



*Real Academia de Legislación  
y Jurisprudencia de Murcia*

---

## «EL JUEZ, LAS LAGUNAS Y LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES DEL ESTADO»

---

Discurso leído el día 23 de mayo de 2019  
en el acto de recepción como Académico de Número del

**EXCMO. SR. D. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN**

y contestación del

**EXCMO. SR. D. NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN**

MURCIA, 2019



# EL JUEZ, LAS LAGUNAS Y LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES DEL ESTADO

*Discurso leído el día 23 de mayo de 2019 en el acto de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia por el*

**EXCMO. SR. D. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN**

*y contestación del*

**EXCMO. SR. D. NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN**



MURCIA  
2019

ISBN: 978-84-09-10573-1  
Depósito Legal: MU-409-2019  
Imprime: 42lineas-42lineasdigital@gmail.com  
Impreso en España - Printed in Spain

## SUMARIO

PALABRAS PREVIAS.....	7
I. LAGUNAS E INTEGRACIÓN DEL DERECHO.....	11
II. UN NUEVO PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	15
III. EL JUEZ, LAS LAGUNAS Y LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES DEL ESTADO.....	20
3.1. La obligación de juzgar y la obligación jurisdiccional.....	20
3.2. La obligación jurisdiccional y el Derecho procesal.....	28
3.3. La obligación jurisdiccional y el Derecho material.....	30
3.3.1. Las decisiones desestimatorias no aplican el Derecho material.....	30
3.3.2. Las decisiones desestimatorias y el argumento <i>a contrario</i> .....	32
3.3.3. Las decisiones desestimatorias y las garantías penales.....	37
3.3.4. H. KELSEN y las lagunas.....	39
3.3.5. Relación entre las decisiones judiciales desestimatorias y el Derecho material.....	39
3.3.6. La obligación jurisdiccional y las lagunas.....	44
3.4. Otras nociones más estrictas de laguna.....	46
3.5. Lagunas y otros casos afines.....	48

IV. LAGUNAS EN EL DERECHO: UN PSEUDOPROBLEMA.....	51
4.1. La noción de decisión judicial materialmente conforme al Derecho.....	51
4.2. Consecuencias primarias de <i>Las Tesis</i> .....	52
4.3. <i>Las Tesis</i> y los casos de laguna.....	58
4.3.1. Las lagunas no son un problema para el cumplimiento de las obligaciones judiciales.....	58
4.3.2. No es necesario crear normas jurídicas para reducir el número de casos de laguna.....	63
4.3.3. Las lagunas como pseudoproblema.....	64
V. EL «PRINCIPIO NEGATIVO GENERAL».....	67
VI. LA LEGISLACIÓN PROCESAL ESPAÑOLA Y LAS LAGUNAS.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	85
CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR. D. NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN.....	87

## PALABRAS PREVIAS

*Sr. Presidente,  
Excmos. Sras. y Sres. Académicos,  
Señoras y Señores, amigos y compañeros:*

*Obligado estoy a comenzar mi intervención dando las gracias a los miembros de esta corporación que han impulsado mi nombramiento como miembro de ella, así como a aquellos que lo han aprobado, confiriéndome el honor de ingresar en esta Academia. Entre los que impulsaron mi nombramiento, pero desgraciadamente no ha podido aprobarlo, figura un entrañable amigo y académico, y amigo entrañable también de la mayoría de los aquí presentes, Felipe Ortega. Sea para él mi primer agradecimiento expreso en esta noche. Y también he de dar las gracias expresamente a Nicolás Maurandi, amigo desde la infancia, compañero de curso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, compañero de colegio mayor, compañero de piso de estudiantes, compañero de innumerables vivencias, que ha aceptado el encargo de ser él quien me abra las puertas de la Academia, pronunciando el discurso de contestación al mío.*

*Hasta el día hoy, la Filosofía del Derecho no ha tenido ningún representante en esta corporación. Por esta razón, soy el responsable de que esta disciplina ingrese dignamente en la Academia. Para ello, he elegido como tema de mi discurso un tema clásico, relacionado con problemas que vengo analizando desde hace años y que tienen que ver con la actividad judicial, en consonancia con la tendencia dominante en Filosofía del Derecho durante las últimas décadas. Mi contribución más importante al respecto es un libro del año 2005, titulado Las obligaciones básicas de los jueces, que está dedicado a mis hijas Celia y Elena aquí presentes, que tienen veinte años (son mellizas) y están viendo y oyendo a su padre hablar en público por primera vez en su vida. En el año 2013 publiqué otro libro sobre este tema, Razonamientos en la sentencia judicial. Y, en los últimos dos años, he publicado varios artículos más: en el año 2017, los artículos «El control de la actividad judicial y las teorías jurídicas actuales» y «Cinco diferencias entre las decisiones judiciales estimatorias y las desestimatorias»; en el año 2018, los artículos «¿Por qué ponderar?» y «Una concepción recursiva del razonamiento probatorio»; y finalmente otro artículo, actualmente en prensa, titulado «Sobre el razonamiento principal de una sentencia judicial». Mi discurso de hoy también versa sobre la actividad judicial, concretamente, es un análisis de la actividad judicial en casos que tradicionalmente han sido considerados problemáticos, los casos de laguna del Derecho. Su título es «El juez, las lagunas y la separación de los poderes del Estado».*

*Como he dicho hace un momento, una de las características de la Filosofía del Derecho de las últimas décadas es que su centro de atención se ha desplazado al estudio de la actividad judicial. Pero esos estudios filosófico-jurídicos están centrados casi exclusivamente en la motivación de las decisiones judiciales. Ello es conforme con la tesis de R. ALEXY, según la cual el análisis de las decisiones judiciales es el análisis de sus fundamentaciones; como si los jueces no tuvieran más obligaciones que dictar una decisión resolutoria de un litigio y motivar esa decisión. Se pasa así por alto que también es obligación de los jueces que las decisiones que dicten sean conformes al Derecho, desde el punto de vista procesal y material. Es más, en mi opinión, la motivación de una decisión judicial es un intento de probar que la decisión es conforme al Derecho. De ahí que el análisis de la obligación de dictar*

*decisiones que sean conformes al Derecho debería haber precedido al análisis de la obligación de motivar. Además, a mi juicio, el análisis de la obligación que tienen los jueces de dictar decisiones que sean conformes al Derecho es la clave para dar una respuesta correcta a muchos problemas relacionados con la actividad judicial, entre ellos el problema de las lagunas del Derecho, que constituye el tema de mi discurso de hoy y del que voy a comenzar a hablar.*





## I. LAGUNAS E INTEGRACIÓN DEL DERECHO

Existen numerosas concepciones o teorías acerca de qué es el Derecho; y también son numerosas, aunque no tanto, las definiciones de laguna del Derecho (o en el Derecho). Por lo que respecta a las concepciones del Derecho, personalmente contemplo el Derecho como un conjunto formado por enunciados (o normas o reglas); aunque la concepción del Derecho de la que se sea partidario no es decisiva para las tesis principales que voy a presentar. En cuanto a los términos «laguna del Derecho», o «laguna en el Derecho», «caso de laguna» o simplemente «laguna», que usaré indistintamente, los entenderé en sentido amplio, en el sentido de caso que no está regulado por el Derecho. Si el Derecho está integrado por enunciados jurídicos o normas jurídicas, según pienso, también se puede decir que una laguna del Derecho es un caso que no está regulado por ningún enunciado jurídico (o por ninguna norma o regla jurídica).

Esta acepción amplia del término «laguna del Derecho», que viene a ser la recogida por N. BOBBIO en su diccionario jurídico<sup>1</sup>, no es quizá la más adecuada. Pues, conforme a esa definición, son lagunas del Derecho casi todos los hechos de nuestra vida diaria; y no solo nuestras acciones, sino también nuestras omisiones, como no desayunar o no peinarse. Es más adecuada una definición de laguna más estricta, en línea de la presentada por K. ENGISCH,

---

<sup>1</sup> BOBBIO, 1994: 89: *Si dice che esiste una lacuna del diritto (o anche nel diritto) quando manca in un dato ordinamento giuridico una regola cui il iudice possa richiamarsi per risolvere una determinata controversia.*

según la cual una laguna es un caso no regulado por el Derecho, pero que, por así decirlo, cabría esperar, por alguna razón, que el Derecho regulara<sup>2</sup>. Sin embargo, la sencillez de la definición más amplia facilita su manejo y la hace más apropiada para el análisis de los problemas teóricos que van a ser tratados.

La definición de laguna no asegura la existencia de lagunas, obviamente. Ello ha permitido la elaboración de teorías que niegan su existencia. Pero estas teorías chocan contra la evidencia empírica. El Derecho tiene lagunas, cualquiera que sea la noción de Derecho (e incluso de laguna) que adoptemos. Y así lo admiten la mayoría de los juristas, quienes consideran además que las lagunas representan un problema para el juez. De ahí que tanto legisladores, como juristas teóricos hayan reaccionado ante los casos de laguna, aunque las reacciones de unos y otros no hayan sido las mismas.

Los legisladores han reaccionado creando normas jurídicas especiales para casos de laguna. Sin embargo, la mayoría de estas normas solo pretenden reducir el número de casos de laguna. Una de estas normas es el precepto que prescribe aplicar analógicamente las normas jurídicas (en Derecho español, el art. 4.1 del Código Civil<sup>3</sup>). Este precepto se refiere en su supuesto de hecho a casos que no están regulados por ninguna norma jurídica, pero son semejantes a algún caso regulado por alguna norma jurídica. Así, en virtud de este precepto, algunos casos no regulados por ninguna norma jurídica, concretamente, aquellos que son semejantes a algún caso regulado por alguna norma jurídica, dejan de ser casos de laguna, puesto que quedan regulados precisamente por dicho precepto. Sin embargo, los restantes casos no regulados por ninguna norma jurídica, o sea, aquellos que no son semejantes a algún caso regulado por alguna norma jurídica, permanecen como casos de laguna, sin que se ofrezca ninguna solución para ellos.

---

<sup>2</sup> Según ENGISCH, 1967: 174, «lagunas son insuficiencias del derecho positivo (del derecho legal o consuetudinario) que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla».

<sup>3</sup> Este artículo dice lo siguiente: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

Algo en parte parecido se puede decir respecto a los preceptos legales que se remiten a principios en los casos de laguna (en Derecho español, el art. 1.4 del Código Civil, que se remite a los principios generales del Derecho, en defecto de ley o de costumbre<sup>4</sup>). En virtud de este precepto, los casos no regulados por ley, ni por la costumbre, pero regulados por algún principio dejan de ser casos de laguna (si es que lo eran), puesto que quedan regulados por dicho precepto. Aunque hay que preguntarse si todos los casos no regulados por la ley, ni por la costumbre están regulados por algún principio o solo algunos de esos casos. La primera opción implica que el Derecho no tiene lagunas; y esto supone negar el punto de partida, según el cual existen lagunas en el Derecho, cualquiera que sea la noción de Derecho que adoptemos. Mientras que la segunda opción, esto es, sostener que hay casos que no están regulados por la ley, ni por la costumbre, ni tampoco por los principios, significa admitir que existen casos de laguna, pero no se ofrece ninguna solución para ellos.

Ante la posible insuficiencia de las medidas legislativas adoptadas para hacer frente a los casos de laguna, la teoría jurídica, desde E. ZITELMANN, a comienzos del siglo XX, hasta N. BOBBIO, noventa años más tarde, se ha preguntado cómo colmar las lagunas<sup>5</sup>. Y se ha preguntado también si la tarea de colmar las lagunas consiste en una autointegración o bien en una heterointegración del ordenamiento jurídico, dicho con la terminología acuñada por F. CARNELUTTI<sup>6</sup>; y si esta tarea corresponde al juez o al intérprete del Derecho.

CARNELUTTI llamaba «autointegración» a la aplicación analógica de las normas jurídicas. Pero ya hemos observado antes que esta medida resulta insuficiente para hacer frente a los casos de laguna. En cuanto al término «heterointegración», este término alude propiamente a la integración del ordenamiento jurídico acudiendo a fuentes extra-jurídicas, por ejemplo,

---

<sup>4</sup> El texto de este precepto es el siguiente: «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

<sup>5</sup> ZITELMANN, 1903: 6: *Hierin liegen zwei Probleme. Das eine lautet: was sind Lücken? das andere: wie werden sie ausgefüllt?* BOBBIO, 1994: 99: *Una volta accertata l'esistenza di lacune, sia extra sia intra legem, sorge il problema di come colmarle.*

<sup>6</sup> Véase CARNELUTTI, 1951: 85-92.

acudiendo a normas morales o éticas (aunque no es este el sentido que CARNELUTTI atribuía a dicho término). Parece que K. ENGISCH sugiere esta posibilidad, cuando escribe que «se exige de nosotros hacer todo lo posible para contestar jurídicamente a las cuestiones jurídicas y que llenemos las lagunas del derecho con ideas jurídicas, siempre que esto sea posible»<sup>7</sup>. Sin embargo, en mi opinión, la posibilidad de que un ordenamiento jurídico sea integrado acudiendo a fuentes extra-jurídicas no es aceptable en un Estado de Derecho; y ello al margen de otras posibles consideraciones de orden ontológico o epistemológico.

Para colmar las lagunas, tampoco es un medio idóneo la interpretación del Derecho. Pues, para colmar una laguna, es necesario crear una norma. Pero la tarea del intérprete del Derecho consiste en atribuir sentido a un enunciado jurídico; una tarea que se materializa en un enunciado, denominado «enunciado interpretativo», que dice que tal enunciado jurídico significa tal cosa. Y este enunciado interpretativo no es una norma, obviamente<sup>8</sup>.

En cuanto a la posibilidad de que sea el juez quien colme las lagunas, sobre ello versan los apartados que siguen a continuación.

---

<sup>7</sup> ENGISCH, 1967: 197.

<sup>8</sup> GUASTINI, 2014: 145, escribe en el mismo sentido que «la producción de una norma nueva, idónea para colmar una laguna, es algo conceptualmente distinto de la interpretación de una disposición preexistente». Sin embargo, no veo cómo conciliar esta afirmación de GUASTINI con su conocida tesis de que las normas jurídicas son producto de la interpretación de las disposiciones.

## II. UN NUEVO PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La sumaria exposición anterior revela lo siguiente. La cultura jurídica parte de que existen lagunas en el Derecho y que ello representa un problema para el juez. Ante este problema, reacciona intentando reducir el número de casos de laguna o preguntándose cómo colmar las lagunas. Pero ninguna de las soluciones ofrecidas resulta satisfactoria, bien porque suponen negar el punto de partida, bien porque son insuficientes o inapropiadas.

En mi opinión, las reacciones de la cultura jurídica ante el problema de las lagunas no han sido las adecuadas. Pues si las lagunas representan un problema para el juez, la primera reacción ante ese problema no debería haber sido intentar reducir el número de casos de laguna, ni tampoco preguntarse cómo colmar las lagunas, sino preguntarse qué debe hacer un juez en un caso de laguna; del mismo modo que nuestra primera reacción ante el problema, por ejemplo, de que nos encontramos enfermos consiste en preguntarnos qué debemos hacer en ese caso.

Pero, antes de afrontar ese problema, es preciso reformularlo en términos más claros y exactos. Pues se trata de cómo debe o puede cumplir un juez, en un caso de laguna, las obligaciones que el Derecho le impone. Es probable que los autores que se han ocupado del tema de las lagunas hayan creído inconscientemente que, para que un juez pueda cumplir en un caso de laguna las obligaciones que el Derecho le impone, la laguna ha de ser colmada (por el propio juez o por un tercero). Pero esta es una conclusión apresurada. Antes de extraer esta o cualquier otra conclusión, lo primero que debe hacerse es tomar conciencia de que la respuesta al problema que acaba de ser planteado (el problema de cómo debe o puede cumplir un juez, en un caso de laguna, las obligaciones que el Derecho le impone) depende de dos factores: en primer lugar, del ordenamiento jurídico que tomemos como referencia, pues no todos los ordenamientos jurídicos imponen las mismas

obligaciones a los jueces; y, en segundo lugar, de cómo concibamos dichas obligaciones.

En cuanto a la primera cuestión, existen ordenamientos jurídicos que otorgan a los jueces amplia libertad para crear normas generales, no ya en casos de laguna, sino en cualquier caso. Por ejemplo, según F. SCHAUER, «es característico del *common law* que las reglas sean cambiadas en el mero proceso de su aplicación»<sup>9</sup>. Pero esta es una descripción engañosa. Pues la regla que es cambiada, esto es, que es sustituida por otra, no es la regla aplicada por el juez; la aplicada es la otra, la nueva regla que el juez crea. Y ello revela que, si SCHAUER está en lo cierto (aunque no lo haya expresado correctamente), en los ordenamientos jurídicos del *common law* el juez está autorizado a crear nuevas reglas o normas en un caso cualquiera, también naturalmente en casos de laguna. Parece, por tanto, que en estos sistemas jurídicos un juez no incumpliría ninguna de las obligaciones que el Derecho le impone, si en un caso de laguna crea una nueva regla que regule el caso (esto es lo que F. CARNELUTTI llamaba «heterointegración») y resuelve el litigio dictando una decisión que aplica dicha regla. En estos sistemas, las lagunas no entrañan ninguna dificultad para el juez, puesto que el juez está autorizado a actuar de manera que la laguna desaparezca.

Las lagunas tampoco representan ningún problema para el juez, si el ordenamiento jurídico que tomamos como referencia es el Derecho suizo. Por cuanto sé, este ordenamiento jurídico no autoriza a los jueces a crear reglas o normas generales en ningún caso, ni siquiera en caso de laguna. Pero el art. 1.2 de su código civil sí autoriza al juez a que, en caso de laguna (en defecto de ley y de costumbre), decida el litigio conforme a la regla que él establecería si fuera legislador<sup>10</sup>. De modo que el juez suizo que resuelve un caso litigioso, que es un caso de laguna, dictando una decisión que aplica una regla que él establecería si fuera legislador cumple escrupulosamente las obligaciones

---

<sup>9</sup> SCHAUER, 2013: 126-127.

<sup>10</sup> El texto del artículo citado es el siguiente: *A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.*

que su ordenamiento jurídico le impone. Sin embargo, conviene advertir que, cuando el juez (suizo) actúa de esta manera, no puede decirse que su decisión tenga el contenido exigido por el Derecho (suizo), dado que en tales casos el Derecho no exige que la decisión judicial resolutoria del litigio tenga un contenido determinado, sino que otorga completa libertad al juez para elegir el contenido de su decisión.

Por lo que respecta al Derecho español actual, y si nos atenemos solo al art. 1.6 de nuestro código civil, las lagunas podrían representar un problema para casi todos los jueces y tribunales de justicia españoles, pero no para al Tribunal Supremo. Pues dicho precepto autoriza a este tribunal a «complementar» el ordenamiento jurídico<sup>11</sup>. De modo que, en un caso de laguna, y a tenor de dicho precepto, el Tribunal Supremo podría cumplir sus obligaciones creando una norma general («universal», sería el término más apropiado) que complemente el ordenamiento jurídico y dictando una decisión que aplique dicha norma. También ahora cabe observar que esta manera de proceder resuelve el caso de laguna haciéndola desaparecer.

Esta viene a ser la posición sostenida por E. BULYGIN, aunque sin referirse al Derecho español, ni al Tribunal Supremo, sino refiriéndose, en términos generales, a cualquier ordenamiento jurídico y a cualquier tribunal judicial. BULYGIN sostiene que, en caso de laguna, la decisión dictada por el juez aplica una norma jurídica; concretamente, una norma jurídica general creada por el juez y formulada en la misma sentencia que contiene la decisión resolutoria del litigio. BULYGIN considera necesario que el juez cree esa norma general a fin de poder justificar su decisión y, de este modo, evitar la arbitrariedad. Y dado que, en su opinión, la decisión dictada por el juez en un caso de laguna puede ser tanto estimatoria, como desestimatoria, BULYGIN sostiene que en los casos de laguna el juez dispone de un espacio de discrecionalidad<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Este artículo dice lo siguiente: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

<sup>12</sup> Véase BULYGIN, 2005a: 40-42, BULYGIN 2005b: 78-79, 83, y BULYGIN, 2009: 84-85.



Yo no comparto estas tesis de BULYGIN por varias razones, entre ellas, por su generalidad implícita, es decir, por referirse implícitamente a cualquier ordenamiento jurídico. En cuanto a la cuestión de la discrecionalidad del juez en los casos de laguna, me referiré a ello mucho más adelante. Ahora me limitaré a comentar la afirmación de BULYGIN de que un juez que crea una norma general para justificar la decisión, estimatoria o desestimatoria, dictada por él en un caso de laguna evita la arbitrariedad. Pues la consecuencia más inmediata de la creación de esa norma general, antes incluso de que el juez finalice el razonamiento justificatorio de su decisión, es que la laguna quede colmada; por lo cual el caso litigioso deja de ser un caso de laguna. Y debería ser evidente que esa actuación del juez no evita la arbitrariedad. Al contrario. Pues, a consecuencia de esa actuación, concurren en el mismo órgano la potestad legislativa, que crea una norma general, y la judicial, que dicta una decisión que resuelve un litigio. Esta infracción de la doctrina de la separación de los poderes del Estado constituye un germen de arbitrariedad, como advirtiera MONTESQUIEU<sup>13</sup>. Quizá es incluso más grave que un acto arbitrario, si entendemos que un acto arbitrario es un acto ilegal. Pues, cuando tiene lugar una conducta arbitraria o ilegal, existe una regla (legal), la regla que ha sido vulnerada, que funciona como criterio de control de las conductas y sirve para reprobar, y quizá incluso para combatir de algún modo, las conductas que se apartan de ella. Pero, si aceptamos las tesis de BULYGIN (o el art. 1.6 del código civil español), en un caso de laguna no habría ningún criterio, independiente del propio juez o tribunal que dicta la decisión que resuelve el caso, para enjuiciar la decisión. Por lo cual ni siquiera sería posible reprobarla.

Para ilustrar estas observaciones con un ejemplo, consideremos el caso siguiente. Presento una demanda contra mi vecino por los ruidos que realiza en su casa por la noche, que no me dejan dormir; y solicito al juez que dé la orden a mi vecino de que se abstenga de hacer ruidos por la noche y asegure el cumplimiento de la orden. En ejercicio de su poder judicial, el juez resuelve el litigio dictando una decisión que exige a mi vecino que cese sus ruidosas

---

<sup>13</sup> MONTESQUIEU, 1922: 152: *Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle étoit jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire: car le juge seroit législateur.*

actividades nocturnas y le ordena además caminar todos los días veinte kilómetros durante una semana. En la motivación de su decisión, el juez, en ejercicio de su potestad legislativa (o de su actividad «complementaria del ordenamiento jurídico»), crea la norma general que dice que todos los que molesten a sus vecinos por la noche deben andar todos los días, durante una semana al menos, veinte kilómetros al menos; y justifica esta norma alegando que quienes cumplan dicha norma llegarán cansados a su casa y así, por la noche, tendrán ganas de dormir y no molestarán a sus vecinos. Si aceptamos que un juez puede crear normas generales y la aplicación de estas normas es aplicación del Derecho, y además la motivación de una decisión judicial no es más que la justificación racional de la decisión (como suele decirse), la conducta del juez del ejemplo es irreprochable: *a)* el juez ha juzgado, o sea, ha dictado una decisión que resuelve el litigio; *b)* esta decisión es congruente con la petición recibida y además aplica el Derecho, dado que aplica la norma general que el propio juez ha creado; y *c)* el juez ha motivado su decisión, puesto que la ha justificado racionalmente.

Observemos, pues, retomando el hilo principal de la exposición, que esta revela que la respuesta a la cuestión de cómo debe o puede cumplir un juez, en un caso de laguna, las obligaciones que el Derecho le impone depende esencialmente de cuál sea el ordenamiento jurídico que tomemos como referencia. Esa exposición revela también que, en algunos ordenamientos jurídicos y para algunos tribunales judiciales, las lagunas no representan en realidad problema alguno, puesto que se trata de sistemas jurídicos que autorizan a los jueces o a algunos tribunales judiciales a resolver los casos de laguna cómodamente, por así decirlo. Y ello, cabe añadir, sin entrar en matices acerca de cómo concebir las obligaciones usuales de los jueces.

Dado, por otra parte, que la teoría jurídica viene considerando tradicionalmente que los casos de laguna constituyen un desafío para el cumplimiento de las obligaciones judiciales, es obvio que los juristas que se han ocupado del tema de las lagunas no estaban pensando en esos ordenamientos jurídicos que otorgan facilidades a los jueces a la hora de resolver casos litigiosos, en particular, a la hora de resolver los casos de laguna.

### III. EL JUEZ, LAS LAGUNAS Y LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES DEL ESTADO

#### 3.1. La obligación de juzgar y la obligación jurisdiccional

Al abordar el problema de las lagunas, la teoría jurídica ha tomado y sigue tomando como referencia, bien de modo expreso, bien de modo tácito, un ordenamiento jurídico que, ante todo, atribuye los tres poderes del Estado a órganos distintos, en cumplimiento de la doctrina política de la separación de los poderes del Estado.

Estos ordenamientos jurídicos atribuyen a ciertos sujetos u órganos la potestad de crear normas jurídicas generales, convirtiéndolos así en titulares bien del poder legislativo, bien del poder ejecutivo. Mientras que, a otros sujetos u órganos, concretamente, a los jueces y tribunales judiciales, dichos ordenamientos jurídicos les atribuyen la función de juzgar, esto es, la función de dirimir litigios. De este modo, jueces y tribunales judiciales se convierten en titulares del tercero de los poderes del Estado, del poder judicial. Aunque queda por precisar cuál es la relación que estos ordenamientos jurídicos establecen entre el Derecho y los titulares del poder judicial.

Por lo que respecta al Derecho en sí mismo, puede estar integrado, según las concepciones ontológico-jurídicas que se sostengan, por las normas creadas por los titulares del poder legislativo y del poder ejecutivo exclusivamente o también por las normas consuetudinarias e incluso por principios jurídicos. La doctrina de la separación de los poderes del Estado lo único que exige a este respecto es que el Derecho tenga un origen extrajudicial, en cualquier caso.

En cuanto a los titulares del poder judicial, la labor de los jueces en todas las épocas y en todos los pueblos ha sido siempre la de juzgar, o sea, la de dictar decisiones que diriman litigios, pues eso es lo propio de la condición de juez,

lo que otorga tal condición. Dado que la obligación de juzgar solo consiste en eso, y que la prohibición del *non liquet* no es más que la prohibición de no decidir o no juzgar, o sea, la obligación de juzgar, no hay la menor dificultad para que un juez respete esa prohibición en los casos de laguna, dicho sea en contra de lo que considero una vieja confusión. Sin embargo, a partir de la Ilustración, esto es, en la misma época en la que se propaga la doctrina de la separación de los poderes del Estado, se difunde también la idea de que el contenido de las decisiones que los jueces dicten para dirimir los litigios ha de ser extraído exclusivamente de la ley<sup>14</sup>. La célebre tesis de MONTESQUIEU «El juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley»<sup>15</sup> expresa esta idea, o sea, la obligación, dicho en términos más genéricos, de que las decisiones judiciales digan el Derecho. Así es como la función de decir el Derecho, la función jurisdiccional, empezó a consolidarse como un elemento esencial del estatuto del juez, junto a la que había sido tradicionalmente la función fundamental de los jueces, la función de juzgar.

Estas observaciones ponen de relieve, dicho sea incidentalmente, que la función de juzgar y la función jurisdiccional son cosas conceptualmente distintas e incluso independientes, a pesar de que dichas funciones o actividades suelen ser identificadas tanto por la doctrina<sup>16</sup>, como por la jurisprudencia<sup>17</sup>. La función o actividad de juzgar consiste simplemente en dirimir un litigio entre dos partes; la función jurisdiccional, en cambio, es la tarea de decir el Derecho.

---

<sup>14</sup> A este respecto, NIETO, 2002: 94-95, escribe lo siguiente: «En todos los tiempos y en todas las culturas los conflictos se han resuelto por hombres, especializados o no, pero por descontado seres humanos, que decidían según criterios rigurosamente personales aunque fueran de inspiración muy distinta: la tradición, la voluntad de un poderoso, el sentido común, una supuesta voluntad divina, decisiones judiciales anteriores, la venalidad o, en fin, las leyes. En el siglo XVIII, empero, se extendió una pretensión inédita. Los ilustrados y sus sucesores propugnaron sustituir el juicio de los hombres por el juicio de las leyes, entendiéndose que la decisión de los conflictos procedía de la Ley». Véase también en el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, 1997: 87.

<sup>15</sup> MONTESQUIEU, 1922: 159: *Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*

<sup>16</sup> Por ejemplo, DE LA OLIVA SANTOS, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ Y VEGAS TORRES, 2013: 37, escriben lo siguiente: «Hemos visto en la primera Lección que la *función jurisdiccional* consiste en *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* (art. 117.3 CE)». Aunque lo que habían dicho en esa primera Lección (p. 18) era, en realidad, una cosa distinta, imprecisa, pero más correcta: «el núcleo de la función jurisdiccional consiste en la *realización y tutela del Derecho objetivo*».

<sup>17</sup> «[E]l Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción», afirma la STC 108/1986, de 29 de julio, F.J. 6º.

Es posible, por un lado, que un tribunal judicial resuelva un litigio dictando una decisión que no dice el Derecho, a pesar de que el Derecho le obliga a decir el Derecho; en este caso, el tribunal realiza la actividad de juzgar, pero no la actividad jurisdiccional. Y también es posible, a la inversa, que una decisión, aunque no una decisión judicial, sino una decisión administrativa, realice la actividad jurisdiccional, pero no la actividad de juzgar. Pues el Derecho exige que las actuaciones de todos los poderes públicos, entre ellos naturalmente las administraciones públicas, se ajusten al Derecho (en el Derecho español actual, esta exigencia está contenida en el art. 9.1 de nuestra actual constitución<sup>18</sup>); y eso solo es posible si las decisiones de dichas administraciones dicen el Derecho. Pero una decisión administrativa que dice el Derecho, dictada bien de oficio, bien a instancia de un particular, nunca es una decisión que resuelve un litigio entre dos partes, puesto que las administraciones nunca realizan la tarea de juzgar. La obligación de juzgar es una obligación que el Derecho impone exclusivamente a los jueces y tribunales judiciales. Pero la obligación jurisdiccional es una obligación que el Derecho impone tanto a los jueces, como a las administraciones públicas.

La atribución a los jueces de la función jurisdiccional expresa cuál es la relación entre los titulares del poder judicial y el Derecho en un ordenamiento jurídico que separa rígidamente los tres poderes del Estado: estos sujetos u órganos del Estado, que no están autorizados a crear el Derecho, están obligados, sin embargo, a decir el Derecho; concretamente, a decir el Derecho cuando juzguen, esto es, cuando dicten una decisión que resuelve un litigio. La atribución de la función jurisdiccional a jueces y tribunales judiciales (y también a las administraciones públicas, según se acaba de decir) es una condición necesaria para que un Estado, con independencia de si sus poderes básicos están concentrados o separados, sea un Estado de Derecho. Pues si los jueces no realizaran la actividad jurisdiccional, si las decisiones judiciales no dijeran el Derecho (o si esas decisiones que dicen el Derecho no fueran impuestas coactivamente, si fuera preciso), el Derecho, cuyo componente esencial es la

---

<sup>18</sup> El texto de este precepto es el siguiente: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

ley, sería vulnerado usualmente. Por lo cual ese Estado carecería de uno de los atributos que caracterizan al Estado de Derecho, que es precisamente el respeto a la legalidad.

Durante los dos últimos siglos, los Estados de nuestro entorno cultural han ido adquiriendo paulatinamente, con más o menos altibajos y con mayor o menor intensidad según los casos, esas dos características a las que he aludido: separación de los poderes del Estado y Estado de Derecho (en particular, la separación entre el poder legislativo y el judicial). Aunque los ejemplos citados en páginas anteriores revelan que todavía hoy son numerosos los Estados en los que no se observan esos rasgos, al menos en toda su pureza. Pues los Estados cuyos ordenamientos jurídicos son sistemas del *common law*, que autorizan a los jueces a crear normas jurídicas, no respetan la estricta separación de los poderes del Estado. Mientras que el Estado suizo, cuyo código civil introduce una excepción a la obligación jurisdiccional de los jueces, puesto que exime a estos de cumplir dicha obligación en los casos de laguna, no respeta escrupulosamente las exigencias del Estado de Derecho<sup>19</sup>. Estas observaciones, unidas a otras realizadas previamente, permiten concluir que las lagunas no representen ningún problema para el cumplimiento de las obligaciones judiciales en algunos ordenamientos jurídicos que no siguen fielmente la doctrina de la separación de los poderes del Estado o que no respetan escrupulosamente las exigencias del Estado de Derecho.

En cambio, las lagunas sí constituyen un reto para el cumplimiento de las obligaciones judiciales, si el ordenamiento jurídico que tomamos como referencia es un ordenamiento de un estricto Estado de Derecho, que respeta a rajatabla la separación de los poderes del Estado. Este es el marco jurídico en el que ha sido planteado, de modo expreso o tácito, el problema de las lagunas por los autores que se han ocupado de este tema. Ese marco jurídico podría ser

---

<sup>19</sup> En rigor, la obligación que la constitución suiza impone a los jueces no es la de decir el Derecho, sino la de aplicar el Derecho. Pues el art. 190 de dicho cuerpo jurídico dice lo siguiente: *Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international*. Y aunque la distinción entre las nociones de decir el Derecho y aplicar el Derecho sea leve, y quizá también irrelevante a la hora de interpretar ese precepto de la constitución suiza, se trata de una distinción de suma importancia desde el punto de vista teórico, como podremos comprobar a lo largo de las páginas que siguen.

el Derecho español actual. Pues nuestra actual constitución, de 1978, además de consagrar la separación de los poderes del Estado, atribuye a los jueces y tribunales judiciales la función jurisdiccional. Esta atribución de funciones está contenida en el art. 117.3 de la Constitución Española de 1978, cuyo contenido repite en gran medida el art. 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Sin embargo, la redacción de estos preceptos es engañosa. El citado apartado 3 del art. 117 de la Constitución comienza de la manera siguiente: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales [...]». Ello ha dado pie a interpretaciones de este texto que avalarían la tesis, mencionada hace un momento, que identifica la actividad jurisdiccional con la actividad de juzgar (o de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado). Según dichas interpretaciones, el sentido del texto citado sería el siguiente: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, *que consiste en* juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales». Pero este texto también puede ser entendido de otra manera más acorde con el papel de los jueces y las administraciones públicas en un Estado de Derecho; concretamente, de la manera siguiente: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, *al* juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales».

Entendido de esta manera, lo que el art. 117.3 de la Constitución reserva a los Juzgados y Tribunales no es la potestad o actividad jurisdiccional sin más, sino la potestad o actividad jurisdiccional al juzgar y ejecutar lo juzgado. Por otra parte, y según esa misma interpretación, el art. 117.3 de la Constitución usa el término «potestad (actividad) jurisdiccional», pero no lo define; la tarea de interpretar dicho término queda, como en la mayoría de los casos, en manos de las disciplinas jurídicas que interpretan el Derecho. En cualquier caso, habría sido preferible, en mi opinión, dividir el citado artículo constitucional en dos preceptos: por un lado, uno que atribuyera en exclusiva a los Juzgados y Tribunales la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; por otro lado, la orden, dirigida a los Juzgados y Tribunales, de que al juzgar y hacer ejecutar lo juzgado realicen la función jurisdiccional.

El apartado 4 del mismo art. 117 de la Constitución Española establece que la única función de jueces y tribunales judiciales es la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, o sea, al juzgar y ejecutar lo juzgado<sup>20</sup>. Y lo mismo dice el art. 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Ello implica ante todo que las otras funciones del Estado, la función legislativa y la ejecutiva, son ajenas a jueces y tribunales judiciales. Pero también parece implicar, por otro lado, que, al juzgar, estos órganos del Estado han de ejercer la función jurisdiccional de manera incondicional. En cualquier caso, y a diferencia de lo que establece el art. 1.2 del código civil suizo antes citado, los artículos de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial que estoy comentando no prevén ninguna excepción a la obligación jurisdiccional, a la obligación de decir el Derecho, que esos mismos artículos imponen a los jueces.

Por consiguiente, conforme a esos preceptos, los tribunales judiciales españoles, cuando dicten una decisión para resolver un litigio, han de limitarse a decir un Derecho que ellos no han creado, incluso en los casos litigiosos que ese Derecho no regula, o sea, incluso en los casos de laguna. Sin embargo, el art. 1.6 del código civil español citado previamente, al autorizar al Tribunal Supremo a complementar el ordenamiento jurídico, permite a este tribunal rebasar ese límite. Por ello considero que este precepto, incorporado al Derecho español en 1974, colisiona con esos preceptos posteriores de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial que han sido citados. Deforma, se puede decir, el modelo de un estricto Estado de Derecho y que respeta escrupulosamente la separación de los poderes del Estado, configurado en la Constitución y en la citada ley orgánica.

De esos preceptos de la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigen a las decisiones judiciales, al contenido de las decisiones que los jueces dicten para dirimir los litigios, que esas decisiones digan el Derecho,

---

<sup>20</sup> Los apartados 3 y 4 del art. 117 de la Constitución Española de 1978 dicen lo siguiente: «3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».



también es de destacar lo que no exigen. Pues dichos preceptos no exigen (y lo mismo se puede decir del resto de las normas que integran el actual ordenamiento jurídico español) que las decisiones judiciales sean justas, ni que sean razonables, ni que sean universalizables, ni que sean conformes a reglas morales, ni que sean el resultado de seguir ciertas reglas de argumentación jurídica, por citar algunas de las opiniones sobre este punto que no comparto.

Por otro lado, nuestro Derecho, concretamente, nuestro Derecho procesal, exige al contenido de las decisiones judiciales un requisito adicional. Aunque conviene aclarar primeramente que las decisiones judiciales de las que vengo hablando y de las que seguiré hablando son decisiones sobre «el fondo del asunto», como suele decirse. Y ese requisito adicional al que acabo de aludir es el requisito de la congruencia<sup>21</sup>. Al margen de los requisitos mencionados, creo que nuestro Derecho no exige ningún otro requisito al contenido de las decisiones judiciales. Por todo ello, se puede afirmar que, según nuestro ordenamiento jurídico actual (y lo mismo cabe decir respecto a otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural), una decisión judicial materialmente conforme al Derecho, una decisión judicial jurídicamente correcta desde el punto de vista de su contenido, es una decisión congruente que dice el Derecho.

En teoría, son posibles decisiones judiciales incongruentes. Por ejemplo, una decisión judicial, que no sea una decisión desestimatoria de la pretensión del actor, pero tampoco una decisión estimatoria de dicha pretensión, puesto que concede algo distinto de lo solicitado por el actor, es una decisión incongruente; por tanto, no es materialmente conforme al Derecho. En cambio, si una decisión judicial estima la pretensión del actor o bien la desestima, entonces sí es congruente. Por ello, tanto las decisiones judiciales estimatorias de la pretensión del actor, como las decisiones desestimatorias de dicha pretensión son decisiones congruentes<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> El art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo título es precisamente «Exhaustividad y congruencia de las sentencias», dice en el primer enunciado de su apartado 1 lo siguiente: «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito».

<sup>22</sup> Tal vez la mayoría de los procesalistas aceptarían la tesis de que todas las decisiones judiciales desestimatorias

Las decisiones judiciales de las que se va a hablar en las páginas que siguen son exclusivamente, salvo en algún caso puntual, o bien decisiones estimatorias de la pretensión del actor, o bien decisiones desestimatorias de dicha pretensión. Y, dado que una decisión judicial materialmente conforme al Derecho es una decisión judicial congruente que dice el Derecho, el que esas decisiones estimatorias o desestimatorias de las que hablaré, que son decisiones congruentes, sean materialmente conformes al Derecho depende exclusivamente de que dichas decisiones digan el Derecho. Por esta razón, al hablar de las decisiones judiciales estimatorias o desestimatorias dictadas en los casos utilizados como ejemplos en las páginas que siguen, utilizaré indistintamente los predicados «dice el Derecho» y «es materialmente conforme al Derecho».

Con este trasfondo, voy a abordar a continuación el problema de cómo es posible (suponiendo, claro está, que ello sea posible) que, en un caso litigioso no regulado por el Derecho, la decisión judicial que resuelva el caso sea materialmente conforme al Derecho, es decir, tenga el contenido exigido por el Derecho para ese caso. El problema consiste, podemos decir también, en cómo es posible que en un caso de laguna la decisión judicial, sea estimatoria, sea desestimatoria, que resuelva el caso diga el Derecho. Los casos de laguna no representan ninguna dificultad para el respeto a la prohibición del *non liquet*, o sea, para el cumplimiento de la obligación de juzgar que tienen los jueces, es decir, para que estos cumplan su obligación de resolver un litigio dictando una decisión que ponga fin al litigio; pero sí podrían ser un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de juzgar realizando la función jurisdiccional, o sea, para cumplir la obligación de resolver un litigio dictando una decisión que diga el Derecho, dado que el Derecho no dice nada respecto a los casos de laguna. Ello depende de cómo concibamos la noción de decisión judicial que dice el Derecho. Como antes he observado, la cuestión de cómo puede o debe cumplir un juez, en un caso de laguna, las obligaciones

---

son congruentes, pero no la tesis de que todas las decisiones judiciales estimatorias también son congruentes. Pero si consideramos como decisiones judiciales estimatorias solo aquellas cuyo contenido es exactamente el solicitado por el actor, parece inevitable concluir que también la segunda tesis es correcta. Cuestión distinta es la congruencia, no de la decisión judicial, sino de su motivación.

que el Derecho le impone depende del ordenamiento jurídico que tomemos como referencia, pero también de cómo concibamos dichas obligaciones; en particular, se puede precisar ahora, de cómo concibamos la obligación de que las decisiones judiciales, estimatorias o desestimatorias, digan el Derecho o sean materialmente conformes al Derecho. El juez tiene además ciertas obligaciones procesales, previas al momento de dictar la decisión resolutoria del litigio, y tiene también la obligación de motivar esa decisión; pero no parece que las lagunas representen problema alguno para el cumplimiento de estas otras obligaciones judiciales.

Por consiguiente, de acuerdo con este planteamiento, abordaré, en primer lugar, el problema de qué es una decisión judicial, estimatoria o desestimatoria, que dice el Derecho o es materialmente conforme al Derecho, antes de plantear la cuestión de si es posible o cómo es posible que en un caso de laguna la decisión judicial que resuelva el caso diga el Derecho o sea materialmente conforme al Derecho.

### **3.2. La obligación jurisdiccional y el Derecho procesal**

Para responder al primero de esos problemas, comenzaré observando que el Derecho exige a las decisiones judiciales, no solo que sean materialmente conformes al Derecho, sino también que sean procesalmente conformes al Derecho<sup>23</sup>. Una decisión judicial procesalmente conforme al Derecho es una decisión judicial que pone fin a un litigio judicial, que se ha desarrollado cumpliendo los requisitos o trámites procesales impuestos por el Derecho, cualesquiera que sean esos requisitos (entre estos requisitos o exigencias figura precisamente el cumplimiento de esas obligaciones procesales que el Derecho impone a los jueces y a las que he aludido hace un momento). Obviamente, es el Derecho procesal el que impone esos requisitos procesales. Por esta razón, una

---

<sup>23</sup> El propio art. 117.3 de la Constitución, que ha sido citado y comentado, atribuye a los Juzgados y Tribunales la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, «según las normas de competencia y procedimiento» establecidas por las leyes.

decisión judicial procesalmente conforme al Derecho es una decisión judicial *procesalmente conforme al Derecho procesal*. En esta locución, el adjetivo *procesal* resulta redundante, puesto que no es posible que una decisión judicial sea procesalmente conforme al Derecho material o sustantivo. Precisamente por ello, esto es, porque no es posible que una decisión judicial sea procesalmente conforme al Derecho material, una decisión judicial conforme al Derecho material, es una decisión judicial *materialmente conforme al Derecho material*. Ahora, en esta locución, lo que resulta redundante es el adverbio *materialmente*.

Por razones de claridad, muchas veces conviene no evitar esas locuciones redundantes, sobre todo la segunda de ellas (la locución «decisión judicial *materialmente conforme al Derecho material*»). Aunque esas redundancias podrían ocultar el hecho, ya no tan obvio, de que una decisión judicial puede ser *materialmente conforme al Derecho procesal*, al margen de que sea procesalmente conforme al Derecho procesal. Una decisión judicial (sobre el fondo del asunto) materialmente conforme al Derecho procesal o que dice el Derecho procesal es una decisión que aplica el Derecho procesal.

Por ejemplo, una decisión judicial estimatoria de la pretensión del actor dictada cuando el demandado se allana a dicha pretensión, es una decisión que aplica el Derecho procesal, concretamente, en Derecho español, el art. 21.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, «LEC»)<sup>24</sup>. Esa decisión, por tanto, dice el Derecho procesal o es materialmente conforme al Derecho procesal.

Del mismo modo, una decisión judicial desestimatoria de la pretensión del actor dictada, por ejemplo, cuando el actor renuncia a su acción o a su derecho, es una decisión que aplica el Derecho procesal, concretamente, en Derecho español, el art. 20.1 de la LEC. En realidad, este precepto no habla de decisiones desestimatorias, sino de decisiones absolutorias, puesto que lo que dicho precepto exige al juez es absolver al demandado en el caso de que se

---

<sup>24</sup> Este artículo comienza de la manera siguiente: «Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, [...]».

produzca esa renuncia del actor<sup>25</sup>. Las decisiones absolutorias son dictadas en ocasiones en las que el actor solicita al juez una decisión condenatoria y apoya su solicitud en ciertos cargos incriminatorios. En estos casos, al formular la decisión absolutoria «Se absuelve al acusado de los cargos presentados contra él», el juez solo rechaza literalmente los cargos; pero se sobreentiende que rechaza también o desestima tácitamente la petición de condena a la que los cargos van adjuntos. Es más, dado que los jueces están obligados por el Derecho o a estimar o a desestimar las peticiones que reciben, cabe considerar que en estos casos el pronunciamiento principal es precisamente la decisión desestimatoria, emitida tácitamente; mientras que la decisión absolutoria, expresamente emitida, solo es un pronunciamiento accesorio, además metafórico, y, por tanto, una metonimia de la decisión desestimatoria. En cualquier caso, lo importante en este momento es destacar que una decisión judicial desestimatoria o absolutoria que aplica el citado artículo 20.1 de la LEC y aplica, por tanto, el Derecho procesal es una decisión que dice el Derecho procesal o es materialmente conforme al Derecho procesal.

En resumen, y por lo que respecta al problema planteado de qué es una decisión judicial que dice el Derecho o que es materialmente conforme al Derecho, una primera respuesta es la siguiente: si ese Derecho es el Derecho procesal, entonces una decisión judicial, estimatoria o desestimatoria, que dice el Derecho procesal o que es materialmente conforme al Derecho procesal es una decisión judicial que aplica el Derecho procesal.

### **3.3. La obligación jurisdiccional y el Derecho material**

#### *3.3.1. Las decisiones desestimatorias no aplican el Derecho material*

Pero si el Derecho de que hablamos no es el Derecho procesal, sino el Derecho sustantivo o material, las cosas cambian, al menos parcialmente. Pues si se trata de decisiones judiciales estimatorias, también es cierto que una

---

<sup>25</sup> El artículo citado comienza de la manera siguiente: «Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado, [...]».

decisión judicial estimatoria de la pretensión del actor que dice el Derecho material o que es (materialmente) conforme al Derecho material es una decisión judicial que aplica el Derecho material. Los casos más típicos de decisiones judiciales que aplican el Derecho son precisamente casos de decisiones estimatorias que aplican el Derecho material, decisiones que aplican normas civiles, laborales, penales, etc. Pero la relación entre las decisiones judiciales desestimatorias y el Derecho material es más sutil y no se observa a primera vista. Pues es indiscutible que, al igual que hay decisiones estimatorias que son (materialmente) conformes al Derecho material, que son aquellas decisiones estimatorias que aplican el Derecho material, también existen decisiones desestimatorias que son (materialmente) conformes al Derecho material. Sin embargo, una decisión judicial desestimatoria que es conforme al Derecho material o que dice el Derecho material no es, ni puede ser, una decisión que aplica el Derecho material. Y ello por una razón muy simple: es imposible que una decisión judicial desestimatoria aplique el Derecho material. Dicho de otro modo, si una decisión judicial aplica el Derecho material, si una decisión judicial aplica, por ejemplo, el art. 1902 del código civil español («El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»), o aplica una norma penal, entonces no es una decisión desestimatoria o absolutoria<sup>26</sup>.

El hecho de que las decisiones judiciales desestimatorias no apliquen el Derecho material plantea el problema de por qué consideramos que, a pesar de ello, algunas de esas decisiones son (materialmente) conformes al Derecho material o dicen el Derecho material. Para responder a esta cuestión, voy a exponer y comentar a continuación algunos ejemplos sencillos, que son precisamente casos en los que la decisión desestimatoria de la pretensión del actor es materialmente conforme al Derecho material o dice el Derecho material, aunque no lo aplica.

---

<sup>26</sup> Según he expuesto en un trabajo reciente, entre las decisiones judiciales estimatorias y las desestimatorias existen varias diferencias importantes, y una de ellas consiste precisamente en que las decisiones estimatorias pueden aplicar el Derecho material, pero las desestimatorias no (HERNÁNDEZ MARÍN, 2017: 64-68).

### 3.3.2. *Las decisiones desestimatorias y el argumento a contrario*

En el Derecho español actual, el robo con fuerza en las cosas está regulado en el art. 240.1 de nuestro código penal, que dice así: «El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años». Supongamos que una persona inocente, Pedro, por ejemplo, es acusada de haber cometido un robo con fuerza en las cosas. Es indudable que la decisión judicial que en este caso es (materialmente) conforme al Derecho material, en particular, conforme al Derecho penal, es la desestimatoria o absolutoria. Sin embargo, esta decisión desestimatoria no aplica el artículo citado, ni ningún artículo del código penal, por las razones que expongo a continuación.

El tema de la aplicación de los enunciados jurídicos es lo bastante difícil e importante como para no despacharlo de manera incidental y en dos palabras, como estoy obligado a hacer aquí. En trabajos anteriores<sup>27</sup>, sí me he ocupado detenidamente de este tema. Y, según las tesis que he sostenido en esos trabajos, para que una decisión judicial *D*, estimatoria o desestimatoria, aplique un enunciado jurídico *E* en un caso determinado, es necesario que se cumplan dos condiciones: *a*) que el caso esté contemplado por el supuesto de hecho de *E*, o sea, que el enunciado *E* regule ese caso; y *b*) que la decisión *D* sea la prevista en la consecuencia del enunciado *E*. Estas observaciones constituyen indudablemente una simplificación, además imprecisa. Sin embargo, son suficientes para advertir que, conforme a las exigencias mencionadas, la decisión desestimatoria dictada en el caso de Pedro, aunque sea (materialmente) conforme al Derecho material, en particular, conforme al Derecho penal, no aplica el art. 240.1 del Código Penal. Y además por dos razones: ni el caso de Pedro es un caso contemplado por el supuesto de hecho de dicho artículo, puesto que Pedro no ha cometido ningún robo, ni la decisión desestimatoria es la prevista en la consecuencia del artículo citado. Por razones similares, esa decisión desestimatoria tampoco aplicaría ningún otro enunciado jurídico penal o material, en general. Como he dicho hace un momento, las decisiones desestimatorias no aplican enunciados jurídicos materiales.

---

<sup>27</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, 2005, cap. II, y HERNÁNDEZ MARÍN, 2012, cap. IX.

Se podría pensar quizá que, en ese caso del inocente acusado de robo, la decisión desestimatoria o absolutoria es la conclusión de un argumento *a contrario*. Puesto que esta idea está bastante extendida, creo necesario detenerme en ella para exponer las razones por las que considero que se trata de una idea equivocada.

El argumento *a contrario* a que se alude sería el siguiente: la primera premisa sería el enunciado jurídico general contenido en el art. 240.1 del código penal español o, mejor dicho, una concreción singular de este enunciado, como la siguiente: «Si Pedro es culpable de robo con fuerza en las cosas, entonces el juez Justo [que es el juez que conoce el caso de Pedro] está obligado a castigar a Pedro con una pena de prisión de uno a tres años»; la segunda premisa sería el enunciado «Pedro no es culpable de robo con fuerza en las cosas»; mientras que su conclusión sería el enunciado «El juez Justo no está obligado a castigar a Pedro con una pena de prisión de uno a tres años». Este enunciado, la conclusión, que es una negación (externa) de prescripción, significa lo mismo que la norma permisiva «Está permitido que el juez Justo no castigue a Pedro con una pena de prisión de uno a tres años». Y, según una tesis que E. BULYGIN ha repetido en varios de sus últimos artículos, una decisión desestimatoria es una norma permisiva. Se podría explicar, así, por qué en el caso de Pedro la decisión desestimatoria es la decisión que es (materialmente) conforme al Derecho material, diciendo que esa decisión desestimatoria es una negación (externa) de prescripción, o una norma permisiva («Está permitido que el juez Justo no castigue a Pedro con una pena de prisión de uno a tres años»), que es la conclusión de un argumento *a contrario*.

Pero hay varias razones para rechazar esta explicación. La primera es que la presencia de un enunciado prescriptivo entre las premisas de ese razonamiento *a contrario* es suficiente para dudar de su validez. Además, suponiendo que tanto las premisas como la conclusión de dicho razonamiento fueran enunciados asertivos, un argumento *a contrario* tiene la forma de una falacia típica, la falacia de la negación del antecedente. Un ejemplo de esta falacia es el razonamiento siguiente: «Si Pedro es murciano entonces Pedro es español; Pedro no es murciano. Por tanto, Pedro no es español».



Por último, tampoco me parece acertada la tesis de BULYGIN que he mencionado. BULYGIN sostiene la tesis de que las decisiones desestimatorias (o de rechazo, como él las llama) son normas permisivas respecto a los casos civiles, no respecto a los casos penales como el del ejemplo actual<sup>28</sup>. Al formular esa tesis, BULYGIN está pensando en el caso de un demandante que solicita al juez que dicte una decisión prescriptiva; por ejemplo, una decisión prescriptiva que ordene al demandado pagar al demandante una determinada cantidad de dinero. Esta decisión prescriptiva puede ser esquematizada de la manera usual (aunque no sea la más recomendable, a mi juicio) como «*Obligatorio p*». Pero el juez puede no acceder a la petición del demandante. En este caso, el juez emitiría la fórmula «Desestimo la demanda» u otra similar; y, según BULYGIN, esta decisión desestimatoria tendría el sentido de una negación (externa) de prescripción, pues significaría «*No es obligatorio p*», que es equivalente a la norma permisiva «*Permitido no p*».

Yo opino, sin embargo, que, a la hora de interpretar las decisiones judiciales desestimatorias, es indiferente que se trate de litigios civiles o de litigios penales. Y creo además que, en ningún caso, una decisión desestimatoria es una norma permisiva. La tesis de que la decisión judicial desestimatoria, dictada en el caso de Pedro, significa «Está permitido que el juez Justo no castigue a Pedro con una pena de prisión de uno a tres años» me parece errónea por dos razones. En primer lugar, porque es muy improbable que el juez que conoce el caso de Pedro, el juez Justo, dicte una norma permisiva cuyo único destinatario es él mismo. La segunda razón, más prolija, tiene que ver con el sentido y tipo de discurso de las decisiones judiciales, en general.

Un proceso judicial comienza con una solicitud dirigida al juez para que este resuelva un litigio entre dos partes dictando una decisión que tenga un contenido determinado. En ocasiones, esa solicitud consiste en la petición de que el juez dicte una decisión que ordene a alguien hacer o no hacer algo. Pero, otras veces, lo que se solicita al juez es que otorgue una determinada calificación a un sujeto u objeto determinado; por ejemplo, que califique a un determinado

---

<sup>28</sup> Véase BULYGIN, 2005a: 39-40, BULYGIN, 2005b: 79 y 83, y BULYGIN, 2009: 87-88.

sujeto como incapaz, o a un determinado objeto como medianero, o a un acto administrativo como nulo.

Si el juez opta por aceptar esa petición, su decisión que pone fin al litigio tendrá el contenido que le ha sido solicitado y será, por tanto, un enunciado prescriptivo o cualificatorio. Por esta razón, las decisiones judiciales que acogen o aceptan las peticiones de los litigantes que inician un pleito, o sea, las decisiones judiciales estimatorias, son enunciados (singulares) prescriptivos o cualificatorios, contenidos o bien en sentencias condenatorias, o bien en sentencias declarativas o constitutivas, respectivamente. Pero si el juez opta por rechazar la petición del litigante que inicia la disputa judicial, formulará una decisión desestimatoria, que no es un enunciado prescriptivo, ni cualificatorio. Una decisión desestimatoria tampoco es una norma permisiva. Esto se observa claramente en los casos en los que lo que el demandante solicita a un juez es que este dicte una decisión cualificatoria; por ejemplo, una decisión que califique a un sujeto  $x$  como incapaz. Pues si en este caso el juez rechaza la petición del demandante dictando una decisión desestimatoria que dice «Desestimo la demanda», no se ve en qué sentido esta decisión es una norma permisiva. En ese caso, se podría decir que el Derecho permite o sigue permitiendo que el sujeto  $x$  realice ciertos actos, que no le habría permitido realizar si la demanda hubiera sido estimada; pero la propia decisión «Desestimo la demanda», dictada por el juez, no permite nada.

En mi opinión, en cualquier caso, quiero decir, tanto si lo que el actor solicita al juez es que este dicte una decisión prescriptiva, como si lo solicitado por el actor es que el juez dicte una decisión cualificatoria, la fórmula «Desestimo la demanda» es expresión del rechazo del juez a la pretensión de dictar la decisión, prescriptiva o cualificatoria, que el actor ha solicitado. Y si lo que el juez rechaza es dictar una decisión prescriptiva determinada, como sucede en el supuesto considerado por BULYGIN, se puede decir también que la emisión de la fórmula citada, contemplada desde un punto de vista pragmático, *expresa la negativa* del juez a emitir una prescripción. Pero esto no es lo mismo que decir, como afirma BULYGIN desde un punto de vista semántico, que una

decisión desestimatoria *es* una negación (externa) de prescripción o una norma permisiva, que permite al demandado realizar alguna acción.

Contemplada desde el punto de vista semántico, una decisión desestimatoria no es, en mi opinión, una norma permisiva, sino un anuncio: el anuncio de que el juez o tribunal no va a dictar la decisión, prescriptiva o cualificatoria, que el demandante o acusador ha solicitado al juez. Y ese anuncio, al igual que cualquier otro anuncio referente a lo que va a suceder, es un enunciado asertivo. Un enunciado asertivo verdadero, naturalmente; porque el juez que dice que desestima una petición, o sea, que anuncia que no va a dictar una decisión estimatoria de una petición, no dictará una decisión estimando dicha petición.

Por consiguiente, conforme a estas observaciones, si en el caso de Pedro, falsamente acusado de haber cometido un robo con fuerza en las cosas, el juez dictara una decisión absolutoria o desestimatoria, esta decisión sería un enunciado asertivo, que anuncia que el juez que la emite no va a dictar la decisión, supuestamente prescriptiva (ordenando el ingreso de Pedro en prisión), solicitada por la acusación. Dicha decisión desestimatoria no sería una norma permisiva o una negación de prescripción (una negación de un enunciado prescriptivo), sino que expresaría la negativa del juez a emitir un enunciado prescriptivo, anunciando así que esa emisión no tendrá lugar.

Dado, por otra parte, que la conclusión del argumento *a contrario* antes descrito es una negación de prescripción, si en el caso de Pedro el juez dictara una decisión desestimatoria, esta decisión no sería la conclusión de ese argumento *a contrario*. Por consiguiente, la razón por la que en el caso de Pedro la decisión desestimatoria es la decisión que es (materialmente) conforme al Derecho material no puede ser que dicha decisión es la conclusión de un argumento *a contrario*. Y ello al margen de la invalidez de los razonamientos de este tipo.

### 3.3.3. *Las decisiones desestimatorias y las garantías penales*

Respecto a la cuestión que nos ocupa (la cuestión de por qué en el caso de Pedro, falsamente acusado de haber cometido un robo, la decisión desestimatoria o absolutoria es materialmente conforme al Derecho material o dice el Derecho material, aunque no aplica ningún enunciado jurídico material), tampoco sería una respuesta satisfactoria decir que la decisión desestimatoria aplica la regla o principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Y ello por varias razones:

En primer lugar, porque, según la interpretación usual, esta regla encierra una serie de exigencias dirigidas a los legisladores o a los jueces, como la de que las normas penales estén contenidas en leyes formales, la prohibición de retroactividad de las normas penales o la prohibición de la analogía en el ámbito penal. Y estas exigencias no pueden ser aplicadas por una decisión desestimatoria.

En segundo lugar, porque siglos e incluso milenios antes de que la idea de garantías penales ingresara en la cultura jurídica, y con independencia también del ordenamiento jurídico de referencia, los hombres de todo tiempo lugar, incluso los no juristas, han considerado que en los casos en los que una persona inocente es acusada ante el juez de haber cometido un delito, la decisión judicial (materialmente) conforme al Derecho penal, conforme al Derecho material, es la decisión desestimatoria o absolutoria.

Pero también, en tercer lugar, porque existen otros casos análogos no penales, en los que también la decisión desestimatoria de la pretensión del actor es la decisión que es conforme al Derecho material, aunque no aplique ningún enunciado jurídico material; y, obviamente, en estos casos no penales es irrelevante cualquier posible peculiaridad propia del ámbito penal, como la cuestión de las garantías penales o de si el Derecho penal es un sistema cerrado o no.

Consideremos, por ejemplo, el caso de un falso acreedor, que solicita al juez la devolución de un préstamo, cuando en realidad tal préstamo no ha tenido lugar. También ahora la decisión que es (materialmente) conforme al Derecho material es la desestimatoria. Pero si nos preguntamos qué enunciado jurídico aplica dicha decisión la respuesta es que ninguno. En particular, no existe un enunciado jurídico que se refiera, en su supuesto de hecho, al caso de un demandante que solicita la devolución de una cantidad entregada en préstamo, sin que tal préstamo haya tenido lugar, y, en su consecuencia, ordene al juez dictar una decisión desestimatoria, y que pudiera ser aplicado por una decisión desestimatoria.

O supongamos el caso de un demandante que presenta en un juzgado una reclamación de filiación contra su presunto padre, sin que exista la pretendida relación de paternidad. También en este caso la decisión que es (materialmente) conforme al Derecho material es la desestimatoria. Y tampoco esta decisión aplica ningún enunciado jurídico; en particular, no aplica un enunciado jurídico que se refiera, en su supuesto de hecho, al caso de una persona que solicita al juez el reconocimiento de una relación de paternidad, sin que exista tal relación, y, en su consecuencia, ordene al juez desestimar esa pretensión, dado que tal enunciado jurídico no existe. Observaciones análogas son válidas para el caso de un demandante tan sano como Tarzán, que solicita al juez el reconocimiento de una incapacidad laboral: también en este caso la decisión desestimatoria de la pretensión del actor es la decisión (materialmente) conforme al Derecho material, aunque esa decisión desestimatoria no aplica ningún enunciado jurídico material.

En resumen, en todos los casos anteriores, la decisión desestimatoria de la pretensión del actor no aplica ningún enunciado jurídico material. Dichas decisiones desestimatorias, conviene añadir, tampoco aplican ningún enunciado jurídico procesal, salvo que en la descripción de dichos casos incluyamos alguna hipótesis adicional referente a la ocurrencia de algún hecho procesal relevante. De ahí la conclusión de que, en los casos citados, las decisiones desestimatorias no aplican ningún enunciado jurídico, ninguna norma jurídica.

### 3.3.4. H. KELSEN y las lagunas

Según H. KELSEN, es posible que una decisión judicial, aunque no aplique ninguna norma jurídica particular, aplique el ordenamiento jurídico, o sea, el Derecho. Esto es precisamente lo que sucede, según KELSEN, en los casos que la teoría jurídica tradicional califica como de laguna<sup>29</sup>. Sin embargo, en mi opinión, aplicar el Derecho es aplicar un elemento del Derecho. Y si sostenemos, como hace KELSEN (y yo también hago), que los elementos del Derecho son normas, entonces aplicar el Derecho es aplicar una norma jurídica; no todas las normas jurídicas, ni siquiera varias, pero sí una. La posibilidad de que una decisión judicial aplique el Derecho y no aplique ninguna norma jurídica, como sostiene KELSEN, me parece inconcebible. KELSEN, por otra parte, no ofrece ninguna indicación acerca de cómo sería eso posible.

### 3.3.5. Relación entre las decisiones judiciales desestimatorias y el Derecho material

Podemos concluir, pues, que, en todos los casos examinados, las decisiones desestimatorias de las pretensiones de los actores correspondientes, dado que no aplican ningún enunciado jurídico, no aplican el Derecho; en particular, no aplican el Derecho material. A pesar de ello, consideramos que dichas decisiones son (materialmente) conformes al Derecho material o dicen el Derecho material. Y hasta el momento no hemos hallado la explicación de este fenómeno. En mi opinión, esa explicación se halla en las consideraciones que siguen a continuación.

En todos los casos anteriores ocurre, no solo que la decisión desestimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho, en particular, no aplica el Derecho material, sino además que la decisión estimatoria de dicha pretensión tampoco aplica el Derecho, en particular, no aplica el Derecho material. Por ejemplo, en el caso de Pedro, falsamente acusado de haber cometido un robo con fuerza en las cosas, una decisión estimatoria de la pretensión del actor, o sea, una decisión condenatoria, no aplica el Derecho material, en especial, no

---

<sup>29</sup> KELSEN, 1960: 251: *Die Anwendung der geltenden Rechtsordnung ist in dem Fall, in dem die traditionelle Theorie eine Lücke annimmt, nicht logisch unmöglich. Zwar ist in diesem Falle die Anwendung einer einzelnen Rechtsnorm nicht möglich, aber die Anwendung der Rechtsordnung, und auch das ist Rechtsanwendung, ist möglich.*

aplica el Derecho penal (en particular, no aplica la norma que regula el robo con fuerza en las cosas, dado que el caso de Pedro no está regulado por dicha norma, no es un caso de robo con fuerza en las cosas); del mismo modo o por las mismas razones, en el caso del falso acreedor o en el caso del falso hijo, tampoco aplica el Derecho material la decisión estimatoria de la pretensión del actor. Por otra parte, en estos tres casos, la decisión estimatoria tampoco aplica el Derecho procesal, si no añadimos alguna hipótesis procesal adicional. Por consiguiente, en los tres casos la decisión estimatoria de la pretensión del actor no dice el Derecho o no es materialmente conforme al Derecho.

Por otro lado, la exigencia procesal de congruencia obliga a los jueces o bien a dictar una decisión estimatoria de la pretensión del actor o bien a dictar una decisión desestimatoria de esa pretensión; y, tanto si hacen una cosa como si hacen la otra, la decisión que dicten ha de decir el Derecho o ser materialmente conforme al Derecho. Por consiguiente, cuando la decisión estimatoria de la pretensión del actor no dice el Derecho o no es materialmente conforme al Derecho, el Derecho no deja otra alternativa al juez que dictar una decisión desestimatoria de dicha pretensión. En muchos casos, como en los tres casos comentados (el caso del inocente acusado de robo, el caso del falso acreedor y el del falso hijo), esta decisión desestimatoria no aplica o no dice el Derecho procesal y, por tanto, no es materialmente conforme al Derecho procesal; pero, a pesar de ello, consideramos que esa decisión desestimatoria es materialmente conforme al Derecho, porque consideramos que dicha decisión es materialmente conforme al Derecho material, según he dicho al presentar cada uno de esos tres casos. Y no hay, a mi juicio, otra razón para considerar que en esos casos la decisión desestimatoria de la pretensión del actor es materialmente conforme al Derecho material que el mero hecho de que la decisión estimatoria correspondiente opuesta a ella no lo es. Y ello supone admitir tácitamente la siguiente tesis general (en adelante, «TG»): *cuando la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho material, o no dice el Derecho material o no es (materialmente) conforme al Derecho material, entonces la decisión desestimatoria de dicha pretensión dice el Derecho material o es (materialmente) conforme al Derecho material, aunque no lo aplique.*

La situación también puede ser expuesta de la manera siguiente. En el caso, por ejemplo, del inocente acusado de robo, la decisión condenatoria, estimatoria de la pretensión del actor, estimatoria de la pretensión de la acusación, no aplica o no dice el Derecho material o no es (materialmente) conforme al Derecho material; y lo mismo sucede en el caso del falso acreedor que reclama la devolución de un préstamo inexistente: también en este caso, la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica o no dice el Derecho material o no es (materialmente) conforme al Derecho material. A partir de estos datos, inferimos la conclusión de que, en ambos casos, la decisión desestimatoria de la pretensión del actor dice el Derecho material o es (materialmente) conforme al Derecho material, aunque no lo aplique. Esta inferencia es considerada válida, incluso deductivamente válida. Pero ello solo es posible si esta inferencia es considerada un entimema, que tiene una premisa implícita. Y esa premisa implícita es precisamente la tesis TG, enunciada hace un momento.

Cabe preguntarse, no obstante, en qué sentido puede afirmarse que una decisión judicial, concretamente, una decisión judicial desestimatoria, que no aplica el Derecho material, dice el Derecho material. Una posible respuesta a esta cuestión es la siguiente. Cuando el juez dicta una decisión estimatoria de la pretensión del actor y esta decisión aplica o dice el Derecho, material o procesal, se puede afirmar que el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley. Sin embargo, cuando el juez dicta una decisión desestimatoria, la situación puede ser distinta. Si el juez dicta la decisión desestimatoria porque esta decisión aplica o dice el Derecho procesal, también se puede afirmar que el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley. Pero cuando el juez dicta una decisión desestimatoria de la pretensión del actor debido a que una decisión estimatoria de dicha pretensión no aplicaría o no diría el Derecho material, lo que ocurre es lo siguiente. Por un lado, el Derecho material calla ante esa pretensión del actor. Por otro lado, la decisión desestimatoria es, según se dijo antes, un anuncio de que el juez no va a dictar la decisión que el actor ha solicitado al juez, o sea, un anuncio de que el juez va a omitir dictar esa decisión. Este anuncio va acompañado de hecho de esa omisión. Y esta



omisión de dictar la decisión solicitada por el actor constituye el silencio del juez ante la pretensión del actor; un silencio que reproduce el silencio del Derecho material ante esa pretensión. De manera que, en estos casos, el juez es la boca que calla cuando la ley, cuando el Derecho material, calla. Vistas así las cosas, quizá sería más exacto decir que, en estos casos, en los que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica o no dice el Derecho material, lo que dice el Derecho material, o lo que expresa el Derecho material, no es propiamente la decisión desestimatoria de dicha pretensión, sino la omisión de dictar la decisión estimatoria solicitada por el actor, omisión que acompaña a la decisión desestimatoria y es anunciada por esta.

Mas, dejando a un lado estas sutilezas acerca de si lo que dice el Derecho material es la propia decisión desestimatoria o bien la omisión de dictar la decisión estimatoria solicitada por el actor, omisión que acompaña a la decisión desestimatoria, estamos ya en condiciones de dar una respuesta completa a la cuestión, planteada en la p. 28, de qué es una decisión judicial, estimatoria o desestimatoria, que dice el Derecho. Esa respuesta es la siguiente:

Cuando el Derecho al que nos referimos es el Derecho procesal (se trate de decisiones estimatorias o de decisiones desestimatorias) o en los casos de decisiones judiciales estimatorias (se trate del Derecho procesal o del Derecho material), una decisión judicial que dice el Derecho o materialmente conforme al Derecho es, según las observaciones realizadas en las pp. 29-31, una decisión que aplica el Derecho, esto es, que aplica un enunciado jurídico.

Pero si se trata del Derecho material y de decisiones judiciales desestimatorias, la respuesta a la cuestión de cuándo una decisión judicial desestimatoria de la pretensión del actor dice el Derecho material se halla parcialmente en la tesis TG. Y digo parcialmente porque, para dar una respuesta completa a esa cuestión, la tesis TG ha de ser completada con su tesis inversa, que también es válida, en mi opinión. Pues opino que también es cierta la tesis de que si la decisión estimatoria de la pretensión del actor aplica o dice el Derecho material o es (materialmente) conforme al Derecho material (como sucede,

por ejemplo, en el caso de un culpable de robo con fuerza en las cosas, para quien la acusación solicita al juez la pena prevista para ese delito), entonces la decisión desestimatoria de dicha pretensión no dice el Derecho material o no es (materialmente) conforme al Derecho material. La conjunción de ambas tesis queda recogida en la afirmación de que una decisión judicial desestimatoria de la pretensión del actor dice (aunque no aplica) el Derecho material o es (materialmente) conforme al Derecho material si, y solo si, la decisión estimatoria de dicha pretensión no aplica el Derecho material, o no dice el Derecho material o no es (materialmente) conforme al Derecho material.

El conjunto de ideas que acaba de ser presentado puede ser contemplado como una interpretación del término «función jurisdiccional», usado en la Constitución Española al regular la actividad de los jueces y tribunales judiciales. Estas ideas permiten explicar la diferencia que existe en un litigio judicial entre la posición del actor y la del demandado o acusado. Pues, conforme a dichas ideas, el hecho de que la decisión solicitada por el actor aplique el Derecho material es suficiente para que una decisión judicial estimatoria de su pretensión sea materialmente conforme al Derecho material. De ahí que se pueda decir que el hecho de que el actor tenga razón en su pretensión es suficiente para que el actor obtenga la victoria en el litigio, o sea, para que el juez dicte una decisión estimatoria de su pretensión (salvo que se produzca uno de los hechos procesales, como la renuncia del actor, a los cuales el Derecho procesal vincula una decisión desestimatoria de su pretensión). Pero, conforme también a esas mismas ideas, es igualmente cierto que el hecho de que la decisión solicitada por el actor no aplique el Derecho material es suficiente para que una decisión judicial desestimatoria de su pretensión sea materialmente conforme al Derecho material. Por esta razón, lo que ahora se puede decir es que el hecho de que el actor no tenga razón en su pretensión es suficiente para que el demandado o acusado sea el vencedor del litigio, o sea, para que el juez desestime la pretensión del actor (salvo que ocurra uno de esos hechos procesales, como el allanamiento del demandado, a los cuales el Derecho procesal vincula una decisión estimatoria de la pretensión del actor).

### 3.3.6. *La obligación jurisdiccional y las lagunas*

Es probable que el lector esté esperando saber qué consecuencias se deducen de estas ideas para los casos de laguna, que es el tema central de este estudio; o tal vez se esté preguntando qué tienen que ver los casos que han sido analizados (el caso del inocente acusado de robo, el caso del falso acreedor y el del falso hijo) con los casos de laguna. La respuesta a ambas interrogantes se halla en la observación siguiente: dichos casos, que han sido utilizados para ilustrar las ideas expuestas, son casos de laguna, casos no regulados por el Derecho. El hecho de que, por ejemplo, el caso de Pedro, que no ha cometido un delito de robo, incluya la circunstancia de que alguien, la acusación, afirme lo contrario no altera la circunstancia de que Pedro no ha cometido dicho delito. Por tanto, el caso de Pedro no está regulado por la norma jurídica que regula el robo, además de no estar regulado por ninguna otra norma jurídica; y esto es lo mismo que sucede en el caso de la persona que no ha desayunado. La diferencia entre el caso de la persona que no ha desayunado y el caso de Pedro, que no ha cometido un robo, consiste en que, respecto al desayuno, es laguna tanto la omisión, como la acción; en cambio, en el caso del robo, solo es laguna la omisión, pero no la acción. El hecho de que todos los casos analizados sean casos de laguna, casos no regulados por el Derecho, es precisamente la razón principal por la que en esos casos ni las decisiones estimatorias de la pretensión del actor, ni las decisiones desestimatorias de dicha pretensión aplican el Derecho, ni el Derecho procesal, ni el Derecho material. Pues, como he dicho anteriormente, para que una decisión judicial, estimatoria o desestimatoria, aplique un enunciado jurídico determinado en un caso litigioso, es necesario que el caso litigioso esté regulado por dicho enunciado. Pero, por definición, los casos de laguna no están regulados por ningún enunciado jurídico. De ahí que, en los casos de laguna, entre los que se encuentran los casos analizados, ninguna decisión judicial aplique ningún enunciado jurídico, ninguna decisión judicial aplique el Derecho.

Ahora bien, que en dichos casos ni las decisiones estimatorias de la pretensión del actor, ni las decisiones desestimatorias de dicha pretensión apliquen el Derecho procesal es natural, dado que la descripción de esos casos

no contiene ninguna hipótesis referente a algún hecho procesal. Y el hecho de que en esos casos las decisiones desestimatorias no apliquen el Derecho material carece de relevancia, dado que las decisiones desestimatorias no aplican el Derecho material en ningún caso. En cambio, sí es relevante el dato de que en dichos casos las decisiones estimatorias de la pretensión del actor no aplican el Derecho material.

Pues un litigio comienza con la solicitud del actor, dirigida al juzgado o al juez, de que este dicte una determinada decisión; y el actor justifica su pretensión alegando que la decisión por él solicitada aplica el Derecho material. El actor no fundamenta su pretensión alegando que, en el futuro, concretamente, en el transcurso del proceso judicial iniciado con el ejercicio de la acción, va a ocurrir uno de esos escasos hechos procesales, como el allanamiento o conformidad de la otra parte, a los que el Derecho procesal vincula una decisión estimatoria. De ahí la importancia que tiene determinar si, en el caso de que el juez dictara la decisión solicitada por el actor, decisión que sería una decisión estimatoria, esta aplicaría el Derecho material, como sostiene el actor.

Y si resulta que, en contra de lo alegado por el actor, la decisión estimatoria de su pretensión no aplica el Derecho material, como sucede en los casos analizados en páginas anteriores, las consecuencias son las siguientes:

Por un lado, si esa decisión estimatoria tampoco aplica el Derecho procesal, como también sucede en dichos casos, la decisión estimatoria no aplica el Derecho. En consecuencia, dicha decisión no dice el Derecho en absoluto, no es materialmente conforme al Derecho, ni al Derecho material, ni al Derecho procesal.

Por otro lado, el mero hecho de que la decisión estimatoria no aplique o no diga el Derecho material o no sea (materialmente) conforme al Derecho material es suficiente para concluir, de acuerdo con la tesis TG, que la decisión desestimatoria correspondiente opuesta a ella sí dice el Derecho material o es (materialmente) conforme al Derecho material, aunque no lo aplique.

### 3.4. Otras nociones más estrictas de laguna

Como observé al inicio de este trabajo, existen otras definiciones del término «laguna del Derecho», más estrictas que la definición aquí aceptada, y conforme a las cuales no serían lagunas algunos de los casos aquí calificados como tales. Por ejemplo, según C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, un caso queda definido por la presencia o ausencia de propiedades que el Derecho considera relevantes. Por otra parte, el desayunar no es una propiedad relevante para el Derecho; de ahí que el hecho de que una persona haya desayunado, así como el hecho de que esa misma persona u otra distinta no haya desayunado no son casos, según esa definición. Por lo cual, *a fortiori*, no son casos de laguna, no son casos no regulados por el Derecho, según ALCHOURRÓN y BULYGIN. En cambio, y dado que robar sí es una propiedad relevante para el Derecho, el hecho de que una persona no haya cometido un robo sí sería un caso, según dichos autores; concretamente, un caso de laguna, puesto que no está regulado por el Derecho<sup>30</sup>. Sin embargo, si adoptamos la definición de laguna de K. ENGISCH citada al inicio, tampoco este último hecho sería un caso de laguna; pues el hecho de que una persona no haya cometido un robo, aunque el Derecho no lo regule, nadie esperaba que lo regulara.

Cualquiera de esas definiciones del término «laguna del Derecho», más estricta que la definición acogida en el presente trabajo, es aceptable<sup>31</sup>. Pero las diferencias entre todas esas definiciones no afectan a lo esencial de las conclusiones que han sido alcanzadas, por las razones siguientes. Esas diversas definiciones dan lugar, por así decirlo, a diferentes concepciones de las lagunas.

---

<sup>30</sup> Véase ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1993: 33-55.

<sup>31</sup> En cambio, otros usos del término «laguna del Derecho (o en el Derecho)» me parecen inadecuados, puesto que no se refieren a casos no regulados por el Derecho. Uno de estos usos consiste en calificar como laguna un caso que el Derecho sí regula, pero mediante una norma que es considerada incorrecta: bien porque la norma contraviene alguna exigencia axiológica, en cuyo caso se habla de «laguna axiológica», bien porque la norma que regula el caso es, dicho en los términos popularizados por SCHAUER (2004: 90) sobreincluyente, de manera que, teniendo en cuenta la finalidad de la norma, esta debería ser completada con una restricción, que limitara su alcance y dejara fuera de su ámbito de aplicación el caso en cuestión, el cual es calificado como una «laguna oculta» (LARENZ, 1980: 370). Y, cuando se habla de «lagunas de conocimiento» o de «lagunas de reconocimiento», estos términos (acuñados por ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1993: 63) aluden a casos respecto a los cuales no se sabe, por una u otra razón, si están regulados por el Derecho o no. En mi opinión, todos estos usos del término «laguna» deberían ser abandonados, puesto que solo sirven para enredar innecesariamente el problema que plantean los casos no regulados por el Derecho.

Y estas diferentes concepciones discrepan entre sí solo respecto a la tesis «Todo caso no regulado por el Derecho es una laguna»; pero no cuestionan su recíproca «Toda laguna (en cualquier sentido aceptable del término «laguna») es un caso no regulado por el Derecho», que es la importante. Por otro lado, en un caso no regulado por el Derecho, ninguna decisión judicial, ni estimatoria, ni desestimatoria, aplica el Derecho, ni el Derecho material, ni el Derecho procesal; aunque, como antes se observó, lo más relevante de esta situación es que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho material, cualesquiera que sean el actor y su pretensión. La conclusión es, por tanto, que en los casos de laguna la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho material; lo que equivale a decir que dicha decisión estimatoria no dice el Derecho material o no es materialmente conforme al Derecho material. Si añadimos a esta conclusión la tesis TG (según la cual, cuando la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho material, o no dice el Derecho material o no es materialmente conforme al Derecho material, entonces la decisión desestimatoria de la pretensión del actor dice el Derecho material o es materialmente conforme al Derecho material, aunque no lo aplique), la conclusión final es que, en los casos de laguna, la decisión desestimatoria de la pretensión del actor dice el Derecho material o es materialmente conforme al Derecho material, aunque no lo aplique.

El único paso cuestionable del razonamiento anterior es la tesis TG. Pero se trata de una tesis bien confirmada. Constituyen confirmación de la tesis TG los tres casos que han servido de ejemplos: el caso del inocente acusado de robo, el caso del falso acreedor y el del falso hijo. En los tres casos, la decisión desestimatoria de la pretensión del actor es (consideramos indiscutiblemente que es) materialmente conforme al Derecho material. Estos casos son un *explanandum* que necesitan un *explanans* que lo explique. Y parece que ese *explanans* no puede ser otro que el dato de que en esos casos la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho material o no es materialmente conforme al Derecho material y la tesis general TG.

Es una cuestión secundaria la de si estos tres casos, utilizados como ejemplos, o el caso de la persona que no ha desayunado o el de la que sí ha desayunado, todos los cuales son casos no regulados por el Derecho, son casos de laguna, como vengo afirmando, o bien algunos de ellos sí son casos de laguna, pero otros no, o bien ninguno de ellos es un caso de laguna (como sostendría K. ENGISCH). Pues, a la hora de enjuiciar si la tesis TG proporciona una explicación satisfactoria para todos esos casos, es irrelevante cómo calificamos dichos casos. Además, por lo que respecta al uso del término «laguna», no es una cuestión importante, según he observado antes, la de si todos los casos no regulados por el Derecho son casos de laguna; lo importante es que todos los casos de laguna son casos no regulados por el Derecho.

### 3.5. Lagunas y otros casos afines

En mi opinión, la virtualidad, el poder explicativo, de la tesis TG va más allá de los casos de laguna o, mejor dicho, más allá de los *casos litigiosos* de laguna, incluso entendiendo el término «laguna» en su sentido más amplio. Un caso litigioso es algo más que lo que C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN llaman «un caso», definido por la presencia o ausencia de ciertas propiedades. Un caso litigioso incluye además una petición de un actor, que solicita al juez que dicte una decisión determinada. La razón para tener en cuenta la pretensión del actor es obvia: el que una decisión judicial sea congruente y, en definitiva, materialmente conforme al Derecho depende de cuál sea esa pretensión. Y hay casos litigiosos, que no son casos litigiosos de laguna, que también confirman la tesis general TG.

Supongamos que una persona, por ejemplo, Marta, ha cometido un robo con fuerza en las cosas y es acusada por ello ante el juez. Pero la acusación solicita al juez que Marta sea castigada, no con la pena prevista para ese delito, sino con una pena distinta, por ejemplo, una pena de inhabilitación o la prisión permanente revisable. O consideremos el caso de un empresario que debe a un trabajador una suma de dinero en concepto de horas de trabajo

extras no retribuidas y el trabajador demanda al empresario solicitando al juez que ordene al empresario, no que le abone el dinero que le debe, sino que le conceda tres meses de vacaciones. Ninguno de estos dos casos litigiosos son casos de laguna, en ningún sentido del término «laguna», pues ambos están regulados por el Derecho. Por esta razón, a diferencia de lo que sucede en los casos de laguna, en estos dos casos sí son posibles decisiones judiciales que aplican el Derecho, el Derecho material. Por ejemplo, en el caso de Marta, cualquier decisión que condenara a Marta a una pena de prisión igual o superior a un año e igual o inferior a tres años aplicaría el Derecho material, concretamente, el art. 240.1 del código penal español. Análogamente, en el caso del trabajador, una decisión judicial que condenara al empresario a pagar al trabajador el dinero que le debe aplicaría el Derecho material. Es cierto que esas decisiones judiciales que en dichos casos aplicarían el Derecho, el Derecho material, no son decisiones estimatorias de las pretensiones de los actores correspondientes; y, puesto que tampoco son desestimatorias, dichas decisiones son incongruentes. Pero en los casos litigiosos de laguna, y esta es la diferencia entre unos casos y otros, ninguna decisión judicial aplica el Derecho, ni siquiera una decisión incongruente.

Según vengo sosteniendo, una decisión judicial materialmente conforme al Derecho es una decisión congruente que dice el Derecho. Del mismo modo, una decisión judicial materialmente conforme al Derecho material es una decisión congruente que dice el Derecho material. Por tanto, y dado que las decisiones que aplican el Derecho material en el caso de Marta y en el caso del trabajador son incongruentes, dichas decisiones no son materialmente conformes al Derecho material. La decisión judicial que es materialmente conforme al Derecho material en ambos casos es la decisión desestimatoria de la pretensión del actor. Y, para explicar por qué esto es así, para explicar este *explanandum* que no son casos litigiosos de laguna en ningún sentido del término «laguna», parece necesario recurrir a la tesis TG y a la observación anterior de que en el caso de Marta y en el del trabajador las decisiones que aplican el Derecho material no son decisiones estimatorias; observación que equivale a decir que, en dichos casos, las decisiones estimatorias no aplican el



Derecho material (por ejemplo, en el caso de Marta, la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica, en particular, el art. 240.1 del código penal español, que es la norma jurídica que regula ese caso, debido a que la decisión solicitada por el actor, por la acusación, no es la prevista en la consecuencia de dicha norma y, según observaciones anteriores, para que una decisión judicial aplique una norma jurídica, es necesario que la decisión sea la prevista en la consecuencia de la norma).

El hecho de que en ambos casos la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplique el Derecho material es un rasgo que dichos casos comparten con los casos litigiosos de laguna; es incluso el aspecto más destacable de los casos de laguna, según he dicho y repetido. Por esta razón, los casos litigiosos de laguna pueden ser contemplados como los elementos de un (sub)conjunto de casos, incluido en un conjunto mayor, integrado por todos los casos litigiosos en los que, por una u otra razón, la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho material. A todos ellos se refiere el antecedente de la tesis TG.

## IV. LAGUNAS EN EL DERECHO: UN PSEUDO PROBLEMA

### 4.1. La noción de decisión judicial materialmente conforme al Derecho

Las ideas principales expuestas en el apartado anterior, que giran en torno a la noción de decisión judicial materialmente conforme al Derecho, pueden ser resumidas mediante las tesis siguientes:

Una decisión judicial materialmente conforme al Derecho es una decisión judicial congruente que dice el Derecho. Por otro lado, la noción de decisión judicial que dice el Derecho coincide con la noción de decisión judicial que aplica el Derecho, en el caso del Derecho procesal, y ya se trate de decisiones estimatorias o desestimatorias. Dichas nociones también coinciden, en el caso de las decisiones estimatorias, y ya se trate del Derecho procesal o del Derecho material. Sin embargo, dicha identificación (la identificación entre la noción de decisión judicial que dice el Derecho y la noción de decisión judicial que aplica el Derecho) es errónea, si ese Derecho del que se habla es el Derecho material y además se trata de decisiones desestimatorias; pues una decisión judicial desestimatoria de la pretensión del actor dice el Derecho material (aunque no lo aplica) si, y solo si, la decisión estimatoria de dicha pretensión no aplica el Derecho material.

Estas tesis (a las que a partir de ahora me referiré con el término «*Las Tesis*»), que hablan del Derecho en términos generales y solo distinguen entre Derecho material y Derecho procesal, tienen validez general, en mi opinión. Pues considero que son válidas con independencia de las concepciones ontológico-jurídicas que se sostengan acerca de si el Derecho está integrado por las normas creadas por los titulares del poder legislativo y del poder ejecutivo exclusivamente o también por normas consuetudinarias y principios jurídicos, e incluso por las normas creadas por los titulares del poder judicial. Pues es

cierto que *Las Tesis* fueron formuladas en el apartado anterior, a propósito del problema que las lagunas plantean a los jueces que desempeñan su labor en el marco de un estricto Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico separa rígidamente los tres poderes del Estado. Pero esto no implica que *Las Tesis* solo sean válidas para los ordenamientos jurídicos de este tipo. *Las Tesis* no aluden a ordenamientos jurídicos de ninguna clase y, por ello, son válidas para todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural.

#### **4.2. Consecuencias primarias de *Las Tesis***

Con el trasfondo de *Las Tesis*, voy a analizar a continuación dos tipos de casos litigiosos: los casos en los que el actor solicita al juez que este dicte una determinada decisión y la decisión solicitada por el actor aplica Derecho y los casos en los que sucede lo contrario, o sea, el actor solicita al juez que este dicte una determinada decisión y la decisión solicitada por el actor no aplica el Derecho. En la práctica forense, es difícil frecuentemente distinguir unos casos de otros, debido sobre todo a conocidos problemas de interpretación, de prueba y de calificación. Pero en este trabajo no es necesario abordar estos problemas. Lo único que aquí interesa es analizar las consecuencias de ambas hipótesis, con independencia de las dificultades que puedan presentarse para averiguar si un caso litigioso determinado pertenece a una categoría o a la otra.

1º) Supongamos, en primer lugar, un caso litigioso en el que el actor solicita al juez que este dicte una determinada decisión, llamémosla «*ES*», y esta decisión aplica el Derecho. Dado que *ES* es una decisión estimatoria de la pretensión del actor y, tratándose de decisiones estimatorias, las nociones de aplicar el Derecho y decir el Derecho coinciden, dicha decisión *ES* es una decisión que dice el Derecho. Y, puesto que *ES* es además una decisión congruente con la pretensión del actor, *ES* es una decisión materialmente conforme al Derecho (de acuerdo con la noción de decisión judicial materialmente conforme al Derecho como decisión judicial congruente que dice el Derecho).

Sin embargo, el hecho de que en un caso litigioso una decisión judicial estimatoria de la pretensión del actor sea materialmente conforme al Derecho no excluye la posibilidad de que, en ese mismo caso, también la decisión desestimatoria de la pretensión del actor sea materialmente conforme al Derecho.

No es conceptualmente posible, conforme a *Las Tesis*, que en un caso litigioso tanto la decisión estimatoria de la pretensión del actor, como la decisión desestimatoria de dicha pretensión sean materialmente conformes al Derecho material. Pues supongamos, en primer lugar, que una decisión *ES*, estimatoria de la pretensión del actor, es materialmente conforme al Derecho material. Como he observado antes, del mismo modo que una decisión judicial materialmente conforme al Derecho es una decisión judicial congruente que dice el Derecho, una decisión judicial materialmente conforme al Derecho material es una decisión judicial congruente que dice el Derecho material. Por tanto, y dado que la decisión estimatoria *ES* es materialmente conforme al Derecho material, se trata de una decisión estimatoria congruente que dice el Derecho material. Sabemos también que, tratándose de decisiones estimatorias, las nociones de decir el Derecho (material) y aplicar el Derecho (material) coinciden. Por consiguiente, *ES* es una decisión estimatoria que aplica el Derecho material. Por otro lado, de acuerdo con *Las Tesis*, cuando la decisión estimatoria de la pretensión del actor aplica el Derecho material, la decisión desestimatoria correspondiente opuesta a ella no dice el Derecho material. De ahí la conclusión de que la decisión desestimatoria no dice el Derecho material. Y dada la identificación, que acaba de ser recordada, entre decisión judicial materialmente conforme al Derecho material y decisión judicial congruente que dice el Derecho material, la decisión desestimatoria, aunque sea congruente, no es materialmente conforme al Derecho material.

Supongamos ahora, en segundo lugar, que la decisión desestimatoria es materialmente conforme al Derecho material. En este caso, una primera conclusión sería, conforme a esa misma identificación, que dicha decisión desestimatoria dice el Derecho material. Por tanto, y conforme a *Las Tesis*,

la decisión estimatoria no aplica el Derecho material. Luego, esta decisión estimatoria no dice el Derecho material. Por consiguiente, y aunque sea congruente, dicha decisión estimatoria no es materialmente conforme al Derecho material.

Sí es posible, en cambio, que tanto la decisión estimatoria de la pretensión del actor, como la decisión desestimatoria de dicha pretensión sean materialmente conformes al Derecho procesal. Pues si el demandado se allana a la pretensión del actor, una decisión condenatoria o estimatoria de dicha pretensión aplica el art. 21.1 de la LEC, citado anteriormente; y, por consiguiente, aplica el Derecho procesal. Por otro lado, las nociones de decir el Derecho y aplicar el Derecho coinciden, tanto si se trata de decisiones estimatorias, como si se trata del Derecho procesal. Por lo cual dicha decisión estimatoria dice el Derecho procesal. Y, dado que además es una decisión congruente, es una decisión materialmente conforme al Derecho procesal. Por otra parte, si en ese mismo caso el actor renuncia a su acción o a su derecho, entonces una decisión judicial desestimatoria o absolutoria aplica el art. 20.1 de la LEC y, por tanto, el Derecho procesal. Como acaba de ser recordado, tratándose del Derecho procesal, la noción de decisión judicial que dice el Derecho (procesal) se identifica con la noción de decisión judicial que aplica el Derecho (procesal). Por esta razón, esa decisión desestimatoria dice el Derecho procesal; y, puesto que además es una decisión congruente, es una decisión materialmente conforme al Derecho procesal. Cuestión distinta es la de si ambas decisiones de signo opuesto, que son materialmente conformes al Derecho procesal, también serían procesalmente conformes al Derecho procesal. El problema al que aludo parte de la situación siguiente: el juez dicta una de esas dos decisiones, y esta decisión dictada por el juez, además de ser materialmente conforme al Derecho procesal, también es procesalmente conforme al Derecho procesal; en esta situación se plantea la cuestión de si la decisión de signo opuesto, que es igualmente materialmente conforme al Derecho procesal, puede ser procesalmente conforme al Derecho procesal o no. Pero no es necesario abordar aquí este problema de carácter estrictamente procesal.

Más interesantes son los casos en los que una de las decisiones judiciales jurídicamente posibles es materialmente conforme al Derecho material y la otra, de signo opuesto, materialmente conforme al Derecho procesal. Uno de estos casos, frecuente además, es el siguiente. Supongamos que una persona ha causado un daño a otra y es demandada por el perjudicado, quien solicita al juez que dicte una decisión que ordene al demandado que le pague la indemnización correspondiente. En este caso, una decisión estimatoria de la pretensión del actor aplica el Derecho civil, el Derecho material; por esta razón, dicha decisión estimatoria dice el Derecho material. Y, puesto que se trata de una decisión congruente, la decisión es materialmente conforme al Derecho material. Pero podría ocurrir, en ese mismo caso, que el juez opine que el actor, que es la parte a la que correspondía probar los hechos imputados al acusado, no ha aportado pruebas suficientes que acrediten que el demandado es el autor de esos hechos. En este caso, una decisión desestimatoria de la pretensión del actor aplica el Derecho procesal, concretamente, el art. 217.1 de la LEC, que establece lo siguiente: «Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el Tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones». Puesto que, tratándose del Derecho procesal, la noción de decisión judicial que dice el Derecho procesal se identifica con la noción de decisión judicial que aplica el Derecho procesal, esa decisión desestimatoria que aplica el Derecho procesal dice el Derecho procesal; y, dado además que se trata de una decisión congruente, dicha decisión desestimatoria es materialmente conforme al Derecho procesal. En resumen, en este caso, la decisión estimatoria de la pretensión del actor es materialmente conforme al Derecho material, mientras que la decisión desestimatoria de dicha pretensión es materialmente conforme al Derecho procesal.

También podría ocurrir, a la inversa de lo observado en el último ejemplo, que la decisión estimatoria de la pretensión del actor fuera materialmente conforme al Derecho procesal, y la desestimatoria, materialmente conforme al

Derecho material. Esto es lo que sucede cuando la decisión estimatoria de la pretensión del demandante no aplica el Derecho material, pero el demandado se allana a dicha pretensión. En este caso, la decisión estimatoria de la pretensión del actor aplica el Derecho procesal, concretamente, el art. 21.1 de la LEC, referente al allanamiento del demandado; por lo cual, dicha decisión estimatoria dice el Derecho procesal. Y, puesto que se trata de una decisión congruente, es una decisión estimatoria materialmente conforme al Derecho procesal. Mas, por otro lado, y dado que dicha decisión estimatoria no aplica el Derecho material, la decisión desestimatoria correspondiente opuesta a ella dice el Derecho material, conforme a *Las Tesis*, concretamente, conforme a la tesis TG, que forma parte de dichas tesis. De ahí que esta decisión desestimatoria, que también es una decisión congruente, sea materialmente conforme al Derecho material.

El hecho de que en un mismo caso litigioso una decisión judicial sea materialmente conforme al Derecho material, mientras que la decisión de signo opuesto sea materialmente conforme al Derecho procesal es mucho más que una mera anécdota. Pues esta situación origina problemas importantes, que afectan al respeto a la legalidad y, en definitiva, al Estado de Derecho. Pero el análisis de estos problemas nos desviaría excesivamente del tema central de este trabajo.

2º) Consideremos ahora un caso litigioso en el que el actor solicita al juez que este dicte una decisión determinada, llamémosla «*ES*», y esta decisión solicitada por el actor no aplica el Derecho. Esta situación tiene dos consecuencias:

Por un lado, dado que, tratándose de decisiones estimatorias, las nociones de decir el Derecho y aplicar el Derecho coinciden, la decisión *ES*, que es una decisión estimatoria de la pretensión del actor y no aplica el Derecho, no dice el Derecho. Por consiguiente, *ES* no es materialmente conforme al Derecho.

Por otro lado, y dado que *ES* no aplica el Derecho, *a fortiori ES* no aplica el Derecho material. Cuando esto ocurre, y conforme a la tesis TG, la decisión desestimatoria de la pretensión del actor dice el Derecho material (aunque no lo aplica). Puesto que esta decisión desestimatoria, además de decir el Derecho material, es una decisión congruente, esa decisión desestimatoria es en ese caso una decisión materialmente conforme al Derecho material. Dicha decisión desestimatoria, por tanto, dice el Derecho y es materialmente conforme al Derecho.

Por todo ello se puede afirmar que el hecho de que una decisión judicial estimatoria de la pretensión del actor no aplique o no diga el Derecho (o no sea materialmente conforme al Derecho) es condición suficiente para que la decisión desestimatoria de dicha pretensión diga el Derecho (o sea materialmente conforme al Derecho). Sin embargo, los últimos ejemplos comentados revelan que es posible que una decisión judicial desestimatoria de la pretensión del actor diga el Derecho (o sea materialmente conforme al Derecho), en casos en que la decisión estimatoria de dicha pretensión también dice el Derecho (o aplica el Derecho, o es materialmente conforme al Derecho). Por consiguiente, para que la decisión desestimatoria de la pretensión del actor diga el Derecho (o sea materialmente conforme al Derecho), el hecho de que la decisión estimatoria de dicha pretensión no diga el Derecho (o no aplique el Derecho, o no sea materialmente conforme al Derecho), aunque es una condición suficiente, no es una condición necesaria. En cambio, para que la decisión desestimatoria de la pretensión del actor diga el Derecho material (o sea materialmente conforme al Derecho material), el hecho de que la decisión estimatoria de dicha pretensión no diga el Derecho material (o no aplique el Derecho material, o no sea materialmente conforme al Derecho material) es una condición suficiente y necesaria. Por todas estas razones, es falsa la afirmación «Una decisión judicial desestimatoria de la pretensión del actor dice el Derecho (o es materialmente conforme al Derecho) si, y solo si, la decisión estimatoria de dicha pretensión no aplica o no dice el Derecho (o no es materialmente conforme al Derecho)»; aunque sí es verdadera la afirmación «Una decisión judicial desestimatoria de la pretensión del actor



dice el Derecho material (o es materialmente conforme al Derecho material) si, y solo si, la decisión estimatoria de dicha pretensión no aplica o no dice el Derecho material (o no es materialmente conforme al Derecho material)».

### **4.3. Las Tesis y los casos de laguna**

#### *4.3.1. Las lagunas no son un problema para el cumplimiento de las obligaciones judiciales*

En el apartado II de este trabajo, hablé de ordenamientos jurídicos que otorgan facilidades a los jueces a la hora de resolver casos litigiosos, en particular, los casos de laguna. A este respecto, aludí a los sistemas del *common law*, los cuales autorizan a los jueces a crear normas jurídicas. Y también hice referencia al Derecho suizo, cuyo código civil autoriza a los jueces a incumplir la obligación jurisdiccional en casos de laguna. En estos ordenamientos jurídicos, según se dijo entonces, las lagunas no representan ningún problema para el cumplimiento de las obligaciones judiciales, cualquiera que sea la manera de concebir dichas obligaciones. Dado, por otra parte, que existe unanimidad, entre los autores que se han ocupado del tema de las lagunas, acerca de que las lagunas representan un problema para el cumplimiento de las obligaciones judiciales, es obvio que esos autores estaban pensando en ordenamientos de otro tipo.

En el apartado siguiente, observé que dichos autores, de modo expreso o tácito, plantean el problema que las lagunas representan para el cumplimiento de las obligaciones judiciales en el marco de un estricto Estado de Derecho (que no admite excepciones al cumplimiento de la obligación jurisdiccional), cuyo ordenamiento jurídico separa rígidamente los tres poderes del Estado (y no autoriza a los jueces a crear normas jurídicas en ningún caso). La dificultad que los autores que se han ocupado del tema de las lagunas habrían detectado tendría que ver, concretamente, no con la obligación de juzgar, aunque ellos a veces así lo expresen, sino con la obligación de juzgar realizando la función jurisdiccional, esto es, con la obligación de resolver los litigios

dictando decisiones que digan el Derecho o sean materialmente conformes al Derecho. Pues esos autores parecen creer que es imposible, en el marco de un ordenamiento que presenta aquellas características, que una decisión judicial diga el Derecho o sea materialmente conforme al Derecho en un caso litigioso de laguna; de ahí que crean que, en el marco de esos ordenamientos jurídicos, es imposible que un juez resuelva un caso de laguna cumpliendo la obligación de dictar una decisión que diga el Derecho. Sin embargo, conforme a *Las Tesis*, estas creencias son erróneas.

Una consecuencia de *Las Tesis* es que, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico de referencia, y cualquiera que sea el caso litigioso de que se trate, ya sea un caso en el que la decisión estimatoria de la pretensión del actor aplica el Derecho, ya sea un caso en el que ocurre lo contrario, siempre es posible al menos una decisión judicial que dice el Derecho o es materialmente conforme al Derecho. Por consiguiente, siempre es posible, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico que se tome como referencia y cualquiera que sea el caso litigioso de que se trate, que el juez cumpla la obligación de resolver el litigio dictando una decisión que diga el Derecho o sea materialmente conforme al Derecho.

Por lo que respecta, en particular, a los casos litigiosos de laguna, estos son casos no regulados por el Derecho, y en los que, por tanto, ninguna decisión judicial aplica el Derecho: ni las decisiones estimatorias, ni las desestimatorias; ni las decisiones congruentes, ni las incongruentes. Aunque lo relevante de estos casos es que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho. Pues, siendo esta la situación, son válidas para los casos de laguna las observaciones anteriores referentes a los casos en los que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho. La más importante de ellas es la observación final, según la cual en esos casos sí es posible una decisión judicial (congruente) que dice el Derecho o es materialmente conforme al Derecho: la decisión desestimatoria de la pretensión del actor, decisión que dice el Derecho material o es materialmente conforme al Derecho material, aunque no lo aplica.

Sin embargo, ello no permite afirmar, con carácter general, que en los casos de laguna el juez esté obligado según el Derecho a dictar una decisión desestimatoria de la pretensión del actor. Pues, aunque *Las Tesis* son válidas para ordenamientos jurídicos de cualquier tipo según he observado antes, sus consecuencias han de ser combinadas con la regulación de la actividad judicial que cada ordenamiento jurídico realiza.

Si el ordenamiento jurídico que tomamos como referencia es el ordenamiento de un estricto Estado de Derecho, que impone a los jueces la obligación jurisdiccional incondicionalmente, en los casos litigiosos de laguna el juez está obligado, al igual que en cualquier otro caso, a resolver el litigio dictando una decisión que diga el Derecho; decisión que puede ser la decisión desestimatoria de la pretensión del actor, dado que dicha decisión dice el Derecho en los casos de laguna. Y si el ordenamiento jurídico que tomamos como referencia es además un ordenamiento jurídico que separa escrupulosamente los poderes del Estado, prohibiendo a los jueces crear normas jurídicas incluso en los casos de laguna, el Derecho que el juez está obligado a decir en un caso de laguna es el Derecho preexistente, el Derecho previo al momento en el que el caso llega a conocimiento del juez. Dado que, aparte de la decisión desestimatoria de la pretensión del actor, ninguna otra decisión dice ese Derecho preexistente en un caso de laguna, esta decisión desestimatoria es la que según dicho ordenamiento el juez está obligado a dictar en un caso de laguna. En definitiva, en un ordenamiento jurídico de un estricto Estado de Derecho, que separa rígidamente los tres poderes del Estado, el Derecho exige al juez dictar una decisión desestimatoria de la pretensión del actor en los casos de laguna. Luego, por contraposición, también es válida la tesis siguiente: si en un caso de laguna, el ordenamiento jurídico no exige al juez dictar una decisión desestimatoria de la pretensión del actor, sino que le autoriza a resolver el litigio dictando bien una decisión estimatoria de dicha pretensión, bien una decisión desestimatoria, entonces no se trata de un ordenamiento de un estricto Estado de Derecho y que respeta escrupulosamente la separación de los poderes del Estado, es decir, o no es un ordenamiento de un estricto Estado de Derecho o no es un ordenamiento que respeta escrupulosamente la separación de los poderes del Estado.

En cuanto al Derecho suizo, en este ordenamiento la decisión desestimatoria de la pretensión del actor también es la única decisión que dice el Derecho en los casos litigiosos de laguna. Sin embargo, según acaba de ser recordado, este ordenamiento jurídico no impone a los jueces la obligación de decir el Derecho de manera incondicional, sino que autoriza al juez, en los casos de laguna, a decidir el litigio según su arbitrio. De manera que, en un caso litigioso de laguna, el Derecho suizo permite al juez elegir entre cumplir la obligación jurisdiccional, dictando la única decisión que dice el Derecho en ese litigio, que es la decisión desestimatoria de la pretensión del actor, o ignorar dicha obligación y dictar una decisión estimatoria de dicha pretensión, en aplicación de la regla que el propio juez establecería si él fuera el legislador.

La situación del juez también es distinta si el ordenamiento jurídico que tomamos como referencia es un ordenamiento del *common law*, que autoriza a los jueces a crear normas jurídicas en los casos litigiosos de laguna. Supongamos que un juez está autorizado a crear una nueva norma jurídica  $n$ , que regula el caso de laguna que ha llegado a su conocimiento. Una consecuencia de esta hipótesis es que ese caso litigioso es un caso de laguna en el Derecho  $D_1$ , que es el Derecho que existía antes de que el caso de laguna llegara a conocimiento del juez, pero no es un caso de laguna en el Derecho  $D_2$ , que es el Derecho que resultaría de añadir a  $D_1$  la norma  $n$ , si el juez optara por crear esta norma que regula el caso litigioso. Ese ordenamiento autoriza al juez a elegir entre decir el Derecho  $D_1$  o decir el Derecho  $D_2$ . Si el juez opta por no crear ninguna norma nueva y decir el Derecho  $D_1$ , dictará una decisión desestimatoria de la pretensión del actor, que es la única decisión que dice el Derecho  $D_1$ . Pero si opta por crear la norma  $n$  y decir el Derecho  $D_2$ , es posible que la única decisión que diga el Derecho  $D_2$  sea una decisión estimatoria de la pretensión del actor (posible, pero no seguro; dependerá de si la decisión solicitada por el actor es la prevista en la consecuencia de la norma  $n$  creada por el juez).

Las observaciones precedentes revelan, en primer lugar, que, según cuál sea el ordenamiento jurídico que tomemos como referencia, un juez puede cumplir en un caso litigioso de laguna las obligaciones que el Derecho le

impone de diferentes maneras. El Derecho suizo autoriza al juez a resolver un caso de laguna dictando una decisión que no dice el Derecho; aunque también le autoriza naturalmente a resolver el litigio dictando una decisión que dice el Derecho. Otros ordenamientos, en cambio, exigen al juez resolver los casos de laguna dictando decisiones que dicen el Derecho. Aunque, según cuál sea el ordenamiento jurídico tomado como referencia, puede ocurrir que en un caso de laguna solo exista una decisión judicial que diga el Derecho, que es la decisión desestimatoria de la pretensión del actor; o bien que tanto la decisión estimatoria de la pretensión del actor, como la decisión desestimatoria de dicha pretensión digan el Derecho.

Pero es más importante esta otra consecuencia que puede ser obtenida de las observaciones anteriores: cualquiera que sea el ordenamiento jurídico que tomemos como referencia, los casos litigiosos de laguna no constituyen una excepción a la conclusión anterior de que siempre es posible que el juez cumpla la obligación de dictar una decisión materialmente conforme al Derecho: aunque desempeñe su labor en el marco del ordenamiento jurídico de un estricto Estado de Derecho y que respeta escrupulosamente la separación de los poderes del Estado, y aunque se trate de un caso de laguna, un juez siempre puede dictar una decisión (congruente) que dice el Derecho y que sea, por tanto, materialmente conforme al Derecho<sup>32</sup>. La diferencia que existe a este respecto entre unos ordenamientos y otros es que un ordenamiento jurídico que presenta las características citadas exige al juez, en un caso litigioso de laguna, dictar una decisión que dice el Derecho o es materialmente conforme al Derecho; y, tratándose de ordenamientos que presentan esas características, la única decisión que dice el Derecho en un caso de laguna es la decisión desestimatoria de la pretensión del actor. En cambio, si el ordenamiento tomado como referencia no presenta dichas características, puede ocurrir que en un caso de laguna el ordenamiento no exija al juez dictar una decisión que diga el Derecho, o bien que tanto la decisión desestimatoria de la pretensión

---

<sup>32</sup> Otro supuesto, tradicionalmente polémico, en el que se suscitan dudas acerca de si el juez puede, o cómo puede, cumplir sus obligaciones es el caso de las antinomias o incompatibilidad entre dos enunciados jurídicos. Me he ocupado de este tema en un trabajo reciente (HERNÁNDEZ MARÍN, 2018).

del actor, como la decisión estimatoria de dicha pretensión digan el Derecho en un caso de laguna.

Por consiguiente, no es necesario que un ordenamiento jurídico rebase el estricto marco impuesto por las exigencias de la doctrina de la separación de los poderes del Estado y por las exigencias que son propias del Estado de Derecho, sea para permitir o facilitar al juez el cumplimiento de la obligación de dictar decisiones que digan el Derecho en los casos de laguna, sea para eximir al juez del cumplimiento de dicha obligación en tales casos. Luego, si un ordenamiento jurídico autoriza al juez, en los casos de laguna, a crear una norma jurídica que justifique la decisión, estimatoria o desestimatoria, que el juez ha optado por dictar discrecionalmente (como sugiere E. BULYGIN), el resultado será una infracción innecesaria de las exigencias de la doctrina de la separación de los poderes del Estado. Mientras que, si un ordenamiento exime al juez de cumplir la obligación jurisdiccional en los casos de laguna, el resultado será una infracción, igualmente innecesaria, de las exigencias del Estado de Derecho.

#### *4.3.2. No es necesario crear normas jurídicas para reducir el número de casos de laguna*

Otra consecuencia que puede ser obtenida a partir del dato de que los casos litigiosos de laguna no representan un problema para el cumplimiento de las obligaciones judiciales, en particular, ni para el cumplimiento de la obligación de juzgar, ni para el cumplimiento de la obligación, más exigente, de cumplir la obligación de juzgar realizando la función jurisdiccional es la siguiente: no es necesario reducir o intentar reducir el número de casos de laguna, ya sea incorporando al Derecho normas complementarias que permiten a los jueces aplicar analógicamente las demás normas jurídicas, lo cual siempre crea inseguridad jurídica (incluso fuera del ámbito penal), ya sea incorporando al Derecho normas complementarias que invocan entidades tales como principios, valores, normas morales, etc., cuyas credenciales ontológicas son dudosas. No obstante, sí conviene reducir el número de los casos que

K. ENGISCH calificaría como casos de laguna, o sea, el número de casos que el Derecho no regula, pero cabría esperar que el Derecho regulara. Aunque, para esta finalidad, esas normas jurídicas complementarias, que autorizan a los jueces a aplicar analógicamente las restantes normas jurídicas o las que se remiten a principios, etc., solo son remedios aparentes; pues la vaguedad inevitable de esas normas complementarias impide saber, en un caso litigioso cualquiera, si un juez ha aplicado o no una de dichas normas.

#### *4.3.3. Las lagunas como pseudoproblema*

Desde el inicio del presente trabajo, vengo afirmando que el Derecho, cualquier Derecho, tiene lagunas, no es completo. Aunque las observaciones precedentes revelan que la incompletud del Derecho no supone un obstáculo para que los jueces puedan cumplir en un caso cualquiera, aunque sea un caso de laguna, las obligaciones que el Derecho, cualquier Derecho, les impone. Dado, por otra parte, que los juristas han pensado tradicionalmente lo contrario, o sea, que las lagunas sí son un obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones judiciales, la conclusión inevitable es que el problema de las lagunas solo es un problema aparente, un pseudoproblema, en realidad. Una afirmación que suscita inmediatamente la cuestión de por qué el pensamiento jurídico ha creído que las lagunas son un problema real.

En las primeras páginas de este trabajo afirmé (y lo pudimos comprobar entonces y también lo acabamos de comprobar, con más detalle, un poco más arriba) que la cuestión de cómo puede un juez cumplir, en un caso de laguna, las obligaciones que el Derecho le impone depende de dos factores, solo de dos factores, cabría precisar: del ordenamiento jurídico que tomemos como referencia y de cómo concibamos dichas obligaciones; en particular, según concreté más adelante, de cómo concibamos la obligación que tienen los jueces de resolver los litigios dictando decisiones que digan el Derecho o sean materialmente conformes al Derecho. Por consiguiente, el hecho de que los autores que se han ocupado del tema de las lagunas hayan considerado que estas representan un problema para el cumplimiento de esa obligación de los

jueces ha de tener su origen en uno de los dos factores siguientes: bien a que esos juristas han tomado como referencia un ordenamiento jurídico que impide el cumplimiento de dicha obligación en los casos de laguna, bien a que dichos juristas han concebido la citada obligación de una manera tal que no pueda ser cumplida en los casos de laguna.

Aparentemente esta segunda opción ha de ser descartada. Pues los autores que se han ocupado del tema de las lagunas consideran que, en los casos de laguna, los jueces pueden cumplir la obligación de dictar decisiones que sean materialmente conformes al Derecho y el resto de las obligaciones que el Derecho les impone, si tomamos como referencia ciertos ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, tampoco la primera opción es satisfactoria como hipótesis explicativa. Es cierto que, a primera vista, podría parecer que la creencia de que las lagunas representan un problema para que el juez pueda cumplir la obligación de dictar decisiones que sean materialmente conformes al Derecho tiene su origen en la primera de las hipótesis apuntadas: el hecho de que los juristas que sustentan dicha creencia toman como referencia un ordenamiento jurídico, concretamente, el ordenamiento de un estricto Estado de Derecho y que respeta escrupulosamente la separación de los poderes del Estado, que impide el cumplimiento de la citada obligación en los casos de laguna. Podría parecer que el cumplimiento de dicha obligación en los casos de laguna no constituye ningún problema en los ordenamientos jurídicos que no presentan dichas características, pero sí lo es tratándose de ordenamientos jurídicos que encajan en ese modelo. Esta parece ser la opinión de los autores que se han ocupado del tema de las lagunas. Sin embargo, se trata de una opinión equivocada. Pues, según hemos podido observar, aunque el ordenamiento jurídico que tomemos como referencia sea el ordenamiento de un estricto Estado de Derecho y que respeta escrupulosamente la separación de los poderes del Estado, un juez puede dictar una decisión que sea materialmente conforme al Derecho en un caso de laguna.



En mi opinión, la creencia de que las lagunas representan un problema para el cumplimiento de la obligación que tienen los jueces de dictar decisiones que sean materialmente conformes al Derecho no tiene un origen único, sino doble: por un lado, el hecho de haber tomado como referencia un ordenamiento jurídico de características determinadas, concretamente, el ordenamiento de un estricto Estado de Derecho, que respeta escrupulosamente la separación de los poderes del Estado; por otro lado, el hecho de que la obligación citada ha sido concebida de una manera tal, que no puede ser cumplida en los casos de laguna dentro de dicho marco jurídico.

Esa concepción de la obligación que tienen los jueces de dictar decisiones que sean materialmente conformes al Derecho, sea la que sea, ha de ser un corolario de una concepción o definición de la noción de decisión judicial materialmente conforme al Derecho. Y, en mi opinión, esta concepción o definición es la que identifica la noción de decisión judicial materialmente conforme al Derecho con la de decisión judicial (congruente) que aplica el Derecho. Esta identificación puede haberse establecido, consciente o inconscientemente, de dos maneras. Una de ellas es la equiparación directa entre ambas nociones. La otra sería el resultado de una doble identificación: entre decisión judicial materialmente conforme al Derecho y decisión judicial (congruente) que dice el Derecho, por un lado; y entre decisión judicial que dice el Derecho y decisión judicial que aplica el Derecho, por otro lado<sup>33</sup>. En cualquier caso, esto es, cualquiera que haya sido la manera en que haya sido alcanzada la identificación entre las nociones de decisión judicial materialmente conforme al Derecho y decisión judicial (congruente) que aplica el Derecho, lo importante son las consecuencias que se deducen de dicha identificación. De ello trata el apartado siguiente.

---

<sup>33</sup> CARRÉ DE MALBERG, 2000:636, califica cómo «definición clásica» la que establece que «[l]a función jurisdiccional consiste en aplicar las leyes».

## V. EL «PRINCIPIO NEGATIVO GENERAL»

Tomando como referencia el ordenamiento de un estricto Estado de Derecho, que respeta escrupulosamente la separación de los poderes del Estado, y partiendo de la identificación entre las nociones de decisión judicial que es materialmente conforme al Derecho y de decisión judicial (congruente) que aplica el Derecho, los autores que se han ocupado del tema de las lagunas han realizado probablemente, quizá de manera inconsciente, el siguiente razonamiento:

Aplicar el Derecho es aplicar una norma jurídica. Por otra parte, para que en un caso litigioso la decisión que resuelve el caso aplique una norma jurídica, es necesario que el caso esté contemplado por el supuesto de hecho de la norma; o, lo que es lo mismo, es necesario que la norma regule el caso. Pero si el caso litigioso es un caso de laguna, entonces el caso no está regulado por ninguna norma jurídica. Por lo cual, en ese caso de laguna, no es posible que la decisión judicial que resuelve el caso aplique ninguna norma jurídica, ni tampoco el Derecho, en definitiva. Por consiguiente, si la laguna no es colmada, siempre existirá algún caso litigioso en el que no será posible que una decisión judicial aplique el Derecho. Dado que el ordenamiento jurídico tomado como referencia es el ordenamiento de un estricto Estado de Derecho y que respeta escrupulosamente la separación de los poderes del Estado, está excluida la posibilidad de que el ordenamiento autorice al juez a crear una norma que colme la laguna, como sucede en los ordenamientos del *common law*, así como la posibilidad de que el ordenamiento exima al juez de cumplir sus obligaciones en los casos de laguna, como sucede en el Derecho suizo. [Hasta aquí, el razonamiento es impecable. El error viene a continuación.] Por otra parte, una decisión judicial materialmente conforme al Derecho es una decisión (congruente) que aplica el Derecho. Por consiguiente, si la laguna no es colmada y, por ello, existe algún caso litigioso en el que no es posible que una decisión judicial aplique el Derecho, existirán casos litigiosos en los

que no será posible que el juez cumpla su obligación de dictar una decisión materialmente conforme al Derecho. Por esta razón, las lagunas representan un problema para el cumplimiento de las obligaciones judiciales. [De ahí la preocupación tradicional por el problema de cómo colmar las lagunas.]

En cambio [este es otro razonamiento, complementario del anterior], si el Derecho no tiene lagunas o es completo, para todo caso litigioso existirá una norma jurídica que lo regule. Por lo cual, en todo caso litigioso será posible para el juez dictar una decisión (congruente) que aplique una norma jurídica (concretamente, la norma que regula el caso) y el Derecho, en definitiva. Por tanto, si el Derecho es completo, y dado que una decisión judicial materialmente conforme al Derecho es una decisión (congruente) que aplica el Derecho, siempre será posible que el juez cumpla su obligación de dictar una decisión materialmente conforme al Derecho.

Los dos razonamientos anteriores contienen, en mi opinión, varios errores. No es un error, obviamente, tomar como referencia el ordenamiento de un estricto Estado de Derecho y que respeta escrupulosamente la separación de los poderes del Estado. El error, origen a su vez de otros errores, es esa concepción de la noción de decisión judicial materialmente conforme al Derecho que identifica dicha noción con la de decisión judicial (congruente) que aplica el Derecho.

Esta identificación queda refutada, en mi opinión, en los casos que nos han servido como ejemplos: el caso del inocente acusado de robo, el caso del falso acreedor y el del falso hijo. En estos casos, con independencia de si los calificamos o no como casos de laguna, ninguna decisión judicial, ni estimatoria, ni desestimatoria, ni congruente, ni incongruente, aplica el Derecho, ni el Derecho material, ni el Derecho procesal. Por ello, la identificación entre las nociones de decisión judicial que es materialmente conforme al Derecho y de decisión judicial (congruente) que aplica el Derecho tiene la consecuencia de que en esos casos ninguna decisión judicial es materialmente conforme al Derecho. Dado que esta consecuencia es, a mi juicio, indiscutiblemente falsa,

considero errónea esa identificación. El error encerrado en dicha identificación queda al descubierto en las observaciones que siguen a continuación.

Que la congruencia es una condición necesaria para que una decisión judicial sea materialmente conforme al Derecho es, según creo, algo indiscutible; por lo cual me parece innecesario insistir en ello. Lo discutible es la idea de que, para que una decisión judicial sea materialmente conforme al Derecho, es necesario que la decisión aplique el Derecho.

Conforme a *Las Tesis*, en el caso de las decisiones estimatorias, las nociones de decir el Derecho y aplicar el Derecho coinciden. Luego, si una decisión judicial estimatoria aplica el Derecho (material o procesal), entonces la decisión dice el Derecho (material o procesal, respectivamente). Y, puesto que se trata de una decisión congruente, la decisión es materialmente conforme al Derecho (de acuerdo con la definición de decisión judicial materialmente conforme al Derecho como decisión congruente que dice el Derecho). Por otro lado, y también en conformidad con *Las Tesis*, en el caso del Derecho procesal, las nociones de decir el Derecho (procesal) y aplicar el Derecho (procesal) coinciden. Luego, si una decisión judicial desestimatoria aplica el Derecho (procesal), entonces la decisión dice el Derecho (procesal). Y, puesto que se trata de una decisión congruente, la decisión es materialmente conforme al Derecho. En resumen, conforme a *Las Tesis*, el hecho de que una decisión judicial, estimatoria o desestimatoria, aplique el Derecho es condición suficiente para que la decisión sea materialmente conforme al Derecho.

Pero no es condición necesaria. Pues en los tres casos que nos han servido como ejemplos y que acaban de ser recordados, el caso del inocente acusado de robo, el caso del falso acreedor y el del falso hijo, la decisión desestimatoria de la pretensión del actor es (consideramos indiscutiblemente que es, como he dicho antes) materialmente conforme al Derecho, a pesar de que no aplica el Derecho (concretamente, consideramos que la decisión desestimatoria es materialmente conforme al Derecho material, a pesar de que no aplica el Derecho material). Por ello, no es cierto que, para que una decisión judicial

sea materialmente conforme al Derecho, es necesario que la decisión aplique el Derecho. Y el error contenido en la identificación entre las nociones de decisión judicial que es materialmente conforme al Derecho y decisión judicial (congruente) que aplica el Derecho consiste precisamente en que esa identificación sostiene lo contrario.

Esta identificación es probablemente, como revela el primero de los dos razonamientos mencionados al inicio del presente apartado, lo que ha originado la creencia de que, si las lagunas no son colmadas o si el Derecho no es completo, existirán casos litigiosos, concretamente, casos litigiosos de laguna, en los que no será posible que el juez cumpla su obligación de dictar una decisión materialmente conforme al Derecho. Lo que constituye otro error, según ha quedado en evidencia en el apartado anterior. Las lagunas, según hemos observado en ese apartado, no representan ningún obstáculo para que el juez pueda cumplir dicha obligación, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico que tomemos como referencia. Por consiguiente, también es un error idear remedios para evitar o hacer frente a la existencia de lagunas, es decir, para intentar solucionar lo que se considera un problema, que en realidad no lo es. Y un error adicional, cometido en el segundo de aquellos razonamientos, es creer que, una vez solucionado el supuesto problema de las lagunas, es decir, una vez que un ordenamiento jurídico ha sido clausurado o carece de lagunas, siempre será posible, en cualquier caso litigioso, que el juez cumpla su obligación de dictar una decisión materialmente conforme al Derecho, entendiendo por tal una decisión (congruente) que aplica el Derecho.

Para apreciar lo erróneo de esa creencia, voy a referirme a una de las más célebres ideas formuladas para evitar o negar la existencia de lagunas en el Derecho. Se trata de una sugerencia clásica, por así decirlo, formulada por E. ZITELMANN, en la obra citada al comienzo de este trabajo. En esta obra, ZITELMANN habla de una norma particular, que denomina *allgemeine negative Grundsatz*, y que podemos traducir por «principio negativo general», abreviadamente, «PNG». Pensando en el ámbito penal, ZITELMANN le atribuyó, aunque solo a título de ejemplo, el contenido siguiente: «Todas las

acciones son impunes, si no se ha dispuesto otra cosa»<sup>34</sup>. Autores posteriores, que han sostenido y sostienen de modo expreso o tácito la tesis de ZITELMANN, han generalizado y simplificado el contenido del PNG en la fórmula «Todo está permitido, si no está prohibido», o sea, en el viejo aforismo «Todo lo que no está prohibido está permitido» (*quae non sunt prohibita, permissae intelliguntur*). Y han sostenido que el PNG [a diferencia de las medidas legislativas comentadas en las primeras páginas de este trabajo, ideadas para reducir el número de casos de laguna] evita la existencia de lagunas, cerrando o clausurando, como suele decirse, un ordenamiento jurídico.

Los críticos de esas ideas han observado que es empíricamente falso que en todos los ordenamientos jurídicos exista una norma con ese contenido. Aunque los seguidores de ZITELMANN podrían replicar que el PNG, si no es una norma expresa, es al menos una norma tácita. Otras veces la objeción consiste en decir que el PNG es una tautología. Y lo sería ciertamente si en el PNG la expresión «está permitido» significa «no está prohibido»; pero este solo es uno de los posibles sentidos que tienen las expresiones de permiso en las normas jurídicas<sup>35</sup>. En cualquier caso, en contra del PNG existe otra objeción más seria, que es la de su insuficiencia. Pues, en contra de lo que se piensa, aunque el PNG fuera una norma de un determinado ordenamiento jurídico, ello no bastaría para cerrar o clausurar ese ordenamiento. Y a ello hay añadir que, aunque el PNG cerrara el ordenamiento jurídico, existirían casos litigiosos en los que ni una decisión judicial estimatoria de la pretensión del actor, ni una decisión judicial desestimatoria de dicha pretensión, aplicarían el Derecho. Por lo cual, si la noción de decisión judicial materialmente conforme al Derecho es identificada con la noción de decisión judicial (congruente) que aplica el Derecho, en esos casos no sería posible que un juez cumpliera su obligación de dictar una decisión materialmente conforme al Derecho, a pesar de la completud del ordenamiento.

---

<sup>34</sup> Véase ZITELMANN, 1903: 18-19.

<sup>35</sup> Sobre los diferentes sentidos que tienen las expresiones de permiso en las normas jurídicas, me remito a la exposición que realizo en HERNÁNDEZ MARÍN, 2012: 216 y ss.

Para justificar estas afirmaciones, supondré que en el ordenamiento jurídico de que hablamos existe ese PNG con el contenido citado: «Todo lo que no está prohibido está permitido». Y supongamos que una persona, por ejemplo, Alicia, es demandada bajo la acusación falsa de haber causado un daño  $x$  al demandante y este solicita al juez que Alicia le indemnice el supuesto daño al amparo del art. 1902 del código civil español, que exige que el causante de un daño lo repare. En este caso, se podría decir que Alicia no está obligada a reparar el daño  $x$  que el demandante le reclama. No porque ello sea una conclusión de un argumento *a contrario*, en el que figura como premisa el art. 1902 del código civil español (o una concreción singular de este artículo), ni tampoco porque según este artículo Alicia no esté obligada a reparar el daño  $x$ . Respecto a ese artículo, todo lo que se puede afirmar es que no es cierto que según dicho artículo Alicia esté obligada a reparar el daño  $x$ . Y lo mismo se podría decir respecto a cualquier otro enunciado jurídico y respecto al Derecho en general: no es cierto que según cualquier otro enunciado jurídico o según el Derecho Alicia esté obligada a reparar el daño  $x$ ; o sea, no existe un enunciado jurídico según el cual Alicia esté obligada a reparar el daño  $x$ <sup>36</sup>. Es en este sentido en el que es cierta la afirmación de que Alicia no está obligada a reparar el daño  $x$ . Por lo cual también podríamos decir que no está prohibido que Alicia no repare el daño  $x$ , o sea, que la no reparación del daño  $x$  por parte de Alicia no está prohibida.

Por otra parte, dado que el supuesto de hecho del PNG («Todo lo que no está prohibido está permitido») se refiere a conductas que no están prohibidas, y la conducta de Alicia consistente en no reparar el daño  $x$  no está prohibida, esta conducta de Alicia, el caso de Alicia, en definitiva, está regulado por el PNG. De este modo, el PNG evita que el caso de Alicia, que no está regulado por ninguna otra norma jurídica, sea un caso de laguna. Y una consecuencia de esta situación es que la única norma que puede ser aplicada por el juez en el caso de Alicia es el PNG. Esto es lo que sucedería si, en el caso de Alicia, el juez dictara una decisión que dijera que la no reparación del daño  $x$  por parte de Alicia está permitida. Dicha decisión, además de aplicar el PNG, también

---

<sup>36</sup> Respecto a estas equivalencias, puede verse HERNÁNDEZ MARÍN, 1999: 179-184.

aplicaría el Derecho, naturalmente. Además, esa decisión judicial, que sería una norma permisiva, sería precisamente el contenido o significado de una decisión desestimatoria dictada en el caso de Alicia, si aceptamos la tesis de E. BULYGIN, comentada anteriormente, de que una decisión desestimatoria es una permisión. Quedaría así explicado además por qué en el caso de Alicia la decisión desestimatoria es la decisión materialmente conforme al Derecho (de acuerdo con la identificación entre decisión judicial materialmente conforme al Derecho y decisión judicial congruente que aplica el Derecho): dicha decisión desestimatoria, que significa que la no reparación del daño  $x$  por parte de Alicia está permitida, es una decisión congruente que aplica el Derecho, concretamente, aplica el PNG.

Un razonamiento análogo al anterior podría ser utilizado para explicar el caso del falso acreedor del que antes se ha hablado. Sin embargo, no serviría para explicar el caso del falso hijo, del que también se ha hablado antes. En el caso de Alicia, es posible alcanzar la conclusión de que Alicia no está obligada a reparar el daño  $x$  o que no está prohibido que Alicia no repare dicho daño; y, de modo análogo, en el caso del falso acreedor es posible alcanzar la conclusión de que el demandado no está obligado a pagar la cantidad de dinero que el demandante le reclama, o sea, que no está prohibido que el demandado no pague dicha cantidad de dinero. Y dado que el supuesto de hecho del PNG se refiere a conductas que no están prohibidas, se podría decir que ambos casos están regulados por el PNG y no son, por tanto, casos de laguna. Sin embargo, en el caso del hijo falso, no parece posible concluir que se trata de un caso de una conducta que no está prohibida y que, por tanto, el caso está contemplado por el supuesto de hecho del PNG («Todo lo que no está prohibido está permitido»), por la sencilla de razón de que no se trata de una conducta. El ámbito de lo no regulado por el Derecho no coincide con el ámbito de lo impune o de lo no prohibido, o sea, con el de las conductas no prohibidas, al que el supuesto de hecho del PNG se refiere. Pues, por un lado, hay conductas, como pagar los impuestos, que no están prohibidas por el Derecho, pero están reguladas por el Derecho; y, por otro lado, hay casos no regulados por el Derecho, como el caso de una persona que no es hija de otra, pero no son casos



de conductas no prohibidas por el Derecho y reguladas por el PNG, puesto que no se trata de conductas (el ámbito de lo impune o de lo no prohibido, que es lo único que regula el PNG, incluye conductas, comportamientos, actos, acciones u omisiones, etc., pero no situaciones o estados de hecho, como el de que una persona no sea hija de otra). Por ello, casos como el de que una persona no sea hija de otra no están regulados por el PNG, ni por ninguna otra norma jurídica y son casos de laguna, a pesar del PNG. Esta es la razón por la que el PNG es insuficiente para clausurar el ordenamiento jurídico.

Además, supongamos que este caso del falso hijo sí es un caso de una conducta que no está prohibida y está contemplado por el supuesto de hecho del PNG. Ninguna decisión judicial podría aplicar en ese caso ninguna otra norma jurídica, salvo el PNG. Pero una decisión judicial que aplicara el PNG («Todo lo que no está prohibido está permitido») tendría que ser una norma permisiva. Aunque no es fácil ver qué conducta es la que permitiría realizar una decisión judicial que fuera una norma permisiva, dictada en el caso del falso hijo. Ni tampoco es fácil contemplar una decisión judicial desestimatoria (desestimatoria de la petición de reconocimiento de una relación de paternidad) dictada en ese caso como esa decisión permisiva, que aplica el PNG. Por todo ello, quedaría sin explicar por qué en dicho caso una decisión judicial desestimatoria, que rechaza reconocer la existencia de una relación de paternidad, es la decisión que aplica el Derecho o es materialmente conforme al Derecho. En definitiva, la hipótesis de que existe ese PNG con el contenido descrito resulta insuficiente, tanto para clausurar el ordenamiento jurídico, como para explicar por qué en el caso del falso hijo la decisión desestimatoria es la decisión materialmente conforme al Derecho. Observaciones análogas son válidas también para otro de los casos antes mencionados, el caso del demandante sano como Tarzán, que solicita al juez el reconocimiento de una incapacidad laboral; pues también este caso, que es el caso de una persona que no sufre ninguna incapacidad laboral, puede ser considerado como un caso no regulado por el Derecho, pero no como un caso de una conducta que no está prohibida por el Derecho, puesto que no se trata de ninguna conducta.

Esas insuficiencias pueden ser remediadas, si suponemos, en primer lugar, que el supuesto del PNG se refiere en general a todos los casos no regulados por el Derecho, no a conductas no prohibidas por el Derecho. Y, en cuanto al consecuente del PNG, para poder explicar el caso del falso hijo, creo que sería necesario suponer que dicho consecuente ordena al juez dictar una decisión desestimatoria. Por tanto, en esta nueva hipótesis, el contenido del PNG sería el siguiente: «En todos los casos no regulados por el Derecho (o sea, por todas las demás normas jurídicas), el juez dictará una decisión desestimatoria». Si esta hipótesis fuera verdadera, el Derecho sería completo o carente de lagunas, puesto que el PNG cerraría el ordenamiento jurídico: el PNG regularía todos los casos no regulados por las restantes normas jurídicas. Y en cualquier caso litigioso sería posible que el juez dictara una decisión que aplicara el Derecho. Pues si el caso estuviera regulado por alguna norma jurídica distinta del PNG, el juez podría dictar una decisión que aplicara dicha norma; y si el caso no estuviera regulado por ninguna norma jurídica distinta del PNG, entonces el caso estaría regulado por el PNG y el juez podría dictar una decisión que aplicara el PNG. Por lo que respecta a los tres casos de los que vengo hablando (el caso de Alicia, el caso del falso acreedor y el del falso hijo), sería fácil explicar por qué en cualquiera de esos casos la decisión desestimatoria de la pretensión del actor es la decisión materialmente conforme al Derecho. Pues los tres son casos no regulados por el Derecho y, por tanto, regulados por el PNG. Y lo que el PNG ordena al juez en cualquiera de esos casos es dictar una decisión desestimatoria de la pretensión del actor. Por tanto, si el juez dictara en uno cualquiera de esos casos una decisión desestimatoria de la pretensión del actor, esta decisión, además de ser congruente, aplicaría el PNG y también, por tanto, el Derecho. Y dado que, según se piensa, una decisión judicial materialmente conforme al Derecho es una decisión congruente que aplica el Derecho, en dichos casos la decisión desestimatoria sería materialmente conforme al Derecho.

Sin embargo, según he afirmado antes, existen o son posibles otros casos litigiosos en los que, aunque el PNG cierre el ordenamiento jurídico, ninguna decisión judicial congruente aplica el Derecho. Entre esos casos figuran el

caso de Marta y el del trabajador, citados anteriormente, aunque me limitaré a comentar el caso de Marta. Supongamos, en primer lugar, que un ordenamiento jurídico contuviera un PNG con el contenido antes descrito: «En todos los casos no regulados por el Derecho (o sea, por todas las demás normas jurídicas), el juez dictará una decisión desestimatoria». Como he observado antes, ese PNG cerraría el ordenamiento jurídico y este sería completo. Y ahora recordemos el caso de Marta. Este caso es el de una persona, Marta, que ha cometido un robo con fuerza en las cosas; un delito castigado en el art. 240.1 del código penal español con la pena de prisión de uno a tres años. Marta es acusada por ello ante el juez; pero la acusación solicita al juez que Marta sea castigada, no con la pena prevista para ese delito, sino con una pena distinta, por ejemplo, una pena de inhabilitación o la prisión permanente revisable. En este caso, sí es posible, según observé en el primer comentario realizado respecto a ese caso, una decisión judicial que aplique el Derecho. Por ejemplo, cualquier decisión que condenara a Marta a una pena de prisión igual o superior a un año e igual o inferior a tres años aplicaría el art. 240.1 del código penal español y, por tanto, aplicaría el Derecho. Lo que no es posible en este caso, por las razones que voy a exponer a continuación, es una decisión congruente que aplique el Derecho.

Observemos, en primer lugar, que el caso de Marta es un caso regulado por el Derecho, concretamente, por el citado artículo del código penal español. Por otra parte, el supuesto de hecho del PNG se refiere exclusivamente a casos que no están regulados por el Derecho (recordemos el texto del PNG: «En todos los casos no regulados por el Derecho (o sea, por todas las demás normas jurídicas), el juez dictará una decisión desestimatoria»). De ahí la conclusión de que el caso de Marta no está regulado por el PNG. Por esta razón, ninguna decisión judicial, ni siquiera una decisión incongruente, puede aplicar el PNG en el caso de Marta. En cuanto a las dos posibles decisiones congruentes, ni la decisión estimatoria de la pretensión del actor, ni la decisión desestimatoria de dicha pretensión aplican el art. 240.1 del código penal español en el caso de Marta, y por la misma razón: ninguna de esas dos decisiones coincide, digámoslo así, con la decisión prevista en la consecuencia de dicho artículo.

Por esta misma razón y alguna otra adicional (en particular, porque ninguna otra norma jurídica regula el caso de Marta), ni la decisión estimatoria de la pretensión del actor, ni la desestimatoria de dicha pretensión aplicarían ninguna otra norma jurídica en el caso de Marta.

Estas observaciones prueban que, en el caso de Marta, a pesar de la completud del Derecho, ninguna decisión judicial congruente aplica el Derecho: ni el PNG, ni el resto de las normas jurídicas. Por consiguiente, si suponemos que una decisión judicial materialmente conforme al Derecho es una decisión judicial congruente que aplica el Derecho, la conclusión es que en el caso de Marta ninguna decisión judicial es materialmente conforme al Derecho, a pesar de que este es completo.

Esta conclusión contradice el dato indiscutible de que en dicho caso la decisión desestimatoria de la pretensión del actor es materialmente conforme al Derecho. Para evitar esa conclusión contraintuitiva, habría que modificar al menos una de las dos hipótesis que han conducido a esa conclusión. Una de ellas es la existencia de un PNG que dice «En todos los casos no regulados por el Derecho (o sea, por todas las demás normas jurídicas), el juez dictará una decisión desestimatoria»; la otra es la noción de decisión judicial materialmente conforme al Derecho como decisión judicial congruente que aplica el Derecho. Además, la modificación que se realizara tendría que explicar el dato de que, en el caso de Marta, la decisión desestimatoria de la pretensión del actor es materialmente conforme al Derecho.

Una de las modificaciones podría consistir en suponer que el PNG tiene el contenido siguiente: «En todos los casos en los que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplique el Derecho, el juez dictará una decisión desestimatoria». También en este caso, es decir, si el PNG es concebido de esta manera, el Derecho sería completo, ya que sería contradictorio suponer que el Derecho tiene lagunas. Pues supongamos que  $x$  fuera un caso de laguna. Entonces: 1º)  $x$  sería un caso no regulado por el Derecho (dado que todo caso de laguna es un caso no regulado por el Derecho); 2º)  $x$  sería un

caso en el que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho (dado que todo caso no regulado por el Derecho es un caso en el que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho); y 3º)  $x$  sería un caso regulado por el Derecho, concretamente, por el PNG (dado que el supuesto de hecho del PNG se refiere a todos los casos, como el caso  $x$ , en los que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho). Pero lo relevante de la hipótesis que acaba de ser formulada es que, entre los casos a los que se refiere el supuesto de hecho del PNG, o sea, entre los casos en los que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho, figuran, no solo los casos no regulados por el Derecho comentados previamente, sino también casos como el de Marta. Además, la decisión desestimatoria de la pretensión del actor es la decisión prevista en la consecuencia del PNG, según el contenido que le acaba de ser atribuido a esta norma. Por todo ello, una decisión desestimatoria de la pretensión del actor, dictada en uno cualquiera de esos casos, incluido el de Marta, además de ser congruente, aplicaría el PNG y, por tanto, el Derecho. De este modo, sería posible explicar fácilmente por qué en cualquiera de esos casos la decisión desestimatoria de la pretensión del actor es materialmente conforme al Derecho: porque esta decisión judicial es una decisión congruente que aplica el Derecho y una decisión judicial materialmente conforme al Derecho es una decisión congruente que aplica el Derecho.

El único inconveniente de esta explicación, que evita la conclusión contraintuitiva de que en el caso de Marta ninguna decisión judicial es materialmente conforme al Derecho, es que la hipótesis de que existe tal PNG es falsa. Llegados a este punto, en el que la hipótesis del PNG ha desplegado todo su potencial explicativo, es el momento de abandonarla definitivamente. Pues, cualquiera que sea el contenido que se atribuya al PNG, se trata de una hipótesis falsa (salvo, naturalmente, que algún ordenamiento jurídico concreto contenga alguna norma similar).

Por lo que respecta a la noción de decisión judicial materialmente conforme al Derecho como decisión judicial congruente que aplica el Derecho, ya ha

sido advertido primeramente que se trata de una noción inadecuada. Esa noción es además probablemente la responsable de la creencia de que la incompletud del Derecho constituye un problema para el juez; y la responsable también, por tanto, de la iniciativa, complementaria de dicha creencia, de idear remedios para intentar solucionar ese supuesto problema, entre los cuales figura postular la falsa hipótesis de la existencia de un PNG. Un PNG que, según el contenido que se le atribuya, y como hemos comprobado, puede ser insuficiente para conseguir la completud del Derecho, o sea, para cerrar el ordenamiento jurídico; y, aunque lo cerrara, es posible que no evite la existencia de casos litigiosos, como el de Marta, en los que ninguna decisión judicial es materialmente conforme al Derecho, si se acepta aquella noción de decisión judicial materialmente conforme al Derecho. Lo que revela que, si se acepta esta noción, puede suceder que ni la falsa hipótesis de que existe un PNG que cierra el ordenamiento jurídico evite las consecuencias que esa hipótesis desea evitar.

En cambio, *Las Tesis* permiten explicar fácilmente, sin necesidad de suponer la existencia de ningún PNG, por qué en todos los casos comentados en páginas anteriores, en el caso de Alicia, que no ha causado ningún daño a nadie, en el caso del falso acreedor, en el del falso hijo, e incluso en el caso de Marta, la decisión desestimatoria de la pretensión del actor es materialmente conforme al Derecho. Todos ellos son casos de laguna, salvo el de Marta. Aunque todos ellos, incluido el caso de Marta, son casos en los que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho. A partir de este dato, *Las Tesis* permiten concluir que en esos casos la decisión desestimatoria de la pretensión del actor dice el Derecho material o es materialmente conforme al Derecho material, aunque no lo aplica.

Si el ordenamiento jurídico que tomamos como referencia es un ordenamiento jurídico que separa rígidamente los tres poderes del Estado (y, por tanto, no autoriza a los jueces a crear normas jurídicas), en esos casos en los que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho, la decisión desestimatoria de dicha pretensión, además de decir el Derecho

o ser materialmente conforme al Derecho (concretamente, materialmente conforme al Derecho material), es la única decisión que dice el Derecho o es materialmente conforme al Derecho. Y si el ordenamiento jurídico que tomamos como referencia es además el de un estricto Estado de Derecho (que exige a los jueces en todos los casos dictar decisiones que digan el Derecho), el juez está obligado según el Derecho a dictar esa decisión desestimatoria, en todos esos casos en los que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho.

Cuando la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho, la decisión que según el PNG el juez está obligado a dictar también es la desestimatoria, conforme a lo establecido por el PNG en la última formulación que ha sido imaginada: «En todos los casos en los que la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplique el Derecho, el juez dictará una decisión desestimatoria». De manera que la teoría que ha sido expuesta en páginas anteriores (sintetizada en *Las Tesis*) tiene las dos consecuencias siguientes:

a) Evita las dificultades que rodean a la identificación entre decisión judicial que es materialmente conforme al Derecho y decisión judicial congruente que aplica el Derecho, y que han sido señaladas hace un momento.

b) Iguala al menos la potencia explicativa que tiene el PNG en su última formulación, que es la más aceptable de todas las que hemos imaginado. Según dicha formulación, cuando la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho el juez está obligado, según el PNG y también, por tanto, según el Derecho, a dictar una decisión desestimatoria. Pero para alcanzar la conclusión de que cuando la decisión estimatoria de la pretensión del actor no aplica el Derecho el juez está obligado según el Derecho a dictar una decisión desestimatoria, no es necesario aventurar la hipótesis, que es falsa al menos en su generalidad, de que existe una norma jurídica o PNG particular que exige tal cosa. Basta concebir las obligaciones que el Derecho impone a los jueces de una manera tal que esa exigencia sea una consecuencia de dicha concepción.

*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem.*

## VI. LA LEGISLACIÓN PROCESAL ESPAÑOLA Y LAS LAGUNAS

Conforme a *Las Tesis*, la identificación entre las nociones de decisión judicial que dice el Derecho y decisión judicial que aplica el Derecho es errónea, si ese Derecho del que se habla es el Derecho material y se trata de decisiones desestimatorias. Por esta razón, es un error identificar en general ambas nociones.

Este error subyace, aparentemente, en algunos preceptos de la LEC. Según el artículo 218.1 de esta ley, es obligación de los jueces resolver los asuntos «conforme a las normas aplicables al caso»<sup>37</sup>; mientras que su artículo 477.1 considera como único motivo de casación «la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso»<sup>38</sup>.

Sin embargo, en los casos de laguna (por ejemplo, en los casos, antes analizados, del inocente acusado de robo, del falso acreedor y el del falso hijo), no hay ninguna norma jurídica aplicable, directamente aplicable, al caso; es decir, no existe una norma jurídica que regule el caso o cuyo supuesto de hecho se refiera a ese caso. Por esta razón, en un caso de laguna, no es posible que un juez resuelva el caso dictando una decisión que sea conforme a la norma aplicable al caso, como exige el art. 218.1 de la LEC. Y tampoco es posible que, en un caso de laguna, un juez infrinja la norma aplicable al caso, dando así lugar al único motivo de casación previsto en el art. 477.1 de la LEC.

Por ejemplo, si en el caso de Pedro, falsamente acusado de haber cometido un robo con fuerza en las cosas (y con independencia de si este es un caso de laguna o no), un juez dicta una decisión estimatoria, que condena a Pedro a la pena prevista para ese delito en el art. 240.1 del código penal español, el juez

---

<sup>37</sup> El texto literal del precepto citado dice lo siguiente: «El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

<sup>38</sup> El texto íntegro de este precepto es el siguiente: «El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso».



no infringe la norma aplicable al caso, ni tampoco el artículo citado. Al dictar esa decisión estimatoria, el juez no infringe la norma aplicable al caso, dado que al caso de Pedro no es aplicable ninguna norma. Y, por lo que respecta al art. 240.1 del código penal español, infringe este precepto el juez que conoce el caso de una persona que comete un robo con fuerza en las cosas y no dicta una decisión que condene a esa persona a la pena prevista en dicho artículo. La infracción de este artículo consiste, pues, en no dictar la decisión prevista en su consecuencia en un caso contemplado en su supuesto de hecho; no consiste en dictar la decisión prevista en su consecuencia en un caso no contemplado en su supuesto de hecho. Del mismo modo que si recibo la orden de cerrar una ventana determinada en el caso de que llueva, infrinjo esta orden solo en el caso de que llueva y no cierre la ventana; pero no la infrinjo si no llueve y cierro la ventana. Lo que infringe el juez que, en el caso de Pedro, que es un caso no contemplado en el supuesto de hecho del art. 240.1 del código penal español, dicta una decisión estimatoria o condenatoria, prevista en la consecuencia de dicho artículo, es la obligación jurisdiccional, la obligación de decir el Derecho o de dictar una decisión materialmente conforme al Derecho; pues, tratándose de decisiones estimatorias, una decisión materialmente conforme al Derecho o que dice el Derecho es una decisión que aplica el Derecho, y la decisión estimatoria dictada en el caso de Pedro no aplica el Derecho, no aplica ningún enunciado jurídico.

Precisamente porque en el caso de Pedro una decisión estimatoria no aplica el Derecho, en particular, no aplica el Derecho material, la decisión desestimatoria o absolutoria es en ese caso, y conforme a la tesis general TG, la decisión que dice el Derecho, concretamente, el Derecho material, o la decisión que es materialmente conforme al Derecho, concretamente, materialmente conforme al Derecho material. Aunque, como vengo repitiendo, esa decisión desestimatoria no aplica el Derecho, ni es, ni puede ser, conforme a la norma aplicable al caso, como exige el art. 218.1 de la LEC, dado que en el caso de Pedro no existe ninguna norma aplicable al caso, ninguna norma jurídica que regule ese caso. De manera que un juez puede resolver un caso de laguna dictando una decisión que sea conforme al Derecho, en particular,

materialmente conforme al Derecho, sin necesidad de colmar la laguna o integrar el ordenamiento jurídico. Solo tiene que dictar una decisión que diga el Derecho, que en caso de laguna es la decisión desestimatoria, la cual dice el Derecho (material), aunque no aplique ninguna norma jurídica.

El art. 218.1 de la LEC se revela inapropiado, no solo en los casos de laguna, sino también en casos como el de Marta, del que se ha hablado anteriormente. En el caso de Marta, que ha cometido un robo con fuerza en las cosas, sí existe un enunciado jurídico aplicable al caso, que es el art. 240.1 del código penal español. Pero la decisión solicitada al juez por la acusación en el caso de Marta no es la prevista en la consecuencia de este artículo, sino otra distinta. En este caso, una decisión estimatoria de la petición de la acusación sí infringiría dicho artículo, que es la norma aplicable, y ello sería motivo de casación, conforme al art. 477.1 de la LEC. Pero, por lo que respecta a la decisión desestimatoria, que es la decisión que dice el Derecho o es materialmente conforme al Derecho en ese caso, sería engañoso decir que dicha decisión es conforme a la norma aplicable al caso, esto es, conforme al art. 240.1 del código penal español (como exige el art. 218.1 de la LEC). Pues es indiscutible, por un lado, que esa decisión desestimatoria no aplica el citado artículo del código penal español. Y si, por otro lado, se dijera que dicha decisión desestimatoria es conforme a dicho artículo porque la decisión estimatoria opuesta a ella no aplicaría dicho artículo, lo mismo cabría decir respecto a cualquier otro enunciado jurídico, distinto del artículo citado. Pues, en el caso de Marta, la decisión estimatoria no aplicaría ningún otro enunciado jurídico, sea este el que sea (aunque la razón por la que esa decisión estimatoria no aplicaría ningún otro enunciado jurídico sea distinta de la razón por la que dicha decisión estimatoria no aplicaría el art. 240.1 del código penal español<sup>39</sup>). Por lo cual habría que decir que en el caso de Marta la decisión desestimatoria es conforme a cualquier enunciado jurídico.

---

<sup>39</sup> En el caso de Marta, una decisión estimatoria de la petición de la acusación no aplicaría el art. 240.1 del código penal español, porque la decisión solicitada al juez no es la prevista en la consecuencia de dicho precepto. Y en ese mismo caso una decisión estimatoria de la petición de la acusación no aplicaría ningún otro enunciado jurídico, porque ningún otro enunciado jurídico contempla ese caso en su supuesto de hecho y además la mayoría de los otros enunciados jurídicos tampoco prevén en su consecuencia la pena solicitada por la acusación.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN E., [1971] 1993:** *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, traducción de los autores, Buenos Aires, Astrea, 2ª reimpresión.
- BOBBIO, N., 1994:** *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, G. Giappichelli.
- BULYGIN, E., 2005a:** «Creación y aplicación del Derecho», en ATRIA, F., BULYGIN, E., MORESO, J.J., *et al.*: *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 29-44.
- **2005b:** «En defensa del Dorado. Respuesta a Fernando Atria», en ATRIA, F., BULYGIN, E., MORESO, J.J., *et al.*: *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 73-85.
- **2009:** «Creación judicial del Derecho», en BULYGIN, E., ATIENZA, M., BAYÓN, J.C.: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 75-94.
- CARNELUTTI, F., 1951:** *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma, Soc. Ed. del «Foro Italiano».
- CARRÉ DE MALBERG, R., [1922] 2000:** *Teoría general del Estado*, traducción de LIÓN DEPETRE, J., Prefacio de GROS ESPIELL, H., Facultad de Derecho/UNAM, Fondo de Cultura Económica.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., 2013:** *Curso de Derecho procesal civil I, Parte General*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces.
- ENGISCH, K., [1956] 1967:** *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de GARZÓN VALDÉS, E., Madrid, Ediciones Guadarrama.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1997:** «La democracia y el lugar de la ley», en *Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 1. *La vinculación del juez a la ley*: pp. 79-95.

- GUASTINI, R., [2011] 2014:** *Interpretar y argumentar*, traducción española de ÁLVAREZ, S., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1999:** *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- **2005:** *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- **2012:** *Compendio de filosofía del derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.
- **2017:** «Cinco diferencias entre las decisiones judiciales estimatorias y las desestimatorias», en *Analisi e diritto*: pp. 61-76.
- **2018:** «¿Por qué ponderar?», en *Doxa*, 41, pp. 15-33.
- KELSEN, H., 1960:** *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deuticke.
- LARENZ, K., [1979] 1980:** *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de RODRÍGUEZ MOLINERO, M., Barcelona-Caracas-México, Ariel.
- MONTESQUIEU, [1748] 1922:** *De l'esprit des lois, avec de notes de Voltaire, de Crevier, de Mably, de la Harpe, etc., tome premier*, Paris, Librairie Garnier Frères.
- NIETO, A., 2002:** *Balada de la justicia y de la ley*, Madrid, Editorial Trotta.
- SCHAUER, F., [1991] 2004:** *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en el derecho y en la vida cotidiana*, traducido por ORUNESU, C., y RODRÍGUEZ, J.L., Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- **[2012]2013:** *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, traducción al castellano de SCHLEIDER, T.J., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons.
- ZITELMANN, E., 1903:** *Lücken im Recht*, Leipzig, Duncker & Humblot.

**CONTESTACIÓN**  
**AL DISCURSO DE INGRESO DEL**  
**EXCMO. SR. D. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN**  
**POR EL**  
**EXCMO. SR. D. NICOLÁS MAURANDI GUILLÉN**



El acto que hoy celebramos, de ingreso del Profesor Rafael Hernández Marín en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de la Región de Murcia, es, sobre todo, un inmenso honor para esta institución. Lo es porque se recibe en ella a una persona de gran categoría intelectual y no inferior dimensión humana.

Su brillantísima biografía académica y profesional es bien expresiva de lo primero. Fue un magnífico estudiante de bachillerato, situado siempre en ese nivel de excelencia que indican las más altas calificaciones; y el mismo palmarés obtuvo durante su estancia en la Universidad de Murcia. Fui compañero suyo en la promoción 1967-1972 y atestiguo que fue, con diferencia, el mejor de todos cuantos tuvimos la suerte de coincidir con él durante esos cinco años.

La singladura académica y profesional posterior también se ha movido en la misma cota de brillantez.

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia en 1976, con una tesis sobre el filósofo del Derecho danés Alf Ross, representante destacado del realismo jurídico escandinavo. Tesis que obtuvo el premio “Vittorio Emanuele II”.

Y ya ha de destacarse que su curiosidad por el objeto de ese trabajo de investigación le llevó a no contentarse con el estudio y la información que da la consulta bibliográfica, puesto que decidió conocer directamente al maestro danés y esto le llevó a una estancia en Copenhague durante un año.

De vuelta al suelo patrio se incorporó a la Universidad Autónoma de Barcelona, donde permaneció más de diez años y, en ese interín, obtuvo la cátedra de Filosofía del Derecho de dicha Universidad.

Más tarde vuelve a Murcia, en un rasgo muy significativo de lo que es su manera de ser y entender la vida: considerar que esta no se agota en el Olimpo universitario. Vuelve, como digo, a su queridísima Región de Murcia, para reencontrarse con sus amigos; mantener sus amarras con el Águilas de



su alma; y recuperar esos imprescindibles alimentos que, para todos los que somos levantinos, son la luz y el azul del Mediterráneo.

Rafa (así me voy a referir a él a partir de ahora) es una persona vitalista que atribuye su verdadera dimensión a los afectos y las relaciones humanas; y sabe que sin todo ello la vida no tiene ningún sentido, por muy alto que se pueda volar en el ámbito de lo intelectual.

Los que desde hace más de veinte años formamos parte de eso que nuestro Andrés Pacheco ha venido en llamar la “Cama”, sabemos del gusto y la maestría con los que Rafa oficia en su cargo de Canciller Mayor de esa entrañable y atípica cofradía, y el celo con el que asume la responsabilidad de efectuar sus convocatorias. Y en el momento de estas mis palabras me es inevitable evocar el recuerdo de Felipe Ortega, inolvidable miembro que fue de esta Corporación, y que a Rafa, y a mi, como a los demás componentes de esa cofradía, nos distinguió siempre con su larga generosidad e incommensurable bonhomía.

Lo que he relatado es la biografía oficial y el inicial reflejo que emana del retrato personal de Rafael Hernández Marín, pero, con ser ya mucho, no agota la estatura del personaje a quien me estoy refiriendo.

Rafa es un intelectual enorme y completo, que suma a esta faceta una enorme envergadura moral. Y ambas vertientes están unidas por un eje común. Un eje común cuyas notas más características son: un insobornable afán por descubrir la verdad; una repugnancia a todo lo que sean disimulos o camuflajes; y un elevadísimo nivel de autoexigencia personal para lograr esa rectitud moral que, en su criterio, sólo permite calificar de digna a una trayectoria personal.

Esa pasión por la verdad a la que acabo de referirme está muy presente en su amplísima obra científica. Lo que la diferencia y aleja de ese buen número de publicaciones, tan abundantes en la actualidad, que tan sólo ofrecen un acrítico, confuso, y desordenado farrago de fragmentos ajenos.

Rafa se ha preocupado por diseccionar con rigor ese fenómeno de la existencia humana que es el Derecho; por situarlo debidamente en el más amplio contexto del saber filosófico; por hacernos bien visibles cuáles han sido las concretas cuestiones que han preocupado a filósofos y juristas; y, sobre todo, por aclarar cuáles han sido las diferentes respuestas que frente a unos mismos problemas nos han ofrecidos los distintos autores.

La lectura de su *“Historia de la filosofía de Derecho contemporánea”* es una buena muestra de lo que acabo de reseñar. El tremendo esfuerzo y la reflexión que exterioriza esta obra nos demuestra la seriedad con la que Rafa acomete sus empresas intelectuales.

Lo que antecede es expresivo de lo que, de alguna manera, podría encarnar la perspectiva metodológica o pedagógica de lo que para él debe ser la enseñanza del Derecho. Pero a mí me interesa llamar la atención de lo que, en mi opinión, son sus dos principales inquietudes cuando aborda la sustancia o esencia de lo que es el universo jurídico.

La primera está referida a la necesidad de exponer cuáles son los elementos externos e internos de esa creación humana que llamamos Derecho; esto es, de un lado, los factores que determinan la creación de un concreto orden jurídico y, de otro, sus componentes interiores y la estructura con la que estos se organizan.

La segunda es su interés por llamar bien la atención sobre que el Derecho es una herramienta destinada a ser aplicada; y por advertirnos de los excesos y riesgos en los que pueden incurrir los operadores jurídicos cuando rebasan el único cometido que les corresponde: ser meros interpretes o aplicadores de la norma, y no creadores o autores de la misma.

Esos riesgos son, y esto ya es opinión mía, olvidar cuales son los grandes fines que corresponden a ese modelo de convivencia que tenemos asumido y llamamos “Estado democrático de Derecho”. Unos fines que son estos: la

seguridad jurídica, la libertad individual y la primacía que en una verdadera democracia corresponde al principio de legalidad (al ser la ley la auténtica expresión de la voluntad general).

Fines estos que no son distintos entre sí sino que están profundamente entrelazados, por estar todos ellos enderezados a lograr esa meta principal de asegurar la paz social entre discrepantes, que es, en último término, en lo que consiste el Derecho.

La seguridad jurídica es el conocimiento anticipado de cuáles pueden ser las consecuencias que se pueden derivar de nuestras conductas, y es, por eso mismo, la principal garantía de nuestra libertad; porque sólo cuando conocemos con un alto nivel de certeza que es lo que podemos hacer, y que es lo que nos puede pasar a causa de cada uno de nuestros comportamientos, sólo entonces, repito, somos realmente libres en la elección de nuestras acciones.

Por último, en lo que hace al respeto a la ley, proclamado en el principio de legalidad, quiero subrayar que, en mi parecer, es la ratificación de que, en una democracia, el orden jurídico que ha de presidir y regir nuestra convivencia lo define y establece la sociedad; y no puede proceder del albur de la particular opinión del intérprete o aplicador jurídico de turno.

Todos esos riesgos o excesos que pueden acompañar a la labor de los operadores jurídicos, que son los que interpretan o aplican las normas jurídicas, están presentes en buena parte de los trabajos del profesor Hernández Marín, muy especialmente en los últimos. Para comprobarlo basta con recordar aquí algunos de sus títulos: *“Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho”*, *“Las obligaciones básicas de los jueces”* y *“Razonamientos en la sentencia judicial”*.

Estos trabajos, y las reflexiones que Rafael hace en ellos, van dirigidos, en mi opinión, a poner en su debido lugar el valor de la seguridad jurídica.

También pretenden conjurar los peligros que comporta el activismo de aquellos operadores jurídicos, especialmente los jueces, que desconocen que el Derecho lo crea la sociedad; e ignoran, así mismo, que con esa manera de proceder se apartan del verdadero cometido que corresponde a todo aplicador jurídico: ser tan sólo un administrador o mero mandatario social para, producida una situación de conflicto interpersonal, resolverla con la aplicación real a ella del orden de convivencia que únicamente a la sociedad corresponde definir y establecer.

El discurso de hoy, creo yo, se mueve dentro de ese territorio que acabo de señalar. Nos advierte de los peligros que puede acarrear un indebido entendimiento de la aplicación analógica del Derecho. Unos peligros que inciden en importantes postulados constitucionales: como son los de seguridad jurídica, legalidad y separación de poderes (artículos 9.3 y 117 CE).

Rafael abre un debate sobre todo ello, y ofrece buenos mimbres para detectar los peligros y construir las soluciones que permitan ahuyentarlos.

Termino ya, y lo hago cumpliendo con la responsabilidad que me incumbe en este acto: querido Rafael, te recibimos en esta digna Corporación y, en su nombre, te doy la bienvenida; y te manifiesto el sentimiento que experimentan todos sus miembros de que la Academia, con tu presencia, se honra, fortalece y engrandece.

