

Trabajo recibido el 25 de noviembre de 2018 y aprobado el 29 de julio de 2019

Ilícitos atípicos: una crítica

ATYPICAL TORTS: A CRITIC

SEREN ATAOGĻU COLONNELLO*

RESUMEN

Este trabajo analiza la teoría de los ilícitos atípicos y la teoría de los enunciados jurídicos formulada por Atienza y Ruiz Manero en 'Ilícitos Atípicos' y en 'Las Piezas del Derecho'. En específico, se estudia cómo la teoría de los ilícitos atípicos oscurece a la teoría de los enunciados jurídicos. La tesis que se sostiene es que la teoría de los ilícitos atípicos es una teoría interpretativa relativa a la construcción de excepciones implícitas. Se concluye que los autores deben explicitar su teoría interpretativa.

ABSTRACT

This paper analyses the atypical torts theory and the legal disposition theory that has been formulated by Atienza and Ruiz Manero in 'Ilícitos Atípicos' and 'Las Piezas del Derecho'. Specifically, it is studied how the atypical torts theory darkens their legal disposition theory. The thesis that holds is that the atypical torts theory is a theory of legal interpretation related to the construction of implicit exceptions. It is concluded that the authors should make explicit their theory of legal interpretation.

PALABRAS CLAVE

Ilícitos atípicos, Teoría de los enunciados jurídicos, Atienza y Ruiz Manero.

KEY WORDS

Atypical torts, Legal dispositions theory, Atienza and Ruiz Manero.

1. Introducción

La teoría de los ilícitos atípicos de Atienza y Ruiz Manero (en adelante ARM) pretende conciliar la manufactura de conceptos en el nivel de la 'alta dogmática jurídica'¹ con conceptos propios de la teoría del derecho. Desde el punto de vista de la alta dogmática, han logrado su propósito. Son numerosos los trabajos de diversos ordenamientos que recurren a la teoría de los ilícitos atípicos para tratar la regulación de figuras como el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder². Sin embargo, es confuso cómo la teoría de los ilícitos atípicos se vincula con los conceptos de la teoría del derecho.

Las piezas del Derecho expone una teoría de los enunciados jurídicos (en adelante LPD) cuyo propósito es ser la primera parte de una teoría general del derecho³. A su vez, *Ilícitos Atípicos*

*Ayudante del Departamento de Filosofía, Teoría e Historia del Derecho, Universidad Diego Portales. República 105, Santiago de Chile. Correo electrónico: seren.ataoglu@mail.udp.cl. Agradezco los comentarios que me realizaron los miembros del Seminario de Teoría del Derecho de la UDP, y especialmente a María Beatriz Arriagada. Los errores que subsisten son de mi exclusiva responsabilidad.

¹ Por alta dogmática jurídica los autores se refieren al nivel de abstracción y no de profundidad, véase; ATIENZA Y RUIZ (2000), pp. 148-149.

² Véase; TRIVIÑO Y TORRES (2013), pp. 1-19; LINFANTE (2018), pp. 179-216; MADRIGAL (2006), pp. 159-195; PALOMBELLA (2006), pp. 33-57; BACIGALUPO (2016), pp. 11-33.

³ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 17.

desarrolla una teoría de la ilicitud atípica (en adelante TIA) que se presenta como la continuación de LPD⁴.

El propósito de este trabajo es dar cuenta en qué medida la TIA oscurece la teoría de los enunciados jurídicos formulada por ARM. Así, la TIA en lugar de aportar claridad a las tesis formuladas en *Las Piezas del Derecho*, se las resta. La tesis que sostengo es que la TIA es una teoría interpretativa relativa a la construcción de normas implícitas.

Para argumentar esta tesis procedo en seis pasos. En primer lugar, me referiré, de manera breve, a la distinción entre ilícitos típicos e ilícitos atípicos y a la conceptualización de estos últimos. En segundo lugar, indicaré el origen de esta distinción. En tercer lugar, reconstruiré la noción de 'ilicitud' que adoptan los autores en su libro *Ilícitos Atípicos*. En cuarto lugar, elucidaré distintas acepciones que usan ARM del sintagma 'razón subyacente'. En quinto lugar, me referiré a la ausencia de tratamiento de las reglas permisivas en la TIA. En sexto y último lugar, lo dedicaré a hacer ciertas consideraciones finales.

2. Ilícitos Atípicos: conceptualización

Según ARM un acto ilícito es un acto contrario a una norma de mandato⁵. Las normas de mandato, a su vez, pueden ser reglas o principios. Si una determinada conducta es contraria a una norma regulativa de mandato, la figura es un ilícito típico; en cambio, si la conducta es contraria a un principio, es un ilícito atípico⁶. Esto tiene dos implicaciones:

- (1.) Los comportamientos contrarios a normas no regulativas de mandato (normas constitutivas) no constituyen un ilícito.
- (2.) Solo las normas de mandato (las que prohíben u obligan) definen acciones ilícitas y no así las normas regulativas permisivas porque estas "no producen una división de la conducta en lícita e ilícita"⁷.

Así, se distinguen dos modalidades de los ilícitos atípicos: "unos son el resultado de extender analógicamente la ilicitud establecida en las reglas (*analogía legis*) o el resultado de la mera ponderación entre los principios relevantes del sistema, cuyo balance exige la generación de una nueva regla prohibitiva (*analogía iuris*)"⁸.

La segunda modalidad de los ilícitos atípicos comprende casos que *prima facie* estarían cubiertos por una regla permisiva, pero que una vez considerados todos los factores (*all things considered*), esas reglas modifican su estatus deóntico y la conducta pasa a estar prohibida⁹. Esta segunda modalidad sirve para referirse a figuras como el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Lo que ocurre con estas tres figuras, según ARM, es que no resulta aplicable la razón subyacente¹⁰ de la regla permisiva. Porque tal razón sería supraincluyente en relación con el predicado fáctico de la regla. Por ejemplo, respecto del abuso de derecho, regulado en el artículo 7 inciso 2 del Código Civil Español¹¹, ARM formulan la siguiente definición:

⁴ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 9.

⁵ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 23.

⁶ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 25.

⁷ ATIENZA Y RUIZ (2000), pp. 24-25.

⁸ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 27.

⁹ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 28.

¹⁰ Es importante tener en cuenta que para ATIENZA Y RUIZ toda regla posee una razón subyacente.

¹¹ El artículo 7 inciso 2 del Código Civil Español reza: "La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites

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

- 1.- Existe una regla regulativa que permite a S realizar A en las circunstancias X. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra S como titular de un cierto derecho subjetivo.
- 2.- Como consecuencia de A, otro u otros sujetos sufren un daño, D, y no existe una regla regulativa que prohíbe causar D;
- 3.- D, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:
 - 3.1.- Que, al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que causar D, o que S realizó A sin ningún fin serio y legítimo discernible.
 - 3.2.- Que D es un daño excesivo o anormal.
- 4.- El carácter injustificado del daño determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva a que se aluden en (1) y surja una nueva regla que establece que en las circunstancias X' (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 3.1 o 3.2) la acción está prohibida¹².

Una acción es abusiva en términos de la definición precedente si quien ejerce un derecho subjetivo, dolosa o culposamente, causa un daño a terceros. La norma que confiere al individuo el ejercicio del derecho es una regla permisiva¹³. La acción de ejercer el derecho está *prima facie* permitida, pero pasa a estar prohibida una vez que se han considerado 'todos los factores' (*all things considered*). La modificación del estatus deóntico de la norma permisiva se debe a la tensión entre la formulación de la norma y su razón subyacente. En el supuesto del abuso del derecho, la conducta (abusiva) no se subsume bajo la norma permisiva, porque de ser así, se estaría frente a una norma singular y concreta incoherente con los principios del sistema. Con el objeto de evitar tal incoherencia, surge la regla prohibitiva dentro de la cual debe subsumirse el caso. A continuación, sintetizo un ejemplo de ARM sobre la aplicación de la definición del abuso de derecho:

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

El análisis, en términos de la definición propuesta, discurriría así:

- 1.- En virtud de su titularidad de la concesión administrativa para la extracción de arenas, al Consorcio le estaba permitida la extracción de arenas en cualquier punto del litoral barcelonés.
- 2.- Como consecuencia de la extracción de arenas en la playa contigua a la central eléctrica, a esta se le causa un daño, pues queda privada de sus defensas naturales frente a los temporales, y no había una regla que prohibiera despojar a la central eléctrica de tales defensas naturales.

normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”.

¹² ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 57.

¹³ ATIENZA Y RUIZ (2000), pp. 38-40.

3.-La atribución de un derecho de contenido patrimonial implica que el titular del mismo puede ejercerlo atendiendo a sus propios intereses, sin tener que ponderar en cada ocasión cómo su acción puede dañar a los intereses de otros. Sin embargo, la central eléctrica ha sufrido, como efecto de la extracción de arenas, un daño que debe considerarse como injustificado, por «excesivo» o «anormal».

4.-El carácter injustificado del daño determina el surgimiento de una nueva regla que establece que, en circunstancias como las concurrentes en este caso, la acción de extraer arenas está prohibida y, como consecuencia, quien la llevó a cabo debe indemnizar los daños causados como consecuencia de la misma”.

El ejemplo muestra como los autores entienden el cambio de estatus deóntico de la norma permisiva debido al daño injustificado. A continuación, expongo someramente las bases sobre las cuales se forma la TIA.

3. Ilícitos atípicos: el origen de la distinción

En el punto (2) intenté ilustrar de manera breve lo que ARM entienden por ilícitos típicos e ilícitos atípicos y cómo frente a una conducta que *prima facie* está permitida¹⁴, una regla permisiva se convierte en una regla prohibitiva. Ahora mi objetivo es ilustrar como la distinción entre ilícitos típicos e ilícitos atípicos tiene origen en la distinción entre reglas y principios.

A juicio de ARM autores como Austin, Kelsen y Ross tratan la noción de ‘ilícito’ de forma deficiente porque no distinguen entre reglas y principios¹⁵. La ausencia de esta distinción permite explicar por qué figuras tales como el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder no fueron estudiadas por los clásicos de la teoría del derecho del siglo XX.

De acuerdo con la posición de ARM, los sistemas jurídicos están compuestos por dos tipos de normas: las reglas y los principios. Para distinguirlos, usan tres enfoques característicos. El primer enfoque es de carácter estructural y, en ese contexto, ARM distinguen dos niveles de análisis que he denominado: interno y externo¹⁶. El nivel de análisis interno subdivide las reglas en dos clases según cuál sea el contenido regulado: de acción y de fin. Las reglas de acción tienen por objeto calificar deónticamente una conducta; en cambio, las reglas de fin califican deónticamente la obtención de un cierto estado de cosas¹⁷. Los principios, a su turno, son subdivididos según cuál sea el contenido regulado: principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas. Los principios en sentido estricto atribuyen a una acción un valor último. Esto significa que no se toman en cuenta sus consecuencias. Las directrices o normas programáticas realizan esta atribución a un estado de cosas¹⁸. El nivel de análisis externo tiene por objeto distinguir las reglas de los principios como pautas de comportamiento diferentes entre sí. Las reglas (de mandato) tienen una condición de aplicación cerrada; en cambio los principios (de mandato), tienen una condición de aplicación abierta¹⁹.

¹⁴ Que una conducta esté *prima facie* permitida, comprende casos que estarían cubiertos por una regla permisiva. Véase; ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 28.

¹⁵ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 13.

¹⁶ A pesar de no estar enunciada en dichos términos en *Las Piezas del Derecho*, he inferido estos dos niveles de análisis de ella. Véase; ATIENZA Y RUIZ (2004), pp. 28-34.

¹⁷ ATIENZA Y RUIZ (2004), pp. 29-30.

¹⁸ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 21.

¹⁹ A este respecto señalan: “Mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera

El segundo enfoque es aquel vinculado a las razones para la acción. Adoptando la terminología de Raz, ARM entienden a las normas de mandato en términos de razones para la acción²⁰. Las reglas (de mandato) “constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida y una razón de segundo orden para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción”²¹. Es decir, son razones para la acción perentorias e independientes del contenido. En cuanto a los principios es necesario realizar una distinción. Los principios explícitos son razones para la acción independientes del contenido y no perentorias. En cambio, los principios implícitos son razones para la acción que no son independientes del contenido y no son perentorias. O sea, no excluyen la deliberación de su destinatario, sino que la exigen²².

El tercer enfoque consiste en observar que las normas jurídicas existen porque permiten la vida en sociedad, toda vez que sin las normas jurídicas la vida en sociedad no sería posible. Las normas se conectan con las relaciones de poder y los intereses existentes en la sociedad²³. La definición de poder es la siguiente: “A tiene poder sobre B cuando A tiene la capacidad de afectar a los intereses de B”²⁴. Los intereses se articulan de diferentes formas. Una de estas formas es a través de las disposiciones jurídicas que permiten a sus destinatarios desarrollar “su plan de vida sin necesidad de ponderar en cada ocasión de qué manera su acción podría afectar a los intereses de otros sujetos sociales”²⁵. Las reglas de acción instancian este propósito. En cambio, las reglas de fin y las directrices promueven “activamente determinados intereses sociales”²⁶. Por último, los principios en sentido estricto buscan evitar que la persecución de determinados intereses dañe determinados valores, porque “imponen restricciones a la persecución de intereses por parte de los diversos sujetos sociales mediante la asunción de valores que se consideran como *razones categóricas* frente a cualesquiera intereses”²⁷.

Lo que diferencia a las reglas de los principios es que estos últimos dotan de sentido a las primeras, constituyendo su ‘razón subyacente’²⁸. Los principios cumplen una función de regulación de conducta, “especialmente de la conducta consistente en establecer normas o en aplicar las normas existentes a la resolución de casos concretos; esto ocurre cuando no existen reglas específicas aplicables”²⁹. Así, la distinción entre las reglas y los principios solo tiene sentido en el

genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra)”. Véase; ATIENZA Y RUIZ (2004), pp. 29-34.

²⁰ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 34.

²¹ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 35.

²² ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 36.

²³ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 39.

²⁴ Sobre este punto señalan: “esta definición —si se quiere, este concepto de poder— puede interpretarse de diversas maneras —puede dar lugar a diversas concepciones de poder—. De todas ellas, la más general —y es la que adoptamos aquí— se caracteriza por entender: 1) que A y B pueden ser tanto individuos como grupos: clases sociales, grupos de presión, etc.; 2) que para «tener capacidad» basta, por un lado, con que B crea que A la tiene aunque de hecho no sea así y, por otro lado, A puede tener capacidad aunque no lo sepa o no sea consciente de ella; 3) que la capacidad de A para afectar a los intereses de B puede ser en sentido negativo (esto es, poder para afectar los intereses de B en sentido contrario a los intereses de este último) o en sentido positivo (el poder ejercido en beneficio de otro —por ejemplo, el poder del padre sobre el hijo cuando se ejerce correctamente— también es poder); 4) que pueda tratarse tanto de intereses subjetivos como de intereses reales u objetivos de B. Por «intereses reales u objetivos» entendemos aquellos intereses de los que B no es consciente, pero que es razonable suponer que percibiría como sus intereses, sobre la base de lo que el propio B considera como sus intereses últimos, si dispusiera de la información relevante acerca de las conexiones causales pertinentes”. Véase, ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 39.

²⁵ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 40.

²⁶ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 41.

²⁷ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 41.

²⁸ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 18.

²⁹ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 18.

nivel de análisis *prima facie* de la conducta y no una vez establecidos todos los factores (*all things considered*). Vale decir, que, a su entender, las reglas y los principios están interrelacionados³⁰.

La diferencia entre estos dos niveles de análisis permite a ARM distinguir dos dimensiones de las reglas: la directiva y la valorativa (o justificativa). La dimensión directiva guarda relación con la regulación de la conducta de los individuos. La dimensión valorativa o justificativa, en cambio, dice relación el enjuiciamiento del comportamiento ajeno, porque genera que “la conducta prohibida aparezca como disvaliosa, la obligatoria como valiosa y la permitida como indiferente”³¹. En este sentido, la dimensión valorativa de las reglas es un juicio de valor que atribuye un valor positivo, negativo o indiferente a los objetos valorados, que son las acciones y los estados de cosas³². Según ARM la dimensión justificativa de las reglas tiene prioridad lógica sobre la dimensión directiva toda vez que consideran que determinadas acciones están prohibidas por el hecho de ser disvaliosas³³ y, por tanto, no son disvaliosas por estar prohibidas³⁴. Así, las reglas se justifican por su adecuación con los principios.

Las dos dimensiones de las reglas permiten que ARM usen la noción de razón subyacente de Schauer para componer su teoría de los ilícitos atípicos. Siguiendo a Schauer, asumen que la generalización de los predicados fácticos de las reglas puede ser sub o supraincluyente respecto de las razones que las subyacen³⁵. El predicado fáctico de la regla es subincluyente cuando no cubre un estado de cosas que, en virtud de su justificación subyacente, sí debería quedar comprendido. En cambio, el predicado fáctico es supraincluyente cuando comprende un estado de cosas que en virtud de su razón subyacente no debería estar incluido, pero que, a pesar de ello, lo está. Por ejemplo, una regla que prohíbe el ingreso de perros a un restaurante (y que posee como razón subyacente el de evitar molestias o incomodidades a los clientes) será supraincluyente en el caso de que una persona con discapacidad visual concorra al mismo con un perro guía o lazarillo. En cambio, dicha regla será subincluyente en el caso de que una persona decida entrar con una tarántula a un restaurante. En ninguno de los dos casos se satisface la justificación de la regla. Conforme a esta última idea, al tratar los ‘ilícitos atípicos’, ARM afirman que en estas figuras existe una tensión entre la formulación de la regla y su razón subyacente.

4. La noción de ilicitud en la teoría de Atienza y Ruiz Manero

El punto de partida de la obra de ARM es una crítica a la teoría imperativista³⁶. Al igual que Austin, sostienen que el concepto de ilícito (*injury*) es de aquellos que tiene carácter necesario. Es decir, que un sistema de Derecho desarrollado no puede prescindir de su uso³⁷. Constatan también

³⁰ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 20.

³¹ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 20.

³² ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 161.

³³ ATIENZA Y RUIZ (2000), pp. 123-124.

³⁴ La TIA no da cuenta de cómo se manifestaría dicha prioridad y tampoco señala a qué clase de prioridad se refiere. LPD en cambio, señala que se trata de una prioridad justificativa. Para dar cuenta de esta clase de prioridad señalan lo siguiente: “Tiene sentido decir que no se debe matar porque la vida es un bien o un valor, pero no que la vida es un valor porque no se debe matar”. Véase; ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 158.

³⁵ SCHAUER (2004), p. 90.

³⁶ Por teoría imperativista, Atienza y Ruiz Manero entienden la designada por HART (1965), pp. 353-354: «The theory (which is no favourite of mine) that law is most usefully distinguished from other forms of social control by its organized provision for sanctions as a distinguishing mark of law by writers like Austin or Kelsen was [...] motivated by the conviction that the introduction of organized sanctions explains the peculiarly imperative character of legal as distinguished from other types of social norms, and brings with it a number of associated differences» De este modo, la teoría imperativista agrupa a Austin, Kelsen y a Ross. En este trabajo, por razones de simplicidad, se asume que los términos ‘positivismo’ e ‘imperativismo’ sin sinónimos.

³⁷ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 13.

que “el concepto de delito o de acto ilícito forma parte del elenco de los conceptos básicos de la teoría kelseniana del Derecho”³⁸, pero afirman que el tratamiento del autor vienés consiste en una clasificación generalísima de los ilícitos que no analiza las figuras que les interesan. Por último, respecto de Ross, señalan que su teoría “no incluye un tratamiento general de la noción de ilícito [...]”³⁹. Así, a juicio de ARM, la TIA evidencia una deficiencia en que habrían incurrido estos tres autores: no reconocer que el orden jurídico está compuesto por reglas y por principios.

Para clarificar el concepto de ‘acto ilícito atípico’ se debe analizar y comparar lo que Kelsen entiende por ‘acto’ y por el predicado ‘ilícito’ o su substantivización en la palabra ‘ilicitud’⁴⁰. La razón es simple. De los tres autores recién mencionados, el autor de la *Teoría Pura del Derecho* es el único que trata estas nociones de manera sistemática y, como reconocen los autores, forma parte de los conceptos básicos que moldean su teoría.

Para Kelsen el derecho es una técnica de motivación (indirecta) de la conducta de los ciudadanos. Esa técnica se materializa en normas que tienen una estructura condicional y que regulan casos genéricos de forma abstracta⁴¹. El antecedente de las normas describe una clase de acción realizada por una clase de sujetos y el consecuente establece que “*debe ser* la aplicación de una sanción coactiva frente a la verificación en cierto caso individual de dicha condición”⁴².

Orunesu y Rodríguez señalan que “sería posible abstraer o derivar cuál es la conducta que el legislador ha querido proscribir y cuál es la conducta que el legislador ha querido impulsar mediante este mecanismo de motivación indirecta. Si en un sistema jurídico una norma imputa como debida la aplicación de una sanción a cierto acto A, entonces a partir de ello puede concluirse que el acto A está prohibido o, lo que es equivalente, que es obligatorio abstenerse de realizarlo”⁴³. Sin embargo, es importante considerar que Kelsen no trata la forma lingüística ideal de una norma jurídica en la Teoría Pura⁴⁴. Para Paulson esa norma tiene una modalidad operativa de facultad⁴⁵. A su juicio, en Kelsen “la forma lingüística ideal de la forma de la norma jurídica es la norma facultativa hipotéticamente formulada que faculta a un órgano jurídico para imponer una sanción bajo determinadas condiciones”⁴⁶. Por esta razón, en el capítulo cuarto de la Teoría Pura (estática jurídica) se ocupa solo la norma jurídica reconstruida y ahí Kelsen define los tres conceptos básicos de su teoría: acto coactivo, sanción y acto ilícito.

Kelsen formula la noción de *sanción* a partir del concepto de acto coactivo. Un *acto coactivo* es la ejecución de un mal, es decir, la privación de un bien (vida, libertad, propiedad) mediante el recurso a la fuerza⁴⁷. Los actos coactivos no son sanciones cuando “estos actos de fuerza no están ligados, como consecuencia, a una acción u omisión determinada, jurídicamente establecida y

³⁸ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 14.

³⁹ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 15.

⁴⁰ El sintagma acto ilícito típico y el sintagma ‘acto ilícito atípico’ no están en Kelsen. Las he adoptado desde ARM para enfocar la oposición entre un ‘ilícito típico’ u un ‘ilícito atípico’.

⁴¹ KELSEN (1995), pp. 43-45.

⁴² ORUNESU Y RODRIGUEZ (2018), p. 2.

⁴³ ORUNESU Y RODRIGUEZ (2018), p. 2.

⁴⁴ Según Paulson el primer Kelsen parece entender que “el operador jurídico está ordenado a imponer una sanción”. Luego, en la Teoría General del Estado Kelsen sostiene —a juicio de Paulson—, que el operador está facultado a imponer una sanción. En apoyo de esta tesis Paulson cita: (1) un trabajo de Kelsen titulado “Recht und Kompetenz” publicado en Kelsen, Hans, Ringhofer, Kurt y Walter, Robert. *Auseinandersetzung zur Reinen Rechtlehre*. Viena, Springer, 1987, pp. 1-108 (que es una reproducción de un trabajo de finales de la década de 1930); (2) las páginas 59-60 de la *General Theory of Law* y (3) las páginas 82 y 83 del parágrafo 18 de la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho. Véase; PAULSON (2014), pp. 116-117.

⁴⁵ PAULSON (2014), p. 119.

⁴⁶ PAULSON (2014), p. 119. Paulson, Stanley L. 2014. *Facultad, responsabilidad y teoría pura del derecho*. Fontamara. Ciudad de México, p. 119.

⁴⁷ KELSEN (1960), p. 52.

socialmente indeseada de seres humanos determinados, en cuanto tienen como condición un acto ilícito, o delito, cometido por un hombre determinado y jurídicamente comprobado⁴⁸. *Sanción* es, entonces, aquel acto coactivo que tiene por objeto la privación de un bien y que es establecido por el sistema jurídico e impuesto por la autoridad competente, como consecuencia de una conducta ilícita⁴⁹. El tercer concepto importante es el de *acto ilícito o delito*. Kelsen lo define como un comportamiento al cual el sistema jurídico le establece como consecuencia una sanción en una norma jurídica: “El delito es normalmente la conducta de aquel hombre contra el cual, como consecuencia de su propio comportamiento, se dirige el acto coactivo que sirve de sanción”⁵⁰.

La ‘licitud’ e ‘ilicitud’ son una substantivización del predicado ‘ilícito’. En Kelsen son una explicitación específica, normativa. Afirmar que un acto es ‘lícito’ (conforme a derecho) o ‘ilícito’ (contrario a derecho) es un modo de explicitar el significado objetivo de ese acto. Según Kelsen, el acto cuenta con dicha significación en virtud de una norma que se refiere a él en su contenido. Así, es la norma (o más bien su contenido) la que otorga al acto el carácter de conforme a derecho (o contrario a derecho)⁵¹. Kelsen entiende por ‘acto ilícito’ aquel acto que el orden jurídico positivo ha convertido en condición de una sanción⁵². El significado jurídico del acto es otorgado por la norma que incluye al acto en su contenido y su consecuencia jurídica es una sanción.

La TIA no define el predicado ‘ilícito’ ni su substantivización en la palabra ‘ilicitud’. Solo define ‘acto ilícito’ como un acto contrario a una norma de mandato, la que puede ser un principio o una regla⁵³. La noción de ‘ilicitud’ evita el colapso con la noción de ‘tipicidad’ como inclusión del acto en el contenido de una norma. Para evitar la fusión entre las nociones de ‘ilicitud’ y ‘tipicidad’, ARM adoptan el concepto de ‘tipo de garantía’ elaborado por los penalistas, en cuanto consecuencia del principio de legalidad según la fórmula de Feuerbach⁵⁴. Es decir, una acción solo es típica cuando puede subsumirse estrictamente en la descripción del supuesto de hecho de una norma de mandato⁵⁵. Así, el concepto de tipicidad usado por los autores se corresponde, al concepto de ‘ilicitud’ (no conformidad al derecho) en Kelsen.

En la TIA la dualidad ‘acto típico’ y ‘acto atípico’ está mediada por el tipo de norma cuyo contenido describe el acto en cuestión. Si el acto es contrario a una regla de mandato el acto será ‘típico’. Si, en cambio, el acto es contrario a un principio de mandato el acto será ‘atípico’.

La ausencia de una definición de ‘ilicitud’ en la teoría de ARM no significa que ellos adopten el concepto de ‘ilicitud’ de Kelsen. Por el contrario. El concepto de ‘ilicitud’ de ARM es más complejo que el de Kelsen. El grado de complejidad está determinado porque la expresión acto ilícito o más bien, la expresión *contrario a derecho* es concebida en asociación a la moral positiva. La expresión *contrario a derecho* designa un disvalor dado por el sistema de valores sociales que juzga los actos. Así, el significado del acto está determinado por estos valores en la medida en que el supuesto de hecho no solo integra la descripción de un comportamiento, sino que también su calificación moral.

⁴⁸ KELSEN (1960), p. 54.

⁴⁹ Véase; KELSEN (1960), p. 54; 123-124; ORUNESU Y RODRIGUEZ (2018), p. 3.

⁵⁰ Véase; KELSEN (1960), p. 129; ORUNESU Y RODRIGUEZ (2018), p. 3.

⁵¹ KELSEN (1995), pp. 17-18.

⁵² Kelsen señala: «la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como “acto ilícito” o “delito”, y el acto coactivo, estatuido como consecuencia es la consecuencia de lo ilícito o sanción. Sólo porque una acción y omisión, determinadas por el orden jurídico, se convierten en condición de un acto coactivo estatuido por el orden jurídico, se las califica de ilicitud o delito; solo porque un acto coactivo está estatuido por el orden jurídico como consecuencia de determinada acción u omisión, tiene ese acto coactivo el carácter de sanción o de consecuencia de un delito». Véase; KELSEN (1982), p. 125.

⁵³ Si la norma es una regla de mandato el acto será ‘típico’. En cambio, si la norma es un principio de mandato el acto será ‘atípico’.

⁵⁴ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 26.

⁵⁵ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 25.

El concepto de ‘ilicitud’ está compuesto por dos subespecies: la ‘tipicidad’ y la ‘atipicidad’. La tipicidad consiste en la subsunción de un comportamiento en la descripción del supuesto de hecho de una regla de mandato⁵⁶. La atipicidad es la subsunción de un comportamiento (*prima facie* permitido) en una regla prohibitiva, la cual surge a raíz de que un principio de mandato (explícito o implícito) cambia el estatus deóntico de la regla permisiva. En este sentido, los predicados ‘típico’ y ‘atípico’ son asimétricos. La ‘tipicidad’ es construida en sede de producción del derecho, porque implica la generación de una norma general y abstracta que regula una conducta por parte del legislador. La ‘atipicidad’ se formula en sede de aplicación del derecho, ya que ella depende de tres tesis interpretativas: a) analogía legis, b) analogía iuris⁵⁷ y, c) la valoración del caso conforme a un principio de mandato que permiten construir la regla prohibitiva implícita, a partir del cambio del estatus deóntico de la regla permisiva explícita.

A juicio de ARM Kelsen trata la noción de ilícito de forma deficiente porque no distingue entre reglas y principios. Sin embargo, ARM omiten el hecho de que Kelsen no usa el término ‘tipicidad’. Si bien la noción de tipicidad no es una categoría de análisis en la obra de Kelsen, es importante notar que la definición kelseniana de ‘ilicitud’ colapsa con la idea dogmático-penal según la fórmula de Feuerbach, de tipicidad. Esto porque en ambos casos el acto debe subsumirse en una regla. La ‘ilicitud típica’ solo se diferencia de la ‘ilicitud atípica’, porque la primera se determina en virtud de una norma prohibitiva explícita, mientras que la segunda se determina por una norma prohibitiva implícita.

La expresión ‘acto ilícito típico’ en Kelsen no tiene sentido. Las palabras ‘ilicitud’ y ‘tipicidad’ (en sentido penal) en conjunto, no proporcionan ninguna información nueva, son redundantes. Basta comprender el significado de ‘ilícito’ en Kelsen, para advertir que la noción de ‘tipicidad’ dogmático-penal corresponde a ella. A su vez, la noción de ‘acto ilícito atípico’ carece de asidero en la teoría kelseniana, por la sencilla razón de que no es posible predicar la atipicidad de un acto ilícito.

5. Concepto de ‘razón subyacente’

Para ARM una norma es una razón para la acción. Esto tiene dos implicaciones: (a) las normas son guías de comportamiento y; (b) las normas son criterios de valoración (de justificación o crítica) de la conducta⁵⁸. Este modo de entender las normas hace referencia a sus dos dimensiones: la directiva y la valorativa o justificativa. En relación con esta segunda dimensión, en palabras de ARM:

Los juicios de valor atribuyen un valor positivo, negativo o indiferente a los objetos valorados [...] ⁵⁹ Atribuir un valor positivo a un objeto (a una acción o un estado de cosas) significa afirmar que existe una razón para considerar justificado realizar la acción A o procurar que se produzca el estado de cosas E. Atribuir un valor negativo a esos mismos objetos significa que existe una razón para considerar injustificado realizar la acción A o procurar E. Además, A y E pueden ser indiferentes, si no existe una razón ni para considerar justificado realizar A o procurar E⁶⁰.

⁵⁶ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 25.

⁵⁷ Especifiqué estas tres tesis interpretativas en el punto (2.) de este trabajo.

⁵⁸ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 154.

⁵⁹ Los objetos de valoración de ARM son las acciones y estados de cosas ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 160.

⁶⁰ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 161.

Los valores incorporados a los enunciados jurídicos son considerados por ARM como “la plasmación de los juicios de valor”⁶¹ por parte de las autoridades jurídicas. Con ello no quieren decir que atribuyen a las autoridades la capacidad de crear valores, sino que les interesan los valores asumidos por dichas autoridades.

En LPD no hay una definición de razón subyacente ni se emplea dicha expresión. En la TIA tampoco está definida, pero se hace alusión al trabajo de Schauer para justificar la noción de ‘ilícito atípico’. En un primer sentido, el sintagma ‘razón subyacente’ parece significar una razón justificatoria⁶². Según como se conciban los valores, las concepciones acerca de las razones justificatorias varían⁶³. No queda claro qué concepción siguen ARM. En un segundo sentido, el término ‘razón subyacente’ parece significar la dimensión valorativa de la cual estaría dotada cualquier norma. Como ya he dicho, la dimensión valorativa es un juicio de valor, es decir, un juicio positivo, negativo o indiferente atribuido a determinadas acciones o estados de cosas⁶⁴. En un tercer sentido, el término ‘razón subyacente’ parece referirse únicamente a los valores plasmados en los principios de mandato. Porque ARM señalan que estos principios suponen “la asunción de valores que se consideran como razones categóricas frente a cualesquiera intereses”⁶⁵.

Estos tres sentidos de ‘razón subyacente’ tornan la función de las reglas en inútil o irrelevante porque la distinción entre reglas y principios solo tiene sentido en el nivel de análisis *prima facie* de la conducta y no una vez establecidos ‘todos los factores’ (*all things considered*). El análisis *prima facie* de la conducta concluye cuando se establece que las normas que recogen los valores son los principios en sentido estricto⁶⁶. Respecto a estas consideraciones, surgen dos preguntas: (i) ¿Cuál es la relación de la noción de razón subyacente de las reglas con la dimensión valorativa de las reglas? y (ii) ¿Son dos nociones que se refieren a la misma cosa o son diferentes entre sí? En la TIA no hay respuestas claras a estas preguntas.

Los tres últimos sentidos del término de ‘razón subyacente’ son problemáticos, porque no solo los principios de mandato contienen los valores ‘últimos’ del sistema, sino que también las reglas de mandato pueden, en su dimensión valorativa, plasmar valores últimos⁶⁷. En caso de conflicto entre una regla de mandato que plasma un valor último y un principio en sentido estricto, se debe preferir a este último. Si por ‘razón subyacente’ entendemos una razón justificatoria, esto equivale a decir que existe un fundamento en relación a la acción del sujeto porque esa acción se condice con el valor último contenido en el principio que es razón subyacente de la regla⁶⁸. En cambio, si por ‘razón subyacente’ entendemos la dimensión valorativa de las reglas, esto significa que hay juicio de valor que permite enjuiciar la acción contenida en la regla. Este juicio de valor es plasmado en los principios de mandato. Así, la acción será positiva, negativa o indiferente según esa valoración⁶⁹. Si, en cambio, por ‘razón subyacente’ entendemos los valores que se expresan en los principios de mandato⁷⁰, entonces, los valores últimos contenidos en los principios de mandato son concluyentes respecto de los valores que expresan las reglas. Es decir, en caso de conflicto entre los valores últimos contenidos en las reglas de mandato y los principios de mandato, deben preferirse

⁶¹ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 161.

⁶² Jorge Rodríguez señala que “decir que alguien tiene una razón justificatoria para hacer *p* equivale a decir que existe una exigencia en virtud de la cual el sujeto debe hacer *p*”. Véase; RODRIGUEZ (2012), p. 130.

⁶³ RODRIGUEZ (2012), p. 131.

⁶⁴ Además, según ARM esta dimensión tendría una preeminencia lógica por sobre la directiva.

⁶⁵ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 145.

⁶⁶ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 145.

⁶⁷ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 164.

⁶⁸ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 145.

⁶⁹ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 161.

⁷⁰ ATIENZA Y RUIZ (2000), pp. 18-21.

estos últimos. Pero en caso de conflicto entre los valores últimos contenidos en unos principios con los valores últimos de otros principios, estos valores no serían concluyentes, debiendo realizarse un ejercicio de ponderación.

6. Apostilla sobre las reglas permisivas y las razones subyacentes

En LPD se dedica un capítulo a los enunciados permisivos y a su relevancia⁷¹, pero en la TIA no se tratan las reglas permisivas de forma explícita. Esta falta de tratamiento es problemática, porque estas reglas cumplen un rol fundamental en la segunda modalidad de los ilícitos atípicos⁷² y porque queda un vacío sobre la relación entre estas normas y las razones subyacentes.

Como se sabe, a diferencia de las normas prohibitivas o imperativas de mandato, los permisos no proscriben ni imponen la realización de una acción, sino que la posibilitan. ARM señalan que las normas permisivas no dividen una acción en lícita o ilícita⁷³.

Si toda regla posee una razón subyacente, la conducta descrita en una regla permisiva también debería fundarse en una. Si pensamos, por ejemplo, en el derecho de dominio como regla permisiva, ella debería basarse en el principio de autonomía de la voluntad. Ahora bien, una acción cualquiera puede estar *prima facie* cubierta por el derecho legal de dominio calificándose como permitida y, al mismo tiempo, esa acción puede ser contraria a otro principio (de mandato) como el principio del daño (*harm principle*). Entonces, si aplicamos el permiso a un caso singular, la subsunción genera una incoherencia entre la norma singular y concreta y el principio del daño. Para evitar la incoherencia, ARM sostienen que el principio del daño modifica el estatus deóntico de la regla permisiva y genera una regla prohibitiva (implícita) que califica a la conducta como ilícita. Surge entonces una pregunta: ¿Qué operación permitió dejar de lado el principio de autonomía de la voluntad en tanto razón subyacente del derecho de dominio como regla permisiva? Para ARM la razón subyacente del principio de mandato sería concluyente en relación a la razón subyacente de la regla permisiva. Pero, respecto de los enunciados permisivos ARM señalan que son la negación de una razón perentoria porque suprimen o aclaran que no existe una razón perentoria para actuar⁷⁴. Al no existir una razón para actuar, es decir, para realizar la acción exigida, la regla permisiva no tendría una razón subyacente. Esta afirmación sería contradictoria con la tesis que afirma que toda regla posee una razón subyacente. Pues, si concluimos –a diferencia de ARM– que las reglas permisivas no tienen una razón subyacente, el cambio de estatus deóntico de la regla permisiva no se justifica ya que ellas no pueden ser contrarias a un principio de mandato.

⁷¹ ATIENZA Y RUIZ (2004), pp. 115-139.

⁷² La segunda modalidad de los ilícitos atípicos según ARM comprenden casos que *prima facie* están cubiertos por una regla permisiva, pero que una vez considerados “todos los factores”, esas reglas modifican su estatus deóntico y la conducta pasa a estar prohibida. Véase; ATIENZA Y RUIZ (2004), pp. 128.

⁷³ Véase; ATIENZA Y RUIZ (2000), pp. 24-25. Esto es independiente de que, como han mostrado Alchourrón y Bulygin, las normas permisivas pueden determinar la ‘invalidez’ de ciertas acciones. Concretamente, si una conducta ha sido permitida por una autoridad superior, la acción normativa de prohibir dicha conducta realizada por una autoridad inferior es inválida. Véase ALCHOURRÓN Y BULYGIN (1991), pp. 236-237. Para una reconstrucción sistemática sobre esta discusión véase; ARRIAGADA (2019). Por otra parte, no se puede dejar de notar que la afirmación de ARM de que las normas permisivas no dividen una acción en lícita o ilícita parece contradictoria con la tesis por ellos defendida según la cual “los permisos concedidos por autoridades de rango superior no son más que prohibiciones (de prohibir o sancionar las conductas mencionadas en las normas permisivas) que, indirectamente expresadas, se dirigen a las autoridades normativas subordinadas. La contradicción consistiría en que, si los permisos son auténticas prohibiciones, sí dividirían las acciones en lícitas o ilícitas”. Véase; ATIENZA Y RUIZ (2014), pp. 127-128; ARRIAGADA (2019). Agradezco a María Beatriz Arriagada por mostrarme esta contradicción.

⁷⁴ ATIENZA Y RUIZ (2004), p. 133.

7. Consideraciones finales

Lo que resulta llamativo de la teoría de los ilícitos atípicos es que pretende conciliar figuras de la ‘alta dogmática’ con conceptos de la teoría del derecho⁷⁵. En el plano de la alta dogmática jurídica, la pretensión de universalidad de la regulación de los ilícitos atípicos es un logro. En legislaciones en donde figuras como el abuso del derecho, fraude de ley y desviación de poder carecen de regulación normativa, la noción de ilicitud atípica permite su tratamiento. Sin embargo, este aporte dogmático oscurece conceptos de la teoría del derecho. Del análisis realizado extraigo las siguientes conclusiones:

La TIA es una teoría (parcialmente normativa) sobre la producción del derecho porque su propósito es que el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación del poder reciban tratamiento en legislaciones en las que no están reguladas explícitamente. También es una teoría (parcialmente descriptiva) sobre la aplicación del derecho, es decir, sobre lo que hacen los jueces, porque ARM la elaboran usando jurisprudencia española⁷⁶ sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Finalmente, es una teoría interpretativa (parcialmente normativa) sobre el razonamiento judicial, ya que se ocupa de la argumentación de excepciones implícitas por parte de los jueces⁷⁷.

Los autores amplían y complejizan el concepto de ‘ilicitud’ de Kelsen e invierten su clásico dogma de que ‘no hay *mala in se*, sino solo *mala prohibita*’. Para ellos una conducta no es disvaliosa por estar prohibida, sino que está prohibida por ser disvaliosa⁷⁸. Pero como señala Celano, respecto de la TIA: “para determinar si una conducta contraria a una regla constituye un ilícito, es necesario acudir a los principios aplicables”⁷⁹. No podemos afirmar a ciencia cierta que algo es valioso o disvalioso por ser tal. En este sentido, la adecuación que puede haber entre un cierto sistema de valores y los deberes existentes es un aspecto contingente⁸⁰ que no tendría que ver con una prioridad justificativa de la cual estarían dotados los valores.

La TIA se construye a partir de la ficción del legislador racional, pues los valores que han de tomarse en cuenta son los que han asumido las autoridades jurídicas. De ello se sigue que se atribuye a las normas una alta carga de racionalidad y que la labor del intérprete es la de explicitar esos valores⁸¹. Esto es problemático. Como ha sostenido Alchourrón: “es sabido que con frecuencia resulta muy difícil, y en muchos casos prácticamente imposible, identificar el significado preciso

⁷⁵ El concepto de ‘acto ilícito atípico’ es un concepto de teoría del derecho, y por ser tal, requiere ser analizado. Otra cosa es que la doctrina sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, tenga un carácter de alta dogmática en la medida en que se refiera a un ordenamiento positivo.

⁷⁶ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 57.

⁷⁷ Sobre este punto me remito a Alchourrón: “Muchas (sino todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma, aunque ellas no están explícitamente enunciadas. Incluso una regla muy simple y clara como “todo conductor debe detenerse frente a un semáforo en rojo” puede tener excepciones no formuladas explícitamente. Por esta razón Hart sostenía que las reglas deberían ser leídas como si finalizaran con una cláusula como “a menos que...”, pretendiendo con ello expresar que las reglas poseen un conjunto indeterminado de excepciones implícitas. Habitualmente nuestra comprensión de la regla nos permitirá hacer una lista de excepciones implícitas, así como una lista de circunstancias que no han sido mencionadas por cuanto son rechazadas como excepciones. Pero la relatividad de la noción de normalidad vuelve ambiguas muchas situaciones desde el punto de vista del intérprete. La regla de tránsito anterior puede ser entendida por alguien que viene de California con la excepción tácita “a menos que doble hacia la derecha”, la cual sería excluida en los países europeos. A menos que las excepciones hayan sido explicitadas, el contenido conceptual de la expresión normativa permanece indeterminado” Véase, ALCHOURRÓN (2000), p. 24.

⁷⁸ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 20.

⁷⁹ CELANO (2009), p. 172.

⁸⁰ BOUVIER (2004), p. 421.

⁸¹ Esta posición sobre la interpretación implica una crítica a aquella que señala que la actividad interpretativa es semejante a la traducción.

atribuido a un texto por la autoridad normativa; en particular cuando esa autoridad normativa es un órgano colegiado”⁸². Por esta dificultad, no tiene sentido atribuir a las normas dictadas por dichas autoridades, tal carga de racionalidad.

La TIA no permite afirmar que las disposiciones normativas pueden expresar una multiplicidad de normas. A toda disposición le correspondería una sola norma debido a que el significado y alcance de esta última estaría previamente determinada por un principio (o más bien, un valor) que constituiría su razón subyacente. Esto último genera como efecto que se reducen las reglas a los principios⁸³. La distinción entre reglas y principio se esfuma, porque una vez concluido el análisis *prima facie* de las normas, es necesario realizar un análisis considerando todos los factores y ahí la dimensión valorativa de las mismas tiene una preeminencia lógica por sobre la dimensión directiva⁸⁴. Esto, porque el significado y alcance de cada regla estaría previamente determinado por su razón subyacente, es decir por los principios de mandato y/o valores. Según la TIA, la labor del intérprete es la de presuponer dicha razón y, además, la de identificarla de manera correcta. La identificación por parte del intérprete de la razón subyacente de las reglas (que no sabemos con certeza en qué consiste) torna a las reglas y a su función, en ‘superfluas e irrelevantes’⁸⁵ ya que son los principios y/o los valores contenidos en ellos, los que, a juicio de los autores, justifican y dotan de sentido a las reglas⁸⁶.

La TIA es una obra dirigida principalmente hacia los jueces y los estudiosos del derecho. En ella, se les entrega un conjunto de herramientas interpretativas que tienen por objeto justificar los ‘ilícitos atípicos’. Es una teoría que les entrega gran discrecionalidad, pero que, además, les exige, a la hora de iniciar la actividad interpretativa, ciertas concepciones o precompromisos acerca de un determinado sistema de valores. Es por esta razón que es necesario que los autores expliciten dicha teoría interpretativa.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCHOURRÓN, CARLOS (2000): “Sobre derecho y lógica”, en: *Isonomía* (N° 13), pp. 11- 33.

ALCHOURRÓN, CARLOS Y BULYGIN, EUGENIO (1991): “Permisos y normas permisivas”, en: Alchourrón, C. y Bulygin, E, *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 215-238.

ARRIAGADA, MARÍA BEATRIZ (2019): “Inmunidades Fuertes y débiles: el imperio contraataca”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile (de próxima publicación).

ATIENZA, MANUEL Y RUIZ MANERO, JUAN (2000): *Ilícitos Atípicos* (Madrid, Trotta).

_____ (2004): *Las Piezas del Derecho*, 2ª edición (Barcelona, Ariel).

⁸² ALCHOURRÓN (2000), p. 23.

⁸³ Tuve la oportunidad de plantearle este punto a Manuel Atienza en el Seminario de Teoría del Derecho de la Universidad Diego Portales a cargo de María Beatriz Arriagada el día 12 de noviembre de 2018. Atienza señaló que a su juicio en la TIA no se reducirían las reglas a los principios, sino que más bien se estarían relativizando. No estoy de acuerdo con su conclusión.

⁸⁴ Es decir, una vez que se determina que las reglas poseen dos dimensiones: una directiva y otra valorativa (y que esta última tendría una preeminencia lógica sobre la primera). Véase; ATIENZA Y RUIZ (2000:19).

⁸⁵ COMANDUCCI (2011), p. 110.

⁸⁶ ATIENZA Y RUIZ (2000), p. 18.

BACIGALUPO, SILVINA (2016): "Límites entre el ahorro fiscal y la defraudación punible: las actuaciones en fraude a la ley tributaria", en: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay (N° 4), pp. 11-33.

BOUVIER, HERNÁN (2004): "Reglas y Razones Subyacentes", en: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho (N° 27), pp. 393-424.

CELANO, BRUNO (2009): "Principios, reglas y autoridad. Consideraciones sobre M. Atienza y J. Manero, Ilícitos Atípicos", en: Celano, B., Derecho, justicia y razones (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 171-191.

COMANDUCCI, PAOLO (2011): "El abuso del derecho y la interpretación jurídica", en: Revista de Derecho Privado (N° 21), pp. 107-118.

FERRAJOLI, LUIGI (1995): Derecho y razón (Madrid, Editorial Trotta).

HART, H.L.A. (1983): Essays in Jurisprudence and Philosophy (Oxford, Clarendon Press).

KELSEN, HANS (1995): Teoría Pura del Derecho, 8ª edición (México D.F., Editorial Porrúa).

_____ (1979): Teoría Pura del Derecho, 2ª edición (Traducc. Roberto Vernengo, México, UNAM).

LIFANTE VIDAL, ISABEL (2018): "El desempeño de las responsabilidades públicas", en: Revista da Faculdade de Direito da FMP (13, 2), pp. 179-216.

MADRIGAL, FCO. JAVIER ALONSO (2006): "Fraude a la ley tributaria, ilícito e infracción tributaria", en: Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (N° 68), pp. 159-195.

ORUNESU, CLAUDINA Y RODRÍGUEZ, JORGE (2018): "Una revisión de la teoría de los conceptos jurídicos básicos", en: Revus. Disponible en: <https://journals.openedition.org/revus/4481> [visitado el 12 de julio de 2019].

PALOMBELLA, GIANLUIGI (2006): "El abuso del derecho, del poder y del rule of law", en: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho (N° 29), pp. 33-57.

PAULSON, STANLEY L. PAULSON (2014): Facultad, responsabilidad y la teoría pura del derecho (Ciudad de México, Fontamara).

RODRIGUEZ, JORGE (2012): "Normas y razones: un dilema entre la irracionalidad y la irrelevancia", en: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo (N° 1), pp. 127-145.

RUIZ MANERO, JUAN (2015): "Sobre el Kelsen de Ferrajoli", en: Isonomía (N° 43), pp. 197-210.

SCHAUER, FREDERICK (2004): Las reglas en juego (Madrid: Marcial Pons).

TRIVIÑO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y TORRES, CESAR (2013): “Abuso del derecho y fair play en el deporte”, en: Revista para el Análisis del Derecho. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/39073328.pdf>. [visitado el 10 de julio de 2019].