

JURISPRUDENCIA: APLICACIÓN O PRODUCCIÓN DEL DERECHO^{1,2}

Eugenio Bulygin

Una diferencia clara entre legislación y justicia, y con esto entre la producción del derecho del legislador y la aplicación del Derecho por parte del juez, es un rasgo característico de la Teoría tradicional del Derecho, que tiene su origen en la Ilustración (con la Teoría de la soberanía popular y de la división de poderes), en la Revolución Francesa (que intentó desarrollar las teorías de la Ilustración) y en la Codificación del Derecho por Napoleón.

La separación entre el poder productor del Derecho, esto es, el poder político *par excellence*, que se ejerce por los representantes del pueblo (Parlamento) y el poder judicial puramente técnico y aplicador del Derecho, es uno de los puntos más importantes de la crítica del pensamiento de la Ilustración sobre la organización del Estado. Bajo el concepto de “Derecho” se entiende aquí el conjunto de todas las normas generales producidas por el legislador (y eventualmente también por las autoridades administrativas y por la costumbre). La tarea del juez se limita a la aplicación de las normas generales en casos concretos. La jurisprudencia consiste exclusivamente en la aplicación del Derecho. Esto no presupone una fina distinción entre producción del Derecho y aplicación del Derecho, sino que requiere que el Derecho deba posibilitar esta tarea y esto significa que, el Derecho deba ser completo y sin contradicciones, esto es, que está permitida una y sólo una respuesta para todas las cuestiones jurídicas. Es evidente que el defecto en una norma para un caso (conocido tradicionalmente como laguna jurídica) o la existencia de varias normas incompatibles para el mismo caso (conflicto de normas) haría imposible la tarea de los jueces, si la misma se entendiera como simple aplicación del Derecho. En este sentido, la codificación del Derecho es una consecuencia imprescindible de la teoría de la división de poderes. De hecho la codificación napoleónica puede ser vista como un primer intento de crear una legislación sistemática, completa y sin contradicciones. Para la exigencia, que el juez se debe limitar a la aplicación, sin cambiar el Derecho, es una condición necesaria que las normas jurídicas generales contengan

1 Artículo publicado en alemán en la obra en homenaje a Werner Krawietz, bajo el título “*Rechtsprechung: Anwendung oder Erzeugung des Rechts?*”, Compiladores Manuel Atienza, Enrico Patlaro, Martin Schulte, Boris Topornin y Dieter Wyduckel: Duncker & Humblot, Berlin, 2003, pp. 317-327.

2 Traducción del alemán por Víctor M. Rojas Amandi.

una solución clara (esto es, una y sólo una solución) para todo los problemas jurídicos. Esto se puede sencillamente demostrar como sigue:

(1) Los jueces tienen la obligación de decidir sobre todos los casos que, dentro de su competencia, les sean puestos a consideración. Y no obstante que su competencia parece limitada, toda la competencia de los jueces se agota en la medida en que, para todo caso exista un juez competente.

(2) Las decisiones judiciales tienen que estar fundamentadas en normas jurídicas y sólo mediante normas jurídicas

Si los jueces se encuentran obligados a resolver todo posible caso y a fundamentar sus decisiones en normas jurídicas, entonces resulta necesario –según el principio “deber ser implica poder”– que el juez tiene que estar en condiciones de cumplir con sus obligaciones. De aquí se sigue que:

(3) El Derecho (esto es, el conjunto de todas las normas jurídicas) contiene una y sólo una solución para todos los casos jurídicos. Estos es, el Derecho es completo y libre toda contradicción.³

Esto aclara el por qué tantos teóricos y filósofos del Derecho cuestionan la posibilidad de lagunas jurídicas. Kelsen puede ser considerado como un ejemplo de esta tendencia. Sin embargo, Kelsen es a la vez un agudo crítico de la teoría tradicional de la producción y aplicación del Derecho. Para la Teoría Pura del Derecho todos los actos jurídicos consisten a la vez en aplicación y producción de normas jurídicas:

“Aplicación del Derecho es a la vez producción del Derecho. Ambos conceptos no representan, tal y como se ha aceptado por la teoría tradicional, una contradicción absoluta. Resulta inadecuado diferenciar entre actos productores y actos aplicadores del Derecho. Pues si uno prescinde de los casos frontera -presupuesto de la norma fundamental y de la ejecución del acto coactivo- entre los que tiene lugar el proceso jurídico, todo acto jurídico es a la vez la aplicación de una norma de nivel superior y la producción, determinada a través de esta norma, de una norma inferior”⁴

El legislador aplica la Constitución y produce normas generales; el juez aplica normas generales y produce normas individuales. De esta forma, la diferencia entre actos del legislador y los del juez es puramente cuantitativa; el legislador tiene, dicho de alguna forma, más libertad de movimiento, sin embargo ambos participan en la producción y aplicación del Derecho.

3 Compárese Alchourrón, C.E. y Bulygin E., Normative Systems, en lo sucesivo mencionado como NS, Springer Verlag, Viena/New York, 1971, 175-178, traducción al alemán: Normative Systeme, Verlag Karl Aber, Freiburg/München, 1994, pp. 287-291.

4 Kelsen, H., Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Franz Deuticke, Wien, 1960, 240, en lo sucesivo RRL.

II. Normas generales e individuales

Antes de poder analizar esta crítica, tiene que ser aclarado, lo que se entiende bajo una norma “general” y una “particular”.

Las normas pueden ser caracterizadas en general como expresiones lingüísticas prescriptivas que, en determinadas circunstancias o hechos, prohíben, mandan o permiten una conducta (o un estado de cosas, que sea el resultado de una conducta). El hecho en el que la conducta se debe ejecutar conforme lo dispuesto por la norma, no debe o no le está permitido, ser denominado caso, y a la expresión, que prohíbe, manda o permite llamarse “solución”. Las normas son expresiones que, correlacionan un caso con una solución.⁵

La expresión “Caso” admite diversas acepciones tanto en el lenguaje vulgar como jurídico. Así por ejemplo se puede hablar de un caso de un atentado político, pero también el ataque a las Torres Gemelas en New York puede ser designado como un caso. Sin embargo se trata de dos cosas diferentes. El caso de un atentado político se caracteriza por una multitud de propiedades; puede suceder en distintos tiempos y en distintos lugares: el ataque a las Torres Gemelas en 2001, la bomba en la Embajada de Israel en Buenos Aires en 1992 o una bomba de la ETA en las calles de Madrid son ejemplos de atentados políticos. Para evitar esta ambivalencia de significados, deben ser utilizados enseguida los términos “Caso genérico” y “Caso individual”. Un caso individual es un hecho concreto que tiene lugar en un determinado tiempo y en un determinado lugar; un caso genérico es por el contrario una clase de hechos que está caracterizado por una propiedad o una multitud de propiedades y que se puede materializar en diferentes lugares y en diferentes momentos.

En forma análoga se puede diferenciar entre una solución genérica y una solución individual. Una solución genérica es una clase de conductas (mandadas, prohibidas o permitidas), mientras las soluciones individuales se relacionan con conductas mandadas prohibidas o permitidas que se efectúan o llevan a cabo por individuos concretos en tiempos concretos. De forma correlativa pueden ser definidas normas generales como correlaciones entre casos genéricos y soluciones genéricas y normas individuales como correlaciones entre casos individuales y soluciones individuales.⁶

Kelsen sostiene que las decisiones judiciales son normas individuales. Esta tesis es por diferentes razones más que dudosa. En primer lugar, esta afirmación es ya dudosa porque una sentencia judicial es una entidad compleja que consiste por lo menos de dos partes: la decisión del Juez y la fundamentación de esta decisión. La decisión por medio de la cual el Juez condena al demandado a una pena privativa de la libertad es efectivamente una norma individual, sin embargo esta norma individual tiene que estar fundamentada y la fundamentación en la que el Juez justifica su decisión es también una parte esencial de la sentencia. De aquí se deriva una diferencia significativa entre el legislador y el juez también el

5 Compárese: NS, 40-46 y 75-87.

6 Lo que aquí se señala como norma general corresponde al “eminently general prescriptions” de von Wright, S. G. H. von Wright, *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul. Londres, 1963, pp. 81-83.

legislador fundamenta en ocasiones las leyes emitidas por él, sin embargo esta fundamentación no es parte de la ley mientras que la fundamentación de la decisión judicial es una parte esencial de la sentencia, sin que la decisión judicial sería anulable, esto es, podría ser abolida.

III. Fundamentación de las decisiones judiciales

¿En qué consiste la fundamentación de una decisión judicial? Se pueden distinguir dos aspectos de la fundamentación: fundamento fáctico y normativo. El fundamento fáctico es una descripción del caso individual y de la comprobación que éste caso es un caso especial de un caso determinado general, esto es, que él muestra las propiedades definitorias del caso general. Esta operación se nombra habitualmente como subsunción.

El fundamento normativo de una decisión es una norma general que correlaciona el caso general al que pertenece el caso individual con una solución general. Para fundamentar su decisión el juez tiene que subsumir el caso individual que es puesto a su consideración bajo el caso general que corresponda que para el caso genérico prevé una solución. Si por ejemplo si un juez condena al demandado Fritz a 12 años de prisión por homicidio, tiene que mostrar que la conducta que llevó a cabo Fritz constituye un homicidio y que la pena impuesta por él corresponde a la pena prevista en el Código Penal para el homicidio.⁷

La afirmación de Kelsen, que el acto del juez siempre es un acto productor de normas, descansa sobre dos argumentos. En primer lugar, la decisión judicial es un acto de voluntad y, en segundo lugar, se concretizan varios elementos que en la norma general sólo se mencionan de manera abstracta (por ejemplo, la identificación del condenado, la medida exacta de la pena, etc.). La norma general representa sólo un marco, que el juez debe completar.

Ambos argumentos pueden ser aceptados sin más, sin embargo de aquí no se sigue que la decisión judicial siempre tenga una naturaleza productora de Derecho. No obstante es verdad que, esta decisión es un acto de voluntad y que el juez algo añade que en la norma general a aplicar no está contenido; sin embargo, esto no significa que, él produzca Derecho. Si la norma individual impuesta por el juez se fundamenta en una norma general impuesta por el Legislador, parece exagerado hablar de producción de Derecho. He defendido esta tesis ya desde hace muchos años⁸ y estoy dispuesto hoy a defenderla. Sin embargo, nosotros ya hemos visto que esto resulta inadmisibles para la teoría tradicional,

7 Esta operación es normalmente muy complicada: primero el juez tiene que comprobar que se deriva lógicamente lo que se tiene que decidir a partir de una norma general para un caso individual. Por regla no se puede derivar ninguna solución determinada (por lo menos en el derecho penal), pues las normas generales sólo determinan un marco (por ejemplo de 8 a 20 años de pena de prisión). El juez puede y tiene que elegir dentro del marco una determinada solución (algo así como 12 años). Esta elección para la que también existen criterios no es totalmente arbitraria, sin embargo ella no es una derivación lógica; en la terminología de Kelsen se trata de un acto de voluntad. Esta solución individual corresponda a la solución general que prevé la norma general, mientras ella se encuentre dentro del marco.

8 E. Bulygin, "Sentenza guidiziarie e creazione di diritto", *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 44 (1967), 164-180; Spanische Fassung in Alchourrón-Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid 1991, pp. 355-369.

porque el juez tiene que fundamentar sus decisiones en el Derecho válido, esto es, en las normas generales creadas por el legislador. La cuestión es: ¿Qué puede y debe el juez hacer, cuando no existe para el caso ninguna norma general aplicable, esto es, en el caso de una laguna jurídica, en el supuesto, que puede haber normas jurídicas?

IV. Lagunas de Derecho Normativas

Sobre el problema de las lagunas del Derecho normativas los autores han adoptado muy diversas posiciones. Por lo menos se pueden distinguir tres tipos de teorías:

(1) Teorías que sostienen que no existen lagunas jurídicas, y que el Derecho es completo. Kelsen es quizá el más conocido representante de esta teoría que, aún tiene muchos seguidores.

(2) Teorías que sostienen que, la existencia de lagunas jurídicas es una cuestión empírica, esto es, es una cuestión contingente (esta tesis fue defendida en NS).

(3) Teoría que defienden la idea que, cuando hay lagunas jurídicas (o puede haber), el juez puede decidir en todos los casos con base en normas generales existentes. Los más importantes representantes de esta posición son Juan Ruíz Manero, Arend Soeteman y Fernando Atría.⁹

Para las teorías del segundo grupo que permiten la posibilidad de lagunas jurídicas, el juez puede decidir en caso de una laguna jurídica según su arbitrio; él tiene discreción. Para el primer grupo según el cual no existen lagunas, el juez queda obligado por normas generales, a menos que, el orden jurídico lo faculte a desviarse de la solución preestablecida. Por el contrario, en el tercer grupo el juez siempre queda obligado: también en el caso de lagunas normativas tiene él que decidir según el Derecho establecido; no hay ningún ámbito de discreción.

Para descalificar la posibilidad de lagunas del Derecho, se recurre a al principio “todo lo que jurídicamente no está prohibido, está permitido”. Se sostiene que, este principio de manera necesaria pertenece a cualquier sistema jurídico. La idea es que el Derecho siempre es completo, porque prohíbe determinadas conductas y, de esa forma, prohíbe todas las otras conductas. Por eso, todas las conductas quedan determinadas normativamente como prohibidas o, como permitidas. Así, no existe conducta alguna que, no se encuentre regulada por el Derecho.

Este argumento que, se formula por diferentes autores en forma diversa, descansa sobre dos errores. En primer lugar, no se distingue entre norma y expresión normativa (proposición normativa) y en segundo entre los diferentes tipos de permisión (permisión fuerte o positiva y débil o negativa). Debido a que se llevó a cabo un análisis detallado de este principio en el capítulo VIII de *Sistema Normativos*, al que remito, me concentraré en el tercer grupo y en especial a Fernando Atria.

9 J. Ruíz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990, A. Soeteman, “On Legal Gaps” in E. Garzón Valdés et al. *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Duncker & Humblot, Berlin 1977, pp. 323-332, Fernando Atria, *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Oxford 2002.

Atria no niega que puede haber lagunas normativas. Su tesis consiste, sin embargo, en que el juez siempre queda obligado por el Derecho, también en el caso de una laguna del Derecho. Si el caso genérico no está regulado el juez tiene que absolver al demandado o, desechar la demanda. Así, todos los casos individuales se encuentran regulados por el Derecho, aun cuando el caso genérico no corresponde a ninguna solución.

Esencialmente, para Atria está la diferencia entre las dos cuestiones siguientes:

- (1) ¿Cómo regula el Derecho el caso genérico?
- (2) ¿Cómo debe decidir el juez el caso individual, que pertenece al caso general?

La idea central consiste en que, ninguna respuesta negativa condiciona la segunda cuestión. Una respuesta negativa a la primera cuestión (“el Derecho no regula este caso genérico”) no impide una respuesta positiva de la segunda pregunta. Esta respuesta es “el juez debe rechazar la demanda”. En consecuencia, el juez no tiene discreción en caso de una laguna del Derecho normativa, pues siempre una respuesta correcta (a right answer, en el sentido de Dworkin).

Atria expone algunos ejemplos para demostrar su tesis. Uno de estos ejemplos lo quiero mencionar.

Dos cónyuges escoceses quieren salir juntos de vacaciones, sin embargo no se ponen de acuerdo a donde. El hombre quiere pasar las vacaciones en Francia y la mujer en África. El derecho escocés no contiene norma alguna sobre este problema: el caso genérico (la elección del lugar de vacaciones) no está regulada. No por esto tiene el juez que rechazar la demanda que el hombre o la mujer interpusieron, pues esto es la respuesta correcta en ambos casos individuales; no hay norma jurídica, que establezca la obligación de cumplir la decisión del otro cónyuge. Así el caso individual se encuentra regulado por el derecho: el juez tiene la obligación de rechazar ambas demandas si también el caso general no está regulado esto es existe una laguna del derecho típica.

Yo no veo, porque el juez no pudiera decidir de otra forma. Un juez conservador podría muy bien reconocer el derecho de decisión del marido y un Juez feminista podría conceder la demanda de la mujer. Precisamente porque el caso genérico de ninguna forma está regulado jurídicamente, puede el juez decidir y podría encontrar motivos para una decisión aun cuando no hubiere ningún fundamento jurídico. Él podría recurrir a la costumbre o a sus convicciones morales. Lo importante es ver que en todos los tres casos la decisión del juez contiene una norma individual que solo se puede fundamentar en una norma general.

La tesis de Atria (que también se defiende por Ruiz Manero) se apoya en la idea que entre la decisión judicial que concede la demanda y la que la rechaza existe una diferencia esencial: para decidir en favor del actor el juez necesita una norma general pero para rechazarla no requiere una norma de ese tipo. Sólo basta simplemente con probar no existe norma general que obligue al demandado a la obligación que menciona el actor.

Yo creo por el contrario, que no existe tal diferencia pues en ambos casos la decisión judicial se concreta en una norma individual: o en una norma que manda al demandado la realización de la conducta pretendida por el actor, o una norma que le permite al demanda-

do no llevar a cabo dicha conducta. Y esta norma individual tiene que estar fundamentada en una norma general. Así el juez necesita para poder tomar una decisión un fundamento normativo, esto es, una norma general. Esta norma es creada normalmente por el legislador, sin embargo cuando el legislador no la ha producido –y esto sucede en los casos de una laguna de derecho normativa– entonces el juez la tiene que producir.

Aquí se debe diferenciar entre el proceso penal y el proceso civil pues solo este último se toma en cuenta en este caso. Esto sucede por la sencilla razón de que en el derecho penal no hay lagunas del derecho, si este prevé la regla “*nullum crimen sine praevia lege poenale*” (esto sucede hoy día sin excepción).

En el proceso penal (yo utilizo esta expresión en el sentido más amplio, que sólo excluye al proceso penal), en que emerge un problema normativo, puede ser representado esquemáticamente así: el actor sostiene que el demandado está obligado a llevar a cabo una determinada conducta *p* (por ejemplo, pagar una suma de dinero, construir una casa etcétera). El demandado manifiesta que él no está vinculado por tal obligación y que él no tiene que llevar a cabo *p*. Hay sólo dos formas sobre cómo este conflicto puede ser resuelto por el juez. Él tiene que corroborar si el demandado está o no vinculado por la obligación que afirma el actor. En el primer caso tiene él que emitir una norma que al demandado le mande llevar a cabo *p*, esto es una norma de la forma lógica “Op”. En el segundo caso él tiene que emitir una norma que le permita no llevar a cabo *p*, implícitamente algo como una norma “-Op”. La norma “-Op” implica la norma “P-p”. Resulta esencial que se trate de una norma y no de una simple expresión sobre una norma (proposición normativa). En otras palabras la función del juez consiste en informar a las partes sobre sus obligaciones; su función es mucho más normativa: Él tiene que mandar al demandado llevar a cabo *p* o permitirle no llevarlo a cabo. En ambos casos consiste su decisión en una norma y no en la simple comprobación que existe o no una determinada norma y esta norma se encuentra justificada cuando y solo cuando la misma se fundamente en una norma de derecho general. Si el juez rechaza la demanda del marido (de la mujer) entonces le permite él a la mujer (al marido) no seguir la decisión del otro cónyuge. Y cuando él concede la demanda establece una nueva obligación, la obligación de seguir la decisión del otro. En ambos casos no solo se resuelve el caso individual sino también el caso general de la decisión sobre la elección del lugar de las vacaciones. De aquí se sigue que cuando el caso genérico al que pertenece el caso individual no se ha regulado por el legislador, esto es en el caso de una laguna de derecho normativa, el juez tiene que crear ésta norma general para poder fundamentar su decisión. Y este es el caso de una auténtica producción jurídica por el juez.

V. Producción Jurídica del Derecho

Resulta interesante comprobar que, Kelsen llega a una conclusión similar, no obstante que para él no pueden existir lagunas normativas. Sin embargo, él dice lo siguiente para el caso de una laguna axiológica:

“También es posible, que el orden jurídico faculte al tribunal para no desechar la demanda o absolver al demandado, en caso que no se pueda localizar una norma general, que le fije al demandado o al actor la obligación, cuya violación sostiene el actor privado o el acusador público, sino, admitir la demanda, o condenar a l demandado, en el caso que se considere la falta de una norma general como injusta, inequitativa, esto es por no satisfactoria. Esto significa que, que el tribunal se encuentra autorizado a crear una norma una norma individual para el caso particular, cuyo contenido en forma alguna se encuentra predeterminado por una norma general del Derecho material producida en el proceso legislativo o por la costumbre. En este caso, no aplica el tribunal una norma de ese tipo, sino la norma jurídica autorizada al tribunal por el derecho material para esta nueva creación. Se procura decir que, el tribunal se encuentra autorizado para fungir como legislador. Esto no es correcto, si se entiende a la legislación como la producción de normas de Derecho generales. Pues el tribunal se encuentra facultado sólo para producir una norma individual válida para el único caso que se le plantea. Sin embargo, el tribunal produce esta norma individual en aplicación de una norma general a la que se le considera como deseable, como justa. Sólo como aplicación de una tal norma general no positiva es que la norma individual impuesta por el tribunal resulta justificable (RR 249/250).

En esta exposición se pone de relieve que, el tribunal sólo puede justificar la norma individual, emitida por el mismo, mediante una norma general. Y debido a que *ex hypotesi* no existe tal norma general, el tribunal mismo tiene que producir esta norma general. Kelsen denomina a la norma general producida por el tribunal como norma no positiva. Sin embargo, si la positividad de una norma consiste, en que ella sea producida mediante un acto de producción humano (RR, 201), entonces no se comprende por qué causa debiera ser una norma general no positiva. Ella es tan positiva, como la norma individual correspondiente y como las normas generales emitidas por el legislador; la única diferencia consiste en que es creada por el tribunal y no por el legislador. Esta no es una diferencia inesencial, sin embargo no tiene que ver con la positividad, como lo establece Kelsen. El error de Kelsen consiste en que, la decisión judicial se identifica con una norma individual. Si uno comprende que, una decisión judicial contiene tanto normas individuales como generales (y las tiene que contener, si quiere estar fundamentada), entonces queda claro que, la norma general aplicada por el juez, sino se produce por el legislador o por la costumbre, se produce por el mismo juez.

Estamos en posibilidad de llevar a cabo un balance de las anteriores reflexiones. La fina distinción entre la función del legislador como productor del Derecho y el juez que se limita a la aplicación del Derecho resulta insostenible. Y no porque según Kelsen el juez produce normas individuales, sino porque ellos eventualmente producen normas generales. Los jueces se ven forzados a crear nuevas normas generales (por lo menos en parte nuevas), en los casos no existen normas generales y claras producidas por el legislador. Esto no sólo sucede en los casos de lagunas normativas, sino también en los casos de un conflicto de normas no resuelto. Pues también en la medida que un caso general está correlacionado con dos o más normas con soluciones incompatibles, no puede el juez resolver el caso individual que le ha sido planteado sin cambiar el sistema jurídico.

La técnica que aplican los jueces consiste en que ellos establecen un orden jerárquico entre las normas, para no aplicar las normas menos importantes. Esta operación es de igual valor que la derogación de la norma menos importante. La derogación parcial consiste en el planteamiento de una excepción, que la norma originalmente no prevé. Sin embargo, la derogación (total o parcial) de normas jurídicas es típica para el legislador, que le es atribuida por la teoría tradicional al poder legislativo.

Naturalmente existen diferencias importantes entre una norma general creada por el legislador y una producida por el juez. En primer lugar, las normas que emite el legislador son obligatorias en general, mientras que las normas generales que produce el juez sólo son obligatorias para las partes. Sin embargo, una norma general establecida por el juez es un caso precedente. Cuando otro juez entra a ese sendero surge una norma general obligatoria de origen judicial. Pero también puede suceder que otro juez no siga este criterio y que decida de otra forma en un caso análogo. Entonces tenemos una norma general no contractual. Este conflicto se resolvió anteriormente, o mediante una decisión de más alto o del más alto rango, o en la medida que la mayoría de los jueces eligiera una de estas normas generales. Así este proceso se dirige a la producción judicial del Derecho en una norma general reconocida y obligatoria, la que no está producida por el legislador, sino por el juez.