

# Acto ilícito atípico

## Atypical torts

Seren Ataoglu Colonnello  
 Universidad Diego Portales  
 ORCID ID 0000-0001-5485-0586  
[serenataoglucolonnello@gmail.com](mailto:serenataoglucolonnello@gmail.com)

Cita recomendada:

Ataoglu Colonnello, S. (2019). Acto ilícito atípico. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 289-298.  
 doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5034>

Recibido / received: 30/01/2019  
 Aceptado / accepted: 17/07/2019

### Resumen

La presente voz sintetiza el origen y el desarrollo teórico de la expresión ‘acto ilícito atípico’. La investigación se concentra solo en la formulación que realizan Atienza y Ruiz Manero en dos libros: “*Las piezas del derecho*” e “*Ilícitos atípicos*”, y busca evidenciar tres cambios conceptuales que los autores introducen en relación a las teorías imperativistas: a) el significado de los actos; b) la noción de ilicitud y c) la noción de atipicidad. Ya que el sintagma ‘acto ilícito atípico’ y su contracción ‘ilícito atípico’ son una manifestación de una posición post-positivista, la voz considera que esta expresión se desarrolló, por un lado, como una crítica teórica hacia posturas ‘positivistas’ o ‘formalistas’ y; por otro lado, como una teoría interpretativa enfocada en cómo los jueces deben resolver casos no regulados explícitamente conforme a los valores reconocidos por el sistema normativo.

### Palabras clave

Ilícitud, atipicidad, sentido subjetivo y objetivo de los actos, innovación conceptual, Atienza y Ruiz Manero.

### Abstract

*This work synthesizes the origin and the theoretical development of the expression ‘Atypical Illicit Act’. The research focuses only on the formulation made by Atienza y Ruiz Manero in two books: “Las piezas del derecho” and “Ilícitos atípicos”, and seeks to evidence three conceptual changes that the authors introduce in relation to imperativist theories: a) the meanings of the acts; b) the notion of torts; c) the notion of non-criminality. Since the term ‘Atypical Illicit Act’ and its contraction ‘Atypical Torts’ are a post-positivist manifestation, this paper considers that this expression was developed, on the one hand, as a theoretical criticism to the ‘positivist’ or ‘formalist’ postures and, on the other hand, as an interpretative theory focused on how judges must resolve cases not explicitly regulated according to the values recognized by the normative system.*

### Keywords

*Torts, atypical torts, the meaning of the acts, conceptual innovation, Atienza and Ruiz Manero.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El concepto ‘acto ilícito atípico’ y su origen. 3. La razón subyacente de las reglas. 4. Elucidando el concepto de ‘acto ilícito atípico’. 5. La innovación conceptual de Atienza y Ruiz Manero.

## 1. Introducción

El sintagma ‘acto ilícito atípico’ posee una significativa complejidad porque sirve para referirse a figuras como el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, en legislaciones en las que ellas no encuentran una regulación expresa. Por esta razón, es necesario ofrecer al lector un marco general que permita entender su origen y desarrollo.

La interpretación jurídica y el razonamiento jurídico, han sido temas muy tratados por la teoría del derecho durante el siglo XX. Esta preocupación por el trabajo de los jueces ha sido casi correlativa al proceso de creciente constitucionalización de los ordenamientos jurídicos. En este contexto general, los trabajos de Atienza y Ruiz Manero son los principales desarrollos del post-positivismo en lengua española. Los libros *Las piezas del derecho* e *Los Ilícitos Atípicos*, constituyen las bases de un particular modo de entender el funcionamiento del sistema jurídico. *Las piezas del derecho*, pretende ser la primera parte de una teoría general del derecho. *Los Ilícitos Atípicos*, su continuación (2004 [1996], p. 17; 2000, p. 9).

La presente voz es descriptiva y busca responder a la pregunta de si la distinción introducida por Atienza y Ruiz Manero entre ‘ilícitos típicos’ e ‘ilícitos atípicos’ cumple el propósito que ellos mismos establecen: «complejiza[r] el conjunto de conceptos sin los cuales no podemos imaginar un sistema de Derecho desarrollado que no haga uso de los mismos» (2000, p. 13). La respuesta a esta pregunta es afirmativa; los autores innovan respecto de tres conceptos usados por las teorías imperativistas: la noción de ‘ilicitud’, ‘atipicidad’ y sentido objetivo y subjetivo de los actos. Para justificar esta respuesta el texto se ordena del modo siguiente. En primer lugar, la voz analiza el concepto ‘acto ilícito atípico’. En segundo lugar, expone de manera breve cómo se justifica la teoría de los ilícitos atípicos. Para ello, analiza la noción de ‘razón subyacente’ empleada por los autores. En tercer lugar, elucida el concepto de ‘acto ilícito atípico’. Para ello, compara la noción de ‘ilicitud’ kelseniana con la usada por Atienza y Ruiz Manero. Finalmente, se presenta un apartado a modo de conclusión que discute si los cambios conceptuales introducidos por los autores dan lugar a una concepción del Derecho diferente de la imperativista. Advertido al lector que este trabajo se limita a analizar los libros “*Las piezas del derecho*” e “*Ilícitos atípicos*” de Atienza y Ruiz Manero, porque son el punto de partida de la posición autodenominada ‘post-positivismo’.

## 2. El concepto de ‘acto ilícito atípico’ y su origen

Según Atienza y Ruiz Manero, un acto ilícito es un acto contrario a una norma de mandato<sup>1</sup>. Las normas de mandato, a su vez, pueden ser reglas o principios. Un ‘ilícito típico’ es un acto contrario a una regla de mandato, en cambio, un ‘ilícito atípico’, es un acto contrario a un principio de mandato (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 27). Como se advierte, para Atienza y Ruiz Manero un acto ilícito es la negación del derecho y no su condición.

Atienza y Ruiz Manero señalan que existen 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)» (2000, p. 27). En cambio, la segunda modalidad de los ilícitos atípicos comprenden casos que, *prima facie*, estarían cubiertos por una regla permisiva, pero una vez considerados

---

<sup>1</sup> Es decir, los comportamientos contrarios a normas constitutivas y las normas regulativas permisivas no son ilícitos. Véase: Atienza y Ruiz Manero (2000, pp. 24-25).

todos los factores, esas reglas modifican su estatus deóntico y la conducta pasa a estar prohibida<sup>2</sup>.

El origen del concepto 'acto ilícito atípico' está en la distinción entre reglas y principios. A su turno, la teoría de los ilícitos atípicos se refiere a figuras como el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder<sup>3</sup>, ya que estas figuras no fueron estudiadas por los clásicos de la teoría del derecho del siglo pasado<sup>4</sup>, porque ellos no distinguían entre reglas y principios.

Para distinguir las reglas de los principios, Atienza y Ruiz Manero usan tres enfoques característicos que suelen adoptarse en relación con las normas (2004 [1996], p. 28): 1) el estructural; 2) en cuanto a las razones para la acción y 3) la conexión entre las normas, los intereses y las relaciones de poder existentes en la sociedad.

Respecto al primer enfoque, los autores elaboran dos niveles de análisis: el interno y el externo<sup>5</sup>. El interno tiene por objeto caracterizar y distinguir entre los diversos tipos de reglas y principios. Las reglas se subdividen en dos clases según sea el contenido regulado: de acción y de fin. Las primeras, califican deónticamente una acción, en cambio, las segundas, califican deónticamente la obtención de un cierto estado de cosas (Atienza y Ruiz Manero, 2004 [1996], pp. 29-30). Los principios, por su parte, se subdividen en dos clases según el contenido regulado: principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas. Los primeros atribuyen a una acción un valor último, lo que significa que no se tomarán en cuenta sus consecuencias y, los segundos, realizan esa atribución a un estado de cosas (2000, p. 21). En cuanto al nivel externo, éste tiene por objeto distinguir externamente las reglas y 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 abierta (2004 [1996], pp. 29-33)<sup>6</sup>.

En el segundo enfoque (aquel vinculado a las razones para la acción), los autores adoptan la terminología de Raz con el objeto de entender las normas como razones (2004 [1996], p. 34). Las reglas «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» (2004 [1996], p. 35). Es decir, son razones para la acción, perentorias e independientes del contenido. En cambio, en los principios se debe distinguir que: los explícitos son razones para la acción, independientes del contenido y no perentorias y, los implícitos, son razones para la acción que no son independientes del contenido y no son perentorias (Atienza y Ruiz Manero, 2004 [1996], p. 36).

El tercer enfoque consiste en observar las normas en conexión con los intereses y las relaciones de poder existentes en la sociedad<sup>7</sup>. Aquí Atienza y Ruiz Manero señalan que

<sup>2</sup> Tanto a los autores como a este trabajo interesa únicamente el análisis de la segunda modalidad de los ilícitos atípicos. Toda vez que la segunda modalidad de los ilícitos atípicos comprende las figuras de abuso del derecho, fraude de ley y desviación de poder (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 28).

<sup>3</sup> En esta voz no realizaré una descripción de las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Esto porque la voz se centra en el estudio del género 'acto ilícito atípico' y no en sus especies.

<sup>4</sup> Atienza y Ruiz Manero se refieren a Austin, Kelsen y Ross. Véase: Atienza y Ruiz Manero (2000, pp. 13-15).

<sup>5</sup> Estos dos niveles de análisis no se encuentran enunciados de esta manera en "*Las Piezas del Derecho*", sin embargo, es una distinción que puede inferirse de ella. Véase: Atienza y Ruiz Manero (2004, pp. 28-34).

<sup>6</sup> Por razones de espacio no se profundiza en las diversas formas de reconstruir la distinción entre principios y reglas.

<sup>7</sup> Los autores definen el concepto de poder de la siguiente manera: «A tiene poder sobre B cuando A tiene la capacidad de afectar los intereses de B». En relación con esto señalan que: «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 que: 1) A y

la existencia de los ordenamientos jurídicos (o más bien, de las normas jurídicas) se justifica en que ellas permiten la vida en sociedad, toda vez que sin ellas ésta no sería posible. A su juicio, las normas jurídicas se encuentran conectadas de diferentes maneras con los intereses y con el poder<sup>8</sup>. Además, señalan que la articulación de los intereses puede hacerse de diferentes maneras, por ejemplo, a través de disposiciones jurídicas que permiten a los destinatarios lograr «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» (2004 [1996], p. 40). Esta articulación se instancia mediante reglas de acción, porque las reglas de fin y las directrices permiten promover «activamente determinados intereses sociales» (2004 [1996], p. 41). Por último, los principios en sentido estricto «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» (2004 [1996], p. 41). Por ello, la labor que cumplen los principios es evitar que la persecución de determinados intereses dañe o afecte dichos valores.

### 3. La razón subyacente de las reglas

En el apartado anterior sintetice la raigambre de la expresión ‘acto ilícito atípico’ de Atienza y Ruiz Manero, en la distinción entre reglas y principios. Este apartado tiene por objeto saber qué es la teoría de los ilícitos atípicos y cómo se justifica.

La teoría de los ilícitos atípicos es una teoría que tiene fines interpretativos del derecho vigente. Tiene por objeto entregar un conjunto de herramientas interpretativas con el objeto de que los jueces y dogmáticos, a pesar de no disponer de norma explícita, puedan justificar las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. 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<sup>9</sup>.

La justificación de la teoría de los ilícitos atípicos se encuentra en los principios, que dotan de sentido a las reglas, constituyendo su “razón subyacente” (2000, p.18). Así, 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*), porque las reglas y principios están interrelacionadas (2000, p. 20).

La diferencia entre el nivel de análisis *prima facie* de la conducta y el nivel de análisis que considera todos los factores, permite construir la distinción entre dos dimensiones de

---

B pueden ser tanto individuos como grupos: clases sociales, grupos de presión, etc.; 2) 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) 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) 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 Manero (2004 [1996], p. 39).

<sup>8</sup> Señalan que las normas jurídicas, «por un lado son el resultado de intereses y de relaciones de poder; por otro lado, configuran jurídicamente relaciones de poder; y, finalmente, el ejercicio de esos poderes produce como efecto determinadas alteraciones en las relaciones de poder existentes en la sociedad». Véase: Atienza y Ruiz Manero (2004 [1996], p. 40).

<sup>9</sup> Para los autores, la noción de ‘alta dogmática’ no significa profundidad de análisis conceptual, sino nivel de abstracción. Desafortunadamente, Atienza y Ruiz Manero no distinguen con claridad la teoría del derecho de la alta dogmática (2000, p. 11).

las reglas: la directiva y la valorativa o justificativa (2000, p. 20). La primera guarda relación con la dirección de la conducta de los individuos. La segunda, enjuicia el comportamiento ajeno y genera que «la conducta prohibida aparezca como disvaliosa, la obligatoria como valiosa y la permitida como indiferente» (2000, p. 20). Así, la dimensión valorativa de las reglas es un juicio de valor:

Los juicios de valor atribuyen un valor positivo, negativo o indiferente a los objetos valorados [...]<sup>10</sup> 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 E (2004 [1996], p. 161).

Atienza y Ruiz Manero consideran que los valores incorporados a los enunciados jurídicos son «la plasmación de los juicios de valor» (2004 [1996], p.161) por parte de las autoridades jurídicas. Con ello no quieren decir que atribuyen a las autoridades la capacidad de crear valores, sino que el derecho expresa los valores asumidos por la autoridad. Estos valores configuran la dimensión justificativa de las reglas, la cual tiene prioridad lógica por sobre la dimensión directiva, toda vez que Atienza y Ruiz Manero consideran que determinadas acciones están prohibidas por el hecho de ser disvaliosas<sup>11</sup>.

La distinción de estas dos dimensiones de las reglas, permite que Atienza y Ruiz Manero usen la noción de razón subyacente de Schauer para componer su teoría de los ilícitos atípicos. Siguiendo a Schauer, Atienza y Ruiz Manero asumen que la generalización de los predicados fácticos de las reglas puede ser subincluyente o sobreincluyente respecto de las razones que la subyacen<sup>12</sup>. En palabras de Jorge Rodríguez:

En primer lugar, el predicado fáctico de las normas generales puede resultar, según la terminología de Schauer, sobreincluyente respecto de su justificación subyacente. Piénsese en un no-vidente que quisiera ingresar al restaurante con un perro lazarillo. Los lazarillos son perros muy bien entrenados, que suelen comportarse mucho mejor que una buena cantidad de seres humanos. O —aunque un tanto más artificioso— considérese el caso de una persona que pretendiera ingresar al restaurante con un pequeño chihuahua que, además, está embalsamado y oculto dentro de un maletín. Cualquiera de estos casos queda indudablemente comprendido dentro del alcance del predicado fáctico de la norma, pero resulta seriamente controvertible que las razones que subyacen a la colocación del cartel justifiquen la exclusión del restaurante, dado que es altamente dudoso que tales perros vayan a ocasionar molestias a los clientes. Si bien la presencia de un perro en el restaurante, como categoría o tipo, está relacionada de manera probabilística con la justificación subyacente a la norma, puede suceder que en casos particulares no se configure la consecuencia prevista por esa justificación. En segundo lugar, el predicado fáctico de las normas generales puede resultar, según Schauer, subincluyente respecto de su justificación subyacente, esto es, no cubrir ciertos estados de cosas que en determinadas circunstancias resultarían comprendidos por su justificación subyacente. En nuestro ejemplo, es muy fácil advertir que los clientes del restaurante pueden ser molestados por muchas situaciones diferentes de la presencia de un perro: imagínese que alguien pretendiera ingresar al restaurante con un oso (Rodríguez, 2012, p. 132).

<sup>10</sup> Los objetos de valoración son las acciones y estados de cosas. Véase: Atienza y Ruiz Manero (2004 [1996], p. 160).

<sup>11</sup> Atienza y Ruiz Manero (2000:123-124). Esto invierte el dogma kelseniano que señala que las acciones son disvaliosas por el hecho de estar prohibidas.

<sup>12</sup> El predicado fáctico de la regla es subincluyente cuando no cubre estados de cosas que, en virtud de su justificación subyacente, sí deberían quedar comprendidos. En cambio, el predicado fáctico es sobreincluyente cuando comprende estados de cosas que, en virtud de su razón subyacente, no deberían estar incluidos, pero que, a pesar de ello, lo están. Véase: Schauer (2004 [1991], p. 90).

#### 4. Elucidando el concepto de ‘acto ilícito atípico’

La expresión ‘acto ilícito atípico’ forma la teoría de los ilícitos atípicos, porque la dualidad entre los ‘ilícitos típicos’ y los ‘ilícitos atípicos’ está mediada por el tipo de norma cuyo contenido describe la conducta en cuestión. Si la norma es una regla de mandato el acto será un ‘ilícito típico’. Si, en cambio, la norma es un principio de mandato, el acto será un ‘ilícito atípico’.

Atienza y Ruiz Manero construyen su postura a partir de una crítica a la teoría imperativista<sup>13</sup>. Inician su trabajo reconociendo, con base en Austin, que el concepto de ilícito o delito (*injury*) es uno de aquellos que «tienen carácter necesario, en el sentido de que no podemos imaginar coherentemente un sistema de Derecho desarrollado que no haga uso de los mismos» (2000, p. 13). Luego, los autores señalan que en la teoría imperativista austiniana no aparece la noción que ellos denominan ‘ilícitos atípicos’ (2000, p. 13). Acto seguido, los autores afirman que «el concepto de delito o de acto ilícito, forma parte del elenco de los conceptos básicos de la teoría kelseniana del Derecho» (2000, p. 14) y constatan que Kelsen no entra en el análisis de las figuras que a ellos les interesan. Finalmente, al observar la teoría de Ross señalan que «la teoría del Derecho de Ross no incluye un tratamiento general de la noción de ilícito [...]» (2000, p. 15). Así, a juicio de Atienza y Ruiz Manero, la teoría de los ilícitos atípicos evidencia un descuido en que habrían incurrido Austin, Kelsen y Ross: no reconocer que el orden jurídico está compuesto por reglas y por principios.

Ahora bien, de las tres posiciones analizadas por Atienza y Ruiz Manero, la obra de Kelsen es la única que trata profundamente la noción de ‘ilicitud’ o ‘ilícito’. Por esta razón, para clarificar el concepto de ‘acto ilícito atípico’, hay que considerar lo que el autor de la *Teoría pura del derecho* entiende por ‘acto’ y por el predicado ‘ilícito’ o su substantivización en la palabra ‘ilicitud’<sup>14</sup>. Solo de este modo podremos observar con claridad si Atienza y Ruiz Manero logran su cometido: complejizar el conjunto de conceptos jurídicos sin los cuales no es posible pensar un sistema de Derecho.

Para Kelsen, un acto es un acontecimiento fáctico externo y la racionalidad de una acción no implica conocimiento axiológico alguno. La realización de un acto puede tener dos sentidos: uno subjetivo, en cuya virtud quien realiza el acto se fija un propósito para su realización (asumiendo que se trata de un agente racional) y un sentido objetivo, que es la comparación del acto con el derecho vigente (1995 [1979], p. 16). Ambos sentidos pueden coincidir, pero no es necesario que lo hagan<sup>15</sup>. Para Kelsen, solo es relevante el sentido

<sup>13</sup> Atienza y Ruiz Manero critican la teoría imperativista. Entendiendo por ella 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 esta voz, por razones de simplicidad, se asume que los términos ‘positivismo’ e ‘imperativismo’ son sinónimos.

<sup>14</sup> El sintagma ‘acto ilícito típico’ y el sintagma ‘acto ilícito atípico’ no están en Kelsen. Las he adoptado desde Atienza y Ruiz Manero para enfocar la oposición entre un ‘ilícito típico’ y un ‘ilícito atípico’.

<sup>15</sup> Para explicitar el sentido objetivo o subjetivo de los actos, Kelsen menciona los siguientes ejemplos: «Alguien dispone por escrito de su patrimonio para el caso de su muerte. El sentido subjetivo de esta acción es un testamento. Objetivamente, desde el punto de vista jurídico, puede quizás –en razón de algún defecto de forma– que no lo sea. Cuando una organización clandestina, con el propósito de liberar a la patria de sus lacras, condena a muerte a alguien considerado por ella como un traidor, lo que subjetivamente considera, y denomina, como una condena capital que hace cumplir por un hombre de confianza, objetivamente, desde el punto de vista jurídico, no constituye la ejecución de una sentencia de muerte, sino un asesinato político, aunque en cuanto al acontecer externo en nada se distinga del cumplimiento de una condena capital. Un acto –en cuanto se expresa a través de palabras verbalmente formuladas, o escritas– puede el mismo enunciar algo sobre su significado jurídico. Una planta nada puede transmitir sobre sí misma al investigador natural que la determina científicamente. No intenta en forma alguna explicarse a sí misma desde un punto de vista científico natural.

objetivo, porque eso garantiza la posibilidad de discrepar sobre el sentido subjetivo de los actos.

Atienza y Ruiz Manero, a diferencia de Kelsen, dan prioridad al sentido subjetivo por sobre el objetivo y exigen que exista coincidencia entre el uno y el otro. El intérprete debe preferir el significado subjetivo (es decir, lo que el agente pretende conseguir), en razón de que el significado del acto está determinado por valores sociales que el agente conoce en la medida en que su racionalidad supone que quien actúa sabe qué valores están implicados por su comportamiento. Por esta razón, Atienza y Ruiz Manero afirman que ante un comportamiento no-regulado (como un ilícito atípico) es posible modificar el estatus deóntico de la norma (i.e. modificar el significado objetivo del acto) atendiendo al significado subjetivo del mismo: abusar de un derecho, defraudar a la ley o desviar un poder. En otras palabras, ejecutar un acto cuyo sentido subjetivo es disvalioso, pero que no está tipificado como tal por el derecho positivo (es decir no posee un sentido objetivo, porque no es condición de una sanción), es razón suficiente para modificar el estatus deóntico de una norma (permisiva)<sup>16</sup> pasando la conducta, a estar prohibida. En este sentido, la distinción entre sentido subjetivo y objetivo de los actos se esfuma, y deja de ser tajante. Si se quiere interpretar correctamente el significado de los actos, ambos sentidos deben coincidir.

Las palabras 'lícito' e 'ilícito' son adjetivos. Predicados de un acto. Mientras que las palabras 'licitud' e 'ilicitud' son su expresión sustantivizada<sup>17</sup>. Kelsen afirma que estos adjetivos son una explicitación específica, normativa (1995 [1979], p. 17). Decir que un acto es 'lícito' o 'ilícito' (o contrario a derecho) es un modo de explicitar el significado objetivo de ese acto (1995 [1979], p. 17). 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) (1995 [1979], p. 18).

A su vez, Kelsen entiende por 'acto ilícito' aquel acto que el orden jurídico positivo ha convertido en condición de un acto coactivo, es decir, en condición de una sanción<sup>18</sup>. Esto explica por qué el significado jurídico del acto es otorgado por la norma que incluye al acto en su contenido y cuya consecuencia jurídica es una sanción.

La noción de tipicidad no es una categoría de análisis en la obra de Kelsen. La definición kelseniana de 'licitud' o 'ilicitud' colapsa con la idea dogmática de tipicidad, porque en ambos casos el acto debe ser el contenido de una norma y la 'ilicitud' solo se diferencia de la 'licitud', porque la norma que incluye al acto como parte de su contenido le asocia una sanción.

La noción de 'acto ilícito típico' en Kelsen no tiene sentido, en la medida en que las nociones de 'ilicitud' y 'tipicidad' (en sentido penal) en conjunto, no proporcionan ninguna información nueva sobre cualquiera de los dos conceptos. Es decir, basta comprender el

---

Pero un acto de conducta humana puede llevar muy bien consigo una autoatribución de significado jurídico; es decir: contener enunciación sobre lo que significa jurídicamente. Los hombres reunidos en un congreso pueden expresamente explicar que han dictado una ley; un hombre puede describir literalmente sus disposiciones de última voluntad como testamento; dos personas pueden declarar que inician un negocio jurídico. El conocimiento conceptual del derecho encuentra a veces ya una autocaracterización jurídica del material, que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico». Véase: Kelsen (1995 [1979], pp.16-17).

<sup>16</sup> Me refiero a la segunda modalidad de los ilícitos atípicos.

<sup>17</sup> La palabra 'ilicitud' hace referencia a la cualidad de ilícito y se forma por substantivización léxica del adjetivo 'lícito' y el prefijo i-.

<sup>18</sup> 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 (1995 [1979], p.125).

significado de 'ilícito' en Kelsen, para advertir que la noción de 'tipicidad' dogmático-penal corresponde por completo a la primera. A su vez, la noción '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.

La teoría de los ilícitos atípicos no define las cualidades designadas con los sustantivos 'licitud' e 'ilicitud' o con los adjetivos 'lícito' e 'ilícito'<sup>19</sup>. Solo se limita a definir 'acto ilícito' como un acto contrario a una norma de mandato, la que puede ser un principio o una regla de mandato<sup>20</sup>. En cuanto a la noción de 'tipicidad', la teoría de los ilícitos atípicos adopta el concepto de 'tipo de garantía' elaborado por los penalistas, específicamente por Ferrajoli (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 26). Este concepto establece que una acción solo es típica cuando puede subsumirse estrictamente en la descripción del supuesto de hecho de una norma de mandato (2000, p. 25).

La ausencia de una definición de 'ilicitud' en la teoría de Atienza y Ruiz Manero permitiría pensar que ellos siguen a Kelsen. A la luz de la teoría kelseniana, hipotéticamente podría afirmarse que la idea de 'ilicitud' de Atienza y Ruiz Manero, es un predicado que hace referencia a un disvalor ajeno al derecho positivo. Entonces, un acto podría ser calificado como 'ilícito' con independencia del contenido del derecho, porque la regulación reconocería que el acto posee un estatus disvalioso afuera del derecho. Sin embargo, este razonamiento es erróneo. Para Atienza y Ruiz Manero el disvalor designado por el concepto de 'ilicitud' no es ajeno al derecho positivo. La noción de ilicitud que usan los autores es, entonces, diversa de la kelseniana.

La 'ilicitud atípica' consiste en la vulneración de un principio de mandato (explícito o implícito) que forma parte del derecho positivo. Por esta razón Atienza y Ruiz Manero señalan que una conducta no es disvaliosa por estar prohibida, sino que está prohibida por ser disvaliosa (2000, p. 20). Así, los autores invierten el clásico dogma kelseniano de que 'no hay *mala in se*, sino solo *mala prohibita*'. La noción de ilicitud de Atienza y Ruiz Manero da pie a una concepción del Derecho diferente que la kelseniana por la introducción de la distinción entre la 'ilicitud típica' y la 'ilicitud atípica'.

La pregunta que es necesario responder es si esta distinción complejiza el conjunto de conceptos que permite describir un sistema de Derecho desarrollado (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 13). Para dar respuesta a esta pregunta, es importante observar —como anuncié más arriba—, que la noción kelseniana de ilicitud (no conformidad al derecho) se corresponde con el concepto de tipicidad usado por Atienza y Ruiz Manero. Toda vez que ambos entienden estas nociones —ilicitud en el caso de Kelsen y tipicidad en el caso de Atienza y Ruiz Manero— como inclusión del acto en el contenido de la norma<sup>21</sup>. Ahora bien, si la ilicitud kelseniana y la tipicidad de Atienza y Ruiz Manero significan lo mismo, resta determinar qué significa la noción de atipicidad.

La noción de atipicidad depende de la distinción entre reglas y principios. Un acto es atípico cuando es contrario a un principio de mandato (explícito o implícito). Por esta razón, la atipicidad es un concepto que está fuera del alcance de la teoría kelseniana, ya que ella solo reconoce la existencia de reglas y no de principios. Además, a diferencia de la noción de tipicidad que es construida en sede de producción del derecho, la noción de atipicidad se formula en sede de aplicación del derecho, ya que ella depende de dos tesis interpretativas: a) la tesis que sostiene que es posible extender por analogía legis la ilicitud fijada en una regla o la que surge de una ponderación entre principios relevantes del sistema que exigen la generación de una nueva regla prohibitiva mediante analogía iuris y, b) la tesis que afirma

<sup>19</sup> En este sentido, es posible afirmar que los autores *usan* el concepto de ilicitud, pero no lo *mencionan*.

<sup>20</sup> 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'.

<sup>21</sup> Cfr., Kelsen (1995 [1979], p. 18); Atienza y Ruiz Manero (2000, p. 26).

que, una vez considerados todos los factores, es posible invertir el sentido de una regla permisiva en razón de su oposición a algún principio (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 27). En este sentido, los predicados típico y atípico son asimétricos, porque el primero hace referencia a la producción de una norma general y abstracta que regula una conducta por parte del legislador, mientras que el segundo, designa dos modos de aplicación de normas por parte del juez.

## 5. Las innovaciones conceptuales de Atienza y Ruiz Manero

Ningún concepto es inmune al cambio y un cambio conceptual siempre altera nuestra forma de hablar y de pensar sobre el mundo. Mosterín (2016, p. 18) señala que lo que pensamos y decimos del mundo no depende solo de él, sino que también de nuestro sistema conceptual que “selecciona, condiciona y determina los aspectos del mundo que tenemos en cuenta, en lo que pensamos, de los que hablamos”.

El modo en que Atienza y Ruiz Manero construyen la noción de ‘ilícito atípico’ está determinado por el cambio conceptual de tres puntos: a) la relación entre el significado subjetivo y objetivo de los actos; b) la modificación de la noción ‘ilicitud’ kelseniana y, c) la creación de un concepto de ‘atipicidad’. La primera pregunta que es necesario responder es si estos cambios complejizan el conjunto de conceptos sin los cuales «no podemos imaginar un sistema de Derecho desarrollado que no haga uso de los mismos» (Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 13). En esta voz he mostrado que la respuesta a esta pregunta puede ser afirmativa.

La segunda pregunta que hay que responder es si las tres innovaciones conceptuales dan pie a una concepción del Derecho diferente de la imperativista. A mi juicio, la respuesta es positiva, si por ‘concepción’ se entiende una ‘matriz disciplinaria’<sup>22</sup> y a condición de que la innovación conceptual se combine con la negación de las dos tesis principales del positivismo<sup>23</sup>.

La tercera pregunta que resta por responder es si entre el positivismo y el post-positivismo existe una ‘inconmensurabilidad de paradigmas’<sup>24</sup>. Creo que la respuesta a esta pregunta es negativa. Si tomamos una noción de inconmensurabilidad de paradigmas de la filosofía de la ciencia, por ejemplo, la de Roberto Torretti (1997, p. 30), es posible advertir que el cambio conceptual requiere, entre otras condiciones, que se pierda la referencia al paradigma que es punto de partida del nuevo. Esto no ocurre en este caso. Los cambios conceptuales analizados en esta voz permiten establecer el vínculo entre la posición de Atienza y Ruiz Manero y la de Kelsen. Así, la innovación en relación al sistema de conceptos kelsenianos no trae consigo la pérdida de todas las referencias a él. Todo esto es cierto, siempre y cuando, se entienda que el positivismo constituye un ‘paradigma’ o una ‘matriz disciplinaria’.

---

<sup>22</sup> En esta voz el concepto de matriz disciplinaria corresponde al concepto de ‘paradigma’ desarrollado por Thomas Khun. En 1970, ante los reproches de ambigüedad del término ‘paradigma’, el autor lo descartó y lo reemplazó por ‘matriz disciplinaria’. Mosterín y Torretti señalan que el nuevo término no alcanzó la misma aceptación y difusión que el primero «quizás porque no es eufónico y no tiene resonancias románticas, o simplemente porque es más preciso». Véase: Mosterín y Torretti (2010 [2002], pp. 447-448).

<sup>23</sup> Las dos tesis a las que me refiero son: 1) la tesis de las fuentes sociales del derecho y 2) la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Para un mejor panorama sobre este asunto, véase: Albert Calsamiglia (1998, pp. 209-220).

<sup>24</sup> La noción de ‘inconmensurabilidad de paradigmas’ fue elaborada por Thomas S. Khun. Véase: Khun (1962, p. 110).

## Bibliografía

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2000). *Ilícitos Atípicos*. Madrid, España: Trotta.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2004) [1996]. *Las Piezas del Derecho*. Barcelona, España: Ariel.
- Atienza, M. (2014). *Ni Positivismo ni Neoconstitucionalismo: Una Defensa del Constitucionalismo Postpositivista*. Recuperado de: <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>
- Calsamiglia, A. (1998). Postpositivismo. *Doxa*, volumen 1 (n° 21), pp. 209-220.
- Hart, H.L.A. (1965). Review of the Morality of Law. *Harvard Law Review*, 78, pp. 1281-1296.
- Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Inglaterra: Clarendon Press.
- Kelsen, H. (1995) [1979]. *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.
- Khun, T.S. (1962). *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago, Estados Unidos: University of Chicago Press.
- Mosterín, J. (2016). *Conceptos y teoría de la ciencia*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Mosterín, J. y Torretti, R. (2010) [2002]. *Diccionario de Lógica y Filosofía de la Ciencia*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Rodríguez, J. (2012). Normas y razones: un dilema entre la irracionalidad y la irrelevancia. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, num. 1, pp. 127-145.
- Schauer, F. (2004) [1991]. *Las reglas en juego*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Torretti, R. (1997). Ruptura y continuidad en la historia de la física. *Revista de Filosofía*. Universidad de Chile, volumen XLIX-I, pp. 29-43.
- Torretti, R. (2012) [1990]. *Inventar para entender*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.