

LA DERROTABILIDAD Y LOS LÍMITES DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Manuel Atienza

Juan Ruiz Manero

Catedráticos de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

Sumario: 1. Introducción. 2. Ilícitos atípicos y lícitos atípicos. A) Fraude de Ley. B) Desviación de poder. 3. La resistencia de las reglas. 4. A modo de conclusión

1. INTRODUCCIÓN

1. Uno de los rasgos que caracterizan más decisivamente a las diversas teorías del Derecho —o quizás mejor, a la concepción general del Derecho que subyace a cada una de ellas— es, a nuestro juicio, la manera como cada una de estas teorías presenta la relación entre las exigencias que se derivan de las normas jurídicas, vistas como directivas de conducta, y las que se derivan de los valores y propósitos a los que esas directivas de conducta sirven.

En este sentido, el positivismo que es común llamar fuerte o excluyente, y del que teorías del Derecho como la de Alchourrón-Bulygin y la de Raz constituyen muestras particularmente claras, constituye uno de los modelos posibles¹. Las teorías de Alchourrón-Bulygin y de Raz, en efecto, tienen en común el ver la dimensión regulativa del Derecho exclusivamente en términos de directivas de conducta. En Alchourrón-Bulygin², cuya aproximación a las normas podemos calificar de estructural, el Derecho aparece como un conjunto de reglas que correlacionan, cada una de ellas, un cierto

caso genérico o conjunto de propiedades con alguna solución normativa (con la obligación, prohibición o permisión de una cierta acción). De tal modo que, enfrentado a un caso individual, la tarea del jurista se limita a comprobar si tal caso individual presenta o no un conjunto de propiedades que resulte subsumible en el conjunto de propiedades que constituyen el caso genérico configurado en una de esas reglas. Si el caso individual resulta subsumible en una de tales reglas, el caso individual tiene una solución jurídica predeterminada, que es la prevista en la regla en la que resulta subsumible, esto es, en la regla que contempla el caso genérico correspondiente. Si no es así, porque no haya regla en la que subsumirlo (supuestos de laguna o irrelevancia normativas) o porque pueda subsumirse en más de una regla con soluciones incompatibles (supuestos de antinomia) o porque resulte dudoso si las propiedades que presenta el caso individual resultan o no subsumibles en las propiedades genéricas contempladas en la regla (supuestos de lagunas de reconocimiento), el caso ha de ser resuelto discrecionalmente por el órgano aplicador.

De forma que, para Alchourrón-Bulygin, caben dos y sólo dos posibilidades en relación con un caso individual. La primera es que el caso reciba una solución por subsunción en alguna de las reglas explícitas que forman la base del sistema, o en alguna otra que se infiera deductivamente de las mismas. Si esto es lo que ocurre, el caso está, sin más, jurídicamente solucionado. La segunda posibilidad es que tal subsumibilidad no se dé, o sea dudoso que se dé, o se dé respecto de reglas antinómicas. En tal caso el Derecho no tiene nada que decir: el juez sólo podrá cumplir su deber de solucionarlo haciéndolo desde la absoluta discrecionalidad —o, como dicen ellos, partiendo exclusivamente de “sus criterios personales de preferencia”—. Pues el Derecho no contiene nada más allá de las reglas jurídicas explícitas y sus consecuencias lógicas. O subsunción en una regla predispuesta o discreción en el sentido más fuerte: en tal disyunción se agota, para Alchourrón y Bulygin, el ámbito de la justificación de decisiones jurídicas.

Importa subrayar que, de acuerdo con Alchourrón-Bulygin, no hay espacio para la derrotabilidad de las reglas, pues no hay circunstancias en las que las mismas puedan resultar derrotadas. La afirmación de que un caso individual presenta, junto con las propiedades mencionadas en la regla en la que resulta subsumible, otras propiedades que exigen un tratamiento diferente es, para ellos, una afirmación que no tiene otro sentido que el de expresar un desacuerdo valorativo con lo que el Derecho exige, pues lo que el Derecho exige es, sin más, lo que la regla ordena. De esta forma, un caso como el famosísimo *Riggs vs Palmer* debería, de acuerdo con Alchourrón-Bulygin, leerse de la siguiente manera: lo que el Derecho exige en tal caso es lo mismo que exige la regla en la que el caso resulta subsumible, a saber, que sea entregada la herencia al nieto que la reclama; apelar a la circunstancia de que el nieto ha matado al abuelo como razón para no entregarle la posesión de la herencia de éste no es más que una manifestación de disconformidad con lo jurídicamente debido.

La posición de Raz es, desde luego, distinta de la de Alchourrón-Bulygin en varios aspectos importantes. En primer lugar, si estos últimos ven las normas jurídicas, desde un enfoque estructural, como reglas que correlacionan casos y soluciones, Raz las contempla desde un enfoque en términos de razones para actuar, desde el que aparecen todas ellas como razones protegidas o ejecutivas. Tales razones protegidas o ejecutivas son, desde luego, el fruto de la deliberación de las autoridades jurídicas acerca de las razones en pro o en contra de un determinado curso de acción, dadas ciertas circunstancias. Pero, una vez emitidas por las autoridades, las normas jurídicas —y por ello precisamente deben ser entendidas como razones protegidas o ejecutivas— pueden ser entendidas y seguidas sin necesidad de reabrir el proceso deliberativo. Y ésta es, a juicio de Raz, la principal ventaja que justifica disponer de autoridades y de normas emitidas por ellas. Y es en razón de la preservación de esta ventaja por lo que, a juicio de Raz, “la identificación de una norma como norma jurídica consiste en atribuirla a una persona o institución relevante (esto es, a una fuente), como expresión de su decisión y expresión de su juicio” y “tales atribuciones pueden basarse únicamente en consideraciones de hecho”, pues la argumentación valorativa “puede establecer qué es lo que las instituciones jurídicas deberían haber expresado o sostenido, pero no lo que en realidad expresaron o sostuvieron”³.

La visión de Raz del papel de las normas jurídicas en el razonamiento práctico de sus destinatarios y, especialmente, en el de los órganos de aplicación es, pues, tan insensible como la de Alchourrón-Bulygin a los valores y propósitos a los que se supone que las mismas tratan de servir.

Siendo esto así, hay, sin embargo en Raz una importante distinción que está por completo ausente en Alchourrón-Bulygin: la distinción entre el “razonamiento para establecer el contenido del Derecho”, del que hasta ahora nos hemos ocupado y en el que no habría cabida alguna para evaluaciones y el “razonamiento con arreglo al Derecho”. Este último, que

es el propio de los órganos de aplicación, debe integrar el dato, que vendría registrado por el “razonamiento para establecer el contenido del Derecho”, de que éste concede discreción a los jueces para apartarse de lo ordenado por el propio Derecho, siempre que haya razones morales importantes para hacerlo⁴. Pero sostener tal cosa, en nuestra opinión, parece invalidar la propia tesis de Raz relativa a la principal ventaja de disponer de un sistema jurídico, a saber, ahorrarse los costes de la deliberación. Pues tal ventaja se desvanecería por completo a la hora de la aplicación judicial del Derecho. Y, si se ha desvanecido para los jueces, no se ve cómo los particulares —sobre cuya situación normativa inciden decisiones judiciales— podrían conservar para sí esa misma ventaja.

Parece claro, en todo caso, que teorías como las de Alchourrón-Bulygin o Raz llevan a cabo una reducción por empobrecimiento de la variedad de normas jurídicas regulativas y de las maneras cómo las mismas inciden en el razonamiento práctico de sus destinatarios: en el Derecho hay normas —como los principios, las directrices o, en general, las que utilizan conceptos valorativos en su formulación— que ni encajan con el modelo Alchourrón-Bulygin de correlación entre caso y solución ni pueden integrarse sin deliberación, contra la tesis raziana de las razones ejecutivas, en el razonamiento práctico de sus destinatarios. Pero lo que nos importa ahora es subrayar que aquello que es común a ambas teorías —a saber, la reducción de la dimensión regulativa del Derecho a las puras directivas de conducta emitidas por actos de autoridad— parece conducir a un dilema: o se entiende que tales directivas de conducta poseen, de acuerdo con el Derecho, autoridad absoluta (al modo de Alchourrón-Bulygin) o se acaba admitiendo que tales directivas de conducta no pretenden autoridad en absoluto, al menos sobre los órganos de aplicación.

2. Cuando en 1967 Ronald Dworkin publica *Is Law a System of Rules?*⁵, el blanco de su ataque no está constituido, desde luego, por posiciones asimilables a las de Alchourrón-Bulygin o Raz, sino —como es bien sabido— por el positivismo metodológico hartiano, del

que arranca lo que hoy se llama positivismo incluyente⁶. Pero el giro que en la corriente principal de la filosofía del Derecho vino a producir el impacto de la obra de Dworkin podemos cifrarlo en la asunción ampliamente mayoritaria de una concepción del Derecho que viene a ser la contrafigura de la de Alchourrón-y Bulygin o Raz. En concepciones como las de Alchourrón-Bulygin, lo ordenado por el Derecho no es nada distinto, como acabamos de señalar, de lo ordenado por sus reglas y, por otro lado, a la hora de determinar lo que cada una de ellas ordena no hay otro instrumento más que los criterios semánticos compartidos respecto del significado de los términos empleados en ellas. Y ello también es así, si cabe aun en mayor medida, como también acabamos de ver, en la visión de Raz acerca del razonamiento para establecer el contenido del Derecho: para determinar qué es lo que las razones ejecutivas en que consiste el Derecho exigen nos está vedada cualquier referencia a los valores a los que las mismas tratan de servir. En la concepción del Derecho que se manifiesta en la obra de Dworkin, por el contrario, tiene particular importancia la consideración de que tales reglas tienen un sentido, esto es, sirven a ciertos propósitos y valores que no sólo forman parte también del Derecho, sino que tienen una cierta primacía frente a las reglas por medio de las cuales se trata de implementarlos. Esta primacía se traduce en que el significado y alcance de las reglas debe interpretarse fundamentalmente a la luz de estos valores y propósitos, en que las exigencias que se derivan de los mismos pueden justificar introducir excepciones a las reglas que estas no prevean —esto es, que esas reglas resulten derrotadas— y también en que valores y propósitos posibilitan determinar qué sea lo jurídicamente debido en casos respecto de los cuales las reglas guardan silencio o estipulan deberes incompatibles.

Pues bien: en nuestra opinión, y con independencia del juicio que a cada uno le merezca la contribución de Dworkin y con independencia también del lugar en que cada uno se ubique respecto a las diversas subcorrientes en que cabe dividir la corriente principal de la fi-

losa del Derecho contemporánea, el ver el Derecho como una estructura de dos niveles parece ser hoy día un elemento asumido por toda esta corriente principal. Y también parece comúnmente asumido que el primero de esos niveles está integrado por reglas que resultan derrotables por consideraciones derivadas de los valores y propósitos —o, por decirlo más sumariamente, de los principios— que integran el segundo nivel. Y es que, también en nuestra opinión, todo ello es lo que permite dar cuenta del Derecho, por un lado, como un dominio singular, dotado de especificidades que posibilitan que supere deficiencias operativas que presenta el mero ejercicio de la razón práctica, pero, por otro lado, como un dominio singular ubicado en el ámbito general de esta misma razón práctica⁷.

En efecto, el Derecho aparece, ante todo, como un mecanismo que posibilita, por un lado, la adopción, dentro de plazos temporales limitados, de decisiones investidas de autoridad sobre disputas y controversias prácticas y que posibilita también, por otro, la reducción de la complejidad en la toma de estas mismas decisiones: reducción de la complejidad que se lleva a cabo no sólo reduciendo el ámbito de las razones admisibles a aquellas contenidas en el propio Derecho y a aquellas a las que éste remite, sino, sobre todo, configurando, bajo la forma de reglas, ponderaciones entre razones que establecen, para determinados conjuntos de circunstancias genéricas (o casos genéricos), la obligación, prohibición o permisión de ciertas conductas y que, al establecerlo así, posibilitan disponer de soluciones predispuestas para un número en principio ilimitado de casos individuales.

Estos elementos marcan las especificidades del Derecho frente al discurso práctico general. Los dos primeros —existencia de límites temporales para la adopción de decisiones y el que tales decisiones no requieran el consenso unánime de los afectados, sino que se fundamenten en la autoridad de los órganos que las dictan— son condiciones necesarias no sólo para hablar de “Derecho”, sino para que éste pueda proveer remedios a los déficits que el

discurso práctico general presenta inevitablemente como método de resolución de disputas y controversias prácticas.

La reducción de la complejidad parece completar, por su parte, el elenco de propiedades definitorias de “Derecho” o “sistema jurídico”: pues no calificaríamos como tal a un sistema del que formaran parte normas que invistieran de autoridad a ciertas personas para resolver autoritativamente las disputas, pero que, por lo demás, habilitara a esas mismas personas para adoptar estas resoluciones sobre la base, no de un cuerpo de normas preexistentes, sino meramente de su personal apreciación de cuál fuera la mejor decisión a adoptar teniendo en cuenta todas las razones que pudieran considerar relevantes para el caso. Tal sistema —que constituiría, como el de la República de Platón, un sistema de discreción absoluta para quienes hubieran de resolver las disputas— no reuniría los requisitos que habitualmente asociamos a los términos “Derecho” o “sistema jurídico”. Pero no se trata sólo, ni sobre todo, de un problema definitorio (que siempre se podría soslayar, por lo demás, cambiando la definición). Si el hecho de que las decisiones de los tribunales hayan de fundamentarse en un cuerpo de normas que les preexisten forma parte de lo que habitualmente entendemos por “Derecho”, ello se debe a que el basarse en tal cuerpo de normas preexistente ha sido considerado casi unánimemente, a lo largo de la historia, y con buenas razones, como el mejor esquema de fundamentación posible no en condiciones ideales, sino en las condiciones del mundo real. En las condiciones del mundo real, porque si no fuera por esta restricción no habría dudas acerca de cuál sea el mejor fundamento: a saber, el constituido por todas las razones válidas que sean aplicables a cada caso. Pero en las condiciones del mundo real, la opción por un esquema en el que las decisiones de los órganos de resolución de las disputas hayan de estar basadas en un cuerpo de normas preexistentes, integrado muy principalmente por reglas en el sentido descrito, es una opción en cuyo favor militan muy poderosamente razones de, al menos, cuatro tipos distintos,

aunque relacionados: en primer lugar, razones relativas a la reducción de los costes de las decisiones; en segundo lugar, razones relativas al déficit de equipamiento epistémico por parte de los órganos de resolución de disputas para evaluar todas y cada una de las razones que pudieran ser aplicables, así como de desconfianza ante eventuales prejuicio o sesgos del razonamiento por parte de esos mismos órganos; en tercer lugar, razones relativas a la distribución del poder, en el sentido de atribución de competencia para determinar los criterios sustantivos con arreglo a los cuales deben resolverse las disputas; en cuarto lugar, razones relativas a la previsibilidad de las decisiones de los órganos de resolución y, a su través, razones relativas a la previsibilidad de las consecuencias de una u otra conducta por parte de los destinatarios de tales decisiones. Y la previsibilidad de las consecuencias que la propia conducta puede traer aparejadas en forma de decisiones de los órganos es, como algunos han insistido reiteradamente⁸, condición necesaria de la efectividad de la autonomía personal.

Todas estas razones militan a favor de un Derecho de reglas y de un modelo de fundamentación de las decisiones de los tribunales del que deriva que, en principio, éstos deben adoptar aquellas decisiones, y sólo aquellas decisiones que se inferan deductivamente de dichas reglas. Pero si todas estas razones son razones muy fuertes a favor de tal modelo de Derecho y de tal modelo de fundamentación de las decisiones judiciales no son, sin embargo, razones absolutas, sino razones que deben ser ponderadas con razones, que también las hay, a favor de un modelo de Derecho y de un modelo de fundamentación de las decisiones judiciales que no vea únicamente a las reglas como elementos integrantes del Derecho y que no entienda que la subsumibilidad de un caso individual en una regla es la única y última palabra en la justificación de decisiones por parte de los tribunales.

Pues hay razones para entender que el Derecho no está compuesto sólo por reglas, sino también por los valores y propósitos (esto es, por los principios, en sentido amplio) explícitos

o implícitos, a los que las reglas sirven. Y esas mismas razones apoyan entender, asimismo, que las reglas pueden resultar derrotadas por consideraciones derivadas de los principios. La más importante de esas razones es la siguiente⁹: si partiésemos de una imagen del Derecho como compuesto exclusivamente por reglas, no dispondríamos de mecanismo alguno para evitar que el conjunto de las decisiones fundadas en Derecho (aun las fundadas en las mejores reglas concebibles, servidas por los mejores aplicadores que quepa imaginar) presentase un cierto número de graves anomalías valorativas. Y ello porque ningún legislador, por no ser omnisciente, puede prever todas las combinaciones de propiedades que puedan presentar los casos futuros, lo que implica que, por cuidadoso que sea en el diseño de los casos genéricos, no pueda nunca evitar por completo los fenómenos, subrayados por Schauer, de la suprainclusión y de la infrainclusión. Esto es, de incluir en el ámbito de aplicación de las reglas casos que no debieran estar incluidos a la luz de los propios valores y propósitos subyacentes a la regla de que se trate y de no incluir en ese mismo ámbito de aplicación casos que sí debieran estar incluidos a esa misma luz. Pero, por otro lado, un modelo de adopción de decisiones basado exclusivamente en principios o, si se prefiere decirlo así, que no pudiera recurrir a otra cosa, para fundamentar las decisiones, más que a valores y a propósitos, multiplicaría los costes de las decisiones, volvería a éstas más difícilmente previsibles y sería incompatible con la lógica de la división de poderes. Todo ello es lo que explica el que, a lo largo de la historia de la cultura jurídica, el acento haya ido desplazándose más o menos según los períodos y los sistemas jurídicos, pero situándose siempre en algún punto intermedio, a lo largo de un continuo que va desde el extremo de ver en el Derecho exclusivamente un conjunto de reglas inderrotadas —en la terminología de Regan, entender las reglas como absolutamente opacas frente a los principios que las dotan de sentido y las justifican— al extremo de ver las reglas como pautas meramente indicativas que deben ser excepcionadas —derrotadas— en cada ocasión en

que su aplicación sea incongruente en relación con esos mismos principios —en la terminología de Regan, entender las reglas como absolutamente transparentes en relación con esos mismos principios—. De forma que, a nuestro juicio, uno de los criterios centrales desde los que evaluar distintas teorías del Derecho es el de su capacidad para dar cuenta de cómo, y en qué punto intermedio, se articula y resuelve la tensión entre lo que podríamos llamar el polo de las reglas —vinculado a la predecibilidad y a la reducción de la complejidad en la toma de decisiones— y el polo de los principios —vinculado a la coherencia valorativa de esas mismas decisiones.

2. ILÍCITOS ATÍPICOS Y LÍCITOS ATÍPICOS

1. Un ejemplo particularmente interesante de esa tensión entre reglas y principios se plantea a propósito de lo que en trabajos anteriores¹⁰ hemos llamado ilícitos atípicos y que incluye tanto los ilícitos generados por analogía como los cubiertos por las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder.

Los ilícitos son acciones (entendida la expresión en su sentido más amplio) opuestas a normas regulativas de mandato, o sea, normas que ordenan o prohíben la realización de una determinada conducta. De aquí se infiere que no puede haber ilícitos que se opongan a permisos (pues, si una acción y su omisión están permitidas, entonces tanto realizar esa acción como no realizarla es lícito) o a normas constitutivas (pues dichas normas no tienen carácter deóntico, sino que establecen las condiciones para la producción de un cierto resultado institucional o cambio normativo). Como las normas de mandato pueden ser reglas o principios, existen dos tipos de ilícitos: los típicos, que son acciones opuestas a reglas de mandato; y los atípicos, que son acciones opuestas a principios de mandatos.

Por ilícitos atípicos entendemos acciones que, *prima facie*, están permitidas, pero que,

una vez consideradas todas las circunstancias, deben considerarse prohibidas. El cambio de status deóntico (el paso de permitido a prohibido) tiene lugar en virtud de un proceso argumentativo en el que se pueden distinguir dos formas, dos mecanismos, que llevan, en consecuencia, a ampliar el campo de lo ilícito.

Uno es el de la analogía, en el que cabe distinguir a su vez los supuestos de *analogia iuris* y de *analogia legis*; en ambos supuestos se parte de una permisión débil en el nivel de las reglas (la acción está, *prima facie*, permitida, en el sentido de que no resulta subsumible en ninguna regla prohibitiva), pero el cambio de status deóntico puede producirse de manera distinta en uno y otro caso. En el caso de la *analogia legis*, la razón para la prohibición consideradas todas las circunstancias es la semejanza que el caso no regulado tiene con otros u otros casos en los que opera una regla prohibitiva; y la justificación para ello es que las razones (el balance entre principios) que justifican la prohibición en estos últimos casos se dan también en relación con el caso que aparecía como no regulado: o sea, dicho balance entre principios exige la generación de una nueva regla prohibitiva en el que subsumir el caso en cuestión. En los supuestos de *analogia iuris*, la generación de la nueva regla prohibitiva viene exigida directamente por el balance entre los principios del sistema aplicables al caso, aun cuando no hay una regla prohibitiva aplicable a casos semejantes.

El segundo tipo de mecanismo (al que obedecen las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder y que a nosotros nos interesa de manera especial) opera de la siguiente manera: el punto de partida es la existencia de una permisión expresa: la acción está, *prima facie*, permitida, en el sentido de que hay una regla regulativa que la permite; el cambio de su status deóntico se produce como consecuencia de que la subsunción del caso en dicha regla permisiva resulta incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso (el caso constituye, pues, una *laguna axiológica* del sistema de reglas¹¹) y ese balance exige el surgimiento de una nueva re-

gla prohibitiva en la que subsumir el caso. Los ilícitos atípicos plantean, en consecuencia, una situación distinta a los conflictos entre reglas o entre principios, pues lo que ellos suponen es o bien un conflicto entre reglas y principios (abuso del derecho, fraude de ley y desviación de poder) o bien entre falta de reglas y principios (analogía).

La existencia de ilícitos atípicos obedece a una necesidad de coherencia (de coherencia valorativa o justificativa) del sistema jurídico: se trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del Derecho, entre las reglas y los principios. En algunos sistemas (los de *civil law* o de Derecho continental) eso se logra recurriendo a los dos mecanismos que se acaban de mencionar: la analogía y las figuras del abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. En otros (los de *common law*), la analogía está también muy presente, pero el equivalente funcional de las otras instituciones seguramente habría que buscarlo en la técnica del *distinguishing* o en el recurso sin más a los principios¹². En ese sentido, puede decirse que la categoría de los ilícitos atípicos es común a todos los ordenamientos jurídicos evolucionados, puesto que resulta necesaria para evitar el formalismo extremo en la aplicación del Derecho, que conduciría a la incoherencia valorativa de las decisiones jurídicas.

2. No podemos entrar aquí en un análisis pormenorizado de las tres figuras mencionadas, pero sí ofrecer una “definición explicativa”, ilustrada con un ejemplo que podría calificarse de canónico, de cada una de ellas:

Abuso del derecho:

“La acción A realizada por un sujeto S en las circunstancias X es abusiva si y sólo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a S realizar A en las circunstancias X. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra S como titular de un cierto derecho subjetivo.

2) Como consecuencia de A, otro u otros sujetos sufren un daño, D, y no existe una regla regulativa que prohíba causar D.

3) D, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:

3.1) Que, al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que causar D o que S realizó A sin ningún fin serio y legítimo discernible.

3.2) Que D es un daño excesivo o anormal.

4) El carácter injustificado del daño determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva a que se alude en 1) y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias X’ (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 3.1. ó 3.2) la acción A está prohibida”.

Ejemplo: El Consorcio de la Zona Franca de Barcelona (se trata de una famosa sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de febrero de 1944) tenía una concesión administrativa para extraer arenas de las playas del litoral barcelonés. Una compañía eléctrica poseía una central de energía eléctrica situada junto a la desembocadura de un río y en las inmediaciones de una playa en la que el Consorcio procedió a la extracción de arenas. La extracción de arenas produjo la desaparición de las defensas naturales que protegían a la central eléctrica frente a los desbordamientos del río y la acción del mar. En esta situación, tuvieron lugar unos temporales particularmente fuertes que produjeron importantes daños a la central. La sociedad propietaria de la misma se dirigió a los tribunales solicitando ser indemnizada por el Consorcio, pretensión que fue estimada por los tribunales.

A) FRAUDE DE LEY

“La acción A realizada por el sujeto S en las circunstancias X es fraudulenta si y sólo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a S usar la regla que le confiere poder para producir el resultado R al realizar A en las circunstancias X.

2) Como consecuencia de R, se produce un cierto estado de cosas E que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no hay una regla regulativa que prohíba producir R, aunque puede haber una regla dirigida a evitar E.

3) R es un medio para E:

3.1.) bien en sentido subjetivo: dado que, al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que alcanzar, por medio de R, la consecuencia E y que R es objetivamente adecuado para E.

3.2) bien en sentido objetivo: dado que R es objetivamente adecuado para E, aunque S no tuviera ese propósito al realizar A.

4) El balance entre los principios mencionados en 2) tiene fuerza suficiente para generar una nueva regla que establece que en las circunstancias X' (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de "y de 3.1 ó 3.2) está prohibido usar la regla que confiere poder de forma que se alcance, por medio de R, la consecuencia E. Por ello, el resultado R debe considerarse como inválido en la medida en que conduce a E".

Ejemplo: El pacto comisorio es una cláusula contractual que permite a cada una de las partes la rescisión de un convenio si no cumple el otro obligado. Tal pacto no se considera lícito en los contratos pignoratícios. Así, cuando para garantizar una deuda se constituye un derecho de prenda, de hipoteca o de anticresis a favor del acreedor —nos dicen, por ejemplo, los civilistas españoles Díez Picazo y Gullón—, una vez llegado el vencimiento, si el deudor no paga, el acreedor no puede apropiarse sencillamente de las cosas dadas en garantía. Ha de seguir el procedimiento marcado legalmente para la satisfacción de su interés: enajenación forzosa, mediante subasta, del objeto de la garantía, etc. Pues bien, a fin de eludir esta prohibición se utiliza (fraudulentamente) la figura de la compraventa con pacto de retro, esto es, una forma contractual en la que no rige esa prohibición: "El prestatario (A)

concierta la venta de la cosa con el prestamista (B) reservándose el derecho de recuperarla (pacto de retro) en un plazo determinado (el de la duración del préstamo), y con un precio (el importe de lo prestado), figurando como contraprestación de (B) el importe del préstamo que ha hecho a (A). Si al expirar el plazo el deudor-vendedor no hace uso del retracto, el acreedor-comprador adquiere irrevocablemente el dominio)¹³.

B) DESVIACIÓN DE PODER

"La acción A realizada por un órgano público O en las circunstancias X supone una desviación de poder si y sólo si:

1) Existe una regla regulativa que permite al órgano O usar la regla que confiere poder (público) para, en las circunstancias X, realizando A, producir como resultado R un acto administrativo o una disposición jurídica.

2) Como consecuencia de R, se produce un cierto estado de cosas E, que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no hay una regla regulativa que prohíba producir R (la disposición jurídica en cuestión) aunque pueda haber una regla dirigida a evitar E.

3) R es un medio para E:

3.1) Bien en sentido subjetivo: dado que al realizar A, O no perseguía otra finalidad discernible más que alcanzar, por medio de R, la consecuencia E y que R es objetivamente adecuado para E.

3.2) bien en sentido objetivo: dado que R es objetivamente adecuado para E, aunque O no tuviera ese propósito al realizar A.

4) El balance entre los principios mencionados en 2) tiene fuerza suficiente para generar una regla que establece que en las circunstancias X' (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 2 y de 3.1 ó 3.2) está prohibido usar la regla que confiere poder de forma que se alcance, por medio de R, la consecuencia E. Por ello, el resultado R

(el acto o disposición jurídica de que se trate) debe considerarse como inválido (regulativamente) en la medida en que conduzca a E”.

Ejemplo: En los famosos *Ârrets Lesbats* de 15 de febrero de 1864 y de 17 de junio de 1866, el Consejo de Estado francés declaró que “si un prefecto utilizaba la potestad de regular la permanencia y circulación de vehículos en las plazas cercanas a la estación de ferrocarril, para asegurar el monopolio de la única empresa que tenía un contrato con la Compañía de Ferrocarriles, cometía un exceso de poder, ya que estaba usando la autoridad para un fin diverso de aquél que el legislador había concebido”¹⁴. La novedad con respecto a la anterior situación en el Derecho francés es que ya no se trata de que la autoridad ha desbordado lo que sería la esfera propia de su competencia (lo que constituiría un simple exceso de poder), sino de que ejerce la competencia para lograr un fin no previsto por el legislador.

De manera que (dejando a un lado la analogía), las tres figuras que conforman la categoría general de los ilícitos atípicos tienen los siguientes elementos en común: a) la existencia, prima facie, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema; d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquélla, aparecían como permitidos.

3. Ahora bien, si existen ilícitos atípicos, parecería que también cabe la posibilidad de lícitos atípicos, esto es, de supuestos en los que se produce un paso de lo prima facie prohibido por una regla a lo finalmente permitido como consecuencia de los principios relevantes del sistema. O sea, en los ilícitos atípicos, lo que resulta derrotado es bien una permisión débil, por ausencia de regla (supuestos de analogía), o bien una permisión fuerte, por presencia de regla permisiva (supuestos de abuso, de fraude o de desviación). Mientras que en los lícitos atípicos lo que resulta derrotado, por

el contrario, es una regla prohibitiva. En nuestra opinión habría tres modalidades de lícitos atípicos:

a) Cuando se trata de un caso que está fuera del alcance de una regla prohibitiva, porque las razones que respaldan la regla no son aplicables al caso. Un ejemplo sería el siguiente: Pensemos en una regla que prohíbe la entrada de vehículos en un determinado parque y que la misma ha sido establecida para hacer que prevalezca la seguridad de los usuarios del parque sobre la agilización del tráfico rodado que supondría la permisión de entrada de vehículos. Imaginemos que se trata de montar una exposición de vehículos en el parque y que, para ello, éstos son introducidos en el parque en horas en que se encuentra cerrado. Este caso parece estar fuera del alcance de la regla prohibitiva, porque la introducción de vehículos en tales condiciones no pone en peligro la seguridad de nadie (ni tampoco afecta en absoluto a la fluidez del tráfico rodado)¹⁵.

b) Cuando se trata de un caso que es una excepción a una regla porque, aun aplicándose al mismo las razones que justifican la regla, se aplica también una razón más fuerte que justifica la permisión. Como ejemplo podría servir el mismo parque del ejemplo anterior, en el que penetra ahora una ambulancia para recoger a un herido que podría desangrarse de no recibir una asistencia inmediata. Ciertamente, la ambulancia podría poner en cierto peligro la seguridad de quienes fueran usuarios del parque en ese momento, pero la necesidad de salvar una vida humana parece ser una razón que debe prevalecer¹⁶.

c) Cuando se dan las razones que justifican la regla prohibitiva, pero en un grado tan mínimo que resulta injustificada la prohibición (principio de tolerancia). Ejemplos muy característicos de esta tercera posibilidad vendrían proporcionados por aquellos casos cubiertos por lo que, en el ámbito penal, se suele llamar “principio de insignificancia”, en virtud del cual no se castigan conductas subsumibles en la descripción contenida en una regla penal, pero que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico en un grado mínimo. Así ocurre en

materia de tráfico de drogas, cuando las sustancias se encuentran extremadamente desnaturalizadas (los grados de pureza son prácticamente irrelevantes) o cuando la cantidad objeto del tráfico es ínfima.

En relación con el elemento del daño que utilizábamos para construir las figuras de lo ilícito atípico (el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder) aquí —en lo ilícito atípico— cabría decir que el daño: o no se produce (en [a]); o está compensado por un bien superior (en [b]); o es insignificante (en [c]).

3. LA RESISTENCIA DE LAS REGLAS

A esa concepción de los ilícitos atípicos y, por tanto, de la derrotabilidad de las normas se le han dirigido diversas críticas¹⁷. Algunas de ellas se basan —creemos— en malentendidos y no entraremos aquí a discutirlos: se trata, por ejemplo, de la objeción de que nuestro planteamiento se queda corto, debido a nuestro anclaje en el paradigma positivista, lo que supone restringir el alcance o la fuerza del elemento valorativo en los supuestos mencionados; de que las tres figuras no tienen un alcance general y no agotan el campo de los ilícitos atípicos; o de que los supuestos señalados pueden analizarse satisfactoriamente en términos de reglas, sin necesidad de recurrir a principios. Pero hay una crítica en la que merece la pena detenerse ahora y que se refiere a la sobrevaloración que estaríamos haciendo de los principios, lo cual llevaría a infravalorar las reglas y, en el límite, a considerarlas como irrelevantes. Bruno Celano expresa así esa opinión:

“En la teoría de A&RM la ilicitud no deriva nunca de la contrariedad a reglas (la contrariedad a una regla no es ni condición necesaria ni condición suficiente de ilicitud). Para establecer si un comportamiento contrario a una regla es o no ilícito es preciso mirar a los principios aplicables. No hay, por la misma razón, ilícitos típicos, si con esta expresión se entienden comportamientos cuya licitud deriva

de su conformidad a reglas. Hay un solo factor determinante a los fines de la licitud e ilicitud de un comportamiento: su conformidad o no con lo que es exigido o permitido por el balance de los principios aplicables al caso [...] La licitud o ilicitud de la conducta es, pues, independiente de su conformidad o no con lo exigido o permitido por una regla. Para los fines de la calificación jurídica de un comportamiento como lícito o ilícito, las reglas son, en la teoría de A&RM, irrelevantes”.

“[L]as reglas son, en la teoría de A&RM, superfluas: no cumplen ninguna función. De las reglas depende sólo la posibilidad de atribuir, a los comportamientos lícitos o ilícitos (en razón de su conformidad o no a los principios aplicables) la etiqueta, carente de consecuencias, de ‘típicos’ o ‘atípicos’”¹⁸.

El cargo es sin duda serio. Pues si en nuestra teoría las reglas aparecieran, en efecto, como ingredientes “irrelevantes” o “superfluos” del Derecho, habría que entender que, sólo por ello, nuestra teoría fracasa como teoría pretendidamente reconstructiva de la manera como operan nuestros sistemas jurídicos. Y fracasa porque, de ser así las cosas, sería incapaz de dar cuenta de un aspecto central de nuestras prácticas jurídicas que nadie niega: a saber, que la inmensa mayoría de los casos reciben solución mediante su subsunción indisputada en reglas.

Creemos, sin embargo, que Celano no tiene razón. Y que nuestra teoría permite dar cuenta de la diferencia implicada por la presencia de reglas y del papel de las mismas en el razonamiento jurídico. Nuestra construcción de los ilícitos (y de los lícitos) atípicos tiene como finalidad dar cuenta de la derrotabilidad de la regla permisiva (o de la regla prohibitiva) predisuestas cuando la solución del caso atendiendo a las mismas resulta valorativamente anómala de un modo intolerable. Se trata, como hemos visto, de un tipo de razonamiento en que se pasa de una regla —la regla predispuesta— a una nueva que fundamenta finalmente la solución, como resultado del balance entre los principios relevantes del sistema. Pero que la regla —la regla predispuesta— resulte,

al final del proceso argumentativo, derrotada, no quiere decir de ningún modo que juegue un papel irrelevante en ese proceso.

Y es que Celano asimila algo apresuradamente —nos parece— dos tesis muy distintas: una es la de que todas las reglas pueden ser derrotadas en circunstancias que no resultan enteramente anticipables (si tales circunstancias fueran enteramente anticipables y el legislador fuera medianamente cuidadoso, no habría lugar para la derrota de la regla, puesto que ésta se habría formulado con las correspondientes excepciones). Y otra tesis, por completo distinta, es que la presencia de la regla no marque diferencia ninguna, porque ésta no ejerza ninguna resistencia frente al balance de los principios del sistema que resulten relevantes en relación con el caso.

Nosotros suscribimos claramente la primera tesis y ello, según Celano, nos conduce —so pena de inconsistencia— a la segunda. Pero esta opinión de Celano se basa en no tener en cuenta que, en situaciones caracterizadas por la presencia de reglas, han de entrar en línea de cuenta no sólo los principios sustantivos del sistema aplicables al caso, sino también los principios (principios institucionales) vinculados al seguimiento de reglas (tales como la estabilidad, la predecibilidad, el respeto a la distribución de poder ordenada por la Constitución o por las leyes, etc.) y de los que hablábamos al comienzo de este trabajo¹⁹. De manera que las reglas son derrotadas en aquellos casos, pero sólo en aquellos casos, en los que el balance entre los principios que sustentan el apartarse de la regla tiene un peso mayor que el de los principios institucionales vinculados al seguimiento de reglas. Lo cual queda, a nuestro juicio, muy lejos de la consideración de las reglas como irrelevantes o superfluas.

Para ver en qué consiste esa “resistencia” de las reglas, nada mejor que acudir a algún ejemplo en que ese desplazamiento no se produce, esto es, la regla no resulta derrotada, a pesar de que se dan los elementos de las definiciones que antes indicábamos como 1), 2) y 3), pero no se da 4), porque el balance entre los principios no permite dar ese paso. Tomaremos un

caso de lo que podría ser —pero no es— un ilícito atípico y otro de lo que podría ser —pero no es— un ilícito atípico.

Las normas del tráfico rodado en España (como en muchos otros países) incluyen una regla que establece, de manera rígida, la prohibición de circular a más de 120 kilómetros por hora en autopista. Las razones que justifican la regla son claras: se trata de incrementar la seguridad y de evitar accidentes. Ahora bien, ¿qué pasa si un automovilista, en una mañana espléndida de perfecta visibilidad, en una recta prolongada, sin tráfico y conduciendo un automóvil en perfecto estado y equipado con la mejor tecnología en materia de seguridad, sobrepasa un poco esa velocidad? ¿Se le debe multar? El balance entre los principios sustantivos relevantes en el caso nos diría sin duda que no. En esas condiciones concretas no habría simplemente ningún riesgo (o ningún riesgo superior al de circular con otro automóvil de inferior equipamiento, en un día con lluvia, etc. a menos de 120 km/h), de manera que estaríamos ante un supuesto en el que las razones que respaldan la regla no son aplicables al caso. Sin embargo, si recurriéramos la multa, quizás pudiéramos tener algún éxito poniendo en cuestión la prueba del hecho (por ejemplo, la fiabilidad del aparato medidor de la velocidad), pero es seguro que no lo tendríamos si adujéramos las anteriores razones (si consideráramos, en definitiva, que se trata de un ilícito atípico). ¿Quizás porque la autoridad que resolviera en esa forma los recursos aplicaría el Derecho de manera equivocada? Creemos que no. Resulta plausible pensar que el balance a efectuar en el caso lleva a no derrotar la regla, por una variedad de razones (todas de considerable peso): el riesgo de arbitrariedad que supone conceder a los agentes de tráfico discrecionalidad en esta materia; los efectos negativos que podría tener en el conjunto de los conductores que tenderían a pensar que está permitido circular a más de 120 km/h. en circunstancias en las que realmente (efectuando una ponderación adecuada, esto es, de acuerdo con el balance de los principios) no lo estaría; etc.

Veamos ahora un tipo de conducta que podría constituir un ilícito atípico; exactamente, una desviación de poder. El Derecho español atribuye al Consejo General del Poder Judicial la competencia para efectuar los nombramientos de altos cargos judiciales. Se trata de un poder altamente discrecional que, sin embargo, tiene ciertos límites: el más importante parece ser el del respeto a los principios de mérito y capacidad, reconocidos en la Constitución. De manera que la situación podría describirse así. A fin de lograr que esos nombramientos recaigan en las personas con la mayor capacidad técnica, experiencia profesional, independencia, imparcialidad y que mejor puedan satisfacer determinadas políticas judiciales (fijadas por el Consejo, pero que sean compatibles con la Constitución: por ejemplo, favorecer el ascenso de mujeres, cierto equilibrio geográfico en cuanto a la procedencia de los magistrados, etc.), el legislador ha entendido que debía conceder al Consejo una amplia discrecionalidad; discrecionalidad, por tanto, para perseguir fines lícitos, conformes con la Constitución. En la práctica, sin embargo, el Consejo parece haberse apartado en diversas ocasiones de esas finalidades y diversos magistrados aspirantes a ocupar esos cargos y preteridos frente a otros presentaron recurso ante el Tribunal Supremo con una suerte varia. La tarea del Tribunal Supremo (de su Sala tercera) ha consistido en controlar ese ejercicio de discrecionalidad. El problema es sumamente complejo²⁰, pero lo que a nosotros nos interesa aquí es solamente un aspecto del mismo: al otorgar la competencia al Consejo, el legislador estableció la regla de que la decisión se adoptaría mediante votación, sin necesidad de que los vocales del Consejo tuvieran que motivar (justificar) el sentido de su voto. O sea, existe una regla que permite nombrar a los magistrados sin necesidad de motivar el voto (sin motivar ese elemento crucial del proceso). Esa circunstancia lleva a (o, al menos, favorece) el nombramiento de magistrados atendiendo a simpatías políticas partidarias, en lugar de a las finalidades que justifican el poder concedido discrecionalmente. ¿Cabría entonces entender que se trata de algo así como una desviación de poder, que

los vocales del Consejo tienen la obligación de motivar (la omisión de motivar pasa de permitida a prohibida) y que, en la medida en que no lo hayan hecho, los nombramientos resultan inválidos? En nuestra opinión, no. Hay razones institucionales poderosas (básicamente, referidas a la distribución constitucional y legal de competencias) que tienen aquí un peso decisivo (aunque no tanto como para impedir cualquier tipo de control material por parte del Tribunal Supremo). La regulación del Consejo General del Poder Judicial es sin duda defectuosa en este y en muchos otros aspectos, pero esa es la establecida por el legislador y el Tribunal Supremo incurriría en un injustificado “activismo judicial” si pretendiera en este aspecto ir “más allá” de dónde lo hizo el legislador.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como recuerda Giovanni Sartor²¹, la noción de derrotabilidad fue usada ya por Hart, en 1951, en relación con el concepto de validez, esto es, en relación con la calificación de los estados de cosas (los resultados normativos) a que da lugar el uso de normas constitutivas. Así, puede decirse que un contrato es válido si se han cumplido ciertas condiciones, $x, y \dots z$, y siempre que no se presente alguna otra circunstancia: $x', y' \dots z'$, capaz de derrotar a ese juicio de validez. Pues bien, el concepto de validez (e invalidez), en relación con las normas constitutivas, es el equivalente al de licitud (e ilicitud) en relación con las normas regulativas: un comportamiento es lícito (o ilícito) si es conforme (o inconforme) con lo establecido en aquellas normas regulativas en cuyas condiciones de aplicación $x, y \dots z$, resulta subsumible el caso correspondiente y siempre que no se presente alguna otra característica: $x', y' \dots z'$, capaz de derrotar ese juicio de licitud (o ilicitud).

La distinción que, en el campo de las normas regulativas, suele hacerse entre reglas y principios puede entenderse en el sentido de que las reglas establecen cuáles son las condiciones normalmente suficientes para efectuar

el juicio de licitud (ilicitud) correspondiente; mientras que los principios operan en una especie de segundo nivel de razonamiento que, muchas veces (en la mayor parte de las ocasiones), respalda el juicio de licitud o ilicitud establecido (*prima facie* o, si se prefiere, *pro tanto*) por las reglas, pero que, en unas pocas ocasiones, suministran razones para *derrotar* el anterior juicio, dando lugar a una nueva regla, según la cual, cuando, además de las circunstancias x, y...z, aparezca también alguna otra: x'y'...z', entonces la conducta correspondiente pasa de ser lícita a ilícita (o al revés). La licitud o ilicitud *típica* es la referida a las reglas (y, si se quiere, implícitamente, también a los principios: pero como estos cumplen simplemente la función de respaldar las reglas, su papel pasa más o menos inadvertido). La licitud o ilicitud *atípica* es la que considera también el juicio de los principios, cuando estos tienen fuerza suficiente como para *derrotar* a las reglas; mejor dicho, a las reglas predispuestas: una función fundamental de los principios —nunca se insistirá suficientemente en ello— es la de producir nuevas reglas (o “reformular” las existentes), razón por la cual la contraposición entre reglas y principios, si nos fijamos en cómo operan en el razonamiento jurídico, no puede verse en términos simplemente disyuntivos.

Ahora bien, las figuras de los ilícitos atípicos (abuso de derecho, fraude de ley y desviación de poder) en las que hemos centrado nuestra atención se refieren tanto a acciones que constituyen simplemente el contenido de normas regulativas (abuso de derecho) como a acciones que consisten en usar una norma constitutiva, una norma que confiere poder (fraude y desviación de poder). Por eso, en el primer caso (el abuso de derecho) la definición termina con el paso de lo lícito a lo ilícito (de lo permitido a lo prohibido); mientras que en

el otro (fraude y desviación de poder) se añade a ello que el anterior cambio (de lo lícito a lo ilícito) implica también el de lo válido a lo inválido. Con ello, nos parece, no es que se confundan los juicios de licitud (ilicitud) y de validez (invalidéz), sino que se muestra cómo están conectados entre sí.

En conclusión, lo que hemos presentado en las páginas precedentes constituye un análisis de figuras que aportan ejemplos no simplemente de argumentos o de premisas (normas) derrotables, sino, cabría decir, de institucionalización de la derrotabilidad en el Derecho. El abuso, el fraude y la desviación son figuras jurídicas que vienen a ser algo así como estructuras, esquemas, de razonamiento predispuestas por el sistema para facilitar y, en cierto modo, hacer algo más previsible la toma de decisión en contextos en los que, si no se quiere incurrir en graves anomalías valorativas, no basta la mera subsunción en reglas; se trata, por ello, de contextos en los que la argumentación deductiva no puede jugar más que un papel bastante modesto. Todo lo cual hace pensar en lo acertado que andaba Toulmin cuando, en un famoso libro de 1958 (*The Uses of Argument*)²², invitaba a ver la “lógica” —término que empleaba para hacer referencia a lo que llamaríamos hoy más bien “teoría de la argumentación”— como “jurisprudencia generalizada”. Como se sabe, Toulmin defendió allí una concepción pragmática —dialéctica— del razonamiento (que oponía al modelo clásico de la lógica deductiva), dirigido a tratar con los argumentos que tienen lugar en el marco de lo que él llamaba “empresas racionales” (como el Derecho, la ética, la medicina, los negocios...), y en donde el aspecto de la derrotabilidad (plasmado en sus conceptos de *rebuttal* y de *qualifier*) tiene una especial importancia.

NOTAS

1. Sobre esto, cfr. Juan Ruiz Manero: “Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas” en Atria, Bulygin, Moreso, Navarro, Rodríguez y Ruiz Manero: *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

2. Lo que sigue debe entenderse referido a lo que cabe llamar el *modelo clásico* de Alchourrón y Bulygin. Entendemos por *modelo clásico* el contenido en *Normative Systems* (Springer Verlag, Wien-New York, 1971) y en los trabajos, conjuntos o por separado, de ambos autores que resultan consistentes con esa obra (la inmensa mayoría de los trabajos de ambos). Parece plausible suponer que los últimos trabajos de Alchourrón sobre los condicionales derrotables hubieran acabado implicando una revisión profunda de tal modelo, pero esta cuestión no será abordada aquí. Eugenio Bulygin, sin embargo, ha permanecido centralmente fiel al *modelo clásico*, como muestran sus contribuciones al libro colectivo de Fernando Atria, Eugenio Bulygin, José Juan Moreso, Pablo Navarro, Jorge Rodríguez y Juan Ruiz Manero: *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005. Por otro lado, la presentación que hacemos aquí del modelo de *Normative Systems* no toma en consideración la posibilidad de prescindir de la concepción del Derecho positivista fuerte que le subyace y de tomar el modelo exclusivamente como una *reconstrucción de microsistemas de normas* que, como tal, no se encontraría vinculado a ninguna concepción específica del Derecho. José Juan Moreso (en “A Brilliant Disguise: entre fuentes y lagunas”, en el libro colectivo recién citado) ha insistido en que, este es bajo este enfoque como la contribución de Alchourrón-Bulygin revela sus aspectos más fructíferos.

3. Joseph Raz: “Autoridad, Derecho y moralidad”, en *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001, pág. 250.

4. Cfr. Joseph Raz: “La autonomía del razonamiento jurídico”, en *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001, pág. 14; y Raz “Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reason: a Critical Comment”, en *Legal Theory*, 4, 1988. Sobre este punto, cfr. Juan Carlos Bayón: “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Pablo Navarro y Cristina Redondo (eds.): *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2000.

5. Ronald Dworkin: “Is Law a System of Rules?”, en Robert S. Summers (ed.): *Essays in Legal Philosophy*. Basil Blackwell, Oxford, 1970.

6. Sobre las diversas modalidades de positivismo jurídico presentes en el debate actual hemos tomado posición en Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en José Antonio Ramos Pascua y Miguel Ángel Rodilla González (eds.): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006, págs. 765 y ss. También en *Isonomía*, nº 27 (2007), págs. 7 y ss.

7. En este sentido, cfr. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, en *Doxa*, nº 24, 2001.

8. Muy especialmente Francisco J. Laporta, en una amplia serie de trabajos que culminan en el libro *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007. Sobre las tesis de Laporta, y en el sentido del texto, puede verse Juan Ruiz Manero: “Las virtudes de las reglas y sus límites. Una discusión con Francisco Laporta”, en Fernando Serrano y Rodolfo Vázquez (coords.): *Ciencia jurídica y Constitución. Homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, Porrúa-UNAM, México, 2008.

9. Seguimos aquí lo ya expuesto en Juan Ruiz Manero: “Las virtudes de las reglas ...”, cit. en n. 6.

10. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: *Ilícitos atípico. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000.

11. La definición de *laguna axiológica* con la que operamos es la siguiente: “Un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero (2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante” (Juan Ruiz Manero: “Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas”, cit. en n. 1). Este concepto de laguna axiológica constituye una versión modificada, para adaptarla a una concepción del Derecho que integre a los principios, del concepto propuesto por Alchourrón-Bulygin en *Normative Systems*, cit. en n. 2..

12. Véase, en todo caso “Fraud on the Law – The Doctrine of Evasión” en 42 *Columbia Law Review*, 1942, págs. 1015 y ss. y Robert Venables: “Abuse of Rights in EC Law”, en *Tax Adviser*, octubre 2003, págs. 16 y ss.

13. Luis Díez Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho civil*, tomo 1, vol.1, Civitas, Madrid, 1994, pág. 200

14. Carmen Chinchilla: *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1999 (2ª ed.), pág. 31.
15. Como se habrá advertido fácilmente, el ejemplo es una mera variante del propuesto por Fuller en polémica con Hart: el de la colocación en el parque, sobre un pedestal, de un camión utilizado en la segunda guerra mundial: Cfr. Lon L. Fuller: "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Profesor Hart", en *Harvard Law Review*, 71, 1958.
16. En relación con los conceptos de "fuera del alcance" y de "excepción", véase Joseph Raz: *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., Princeton University Press, 1990 y Ángeles Ródenas: "Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial", en *Doxa*, 21/I, 1998.
17. Especialmente relevantes nos parecen las contenidas en la revista italiana *Europa e diritto privato*, 2006 (3), en la que se discute la versión italiana de *Illicitos atípicos* (cit. en n. 8): *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, trad. italiana de Valentina Carnevale, presentación de Mauro Barberis, Il Mulino, Bologna, 2004. Entre ellas, Luca Nivarra: "Un dibattito palermitano su illeciti atipici", págs. 1019 y ss.; Francesco Donato Busnelli: "Illeciti atipici e il dibattito su regole e principi". págs. 1035 y ss.; Carlo Castronovo: "Abuso del diritto come illecito atipico", págs. 1051 y ss.; Bruno Celano: "Principi, regole, autorità", págs. 1059 y ss; Guido Corso: "Gli illeciti atipici tra regole e principi", págs. 1087 y ss.
18. Bruno Celano: "Principi, regole, autorità", cit, en n. 13.
19. Si se quiere expresarlo en términos de Schauer: "The values secured by rules (e.g. stability, notice, predictability, allocation of power among decision-makers) may themselves occupy a status equivalent to the status of other mid-level principles [...] In other words [...] rule-generating justifications may be equivalent in importance to those substantive justifications external to this rule that may override this rule" (Frederick Schauer: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pág. 110. De forma que, como dice el mismo Schauer, la resistencia de las reglas frente a la solución que resultaría del balance entre los principios sustantivos aplicables es una cuestión de grado, pues "rule-based decision-making exists only insofar as the instantiation resists continuous modification in the service of its generating justification [...] This resistance need not to be absolute [...] For rule-based decision-making to be other than a different name for particularistic decision-making, the rules employed in the former must pre-exist any particular application of them, and must supply some resistance in that application" (pág. 84 y nota al pie).
20. Un análisis más pormenorizado puede verse en M. Atienza, "Discrecionalidad y juicios comparativos", en *Jueces para la democracia*, 61, marzo 2008, págs. 77-86.
21. Giovanni Sartor: *Defeasibility in Legal Reasoning*, artículo todavía inédito.
22. Stephen Toulmin: *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.

Fecha de recepción: 19 de febrero de 2009

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009