N' que el juez habría creado, dice Bulygin, comprometería “al juez a decir lo mismo en todos los casos relevantemente análogos, es decir, en el caso genérico <<elección del lugar de las vacaciones por parte de parejas recién casadas>>”⁹⁶. Dicho de otro modo: aun dando por bueno que el juez hubiere de rechazar la demanda, es decir, que no tuviese discrecionalidad para decir si estima o desestima las pretensiones, es indubitable, según Bulygin, que el juez debe crear una norma a tal efecto, ya que no existía en el derecho escocés norma alguna para resolver el caso en cuestión. Norma (la creada) que le servirá para resolver todos los casos en los que un cónyuge quiera que el otro le acompañe a su lugar de vacaciones. Mas, apunta Bulygin siguiendo

⁹⁵ El autor, desde una perspectiva distinta a Alchurrón y Bulygin, no distingue entre lagunas axiológicas y supuestos con una solución axiológicamente inadecuada.

⁹⁶ BULYGIN, E. *Creación...* op. cit., p. 41.

lo dicho en su libro con Alchurrón, un juez feminista podría solucionar el caso creando una norma de signo contrario y, por tanto, estimar la pretensión de la mujer indicando la obligación del marido de acompañarla a Sudáfrica. El juez, dice Bulygin, en cualquiera de los dos supuestos, en contra de lo que señalaba Atria, “no violaría el derecho; simplemente aplicaría una nueva norma general que no existía antes de su sentencia”⁹⁷. Corolario: “El juez puede resolver discrecionalmente el caso individual, precisamente porque (...) no hay normas preexistentes que resuelvan el caso genérico”⁹⁸.

Conclusión de Atria

En *Creación y Aplicación del Derecho: entre formalismo y escepticismo*, Atria responde a la objeción de Bulygin y sigue sosteniendo que en supuestos de lagunas normativas, al no haber “dos opciones jurídicamente equivalentes”⁹⁹ (aceptar o rechazar las pretensiones), el juez no puede sino fallar el caso rechazando la demanda sin discreción alguna. Dicho de otro modo: el autor niega rotundamente que en casos de laguna el juez tenga discreción.

Además de insistir en esa idea, introduce la distinción entre sistemas no institucionalizados y sistemas institucionalizados. Sostiene que los primeros son aquellos sistemas (por ejemplo, el sistema arbitral) en los que se pueden decidir los casos según la prudencia y la equidad. Dentro de estos sistemas, sostiene Atria, la objeción de Bulygin según la cual se debe crear una norma general para resolver el caso y la norma creada vincula para los siguientes casos, es correcta. Por ejemplo: imaginemos que el profesor de Filosofía del Derecho deja que el Estudiante A, que trabaja en una empresa y anda muy justo de tiempo para ir a la Universidad, entre en el aula 15 minutos después del inicio de la clase. Si el Estudiante B está en las mismas circunstancias que el Estudiante A, es decir, también trabaja y sale de trabajar con el tiempo justo para ir a clase, diría Atria que el profesor, con la norma creada para el caso del Estudiante A, debe resolver el supuesto del Estudiante B del mismo modo. Mas, en este caso de sistemas no institucionalizados, lo que habrá hecho el profesor es aceptar la validez de una regla moral que le obliga a actuar en todos los casos similares de forma análoga.

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 42.

⁹⁹ ATRIA, F. *Creación...* op. cit., p. 58.

Distintos son, dice Atria, los sistemas institucionalizados. En éstos últimos, entre los que se encuentra el Derecho, se puede resolver un caso “sin calificar deónticamente un caso específico”¹⁰⁰ sin que ello sea irracional. Es decir, el juez, a diferencia del profesor del ejemplo anterior, no tiene que crear una norma para el caso en cuestión, como dice Bulygin, sino que resolvería el caso rechazando la demanda sin calificar la conducta como permitida, prohibida u obligatoria. Señala el autor que el juez ante un caso sin regulación (sin norma con la que resolver) debe decir: “Mi función es declarar qué consecuencias jurídicas se siguen de actos que constituyen instancias de hechos operativos de reglas jurídicas válidas; en este caso no encuentro regla jurídica alguna que aplicar; aquel de ustedes, en consecuencia, que haya recurrido a mí solicitando que declare que cierta consecuencia normativa se sigue de la realización de ciertos hechos (habitualmente el demandante) pierde el juicio”¹⁰¹. Por el contrario, Bulygin sostenía que el juez ante un supuesto de laguna ha de crear una norma para resolver; en el caso de la pareja escocesa decía que un juez feminista podría crear una norma que obligase al marido a acompañar a su mujer. A esto le responde Atria diciendo que el juez feminista (evidentemente) puede resolver de tal modo, solo que estaría fallando contra el Derecho por razones que no son jurídicas (razones políticas o morales), y añade que tal juez “quizás es un activista disfrazado de juez”¹⁰².

Por último, señala el autor que si en todos los casos que están sin regular el juez tiene discreción para resolver como quiera, ello podría acarrear un cierto peligro, puesto que hay un número enorme de acciones que no están deónticamente determinadas. Es decir, la mayoría de acciones de nuestro día a día están sin regular jurídicamente. Ergo, decir que los jueces podrían prohibirlas, permitir las u obligarnos a realizarlas en caso de que lleguen a su conocimiento sería, pues, inquietante. Además, señala que la teoría de Alchurrón y Bulygin para determinar qué casos están regulados es insuficiente, ya que “para hacer de un caso aparentemente regulado uno no regulado todo lo que tendríamos que hacer es listar sus propiedades hasta que encontremos una propiedad no mencionada por regla alguna, y entonces estaríamos libres para decir que el caso no es regulado y el juez tiene discreción”; a lo que añade que realizar tal operación (buscar una propiedad no

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 59.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 62.

¹⁰² *Ibidem*.

regulada y que el juez tenga entonces discreción para decidir) “es posible en todos los casos. Ergo, escepticismo”¹⁰³.

En resumen: para Atria en todos los casos de lagunas el juez no tiene discreción. El juez ha de rechazar la demanda sin integrar el caso en una norma general, es decir, sin calificar deónticamente como prohibida, permitida u obligada, la conducta sin regulación. La única forma de evitar esto (rechazar la demanda sin crear una norma), como vimos en el caso del estudiante que hacía su examen con un bolígrafo azul, sería sostener que el Derecho pretende regular la situación, es decir, que hay una laguna axiológica respecto del caso en cuestión. Los supuestos de lagunas axiológicas, dice Atria, requieren una valoración por parte del juzgador, esto es, el juez debe considerar que se trata de casos que “el Derecho debe pretender solucionar”¹⁰⁴. Ahora bien, sostener que hay casos que el Derecho no regula pero tiene intención (pretende) de regular “implicaría renunciar a una teoría positivista del derecho”¹⁰⁵. Retomemos los ejemplos: en el caso del estudiante que hace su examen con un bolígrafo azul cuando no hay ninguna norma en el sistema que diga nada al respecto, el juez, si valora que el Derecho *pretende* regular tal situación, *debe* crear una norma para resolver el conflicto. El juez, en este caso, podría crear N’: “Los estudiantes de Filosofía del Derecho pueden hacer el examen con un bolígrafo negro o azul”; o, si estima que la conducta del profesor –solo había corregido los exámenes que estaban escritos con bolígrafo de color negro- tiene su razón de ser, podría crear N’: “Los estudiantes de Filosofía del Derecho solamente podrán hacer los exámenes de la asignatura con bolígrafo de color negro”. Distinto es el caso, dice Atria, de la pareja escocesa, ya que su “intención era precisamente presentar un caso tal que sería natural pensar que el derecho no pretendía regular”¹⁰⁶. En estos supuestos, que el Derecho *no*

¹⁰³ *Ibíd*em, p. 65. En este punto Atria yerra. Para Alchurrón y Bulygin solo habrá una laguna normativa si el sistema normativo en cuestión no regula un caso, es decir, no establece una solución para un caso, pero no una propiedad. Dicho de otro modo, un caso C puede estar constituido por las propiedades X, Y, Z, es decir, un solo caso tiene tres diferentes propiedades. De modo que aunque el legislador no regulase una de las tres propiedades, por ejemplo la propiedad Y, en modo alguno constituiría un supuesto de laguna normativa pues tal caso sí está regulado dentro del sistema. A lo sumo, podría ser un supuesto de laguna axiológica si y solo si la propiedad Y se considerase relevante de acuerdo con la hipótesis de la relevancia (propiedades que deben ser relevantes) y la propiedad Y no estuviese regulada en ninguna otra norma del sistema, ya que si está regulada por otra norma tampoco podríamos hablar de laguna axiológica sino de solución axiológicamente inadecuada. Todo esto ya se expuso en el apartado 2 del capítulo 1 de este trabajo. En síntesis: lo que señala Atria de que el juez puede “inventarse” lagunas normativas si considera que una propiedad no fue tenida en cuenta por el legislador, no es posible en la teoría de Alchurrón y Bulygin.

¹⁰⁴ ATRIA, F. *Creación...* op. cit., p. 67.

¹⁰⁵ *Ibíd*em, p. 70.

¹⁰⁶ *Ibíd*em, p. 69.

pretende regular, el juez *no debe* crear una norma, simplemente ha de rechazar la demanda. En síntesis: “Lo que importaría no es si (...) el derecho regula un caso, sino si (...) el derecho debería regular un caso”¹⁰⁷. De darse esto último (el Derecho debería regular la conducta), el juez sí que tendría discrecionalidad para decidir si estima o no la pretensión del demandado, debiendo integrar la conducta que el Derecho pretende regular en una norma creada por el juez para resolver el conflicto.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 70.

CAPÍTULO 3: JORGE L. RODRÍGUEZ

En este capítulo expondremos, en primer lugar, la propuesta de Rodríguez sobre cómo poder identificar las propiedades que son jurídicamente relevantes en casos sin regular para poder distinguir las lagunas normativas (casos sin regular con propiedades relevantes) de otros casos sin regular y veremos la decisión del juez ante tales casos. En el segundo apartado expondremos la crítica de Rodríguez al ideal de la clausura lógica de los sistemas normativos propuesto por Alchurrón y Bulygin.

1. Una tesis objetiva de la relevancia. Tipos de casos sin regular y resolución judicial.

Una tesis objetiva de la relevancia

Rodríguez, a diferencia de Atria, sostiene que la diferencia de aquellos casos donde seriamente falta regulación (casos que el Derecho pretende regular, diría Atria) y aquellos otros casos que el Derecho no pretende regular (casos jurídicamente irrelevantes), no puede ser un criterio valorativo, es decir, axiológico. Dicho de otro modo, si el criterio para diferenciar los casos jurídicamente relevantes sin regular (lagunas normativas) y los casos jurídicamente irrelevantes sin regular es un criterio valorativo, “la diferencia entre las lagunas normativas y las lagunas axiológicas se desdibujaría”¹⁰⁸.

Siguiendo a Alchurrón y Bulygin, Rodríguez señala que los casos de lagunas normativas no son todos los casos sin regular, sino solo aquellos casos que poseen relevancia normativa en relación con ciertas propiedades relevantes establecidas por las fuentes del sistema. De modo que no toda acción permitida en sentido débil (casos que el Derecho no prohíbe) constituye un supuesto de laguna normativa. Pongamos un ejemplo: Juanito todos los días después de levantarse toma el desayuno tranquilamente mientras ojea el correo electrónico y la prensa. En el sistema normativo S no hay ninguna norma que le permita, prohíba u obligue a desayunar y ver el correo electrónico. Es decir, la proposición normativa: “Puede (está permitido) levantarse, desayunar tranquilamente, ver el correo electrónico y leer la prensa”, constituye, dirían Alchurrón y Bulygin, una permisión en sentido débil en el sistema S si y solo si en ese sistema no hay ninguna norma que lo prohíba. Empero, esta falta de norma no constituye una laguna en el sistema, ya que en la acción matutina de Juanito no hay ninguna propiedad jurídicamente relevante.

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ, J. L. *La imagen...* op. cit., p. 145.

Pero: ¿Cómo identificar qué propiedades son relevantes y qué propiedades no lo son? Según Rodríguez, una propiedad es jurídicamente relevante en un caso si la autoridad normativa la hubo tenido en cuenta calificándola deónticamente en otros casos. A saber, siguiendo con el ejemplo de Juanito. Supongamos que Juanito es un presidiario. La autoridad normativa estatal que regula las conductas de los presos en los centros penitenciarios de España ha dispuesto una norma según la cual los presidiarios tienen la obligación de levantarse y desayunar a la hora establecida por el centro: “Los privados de libertad tienen la obligación de despertarse y desayunar según mande la Dirección del centro penitenciario donde se hallen”. Pero supongamos, además, que la autoridad normativa estatal ha establecido una lista con las cárceles donde opera la norma. Después de dictarse la norma, se ha abierto una nueva cárcel: Centro Penitenciario X. Centro Penitenciario X, por razones temporales, no está incluido en el listado de la norma estatal. El nuevo centro penitenciario en su reglamento de funcionamiento interno ha ordenado la vida en prisión, empero, no ha regulado nada acerca de “levantarse y desayuno a la hora establecida”. Juanito, que es bastante rebelde y que está recluso en el nuevo centro penitenciario, se niega a levantarse y desayunar, puesto que ninguna norma dice nada al respecto. Ante un caso semejante, diría Rodríguez, sí puede hablarse de laguna normativa, ya que el legislador sí hubo considerado relevante la propiedad (“levantarse y desayuno a la hora que establecida por la Dirección del centro”) en otros supuestos del sistema calificándola deónticamente.

Para Rodríguez lo importe es identificar los supuestos de lagunas “sin que ello importe efectuar una valoración moral”¹⁰⁹. En el ejemplo que hemos expuesto, no haría falta valoración moral alguna, es decir, el juez no debe interpretar que el caso del desayuno en la cárcel *debe* estar regulado, sino que debe limitarse, dice Rodríguez, a comprobar de modo fehaciente que la propiedad en cuestión ha sido tomada en cuenta en otras normas del sistema. Ergo, la propiedad es relevante. Las propiedades son relevantes, dice Rodríguez, si su “presencia o ausencia determina soluciones diferenciadas en el sistema. No obstante, en un caso que resulta igualmente definido a partir de tales propiedades se ha omitido calificar normativamente la misma acción”¹¹⁰. En tales supuestos, se tratará de casos que el “Derecho pretende regular” (empleando la expresión de Atria), ya que la acción en cuestión ha sido tomada en cuenta por la autoridad normativa

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 147.

¹¹⁰ *Ibidem*. pp. 147-148.

respecto de otros casos, y las propiedades del caso en cuestión son descriptivamente relevantes, es decir, son relevantes sin tener que acudir a un criterio prescriptivo (valorativo, axiológico) del intérprete. Por el contrario, los casos sin regular que el Derecho no pretende regular serían: en primer lugar, casos en los que la acción no ha sido calificada deónticamente en ningún caso (por ejemplo, el desayuno en mi casa) y, en segundo lugar, los casos cuyas propiedades son consideradas relevantes desde un punto de vista prescriptivo. Estos últimos, dice Rodríguez, son supuestos de “lagunas axiológicas”¹¹¹ puesto que requieren valoración por parte del intérprete acerca de si la propiedad *debe* ser relevante.

Tipos de casos sin regular y resolución judicial de los mismos

A partir de lo anterior, Rodríguez identifica tres tipos de situaciones sin regular: casos de lagunas normativas, casos mínimamente serios y casos poco serios (casos que el Derecho no regula ni pretende regular). La línea de demarcación entre la segunda y la tercera clase de casos, es decir, entre situaciones mínimamente serias y las poco serias, dice el autor, “es evidentemente imprecisa”¹¹². Ahora bien, como hemos señalado, la diferencia entre el primer grupo de casos (casos de lagunas normativas) y los otros dos sí es notable, ya que el Derecho en los casos de lagunas normativas sí que hubo considerado como relevantes en otros supuestos ciertas propiedades que constituyen el caso de laguna normativa, pero no así en los otros dos. Añade el autor que en los casos poco serios el juez podrá resolver rechazando la demanda “sin calificar deónticamente el caso particular”, que diría Atria. En otras palabras: en los casos pocos serios el juez no necesita crear una norma general bajo la que subsumir el caso sin regular; el juez puede, como decía Atria, limitarse a rechazar la demanda por razones institucionales. Mas, en los casos de lagunas, en contra de lo que sostiene Atria, dice Rodríguez que el juez sí que ha de integrar el caso en una norma general que ha de crear. En el segundo grupo de casos (casos mínimamente serios), sostiene el autor, nada impide que el juez los resuelva calificándolos deónticamente. Según Rodríguez, el ejemplo de la pareja escocesa constituiría uno de estos casos mínimamente serios¹¹³. En síntesis: solo en casos de lagunas normativas el “deber –del juez- consiste en dictar un pronunciamiento calificando

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 148.

¹¹² *Ibíd.*, p. 149.

¹¹³ *Cf. Ibíd.*, p. 149.

deónticamente el caso particular en algún sentido”¹¹⁴, pero no así en los casos poco serios y en los mínimamente serios donde Atria tendría razón.

2. La clausura lógica no es un ideal racional de los sistemas normativos.

Como ya vimos (capítulo 1 apartado 3), Alchurrón y Bulygin proponían la clausura del sistema a partir de las normas existentes en el mismo sistema. A partir de los diferentes enunciados del sistema, decían los autores, se podrían inferir nuevas normas para intentar cerrar el sistema normativo. Poníamos el ejemplo de que en el sistema normativo S había una norma N1: “La capital del Estado es Madrid”; y una norma N2: “El Presidente del Gobierno residirá en la capital del Estado”. A partir de estas dos normas se puede inferir N’: “El presidente del Gobierno residirá en Madrid”.

Como también señalaban, toda regla de clausura ha de cumplir dos requisitos: completar el sistema (correlacionar cada caso con una solución evitando así las lagunas) y no introducir incoherencias en el sistema (evitar que hayan dos normas que correlacionen el mismo caso con dos soluciones contradictorias entre sí)¹¹⁵.

Ahora bien, la clausura lógica del sistema, según Rodríguez, no puede ser un ideal racional puesto que introduciría incoherencias en el sistema incumpliendo, pues, el segundo de los requisitos¹¹⁶. A saber, como veíamos en el ejemplo del capítulo 1, la norma N’ nos daría una solución en el caso de que alguien quisiera saber en qué ciudad vive el Presidente del Gobierno, por ejemplo, para reunirse con él. En el sistema S, que tiene solamente esas dos normas (N1 y N2), si las analizamos por separado, ninguna responde a la pregunta de en qué ciudad vive el Presidente del Gobierno; empero, si las correlacionamos podemos inferir N’ y responder a la pregunta. Entonces: ¿Por qué dice Rodríguez que tal sistema deductivo no puede ser un ideal racional para clausurar los sistemas normativos?

Rodríguez distingue dos planos: el plano de la aplicación de las normas y el plano de la promulgación de normas. En el primero de ellos (aplicación) la clausura lógica “sí

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 150.

¹¹⁵ Esto mismo señala Rodríguez cuando dice: “Una lógica de las normas pretendería reconstruir la racionalidad en el dictado de normas, y un legislador racional no debería contradecirse ni dejar conductas sin determinar normativamente”. RODRÍGUEZ, J. L. *Naturaleza y Lógica de las proposiciones normativas*. Contribución en homenaje a G. H. Von Wright. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2003, no. 26, p. 102.

¹¹⁶ RODRÍGUEZ, J. L. *Sistemas normativos, lagunas jurídicas y clausura lógica*. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. 2015, no. XXXI, pp. 17 y ss.

constituye un ideal racional respecto de la actividad de aplicación de normas”¹¹⁷. Es decir, el juez que tuviese que decidir dónde vivirá el Presidente del Gobierno, apoyándose en N1 y N2 inferirá N’ y su solución será racional; sin embargo, si dijese que N’ es: “El Presidente vivirá en Las Palmas”, su solución sería irracional, pues, no se deduce de las normas del sistema. Ahora bien, caso distinto, según Rodríguez, es sostener que en el plano de promulgación de las normas, es decir, en el plano del legislador, la clausura lógica es un ideal racional. Para el autor tanto la coherencia como la completitud son ideales racionales del legislador, esto es, son “principios de legislación racional”¹¹⁸. En otras palabras, el legislador cuando aprueba normas generales ha de tener en cuenta los casos relevantes sin regular (casos de lagunas) para completar el sistema y no ha de introducir incoherencias en el sistema. Por ejemplo, si el legislador junto con N1 (“La capital del Estado es Madrid”) introduce N3: “La capital del Estado es Barcelona”, sería un legislador irracional. Del mismo modo, un legislador que tiene en cuenta todos los casos relevantes y los regula completando así el sistema, sería un legislador racional.

Distinto de lo anterior es la clausura lógica en el plano del legislador. Volvamos con el ejemplo. Supongamos que un legislador racional junto con N1 y N2 aprueba el mismo día N3: “El Presidente del Gobierno residirá en Barcelona”. La norma N3 no introduce ninguna incoherencia respecto de N1 y de N2 y además completa el sistema indicando dónde residirá el Presidente. Es decir, que el Presidente resida en Barcelona es compatible con que la capital del Estado sea Madrid (N1). Del mismo modo, que el Presidente resida en Barcelona es compatible con que el Presidente resida en la capital del Estado (N2). Empero, si tenemos en cuenta todas las normas del sistema con todas sus consecuencias lógicas, sí que habría una incoherencia entre N3 y N’, puesto que el Presidente no puede vivir en Barcelona (N3) y vivir en Madrid (N’).

Por lo expuesto, señala Rodríguez, la clausura lógica de los sistemas normativos no es un ideal racional. El legislador racional no es capaz de tener en cuenta todas las consecuencias lógicas de las normas que promulga. De modo que si se sostiene que la clausura lógica es un ideal racional, se iría en contra de otro ideal racional: la coherencia.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 23.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 21.

CAPÍTULO 4: PABLO E. NAVARRO

En este capítulo expondremos la crítica de Navarro a Bayón, respaldando la teoría de Alchurrón y Bulygin sobre la discrecionalidad judicial en casos de laguna. Además, veremos como la clausura del sistema mediante una norma general permisiva es la única forma de preservar la coherencia y evitar la discrecionalidad.

1. Discrecionalidad judicial y normas permisivas.

Siguiendo a Alchurrón y Bulygin, Navarro sostiene que si un caso está jurídicamente determinado por una norma general, es decir, casos en los que no hay lagunas, el juez no tiene discreción ya que tiene una obligación específica¹¹⁹. En particular, el autor se refiere a conductas normadas por normas permisivas. Por ejemplo, la norma N dice: “Los estudiantes de Filosofía del Derecho tienen derecho a hacer el examen el día y hora establecidos en el horario oficial”. En este supuesto, vemos, el estudiante tendría un permiso en sentido fuerte, ya que la conducta está normada positivamente, es decir, está calificada deónticamente como permitida, a hacer el examen el día y a la hora establecida. De modo que si el profesor denegase sin motivo alguno a un estudiante, por ejemplo, Juanito, realizar el examen, el estudiante iría al juez y éste fallaría: “Juanito tiene derecho a realizar el examen de Filosofía del Derecho”. En otras palabras: el juez no tendría discrecionalidad para resolver que Juanito no tiene derecho a realizar el examen, puesto que la norma se lo permite (en sentido fuerte).

Distinto es el caso, dice Navarro, de las conductas “negativamente permitidas”¹²⁰, esto es, aquellos supuestos que no están prohibidos por ninguna norma y por lo tanto están permitidos en sentido débil. En estos casos, supuestos que el sistema no correlaciona con ninguna solución (laguna) y que se permiten puesto que ninguna norma los prohíbe, el juez sí tendría discrecionalidad. Por ejemplo, ninguna norma dice nada acerca de escribir con portaminas el examen, pero hay una norma N que prohíbe escribirlo con lápiz. En estos casos, pues, el juez tendría discrecionalidad, según Navarro, para prohibir o permitir escribir el examen con portaminas. Dicho de otro modo: al no estar deónticamente calificada una conducta (casos de laguna), el juez puede resolver discrecionalmente.

¹¹⁹ Cf. NAVARRO, P. Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos. En: *Isonomía*. 2011, no. 34, p. 126.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 127.

Dicho lo que antecede, sostiene Navarro que una gran diferencia entre ambos supuestos (conductas positivamente permitidas por una norma y conductas negativamente permitidas en tanto que no están prohibidas), es que “una regla permisiva de clausura limita la discreción judicial”. Por ejemplo, en los sistemas penales modernos, un sujeto no puede ser condenado por un delito si éste no está previamente tipificado en el Código Penal. De modo que, en el sistema penal, todo lo que no está prohibido está permitido positivamente (hay un permiso en sentido fuerte) y el juez no tiene, pues, discrecionalidad para condenar o absolver, sino que solo puede absolver al encausado.

Frente a lo anterior, hay autores como Bayón, Ruiz Manero o Atria, que rechazan lo dicho por Navarro en cuanto a la discrecionalidad judicial en los casos no regulados¹²¹. Estos autores, como vimos con Atria en el capítulo 2, sostienen que el juez no tendría discrecionalidad en los casos sin regular. Atria y Bayón sostienen que el juez no tiene discrecionalidad porque debe rechazar la demanda. Ruiz Manero, por su parte, sostiene que no tiene discrecionalidad porque después de ponderar los principios en conflicto siempre habrá una única respuesta correcta que implicará estimar o desestimar las pretensiones, pero sin discrecionalidad, esto es, el juez estará obligado sí o sí a estimar o desestimar y no tiene discreción para fallar en contrario.

La objeción de Navarro a Bayón es desde un punto de vista meramente lógico¹²². Sostiene Navarro que para que el juez haya de desestimar siempre las pretensiones del demandante en casos de laguna, tiene que haber una norma que obligue al juez en tal sentido¹²³. Dice Navarro: “Si se admite (...) que de la inexistencia de una norma no cabe inferir la existencia de otra, es difícil de comprender cómo es posible derivar del hecho de que un demandante no tenga derecho a su pretensión que el juez tenga el deber de rechazar su demanda”¹²⁴. Pongamos un ejemplo, la madre de Juanito demanda a Juanito porque éste no hace su cama. El juez que conoce del asunto, según Bayón, resolvería:

¹²¹ BAYÓN, J. C. *Problemas...* op. cit., pp. 27 y ss. RUÍZ MANERO, J. Algunas concepciones del derecho y sus lagunas. En: ATRIA, F., BULYGIN, E., NAVARRO, P. E., RUIZ MANERO, J., RODRÍGUEZ, J. L. y MORESO, J. J. *Lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 103-126. En cuanto a Fernando Atria nos remitimos a lo expuesto en el capítulo 2 de este trabajo.

¹²² En otros trabajos, Navarro critica la distinción que hace Bayón entre lagunas en la ley (por ejemplo, una conducta no regulada por el Código Civil) y lagunas en el derecho. Sostiene Bayón que el Derecho no tiene lagunas y, por consiguiente, el juez no tendría discrecionalidad al haber siempre una fuente normativa (por ejemplo, la jurisprudencia) aplicable que califica deónticamente el caso. A esto Navarro le objeta que nada impediría que otro tribunal diese una solución diferente. Véase: NAVARRO, P. Lagunas, Permisos y Discreción. En: *Análisis Filosófico XXXIII*. 2013, no. 1, pp. 112 y ss.

¹²³ Sostiene el autor: “Si ese enunciado normativo es verdadero, entonces tiene que existir una norma que le imponga ese deber al juez”. NAVARRO, P. *Normas permisivas...* op. cit., p. 130.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 131-132.

“Usted no tiene derecho a exigirle a su hijo que haga la cama, puesto que ninguna norma le concede tal derecho; por tanto, desestimo su pretensión”. Con este ejemplo se ve, como dice Navarro interpretando a Bayón, que en caso de que un sujeto no tenga derecho a exigir algo, el juez tiene el deber de fallar en su contra. Ahora bien, imaginemos que es Juanito quien demanda a su madre porque ésta le dice que o hace su cama o lo echa de casa. Aquí el juez, ante la petición de Juanito de que estime que no tiene el deber de hacer la cama, diría: “Usted (Juanito) no tiene derecho a exigir a su madre que no hará cama; por tanto, desestimo su pretensión”. La resolución primera y la segunda son contradictorias, ya que la primera niega el deber Juanito de hacer la cama y esta segunda niega el derecho (privilegio) de no hacerla. Este deber del juez de desestimar, además de provocar soluciones contradictorias, es inexistente, ya que, según Navarro, nada impediría que el juez fallase en otro sentido, es decir, el juez tendría discrecionalidad. Por ejemplo, ante la demanda de la madre, podría decir el juez: “Puesto que Juanito vive en su casa gratis, tiene del deber de realizar las tareas domésticas que le sean encomendadas”.

La pregunta que se hace Navarro es si una norma positiva que obligase al juez a fallar desestimando las pretensiones en casos de laguna sería redundante, es decir, si realmente aportaría algo al sistema. De ser redundante, dice Navarro, “las normas positivas pueden ser eliminadas del sistema”. Pero añade: “Salvo que se muestre que esa norma es redundante, la respuesta tiene que ser negativa y ello mostraría que el deber del juez es contingente”¹²⁵, es decir, el deber de rechazar la demanda puede existir o no existir en determinados casos, mas no siempre¹²⁶. Como hemos visto con el ejemplo de Juanito y su madre, a diferencia del sistema penal, el juez, dice Navarro, tiene discrecionalidad. El juez, pues, solo carecería de discrecionalidad en caso de existir una norma que le obligue a fallar en uno de los sentidos como ocurre en el sistema penal donde si no existe una ley que prohíba la conducta, el juez ha de absolver. De modo que, según Navarro, el único modo de clausurar el sistema sin que se introduzcan incoherencias (como en el caso de Juanito y su madre) sería introducir una norma general permisiva. Dicho de otro modo: “Las normas de clausura permisivas son la única manera de evitar las lagunas de un sistema normativo preservando simultáneamente la coherencia”¹²⁷.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 130.

¹²⁶ Tal deber podría existir, dice el autor, en los casos jurídicamente irrelevantes. No obstante señala que “tiene que afinar su alcance” tal “limitación de la discrecionalidad en casos que el derecho no regula ni pretende regular”. NAVARRO, P. *Lagunas...* op. cit., p. 121

¹²⁷ NAVARRO, P. *Normas permisivas...* op. cit., p. 139. El juez, ante la petición de Juanito o de la madre, fallaría: “Como ninguna norma dice nada al respecto, tiene derecho (permiso) a no hacer la cama”.

CAPÍTULO 5: RICCARDO GUASTINI

En la primera parte de este capítulo explicaremos la asociación entre lagunas e interpretación que hace este autor, de modo que las lagunas serían el resultado de la interpretación. En el segundo apartado, expondremos la conexión que realiza entre derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación a partir de la técnica de la disociación.

1. Lagunas e interpretación. Prevenir, crear y colmar lagunas.

Para Guastini, en contraposición a Alchurrón, Bulygin, Rodríguez y el resto de autores que hemos tratado, las lagunas no son algo objetivo. Es decir, son el resultado de la interpretación. En otras palabras: “Las lagunas siguen –no anteceden- a la interpretación. La interpretación, en algún sentido, produce las lagunas y, como las produce, puede también evitarlas o prevenirlas”¹²⁸. Dicho de otro modo: el intérprete mediante la exégesis de la norma en cuestión decide si hay o no laguna. Si hay una laguna se debe a la interpretación realizada. Será la interpretación la que prevenga la aparición de una laguna o la que cree una laguna. Empero, para colmar la laguna creada será necesario “crear derecho nuevo”, pues, sostiene el autor, “la producción (...) es una cosa diversa de la interpretación”¹²⁹.

Prevenir la aparición de lagunas

Según Guastini, como hemos dicho en el anterior párrafo, es el intérprete quien, tras un ejercicio hermenéutico de las normas existentes en el sistema, decide si la norma abarca el supuesto de hecho o, por el contrario, decide que las normas existentes en el sistema no son válidas para subsumir el caso en cuestión. En el primer caso, la interpretación habrá servido para prevenir la aparición de lagunas. En el segundo, para crear una laguna.

Según este autor, hay dos “técnicas interpretativas idóneas para prevenir las lagunas”¹³⁰: la interpretación extensiva y la interpretación evolutiva. La primera de estas técnicas sirve para extender el significado de una norma a un caso (supuesto de hecho) que de acuerdo con el tenor literal no estaría contemplado. La interpretación evolutiva, en segundo lugar, sirve para adaptar las normas a situaciones no previstas por quien las

¹²⁸ GUASTINI, R. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 143.

¹²⁹ GUASTINI, R. Antinomias y Lagunas. En: *Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana*. 1999, no. 29, p. 447.

¹³⁰ *Ibidem*.

promulgo. Pongamos ejemplos. Supongamos que en el sistema S hay una norma N1: “Está prohibido escribir el examen con lápiz”; mas el mismo sistema no dice nada acerca del portaminas. Un portaminas, sensu stricto, no es un lápiz, esto es, estaría fuera de N1 con una interpretación literal. Empero, haciendo una interpretación extensiva podemos sostener que, por ejemplo, la finalidad de la norma que impide escribir los exámenes con lápiz es que lo escrito no se borre con facilidad. Por consiguiente, el juez que resolviese de este modo ampliando el supuesto de hecho de N1 estaría extendiendo (interpretación extensiva) la prohibición de N1 al caso del portaminas. Pongamos otro ejemplo, supongamos que la norma N2 dice: “La Policía, con la debida autorización judicial, podrá intervenir la correspondencia de los procesados penalmente”. Supongamos que N2 se aprobó, como es el caso de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, a finales del siglo XIX. Como es evidente, el legislador decimonónico no tenía en la cabeza internet cuando aprobó N2. Por consiguiente, el juez que empleando N2 autorice la intervención del correo electrónico del procesado penalmente, diría Guastini, estaría haciendo una interpretación evolutiva.

Crear lagunas

Como hemos dicho, según Guastini, el intérprete puede crear lagunas. Es decir, la norma “puede ser interpretada en modo tal que se presente una laguna”¹³¹. Las técnicas idóneas, según él, para crear lagunas son el argumento de la disociación y el argumento a contrario. Ahora hablaremos solo del segundo, el argumento de la disociación será expuesto en el siguiente apartado. El argumento a contrario tiene dos variantes: interpretativa y productiva. Solo la primera de las variantes (la interpretativa) sirve para crear lagunas. Sigamos con el ejemplo anterior. En nuestro sistema S hay una norma N1 que prohíbe realizar los exámenes con lápiz. Ergo, a sensu contrario, el sistema *solamente* prohíbe el uso del lápiz, esto es, respecto de los portaminas hay una laguna, ya que el sistema no prevé el caso. En síntesis: en el sistema S hay una laguna, pues no correlaciona un caso (escribir el examen con portaminas) con una solución.

Colmar lagunas

Este procedimiento, sostiene Guastini, es diferente de los otros dos. Tanto la prevención como la creación son técnicas interpretativas. Mas para colmar lagunas hacen falta técnicas de integración. La principales técnicas de integración, según el autor, son:

¹³¹ *Ibidem*, p. 446.

“El argumento a simili (o analógico) y el recurso a los principios generales del derecho”¹³² y el argumento a contrario en su versión productiva. Los dos primeros han sido positivizados en nuestro Código Civil¹³³. El que interesa explicar aquí es el argumento a contrario en su versión productiva¹³⁴.

Como veíamos con el ejemplo, el juez al interpretar N1 había dicho que solamente hace referencia a la prohibición de escribir los exámenes con lápiz. Luego, sobre la posibilidad de escribir con portaminas, el sistema S guarda silencio (hay una laguna). Esta interpretación se correspondía con versión interpretativa del argumento a contrario. Pero, sostiene Guastini, para colmar lagunas hace falta integrar el caso que no tiene solución con una norma de creación jurisprudencial. Con el argumento a contrario en su versión productiva, el juez dictará N3: “Puesto que ninguna norma lo prohíbe, está permitido escribir los exámenes con portaminas”; o lo que es lo mismo: “Los estudiantes tienen derecho a escribir el examen con portaminas”. En otras palabras: el argumento a contrario en su versión interpretativa sirve para crear lagunas; en su versión productiva, por el contrario, sirve para colmar las lagunas previamente creadas. En este caso, el juez ha creado una norma de contenido positivo, mas también podría crear una norma de contenido negativo. Imaginemos que hay una norma N4: “Los estudiantes tienen derecho a escribir el examen con bolígrafo”. El sistema S no se pronuncia, pues, sobre el caso del portaminas. Con el argumento a contrario interpretativo, el juez dirá: “El sistema S solo contempla la posibilidad de escribir con bolígrafo; ergo, respecto del caso del portaminas hay una laguna”. Luego, ese mismo juez, con el argumento a contrario en su versión productiva creará N5: “Los estudiantes pueden (tienen permitido) escribir con bolígrafo, pero no pueden escribir sus exámenes con portaminas”; o lo que es lo mismo: “Está prohibido escribir los exámenes con portaminas”. En este caso, pues, el juez ha creado

¹³² *Ibidem*, p. 449.

¹³³ El artículo 1.4 del CC dice que: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

Por su parte, el artículo 4.1 del CC regula la analogía: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

¹³⁴ La analogía y los principios generales no nos detendremos a explicarlos en este trabajo. Véase, por ejemplo, lo que dice García Amado sobre el recurso a la analogía: GARCÍA AMADO, J. A. *Razonamiento Jurídico y Argumentación. Nociones introductorias*. León: Eolas Ediciones, 2013, pp. 33 y ss. También PRIETO SANCHÍS, L. *Apuntes...* op. cit., pp. 126 y ss. Sobre principios generales del derecho, véase, Prietos SANCHÍS, L. *Apuntes...* op. cit., pp. 205 y ss. Merece la pena ver el enfoque de Del Vecchio, ya que sostiene que el recurso a los principios generales permite acudir al Derecho Natural. DEL VECCHIO, G. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1969, pp. 340 y ss. Para un resumen de la analogía y los principios generales, véase, SEGURA ORTEGA, M. *Manual de Teoría del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, pp. 282 y ss.

una norma de contenido negativo. Tanto N3 como N5 son normas nuevas. En síntesis: “Esta segunda norma no es una consecuencia lógica de la primera; y en tal sentido es una norma nueva, de creación jurisprudencial”¹³⁵.

2. Lagunas axiológicas y derrotabilidad de las normas.

Guastini, “con una teoría realista de la interpretación”¹³⁶, concatena las lagunas axiológicas con la derrotabilidad a través de la interpretación. Para Guastini hay una laguna axiológica en el sistema si falta en el mismo una norma diferenciadora, esto es, “una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto”¹³⁷. Por otro lado, el autor sostiene que (todas) las normas jurídicas son derrotables, puesto que están sujetas a excepciones implícitas. Guastini conecta ambos conceptos (lagunas axiológicas y derrotabilidad) a través de la interpretación. En concreto a través de la técnica de la disociación.

La disociación consiste en introducir en la norma legislada una distinción que no fue tomada en cuenta por el legislador, de modo que al interpretar la norma se reduzca su supuesto de hecho en uno solo (o algunos) de sus posibles sentidos. En otras palabras: se hará una interpretación restrictiva y un caso que caería bajo el tenor literal de la norma, tras la interpretación, dejará de subsumirse en esa norma.

Pongamos un ejemplo. El artículo 64.1 de la CE establece: “Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes”¹³⁸.

De la interpretación literal se infiere que todo acto del Rey debe ser refrendado. Empero, del papel del Rey como árbitro y moderador de las instituciones se presupone que hay dos tipos de actos. Por un lado, actos de contenido político; por otro, actos imparciales en los que el Rey juega un papel neutro de árbitro y moderador. Si esto es así, pues, los primeros serían actos gubernativos que precisan refrendo y los segundos son actos reales en sentido estricto que no precisan refrendo. Entre estos últimos podríamos

¹³⁵ GUASTINI, R. *Antinomias...* op. cit., p. 448.

¹³⁶ GUASTINI, R. Variaciones sobre temas de Carlos Alchurrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. En: *Análisis Filosófico XXVI*. 2006, no. 2, p. 278.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Artículo 64 CE:

“1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso.

2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden”.

también incluir, por ejemplo, el nombramiento de los miembros de la Casa Real¹³⁹. Por consiguiente, tras la distinción realizada, vemos que los actos reales en sentido estricto no están contemplados en la Constitución y, por tanto, no necesitan el refrendo exigido por el artículo 64.1 de la CE.

Según Guastini, el jurista que hubiere operado como nosotros en el ejemplo habrá hecho cuatro cosas¹⁴⁰. En primer lugar, habrá derrotado la norma de la Constitución introduciendo una excepción implícita que según el tenor literal no existía. Consecuencia del primer paso, en segundo lugar, habrá interpretado restrictivamente el artículo 64. 1 de la Constitución. En tercer lugar, habrá introducido una laguna axiológica, ya que según una interpretación literal la Constitución no distingue tipos de actos, sino que habla genéricamente de actos. En cuarto lugar, el jurista habrá colmado la laguna con una norma N' de creación judicial: “Los actos reales en sentido estricto no requieren refrendo del Presidente del Gobierno ni de los Ministros”.

A partir de lo anterior Guastini extrae varios corolarios:

Sostiene, en contraposición con Alchurrón y Bulygin, que las lagunas axiológicas y la derrotabilidad¹⁴¹ pertenecen a la teoría de la interpretación. Dice, pues, que lo primero es interpretar la norma y solo después de la interpretación veremos si hay una laguna axiológica (diremos que el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería ser importante) y derrotamos la norma. En otras palabras: es el intérprete quien crea las lagunas normativas (como vimos anteriormente), las lagunas axiológicas y quien derrota las normas. Aquí vemos la diferencia con Alchurrón, Bulygin o Rodríguez, puesto que para estos últimos detectar una laguna es algo objetivo, es decir, no requiere interpretación alguna, la laguna sería, para ellos, previa a la interpretación y no consecuencia de la misma¹⁴².

¹³⁹ Si bien el nombramiento libre de los miembros civiles y militares está expresamente previsto en el artículo 65.2 CE: “El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa”.

¹⁴⁰ GUASTINI, R. *Variaciones...* op. cit., p. 284.

¹⁴¹ Habría que añadir que también las lagunas normativas.

¹⁴² Dice Guastini: “El concepto de laguna axiológica no pertenece al lenguaje de los juristas (...) pertenece al lenguaje de la teoría del derecho, más precisamente de la ‘metajurisprudencia’. (...) Quiero decir que quien afirma la existencia de una laguna (...) nunca admite que se trata de una laguna axiológica: por el contrario, siempre sugiere que dicha laguna es auténticamente normativa, es decir es un defecto objetivo del sistema normativo, independiente de cualquier valoración. Sin embargo, para decir a nivel de metalenguaje –o sea desde el punto de vista ‘externo’– que la laguna en cuestión no es normativa, sino axiológica, debemos presuponer una interpretación del mismo texto, distinta de la interpretación propuesta por quien afirma la existencia de dicha laguna”. GUASTINI, R. *Variaciones...* op. cit., pp. 285-286.

Del anterior corolario vemos que, según Guastini, “lagunas axiológicas y derrotabilidad son (...) dos caras de una misma moneda. Al derrotar una norma se excluyen de su alcance algunos supuestos (que, sin embargo, de acuerdo con una distinta interpretación sí estarían reglados por la norma)”. A lo que añade: “La derrota produce una laguna”¹⁴³. De aquí vemos que según el autor todas las lagunas son en verdad axiológicas. Es decir, para él no hay lagunas normativas o al menos no desde un punto de vista objetivo, puesto que todas las lagunas (normativas o axiológicas) son el resultado de la interpretación. Como vimos, alguien podría hacer una interpretación extensiva de una norma de modo que un caso aparentemente no regulado (el caso del portaminas) podría ser subsumido en una norma existente (norma que prohibía escribir con lápiz). Según Guastini, otro intérprete podría hacer una interpretación restrictiva de la norma y concluir que el caso es un supuesto sin solución (laguna). En síntesis: Guastini difumina la diferencia entre lagunas axiológicas y lagunas normativas concluyendo que ambas dependen de la interpretación.

Consecuencia de lo anterior es que la única diferencia existente entre lagunas normativas y axiológicas reside en la interpretación literal. Existirá una laguna normativa si el intérprete decide no extender la norma a un supuesto que, *sensu stricto*, estaría fuera del tenor literal. Existirá una laguna axiológica si el intérprete, a través de la técnica de la disociación, restringe el tenor literal a una serie de casos dejando fuera del mismo otros supuestos que *a priori* sí estarían dentro del tenor literal de norma. En el supuesto de restringir el tenor literal, el intérprete presume dos cosas. En primer lugar, presume que hay una discrepancia entre lo que el legislador dijo y lo que quería decir. En segundo lugar, el intérprete hará prevalecer la intención (lo que quería decir) del legislador sobre lo que dijo (tenor literal). Esta suposición, según Guastini, es “ideología política”, ya que “no existe acceso a la mente de un legislador, sobre todo si es un órgano colegiado”¹⁴⁴.

Añade Guastini, contradiciendo lo dicho por Alchurrón (capítulo 1 apartado 5), que la derrotabilidad no es una propiedad objetiva de las normas, ya que “la derrotabilidad no preexiste a la interpretación”, sino que “es una de sus posibles consecuencias”. En otras palabras: “Así como las lagunas axiológicas no son propiedades objetivas del

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 284-285.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 287. Hay autores, como Pino, que defienden esto mismo bajo la denominación de ideología jurídica. Véase: PINO, G. La teoría del razonamiento judicial de Manuel Atienza. Notas al margen. En: AGUILÓ REGLA, J. y GRÁNDEZ CASTRO, P. P. *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra Editores, 2017, pp. 316 y ss.

sistema jurídico (...), la derrotabilidad, igualmente, no es una propiedad objetiva de las normas”¹⁴⁵.

Corolario de la anterior es que, según el autor, las normas no son derrotables o no derrotables, puesto que “son inertes”¹⁴⁶. La derrotabilidad estará en la posición (actitud) del intérprete. Además, añade Guastini, ha de distinguirse entre derrotabilidad, acción de derrotar y derrota. La derrotabilidad es una propiedad que se predica de cualquier norma, puesto que en las manos el jurista está derrotar tal norma. En segundo lugar, la acción de derrotar se corresponde con el acto de interpretar que lleva a cabo el intérprete. Por último, la derrota no es sino el resultado de la acción de derrotar.

Por lo anterior, dice Guastini, una norma derrotable “no sirve para nada”¹⁴⁷. De modo que la idea de Hart según la cual todas las normas se formulan con un “a menos que” le “parece totalmente absurda”¹⁴⁸. Según Hart, todas las normas serían, por ejemplo, “los estudiantes no pueden escribir su examen con lápiz *a menos que*...”. Guastini rechaza esto. Sostiene que una norma no puede permanecer derrotable a perpetuidad. Por el contrario, dice él, “derrotando una norma incluyen en ella una excepción, pero esta norma, así formulada (con carácter restringido), queda sincrónicamente inderrotable”¹⁴⁹. En otras palabras: hay normas derrotadas y normas no derrotadas, pero no existen normas derrotables. Una vez una norma es derrotada, se convierte en inderrotable la disposición creada por el juez. Dicho de otro modo, la norma que creamos al interpretar el artículo 64.1 de la CE según la cual: “Los actos reales en sentido estricto no requieren refrendo del Presidente del Gobierno ni de los Ministros”, pasará a formar parte del sistema como norma no derrotada; y el artículo 64.1 pasará a estar formulado del siguiente modo: “Los actos *gubernativos* del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes”, y pasará a ser también una norma no derrotada. Por el contrario, el artículo 64.1 que decía: “Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes”, habrá desaparecido del sistema al haber sido derrotada tal disposición.

¹⁴⁵ GUASTINI, R. *Variaciones...* op. cit., p. 289.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 290.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 291.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

CONCLUSIONES

Como punto final a este trabajo haremos una breve síntesis de los puntos más importantes que hemos tratado a lo largo del mismo indicando los pros y contras de la teoría de Alchurrón y Bulygin en comparación con las teorías de los otros autores expuestos.

I. La aportación a la Filosofía Analítica que hacen Alchurrón y Bulygin al diferenciar entre lagunas normativas, lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento, pese a que pueda parecer algo simple o fácil de vislumbrar a primera vista, no puede minusvalorarse. Otros maestros de la Teoría del Derecho, como Raz, tratan al mismo nivel los tres problemas, es decir, no diferencian adecuadamente los problemas conceptuales de los empíricos o semánticos.

Aunque desde una teoría de la decisión judicial el problema de *qué debe hacer el juez ante un caso difícil*, como puede ser un supuesto de laguna normativa (no existe una norma en el sistema), de laguna de conocimiento (cómo ocurrieron los hechos) o de laguna de reconocimiento (las normas del sistema son vagas semánticamente), puede llegar a equipar los tres tipos de lagunas, desde el punto de vista analítico, empero, es fundamental distinguirlos y esto es algo que la teoría propuesta por Alchurrón y Bulygin consigue.

La única objeción, quizás, que se puede hacer a los autores argentinos es la denominación que emplean para hablar de los problemas de falta de información acerca de los hechos (problemas empíricos) o de interminación semántica del lenguaje (problemas semánticos), ya que al denominarlos “lagunas”, pese al notable esfuerzo que realizan para diferenciar estos problemas de los problemas de tipo conceptual, es decir, de las lagunas normativas, puede contribuir a que alguien no avezado en el estudio de las lagunas equipare los tres problemas. Por consiguiente, en vez de lagunas de conocimiento, lo conveniente sería denominarlos casos difíciles en los que los hechos y/o pruebas no están claros y que exigirán una mayor argumentación por parte del juez; y en vez de lagunas de reconocimiento, hablar de casos difíciles por problemas de indeterminación de lenguaje. Si se emplearen estas dos denominaciones (casos difíciles por falta de conocimiento de los hechos y casos difíciles por la indeterminación del lenguaje), ello ayudaría a que alguien lego en la materia pueda distinguir con más nitidez el problema de las lagunas normativas de estos otros.

II. Notable es también la aportación de Alchurrón y Bulygin al diferenciar lagunas normativas, lagunas axiológicas y soluciones axiológicamente inadecuadas. Los autores, como vimos, hacen estas diferencias partiendo de las tesis y la hipótesis de la relevancia.

Según ellos, una solución axiológicamente inadecuada prevista por una norma, una solución injusta, no constituirá una laguna axiológica si y solo si el legislador hubo tomado en cuenta todas las propiedades que son relevantes jurídicamente pero finalmente dio una solución injusta al caso. Con el ejemplo de la condena a la pena capital en la hoguera en los casos de homicidio se veía claro. Es decir, el legislador habría seleccionado bien las propiedades relevantes (proteger el derecho a la vida) pero habría dado una solución axiológicamente inadecuada (pena capital en la hoguera). Este caso, pues, se diferencia de las lagunas axiológicas que serían aquellos supuestos en los que el legislador no tuvo en cuenta una propiedad que debería haber considerado introduciendo una distinción que se considera relevante. Esto lo vimos con el caso la mujer que en 1927 fue absuelta de la pena del delito de aborto, ya que el legislador no hubo hecho el distingo necesario entre aborto común y aborto atenuado para salvar a la mujer.

En lo anterior, la teoría de Bulygin y Alchurrón es superior a la de Atria, ya que la teoría postpositivista del Derecho de este último no permite diferenciar entre casos con una solución axiológicamente inadecuada y casos de laguna axiológica. Por consiguiente, la aportación de los profesores argentinos vuelve a ser notable en este aspecto.

III. Concatenado con lo anterior está esta tercera conclusión. Y es que la teoría de Alchurrón y Bulygin falla o, al menos, no es tan sólida como la de Rodríguez a la hora de determinar las propiedades relevantes (tesis de la relevancia) del sistema para saber si estamos ante una laguna normativa o un supuesto jurídicamente irrelevante.

Con el ejemplo de la 'pareja escocesa' de Atria se ve, pues, la superioridad de la teoría de Rodríguez respecto de la de Alchurrón y Bulygin. Si recordamos, ante este caso sin regular por el derecho escocés, sostenía Bulygin, el juez tendría discrecionalidad. Empero, si se reconoce la discrecionalidad del juez, estaríamos ante un supuesto de laguna normativa, es decir, ante un caso jurídicamente relevante que el derecho escocés no soluciona. Bulygin aquí decía que un juez feminista podría obligar al marido a acompañar a su mujer al destino vacacional que ella eligiere. De aquí se infiere que el juez habría considerado jurídicamente relevante la propiedad 'elección del lugar de vacaciones por parte de recién casado'. Mas, si solo un juez feminista considera relevante tal propiedad

y otro juez no, no podría hablarse de una tesis de la relevancia objetiva, sino subjetiva que dependería de lo que cada juez tuviese a bien en cada instante, difuminándose, por tanto, la diferencia entre lagunas normativas y lagunas axiológicas que Alchurrón y Bulygin en *Normative Systems* habían trazado.

Por lo anterior, la teoría de Rodríguez de la tesis de la relevancia es más sólida, a la vez que se acomoda mejor con la teoría de *Normative Systems*, que lo sostenido por el propio Bulygin en *Creación y Aplicación del Derecho*. A saber: la teoría de Rodríguez permite diferenciar de un modo objetivo –a partir de las propias normas del sistema- las propiedades relevantes, que podrán ser casos de laguna normativa si no están regulados, de las propiedades irrelevantes, que no serán nunca supuestos de laguna normativa.

Para Rodríguez, como vimos, un supuesto de laguna normativa (caso relevante que el sistema no correlaciona con una solución) podría detectarse sin emplear valoraciones morales ni ideológicas (como el caso del juez feminista). Los casos de laguna serían supuestos en los que el legislador hubo regulado esa propiedad (considerada relevante) en otros casos pero que en el caso concreto omitió tal regulación. Por ejemplo, sería el caso del derecho de propiedad. Este derecho, qué duda cabe, es relevante en nuestro sistema normativo, ya que una infinidad de normas lo regulan (normas civiles, administrativas, etcétera); por consiguiente, siempre que el juez tenga que resolver algún litigio en el que el derecho de propiedad esté en juego, en tanto que tal propiedad está considerada por otras normas y es, por tanto, relevante, no necesitará valorar axiológicamente el caso para crear una norma ante un supuesto de laguna, sino que el mismo sistema le impone, según la tesis de Rodríguez, crear tal norma general para resolver el caso. Sin embargo, lo anterior no se produce en el supuesto de la pareja escocesa, puesto que ninguna norma del derecho escocés consideraría relevante la propiedad ‘elección del lugar de vacaciones por parte de recién casado’, sino que es el juez quien considera que *debe ser* relevante la propiedad y máxime cuando se admite que ese juez puede ser feminista. Corolario: si de buscar la pureza y objetividad analítica se trata, la tesis de la relevancia de Rodríguez es mejor que la postulada por Bulygin.

IV. Respecto de la decisión judicial en los casos de lagunas normativas deben distinguirse dos supuestos. Como hemos dicho en la anterior conclusión, para distinguir los casos jurídicamente relevantes de los irrelevantes al Derecho, la mejor teoría si queremos prescindir de valoraciones morales es la de Rodríguez. Si bien este autor distingue tres tipos de soluciones sin regular -casos de lagunas normativas, casos

mínimamente serios y casos poco serios- las tres situaciones pueden, en tanto que la demarcación entre casos poco serios y casos mínimamente serios es imprecisa, reconducirse a dos grandes categorías: casos de laguna normativa y casos jurídicamente irrelevantes. Estos últimos están englobados, según la teoría de Rodríguez, por aquellos supuestos en los que una determinada propiedad no fue tomada en cuenta por el legislador en ningún caso y casos en los que las propiedades son consideradas relevantes por el intérprete (por ejemplo, un juez feminista) pero no por el resto de normas del sistema.

Respecto de la decisión judicial en la primera de las categorías –en los casos de laguna normativa-, la teoría de Alchurrón y Bulygin, así como Rodríguez que los sigue, podemos decir que es la correcta. A saber: el juez ante un caso de laguna normativa tendría discrecionalidad. El juez no tendría una obligación específica, sino que cumpliría con su obligación genérica de juzgar tanto estimando la demanda y condenando al demandado como desestimando la demanda. Eso sí, como vimos, una cosa es tener discrecionalidad y otra bien distinta es ser arbitrario. Por consiguiente, el juez que se halle ante un supuesto de laguna normativa, ha de crear una norma general bajo la cual subsumir el caso particular.

De lo anterior se infiere que lo sostenido por Atria, es decir, que el juez no tendría discrecionalidad ante un caso sin regular sino que debe desestimar la demanda “sin calificar deónticamente el caso particular”, es menos consistente que la teoría de Alchurrón y Bulygin. Como vimos con Navarro, esto solo sería correcto si y solo si hubiere una norma en el sistema que facultase al juez para ello, mas, de momento, esa norma no existe en los ordenamientos.

Distinto de lo que acabamos de señalar es la decisión judicial en la segunda de las categorías, esto es, casos que son irrelevantes jurídicamente de acuerdo con la tesis de la relevancia de Rodríguez. En estos supuestos, la teoría de Atria de la no discrecionalidad del juez en casos sin regular es más consistente que la de Alchurrón y Bulygin. El problema de Atria es que no distingue entre casos relevantes y casos irrelevantes, y denomina a ambos lagunas. Mas, de acuerdo con Rodríguez, no todo supuesto sin regular será una laguna, como el caso de la pareja escocesa. En estos supuestos irrelevantes, Atria tiene razón, puesto que al ser casos que ‘no importan’, por así decirlo, al Derecho, tampoco se puede exigir que el Derecho dé una solución a los mismos, sino que el juez deberá desestimar la demanda sin calificar deónticamente el caso particular. Es decir, ante un caso irrelevante jurídicamente, el juez desestimará (no tiene discrecionalidad) las

pretensiones sin integrar el caso en una norma general que cree a tal efecto. Como decía Atria, el juez dirá que al no encontrar norma jurídica que aplicar, quien recurra ante él solicitando que de unos determinados hechos sin regular se sigue una consecuencia que debe declarar, perderá el juicio. A sensu contrario, la teoría que falla aquí es la de Bulygin, puesto que aceptarla supone equiparar casos jurídicamente irrelevantes, como el de la pareja escocesa, con supuestos de laguna normativa, al exigir la integración judicial en ambos. En otras palabras: si la teoría de Atria falla a la hora de distinguir entre casos sin regular irrelevantes y casos de laguna, y exigir que en ambos el juez resuelva desestimando la demanda sin calificar deónticamente el caso; la teoría de Bulygin, según la cual el juez debe integrar todo caso (como el de la pareja escocesa) en una norma general que cree, falla también al equiparar supuestos de laguna con casos irrelevantes.

V. Como quinta y última conclusión debemos destacar la importante aportación de Guastini al considerar como anverso y reverso de una moneda las lagunas axiológicas y la derrotabilidad, ya que tratarlas por separado, incluso desde un punto de vista analítico, es demasiado artificioso. A saber, como vimos, el juez cuando declara que existe una laguna axiológica, es decir, que el legislador no consideró una propiedad que *debe ser*, desde un punto de vista prescriptivo, relevante, la actividad del juez no se detiene ahí sino que tal propiedad que no fue tenida en cuenta por el legislador derrotará a la norma general dictada por ese mismo legislador.

Por lo anterior, la distinción que realiza Alchurrón entre lagunas axiológicas y derrotabilidad, como demostró Guastini, es incorrecta o, incluso, falaz. Si bien en la segunda conclusión defendimos la tesis de Alchurrón según la cual es conveniente distinguir entre soluciones axiológicamente inadecuadas y casos de lagunas axiológicas, no menos cierto es señalar que detectar una laguna axiológica es una labor meramente valorativa del juez, es decir, como su propio nombre indica, no se puede hablar de un modo objetivo y evidente de si estamos o no ante una laguna axiológica. Al intérprete le bastará con decir que el legislador de haber considerado la “propiedad X” la hubiese tenido en cuenta y, por tanto, la habría hecho explícita. Sin embargo, como dice Guastini, esto no es más que ideología política. En otras palabras, es imposible meterse en la cabeza de todas y cada una de las personas que componen un órgano colegiado —e individual- y pensar que, por ejemplo, 350 personas, como en el caso del Congreso de los Diputados, lo que dijeron cuando aprobaron una norma sin considerar una propiedad relevante no querían haberlo dicho si hubiesen considerado tal propiedad. Corolario: la teoría realista

de la interpretación de Guastini es mejor desde el punto de vista analítico, por lo que tiene de anti-ideológica, que la teoría de las lagunas axiológicas propuesta por Alchurrón y Bulygin.

Junto a la imposibilidad material y racional de meterse en la cabeza de los miembros de un órgano colegiado, está, como hemos dicho, el reverso de la moneda: la derrotabilidad. Respecto de ésta, lo dicho por Alchurrón y Guastini es, a priori, similar. Ambos sostienen que la derrota de una norma, tras haber declarado que existe una laguna axiológica, es una actividad del juez. Mas, pese a coincidir en este punto, que si bien es esencial, se distancian a la hora de decir si la derrotabilidad es una propiedad objetiva de las normas que el intérprete se limitaría a ejecutar, como dice Alchurrón, o es una actividad del intérprete sin más, es decir, meramente subjetiva, como sostiene Guastini. Nosotros nos decantamos por esto último, ya que está en consecuencia con lo dicho sobre las lagunas axiológicas. A saber, habiendo sostenido la tesis de que las lagunas axiológicas son algo subjetivo, no puede decirse que el siguiente paso para el cual declara el juez que existe una laguna axiológica (la derrotabilidad) sea algo objetivo. Corolario: la teoría de Guastini nos parece mejor que la teoría de Alchurrón y Bulygin sobre las lagunas axiológicas y que la teoría de Alchurrón sobre la derrotabilidad, ya que en tanto que teoría realista, analiza mejor la naturaleza (subjetiva) de ambos elementos de la teoría de las normas jurídicas.

La gran objeción a lo expuesto por Guastini es que al conceder tanta importancia a la interpretación restrictiva que haga el juez a partir de la técnica de la disociación, ello podría acarrear en más de un supuesto indefensión o incluso pérdida de derechos. Pongamos un ejemplo (que tomo del libro *Un debate sobre ponderación*, cuyos autores son Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado): la Ley General Penitenciaria en su artículo 51.2 establece que las comunicaciones entre los reclusos y sus abogados no pueden ser intervenidas salvo con autorización del juez y casos de terrorismo. Aplicando la teoría de la disociación de Guastini, podríamos decir que la norma no hace la distinción entre terrorismo internacional y terrorismo nacional que debería hacer, ya que en 1979 parece que el legislador solo pretendía referirse al segundo, de modo que respecto del terrorismo internacional el artículo 51.2 de la LGP presentaría una laguna axiológica. Si esto es así, el juez crearía una norma: “En los casos de terrorismo internacional el juez podrá intervenir las comunicaciones del detenido y su abogado”. Esta norma derrota, pues, al 51.2 de la LGP. Ergo, la teoría de Guastini puede acarrear pérdidas de derechos.

Bibliografía

- Aftación, E., Vilanova, J., & García Olano, F. (1956). *Introducción al derecho*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Alchurrón, C. (Octubre de 2000). Sobre derecho y lógica. *Isonomía N° 13*, 11-33.
- Alchurrón, C., & Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Alchurrón, C., & Bulygin, E. (1991). Permisos y Normas Permisivas. En C. Alchurrón, & E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho* (págs. 215-238). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aristóteles. (2018). *Ética a Nicómaco*. Barcelona: Gredos.
- Atienza, M., & García Amado, J. A. (2018). *Un debate sobre ponderación*. México: Centro de Estudios Carbonell.
- Atria, F. (2005). Creación y Aplicación del Derecho: entre formalismo y escepticismo. En F. Atria, E. Bulygin, P. E. Navarro, J. Ruiz Manero, J. L. Rodríguez, & J. J. Moreso, *Lagunas en el derecho* (págs. 45-71). Madrid: Marcial Pons.
- Atria, F. (2005). Sobre las lagunas. En F. Atria, E. Bulygin, P. E. Navarro, J. Ruiz Manero, J. L. Rodríguez, & J. J. Moreso, *Lagunas en el derecho* (págs. 15-27). Madrid: Marcial Pons.
- Basterra, M. I. (2000). El problema de las lagunas en el Derecho. *Derecho y Sociedad. N° 15*, 280-291.
- Bayón, J. C. (2009). *Problemas lógicos en la teoría y en la práctica del Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bobbio, N. (1963). Lacune del diritto. En *Novissimo Digesto Italiano. vol IX*. Turín: Utet.
- Bobbio, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Bulygin, E. (Noviembre de 2002). El silencio del derecho. *Análisis Filosófico XXII*, 103-114.

- Bulygin, E. (2005). Creación y Aplicación del Derecho. En F. Atria, E. Bulygin, P. E. Navarro, J. Ruiz Manero, J. L. Rodríguez, & J. J. Moreso, *Lagunas en el derecho* (págs. 29-44). Madrid: Marcial Pons.
- Constitución Española*. (1978).
- Cossio, C. (2018). *Las lagunas del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- Del Vecchio, G. (1969). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- Engisch, K. (1967). *Introducción al pensamiento jurídico*. Madrid: Ediciones Guadarrama.
- García Amado, J. A. (2013). *Razonamiento Jurídico y Argumentación. Nociones introductorias*. León: Eolas Ediciones.
- García Amado, J. A. (2017). *Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, poderación*. Bogotá: Universidad Libre.
- Guastini, R. (1999). Antinomias y Lagunas. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. N° 29, 437- 450.
- Guastini, R. (Noviembre de 2006). Variaciones sobre temas de Carlos Alchurrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. *Análisis Filosófico XXVI N°2*, 277-293.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kelsen, H. (1981). *Teoría Pura del Derecho (segunda edición)*. México: Universidad Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría Pura del derecho (primera edición de 1934)*. Madrid: Trotta.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. (2000).
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria*. (1979).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. (1996).

- Moreso, J. J. (2015). Sobre la determinación normativa: lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y antinomias. *Anuario de Filosofía del Derecho XXXI*, 55-72.
- Moreso, J. J., Navarro, P., & Redondo, M. C. (Diciembre de 2001). Sobre la lógica de las lagunas en el derecho. *CRÍTICA, Revista Hispanoamericana de Filosofía. Vol. 33, N°99*, 47-73.
- Navarro, P. E. (Abril de 2011). Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos. *Isonomía N°34*, 109-139.
- Navarro, P. E. (Mayo de 2013). Lagunas, Permisos y Discreción. *Análisis Filosófico XXXIII N°1*, 103-123.
- Ortega y Gasset, J. (1983). *Obras Completas I*. Madrid: Alianza Editorial.
- Pazos Crocitto, J. I. (Febrero de 2018). Lagunas jurídicas: una nueva reflexión sobre un problema jurídico recurrente. *Revista Jurídica AMFJN. N° 1*, 1-43.
- Pino, G. (2017). La teoría del razonamiento judicial de Manuel Atienza. Notas al margen. En J. Aguiló Regla, & P. P. Grández Castro, *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (págs. 305-327). Lima: Palestra Editores.
- Prieto Sanchís, L. (2007). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays in Law and Morality*. Oxford: Oxford University.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. (1889).
- Rodríguez, J. L. (2003). Naturaleza y Lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G. H. Von Wright. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 26*, 87-109.
- Rodríguez, J. L. (2005). La imagen actual de las lagunas en el derecho. En F. Atria, E. Bulygin, P. E. Navarro, J. Ruiz Manero, J. L. Rodríguez, & J. J. Moreso, *Lagunas en el derecho* (págs. 127-157). Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez, J. L. (Enero de 2015). Sistemas normativos, lagunas jurídicas y clausura lógica. *Anuario de Filosofía del Derecho Núm. XXXI*, 11-34.

- Ruiz Manero, J. (2005). Algunas concepciones del derecho y sus lagunas. En F. Atria, E. Bulygin, P. E. Navarro, J. Ruiz Manero, J. L. Rodríguez, & J. J. Moreso, *Lagunas en el derecho* (págs. 103-126). Madrid: Marcial Pons.
- Segura Ortega, M. (1989). El problema de las lagunas en el derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho VI*, 285-312.
- Segura Ortega, M. (1998). *Manual de Teoría del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Segura Ortega, M. (2019). El problema de las lagunas en el derecho. En M. Segura Ortega, S. Laborde, & E. Zitelmann, *Las lagunas del Derecho* (págs. 9-46). Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- Sosa Wagner, F. (2005). *Maestros alemanes del Derecho público*. Madrid: Marcial Pons.
- Súcar, G. (Abril de 2009). Regla de clausura y contingencia del Derecho: sobre el positivismo jurídico y la existencia de lagunas normativas. *Isonomía N° 30*, 145-182.
- Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status as of 1 January 2017)*. (1907).
- Zitelmann, E. (2019). *Las lagunas del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.