

GIOVANNI BATTISTA RATTI

EL GOBIERNO DE LAS NORMAS

Pau Luque Sánchez
Diego Moreno Cruz
(Eds.)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	15

PRIMERA PARTE LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO

CAPÍTULO I. SOBRE «LAS LAGUNAS EN EL DERECHO»	25
1. EL DILEMA DE ATRIA	25
2. EL DILEMA TOMADO EN SERIO	28
3. LA APARENTE SUPERACIÓN DEL DILEMA.....	36
4. LA DISOLUCIÓN DEL DILEMA: LA INTERPRETACIÓN COMO SOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS	48
5. CONCLUSIONES	58
CAPÍTULO II. DOS MODELOS DE RELEVANCIA NORMATIVA	61
1. EL PROBLEMA DE LA RELEVANCIA.....	61
2. EL MODELO «OPACO» DE LA RELEVANCIA	62
3. EL MODELO «TRANSPARENTE» DE LA RELEVANCIA	63
4. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LOS DOS MODELOS	64
5. ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS Y ENUNCIADOS DE RELE- VANCIA.....	69
6. CONCLUSIONES	72

	Pág.
CAPÍTULO III. LA COHERENTIZACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS	75
1. INTRODUCCIÓN	75
2. LAS PIEZAS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS	76
3. SISTEMAS JURÍDICOS Y COHERENTIZACIÓN DE LAS NORMAS	79
4. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS	82
SEGUNDA PARTE	
LÓGICA Y DERECHO	
CAPÍTULO IV. NORMAS, LÓGICA Y REALISMO JURÍDICO	87
1. LÓGICA Y CONCEPCIÓN DE LAS NORMAS	87
2. ALGUNOS FUNDAMENTOS PARA LÓGICAS DE LAS NORMAS.	90
3. SEMÁNTICA Y EXPRESIVISMO EN EL REALISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO	99
CAPÍTULO V. DOS CONCEPCIONES DEL SISTEMA JURÍDICO	107
1. INTRODUCCIÓN	107
2. LA CONCEPCIÓN DEL SISTEMA MAESTRO	108
3. LA CONCEPCIÓN INTERPRETATIVA	111
3.1. La derrotabilidad de los estándares jurídicos	112
3.2. La concepción interpretativa en la teoría del derecho dworkiniana	115
3.3. La concepción interpretativa y la teoría de los sistemas normativos	118
4. DERROTABILIDAD Y SISTEMATIZACIÓN	122
4.1. El argumento de la relevancia normativa	123
4.2. Derrotabilidad e interpretación	125
CAPÍTULO VI. SISTEMAS NORMATIVOS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS INDECIDIBLES	127
1. INTRODUCCIÓN	127
2. REENCUENTRO CON LAS PROPOSICIONES NORMATIVAS	128
3. LA COHERENCIA DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS	130
3.1. La α -coherencia	130

	Pág.
3.2. La β -coherencia.....	136
4. LAS PROPOSICIONES NORMATIVAS INDECIDIBLES	142
5. CONCLUSIONES: LÓGICOS Y JURISTAS	147

TERCERA PARTE
NORMAS JURÍDICAS, DERROTABILIDAD
Y DESACUERDOS

CAPÍTULO VII. UNA NOTA SOBRE LA FORMA LÓGICA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS	153
PREMISA	153
1. ARM SOBRE LA FORMA LÓGICA DE LAS NORMAS REGULATIVAS	153
2. TRES OBJECIONES A LA TEORÍA ESTRUCTURAL DE ARM....	157
2.1. ¿Qué lógica para los condicionales jurídicos?.....	157
2.2. Apertura y clausura de los enunciados jurídicos.....	165
2.3. El mundo boca abajo: principios cerrados y reglas abiertas	170
3. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS	172
CAPÍTULO VIII. LAS CONSECUENCIAS DE LA DERROTABILIDAD.	175
1. INTRODUCCIÓN	175
2. INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y DERROTABILIDAD.....	176
3. DERROTABILIDAD APAGÓGICA	180
4. TEXTURA ABIERTA Y DERROTABILIDAD «EMPÍRICA».....	183
5. DERROTABILIDAD Y CONSECUENCIAS LÓGICAS	188
6. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS	193
CAPÍTULO IX. CONFLICTOS NORMATIVOS Y TEORÍAS LÓGICAS	195
1. INTRODUCCIÓN	195
2. LA (SUPUESTA) IMPOSIBILIDAD DE EXPLICAR LOS CONFLICTOS NORMATIVOS.....	196
3. LA (SUPUESTA) INHABILIDAD PARA PROCESAR CONFLICTOS NORMATIVOS	199
4. LAS DEFICIENCIAS DE LA LÓGICA DEONTICA DERROTABILISTA.....	202

	Pág.
4.1. La lectura descriptiva	203
4.2. Las lecturas prescriptivas	205
5. CONCLUSIONES	206
CAPÍTULO X. LOS DESACUERDOS JURÍDICOS EN LA JURISPRUDENCIA ANGLOSAJONA.....	209
1. INTRODUCCIÓN	209
2. EL OBJETO DE LOS DESACUERDOS JURÍDICOS.....	211
3. <i>RIGGS</i> Y <i>TVA</i> REVISITADOS	215
4. LA INCOHERENCIA DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS Y UNA RECONSTRUCCIÓN ALTERNATIVA DE LOS DESACUERDOS JURÍDICOS	220
5. DESACUERDOS Y DERROTABILIDAD.....	225
6. EL LUGAR DE LOS DESACUERDOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO	229
7. ALGUNAS CONCLUSIONES.....	237

CUARTA PARTE

EL DOMINIO DE LAS NORMAS JURÍDICAS

CAPÍTULO XI. TEORÍA DE CONJUNTOS Y ANÁLISIS DEL DERECHO	241
PREMISA	241
1. ALGUNAS NOCIONES FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DE CONJUNTOS.....	242
1.1. «Conjuntos»	242
1.2. Identificación de los conjuntos.....	243
1.3. Inclusión.....	244
1.4. Operaciones lógicas sobre los conjuntos	245
1.5. Conjunto vacío y conjunto universo.....	246
2. LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO A LA LUZ DE LA TEORÍA DE CONJUNTOS	247
2.1. Discusión del caso <i>sub</i> (a).....	247
2.2. Discusión del caso <i>sub</i> (b)	249
2.3. Discusión del caso <i>sub</i> (c).....	252
3. LA TESIS DE LA SEPARACIÓN A LA LUZ DE LA TEORÍA DE CONJUNTOS	254
3.1. La lectura extensional de las tesis sobre la relación entre derecho y moral	257

	Pág.
3.2. La lectura intensional de las tesis sobre las relaciones entre derecho y moral	260
CAPÍTULO XII. EL PUZLE DE LA DETERMINACIÓN DE LO JURÍDICO	265
PREMISA	265
1. EL PUZLE DE CAFFERA Y MARIÑO	265
2. LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN DE FERRER Y RODRÍGUEZ....	268
3. UN NUEVO INTENTO DE DISOLUCIÓN DEL PUZLE.....	273
CAPÍTULO XIII. REGLA DE RECONOCIMIENTO Y DERROTABILIDAD	277
PREMISA	277
1. LAS MÚLTIPLES RECONSTRUCCIONES DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO.....	277
2. LAS MÚLTIPLES CONCEPCIONES DE LA DERROTABILIDAD.	279
3. DERROTABILIDAD Y REGLA DE RECONOCIMIENTO	281
3.1. La derrotabilidad <i>de</i> la regla de reconocimiento.....	282
3.2. La derrotabilidad <i>de acuerdo con</i> la regla de reconocimiento...	283
CAPÍTULO XIV. CINCO ASPECTOS DE LA INCOMPLETITUD DEL DERECHO	287
INTRODUCCIÓN	287
1. LA IMPOSIBILIDAD DE LA CLAUSURA ABSOLUTA.....	289
2. INDETERMINACIÓN LÓGICA EXTENDIDA	293
3. VAGUEDAD	299
3.1. Vaguedad e incompletitud	300
3.2. Vaguedad y derrotabilidad.....	302
4. EL DILEMA DE LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL.....	306
5. LA PARADOJA DE LA DERROTABILIDAD GLOBAL.....	309
6. CONCLUSIONES	313
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	315

INTRODUCCIÓN

La teoría del derecho actual, bajo la influencia de autores como DWORKIN o RAZ, está dominada por una espasmódica búsqueda de su «Santo Grial» filosófico: (la raíz de) la normatividad del derecho. Es decir, trata de explicar la manera en que el derecho proporcionaría genuinas razones para la acción a sus destinatarios y, por tanto, de encontrar las razones «últimas», «profundas», por las que se debería obedecer. Como toda búsqueda pseudo-racional de objetos inexistentes, dicha indagación está destinada al fracaso. La circunstancia de que nuestras sociedades se auto-conciban como «objetivamente» gobernadas por normas se debe, por así decir, a «hechos mágicos», que surgen de la propia psicología (individual y colectiva) de los seres humanos y de su formación (y, en ciertos aspectos, adoctrinamiento) en sociedad. Ser gobernados por normas que proporcionan genuinas razones para la acción, pues, constituye un mito que la filosofía del derecho, *qua* investigación avalorativa sobre el derecho, debería contribuir a desmitificar y no a fomentar. El problema de la normatividad del derecho es, como tal, ajeno a una filosofía del derecho basada en los desencantados criterios de la filosofía analítica, tal y como la entienden, por ejemplo, el positivismo lógico o el naturalismo filosófico de índole quineana. El análisis filosófico-jurídico ofrecido por este volumen se basa en estos criterios. Por tanto, el gentil lector no encontrará un examen pormenorizado de la primera posible acepción de la expresión «el gobierno *de* las normas» que se basa precisamente en la lectura del genitivo como subjetivo, esto es: el gobierno ejercido por las normas, por la simple razón de que dicha acepción debe ser decididamente rechazada por una teoría del derecho que pretenda ser genuinamente descriptiva y explicativa.

La segunda acepción de dicha expresión —propiciada por una lectura objetiva del genitivo presente en su formulación (esto es, «el gobierno que se

hace de las normas») — indica una actitud teórica mucho más saludable, la cual consiste en determinar las maneras en las que las normas (o, mejor dicho, las disposiciones normativas) son «gobernadas» por distintos operadores jurídicos y mediante diversos recursos. En ese contexto, adquiere una importancia fundamental analizar las operaciones de «sistematización» del derecho, realizadas por los operadores jurídicos al proponer interpretaciones de ciertas fuentes autoritativas, crear y prevenir lagunas y antinomias, ponderar principios, etcétera.

Las dos primeras partes del presente volumen, aunque a niveles de abstracción diferentes y enfatizando aspectos distintos, tratan de realizar esta importante tarea iusteórica.

Más exactamente, la primera parte aborda el examen de la dependencia del carácter sistemático, a menudo atribuido al derecho, de las operaciones de los juristas sobre los materiales normativos, vinculándolo al análisis de las concepciones del derecho que pretenden explicar el fenómeno de la sistematicidad del derecho.

El ensayo núm. 1 analiza un afortunado volumen acerca de las lagunas jurídicas, asumiendo una postura teórica alternativa tanto al iuspositivismo normativista como al antipositivismo defendido por los participantes en el debate. En particular, se sostiene que: i) el dilema planteado por Fernando ATRIA al positivismo metodológico —según el cual, al explicar el razonamiento jurídico, caería, alternativamente, en el formalismo o en el escepticismo— constituye, en realidad, un falso dilema, que puede ser simplemente disuelto mediante un acercamiento teóricamente correcto a los temas de la interpretación y de las lagunas; ii) la respuesta del iuspositivismo normativista al dilema es engañosa ya que parte de la asunción de que las lagunas sean entidades que preexisten a (y son independiente de) la interpretación; iii) la diferencia crucial entre positivismo y antipositivismo, una vez que hayan sido «desmitificadas» las asunciones fundamentales en tema de interpretación, debe buscarse, no tanto en los temas de la exégesis de las fuentes y de las lagunas, sino en ámbito metaético: el antipositivismo se basa, en efecto, en la tesis de que existen valores objetivos «verdaderos» (lo que permite, por otro lado, defender los dos corolarios de que el derecho es necesariamente completo y que hay siempre una sola respuesta correcta a las cuestiones jurídicas), mientras que el positivismo jurídico rechaza semejante tesis.

El ensayo núm. 2, como sugiere su título, analiza dos modelos de relevancia normativa, ambos presentes en la obra de Eugenio BULYGIN. Después de proporcionar una breve presentación de ambos modelos y una reconstrucción detallada de los varios tipos de enunciados involucrados en los juicios de relevancia formulados por los juristas, se sostiene que el segundo modelo, fundado en la idea de que hay dos diversos tipos de relevancia normativa, derivable de juicios interpretativos relativos a niveles axiológicos distintos,

conduce fatalmente a BULYGIN (al parecer, contra sus mismas intenciones) a deber aceptar alguna forma de escepticismo interpretativo.

El ensayo núm. 3 formula algunas objeciones críticas a la teoría coherentista elaborada por Juan Manuel PÉREZ BERMEJO. Más exactamente, se arguye: i) que la distinción fuerte entre reglas y principios —el fundamento del sistema teórico coherentista— es insostenible desde un punto de vista explicativo y controvertible desde el punto de vista iuspolítico; ii) que la tesis según la cual los juristas, para solucionar cualquier cuestión de derecho, acudirían al entero orden jurídico es totalmente implausible, y que el análisis de la coherentización de los sistemas jurídicos, ofrecido por el principialismo, resulta insatisfactoria, ya que no proporciona ninguna explicación de la ordenación de normas en relación con casos genéricos, generalmente realizada por los juristas.

La segunda parte del volumen se interroga acerca de las posibles relaciones entre derecho y lógica: relaciones que, dicho de manera algo tosca, han sido reconstruidas, alternativamente, como el «dominio» (o «gobierno», precisamente) del derecho sobre la lógica, o de la lógica sobre el derecho. Todos los ensayos de esta parte, analizando la segunda opción, terminan demostrando la primera, arguyendo que, en el ámbito jurídico, la «corrección» de las inferencias con normas, realizadas por los juristas, no depende —como ocurre en el ámbito apofántico— de la preservación de algún valor semántico, sino de las «prácticas interpretativas e inferenciales» difundidas entre los operadores del derecho.

El ensayo núm. 4, en su primera parte, examina algunas concepciones de las normas, sobre la base del análisis de las relaciones entre sus dimensiones semántica y pragmática y sus valores lógicos. En la segunda parte, examina la evolución de las tesis propuestas, en los últimos cuarenta años, por el iusrealismo italiano (y, más específicamente, genovés) en tema de lógica normativa, enfatizando la parcial convergencia de dichas tesis, de índole expresivista, con las tesis defendidas por el llamado «enfoque disposicional de la derrotabilidad» elaborado por Carlos ALCHOURRÓN en sus últimos trabajos.

El ensayo núm. 5 examina la tesis (de origen dworkiniano) según la cual el sistema jurídico puede ser, a la vez, clausurado y «coherentizado» por vía interpretativa, contrariamente a lo que sostiene la concepción deductiva, según la cual un sistema normativo hipotético —como es el sistema jurídico— no puede ser a la vez completo respecto de todo universo de casos y coherente. Al mismo tiempo, se examina la cuestión de la compatibilidad entre el concepto de derrotabilidad y el de sistematización lógica, tal y como son concebidos por la concepción interpretativa y la concepción deductiva del sistema jurídico: a dicha cuestión se da una respuesta positiva, anclando la noción de derrotabilidad en la fase interpretativa de la labor de los juristas.

El ensayo núm. 6 analiza las condiciones de verdad de las proposiciones normativas (*i. e.* aserciones descriptivas que versan sobre normas) y sus relaciones con la coherencia de los sistemas normativos, especialmente de aquellos que están compuestos eminentemente por normas condicionales (como los sistemas jurídicos). El escrito examina en detalle dos diversos conceptos de coherencia y sus repercusiones sobre la verdad de las proposiciones normativas. Se demuestra también que, cuando los criterios para determinar la coherencia de los sistemas normativos no están fijados de manera unívoca, las proposiciones normativas son indecidibles en relación con sus valores de verdad, *i. e.* no es posible establecer de manera unívoca si son verdaderas o no. Finalmente, se examinan las dificultades que se encuentran en conciliar los tratamientos lógicos y prácticos de los sistemas jurídicos incoherentes y se intenta dar una explicación teórica a dichas dificultades.

La tercera parte incluye ensayos que bien habrían podido aparecer también en otras secciones del libro. La unificación de ellos se debe más que nada a razones de simetría y de equilibrio numérico. Sin embargo, cabe identificar un trasfondo común, aunque algo indirecto, que subyace a los ensayos que la componen. Se trata del problema de la derrotabilidad de las normas (que reaparece, de vez en cuando, en todo el volumen) como medio de explicación de distintos fenómenos jurídicos: el diverso tratamiento lógico al que se someten las normas, la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser, la identificación y la solución de las antinomias, los desacuerdos entre juristas, etc. Todos los ensayos que componen esta parte, efectivamente, enfatizan la posibilidad de elección que tienen los juristas entre una aplicación deductiva y una aplicación no deductiva (*i. e.* derrotable) de las normas jurídicas, poniendo de manifiesto las dificultades que se encuentran al optar, de manera total, por el segundo camino. Al mismo tiempo, esta sección del libro aborda las cuestiones que surgen de entender las fuentes jurídicas como totalmente moldeables (y, por ende, las normas como generalmente derrotables) a la luz de su (presunta) corrección o incorrección moral, y de formalizar dicha propiedad mediante sistemas lógicos divergentes de los sistemas de lógica clásica.

El ensayo núm. 7 examina críticamente la teoría de los enunciados jurídicos elaborada por Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO. Las principales objeciones críticas a dicha teoría atañen a la oscura concepción de la lógica de normas que parecen presuponer en su análisis, las controvertidas nociones de «apertura» y «clausura» de los condicionales normativos, y la inconsistencia de algunas de sus asunciones básicas acerca de la dicotomía reglas/principios.

El ensayo núm. 8 trata algunos aspectos de la influyente teoría de la interpretación jurídica de Andrei MARMOR y de sus relaciones con el iuspositivismo metodológico. En particular, se intenta demostrar las dos tesis siguientes: i) que, contrariamente a lo que opina MARMOR, el positivismo jurídico meto-

dológico no tiene alguna necesidad de rechazar la tesis de la derrotabilidad ni la tesis según la cual toda disposición jurídica necesita siempre una atribución de significado por parte de los operadores jurídicos; ii) que la teoría de la interpretación de MARMOR adolece sistemáticamente de una contradicción insanable, relativa al desarrollo lógico de las normas jurídicas. En el texto, se demuestra que MARMOR, efectivamente, a veces afirma que el antecedente de una norma es siempre condición suficiente de su consecuente y, otras veces, que no constituye nunca, por sí misma, una condición semejante. La primera afirmación conlleva a que las disposiciones jurídicas no deban, tendencialmente, ser sometidas a interpretación; la segunda, en cambio, conlleva a que siempre deban ser interpretadas.

El ensayo núm. 9 examina la tesis, defendida por los partidarios de las lógicas deónticas derrotables (muy en boga en la literatura contemporánea), según las cuales los sistemas elaborados por ellos proporcionarían una explicación de los métodos mediante los cuales las incoherencias normativas son habitualmente tratadas por los juristas, una explicación que la lógica deóntica estándar no podría ofrecer a causa de algunas de sus características peculiares. Esto ocurriría porque la lógica deóntica estándar, por un lado, *a*) eliminaría la posibilidad de los conflictos normativos, validando el enunciado « $\sim(Oa \& O\sim a)$ »; y, por otro lado, *b*) no ofrecería las herramientas aptas para proporcionar una solución a los conflictos entre normas. En contra de esta doble crítica, el ensayo arguye que, por un lado, los sistemas de lógica deóntica estándar están perfectamente en condiciones de dar cuenta de los conflictos normativos, por medio de la fundamental distinción entre normas y proposiciones normativas (a menudo pasada por alto por el derrotabilismo), y, por otro lado, los tratamientos, de índole derrotabilista, de las antinomias son bastante oscuros, ya que i) en su lectura descriptiva, no aclaran en qué fase del razonamiento normativo es preciso ubicar las actividades de resolución de los conflictos normativos, y ii) en su lectura prescriptiva, son reducibles *in toto* al *approach* deductivo o se muestran incapaces de solucionar los conflictos normativos, además de contradecir algunos principios fundamentales del Estado democrático contemporáneo.

El ensayo núm. 10 analiza el debate que, en la teoría del derecho anglosajón, se ha desarrollado en torno a los desacuerdos jurídicos. En este contexto, se procede a explorar el marco conceptual dentro del cual se articula el debate y se propone un refinamiento de la noción central de «desacuerdo teórico». Dicho refinamiento conceptual es aplicado luego a los principales casos judiciales discutidos por quienes participan en el debate. A continuación, se ofrecen dos maneras alternativas de reconstruir estos casos. Finalmente, el artículo examina y rechaza la tesis de que el acuerdo sea un rasgo central o incluso necesario del derecho y sostiene que el rechazo de dicha tesis no supone ninguna amenaza para el positivismo jurídico, entendido como una empresa científica avalorativa.

La cuarta parte, finalmente, concierne a otra interpretación posible del título del volumen, donde por «gobierno» se entiende algo como «dominio» o «universo». Una tarea fundamental para los teóricos del derecho, sobre todo de la era moderna, ha consistido en hallar un método para distinguir, en el seno del universo de las normas, lo jurídico de lo no jurídico. Esta sección del libro aborda los problemas conceptuales vinculados a dichos intentos de demarcación del ámbito de lo jurídico.

El ensayo núm. 11 explora algunas posibles aplicaciones de las principales nociones elementales de teoría de conjuntos (como «inclusión», «intersección», «unión», etc.) a dos problemas clásicos de la filosofía jurídica, entre ellos correlacionados: la identificación del derecho y las relaciones entre derecho y moral. Dicha exploración inicial, y fatalmente aproximativa, conduce a resultados no del todo carentes de interés: en primer lugar, «derecho», contrariamente a una opinión muy difundida, denota no ya un conjunto unitario de normas, sino una familia de conjuntos, cuyas relaciones merecen un análisis detallado, las bases del cual son proporcionadas en el texto; en segundo lugar, las tesis que versan sobre las relaciones entre derecho y moral pueden ser examinadas desde un punto de vista extensional y un punto de vista intensional: ambos puntos de vista, aunque de manera distinta, consienten llegar a la conclusión de que sólo una definición (positivista) de «derecho» fundada exclusivamente en datos empíricos permite discutir sensatamente acerca de tales relaciones.

El ensayo núm. 12 versa sobre la célebre paradoja identificada por CAFFERA y MARIÑO en relación con las definiciones de «norma jurídica» y «sistema jurídico» ofrecidas por ALCHOURRÓN y BULYGIN (1975). En particular, examina críticamente y rechaza las propuestas de solución del puzle elaboradas, respectivamente, por los mismos CAFFERA y MARIÑO y, más recientemente, por Jordi FERRER y Jorge RODRÍGUEZ: la primera por ser inviable; la segunda por ser innecesariamente complicada. Finalmente, se propone una nueva solución del puzle, basada en la tesis interpretativa según la cual ALCHOURRÓN y BULYGIN, en *Normative Systems*, no definen los sistemas jurídicos solamente sobre la base de su coercitividad, sino también de la vigencia de sus criterios de identificación.

El ensayo núm. 13 —como sugiere su título— examina, siguiendo y desarrollando algunas propuestas teóricas de Ricardo CARACCILO, los conceptos de «regla de reconocimiento» y de «derrotabilidad de las normas jurídicas». Combinando los resultados de los análisis de dichos conceptos, el estudio aborda también la cuestión de la derrotabilidad de la regla de reconocimiento y de sus posibles efectos sobre las normas identificadas mediante los criterios por ella proporcionados.

El ensayo núm. 14 examina algunas cuestiones conceptuales vinculadas a la incompletitud del derecho (entendida en sentido amplio como la ausencia

de «autosuficiencia» de los ordenamientos jurídicos) que las autoridades normativas deben afrontar inevitablemente, en el intento de construir un sistema jurídico. El propósito del estudio consiste en reunir, bajo una nueva luz, temas ya presentes en la literatura —como aquellos de la clausura de los sistemas normativos, de su indeterminación lógica, de la vaguedad, de la revisión de la norma sobre la revisión constitucional, y de la derrotabilidad de las normas— a los efectos de elaborar un panorama aún más exhaustivo de los muchos aspectos del fenómeno de la incompletitud jurídica. La conclusión alcanzada por el ensayo es doble: *a)* no hay concepción —tanto «extensional» como «no-extensional»— que logre demostrar que el derecho es correctamente concebible como un conjunto autosuficiente de estándares normativos; *b)* no parece haber técnicas de *drafting* normativo que consientan a las autoridades normativas edificar, *ab origine*, un sistema jurídico conceptualmente autónomo y autosuficiente.

* * *

No quisiera terminar esta introducción sin agradecer a los muchos amigos que me han ayudado, de varios modos, en la confección de este volumen.

Mauro BARBERIS, Hernán BOUVIER, Eugenio BULYGIN, Bruno CELANO, Paolo COMANUCCI, Diego DEI VECCHI, Andrea DOLCETTI, Giulio ITZCOVICH, Andrej KRISTAN, Isabel LIFANTE, José Juan MORESO, Nicola MUFFATO, Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, Giorgio PINO, Francesca POGGI, Susanna POZZOLO, Diego PAPAYANNIS, Juan Manuel PÉREZ BERMEJO, Lorena RAMÍREZ, Juan RUIZ MARNERO y Cristina REDONDO leyeron y comentaron uno o más de los ensayos aquí recopilados, formulando a la vez valiosas sugerencias estilísticas y agudas observaciones críticas.

Este libro, sin embargo, ni siquiera existiría sin la inestimable ayuda de Pierluigi CHIASSONI, Jordi FERRER BELTRÁN, Riccardo GUASTINI y Jorge RODRÍGUEZ, quienes leyeron y comentaron detalladamente una primera versión del entero volumen: sus observaciones me han consentido mejorarlo mucho y evitar diversas confusiones, oscuridades y aporías.

Last but not least, un profundo agradecimiento se lo debo a Pau LUQUE SÁNCHEZ y Diego MORENO CRUZ, quienes asumieron la ingrata tarea de traducir algunos de los ensayos aquí recopilados¹, de revisar el castellano de los otros, y editar el entero libro.

Por supuesto, todos los errores, las omisiones y las infelicidades que quedan, fatalmente, son de mi estricta responsabilidad.

¹ Más exactamente, Pau LUQUE SÁNCHEZ ha traducido los capítulos 5, 10 y 14, y la sección 3 del capítulo 11; Diego MORENO CRUZ ha traducido los capítulos 4 y 9, además de la premisa y de las secciones 1-2 del capítulo 11.

CAPÍTULO I

SOBRE «LAS LAGUNAS EN EL DERECHO»

1. EL DILEMA DE ATRIA

El debate iusteórico acerca de la completitud del derecho ha sido recientemente reanimado por las agudas críticas avanzadas por Fernando ATRIA, en su libro *On Law and Legal Reasoning*¹, a la concepción de las lagunas (y de la discrecionalidad judicial) elaborada por ALCHOURRÓN y BULYGIN (1975), concepción que puede ser considerada dominante en la teoría jurídica de los países de derecho codificado.

En el volumen *Lagunas en el derecho*², que empieza con la versión castellana de las críticas de ATRIA, se recogen las posiciones teóricas de algunos de los más destacados filósofos del derecho hispano-hablantes acerca del fenómeno de la incompletitud del derecho y de los deberes de los órganos judiciales frente a tal fenómeno: posiciones teóricas que, bajo el rotulo de las «lagunas en el derecho», esconden la adhesión de sus partidarios a los campos adversos del iuspositivismo y del antipositivismo jurídico³.

Los temas tratados en este libro son demasiado extensos y complejos para ser enfrentados en su totalidad. Lo que me propongo hacer en este capítulo es mucho más modesto: examinar las posibles respuestas al argumento de ATRIA según el cual la explicación positivista de los fenómenos ahora mencionados conduciría el positivismo a su propia refutación, esto es hacia los opuestos

¹ ATRIA, 2001.

² ATRIA *et al.*, 2005. El ensayo con el que empieza el libro, ATRIA, 2005a, es la versión castellana de ATRIA, 2001: 76-86.

³ BULYGIN, 2005a: 14; MORESO, 2005.

vicios capitales, que el positivismo normativista rehuye, del formalismo y del escepticismo.

ATRIA plantea su cuestión bajo la forma de un dilema⁴:

Las lagunas producen un dilema para la tesis de las fuentes: o ellas no existen, y entonces todos los casos son regulados por reglas basadas en fuentes, o ellas existen en sorprendente cantidad: no sólo el robo de electricidad, sino también cortar el pasto, vestir ropas oscuras, dormir de noche, dormir de día, y un enorme número de otras acciones que no están explícitamente prohibidas ni explícitamente permitidas constituirían, si fueran llevadas ante una corte, «casos no regulados», con la implicación de que la corte tendría discreción para solucionarlos del modo más apropiado. Así, cuando se mira el problema desde el punto de vista del razonamiento jurídico, la tesis de las fuentes implica formalismo o escepticismo.

El dilema se plantearía porque de acuerdo con la llamada «tesis de las fuentes sociales», según la cual la existencia y el contenido del derecho dependen únicamente de ciertos hechos sociales (actos normativos, precedentes, costumbres, etc.)⁵, no habría diferencia entre los casos de lagunas normativas (esto es, casos caracterizados por propiedades relevantes pero no solucionados, por un error de técnica legislativa, por la autoridad normativa) y los casos no regulados por el derecho (esto es, casos caracterizados por propiedades no relevantes y, por tanto, no solucionados): en efecto, ambos casos no estarían correlacionados ni con una prohibición ni con una autorización expresa, sino que serían casos de permisión negativa (*i. e.* de ausencia de regulación).

Esta imposibilidad de distinguir entre casos de lagunas y casos no regulados tendría unos efectos perjudiciales para la aplicación judicial del derecho. Como es sabido, ALCHOURRÓN y BULYGIN mantienen que, en los sistemas jurídicos en los que no está vigente una regla de clausura similar al principio de prohibición, los jueces tienen, en los casos de laguna, un deber genérico de decidir la causa, pero ningún deber específico acerca de cómo decidirla (esto es, el juez puede fallar, indiferentemente, a favor del demandante o del demandado)⁶. Una de las implicaciones más destacables de la tesis de las fuentes sociales (y asunción básica del positivismo) es la siguiente: cuando los hechos (sociales) no subsisten, tampoco subsiste el derecho⁷, es decir cuando falta una fuente que disciplina un cierto supuesto de hecho, tal supuesto no puede ser solucionado de conformidad con el derecho. Lo que parece igualar, por lo menos en el ámbito judicial, las dos situaciones mencionadas de la laguna normativa y del caso irrelevante. Según los defensores de la tesis de las fuentes sociales, un juez que se enfrente con un caso no regulado (no importa si en el

⁴ ATRIA, 2005: 27.

⁵ Sobre la tesis de las fuentes sociales, cfr. BULYGIN, 2006: 109 ss.

⁶ ALCHOURRÓN-BULYGIN, 1975: 125-126.

⁷ RAZ, 1979: 39-40; COLEMAN, 1982; 2005.

primero o en el segundo sentido) no puede no usar su discrecionalidad para dirimir la controversia.

Una conclusión de tal tenor puede ser evitada sólo manteniendo que todo lo que no está regulado por el derecho es, por esta razón, jurídicamente irrelevante⁸: esto es, que el derecho es necesariamente completo y que toda pretensión no basada en normas expresas cae en un espacio jurídico vacío⁹. De ahí que el positivismo jurídico se encontraría en equilibrio inestable entre el escepticismo (el derecho está lleno de lagunas y por ello impone al juez ejercitar, en la mayoría de los casos, su discrecionalidad) y el formalismo (el derecho carece de lagunas y por ello el juez nunca tiene discrecionalidad).

La más reciente versión de la concepción de las lagunas, originada en ALCHOURRÓN-BULYGIN (1975), se encuentra en algunos trabajos de Eugenio BULYGIN¹⁰, elaborados para refutar las críticas de ATRIA. En estas contribuciones, la noción de relevancia normativa (necesaria para distinguir lo que es jurídicamente relevante de lo que no lo es) es reconfigurada —siguiendo una sugerencia de Jorge RODRÍGUEZ (1999)— para explicar la circunstancia de que una propiedad puede ser considerada relevante pese a que no sea expresamente mencionada por las normas que proporcionan, a primera vista, la solución de una determinada cuestión normativa. A este propósito, BULYGIN distingue una relevancia-A, derivable de la mención de una cierta propiedad en las normas de un cierto sistema normativo, y una relevancia-B, que se puede derivar, mediante diferentes recursos interpretativos, del sistema axiológico subyacente al derecho¹¹. Tal modificación ha sido elaborada para atenuar algunas consecuencias insatisfactorias en la explicación de la aplicación de normas generales a casos concretos¹². Sin embargo, ella tiene importantes consecuencias para el tema de las lagunas jurídicas. Contra las mismas intenciones de sus teorizadores, la posibilidad de hacer referencia a una relevancia *lato sensu* (la relevancia-B de BULYGIN) —a menudo derivable del derecho sólo implícitamente y por medio de operaciones eminentemente valorativas¹³— tendría el efecto de agravar el dilema.

Según ATRIA, un juez que fuese partidario de la concepción positivista se enfrentaría con la alternativa de aplicar una regla a un supuesto de hecho identificado (sólo) mediante propiedades A-relevantes, o, alternativamente, de hacer referencia a la relevancia-B y poder considerar jurídicamente relevante cualquier propiedad, con la consiguiente posibilidad de considerar las normas

⁸ BETTI, 1949: 201-202.

⁹ Es ésta, quizás, una interpretación coherente de las tesis de RAZ acerca de la necesaria clausura «analítica» de los sistemas jurídicos. Cfr. RAZ, 1979: 77 ss.

¹⁰ BULYGIN, 2005b; 2005c.

¹¹ RODRÍGUEZ, 1999: 355 ss.; 2002: 75 ss.; BULYGIN, 2005c: 80-82.

¹² REDONDO, 2006.

¹³ ATRIA, 2005c: 179.

como estándares intrínsecamente derrotables y crear espacios de discrecionalidad con relación a cualquier caso concreto ¹⁴. El juez positivista se enfrentaría, entonces, con el siguiente dilema: ¿decidir la controversia de manera «mecánica», haciendo referencia únicamente a las propiedades derivadas de las normas jurídicas mediante una aproximación meramente literal (formalismo)? ¿O, al contrario, preguntarse acerca de la posible relevancia de otras propiedades, no exhaustivamente definibles, abriendo la norma a una infinidad de posibles excepciones, con el consiguiente surgimiento de un número indefinido de casos no regulados por el derecho, con relación a los cuales ejercer una discrecionalidad plena (escepticismo)?

Las posibles respuestas al dilema parecen depender, de entrada, de la concepción de las lagunas y, más en general, (de las fuentes) de los sistemas normativos defendidos por cada autor. Reconstruir tales concepciones y su consiguiente respuesta al problema examinado será nuestra próxima tarea.

2. EL DILEMA TOMADO EN SERIO

El intento (como veremos, no completamente exitoso) de BULYGIN de salir del dilema se articula en los dos puntos siguientes ¹⁵.

1) La noción de laguna normativa elaborada en ALCHOURRÓN-BULYGIN (1975) es diferente de la noción de «caso no regulado» usada por ATRIA. En ALCHOURRÓN-BULYGIN (1975) se define claramente la laguna normativa como la ausencia de solución para un caso identificado a partir de ciertas propiedades jurídicamente relevantes. En *Normative Systems*, se puede hablar de lagunas normativas sólo en relación con un sistema normativo, un universo de casos y un universo de soluciones determinados, así que la afirmación de ATRIA según la cual la tesis de las fuentes sociales implica el surgir de una infinidad de lagunas carecería completamente de fundamento ¹⁶. Los casos a los cuales se refiere ATRIA (elegir el lugar de vacaciones, cortar el pasto, vestir ropa negra, dormir de día, etc.) constituyen situaciones que, por un lado, se parecen a las lagunas normativas, ya que no son calificadas deónticamente por el derecho, pero, por otro lado, se distinguen de ellas, ya que las propiedades que las caracterizan son (todas) jurídicamente irrelevantes. El hecho de que ellas no estén calificadas deónticamente permite además distinguirlas de las lagunas axiológicas, ya que éstas surgen sólo en presencia de un caso correlacionado con una solución considerada insatisfactoria por el hecho de haber

¹⁴ RODRÍGUEZ, 2005: 152-153.

¹⁵ Un tercer punto concierne a la función propia de los órganos judiciales. Este punto, por razones de economía de exposición, no será tratado aquí, si no incidentalmente. Para un análisis crítico detallado y una parcial refutación de los argumentos ofrecidos por ATRIA y BULYGIN, cfr. CHIASSONI, 2007a.

¹⁶ NAVARRO, 2005: 97 ss.

sido dictada sin considerar una cierta propiedad que tendría que haber sido considerada desde algún punto de vista valorativo¹⁷.

Por estas razones, es preciso distinguir entre dos diferentes situaciones de «falta de regulación jurídica»¹⁸: *a*) las lagunas normativas, esto es los casos que el derecho no regula, pero pretende regular; *b*) los casos jurídicamente irrelevantes, a saber los casos que el derecho no regula ni pretende regular. Dentro de esta segunda categoría es preciso realizar otra distinción (relativa a la posibilidad de que tales casos sean tomados en seria consideración por un órgano judicial) entre: *b1*) casos jurídicamente irrelevantes, que plantean cuestiones judicialmente «serias»; *b2*) casos jurídicamente irrelevantes, que plantean cuestiones judicialmente «poco serias» o «extravagantes».

Aunque la frontera entre casos serios y extravagantes es bastante tenue, BULYGIN opina que es posible trazar una distinción tajante entre los casos que el derecho pretende regular y aquellos que son completamente irrelevantes. A pesar de esto, los casos *a*) y *b1*) —como admite BULYGIN mismo— producen efectos muy similares en la aplicación judicial. Cuando el juez se enfrenta con un caso al parecer jurídicamente irrelevante, tiene por lo menos dos posibilidades¹⁹: considerar el caso poco serio y rechazar la demanda; considerar el caso como serio y decidirlo, exactamente como con las lagunas normativas, de manera discrecional, a favor del demandante o del demandado.

El modelo propuesto por ALCHOURRÓN-BULYGIN (1975), así enmendado e integrado por BULYGIN, parece entonces abarcar un espacio jurídico lleno (en el cual pueden aparecer unos espacios vacíos, *i. e.* lagunas normativas) y un espacio jurídico vacío (compuesto por conductas jurídicamente irrelevantes). La frontera sutil entre estos dos espacios, en teoría, es clara, ya que la identificación de las propiedades jurídicamente relevantes consiste, para BULYGIN, en una mera constatación empírica²⁰. Sin embargo, en el caso de las decisiones

¹⁷ RODRÍGUEZ, 2005: 148.

¹⁸ *Ibid.*: 149-150.

¹⁹ BULYGIN, 2005c: 83: «Las conductas no reguladas, es decir, no prohibidas ni permitidas positivamente por una norma, pueden dar lugar a problemas similares a los que plantean las lagunas normativas. Esto ocurre cuando surge un conflicto respecto de la obligatoriedad de una conducta no regulada, que una parte afirma y la otra niega [...] Si el conflicto es llevado ante un juez, se abren dos posibilidades: si el problema le parece poco serio, el juez rechazará la demanda *in limine*, es decir, sin sustanciar el pleito y sin resolver el conflicto. Pero si el juez considera que el conflicto es suficientemente serio y merece una solución, entonces dará traslado de la demanda a la otra parte, seguirá todos los pasos procesales pertinentes y finalmente dictará una sentencia que resuelva el conflicto. Lo podrá hacer de dos maneras: haciendo lugar a la demanda o rechazándola. Y como por hipótesis no hay ninguna norma que se refiera a la conducta del demandado, el juez no está obligado a acoger la demanda, ni tampoco a rechazarla. Puede resolver el caso discrecionalmente, siguiendo sus propias valoraciones o las valoraciones que él atribuye a la sociedad o que cree correctas. Como en el caso de una laguna normativa, el juez tiene discreción».

²⁰ NAVARRO, 2005: 99: «¿Por qué la buena fe del adquirente y del enajenante o el título oneroso son relevantes para la restitución de los bienes inmuebles en Argentina y, por el contrario, mover el dedo meñique no es relevante? [...] la respuesta no requiere ningún juicio de valor. Las normas del Código Civil correlacionan la presencia o ausencia de buena fe o título oneroso con un diferente *status*

judiciales, la determinación de tal frontera es dejada a la discreción de los jueces, los cuales deben decidir qué demandas, aunque no fundadas en normas del sistema jurídico en el cual esos jueces operan, tienen que ser calificadas, no obstante, como dignas de consideración.

Sin embargo, esta última circunstancia no conduce, según BULYGIN, hacia el escepticismo. El hecho de que, a veces, pueda surgir la exigencia (completamente contingente) de aplicar, por analogía, la disciplina de los casos regulados a casos que el derecho no regula ni pretende regular no obliga a mantener que siempre exista tal exigencia. Los casos en los que el juez debería crear derecho (lagunas y casos irrelevantes pero «serios») constituirían, después de todo, casos marginales²¹: lo que corroboraría la imagen, que el positivismo normativista da de sí mismo, de una concepción del derecho intermedia entre formalismo y escepticismo.

2) El argumento de ATRIA según el cual haría falta añadir una propiedad irrelevante a un caso caracterizado por propiedades relevantes para producir un caso no regulado y para crear espacios de discrecionalidad judicial (*ad libitum*) está fundado en un error²². El error sería interpretar los casos más finos de un cierto caso genérico, regulado por el derecho, como casos no regulados (y no como casos que pueden ser resueltos, mediante el refuerzo del antecedente, con la aplicación de las normas que disciplinan el caso menos fino). Si esto es así, añadir una propiedad irrelevante a un caso solucionado por el derecho no produce ninguna consecuencia en lo que concierne a la solución de dicho caso y no abre de ninguna manera la vía a la discrecionalidad judicial. Desde una perspectiva apenas diferente, se podría decir que el error consistiría en identificar la ausencia de regulación del caso más fino con las lagunas axiológicas à la ALCHOURRÓN y BULYGIN. Dicha identificación es del todo injustificada, ya que las lagunas axiológicas presuponen la presencia de una solución normativa (si bien considerada inadecuada), mientras que los casos no regulados por el derecho carecen, por definición, de toda solución²³.

normativo de la acción de restituir el bien inmueble. Por el contrario, ninguna norma (del Código Civil, o de la jurisprudencia u otras fuentes del sistema argentino) correlaciona la presencia o ausencia de la propiedad mover el dedo meñique con una diferente solución al problema de la restitución de ese tipo de bienes».

²¹ Cfr. BULYGIN, 2006: 115: «No hay que perder de vista que estas situaciones [de indeterminación jurídica] son excepcionales. De modo que no me parece demasiado escandaloso sostener que en algunos casos excepcionales los jueces se apartan de lo dispuesto por las normas jurídicas».

²² BULYGIN, 2005c: 84.

²³ Aunque la identificación de los casos no regulados con las lagunas axiológicas, tal como son concebidas en *Normative Systems*, sea, por las razones ahora esgrimidas, completamente equivocada, ella permite advertir un importante aspecto, que BULYGIN omite considerar. Un caso que el derecho no regula ni pretende regular es un caso caracterizado *sólo* por propiedades *descriptivamente* irrelevantes. Un caso de laguna axiológica, al contrario, es un caso caracterizado por algunas propiedades *descriptivamente* relevantes y otras propiedades *prescriptivamente* relevantes (pero *descriptivamente* irrelevantes). Ahora bien, nada impide concebir como un defecto axiológico del sistema un caso acerca del cual el derecho no tiene pretensión alguna de regulación, pero que es considerado por algún intérprete

Ahora bien, la solución que BULYGIN da al dilema se funda en las herramientas conceptuales que ahora hemos esbozado. Lo que permite distinguir de manera clara entre lo que es jurídicamente relevante y lo que es jurídicamente irrelevante es, banalmente, la tesis de relevancia de un sistema jurídico, derivable de sus normas, y nada más. La tesis de relevancia nos permite decir cuáles son los casos que el derecho pretende regular, e identificar los casos acerca de los cuales esta pretensión se ha cumplido y aquellos acerca de los cuales esto no ocurrió (*i. e.* lagunas normativas).

Esta reconstrucción ha sido acusada de «formalismo» por ATRIA, en la medida en que supondría una opción «intencionalista» completamente injustificada respecto de la determinación de la relevancia de las propiedades que constituyen un caso (serían tales sólo las propiedades concebidas así por el legislador). Para rebatir a las acusaciones de ATRIA, BULYGIN —ya lo hemos visto— introduce el concepto de relevancia-B. Con la introducción de este segundo tipo de relevancia BULYGIN parece haber socavado la solidez teórica de la concepción de *Normative Systems*. El concepto de relevancia-B, en efecto, no es muy preciso y puede ser reconstruido de maneras muy diferentes, con un consiguiente desvanecimiento del límite entre casos relevantes e irrelevantes.

BULYGIN parece concebir la relevancia-B como la relevancia que cabe extraer de la supuesta *ratio* de una norma, con todos los problemas, bien conocidos, involucrados en el concepto de *ratio*²⁴. Pero la relevancia-B puede ser también entendida como una relevancia obtenible de una interpretación

como un caso caracterizado por propiedades prescriptivamente relevantes. Si las lagunas axiológicas surgen en presencia de una solución normativa inadecuada, estas situaciones surgen cuando falta cualquiera solución para un caso. Pero, exactamente como las lagunas axiológicas, estas situaciones están caracterizadas por algunas propiedades (prescriptivamente) relevantes que el legislador habría debido considerar, pero que no ha tenido en cuenta. Cuando se mantiene que un caso, si bien no está regulado, es jurídicamente (o, mejor dicho, judicialmente) serio, lo que se afirma es que carece de una solución de la cual debería ser provisto. Quizás el *nomen* de «laguna axiológica» sería más indicado para designar esta situación, que para designar la situación descrita por ALCHOURRÓN y BULYGIN. Siguiendo a CHIASSONI (2001: 51 ss.), podemos llamar «laguna axiológica sustitutiva» a la situación a la que se refieren ALCHOURRÓN y BULYGIN, y utilizar «laguna axiológica aditiva» para referirnos a aquellos casos respecto de los cuales falta una norma que debería disciplinar la situación no regulada.

²⁴ «*Ratio legis*» es, según TARELLO, 1974: 344-345, «*espressione palesemente e macroscopicamente ideologica; nella sua formulazione tipica si riferisce non ad una nozione empirica ma a una nozione metafisica; come dottrina è storicamente servita ad una operazione ideologico-politica ben determinata, cioè l'operazione di distinguere tra l'enunciato precettivo ed i soggetti politici che ne ispirano la formulazione, rendendo il primo autonomo dai secondi in modo che: a) l'obbedienza comune intesa al primo potesse coesistere con la violazione ed il sabotaggio delle intenzioni reali dei secondi; ma per converso b) l'obbedienza al primo potesse venire scissa, dal punto di vista dell'assunzione di responsabilità politica, dall'obbedienza ai secondi. Si tratta di una dottrina tendente a rendere l'attività del ceto giuridico tecnicamente autonoma dal sistema politico in cui tale attività si svolge; e, se originariamente connessa alla dottrina della separazione dei poteri e a certi elementi dell'ideologia liberale, tale dottrina può essere usata, come storicamente è stata usata, per altre operazioni a livello ideologico contrastanti con quella accennata e contrastanti tra loro. Comunque è dottrina largamente accolta dal ceto giuridico (et pour cause); ed ha avuto fra l'altro l'effetto di squalificare l'esigenza di supplementi di informazioni, persino sotto la forma di ricorso ai Lavori preparatori e alle Relazioni». Cfr. también GUASTINI, 2004: 151, n. 49, y VELLUZZI, 2002: 132.*

suplementaria de enunciados jurídicos, que se ha hecho necesaria en razón de los resultados (moralmente) insatisfactorios de una primera interpretación. Es más, la relevancia-B puede ser concebida como una relevancia referida al nivel de los principios (relegando la relevancia-A al nivel de las reglas)²⁵. Es evidente que la interferencia entre relevancia A y B, con independencia del modo en que se las conciba, puede originar tesis de relevancia discrepantes y diferencias de soluciones con relación al nivel de relevancia al cual se hace referencia²⁶. Es decir, casos jurídicamente irrelevantes en sentido A pueden ser considerados relevantes en sentido B y viceversa, así que no es nada sencillo distinguir lo que es jurídicamente relevante de lo que no lo es (el espacio jurídico lleno del espacio vacío).

Aquí los argumentos de ATRIA readquieren toda su fuerza. En efecto, la solución de BULYGIN al dilema conduciría a otros (quizás más relevantes) problemas teóricos.

Según ATRIA, la cuestión no está bien planteada en estos términos (*i. e.*: en los términos de BULYGIN), ya que sólo en sentido figurado se puede decir que el derecho tiene «pretensiones» de regulación. ATRIA opina que el único modo razonable de entender la expresión «casos que el derecho pretende regular» es el siguiente: el derecho debería regular lo que su «mejor interpretación» requiere que él regule. Solamente un criterio normativo permite distinguir de manera tajante entre lo que es relevante y lo que no lo es. ATRIA es rotundo a este propósito: «[...] sólo argumentos normativos (morales), que deben su valor no a estar basados en fuentes, sino a que son correctos, permiten hacer esta distinción. Los casos que el derecho pretende solucionar son los casos que, en la mejor interpretación, el derecho *debe* pretender solucionar»²⁷.

Ésta es la solución del dilema proporcionada por ATRIA: una rendición sin condiciones del positivismo metodológico. Sin embargo, antes de pedir la rendición del positivismo, parece útil analizar más detenidamente los argumentos sobre los cuales ATRIA funda tal petición de rendición: lo que permitirá darse cuenta de cómo ellos están socavados por una contradicción insanable.

ATRIA mantiene que el derecho puede presentar lagunas normativas, pero que hay siempre la posibilidad de encontrar una respuesta correcta (por lo menos al nivel judicial) para cada caso. En las situaciones para las que falta una regulación jurídica, el juez puede decidir un caso rechazando la demanda. Esta tesis se funda en la asunción —muy discutible— de que hay una asimetría entre la decisión que acoge una demanda y la que la rechaza²⁸. Si la

²⁵ Es más, como ha observado agudamente REDONDO, 2006, en algunas situaciones, con la expresión «relevancia B», se hace referencia a casos que el derecho no regula, pero que pretende regular, y en otras, se hace referencia a casos regulados sólo implícitamente por el derecho.

²⁶ Cfr. *infra*, cap. 2.

²⁷ ATRIA, 2005b: 67.

²⁸ *Ibid.*: 64-65.

pretensión del demandante no se funda en alguna norma del sistema jurídico, el juez debe rechazar la demanda, no en el fondo, sino «por razones institucionales». Negar tal asimetría conduciría al escepticismo, ya que el juez podría crear sus espacios de discrecionalidad, calificando de «no regulado» cualquier caso, en razón de alguna propiedad no *stricto sensu* relevante. La defensa de la tesis de la asimetría protegería, entonces, a ATRIA de posibles acusaciones de escepticismo.

ATRIA piensa poder también evitar el «infamante» rótulo de «formalista», arguyendo a favor de la naturaleza «valorativa» de la aplicación jurídica²⁹. Las normas —admite ATRIA— «reaccionan» al verificarse los hechos operativos descritos de manera (más o menos) precisa en su antecedente, pero su aplicación debe ser «modulada» según las razones de corrección moral que constituyen su mejor justificación posible, y juzgada en razón de los efectos que produce. El célebre caso del agente de negocios de FULLER es, en este sentido, paradigmático. El juez considera válida la norma que le impone castigar a quien duerma en la estación, pero adecua la aplicación de esta norma (inaplicándola) con relación al caso «anómalo» del agente de negocios, que se ha dormido, a las tres de la madrugada, al final de una jornada de duro trabajo, en espera de un tren atrasado. Aunque no sea sencillo decir lo que pretende mantener ATRIA al sostener que se puede adecuar la aplicación de una norma mediante su inaplicación, él es rotundo en afirmar que quien defina esta operación como «“creación del derecho” oscurece una diferencia que creo que es importante mantener: la diferencia [...] entre el juez que adecua la aplicación al caso particular de una norma cuya validez no discute (el caso insignia de DWORKIN, *Riggs v. Palmer*, es un buen ejemplo de esto) y el juez que cree que su deber moral es violar el derecho porque éste es demasiado injusto»³⁰.

Esta tesis tampoco es persuasiva³¹. Antes de nada, no está claro qué significa decir que un juez cree tener el deber moral de violar el derecho. ¿Todo el derecho? ¿En todo caso? ¿O sólo algunas normas, en algunos casos que presentan resultados (considerados) insoportablemente injustos? Podemos sin duda imaginar un juez que se opone a un régimen de segregación racial, saboteando su legislación racista, pero que aplica sin problemas una norma que disciplina el contrato de alquiler entre dos personas, prescindiendo de su pertenencia étnica o cultural, fallando a favor del demandante que pide la entrega de los alquileres no pagados.

²⁹ ATRIA, 2001: 166 ss.

³⁰ ATRIA, 2005b: 48. Cfr. también ATRIA, 2001: 114-115.

³¹ Podría ofrecerse una explicación más satisfactoria utilizando la distinción entre disposición y norma. A la luz de esta distinción, se pueden distinguir dos diferentes situaciones. 1) Un juez opina que una cierta disposición DN₁ sea inválida, porque todas sus posibles interpretaciones producen resultados demasiados injustos: entonces él la expulsa del ordenamiento. 2) Una particular interpretación de DN₁ produce resultados (considerados) moralmente inicuos. El juez reinterpreta DN₁ para que exprese una norma moralmente más adecuada. Cfr. GUASTINI, 1992a.