

CAPÍTULO IV
RAZONES JURÍDICAS, FUENTES
DEL DERECHO Y LAGUNAS

1. La refutación del positivismo del profesor Dworkin.	76
2. Fuentes del derecho y disposiciones jurídicas	85
3. Las lagunas del derecho	95

CAPÍTULO IV

RAZONES JURÍDICAS, FUENTES DEL DERECHO Y LAGUNAS*

Es fundamento común de todos los positivistas que el derecho tenga fuentes sociales, *i.e.* que el contenido y existencia del derecho pueda ser determinado con referencia a hechos sociales sin recurrir a consideraciones morales. Esta idea condujo a antiguos positivistas, tales como Bentham, Austin y, en cierto grado, también, a los realistas americanos a una interpretación reduccionista de los enunciados jurídicos. Afirmaban que los enunciados jurídicos eran sinónimos de enunciados sobre lo que cierta gente ordenaba o quería o sobre las probabilidades de que un hombre pudiera recibir un daño de cierto tipo o sobre la posibilidad de que los tribunales pronunciaran ciertas decisiones. El profesor H. L. A. Hart, aunque aceptando la tesis de las fuentes, elaboró una de las más formidables críticas al reduccionismo. Sostiene que los enunciados jurídicos son deónticos o prácticos. Están hechos para exigir y justificar acciones; así es como funcionan tanto en el discurso como en la argumentación: en formas en las que no podría hacerlo ningún enunciado teórico.¹

Los argumentos de Hart son convincentes y no hay necesidad de exponerlos aquí. Sin embargo, sus varios intentos por reconciliar la tesis de las fuentes, según la cual toda disposición jurídica tiene una fuente, con su rechazo de las explicaciones reduccionistas de los enunciados jurídicos son menos exitosos.² Es más ilumi-

* Aparecido con anterioridad en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft*, 11, 1979, p. 197.

Agradezco a Simon Blackburn, Ronald Dworkin y a Mary Tiles sus instructivos comentarios a una versión previa de este ensayo.

¹ En cuanto a los repetidos ataques de Hart al reduccionismo, véase especialmente: Hart, H. L. A., "The Adscription of Responsibility and Rights", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, 1948-1949, p. 171; *id.*, *Definition and Theory in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1953; *id.*, *The Concept of Law*, *cit.* (*El Concepto del Derecho*, *cit.*).

² Para un reciente y penetrante análisis de las ideas de Hart al respecto, así como una fuerte crítica a sus ideas, véase: Baker, G. P., "Defensibility and Meaning", en

nante a este respecto, la obra de Kelsen. Nunca sucumbió a la tentación reduccionista, sino que elaboró una de las más ingeniosas formas de combinar la tesis de las fuentes con el antirreduccionismo.³ Desafortunadamente su exposición es tan oscura que, muy frecuentemente, es tenido por reduccionista. La teoría de Kelsen, aunque conteniendo invaluables aportaciones, es defectuosa en varios aspectos.⁴

El propósito de las siguientes consideraciones es contribuir⁵ con algo a la explicación antirreduccionista de los enunciados jurídicos, con base en la tesis de las fuentes. Tal explicación, como habrá de sostenerse, presupone la posibilidad de lagunas en el derecho y un apropiado entendimiento de la relación entre derecho y decisión judicial (*adjudication*).

1. *La refutación del positivismo del profesor Dworkin*⁶

Si el derecho se basa en fuentes, ¿cuál es el derecho en cuestiones en que no se puede hacer referencia a ninguna fuente? Si una persona tiene un derecho únicamente si la existencia de éste puede remontarse a una fuente ¿cuál es su situación si no existe fuente que se lo confiera? ¿Qué acaso la situación jurídica es de que no lo tiene? ¿Es este el caso aún si no hay ninguna disposición

Hacker, P. M. S. y Raz, J (ed.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 26-57.

³ Su concepción se mantiene la misma en *General Theory of Law and State*, cit. (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit.) y en *The Pure Theory of Law*, 2nd ed., Berkeley, University of California Press, 1967 (versión inglesa de la *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Viena, Franz Deutike, 1960. Existe versión española de Roberto J. Vernengo: *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979).

⁴ Me he pronunciado en contra interpretaciones reductivistas de Kelsen en el capítulo vii, así como en "Kelsen's General Theory of Norms", en *Philosophia*, 1976, donde sus puntos de vista son también criticados.

⁵ Para otras piezas del rompecabezas, *cfr. infra*: capítulo viii, *La validez jurídica*.

⁶ Los trabajos de R. M. Dworkin que se encuentran traducidos al español son: *¿Es el derecho un sistema de reglas?* [*The Model of Rules*], traducción de Javier Esquivel y Juan Rebollo, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, Cuadernos de Crítica, 5, 1977; *Casos difíciles* [*Hard Cases*], traducción de Javier Esquivel, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1982, Cuadernos de Crítica, 14. Sobre la obra de Dworkin puede consultarse: Nino Carlos S. "Dworkin y la disolución de la controversia positivismo versus iusnaturalismo", *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. vi, núm. 3, noviembre, 1980, pp. 213-234; Carrió, Genaro R. *Dworkin y el positivismo jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1982, N.T.

jurídica (que pueda remontarse a una fuente) que le niegue tal derecho? ¿Existen lagunas en el derecho? ¿Qué significa decir que hay una laguna en situaciones en las que el derecho ha señalado al juez cómo encontrar una solución (e.g. 'actúa como si fueras un legislador')?

Estas y otras cuestiones similares son el objeto de muchas obras de jurisprudencia.⁶ El profesor Dworkin ha intentado mostrar que sostener la tesis de las fuentes hace insolubles estas cuestiones y que, por tanto, el positivismo jurídico es una doctrina incoherente.⁷ Su argumentación puede servirnos como una introducción para apreciar el problema que enfrenta aquel que sostiene la tesis de las fuentes.

i. *La refutación.* El argumento del profesor Dworkin es difuso y permite varias maneras de interpretar la tesis de las fuentes. La siguiente versión de su argumento parece que capta la embestida principal de su ataque: Asúmase que p es una variable que cubre proposiciones jurídicas y que $F(p)$ afirma la existencia de una fuente para p . Asúmase una versión reduccionista del positivismo en la que p signifique lo mismo que $F(p)$. De ahí se sigue que:

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

Esto implica tanto

$$(2) \vdash \neg p \leftrightarrow \neg F(p) \quad (\text{contraposición de (1)})$$

así como

$$(3) \vdash \neg p \leftrightarrow F(\neg p) \quad (\text{sustitución en (1)})$$

⁶ Para una excelente descripción, de la que me he grandemente beneficiado, véase: Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Normative Systems*, Viena, Springer-Verlag, 1971 (Library of Exact Philosophy 5). Mis conclusiones difieren de las suyas principalmente porque no dejan lugar para conflictos normativos (los cuales no equivalen a inconsistencias) o para lagunas de valores de verdad. Tampoco llegan a las conclusiones a las que yo llego a partir de la tesis de las fuentes. (Existe versión española —aunque con otro título y algunas otras adiciones—: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974. N.T.)

⁷ Véase: Dworkin, R. M., *No Right Answer?*, en Hacker, U. M. S. y Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, cit., pp. 58-84. Algunos de los argumentos los repite en *Taking Rights Seriously* (London, Duckworth, 1978), en el capítulo XIII: *Can Rights be Controversial?* (pp. 279-290).

Por tanto, (1) implica

$$(4) \vdash \neg F(p) \leftrightarrow F(\neg p).$$

Esto es, este último teorema en que siempre que p no tenga fuente alguna (e.g. p no ha sido legislada ni hecha la *ratio decidendi* de una decisión judicial obligatoria, etcétera), $\neg p$ tiene fuente (e.g. se ha legislado que $\neg p$). Esta conclusión es obviamente falsa. En Inglaterra, por ejemplo, no existe fuente alguna para la proposición jurídica de que está jurídicamente prohibido matar alguna mariposa, pero, tampoco existe fuente para su contradicción, i.e. que no está jurídicamente prohibido matar alguna mariposa. (1) Tiene que ser rechazado en tanto que implica una conclusión falsa.

ii. *La solución positiva/negativa.* Un positivista no puede aceptar una interpretación de la tesis de las fuentes que implique (1). ¿Qué caminos tiene disponibles para escapar de la crítica del profesor Dworkin? Tres soluciones diferentes serán brevemente delineadas en esta sección. En la siguiente sección argumentaré, con mayor detalle, en favor de una cuarta solución. Primeramente se puede hacer hincapié en que diferentes categorías de proposiciones jurídicas deben distinguirse. (1) tiene que restringirse a una sola categoría y no a toda proposición jurídica se le debe permitir substituir a p en (1). En particular proposiciones jurídicas positivas deben ser distinguidas de las negativas. La tesis de las fuentes se preocupa únicamente de las proposiciones positivas, las negativas no pueden, de acuerdo con esto, ser sustituidas por p en (1). Esto bloquearía la inferencia de (3) y, por tanto, de (4). Permítasenos asumir que seguimos tal línea de razonamiento y distinguimos entre proposiciones jurídicas positivas (siendo Pp una variable que cubre a ellas solamente) y proposiciones jurídicas negativas (Np). Una proposición negativa es verdadera si, y sólo si, la proposición positiva correspondiente es falsa. Será falsa si, y sólo si, la proposición positiva correspondiente es verdadera. De ahí que:

$$(5) \vdash Np \leftrightarrow \neg Pp.$$

La tesis de las fuentes es entendida como implicando

$$(6) \vdash Pp \leftrightarrow F(Pp).$$

Hay un teorema adicional para las proposiciones negativas:

$$(7) \vdash F(Np) \rightarrow Np.$$

Los teoremas (5) y (6) implican

$$(8) \vdash \neg F(Pp) \rightarrow Np \quad (\text{contraposición de (6) y sustitución de sus equivalentes en él})$$

De esta manera habría dos teoremas consistentes para proposiciones negativas y fuentes relacionadas (los teoremas (7) y (8)) y uno para proposiciones positivas, el (6).

Esta maniobra no sería más que un truco a menos que las proposiciones jurídicas positivas y negativas puedan ser distinguidas de forma tal que exista una razón independiente para tratar de forma diferente los tipos de proposiciones que resulten. Afortunadamente dichas razones han sido frecuentemente señaladas con anterioridad. Es un rasgo del lenguaje jurídico que mientras uno necesita de una norma o de alguna fuente jurídica para sostener que una persona tiene un deber, que está jurídicamente casado, o que un contrato o un testamento es válido, la ausencia de fuente, por el contrario, es suficiente para mostrar que no existe ningún deber, matrimonio, contrato, etcétera. Un contrato válido tiene que ser celebrado, la validez de un matrimonio depende del hecho de que ciertos pasos sean dados, se necesita una disposición jurídica para imponer un deber, etcétera. Pero no hay necesidad de que haya un *no-contrato* para que no exista contrato, una *no-ceremonia* para que dos personas se conserven no casadas entre sí y una *no-disposición* que confiera un *no-deber* a una persona.

Señalar las obvias asimetrías entre las proposiciones jurídicas positivas y las negativas no es explicarlas. Tampoco puede negarse que muchos casos crean problemas. ¿Es necesaria una fuente para tener un derecho o acaso éste se tiene a menos que una fuente lo niegue? Tales problemas requieren de aclaraciones adicionales, las cuales, por sí mismas, arrojan más luz sobre la naturaleza de la tesis de las fuentes.⁸

⁸ Una breve exposición de esta cuestión se puede ver en mi libro: *The Concept of a Legal System*, cit., pp. 170-172. La explicación que sigue es meramente una elaboración de puntos de vista que aparecen ahí.

iii. *La solución verdadera/falsa.* La tesis de las fuentes puede ser defendida, aunque no lo necesita, en base a la distinción entre enunciados positivos y negativos. Si uno no desea fundamentarse en (6) y (7), presuponiendo una distinción entre preposiciones jurídicas negativas y positivas, uno puede aceptar, en su lugar, (9) y (10):

- (9) $F(p)$ es una condición lógicamente necesaria y suficiente para la verdad de p .
 (10) $F(\neg p)$ es una condición lógicamente necesaria y suficiente para la falsedad de p .

Esta solución es proporcionada por el propio profesor Dworkin. Como $\neg(p \ \& \ \neg p)$ y puesto que (9) implica que $F(\neg p)$ es necesaria y suficiente para la verdad de $\neg p$, esta solución implica:

$$(11) \vdash F(\neg p) \rightarrow \neg F(p)$$

y por tanto

$$(12) \vdash \neg(F(\neg p) \ \& \ F(p)).$$

El teorema (12) puede parecer contraintuitivo. Significa que si $\neg p$ tiene una fuente (digamos que fue legislado), entonces p no tiene fuente alguna (no fue legislado, no fue hecho precedente obligatorio, etcétera). ¿Que no puede haber una situación en la cual tanto p como $\neg p$ hayan sido válidamente legisladas? En tal caso $F(\neg p) \ \& \ F(p)$ es verdadera aunque su negación es implicada por (9) y (10). Pero a todo lo que esta objeción equivale es que las fuentes tienen que ser definidas de forma tal que $\neg F(\neg p)$ sea parte de la fuente de p . La posibilidad de que una condición negativa como ésta sea parte de la fuente, no es más que la posibilidad de abrogar legislando lo opuesto a la norma anterior; por ejemplo, abrogando una permisión al legislar una prohibición, o una prohibición, legislando una permisión. Como la fuente que sea suficiente para establecer la verdad de una proposición jurídica tiene que garantizar que la norma en la cual ésta se basa no ha sido derogada, tiene que incluir la condición negativa ($\neg F(\neg p)$) ahí donde esta forma de derogación sea jurídicamente reconocida. Si ha de preservarse la consistencia lógica del lenguaje jurídico,

entonces debe postularse que ahí donde el derecho positivo no proporciona una regla de precedencia, *i.e.* una regla que determine cuál de las dos normas en conflicto queda sin efecto (o cuál de las dos es derogada), entonces ambas quedan sin efecto de forma que no es el caso que $F(p)$ ni de que $F(\neg p)$ sean verdaderas.⁹

La *solución verdadera/falsa* difiere de la *solución negativa/positiva* al presuponer aquélla la posibilidad de lagunas jurídicas. En cierto sentido el positivista de la versión que damos de Dworkin también presupone la posibilidad de lagunas en el derecho. Pero para éste, como también para la versión de la *solución negativa/positiva* considerada, las lagunas jurídicas dependen de lagunas *no-jurídicas*. De acuerdo con estas versiones si pudiera ser el caso de que ni $F(p)$ ni $\neg F(p)$, entonces podría ser, también, que ni p ni $\neg p$. Esta posibilidad está abierta, también, en la *solución verdadera/falsa*, pero a ella se le suma la posibilidad de lagunas que no derivan de lagunas *no jurídicas*: aquellas que surgen siempre que no es el caso que $F(p)$ ni que $F(\neg p)$. Cuando esto ocurre no hay fuente para p ni para $\neg p$. Puesto que, a diferencia de la *solución negativa/positiva*, la *solución verdadera/falsa* no distingue entre proposiciones positivas y negativas y requiere de una fuente para ambas, tiene que conceder, y efectivamente concede, la posibilidad de que para alguna p , no es el caso de que p ni $\neg p$ tengan fuente. En tal circunstancia no es el caso de que p ni $\neg p$ sean ni verdaderas ni falsas.

Obsérvese que tal laguna no impide que se defina una permisión como la negación de una prohibición. 'A x le está jurídicamente permitido ϕ -r significa lo mismo que "jurídicamente, a x no le está prohibido ϕ -r, ($JPer\ x, \phi = df. J \neg Pr\ x, \phi$). Pero esto debe distinguirse de no está jurídicamente prohibido a x ϕ -r ($\neg JPr\ x, \phi$). De acuerdo con la *solución verdadera/falsa*, no puede ser el caso de que a uno le sea jurídicamente permitido hacer aquello que le está jurídicamente prohibido hacer:

$$(13) \vdash \neg (JPr\ x, \phi \ \& \ JPer\ x, \phi).$$

Por tanto, por definición

⁹ La misma estipulación tiene que ser hecha en la versión de la *solución positiva/negativa* arriba expuesta. Mi posición, tal y como será presentada más adelante, no requiere de este tipo de estipulación.

$$(14) \vdash JPr\ x, \phi \leftrightarrow J \neg Per\ x, \phi$$

Pero es posible que un acto no sea prohibido ni permitido:

$$(15) \vdash \spadesuit ((\neg JPr\ x, \phi) \ \& \ (\neg JPer\ x, \phi)).$$

Cuando una acción no está jurídicamente prohibida ni jurídicamente permitida, hay laguna jurídica. El teorema (15) es justamente un caso especial del caso general de lagunas jurídicas permitido por las solución *verdadera/falsa*, donde no es el caso de que p ni $\neg p$ sean verdaderas.

La solución *verdadera/falsa* puede ser considerada como la más apegada a la tesis de las fuentes en tanto considera que ningún enunciado jurídico es verdadero salvo que tenga una fuente. La solución del positivista de la versión que damos de Dworkin y la solución *positiva/negativa* permiten que las proposiciones jurídicas negativas puedan ser verdaderas aun si no tienen otra fuente que la ausencia de una fuente para su proposición contradictoria.

En *No Right Answer?* el profesor Dworkin niega que la solución *verdadera/falsa* sea parte de una aceptable teoría del derecho: "Todo estriba en la cuestión de cuáles son las reglas-básicas que en la práctica jurídica efectivamente sigan los participantes y fácilmente podemos imaginarnos reglas básicas muy diferentes a las que el positivismo presupone."¹⁰

Con esto el profesor Dworkin tiene que significar que los tribunales de cierto país pueden seguir la práctica de respetar ciertas consideraciones en vez de otras, en base a otros fundamentos que sus fuentes, *i.e.* fundamentos determinados no por hechos sociales sino por valores morales.¹¹ Esto, por supuesto, es posible. El punto de vista de la tesis de las fuentes consiste no en que los tribunales nunca se basen en consideraciones sin fuentes, sino que cuando lo hacen no se están basando en consideraciones jurídicamente obligatorias sino que actúan discrecionalmente. El profesor Dworkin no refuta el positivismo jurídico. Prefiere ignorarlo. Sin embargo, su omisión es muy útil. Llama la atención hacia el problema de la relación entre el derecho y la decisión judicial. Si la tesis de las

¹⁰ Cfr. Dworkin, R. M., *No Right Answer?*, cit., p. 74.

¹¹ El profesor Dworkin tiene que querer decir eso si su argumento ha de mostrarse siquiera como teniendo alguna fuerza contra la tesis de las fuentes, la cual es convertida en su blanco en esa parte de su artículo.

fuentes implica que hay jurisdicción no obstante la existencia de lagunas, entonces tiene que explicar cómo se ejerce tal jurisdicción.

iv. La solución prima facie. Esta solución no ha sido explorada por los filósofos del derecho. Se basa en la idea de que las disposiciones jurídicas válidas, obligatorias, pueden entrar en conflicto y que tales conflictos no son inconsistencias. Los conflictos muestran que una disposición jurídica posee tan sólo fuerza *prima facie*. Lo que de forma concluyente es requerido por el derecho en cualquier situación dada no puede, por tanto, ser juzgado consultando una sola disposición jurídica, sino, frecuentemente, es resultado de la presencia de varias, algunas de las cuales bien pueden estar en conflicto. Consecuentemente, se deben distinguir dos tipos de proposiciones: proposiciones sobre lo que es *prima facie* el caso y proposiciones sobre lo que concluyentemente es el caso.¹² La solución *prima facie* interpreta la tesis de las fuentes como aplicándose a proposiciones jurídicas *prima facie* (*Pf p*, en breve). Por tanto, (1) es rechazado en favor de:

$$(16) \vdash Pf p \leftrightarrow F(p).$$

Éste implica el equivalente de (2), a saber:

$$(17) \vdash \neg F(p) \leftrightarrow \neg Pf p.$$

Pero el equivalente de (3) deviene

$$(18) \vdash F(\neg p) \leftrightarrow Pf \neg p.$$

No hay nada que pueda considerarse como fuente de $\neg Pf p$. Se puede establecer legislativamente que existe el deber *prima facie* de $\phi-r$, pero no se puede establecer legislativamente que no existe ningún deber *prima facie* de $\phi-r$ (como diferente de 'hay un deber *prima facie* de no $\phi-r$ '). Si no hay ningún deber *prima facie* de $\phi-r$,

¹² El profesor Dworkin en el capítulo II: *The Model of Rules I* de su libro: *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 14-45 (publicado previamente como artículo en *Chicago Law Review*, 1967) hace gran esfuerzo por llamar la atención de los filósofos del derecho sobre el carácter *prima facie* de muchas normas. En mi artículo "Legal Principles and the Limits of Laws" (en *Yale Law Journal*, vol. 81, núm. 5, abril, 1972, pp. 823-854), se ofrece una explicación del carácter *prima facie* del derecho, más extenso y más radical de lo que el profesor Dworkin considera.

esto no puede ser resultado de una fuente especial. Sólo puede resultar de la ausencia de fuente para su contrario (como en (17)). De ahí que la refutación de Dworkin no se aplique.

En muchos aspectos la solución *prima facie* es pariente cercana de la solución *positiva/negativa*. De acuerdo con ambas, donde: $\neg F(p) \ \& \ \neg F(\neg p)$ (o bien, $\neg F(Pp) \ \& \ \neg F(Np)$) no hay laguna, como la solución *verdadera/falsa* determina. Por tanto, ambas permiten que ciertas proposiciones jurídicas sean verdaderas aun cuando no haya fuente; ambas limitan esto a proposiciones negativas ($\neg Pf \ p$ o bien, Np). Sin embargo, la solución *prima facie* no se entrega a una categorización general de todas las proposiciones jurídicas en negativas o positivas. En vez de eso, se basa en una distinción entre negaciones internas y negaciones externas de las proposiciones *prima facie* y en la idea de que la ausencia de un estado de cosas *prima facie* no requiere de fuentes.¹³

Al introducir la noción de proposición *prima facie*, esta solución puede prescindir del teorema (12) que establece que $\neg(F(\neg p) \ \& \ F(p))$. Este teorema (al igual que el (11)) no puede ser derivado del (16) y del (18). Todo lo que se sigue de éstos es:

$$(19) \vdash (F(\neg p) \ \& \ F(p)) \rightarrow (Pf \ p \ \& \ Pf \ \neg p).$$

Si el antecedente es verdadero, entonces existen normas jurídicas que están en conflicto, pero ninguna contradicción. El rechazo de (11) y (12) parece ser una ventaja. Pero, sea o no una ventaja el admitir que el derecho tiene lagunas, se debe mencionar que la solución *prima facie*, aunque rechaza la afirmación de que hay lagunas donde el derecho calla, abre la posibilidad de un nuevo tipo de laguna, i.e. a través de la existencia de conflictos insolubles. Si $Pf \ p \ \& \ Pf \ \neg p$ y si no hay suficiente fundamento para determinar cómo se debe resolver el conflicto, entonces ni p ni $\neg p$ es la concluyente situación jurídica verdadera. En tal caso decimos que el derecho es incierto y esto significa que tiene una laguna.

¹³ La falta de distinción entre Pp y Np conduce a un resultado aparentemente contraintuitivo, tal como (i) $\vdash \neg F(Per \ x, \ \phi) \leftrightarrow \neg Pf(Per \ x, \ \phi)$. Esto es, si no hay una fuente que permita a $x \ \phi$, entonces no es el caso de que *prima facie* le esté permitido a $x \ \phi$. Pero esto no es realmente paradójico. Asíumase que (ii) ya sea $F(Pr \ x, \ \phi)$ o bien $\neg F(Pr \ x, \ \phi)$. Si .iii) $F(Pr \ x, \ \phi)$, entonces (iv) $Pf \ (\neg Per \ x, \ \phi)$ y, en tal caso, (i) no es paradójico. Si (v) $\neg F(Pr \ x, \ \phi)$, entonces (vi) $\neg Pf(Pr \ x, \ \phi)$ (por 18). De acuerdo con (15) (adaptado a las proposiciones $Pf \ (vi)$ implica $Pf(Per \ x, \ \phi)$). La permisón *prima facie* resulta de la ausencia de prohibición, que ésta no resulte de la ausencia de una permisón explícita no es, pensándolo bien, sorprendente.

2. Fuentes del derecho y disposiciones jurídicas

i. *Cuestiones abiertas.* Las diferentes soluciones delineadas en la explicación previa dan origen a muchas cuestiones nuevas. Si la solución *positiva/negativa* es viable, tiene que proporcionar un criterio por medio del cual todos los enunciados jurídicos puedan ser identificados como positivos o como negativos. Si la solución *verdadera/falsa* ha de sobrevivir, tiene que explicar por qué reglas de clausura como: 'lo que no está prohibido está permitido', 'si un contrato no es jurídicamente válido, entonces es jurídicamente inválido', 'si una persona no es culpable, es inocente', etcétera, son frecuentemente consideradas como universalmente válidas. Es la supuesta validez de estas reglas la que proporciona la base intuitiva para aceptar la solución *positiva/negativa*. La solución *verdadera/falsa*, sin embargo, se basa en el rechazo de estas reglas de clausura como universalmente válidas (pueden ser 'localmente' válidas, para algunos órdenes jurídicos) toda vez que sostiene que un hombre puede ser ni culpable ni inocente; un contrato, ni válido ni inválido; un acto, ni prohibido ni permitido. Si las soluciones *negativo/positiva* y la *verdadera/falsa* son incompatibles, se necesita decir mucho más sobre los detalles precisos de cada una antes de que un juicio pueda ser pronunciado sobre el triunfo de cualquiera de las dos.¹⁴ La solución *prima facie* trae consigo sus propios problemas y, en particular, el de la relación entre juicios *prima facie* y juicios concluyentes.

Además de estas cuestiones, y otras similares, específicas de cada una de las diferentes soluciones, existen problemas más importantes comunes a todas ellas como a otras soluciones posibles: ¿Cuál es la naturaleza exacta de la relación entre una disposición jurídica y su fuente? ¿La tesis de las fuentes implica la posibilidad de lagunas? y, si es así ¿en base a qué fundamentos? ¿Cómo se relaciona la existencia de lagunas con la presencia o ausencia de jurisdicción para la resolución judicial en tales casos?

Tres soluciones fueron delineadas con anterioridad para señalar los principales caminos que un positivista puede tomar así como algunos de los más importantes problemas y efectos que cada camino implica. En el resto del presente capítulo desarrollaremos otra solución, diferente de las que hemos presentado ante-

¹⁴ Como se verá más adelante, las dos soluciones son compatibles si son propiamente interpretadas.

riormente, pero constituyendo esencialmente una variación de la solución *prima facie*. Con esta solución espero que algunos de los problemas mencionados puedan ser, al menos, parcialmente resueltos.

ii. *Enunciados jurídicos*. Las fuentes del derecho son normalmente consideradas como fuentes de disposiciones jurídicas. La ocurrencia de un acontecimiento de cierto tipo crea una disposición jurídica. Ciertos enunciados jurídicos son verdaderos únicamente en virtud de ésta u otra disposición jurídica. Estos son enunciados jurídicos puros. Otros enunciados jurídicos son verdaderos en virtud de la existencia de disposiciones jurídicas y de otros actos tales como la celebración de contratos, testamentos, la comisión de delitos y otros actos ilícitos, el ejercicio de facultades públicas o privadas, el cumplimiento de obligaciones. Éstos son enunciados jurídicos aplicados.

La utilidad de 'interponer' disposiciones jurídicas entre fuentes del derecho y enunciados es auto-evidente. Primeramente, distingue los hechos creadores de derecho de otros hechos relevantes para la verdad de algunos enunciados jurídicos tales como la comisión de hechos ilícitos o la celebración de actos jurídicos privados. En otras palabras, juega un papel muy importante en la determinación del sistema de distinciones entre derecho público y privado. Las disposiciones jurídicas son, también, el dispositivo que nos permite referirnos al contenido del derecho sin hacer referencia a las circunstancias de su creación, cuyo detalle es irrelevante para la mayoría de los propósitos prácticos. Cuando se quiere hablar sobre lo que ha sido mandado en vez de quién, cuándo y cómo manda, uno se refiere a los mandatos y todo lo que uno necesita saber es que dichos mandatos fueron, en una u otra forma, propiamente emitidos. Por razones similares hablamos con mayor frecuencia de normas jurídicas que de actos legislativos, etcétera, en lo que a la imposición de deberes se refiere.

Para nuestros propósitos, sin embargo, omitir las disposiciones jurídicas y describir directamente las relaciones entre fuentes del derecho y enunciados jurídicos simplifica el problema sin distorsionar ningún hecho esencial. Pero, es importante recordar que 'fuentes del derecho' significa aquí no simplemente actos creadores del derecho sino todo tipo de actos que hagan verdaderos o falsos los enunciados jurídicos. ¿Qué son, pues, los enunciados jurídicos?

Éstos son expresados de muchas maneras, pero las más de las veces a través del uso de operadores: 'conforme al derecho...', 'jurídicamente...' o mediante el adjetivo 'jurídico' ('tiene el deber jurídico de...', etcétera). Frecuentemente no es dada ninguna indicación lingüística para señalar que una oración es usada para hacer un enunciado jurídico: 'no debes hacer esto' puede ser usado para hacer un enunciado jurídico. Es imposible identificar terminantemente los enunciados jurídicos por su forma o mediante cualquier indicador lingüístico; se identifican por la naturaleza de sus condiciones de verdad. Esta cuestión será considerada más adelante. Aunque no existe forma lingüística alguna cuyo uso sea necesario para expresar enunciados jurídicos, todos ellos pueden ser expresados por oraciones deónticas (*i.e.* oraciones sobre lo que se tiene o no se tiene que hacer, qué derechos, obligaciones, permisiones, libertades, facultades tiene o carece la gente, qué transacciones fueron afectadas; etcétera) precedidas por 'jurídicamente...' o 'conforme al derecho...' y por oraciones obtenidas de éstas mediante operaciones de lógica proposicional, cuantificacional y modal. Tales oraciones pueden ser consideradas como la forma canónica de los enunciados jurídicos. (*Jp* indicará *jurídicamente p* en formulaciones formalizadas.)¹⁵

Un enunciado no es un enunciado del derecho en abstracto, sino un enunciado del derecho inglés, del derecho alemán; de manera que los operadores deben ser: 'conforme al derecho inglés...', etcétera. Sin embargo, la referencia al orden jurídico particular será omitida en esta explicación siempre que se recuerde que todos los enunciados jurídicos son enunciados de diferentes órdenes jurídicos particulares.

Los enunciados jurídicos como, en general, los enunciados deónticos, son lógicamente estratificados. Los enunciados de razones jurídicas para actuar forman el *stratum* más elemental. Las permisiones, los deberes y las facultades son explicados en términos de razones; los derechos son explicados en términos de deberes, permisiones y facultades; las transacciones jurídicas, en términos de derechos y facultades, etcétera. Para analizar la naturaleza de las lagunas del derecho de manera completa se tiene que examinar

¹⁵ Obsérvese que 'hay una norma que *p*' implica que 'jurídicamente *p*' y normalmente implica que *p* es parte del contenido de una norma particular. Como ha sido señalado antes, para los propósitos de esta explicación, tales enunciados son asimilados a otros enunciados jurídicos y no son tratados como una categoría especial.

cada tipo de enunciado de forma separada. Pero, dado un adecuado análisis de los demás conceptos deónticos, de hecho, una vez que el problema de las lagunas es analizado por enunciados de razón, se sigue el resto. La presente explicación se limitará, por tanto, al caso de las razones.

Tres tipos de enunciados de razón serán considerados:

1. p es una razón para que $x \phi$, o simplemente $(p R x, \phi)$
2. hay una razón para que $x \phi$, o simplemente $(R x, \phi)$
3. hay una razón concluyente para que $x \phi$, o simplemente $(R_c x, \phi)$.

Los enunciados del tipo 1 no serán analizados aquí. Los enunciados del tipo 2 son verdaderos si, y sólo si, un enunciado correspondiente del tipo 1 es verdadero. Podría haber una razón para ϕ y, al mismo tiempo, una razón en conflicto para no ϕ . Hay una razón concluyente para que $x \phi$, si hay una razón para que $x \phi$ la cual supera todas las razones en conflicto, no se encuentra excluida por ninguna razón excluyente ni cancelada por ninguna condición cancelatoria. No puede haber razones concluyentes en conflicto, *i.e.*

$$(20) \vdash (R_c x, \phi \ \& \ R_c x, \bar{\phi})$$

Al mismo tiempo no ha de asumirse que en cada caso a los cuales se aplican razones exista una razón concluyente para la acción o en contra de ella, esto es:

$$(21) \text{ '}(R_c x, \phi) \vee (R_c x, \bar{\phi})\text{' es falso.}$$

Hay muchos tipos de permisiones; para nuestros propósitos dos tipos deben ser considerados:

$$(22) \ x \text{ tiene permiso explícito para } \phi \text{-} r \ (Per_e x, \phi) = df. \text{ Hay un hecho con cierta fuerza para cancelar razones para } no\text{-}\phi\text{-}r \ (\bar{\phi}\text{-}r).$$

- (23) x tiene una permisión concluyente para ϕ - r ($Per_c x, \phi$) =
 $df.$ Es falso que haya una razón concluyente para que x $\bar{\phi}$
(i.e. $\neg R_c x, \bar{\phi}$).

Una permisión concluyente para actuar es la contradictoria de una razón concluyente para abstenerse de tal acto. De ahí que lo siguiente sea una verdad lógica:

- (24) $\vdash (R_c x, \phi) \leftrightarrow \neg (Per_c x, \bar{\phi})$.

En lo principal, la definición de una permisión concluyente sigue el enfoque acostumbrado de las permisiones. La noción de una permisión explícita es menos familiar. Los filósofos y los lógicos frecuentemente consideran las 'permisiones' como una nominalización del verbo deóntico 'poder'.^b Pero en el discurso ordinario 'permisión' significa un acto que concede permiso, y a una persona le es permitido actuar sólo si le ha sido otorgado el permiso de hacerlo. La 'permisión explícita' está destinada a explicar esta noción de permisiones otorgadas u obtenidas. 'Me permitió entrar al cuarto' supone que había una razón por la que yo no debía hacerlo, la cual, justamente, cancela esta permisión. Pero, una permisión puede ser otorgada no sólo para cancelar una razón existente, sino, también, para prevenir posibles razones, cancelándolas de antemano: el gerente, así como su secretaria, pueden objetar que una persona tenga acceso a los archivos. Si cualquiera de los dos objeta, entonces tal persona tiene una razón para no acercarse a tales archivos. Un periodista pretende consultar los archivos. No tiene ninguna razón para no hacerlo puesto que mientras ninguna objeción sea hecha los archivos son accesibles al público. Anticipándose a la posible objeción de la secretaria, obtiene la permisión del gerente. Esta permisión cancela la fuerza de la objeción de la secretaria (si llegara a producirse).

Estos son los únicos tipos de enunciados deónticos que habrán de ser explicados aquí. Todos los otros (y más complejos) enunciados deónticos son explicados señalando su relación lógica con estas formas elementales de enunciados. Por consecuencia, aunque lo siguiente es una explicación de un tipo particular de enuncia-

^b En tanto que corresponde al verbo auxiliar 'may' (deontic 'may') en inglés. N.T.

do, las consideraciones invocadas se aplican a todos los enunciados jurídicos de todo tipo.

iii. Las fuentes del derecho como razones. Enunciados de la forma $JR x, \phi$, *i.e.* existe una razón jurídica para que $x \phi$ (el cual significa lo mismo que jurídicamente x debe ϕ), son verdaderos, de acuerdo con la tesis de las fuentes, en virtud de la existencia de una fuente, *i.e.* un apropiado hecho social determinable sin recurrir a argumentos morales. Sin embargo, la relación entre el enunciado de una fuente del derecho y el enunciado jurídico correspondiente no es identidad de significado sino que es una relación entre fundamento y consecuencia. Dos respuestas comunes a '¿por qué se debe ϕ ?' Son: 'porque hay una nueva norma para tal efecto' o bien 'porque el año pasado el Parlamento lo decretó así'. Ambos conducen a lo mismo (véase, sin embargo, el siguiente inciso). Como la referencia a las disposiciones jurídicas no se examina en este capítulo, únicamente el segundo tipo de respuesta será objeto de nuestro interés. Llama la atención hacia el muy conocido hecho de que la celebración de contratos, matrimonios, confección de normas, etcétera, son razones para actuar. Se debe hacer lo que se contrató hacer, porque así se contrató hacer. Se debe sustentar a una persona porque uno se casó con ella. Se debe pagar el impuesto sobre la renta porque el Parlamento legisló a tal efecto, etcétera.

Las fuentes del derecho son razones para actuar. Si f es una variable que cubre enunciados de fuentes sociales, entonces $f JR x, \phi$ (' f es una razón jurídica para que $x \phi$ ') es la forma general de los enunciados de razones jurídicas. Tales enunciados son verdaderos si, y sólo si, f es verdadero y es un enunciado de la apropiada condición social de acuerdo con la doctrina de la identidad.

Como la existencia de la fuente apropiada es una razón para que $x \phi$, su existencia es el fundamento de verdad de los enunciados de la forma 'jurídicamente x debe ϕ ' ($JR x, \phi$). Éstos son esencialmente enunciados existenciales que afirman que hay un hecho tal que es una razón jurídica para que $x \phi$ ($JR x, \phi$ es esencialmente lo mismo que $(\exists f) f JR x, \phi$). La existencia de la fuente es el fundamento de verdad de un enunciado de lo que jurídicamente se debe hacer, de la misma forma en que la existencia de un caso apropiado es el fundamento de verdad de un enunciado existencial. Sobre esta interpretación la tesis de las fuentes implica:

- (25) enunciados de la forma $p JR x, \phi$ son verdaderos sólo si enunciados de hechos sociales especificables sin recurrir a argumentos morales son sustituidos por p .

La tesis de las fuentes implica una condición similar con respecto a las permisiones explícitas:

- (26) enunciados de la forma $JPer_e x, \phi$ son verdaderos sólo si hay un hecho social determinable sin recurrir a argumentos morales el cual tiene fuerza para cancelar razones jurídicas.

Los hechos aludidos son hechos tales como una ley del Parlamento que deroga una prohibición jurídica o un deber, una garantía constitucional de ciertas libertades, la autorización dada por una persona a otra de usar cierta propiedad. La tesis de las fuentes, se debe tener presente, es una tesis sobre el derecho no sobre la razón práctica en general. (25) y (26) no pretenden afirmar que únicamente los hechos sociales pueden ser razones o permisiones, sino sólo que, tales hechos pueden ser razones jurídicas y permisiones jurídicas. De lo anterior se sigue que mientras siempre exista una fuente para los enunciados de la forma $JR x, \phi$ no hay fuente alguna para los enunciados negativos: $\neg JR x, \phi$, o bien $J \neg R x, \phi$. Si existe una diferencia entre 'no es el caso que jurídicamente se deba ϕ -r' y 'conforme al derecho no es el caso que se deba ϕ -r' será considerado más adelante. Intuitivamente, la negación de una razón jurídica no es más que la ausencia de una razón jurídica. No tiene sentido buscar una fuente para la ausencia de una razón jurídica o de otro tipo. Esto no es sino el reflejo del hecho de que $\neg(p JR x, \phi)$ tampoco tiene ninguna fuente.

Aquí la refutación del profesor Dworkin se evita de una forma diferente: negando que pueda haber una fuente para cierto tipo de enunciados jurídicos. Esta afirmación puede parecer sorprendente, por tanto, requiere de una más amplia explicación. Frecuentemente se dice, por ejemplo, que aunque una permisión puede ser inferida de la ausencia de una prohibición, puede, también, ser resultado de una norma que directamente lo confiere. Consecuentemente, las permisiones pueden tener fuentes. Esto, por supuesto, no ha sido negado. Lo que ha sido negado es que las permisiones del mismo tipo pueden fundamentarse en fuentes o no tener fuentes. Las permisiones explícitas siempre se basan en

fuentes; las permisiones concluyentes, nunca. La promulgación de una norma que deroga una prohibición jurídica es una permisión explícita:¹⁶ cancela una razón. El otorgamiento de una permisión futura confiere una inmunidad: es un hecho con fuerza para cancelar la fuerza de ciertos hechos como razones. Una libertad constitucionalmente garantizada otorga una inmunidad en contra de la legislación parlamentaria al tener fuerza para cancelar las razones que surjan de la legislación parlamentaria. Normalmente, cuando se tiene una permisión explícita, se tiene, también, una permisión concluyente. De ahí que, frecuentemente, enunciados comunes sobre libertad, derechos y permisiones no distinguen, y no necesitan distinguir, entre estos dos tipos de permisiones. Una vez hecha la distinción, ésta se sigue de la definición de que las permisiones explícitas dependen siempre de fuentes, mientras que las permisiones concluyentes, nunca.

Las razones jurídicas concluyentes son razones jurídicas ordinarias y, como tales, son hechos sociales. Son razones que no han sido vencidas y, por ello, también dependen de la ausencia de hechos que puedan vencerlas. La tesis de las fuentes requiere que la forma por la que los conflictos de razones hayan de ser resueltos esté, también, determinada, al grado de estar, por completo, jurídicamente determinada por hechos sociales. Tales hechos son, también, fuentes del derecho.

iv. Disposiciones jurídicas últimas. La afirmación de que las fuentes del derecho son razones para actuar origina tantas cuestiones como las que resuelve. ¿Son las razones jurídicas razones morales, razones de prudencia o hay un distinto y especial tipo de razones que las razones jurídicas ejemplifican? ¿Los enunciados jurídicos ordinarios suponen aprobación moral del derecho? Estas cuestiones no pueden ser exploradas aquí (sin embargo, se encuentran indirectamente resueltas en el capítulo VIII). Pero, supongamos que se pregunta: ¿Por qué cierto acto legislativo es una razón para actuar? ¿Acaso es en virtud de fundamentos morales que la orden de un policía, por ejemplo, es una razón para actuar? Como quiera

¹⁶ Puede ser importante observar que las permisiones cancelatorias explicadas en el capítulo I son una subclase de permisiones explícitas. Ahora bien, puesto que se señaló en el capítulo II que todas las razones jurídicas son razones protegidas, entonces las permisiones jurídicas explícitas son permisiones cancelatorias y la facultad de conferirles es un poder normativo.

que sea algunos de esos fundamentos son jurídicos, mientras otros pueden no serlo. La orden del policía es una razón válida porque, generalmente, los policías actúan para preservar la paz y son dignos de confianza. Éste no es un fundamento jurídico. Otro fundamento para aceptar que la orden del policía es una razón para actuar es que el Parlamento le confirió facultad para dar tales órdenes. Puede haber o puede no haber fundamentos no jurídicos para aceptar fuentes de derecho como razones, pero, sin embargo, siempre hay tales fundamentos jurídicos; o casi siempre, puesto que, al fin de cuentas, uno enfrenta las disposiciones jurídicas *últimas*.

Supongamos que se pregunta por qué es verdad que en el derecho inglés la legislación parlamentaria obliga a los tribunales. La respuesta es de que esto es así en virtud de la práctica de los tribunales, los cuales siguen una regla a tal efecto y porque las reglas practicadas por los tribunales de un orden jurídico son disposiciones jurídicas de tal orden de acuerdo con la doctrina de la identidad. Aquí (como en el caso de todas las disposiciones jurídicas *últimas*) la práctica de los tribunales es lo que hace de una regla una disposición jurídica y es, así, su fuente. Pero, la relación de fuente a disposición jurídica y de fuente a la acción que la disposición jurídica requiere difiere, en el caso de las disposiciones jurídicas *últimas*, de este tipo de relaciones en el resto del derecho.

En el resto del derecho tanto la disposición jurídica como su fuente pueden ser consideradas, con igual justicia, como la razón para hacer lo que la disposición jurídica prescribe. Las disposiciones jurídicas *últimas* son igualmente razones para la acción que ellas requieren, pero no así su fuente. Que los tribunales ingleses se consideren a sí mismos obligados a aplicar las leyes, no es la razón por la que deban hacerlo. La norma de que ellos deben aplicar leyes es tal razón. La práctica no es más que una prueba (una prueba constitutiva) de que dicha norma es una disposición jurídica; pero no es fundamento de validez de la disposición jurídica, ni tampoco de la acción que ésta prescribe. Este hecho es el que otorga a la norma el carácter de disposición *jurídica* última. El hecho de que una norma sea una disposición jurídica última no significa sino que no existe ningún fundamento jurídico, ninguna justificación jurídica, de su validez. Esto no implica que no exista fundamento o justificación para tal norma; únicamente que si tal fundamento existe, éste no es un fundamento jurídico. En las disposiciones jurídicas ordinarias, su fuente constituye el fundamen-

to de su validez y una razón para comportarse como ellas prescriben. Que el Parlamento así haya legislado es fundamento de la validez de la disposición jurídica y una razón para el comportamiento requerido. Éstas son razones jurídicas puesto que su carácter —de fundamentos de validez— es, a su vez, determinado por otra disposición jurídica. Por definición las disposiciones jurídicas últimas no se encuentran, de esta manera, fundamentadas en razones jurídicas. La ausencia de una ulterior disposición jurídica que determine el fundamento de validez de las disposiciones jurídicas últimas es, precisamente, lo que las hace disposiciones jurídicas *últimas*.

En virtud de que ulteriores disposiciones jurídicas (fundamentadas a su vez, en hechos sociales) determinan qué hechos crean disposiciones jurídicas y son, así, conjuntamente con estos hechos, el fundamento de validez de estas disposiciones jurídicas, pueden ser usadas para identificar las disposiciones jurídicas de cuya validez son fundamento. Como todos los fundamentos son hechos sociales o disposiciones jurídicas basadas en hechos sociales, esta identificación se conforma a la tesis de las fuentes. Pero no hay ningún fundamento jurídico para la validez de las disposiciones jurídicas últimas; ninguna justificación de ellas es suministrada por el derecho. Si ellas son identificables por hechos sociales, *i.e.* si tienen fuentes, tales hechos no pueden ser el fundamento jurídico de su validez. Consecuentemente, tales hechos no pueden ser razones jurídicas para hacer lo que ellas requieren. Sólo son criterios para identificarlas. Los propios tribunales así los usan. Los tribunales ingleses recurren a su propia práctica cuando se preguntan si están obligados por una ley privativa irregularmente producida o por una ley del Parlamento limitando futuros Parlamentos. Sin embargo, se refieren a la fuente del derecho en la práctica judicial con el propósito de identificar el contenido preciso de la disposición jurídica última que los obliga, no para justificarla. Por tanto, aunque la disposición jurídica última es, por sí misma, la razón para la acción que requiere, sus fuentes no lo son.¹⁷

¹⁷ Hart está en lo cierto al afirmar que la regla de reconocimiento, como las demás disposiciones jurídicas, descansa en fuentes sociales. Kelsen, sin embargo, está en lo cierto al insistir en que la relación entre las normas últimas y sus fuentes es diferente de la que se da entre las normas ordinarias y sus fuentes. Los positivistas frecuentemente afirman que la controversia es prueba de que el derecho es incierto. Del análisis presentado aquí se sigue que esto es verdad de las disposiciones jurídicas últimas pero no de las otras.

3. Las lagunas del derecho

i. *La naturaleza de las lagunas.* Hay una laguna en el derecho cuando una cuestión jurídica no tiene ninguna solución^e completa. Entender una cuestión es saber qué es lo que vale como una solución correcta. Esto no significa conocer la solución correcta. Significa saber qué enunciados son soluciones posibles, *i.e.* qué enunciados serían, si son verdaderos, la solución correcta. Una cuestión jurídica es una cuestión sobre la cual todas las posibles soluciones a ella son enunciados jurídicos. Una laguna del derecho existe si ninguna de las posibles soluciones completas a la cuestión jurídica es verdadera. Cuando una cuestión carece de solución tiene varias soluciones secundarias correctas, tales como: 'esta cuestión no tiene solución', 'no hay derecho aplicable al problema', 'el derecho es incierto', etcétera. También puede tener soluciones parciales. Esto ocurre cuando, en particular, algunas de las posibles soluciones completas son falsas mientras que otras no son ni verdaderas ni falsas. La existencia de soluciones parciales y de soluciones secundarias es compatible con la existencia de una laguna del derecho, *i.e.* con la ausencia de una solución completa.

Un tribunal puede tener o no tener jurisdicción sobre una cuestión jurídica dada. Tiene jurisdicción sobre una cuestión cuando está autorizado para buscar su solución y se funda en ella para pronunciar su decisión. Esto esencialmente quiere decir que tiene jurisdicción cuando su decisión, en tanto que solución correcta a la cuestión es *res judicata* (si la respuesta es un enunciado jurídico aplicado) o cuando su decisión es la base sobre la cual los tribunales proceden para el establecimiento de la *res judicata* (si la respuesta es un enunciado jurídico puro). En base a esta definición podemos distinguir dos tipos de lagunas en el derecho:

- a) *Lagunas jurisdiccionales.* Un orden jurídico es jurisdiccionalmente completo si sus tribunales tienen jurisdicción sobre todas las cuestiones jurídicas.

Tiene una laguna jurisdiccional si sus tribunales carecen de jurisdicción sobre ciertas cuestiones jurídicas.

^e Hemos optado por usar la expresión 'solución' en vez de conservar 'respuesta' la cual literalmente corresponde a la palabra 'answer'. 'Solución' es el término usado por Alchourrón y Bulygin en su libro *Normative Systems*, cit. (*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit.). El término "solución" es, además, muy propio para señalar la idea de controversia o litigio. N.T.

- b) *Lagunas del derecho (stricto sensu)*. Un orden jurídico es jurídicamente completo si hay una solución completa sobre todas las cuestiones sobre las cuales los tribunales tienen jurisdicción. Contiene una laguna del derecho si algunas cuestiones jurídicas sometidas a la jurisdicción de los tribunales no tienen ninguna solución completa.

Por supuesto es posible tener un concepto más amplio de lagunas del derecho de acuerdo con el cual el síntoma de una laguna es la presencia de cualquier cuestión jurídica sin solución. Pero el concepto más limitado definido aquí es el más importante. Las lagunas plantean problemas jurídicos y filosóficos sólo si surgen en cuestiones sobre las cuales existe jurisdicción. Un orden jurídico es un sistema normativo que provee a su propia aplicación a través de órganos judiciales los cuales juegan un papel esencial en cualquier doctrina sobre la identidad de los órdenes jurídicos. Ahora bien, puesto que el derecho es identificado a través de los ojos de los tribunales, las lagunas del derecho deben ser también identificadas de la misma manera. Sin embargo, 'una cuestión jurídica' no debe ser identificada como cualquier cuestión a la que un tribunal puede contestar al pronunciar sus decisiones. No puede concederse que todas las cuestiones de las cuales los tribunales se ocupan sean cuestiones jurídicas. Una cuestión jurídica es identificada de forma independiente por el carácter de sus soluciones: únicamente proposiciones jurídicas son posibles soluciones completas a cuestiones jurídicas y las proposiciones jurídicas de un orden jurídico dado son identificadas por sus condiciones de verdad tal y como determina la doctrina de la identidad.

En todos los casos hay una cuestión jurídica que comprende a todas las otras: ¿Qué decisión requiere el derecho en el caso? Una respuesta completa es suministrada al señalar la decisión que el derecho requiere. Cuando ninguna decisión es requerida por el derecho, la cuestión no tiene solución es insoluble y hay una laguna del derecho. En tales casos la cuestión tendrá respuestas secundarias y, posiblemente, sólo respuestas parciales, tales como: 'el derecho es incierto', 'el derecho no requiere nada'. Aquí se asume que la cuestión no está dirigida a la jurisdicción de los tribunales y, por tanto, 'el derecho requiere de una decisión de que no hay jurisdicción' no es una respuesta a la cuestión.

Cuando la decisión de los tribunales versa sobre si una persona

debe o no (de forma concluyente) realizar cierta acción, existen dos posibles respuestas completas:

- 1a. $JR_c x, \phi$, el derecho de forma concluyente requiere tal acción; y
- 2a. $JPer_c x, \bar{\phi}$ i.e. el derecho de forma concluyente permite la omisión de tal acción.

Si ninguna proposición es verdadera, entonces hay una laguna del derecho puesto que no hay ninguna decisión que el derecho requiera. De ahí se sigue que existen dos posibles tipos de lagunas del derecho:

- 1a. ' $JR_c x, \phi$ ' no es ni verdadera ni falsa y ' $JPer_c x, \bar{\phi}$ ' (i.e. ' $J \rightarrow R_c x, \phi$ ') no es verdadera ni falsa.
- 2a. ' $(\neg JR_c x, \phi) \ \& \ (\neg JPer_c x, \bar{\phi})$ ' es verdadera.

Ambos son casos de lagunas si la cuestión de la cual las proposiciones relevantes son solución, se encuentran (si al menos tienen respuestas completas) dentro de la jurisdicción de los tribunales.

ii. Indeterminación y lagunas. Si hay o no una razón jurídica para realizar una cierta acción es cuestión de identificar qué razones jurídicas hay y si son razones para tal acción. En última instancia es cuestión de interpretar el sentido preciso de ciertos hechos, tales como: actos legislativos, decisiones judiciales, etcétera. Si un cierto acto del ejecutivo es una razón jurídica (i.e. si crea una disposición jurídica obligatoria), es cuestión de interpretar un acto legislativo del Parlamento que confiere facultades legislativas al ejecutivo, así como de interpretar el propio acto del ejecutivo. Lo mismo es verdad con respecto a decidir si tal acto del ejecutivo es una razón para cierta acción. Estas cuestiones giran, en alto grado, alrededor de la interpretación del lenguaje usado y de las intenciones con las que ciertos actos fueron hechos. ¿Qué significan las palabras de un contrato, las de un testamento, aquellas de un *memorandum* de una sociedad mercantil, o las de una ley y qué intentaban aquellos que las formularon? Son las cuestiones

más comunes (aunque no las únicas) implicadas al identificar e interpretar razones jurídicas.

Las cuestiones de intención y significado pueden no tener ninguna respuesta. Puede ser que no sea ni verdadero ni falso que al hacer una observación una persona haya intentado insultar a su colega y, por tanto, también, no es ni verdadero ni falso que no lo hubiera intentado. De manera similar puede ser que no sea ni verdadero ni falso que esto sea una habitación o un vehículo de motor. Puede que no sea ni verdadero ni falso que tal hombre sea calvo. Cuando los hechos que son razones jurídicas son indeterminados, por vaguedad, textura abierta o cualquier otro factor, ciertos enunciados no son ni verdaderos ni falsos.¹⁸ Tal indeterminación puede hacer que no sea ni verdadero ni falso que esta estructura sea gravable como habitación, etcétera. Una causa de lagunas del derecho del primer tipo es la indeterminación del lenguaje, de las intenciones y de otros factores. Es importante observar que este tipo de lagunas no constituyen, ciertamente, la peculiaridad del derecho. Tales lagunas dependen totalmente, y derivan, de enunciados ordinarios tales como enunciados sobre intenciones y lenguaje y no de enunciados particularmente jurídicos. La indeterminación de los hechos cotidianos ordinarios son los que generan las lagunas del derecho.

¿Son inevitables estas lagunas? Parece que la tesis de las fuentes las hace inevitables puesto que hace que el derecho dependa de la acción humana con sus inherentes indeterminaciones. En *No Right Answer?* el profesor Dworkin niega que la vaguedad conduzca inevitablemente a lagunas. En parte, su opinión presupone un rechazo de la tesis de las fuentes y, por tanto, no afecta el presente argumento. Pero, por otra parte, su opinión se basa en la posibi-

¹⁸ Normalmente, la indeterminación en la intención crea una laguna del derecho sólo si se refleja en el uso de un lenguaje indeterminado. Las reglas de clausura —que vimos anteriormente— operan en la mayoría de los otros casos. Algunas veces, sin embargo, las lagunas surgen por indeterminación de la intención con independencia del lenguaje empleado. Supóngase que una ley establece que los 'propietarios de barcos' *φ*. Años después de su promulgación es inventado un nuevo tipo de navío, el cual, fuera de toda duda, es un barco, pero no es ni verdadero ni falso que el legislador haya intentado aplicar la obligación fiscal a los propietarios de estos navíos. Muchos órdenes jurídicos sostienen que el lenguaje claro de la ley es, cuando menos, una razón *prima facie* para que tales propietarios *φ*. Pero reglas de interpretación del sistema pueden hacer que tales cuestiones dependan exclusivamente de la intención del legislador (y pueden considerar el lenguaje empleado meramente como una prueba presuncional de sus intenciones). En tal orden jurídico el derecho sobre la cuestión es indeterminado.

lidad de reglas de interpretación para manejar términos vagos, reglas como: "si una ley usa un lenguaje vago, tiene que ser considerada como que ésta cambia el *status iuris quo ante* únicamente en el grado que esté justificado por la parte medular indiscutible del lenguaje empleado".¹⁹

Esta sugerencia descansa, sin embargo, en una visión engañosa de la vaguedad la cual asume que mientras un término que no es vago divide todos los casos en aquellos a los cuales se aplica y en aquellos a los que no, un término vago divide todos los casos en tres: aquellos a los que se aplica por 'su indiscutible significado medular', aquellos a los que claramente no se aplica y aquellos que se encuentran en medio. Como si un término fuera vago por tender dos claras líneas divisorias en vez de una. La verdad es que todos y no sólo algunos sustantivos, verbos, adverbios y adjetivos de un lenguaje natural son vagos. Y aunque un término vago se aplica claramente a algunos casos, claramente no se aplica a algunos y dudosamente se aplica a otros, sin embargo, frecuentemente resulta imposible trazar líneas divisorias generales entre estas tres categorías. Es un criterio de adecuación de cualquier explicación de la vaguedad reconocer como caso central de ésta los casos donde la vaguedad es un 'continuo'.

Los términos son vagos en este sentido si, además de los casos en la frontera entre el área cubierta por el concepto y aquella que éste no cubre, hay casos límite entre aquellos cubiertos por el término y aquellos que pertenecen a la frontera; asimismo existen casos límite entre aquellos a los cuales el término no se aplica y aquellos de la frontera y, así, indefinidamente. Respecto a un término vago de este tipo, uno en ocasiones duda sobre si un caso es un caso frontera o no. El predominio de términos vagos de este tipo hace imposible prevenir las lagunas debidas a la vaguedad en la forma que el profesor Dworkin sugiere.²⁰ No parece plausible suponer que a otras reglas de interpretación que se conformen a la tesis de las fuentes les pueda ir mejor. Esto no debe entenderse como queriendo decir que las reglas de interpretación

¹⁹ Cfr. Dworkin, R. M., *No Right Answer?*, cit., p. 68.

²⁰ Por supuesto no se niega que el derecho pueda reducir drásticamente el número de casos indeterminados en la forma sugerida por el profesor Dworkin (aunque esto no es necesariamente un objetivo muy deseable). Obsérvese que, de acuerdo con algunas teorías semánticas, tal concepción de vaguedad implica la existencia de un número infinito de valores de verdad los cuales se generan como indica el diagrama siguiente:

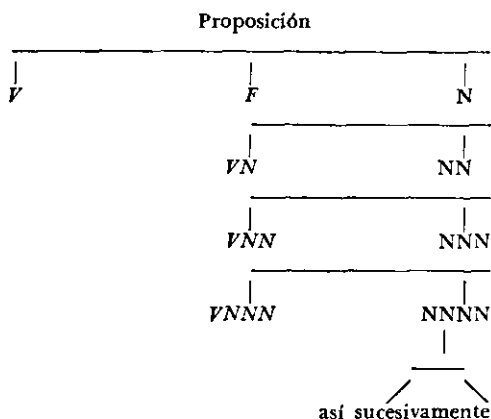
no son de ninguna utilidad cuando se resuelvan problemas de interpretación que surjan de vaguedad y de indeterminación. Sólo significa que ellas no pueden resolver todos los problemas y que algunas veces ellas mismas originan nuevos problemas.

iii. Conflictos y lagunas. Las lagunas arriba descritas son lagunas de valores de verdad en enunciados de razón que hacen imposible saber si hay una razón para cierta acción. Pero, aun donde el problema no surge, la indeterminación, debida exactamente a los mismos tipos de factores hace imposible resolver algunos conflictos de razones jurídicas. Conforme a la tesis de las fuentes, el peso y fuerza de las razones jurídicas es, al igual que su contenido, determinado completamente por hechos sociales. Las más de las veces, proporcionan realmente indicaciones suficientes en cuanto a cómo resolver conflictos de razones jurídicas. Algunas veces, sin embargo, no son proporcionadas suficientemente. En tales casos, aunque no hay especial problema en cuanto a cuál razón jurídica aplicar, no hay ninguna que sea concluyente.

V = verdadero

F = falso

N = ni verdadero ni falso



Los posibles valores de verdad se encuentran en cursivas.

P es *VNN* si es verdad que es indeterminado si *P* es indeterminado. *P* es *NNN* si es indeterminado si *P* es *NN*, etc. Sólo combinaciones que comiencen en *V* son valores de verdad. (Si *I* es alguna iteración de *F*, *V* y *N*, entonces *IVI* = *II* y *FI* es equivalente a una disyunción de todas las otras iteraciones del mismo nivel que *I*.)

Hay un tipo de situación en la cual ninguna de las dos razones en conflicto es concluyente. Una es aquella en que ambas se encuentran igualmente niveladas. Ellas se anulan recíprocamente y es falso que haya una razón concluyente para la acción y falso que haya una razón concluyente para su omisión. ' $(J - R_c x, \phi) \& (J - R_c x, \bar{\phi})$ ', es verdadero y de ahí si sigue que ' $(JPer_c x, \bar{\phi}) \& (JPer_c x, \phi)$ ' es verdadero. Este tipo de situación no supone ningún conflicto irresoluble ni ninguna laguna del derecho.

Completamente diferente es la situación de conflictos irresolubles. Éstos surgen cuando las razones en conflicto no logran anularse entre sí, no porque estén igualmente balanceadas, sino porque no pueden competir en absoluto. Por la razón que sea, las razones en conflicto no pueden ser confrontadas en cuanto a su fuerza. Ninguna es más fuerte ni, tampoco, son iguales en fuerza. En tal caso sería erróneo decir que al agente le está permitido realizar el acto. Pero, sería igualmente erróneo decir que no le está permitido realizarla. La única descripción intuitivamente correcta de su situación es de que no le está permitido ni no permitido realizar el acto. Esto es posible sólo si el enunciado de que le está permitido, así como su negación, no son ni verdaderos ni falsos. De ahí se sigue que ' $JR_c x, \phi$ ' y ' $JR_c x, \bar{\phi}$ ', igualmente, no son ni verdaderos ni falsos. De esta manera los conflictos irresolubles dan origen a lagunas del derecho y éstas, como todas las otras debidas a indeterminación en sus fuentes, son lagunas del primer tipo

Hay una tercera forma en la que la tesis de las fuentes es responsable de lagunas del derecho la cual surge, también, de situaciones conflictivas. El derecho puede hacer que ciertas disposiciones jurídicas tengan fuerza *prima facie* sometiénolas únicamente a consideraciones morales u a otras consideraciones no basadas en fuentes. Permítasenos asumir, por ejemplo, que conforme al derecho los contratos son válidos sólo si no son inmorales. Cualquier contrato puede ser considerado como *prima facie* si se conforma a las consideraciones 'valorativamente neutras' para la validez de los contratos establecidas por el derecho. La proposición 'es jurídicamente concluyente que este contrato es válido' no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal *autoritativamente* determine su validez. Esto es consecuencia del hecho de que, conforme a la tesis de las fuentes, los tribunales gozan de discrecionalidad, cuando se requiere, para aplicar consideraciones morales.

iv. Reglas de clausura. Según la tesis de las fuentes, la indeterminación en las fuentes conduce a lagunas del derecho del primer tipo; asimismo, la ausencia de fuentes de suficientes reglas de conflicto en reserva puede conducir a lagunas del primer tipo. Pero ¿puede haber lagunas del derecho del segundo tipo? Lagunas del segundo tipo pueden existir sólo si es posible que: $(\neg JR_c x, \phi) \& (\neg JPer_c x, \phi)$. Esto es, si es posible que

$$(27) (\neg JR_c x, \phi) \& (\neg J \neg R_c x, \phi).$$

Pero es una verdad lógica que

$$(28) \vdash \neg (JR_c x, \phi) \leftrightarrow (J \neg R_c x, \phi).$$

De (27) y (28) se sigue

$$(29) (J \neg R_c x, \phi) \& (\neg J \neg R_c x, \phi).$$

Como podemos ver, (29) es una contradicción. De ahí que (28) implique el rechazo de (27) y con él, la posibilidad de lagunas del segundo tipo. La derivación de (28) es simple. Primeramente $J \neg R_c x, \phi \rightarrow \neg JR_c x, \phi$. No puede ser verdad que jurídicamente haya una razón concluyente para realizar un acto y, al mismo tiempo, que jurídicamente no haya tal razón. Por tanto

$$(30) \vdash JR_c x, \phi \rightarrow \neg J \neg R_c x, \phi.$$

$J \neg R_c x, \phi \rightarrow \neg JR_c x, \phi$ se sigue de (30) por contraposición. En seguida la derivación de $\neg JR_c x, \phi \rightarrow J \neg R_c x, \phi$. Asumamos que el antecedente es verdadero, i.e. que $JR_c x, \phi$ es falso. ¿Qué acaso puede ser que $J \neg R_c x, \phi$ sea también falso? Si $\neg JR_c x, \phi$, entonces no es el caso que haya un hecho que sea un razón jurídica concluyente para ϕ . Pero, si no hay ninguna razón jurídica concluyente para ϕ . ¿Podría dejar de ser que conforme al derecho no haya ninguna razón concluyente para ϕ ? Ésta hubiera sido una posibilidad real habiendo necesidad de un tipo especial de hecho para hacer verdaderos los enunciados negativos de razones de la forma $\neg Rx, \phi$ (como fue confusamente imaginada como posible

por la solución *negativa/positiva*).²¹ Pero ya se ha establecido en el inciso *Enunciados jurídicos* que tales proposiciones son verificadas por la ausencia de razones únicamente y es precisamente tal ausencia la que es implicada por $\neg JR_c x, \phi$. De ahí que $\neg JR_c x, \phi \rightarrow J \neg R_c x, \phi$, *quod erat demonstrandum*.

El teorema (28) es lógicamente equivalente a (31):

$$(31) \vdash (\neg JR_c x, \phi) \leftrightarrow (JPer_c x, \bar{\phi}).$$

Esta es una representación de la conocida regla de clausura de que lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido y *vice versa*. En lo que al teorema (31) respecta, las dos implicaciones son igualmente válidas. La primacía de la implicación de izquierda a derecha (*i.e.* lo que no está prohibido está permitido) se debe a la distinción *positiva/negativa* que subyace detrás de toda la argumentación, *i.e.* se necesitan ciertos hechos para tener razones, pero no se necesita ninguno para que no haya una razón. De esta forma el presente enfoque hace válida ésta y otras reglas de clausura y, al aceptarlas, rechaza la posibilidad del segundo tipo de lagunas del derecho.

El resultado de esta descripción es de que las lagunas del derecho no son sólo posibles sino que, de acuerdo con la tesis de las fuentes, inevitables. Surgen siempre que el derecho habla con voz incierta (simple indeterminación) o cuando habla con muchas voces (conflictos no-resueltos). En contra de la muy conocida imagen, no hay lagunas cuando el derecho es mudo. En tales casos las reglas de clausura, que son, más que disposiciones jurídicas positivas, verdades analíticas,²² operan y evitan la ocurrencia de lagunas.

²¹ C/r. *supra*: (7) $\vdash F(Np) \rightarrow Np$.

²² Son verdades analíticas con respecto a proposiciones *jurídicas* derivables de la tesis de las fuentes. No pueden ser derivadas en sistemas normativos en los cuales dicha tesis no se sostiene.