

# REGLA DE CLAUSURA Y CONTINGENCIA DEL DERECHO: SOBRE EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA EXISTENCIA DE LAGUNAS NORMATIVAS

---

*Germán Sucar\**

## *Resumen*

El propósito del presente trabajo es defender la posibilidad de la existencia de lagunas normativas en un sistema jurídico en el marco teórico del juspositivismo. En él se indican las diferentes maneras en que la existencia de lagunas normativas podría intentar ser negada, analizándose críticamente, en particular, dos importantes argumentos esgrimidos por uno de los representantes más prominentes del positivismo jurídico: Hans Kelsen. Por una parte, el argumento que se apoya en el principio de prohibición y, por la otra, un argumento que Alchourrón y Bulygin entienden como una variante del primero, esto es, basado en el principio de prohibición interpretado a la luz de la noción de permisión débil, que en el presente trabajo se concibe como de distinta naturaleza, a saber, como sustentado en la postulación de la existencia (necesaria) de una regla de clausura en los sistemas jurídicos, lo cual da lugar a una forma novedosa de plantear y de evaluar el problema de la existencia de lagunas normativas. Se concluye que los argumentos considerados resultan impotentes para demostrar la imposibilidad de la existencia de lagunas normativas en un sistema jurídico, y que tal posibilidad es una consecuencia que se sigue de los postulados del positivismo.

*Palabras clave:* positivismo jurídico, lagunas normativas, regla de clausura.

## *Abstract*

The aim of this paper is to defend the thesis of the possible existence of normative gaps in legal systems within the theoretical framework of legal positivism. Different arguments developed to deny this possibility will be presented and critically analyzed, especially two of them which were upheld by one of the most prominent representatives of legal positivism: Hans Kelsen. The first one is based on the principle of prohibition, and the second –which was considered by Alchourrón and Bulygin as a variant of the first, *i.e.*, an argument based on the principle of prohibition interpreted in the light of the notion of weak permission–, that here will be conceived of as different in nature, *i.e.*, based on the (necessary) existence of a closure rule in all legal systems, and thus introducing a novel approach to

\* Investigador de la Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne

discuss the issue. It will be concluded not only that these arguments fail to disprove the possibility of normative gaps in legal systems, but also that this possibility is a consequence that necessarily follows from the very postulates of legal positivism.

*Key words:* legal positivism, legal gaps, closure rule.

## 1. Introducción

**D**e acuerdo con el positivismo jurídico normativista, los enunciados jurídicos resultan verdaderos o falsos en virtud de lo que las normas que integran un sistema jurídico disponen con relación a ciertas conductas en determinados casos, lo que a su vez depende de la existencia o acaecimiento de ciertos hechos sociales (básicamente, la aceptación de criterios de pertenencia de normas a un sistema jurídico y de actos de promulgación y derogación o de normas consuetudinarias)<sup>1</sup>. Tal doctrina postula, además, la objetividad del conocimien-

<sup>1</sup> Dado que la expresión “positivismo jurídico” es utilizada para hacer referencia a tesis de muy variada índole, resulta menester precisar su alcance (cf. Bobbio 1965 y Hart 1958). A tal efecto, la doctrina juspositivista puede ser definida sobre la base de la adopción de ciertas tesis específicas, a saber, la tesis de las fuentes sociales (la cual implica, a su vez, la tesis de la no conexión identificatoria y la tesis de los límites, y que es una cierta especificación de la tesis de la separación entre el derecho y la moral, es decir, del rechazo de *toda clase* de conexión necesaria entre el derecho y la moral) y la tesis de la neutralidad epistémica. De acuerdo con la **tesis de las fuentes sociales**, la existencia y contenido del derecho está determinado por hechos sociales. De acuerdo a esta **tesis de los límites**, cuando los tribunales resuelven cuestiones con respecto a las cuales el derecho es indeterminado, inevitablemente se basan (al menos parcialmente) en consideraciones de tinte extra-jurídico. Así, el derecho es determinado cuando las fuentes jurídicamente obligatorias proporcionan la solución. En cambio, si una cuestión jurídica no está resuelta por estándares derivados de fuentes jurídicamente válidas, el derecho es indeterminado, y se carece de una respuesta jurídica. Según la tesis *de la no conexión identificatoria*, la identificación de lo que el derecho establece sobre una cuestión particular no depende ni exige ningún tipo de evaluación o valoración, moral ni de ninguna otra clase, de modo que nada puede ser identificado como derecho simplemente porque sea evaluado o valorado positivamente y nada puede ser dejado de ser identificado como derecho porque sea evaluado o valorado negativamente. Por último, la **tesis de la neutralidad epistémica** rezaría algo como lo siguiente: la definición del concepto de derecho y de otros conceptos jurídicos tales como derecho subjetivo, obligación, potestad, contrato, matrimonio, etc. han de ser definidos mediante propiedades no evaluativas o valorativas y sin realizar ningún tipo de evaluación o valoración (cf., principalmente, Raz 1979, Hart 1980 y 1994, y Bayón 2002), y sin que sea necesario tampoco para ello que el teórico, en tanto tal, asuma un punto de vista interno con relación al derecho. Ahora bien, la tesis de las fuentes sociales puede ser especificada de más de una manera. Una de ellas es el normativismo convencionalista de corte hartiano. Algunos de sus rasgos centrales son los siguientes: 1) que el derecho es, básicamente, un conjunto de normas cuyo contenido y existen-

to jurídico, esto es, del conocimiento *objetivo* de las calificaciones deónticas de ciertas acciones de acuerdo a lo establecido por las disposiciones que integran un orden jurídico.

Sin embargo, determinar lo que el derecho efectivamente dispone puede no resultar una tarea sencilla. Los juristas, desde larga data, han individualizado al respecto una serie de dificultades, que son usualmente englobadas bajo la noción genérica de *interpretación del derecho*. Estas dificultades son de diversa índole y han conducido a los jurfilósofos a indagar su naturaleza así como a analizar si ellas afectan y, en su caso, de qué manera, la regulación de las conductas por parte del derecho, por un lado, y cuál es su incidencia en el conocimiento jurídico, por el otro.

¿Revisten tales dificultades entidad suficiente como para constituir una causa de indeterminación en la regulación jurídica de las conductas o, por el contrario, sólo son susceptibles de provocar un mayor esfuerzo por parte del intérprete para encontrar la solución que el derecho, de manera más o menos explícita, en realidad provee de modo determinado? Esta cuestión ha dado lugar a respuestas diferentes por parte de los teóricos del derecho, las cuales podrían sintetizarse de manera muy general en las siguientes tres posiciones: a) considerar que tales dificultades son superables en todos los casos; b) que son insalvables en todos los casos; o c) que son superables en ciertos casos e insalvables en otros. Juan José Moreso, empleando la terminología introducida por Hart, ha denominado *noble sueño*, *pesadilla* y *vigilia* a estos tres dife-

cia depende de ciertas prácticas sociales convencionales (i.e., de prácticas complejas de aceptación y obediencia de normas); 2) que éste determina normativamente las conductas humanas, calificándolas deónticamente; 3) que la determinación jurídica de las conductas depende de una reconstrucción sistemática del material normativo, es decir, que el derecho es un sistema de normas; 4) que es posible formular enunciados descriptivos acerca del derecho y, más específicamente, que tales enunciados tienen por función informar cuál es el contenido de las normas que lo integran (cf. Hart 1961). Exceptuando la afirmación de que el contenido y la existencia del derecho dependen de prácticas de aceptación, estos cuatro rasgos también podrían ser considerados receptados por el positivismo kelseniano, al menos en una lectura clásica de su doctrina, así como por el defendido por Alf Ross (cf. especialmente Kelsen 1960 y Ross 1958); ello sin perjuicio de la diferente concepción que poseen Hart, Kelsen y Ross acerca de los sistemas jurídicos, de las normas y de la estructura lógico-semántica de los enunciados jurídicos descriptivos relativos a ellas. En lo que sigue, a los efectos del presente trabajo, adoptaré esta última especificación menos restrictiva de la tesis de las fuentes sociales. Una exposición detallada de todas estas cuestiones, así como una defensa del modelo positivista-normativista convencionalista respecto tanto de otras variantes del positivismo como de corrientes antipositivistas, puede consultarse en Sucar, 2008.

rentes puntos de vista, respectivamente.<sup>2</sup> De acuerdo con la tesis del noble sueño, todos los casos jurídicos, aún los más difíciles y controvertidos, tienen una única solución. Para la tesis denominada pesadilla, todos los casos jurídicos, aún los aparentemente más fáciles, carecen de una única solución. Las soluciones jurídicas no estarían predeterminadas (ni por los textos jurídicos ni por ningún otro factor). Según la tesis de la vigilia, aunque algunas veces no resulta posible determinar una única solución para un caso jurídico –casos difíciles o atípicos–, otra veces ello sí resulta posible –casos fáciles o normales.

Ahora bien, si se admite que el derecho puede resultar indeterminado respecto de la calificación deóntica de las conductas que pretende regular (y no simplemente que es dificultoso identificarlas), ¿no parece razonable pensar que ello afectará también la pretendida objetividad del *conocimiento jurídico*, esto es, que la objetividad de la determinación de las condiciones y el valor de verdad de los enunciados jurídicos quedará comprometida (total o parcialmente según se estime que la indeterminación del derecho es relativa a todos los casos o sólo a ciertos casos)? La respuesta a este interrogante está lejos de ser obvia y su formulación exige un detenido análisis de las diferentes clases de dificultades que se considera pueden afectar la determinación jurídica de las conductas. En el presente trabajo limitaré doblemente el objeto de análisis. Por una parte, sólo tomaré en consideración un único putativo supuesto de indeterminación del derecho: las denominadas *lagunas normativas*. Por otra parte, aunque creo que la existencia de lagunas normativas en un sistema jurídico no afecta la determinación de las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos, es decir, la objetividad del conocimiento jurídico, no abordaré esta cuestión.<sup>3</sup>

De esta manera, el propósito del presente trabajo es defender la posibilidad de la existencia de lagunas normativas en un sistema jurídico, en el marco teórico del juspositivismo. Comenzaré por precisar la noción de laguna normativa, distinguiéndola de otros supuestos de indeterminación (punto 2), para seguidamente indicar las diferentes maneras en que la existencia de lagunas normativas podría intentar ser negada (punto 3). A continuación analizaré críticamente dos importantes argumentos esgrimidos en este sentido por uno de los representan-

<sup>2</sup> Cf. Hart, 1977 y Moreso, 1997: 183-188.

<sup>3</sup> En Sucar, 2008 defiendiendo esta postura.

tes más prominentes del positivismo jurídico: Hans Kelsen. Así, primero abordaré el argumento (también sostenido por otros jusfilósofos) basado en el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido (principio de prohibición), y su impugnación por parte de Alchourrón y Bulygin (punto 4); luego consideraré un argumento que Alchourrón y Bulygin entienden como una variante del primero, es decir, como un argumento basado en el principio de prohibición interpretado a la luz de la noción de permisión débil y que, por mi parte, concibo como un argumento de distinta naturaleza, a saber, como uno sustentado en la postulación de la existencia (necesaria) de una de una regla de clausura en los sistemas jurídicos, lo cual da lugar a una forma novedosa de plantear y de evaluar el problema de la existencia de lagunas normativas (punto 5). Concluiré que en todos los supuestos (y variantes) considerados, los argumentos bajo análisis resultan impotentes para demostrar la imposibilidad de la existencia de lagunas normativas en un sistema jurídico, y que la posibilidad de su existencia es una consecuencia que se sigue de los postulados del positivismo jurídico (punto 6).

## 2. La noción de laguna normativa

Siguiendo una importante tradición, Marmor denomina genéricamente *lagunas jurídicas* a las distintas clases de perplejidad que suele presentar la tarea de determinación jurídica de la conducta, expresando a su respecto:

Típicamente, ellas se dividen entre aquellos casos para los cuales simplemente no existe una pauta [*standard*] que cubra el caso particular que se confronta, y aquellos casos para los cuales existe una pauta [*standard*] putativa que podría aplicarse al caso, pero su prescripción relevante es indeterminada debido a la vaguedad, a la ambigüedad, o a alguna otra forma de falla en la comunicación.<sup>4</sup>

A estas clases de lagunas jurídicas adiciona lo que denomina *indeterminación fáctica* y que caracteriza en estos términos:

<sup>4</sup> Cf. Marmor, 2001b: 142.

El derecho puede prescribir una pauta [*standard*] jurídica cuya existencia depende de ciertos hechos, y puede muy bien ocurrir que aquellos elementos fácticos que tornaría aplicable la norma no puedan discernirse bajo ciertas circunstancias.<sup>5</sup>

Alchourrón y Bulygin, por su parte, distinguen diferentes tipos de lagunas e introducen, además, la noción de contradicción normativa, para dar cuenta del particular tipo de problema que produce la inconsistencia entre normas. A fin de apreciar acabadamente la caracterización de los supuestos de indeterminación normativa ofrecidos por Alchourrón y Bulygin es menester introducir algunas nociones relativas a su concepción de las normas y de los sistemas jurídicos. Ellas son necesarias también para precisar los términos de la discusión que se emprenderá a continuación.

En primer lugar, ha de decirse que Alchourrón y Bulygin parten de la idea de que una de las funciones básicas del derecho consiste en calificar normativamente ciertas acciones, esto es, determinar su permisión, obligación o prohibición. Pero dado que en el derecho la calificación deóntica de las conductas no se realiza incondicionalmente sino que, por el contrario, se la supedita a la ocurrencia de ciertas circunstancias, puede afirmarse que una de las funciones básicas del derecho consiste en correlacionar descripciones de ciertas circunstancias fácticas a ciertas consecuencias normativas. Por esta razón, una de las principales preocupaciones de los juristas consiste en determinar cuál es el *status* deóntico de una acción. Ahora bien, una acción puede realizarse dentro de un conjunto de situaciones o estados de cosas que los autores argentinos denominan *universo de discurso* (en adelante UD). Los estados de cosas que pertenecen al UD son los elementos del UD y todos los elementos del UD comparten cierta propiedad común que es la propiedad definitoria del UD. De esta manera, el UD puede describirse como el conjunto de todos aquellos elementos (estados de cosas) identificados por una determinada propiedad, la cual define el ámbito del problema jurídico a solucionar.<sup>6</sup>

El conjunto de acciones cuya determinación normativa es la que está en cuestión constituye un *universo de acciones* (en adelante UA). Algunas de estas acciones serían básicas, en el sentido de que todas las de-

<sup>5</sup> Cf. Marmor, 2001b: 142, nota 21.

<sup>6</sup> Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 32 y 202.

más son compuestos veritativo-funcionales de ellas. Todo conjunto de acciones básicas constituye el UA. Así delimitado el problema, su ámbito fáctico quedará determinado por aquellas propiedades que el legislador ha tomado como relevantes, es decir, por un *universo de propiedades* (en adelante UP) y por el conjunto de casos posibles en que quedará dividido el universo de discurso si se toma en consideración la presencia o ausencia de esas propiedades, esto es, por un *universo de casos* (en adelante UC). El ámbito normativo del problema estará dado por el conjunto de caracterizaciones normativa de las acciones, vale decir, por un *universo de soluciones* (en adelante US) que el legislador haya correlacionado a los diversos casos.<sup>7</sup>

A fin de evitar ambigüedades, Alchourrón y Bulygin distinguen entre casos genéricos y casos individuales. Llamam *caso genérico* a cada una de las propiedades del UP que divide los elementos del UD en la clase de aquellos en que la propiedad está presente y en las que no lo está, pues toda propiedad (y todo compuesto veritativo-funcional que no sea ni tautológico ni contradictorio) del UP define un caso (posible). Es de destacar que los autores también llaman *caso genérico* a todo subconjunto definido por esta propiedad. Los casos genéricos pueden ser *elementales* o *complejos*. Como toda propiedad de un UP y todo compuesto veritativo-funcional de tales propiedades –siempre que éste no sea tautológico ni contradictorio– define un caso posible, la propiedad que lo define puede ser simple o compleja. Cuando la propiedad definitoria es una conjunción que contiene todas las propiedades del UP o sus negaciones (pero no ambas), el caso definido por esa propiedad es denominado elemental. Los casos no elementales, por su parte, son denominados complejos. El conjunto de todos los casos elementales conforma el universo de casos. Si  $n$  es el número de las propiedades del UP, entonces  $2^n$  es el número de los casos elementales, es decir, de los casos del correspondiente universo de casos. Los casos elementales son simples, en el sentido de que no pueden subdividirse en otros casos, mientras que todos los casos complejos son analizables en términos de casos elementales. Todo caso complejo equivale a la disyunción de dos o más casos elementales. Alchourrón y Bulygin denominan, en cambio, *caso individual* a los elementos del UD, esto es, los estados de cosas que se producen en una ocasión (pudiendo, por lo tanto, ser localiza-

<sup>7</sup> Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971, 29-49 y Rodríguez, 2002, 39-40.

dos espacio-temporalmente) y que poseen la propiedad definitoria del UD. Similares consideraciones pueden hacerse con relación a las acciones, de manera tal que se distinga entre acciones genéricas y acciones individuales.<sup>8</sup> En concordancia con estas ideas, los autores llaman *normas* a todo enunciado que correlaciona un caso genérico con soluciones normativas (acciones genéricas deónticamente calificadas).<sup>9</sup>

En segundo lugar, Alchourrón y Bulygin toman como base para la definición de sistema jurídico a la definición de Alfred Tarski de sistema deductivo. Para Tarski, un sistema deductivo es un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas.<sup>10</sup> Sobre esa base, los profesores argentinos caracterizan a los *sistemas jurídicos* como sistemas deductivos entre cuyas consecuencias existe al menos una norma y en donde el contenido de *alguna* norma consiste en un acto coactivo –sanción.<sup>11</sup>

Simplificando un poco las definiciones ofrecidas por Alchourrón y Bulygin, puede decirse que existe una *laguna normativa* cuando a un caso genérico establecido por el derecho no se le ha correlacionado solución normativa alguna. Existe una contradicción normativa, por el contrario, cuando a un caso genérico se le ha correlacionado más de una solución normativa incompatible.<sup>12</sup> Una *laguna axiológica* se produciría, en cambio, cuando pese a la existencia en un sistema jurídico de una solución para cierto caso genérico, tal solución es considerada axiológicamente inadecuada, pues se interpreta que el legislador al configurar el caso genérico no ha tomado como relevante cierta distinción que el intérprete entiende debería haber sido tomada en cuenta.<sup>13</sup> Las *lagunas de conocimiento* se darían cuando no se sabe si un cierto caso individual pertenece o no a una determinada clase de casos genéricos por falta de conocimiento de las propiedades de hecho, *i.e.*, empíricas, del caso individual en cuestión. Existiría una *laguna de reconocimiento*, en cambio, cuando no se sabe si un cierto caso individual pertenece

<sup>8</sup> Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 57-60 y 34-35.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 37.

<sup>10</sup> Cf. Tarski, 1956: capítulo V, "Fundamental Concepts of the Methodology of the Deductive Sciences", 69-70.

<sup>11</sup> Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 92-96.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 101.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 101 y capítulo VI.

a un caso genérico como consecuencia de la indeterminación semántica (vaguedad) de los conceptos que caracterizan el caso genérico.<sup>14</sup>

Adviértase que lo que Marmor denomina *laguna fáctica* concuerda aproximadamente con lo que Alchourrón y Bulygin entienden por laguna de conocimiento y que lo que Marmor entiende por el tipo de laguna que distingue en primer lugar (*casos para los cuales simplemente no existe una pauta que cubra el caso particular que se confronta*), podría concordar aproximadamente con los supuestos de laguna normativa.<sup>15</sup> Por último, lo que Marmor entiende por el tipo de laguna que distingue en segundo lugar (*casos para los cuales existe una pauta putativa que podría aplicarse al caso, pero su prescripción relevante es indeterminada debido a la vaguedad, a la ambigüedad, o a alguna otra forma de falla en la comunicación*) podría decirse que coincide aproximadamente con lo que Alchourrón y Bulygin denominan lagunas de reconocimiento.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> *Ibid.*, 63.

<sup>15</sup> En realidad, la inexistencia de una norma que se considera debería existir para contemplar una cierta situación, no es concebida por Alchourrón y Bulygin como un caso de laguna normativa, sino como un mero caso de inadecuación axiológica (cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 157-160). Dada la generalidad de su formulación, el supuesto destacado por Marmor podría ser también identificado con esta noción más amplia, sea como fuere que se la denomine.

<sup>16</sup> Circunscribir ésta última clase de lagunas a problemas producidos por la vaguedad, con la consiguiente exclusión de los problemas producidos por el fenómeno de la ambigüedad lingüística y de otras fallas en la comunicación, resulta particularmente importante si se tiene en cuenta la distinción entre aquellos problemas que deben enfrentarse al intentar determinar el significado de los textos formulados por el legislador (*i.e.*, al interpretar las formulaciones normativas) y aquellos problemas que surgen una vez que tales textos ya han sido interpretados. Mientras que la ambigüedad es relativa únicamente al primer tipo de problemas, la vaguedad es relativa sólo al segundo de ellos. En efecto, antes de haber especificado o atribuido un cierto significado a los textos que forman parte del material reconocido como jurídicamente relevante no es posible considerar si en un sistema jurídico existe o no una laguna normativa (o una contradicción normativa, o una laguna axiológica, de reconocimiento, o de conocimiento). Todos estos supuestos se hallan estructurados sobre la base de los casos y de las soluciones que establecen (o, por defecto, no establecen) las normas jurídicas; y la determinación de cuáles son los casos y las soluciones previstas en un sistema jurídico presupone la interpretación de las expresiones lingüísticas en que se encuentran formulados los textos jurídicos. Ésta última tarea no está, tampoco, exenta de importantes dificultades, pues la determinación del significado de un texto puede verse afectada por ciertos problemas de índole semántica, sintáctica o pragmática, de manera tal que ellos conduzcan a más de un resultado, esto es, a diferentes *normas*. Para dar cuenta de esta clase de situación en la cual es posible, como resultado de la interpretación, atribuir más de un significado a un mismo texto jurídico, es usual distinguir, entre *norma* y *formulación normativa* (cf., por ejemplo, von Wright 1963). Una formulación normativa sería una expresión lingüística o conjunto de expresiones lingüísticas derivada de algunas de las fuentes de producción jurídica, la cual es considerada con prescindencia de su significado. De acuerdo con la distinción

Entiendo que la clasificación de los autores argentinos aventaja a la ofrecida por Marmor en varios aspectos. Desde un punto de vista conceptual, ella presenta el mérito de definir con mayor precisión lo que en la caracterización de Marmor resulta difuso. En esta última no es posible distinguir entre aquellos supuestos que Alchourrón y Bulygin individualizan mediante las nociones de laguna normativa y de laguna axiológica.<sup>17</sup> Por lo demás, resulta más claro acompañar con un calificativo específico cada uno de los diferentes conceptos de laguna que hablar, como hace Marmor, genéricamente de “lagunas” en todos los casos de indeterminación.

De conformidad con la nociones introducidas, entonces, las *lagunas normativas* podrían ser definidas de manera más precisa del siguiente modo: un caso  $C_i$  de un universo de casos  $C_j$  es una laguna normativa del sistema  $\alpha$  con relación a un universo de soluciones  $s_i$ , y sólo si,  $\alpha$  no correlaciona  $C_i$  con ninguna solución de ese universo de soluciones; o, mejor aún, como un caso no correlacionado con ninguna solución *maximal*. Soluciones maximales son aquellas que califican deónticamente tanto la realización como la abstención de una cierta conducta  $p$  ( $Fp$ ,  $Op$  y  $Php$ ),<sup>18</sup> mientras que las soluciones minimales sólo califican deónticamente o bien la realización o bien la abstención de una cierta conducta  $p$  ( $Pp$ ,  $P\sim p$  y  $\sim Fp$ ).<sup>19</sup>

trazada, las formulaciones normativas expresan normas, de modo que sólo corresponde hablar de “normas” como resultado de la operación interpretativa que consiste en especificar o atribuir significado a las expresiones lingüísticas componentes. Podría decirse, entonces, que una norma es la correlación de un significado a una formulación normativa y que dos formulaciones normativas correlacionadas a un mismo significado expresan dos normas diferentes aunque sinónimas. Es dable advertir, además, que en el caso de las normas consuetudinarias, antes de que su contenido pueda ser formulado en un texto habrá de interpretarse la regularidad de la conducta de los agentes, tarea que en sí misma también puede ofrecer dificultades de determinación. Pero, en cualquier caso, si tales regularidades constituyen reglas sociales, deberá ser posible formular su contenido en un lenguaje. Ahora bien, el texto que quepa extraer como formulación de la regla en cuestión podrá, a su vez, presentar dificultades de interpretación lingüística.

<sup>17</sup> Ella permite, además, dar cuenta de la noción de contradicción normativa que no aparece en el esquema de Marmor.

<sup>18</sup> Repárese que  $Fp = Pp \wedge P\sim p$ ;  $Op = Pp \wedge \sim P\sim p$ ; y que  $PHp = \sim Pp \wedge P\sim p$ .

<sup>19</sup> Repárese que  $Pp = Pp \vee P\sim p$ ;  $P\sim p = \sim Pp \vee P\sim p$ ; y que  $\sim Fp = \sim Pp \vee \sim P\sim p$ . Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 45-49 y Rodríguez, 2002: 65.

### 3. La negación de la existencia de lagunas normativas

Quienes adhieren a una posición *determinista* en este dominio niegan que puedan existir tales clases de lagunas. En este sentido, puede sostenerse que para todo caso genérico contemplado en un sistema normativo existe una solución normativa correspondiente. Tal tesis afirma que todo sistema jurídico es *completo*. Es importante destacar que para la definición de sistema completo no se toma en cuenta meramente la completitud respecto de un cierto universo de casos y un cierto universo de soluciones, sino la completitud respecto del universo de casos y del universo de soluciones definidos a partir de las tesis de relevancia del sistema.

A fin de comprender acabadamente lo antedicho ha de especificarse la noción de tesis de relevancia y su diferencia con la noción de hipótesis de relevancia. Para Alchourrón y Bulygin la *tesis de relevancia* de un sistema normativo  $\alpha$  para un universo de acciones  $UA_i$  es el enunciado que identifica el conjunto de las propiedades relevantes con relación a  $\alpha$  y  $UA_i$ . La *hipótesis de relevancia* para un universo de acciones  $UA_i$ , en cambio, es el enunciado que identifica el conjunto de propiedades que deben ser relevantes para  $UA_i$  de acuerdo a un cierto criterio axiológico. En suma, la tesis de relevancia es un criterio para la selección del universo de propiedades y, por consiguiente, del universo de casos, que permite determinar las propiedades formales de un sistema normativo, como la completitud o la coherencia. La hipótesis de relevancia, en cambio, es un criterio de adecuación axiológica para los sistemas normativos, pues ella determina el conjunto de las propiedades que deben ser relevantes para un universo de acciones. El problema de determinar si una propiedad debe o no ser relevante para un universo de acciones determinado es, por lo tanto, un problema axiológico y supone un criterio valorativo, mientras que el problema de identificar las propiedades que forman parte de la tesis de relevancia de un sistema no lo es.<sup>20</sup>

Es a partir de la noción de sistema completo que Alchourrón y Bulygin afirman que la completitud de un sistema es un ideal racional y es sobre su base que definen la noción de laguna normativa. Se trata de un ideal en el siguiente sentido: si el derecho califica deónticamente

<sup>20</sup> Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 154.

una cierta acción A (solución normativa) ante la ocurrencia de una cierta circunstancia descrita genéricamente (caso genérico), ello implica que se ha atribuido relevancia normativa a  $n$  propiedades (que definen el caso genérico). Dado que ellas definen  $2^n$  casos posibles, según estén presentes o no dichas propiedades, resultaría racionalmente exigible que se califique esa acción para cada uno de los  $2^n$  casos posibles determinados por tales propiedades.<sup>21</sup>

No obstante, cabe considerar otra manera de negar la existencia de lagunas normativas: sostener la tesis según la cual todo caso y toda solución normativa *posibles* están necesariamente contemplados en todo sistema normativo o, dicho de otro modo, que todo sistema normativo es necesariamente completo con relación a cualquier universo de casos y a cualquier universo de soluciones. Dicha tesis afirma que todo sistema normativo es *cerrado*. La tesis de que los sistemas normativos son cerrados implica la tesis de que los sistemas normativos son completos, pero la inversa no vale, esto es, la completitud de los sistemas normativos no implica que ellos sean cerrados. Vale decir, si se afirma que todo caso y toda solución normativa posibles están necesariamente contemplados en todo sistema normativo (*i.e.*, que el sistema normativo es cerrado), entonces los casos contemplados en cualquier sistema determinado poseen una solución (*i.e.*, el sistema es completo). Pero la afirmación de que en todo sistema normativo los casos contemplados poseen una solución correspondiente no implica que todo caso y toda solución posibles estén necesariamente contemplados en todo sistema normativo.

Se han ensayado diferentes argumentos para defender una y otra tesis. La idea de Dworkin de que el derecho está conformado no sólo por reglas sino también por otro tipo de *standards* jurídicos susceptibles de proveer siempre una respuesta correcta, como por ejemplo principios político-morales, puede ser interpretada –dada la amplitud de su formulación– como destinada a mostrar ya sea que los sistemas jurídicos son completos, ya sea que los sistemas jurídicos son cerrados. Siguiendo el plan trazado, no consideraré este tipo de argumentos.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> *Ibid.*, 149-157 y 225-241.

<sup>22</sup> Cabe precisar que un planteo como el mencionado parece presuponer entre otras cosas que la moral (que forma parte del derecho) es un sistema completo o cerrado de normas, concepción que puede ser cuestionada. Por lo demás, creo que hay buenos argumentos para no aceptar la

Otra manera de defender la tesis de que los sistemas normativos y, por ende, los sistemas jurídicos, son cerrados, es aquella que se vincula con el denominado *principio de prohibición*. Ella ha sido sostenida, entre otros autores, por Hans Kelsen. El rechazo de la existencia de lagunas en el derecho por parte de Kelsen representa una excepción notoria a las posiciones asumidas por la gran mayoría de los autores sumados a las filas del positivismo jurídico. Amén del interés que reviste la particularidad de la posición de Kelsen para la evaluación de cuál es la postura que debe asumir al respecto el juspositivismo, el análisis de su obra presenta la ventaja adicional de permitir considerar dos argumentos diferentes para rechazar la existencia de lagunas en el derecho. En efecto, en lo que se refiere al problema de las lagunas, como lo señalan Alchourrón y Bulygin, cabe distinguir dos etapas en el pensamiento de Kelsen.<sup>23</sup> La primera abarcaría el período que va desde la edición original de la *Teoría pura del derecho*,<sup>24</sup> hasta la versión francesa posterior de dicha obra,<sup>25</sup> pasando por la *Teoría general del derecho y del Estado*.<sup>26</sup> La segunda estaría representada por la última edición de la *Teoría pura del derecho*.<sup>27</sup> En lo que sigue me ocuparé sucesivamente de analizar cada una de tales posturas.

#### **4. La primera doctrina de Kelsen en pos de la inexistencia de lagunas normativas**

A fin de evaluar los argumentos dirigidos en contra de la existencia de lagunas normativas en el derecho, resulta de la mayor importancia observar que el concepto de laguna normativa, tal como ha sido definido por Alchourrón y Bulygin, es un concepto relacional, de manera que una laguna normativa es una propiedad de un sistema normativo con relación a un conjunto de casos (UC) y de soluciones normativas maximales (US<sub>max</sub>). Ello trae como consecuencia que la pregunta por la existencia de lagunas normativas sea un problema *empírico* que sólo

doctrina de Dworkin en cuanto a que la moral (crítica o ideal) forma parte del derecho. He defendido esta postura en Sucar, 2008.

<sup>23</sup> Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 184-188.

<sup>24</sup> Cf. Kelsen, 1934.

<sup>25</sup> Cf. Kelsen, 1953.

<sup>26</sup> Cf. Kelsen, 1945.

<sup>27</sup> Cf. Kelsen, 1960.

puede ser resuelto con relación a un UC y un US determinados. Sin embargo, el problema de la existencia de las lagunas normativas puede ser –y de hecho ha sido– planteado en un nivel puramente conceptual. Así, por ejemplo, si se lograra probar por medios puramente conceptuales que los sistemas normativos (y, por ende, los sistemas jurídicos) son necesariamente completos respecto de todo UC y US, el problema de la existencia de las lagunas normativas quedaría resuelto en forma negativa para ese tipo de sistemas. Un sistema normativo es *cerrado*, como se ha dicho, si es tal que en él toda acción es deónticamente determinada en todo caso posible. Los sistemas que no son cerrados son denominados *abiertos*. Un sistema abierto podría ser completo, pero su completitud sería esencialmente dependiente de la elección del UC y del US. Los argumentos que giran en torno al principio de prohibición pueden ser interpretados como destinados a demostrar que los sistemas normativos son cerrados. Esta es la estrategia seguida por Kelsen en su primera etapa para rechazar la existencia de lagunas normativas en el derecho. Dicho principio podría formularse de la siguiente manera: *todo lo que no está prohibido está permitido* (o equivalentemente, *todo está prohibido o permitido*).<sup>28</sup>

El argumento es presentado por Alchourrón y Bulygin como sigue:

Si el principio de prohibición fuera una verdad necesaria, todo acto (estado de cosas) estaría normado (como permitido o como prohibido) y todo sistema sería, por consiguiente, cerrado (carente de lagunas). Ahora bien, si “permitido” y “prohibido” son interdefinibles, es decir, si “permitido” significa lo mismo que “no prohibido” y “prohibido” significa “no permitido”, entonces, el principio de prohibición expresa una verdad necesaria, ya que es analítico. Resulta, por lo tanto, que si se acepta que los caracteres deónticos permitido y prohibido son interdefinibles con la ayuda de la negación, es decir, son conceptos contradictorios, todo sistema normativo será trivialmente cerrado, pues todas las conductas son deónticamente caracterizadas por todo sistema normativo.<sup>29</sup>

Von Wright no consideró satisfactorio este resultado, ya que en algún sentido es obvio que pueden existir sistemas normativos incompletos (con lagunas). Para evitar un resultado como éste es que rechazó,

<sup>28</sup> Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 169-172.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 172.

en *Norma y acción*,<sup>30</sup> la interdefinibilidad entre “permitido” y “prohibido”, considerando a la permisión como un carácter deóntico autónomo. No obstante, también parece claro que, al menos en algún sentido, “permitido” significa lo mismo que “no prohibido” y, por eso, en la obra de Von Wright se advierte una vacilación respecto de esta cuestión. Así, en *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*,<sup>31</sup> aceptó nuevamente la interdefinibilidad entre “permitido” y “prohibido”, pero distinguiendo seis distintos conceptos de prohibido (obligatorio), con lo cual sería posible la existencia de sistemas abiertos, siempre que los conceptos de permitido y prohibido que figuran en el principio de prohibición no sean “correspondientes”, ya que los conceptos “no correspondientes” no son interdefinibles.<sup>32</sup>

A juicio de los autores argentinos, las dificultades de Von Wright han de buscarse en su aceptación de la tesis de que la interdefinibilidad entre “permitido” y “prohibido” implica que todos los sistemas normativos son necesariamente cerrados. Estas dos proposiciones, no obstante, serían independientes, por lo que resultaría posible aceptar la interdefinibilidad entre ambos conceptos y rechazar la necesaria clausura de los sistemas. Alchourrón y Bulygin se proponen mostrar que detrás del principio de prohibición se esconde una engañosa ambigüedad y que dicho principio o bien es analíticamente verdadero, pero entonces no clausura el sistema (no excluye la posibilidad de lagunas normativas), o bien presupone lo que se debería probar, a saber, que todos los sistemas normativos son cerrados. A tal fin, realizan una serie de distinciones. En primer lugar, distinguen entre *normas* y *proposiciones normativas*. Mientras que las normas son enunciados *prescriptivos* que se usarían para ordenar, prohibir o permitir conductas humanas, las proposiciones normativas serían enunciados *descriptivos* que se usarían para informar *acerca de* las normas o *acerca de* las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas en las normas. De acuerdo con la interdefinibilidad de los caracteres normativos (permitido, prohibido, obligatorio), la *normas* “Permitido p”, “No prohibido p” y “No obligatorio no p”, serían lógicamente equivalentes y significarían lo mismo. También serían lógicamente equivalentes las normas “Prohibido p”, “No permitido p” y “Obligatorio no p”. Muy distinta sería la situación,

<sup>30</sup> Cf. Von Wright, 1963.

<sup>31</sup> Cf. Von Wright, 1968.

<sup>32</sup> Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 172.

en cambio, respecto de las proposiciones normativas. Así, decir que  $p$  está prohibido en el sistema  $\alpha$  es afirmar que la norma que prohíbe  $p$  forma parte (es consecuencia, se infiere) del sistema  $\alpha$ . Por lo tanto, el enunciado metasistemático “ $p$  está prohibido en  $\alpha$ ” es verdadero si, y sólo si, entre las consecuencias de  $\alpha$  se halla una norma que prohíbe  $p$ . Y esta norma puede tanto expresarse mediante el enunciado “Prohibido  $p$ ” como mediante el enunciado “No permitido  $p$ ”. Como expresiones de normas, estos dos enunciados dirían lo mismo. Cuando del sistema se infiere la norma que permite  $p$ , se dice que  $p$  está permitido en  $\alpha$ . La norma que permite  $p$  puede expresarse de distintas maneras: “Permitido  $p$ ”, “No prohibido  $p$ ”, etc. También estos enunciados, como expresiones de normas, serían sinónimos.<sup>33</sup>

Estas consideraciones permitirían, en segundo lugar, introducir las nociones de *permisión fuerte* y *prohibición fuerte*. Habría una *permisión fuerte* o *prohibición fuerte* cuando a las consecuencias del sistema  $\alpha$  pertenece una norma que permite o prohíbe, respectivamente,  $p$ . Estas nociones son relativas a las proposiciones normativas que afirman que una conducta posee un determinado *status* normativo según que una norma la permita o la prohíba. Ahora bien, mientras que permitido y prohibido, como caracteres de las normas, serían dos conceptos contradictorios, la *permisión fuerte* y la *prohibición fuerte* no serían contradictorias, pues cabría una tercera posibilidad, a saber, que del sistema no se pueda inferir ni la *permisión fuerte* ni la *prohibición fuerte* de la conducta  $p$ . Ello es lo que ocurriría justamente cuando entre las consecuencias del sistema no figura ninguna norma que permita  $p$  y tampoco ninguna que prohíba  $p$ . Los enunciados “de  $\alpha$  se infiere una norma que permite  $p$ ” y “de  $\alpha$  se infiere una norma que no permite (= prohíbe)  $p$ ”, no sólo no son contradictorios, sino que ni siquiera son contrarios: no sólo pueden ser los dos falsos, sino que también pueden ser ambos verdaderos. En este último caso  $p$ , estará simultáneamente permitido y prohibido en el sistema  $\alpha$ , de modo que el sistema en cuestión sería incoherente. Pero el hecho de que un sistema contenga normas contradictorias no implica que también lo sean las proposiciones normativas que describen este sistema<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 172-174.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 174-175.

En tercer lugar, Alchourrón y Bulygin señalan que las proposiciones normativas admiten dos tipos de negación. En efecto, como el enunciado metasistemático “la norma que permite  $p$  es consecuencia de  $\alpha$ ” es verdadero si, y sólo si, entre las consecuencias de  $\alpha$  hay una norma que permite  $p$ , su negación puede ser entendida de dos maneras distintas. Decir que una acción no está permitida en un cierto sistema normativo puede significar o bien que no existe en tal sistema una norma que permita la acción en cuestión, donde la negación opera sobre todo en el enunciado metalingüístico (*negación externa*), o bien que una norma no permite tal acción en el sistema considerado, en cuyo caso la negación opera sobre la norma mencionada en el enunciado metalingüístico (*negación interna*). Es fácil ver que una proposición normativa es incompatible (contradictoria) con su negación externa, pero no lo es con su negación interna. Así, “la norma que permite  $p$  es consecuencia de  $\alpha$ ” es incompatible con “la norma que permite  $p$  no es una consecuencia de  $\alpha$ ”, pero no con “la norma que no permite  $p$  es una consecuencia de  $\alpha$ ”. Los autores hacen notar, asimismo, que la negación interna de una prohibición fuerte es una permisión fuerte: decir que la norma que no prohíbe (= permite)  $p$  es una consecuencia de  $\alpha$ , es lo mismo que decir que  $p$  es permitido por  $\alpha$  en sentido fuerte. Por el contrario, la negación externa de un enunciado que afirma la prohibición fuerte de  $p$  no significa que  $p$  es permitido en el sentido fuerte. Todo lo que este enunciado dice es que una cierta norma (la prohibición de  $p$ ) no se infiere del sistema, pero este enunciado deja abierta la cuestión de saber si entre las consecuencias de  $\alpha$  existe alguna otra norma que se refiera a  $p$  o si no hay ninguna norma de tales características. Así,  $p$  podría tanto estar permitido en sentido fuerte (si existe en  $\alpha$  una norma que permita  $p$ ) como permitido solamente en sentido débil (si no hay ninguna norma en  $\alpha$  que permita  $p$ ). Resulta muy frecuente calificar como “permitida” una conducta por el solo hecho de que ella no está prohibida en un sistema normativo. Pero en este contexto la expresión “permitido” posee un significado muy diferente al de la permisión en sentido fuerte. Para caracterizarlo, Alchourrón y Bulygin introducen la denominación *permisión débil*, aclarando que ella es (al igual que la permisión fuerte) una noción relativa a las proposiciones normativas y no a las normas. La diferencia entre ambas nociones radicaría en que mientras la permisión fuerte expresa un hecho positivo (la existencia

de una norma permisiva), la permisión débil sólo alude a un hecho negativo (la inexistencia de una norma prohibitiva).<sup>35</sup>

Sobre la base de la distinciones expuestas, los autores argentinos emprenden la tarea de analizar el principio de prohibición, que caracterizan como una proposición metasistemática y definen como sigue: “Para todo sistema  $\alpha$ , para toda conducta  $p$  y para todo caso  $q$ , vale que si  $p$  no está prohibido en  $q$  en  $\alpha$ , entonces  $p$  está permitido en el caso  $q$  en  $\alpha$ ”. Al tratarse de una proposición metasistemática, los operadores “prohibido” y “permitido” no pueden ser entendidos en sentido prescriptivo o normativo sino en sentido descriptivo, esto es, relativo a las proposiciones normativas. Si además se excluye la noción de prohibición débil como poco usual, la expresión “prohibido” que aparece en el principio sólo podría significar la prohibición fuerte. El término “permitido”, en cambio, sería ambiguo, pues podría referirse tanto a la permisión débil como a la permisión fuerte. Según se asigne una u otra interpretación a la expresión “permitido”, Alchourrón y Bulygin distinguen dos interpretaciones del principio de prohibición que denominan, respectivamente, *versión débil* y *versión fuerte*.

En la versión débil, el principio de prohibición sería un enunciado necesariamente verdadero por ser analítico. En efecto, en esta versión el principio diría que si de  $\alpha$  no se infiere la prohibición de  $p$  en el caso  $q$ , entonces de  $\alpha$  no se infiere la prohibición de  $p$  en el caso  $q$ , lo que no sería más que un caso particular del principio de identidad. Dadas las definiciones precedentemente expuestas, el principio diría entonces que “lo que no está prohibido (en sentido fuerte) está permitido en sentido débil” que es lo mismo que decir que “si no existe una norma en  $\alpha$  que prohíba  $p$  entonces  $p$  está débilmente permitido (= no hay una norma en  $\alpha$  que prohíba  $p$ )”. En esta interpretación, el principio constituiría una verdad necesaria, pero en modo alguno excluiría la posibilidad de que el sistema sea incompleto, esto es, el principio no clausuraría el sistema y sería compatible con la existencia de lagunas normativas, *i.e.*, que el caso  $q$  no esté correlacionado con *ninguna* solución. En esta formulación del principio,  $q$  no estaría correlacionado con la solución “prohibido  $p$ ” (en sentido fuerte), por lo que  $p$  no estaría prohibido o, lo que es lo mismo, estaría permitido en sentido débil (no hay una norma que lo prohíba). Esto demostraría que la permisión débil no sólo es

<sup>35</sup> *Ibid.*, 175-177.

compatible con la existencia de lagunas normativas, sino que la existencia de una laguna implicaría la permisión débil.<sup>36</sup>

En su versión fuerte, el principio diría “todo lo que no está prohibido en sentido fuerte está permitido en sentido fuerte”. Su versión extendida sería la siguiente: “Para todo sistema  $\alpha$ , para toda conducta  $p$  y para todo caso  $q$ , vale que si de  $\alpha$  no se infiere la prohibición de  $p$  en  $q$ , entonces de  $\alpha$  se infiere la permisión de  $p$  en  $q$ ”. En esta interpretación, el principio no sería necesario ni verdadero, a menos que todos los sistemas normativos sean cerrados, es decir, completos respecto de cualquier UC y cualquier US. En efecto, del sólo hecho de que una cierta norma (que prohíbe  $p$ ) no pertenezca al sistema no se podría inferir que otra norma distinta (la que permite  $p$ ) forme parte del mismo, a menos que el sistema contenga una regla de clausura, es decir, una regla que autorice a efectuar esa inferencia. Si el principio de prohibición *presupone*, para resultar verdadero, que todos los sistemas normativos son cerrados, entonces no se lo puede esgrimir –so pena de caer en un círculo vicioso– como prueba de la clausura necesaria de todos los sistemas.<sup>37</sup>

La primera doctrina de Kelsen, como he adelantado, coincide con el argumento general que venimos de considerar y puede, por lo tanto, ser rechazada sobre la base de las objeciones que vienen de considerarse.<sup>38</sup> En lo que sigue, por lo tanto, pasaré a analizar su segunda doctrina.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 178-179.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 179.

<sup>38</sup> Joseph Raz, coherentemente con la aceptación de la tesis de las fuentes, acepta la posibilidad de la existencia de indeterminación jurídica como consecuencia de la vaguedad y de conflictos normativos (i.e., cuando el derecho habla con “voz incierta” o con “demasiadas voces”, respectivamente). No obstante, rechaza la existencia de lagunas. Su argumento, básicamente, es que, concebidas las normas como razones para la acción, cuando no existe una razón jurídica concluyente para una determinada acción, se sigue que su omisión está concluyentemente permitida, pues operarían en el derecho reglas de clausura que pueden fundarse en premisas analíticas. Su argumento recurre, por lo tanto, también al principio de prohibición, entendido como principio lógico. Cf. Raz, 1979: capítulo IV: “Razones jurídicas, fuentes del derecho y lagunas”. Aunque Raz, al igual que Kelsen, no habla de “lagunas normativas”, de sus consideraciones surge que puede estar pensando en supuestos como los comprendidos por Alchourrón y Bulygin bajo esa denominación (i.e., un caso genérico al cual el orden jurídico no le ha correlacionado una solución normativa) y también en aquellos supuestos en que el orden jurídico no contempla el caso genérico ni tampoco, por ende, su solución. Para referirse a las lagunas, Raz habla genéricamente de aquellos supuestos en que –se supone– el derecho no regula una cierta acción o “guarda silencio”. Como han mostrado Moreso, Navarro y Redondo, las tesis de Raz admiten diversas interpretaciones, ninguna de las cuales permite extraer las conclusiones por él pretendidas (cf. al respecto Moreso-Navarro-Redondo, 2001 y 2002b). Por su parte Bulygin ha demos-

### 5. La segunda doctrina de Kelsen en pos de la inexistencia de lagunas normativas

En la última edición de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen expresa:

el orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aun en el caso en que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto le imponga la obligación de una conducta que, según afirma el demandante privado o el acusador público, no habrían cumplido. Ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en este sentido, le está permitida. Este caso, con todo, es interpretado por la jurisprudencia tradicional –en determinadas circunstancias– como ‘laguna’ en el orden jurídico. [...] Según la misma, el derecho válido no es aplicable en un caso concreto, cuando ninguna norma jurídica general se refiere a ese caso. De ahí que el tribunal tenga, para resolver el caso, que colmar la laguna mediante la producción de la norma jurídica correspondiente. [...] esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignoran-

trado que la argumentación de Raz descansa en una apelación encubierta al principio de que lo que no está prohibido está permitido y en una falta de atención a la distinción entre normas y proposiciones normativas. Cf. Bulygin, 2002. Dworkin también ha recurrido a una forma de argumento que implica acudir al principio de prohibición para negar la existencia de lagunas normativas, el cual según entiendo puede ser rechazado, básicamente, por los mismos argumentos desarrollados por Alchourrón y Bulygin ya examinados (cf. Dworkin, 1985b, especialmente, punto III.2: 492-500). Dicho artículo es una versión revisada de su trabajo de similar título de 1977 (Cf. Dworkin, 1977d). Aunque en el texto no se habla de “lagunas normativas”, la naturaleza de los problemas y de los argumentos involucrados en el artículo de Dworkin nos conduce a pensar que tiene en mente aquellas situaciones que Alchourrón y Bulygin comprenden bajo la noción de laguna normativa. Dworkin se refiere genéricamente al problema de si existe una “respuesta correcta” a cualquier cuestión jurídica, lo cual para el positivismo dependería de la existencia de una norma que regule la cuestión jurídica en consideración. No obstante, al igual que Kelsen y Raz, no parece diferenciar entre la ausencia completa de una norma positiva que regule una cierta conducta y la ausencia de solución normativa para un caso genérico que el orden jurídico prevé (laguna normativa). Para una refutación directa de los argumentos de Dworkin en pos de la tesis de la negación de la existencia de lagunas normativas en el derecho véase Rodríguez, 2003. Por otra parte, ciertos autores como Brian Bix consideran que las lagunas no surgen del derecho, sino de una inadecuada interpretación de los materiales jurídicos. Cf. Bix, 1993: 25-28. Aunque una adecuada interpretación del material normativo permite a veces obtener como resultado un conjunto de normas coherente y completo, ello no siempre es el caso. En particular, nada asegura que una interpretación de los textos permita siempre identificar en el material jurídico soluciones normativas para los casos contemplados por el legislador, a menos que se recurra a interpretaciones forzadas o se apele a *standards* no jurídicos.

cia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación del derecho [...] un orden jurídico siempre es aplicable y efectivamente es aplicado cuando el tribunal tiene que rechazar la demanda fundándose en que el orden jurídico no contiene ninguna norma general que imponga al demandado la obligación pretendida por el demandante.<sup>39</sup>

De la cita se desprende que Kelsen admite la “permisión débil”, con lo que –según viene de verse– el principio de prohibición se vuelve inocuo y no excluye en modo alguno la existencia de lagunas normativas. A juicio de Alchourrón y Bulygin, la admisión de la permisión débil por parte de Kelsen implica una admisión implícita de la posibilidad de lagunas normativas. Sin embargo, como apuntan los autores, Kelsen se esfuerza por mantener su tesis originaria de que no existen lagunas en el derecho. Para hacerlo, recurriría a la estratagema de modificar subrepticamente la definición de “laguna”. En su primera doctrina, el término “laguna” se definía como la imposibilidad de aplicar el derecho válido a un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida, por lo que el esfuerzo de Kelsen debía estar dirigido a mostrar que en todos los casos existe una norma jurídica aplicable: en los casos en que no existe una norma particular referente al caso en cuestión, era aplicable la norma negativa, que excluía la posibilidad de lagunas. En su segunda doctrina, en cambio, por “laguna” ya no se entendería, como en la primera, el caso en que no hay ninguna norma aplicable, sino el caso en que es lógicamente imposible aplicar la totalidad del orden jurídico. Para Kelsen, el orden jurídico sería siempre aplicable, por lo que toda conducta que no esté regulada como prohibida, está, *ipso facto*, permitida. Alchourrón y Bulygin concluyen que en la primera etapa Kelsen sostuvo la versión fuerte del principio de prohibición, mientras que en la segunda adhirió a su versión débil.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Cf. Kelsen, 1960: 254-256.

<sup>40</sup> Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 186-187.

Aunque Kelsen es poco claro en este punto, creo que su segunda doctrina puede ser interpretada de una manera diferente a la propuesta por Alchourrón y Bulygin. La idea de Kelsen parece ser que aun cuando no existe una norma jurídica general que contemple la situación planteada al órgano jurisdiccional respecto de un sujeto, el orden jurídico, de manera general, resolvería esta situación mediante el expediente de ordenar al juez que en tales circunstancias rechace las pretensiones formuladas. A fin de precisar el alcance de la posición de Kelsen, entenderé que la expresión “inexistencia de una norma general” comprende dos situaciones diferentes, a saber: a) la inexistencia tanto del caso genérico como de la solución normativa correspondiente; y b) la existencia de un caso genérico al que no se le ha correlacionado la correspondiente solución normativa.<sup>41</sup>

Creo que la idea de Kelsen puede ser explicada más satisfactoriamente sobre la base de la distinción hartiana entre reglas primarias y reglas secundarias. De acuerdo con Hart, en efecto, para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico es necesario distinguir dos tipos de reglas diferentes aunque relacionados: *reglas primarias*, que prescriben a los seres humanos que hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no, esto es, que imponen deberes u otorgan derechos; y *reglas secundarias*, que establecen que los seres humanos pueden introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas o controlar su actuación, es decir, que confieren potestades públicas o privadas para la creación o modificación de deberes u obligaciones (esto es, reglas de *reconocimiento*, de *cambio* y de *adjudicación*, respectivamente).<sup>42</sup> Así, podría decirse que cuando no existe una regla primaria

<sup>41</sup> Cabe recordar que sólo el supuesto indicado en b) es considerado por Alchourrón y Bulygin una laguna normativa. El supuesto indicado en a) es contemplado por los autores argentinos como un caso de inadecuación axiológica. Tomamos, sin embargo, a ambos supuestos en nuestro análisis para ser justos con la reconstrucción del ploteo de Kelsen, en el cual no se distinguen entre ellos, pareciendo quedar comprendidos tanto uno como lo otro. Esta estrategia expositiva no significa en absoluto una impugnación a las distinciones trazadas por Alchourrón y Bulygin.

<sup>42</sup> Cf. Hart, 1961: 41, 86 y 117. Cabe resaltar que Hart utiliza también otro criterio de distinción entre reglas primarias y reglas secundarias: que las reglas primarias se refieren a las reglas secundarias, ya sea para establecer sus criterios de validez (regla de reconocimiento), para regular su cambio (reglas de cambio), o para regular su aplicación a casos particulares (reglas de adjudicación). La utilización de ambos criterios de diferenciación (i.e., aquel según el cual las reglas primarias y las reglas secundarias se distinguen porque las primeras imponen deberes mientras que las segundas confieren potestades, y aquel según el cual ellas se diferencian por-

que regule una determinada situación (en alguno de los dos sentidos indicados), las reglas secundarias del sistema prescriben a los jueces rechazar los planteos formulados bajo tales circunstancias.

En este punto de la exposición se abren una serie de interrogantes cuya respuesta es necesaria tanto para clarificar la naturaleza del argumento de Kelsen como para evaluar si él permite o no justificar el rechazo de la existencia de lagunas normativas en el derecho. En primer lugar, ¿el deber de rechazar la demanda frente a planteos de situaciones no contempladas por las normas jurídicas generales (reglas primarias), surge de una norma jurídica positiva (regla secundaria) o, por el contrario, surge, por decirlo así, de la estructura ontológica del derecho, de su racionalidad esencial inmanente? Por otra parte, ¿qué quiere decir, en tales supuestos, “rechazar” la pretensión? Y, más específicamente, ¿el rechazo importa o no calificar deónticamente una acción?

En cuanto a la primera cuestión, si se descartan como no plausibles las teorías que atribuyen al derecho una cierta estructura ontológica o una cierta racionalidad propia como características independientes de las que éste posee en tanto resultado de prácticas sociales específicas, habrá de llegarse a la conclusión de que el deber de rechazar la pretensión de resolución de una situación no contemplada por una norma general (regla primaria), dependerá de la existencia *contingente* en un orden jurídico de una regla secundaria que imponga tal deber. Ello es consecuencia de la tesis las fuentes sociales. Kelsen, por el contrario, pese a su filiación positivista, parece no percatarse de que se trata de una regla de clausura contingente y más bien parece suponer que se trata de un rasgo necesario del derecho; rasgo que vendría dado por la forma *a priori* que nuestro intelecto proyecta sobre los actos de voluntad dirigidos intencionalmente al comportamiento de otros que han de ser interpretados como normas jurídicas, en particular, por la aplicación del principio de imputación. Recuérdese, al efecto, que aun en la edición de 1960 de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen sostiene todavía la tesis de raigambre kantiana según la cual el método de conocimiento

que las primeras se refieren a las segundas), no da como resultado una distinción conceptual clara entre ambos tipos de reglas. Los criterios de distinción entre reglas primarias y secundarias ha sido cuestionadas por diversos autores. Puede consultarse al respecto Raz 1979: capítulo IX, Aguiló Regla, 1990 y Ruiz Manero, 1991: especialmente 99-106. En el presente contexto alcanza con admitir que las reglas primarias se dirigen a los individuos a fin de regular su conducta, mientras que las reglas secundarias se dirigen a los jueces con relación a la aplicación de las normas primarias a los casos particulares que deben resolver.

crea (en sentido epistémico) su objeto. Kelsen parece, además, dar por sentado que una norma que impone la obligación a los jueces de rechazar las pretensiones o demandas formuladas en ausencia de una norma que regule la situación planteada, tiene por efecto clausurar el sistema. Cabe, sin embargo, preguntarse si ello es necesariamente así: ¿el rechazo de las pretensiones o demandas en las condiciones señaladas, importa la clausura del sistema? Esto nos conduce a nuestra segunda pregunta. Previamente, sin embargo, es menester precisar el contenido y características de la regla de clausura.

Una regla de clausura es una regla que califica deónticamente todas aquellas acciones que no estuvieran ya calificadas por el sistema jurídico considerado. Idealmente tal regla debería cumplir con las siguientes condiciones de adecuación: a) tiene que clausurar el sistema, es decir, hacerlo completo con respecto a cualquier UC y cualquier UA, y b) tiene que preservar la coherencia del sistema, es decir, no introducir nuevas incoherencias, de tal manera que si el sistema originario es coherente, también debe serlo el sistema que resulte de agregarle la regla de clausura. No obstante, para tratarse de una regla de clausura, alcanza con la satisfacción de a) y no necesariamente con b). Una regla semejante sería una regla de *segundo nivel* que se refiere a los enunciados de primer nivel, sin incluirse a sí misma en esa referencia. Por otra parte, tendría carácter *suptorio*, pues sólo se podría recurrir a ella una vez que se ha comprobado que mediante las reglas ordinarias no se infiere ninguna solución para el caso en cuestión. Ella podría tener lugar en *sistemas normativos categóricos* –en los cuales, como las soluciones son relativas a todos los casos, es posible referirse a las soluciones (*i.e.*, acciones calificadas deónticamente) prescindiendo de los casos– o en *sistemas normativos hipotéticos*, en los cuales habrá necesariamente que contemplar las soluciones previstas para determinados casos. La clausura de estos últimos tipos de sistemas resulta más compleja. En efecto, es fácil garantizar que la regla de clausura de un sistema normativo categórico cumpla con las condiciones de adecuación de hacer completo el sistema y de preservar su coherencia. Ello se logra haciendo que la regla resulte independiente de los UA elegidos, esto es, que no sea relativa a un UA sino a cualquier UC. La formulación siguiente de la regla satisface dicho requisito: “Si del sistema normativo  $\alpha$  no se infiere la prohibición de un contenido deóntico p (en función de *cualquier* UA), entonces se infiere la permisión de p”. En cambio, la regla de un

sistema normativo hipotético tendría la siguiente forma: “Si del sistema normativo  $\alpha$  no se infiere la prohibición de un contenido deóntico  $p$  (en función de un UA) para un caso  $q$  de un UC cualquiera, entonces se infiere la permisión de  $p$  en el caso  $q$ ”. Esta regla tiene el inconveniente de no preservar la consistencia del sistema en aquellos supuestos menos finos que el UC relevantes.<sup>43</sup> Para evitar este resultado, sería necesario introducir una restricción prohibiendo la aplicación de la regla de clausura a todos los casos que pertenezcan a UC menos finos que UC relevantes del sistema (los casos más finos que el UC relevantes quedan automáticamente solucionados). Con esta restricción a la cláusula se preservaría la coherencia del sistema pero ella sería relativa no sólo al UA elegido, sino también a los UC relevantes del sistema. Todo lo que sería posible hacer es generalizar la clausura con respecto al UA.<sup>44</sup>

Podemos retomar ahora nuestro segundo interrogante: ¿el rechazo de una pretensión relativa a una situación no contemplada por una norma general (regla jurídica primaria), importa o no calificar deónticamente la acción o acciones comprendidas en dicho reclamo? O, expresado de manera más general, ¿la existencia en un sistema jurídico de una regla secundaria que obliga a los jueces a rechazar las demandas relativas a situaciones no contempladas por las normas primarias, tiene o no el efecto de clausurar el sistema? A fin de responder esta pregunta es importante advertir que “rechazar” una pretensión, una demanda, etc., puede significar tanto “abstenerse de resolver”, esto es, limitarse a no avocarse a considerar la pretensión o demanda sin para ello tener que abordar la cuestión de fondo debatida, como también “desestimar aquello que se pretende”. Cuando Kelsen habla del “rechazo” de la demanda parece referirse a su desestimación por parte de los jueces y no a su abstención de resolverlas. Así, al referirse a la imposibilidad de la existencia de lagunas en el derecho expresa:

Si el orden jurídico no contiene norma general alguna que imponga la obligación de reparación a cargo del empresario por daños ocasionados

<sup>43</sup> Así, supóngase que en un UA conformado por una única acción  $R$  para la cual el sistema  $\alpha$  (por hipótesis coherente) correlaciona con el caso “ $p.q$ ” la solución maximal “ $PhR$ ” y el caso “ $p.\sim q$ ” con “ $FR$ ”. Si se toma el caso “ $p$ ” se reparará que para él no existe ninguna solución, pues no está correlacionado con “ $PR$ ” ni con “ $\sim PR$ ”. Si se aplica la regla de clausura, se infiere la permisión de  $R$  para el caso  $p$ , pero entonces resulta que el caso “ $p.q$ ” está correlacionado con dos soluciones contradictorias “ $PR$ ” y “ $PHR$ ”.

<sup>44</sup> Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 193-194.

por el dependiente, cuando el daño ha sido ocasionado en actividades propias de la empresa, teniendo, en consecuencia, que rechazar el tribunal la demanda dirigida contra el empresario, admitiéndola sólo contra el dependiente, un socialista verá en la aplicación del derecho válido existente algo insatisfactorio, mientras que ello será considerado como enteramente satisfactorio por un liberal.<sup>45</sup>

Sin embargo, es posible concebir una regla secundaria que obligue a los jueces a abstenerse de resolver las pretensiones o demandas relativas a situaciones no contempladas por las normas primarias del sistema. Estimo que la diferencia entre estos dos tipos de reglas, a saber, aquellas que permiten u declaran obligatorio abstenerse de resolver frente a situaciones no contempladas por una norma general, y aquellas que permiten o declaran obligatorio desestimar la pretensión en tales situaciones, es crucial, puesto que mientras que la desestimación de una pretensión o de una demanda implica la calificación deóntica de una acción y, por lo tanto, la clausura del sistema, la abstención de resolver no implica la calificación deóntica de conducta alguna y, por lo tanto, tampoco la clausura del sistema. Veamos esto más de cerca a través de un ejemplo.

Supóngase un determinado sistema jurídico en el cual nada se dice respecto de la circulación en bicicleta en las plazas y en los parques públicos, esto es, que el sistema no califica deónticamente la acción de andar en bicicleta con relación a los casos “en la plazas públicas” y “en los parques públicos”, ni por medio de sus reglas primarias, ni indirecta o derivadamente a través de una regla de clausura.<sup>46</sup> Más precisamente, en el sistema en cuestión, el “caso” en consideración no resulta definido por propiedades que ha tomado como relevantes el legislador (o que resultan relevantes a la luz de la consideración de otras fuentes admitidas como válidas)<sup>47</sup> y no contiene, por lo tanto, regulación alguna respecto de la acción en cuestión, que es el tipo de situación que parece presuponer el análisis de Kelsen sobre las lagunas. Diré, pues, que se trata de supuestos en los cuales el sistema no ha previsto el caso genérico en consideración y, por ende, no le ha correlacionado tampoco

<sup>45</sup> Cf. Kelsen, 1960: 255-256.

<sup>46</sup> Extraigo el ejemplo de Atria, 2005. No obstante, las consideraciones y análisis que realizo son independientes de las efectuadas por el autor.

<sup>47</sup> Para simplificar la exposición, me referiré solamente al supuesto de normas creadas legislativamente.

una solución. O, más brevemente, de casos genéricos no contemplados por el sistema. De todas maneras, el análisis que se desarrolla a continuación puede ser trasladado, *mutatis mutandi*, a las lagunas normativas en sentido técnico.<sup>48</sup>

Supóngase además, que el sistema contiene una regla secundaria que obliga a los jueces a *abstenerse* de *resolver* aquellos planteos respecto de los cuales no exista una norma primaria en el sistema jurídico que regule la situación invocada.

En suma, el sistema del ejemplo de referencia no contiene una regla primaria que solucione el problema en cuestión, y contiene una regla secundaria que impone a los jueces el deber de abstenerse de resolver aquellos planteos relativos a situaciones para las cuales el sistema no prevé una solución a través de las normas generales dictadas por el legislador.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Recuérdese, una vez más, que la situación contemplada en el ejemplo no es equiparable a aquella que Alchourrón y Bulygin denominan *laguna normativa*, esto es, un caso genérico definido en función de las propiedades que el legislador consideró relevantes, al que no se le correlacionó una solución. Estos dos supuestos deben ser claramente diferenciados, dado que una laguna normativa, en la terminología de Alchourrón y Bulygin, puede ser identificado como una deficiencia del sistema normativo considerado sin efectuar ninguna consideración valorativa. El supuesto que parece tener en mente Kelsen y al que alude el ejemplo bajo consideración, en cambio, si se lo considera una “laguna”, ha de tenerse en cuenta que esto implica un juicio de valor. Piénsese, por ejemplo, en un sistema jurídico compuesto por una única norma que establece “si alguien mata debe ser sancionado”. Dicho sistema no correlaciona solución normativa alguna para la acción de sancionar a quien no mata. Esa sería una laguna normativa. Ahora bien, este sistema no acuerda tampoco ninguna la solución para una situación en la cual una persona cierra una ventana porque hace frío. En efecto, el caso en el que hace frío no está tampoco correlacionado por el sistema con ninguna solución respecto de la acción de cerrar una ventana. Pero en este supuesto, el caso no resulta de las propiedades tomadas como relevantes por el legislador. Afirmar que ésta situación es una laguna depende de un juicio de valor porque el caso en cuestión aparece como consecuencia de la asignación de relevancia por parte del intérprete a una propiedad que no es relevante en el sistema según las previsiones del legislador. Si no se le asigna relevancia normativa a la propiedad “hacer frío”, el caso no aparece y, consiguientemente, no hay laguna alguna. A diferencia de este supuesto, en el caso de las lagunas normativas en sentido estricto, el caso no es introducido por el intérprete sino que resulta de considerar las propiedades a las que el legislador asignó relevancia.

Es posible suponer, como fundamento de una norma secundaria como la considerada, que la situaciones no reguladas por ley dictada por el parlamento no es deseable que sean resueltas por los jueces y que la solución a los conflictos que se susciten como consecuencia del vacío legislativo deberán esperar a la sanción de una ley que contemple dicha situación. La existencia de conflictos no resolubles durante un cierto lapso de tiempo puede reputarse menos perjudicial que dejar su resolución librada a la discreción de los jueces, lo cual no sólo podría dar lugar a decisiones contradictorias, sino que también significaría aceptar decisiones que no poseen respaldo en la voluntad popular.

El tipo especial de regla secundaria que estoy considerando, no debe hacer perder de vista la idea más general –que estimo de especial relevancia para nuestro análisis– de distinguir lo que prescriben las reglas primarias de lo que establecen las reglas secundarias de un sistema jurídico. Así, por ejemplo, las reglas secundarias de un cierto sistema, a diferencia del considerado en nuestro ejemplo, podrían habilitar a los jueces a usar otras normas que aquellas que lo integran, cuando se enfrentan a casos no regulados. Lo que quiero enfatizar especialmente es que el hecho de que un determinado sistema jurídico no prevea una solución para una cierta situación a través de sus reglas primarias no implica directamente una respuesta a lo que el juez debe jurídicamente hacer, lo cual es establecido a través de las reglas secundarias. Es de destacar, asimismo, que si un juez entra a considerar el problema planteado por las partes, sea que éste se halle o no contemplado por el sistema en consideración, para resolverlo debe usar una norma. Por consiguiente, debe solucionar el caso genérico, si es que éste no está solucionado. Limitarse a constatar que no hay norma no le serviría de nada, salvo en la hipótesis de una regla secundaria que le indique lo que debe hacer. Por último, ha de advertirse que el hecho de que un juez se encuentre con una laguna y tenga –según las normas secundarias del sistema– que resolver el caso, y para ello construya una norma general para justificar su decisión, no implica de por sí una modificación del derecho. Esto último dependerá de si el sistema admite que, en situaciones semejantes, la decisión del juez sea tomada como un hecho relevante para incorporar la norma por él creada por como parte del derecho.

Volvamos a nuestro ejemplo. En él, una persona X requiere al juez Y mediante una demanda que prohíba al individuo Z circular en bicicleta en un cierto parque público, por considerar que dicha actividad es peligrosa para los niños. De acuerdo a la regla secundaria del sistema y a la ausencia de norma primaria que regule la situación invocada por X (que se ha asumido por hipótesis), el juez Y deberá abstenerse de resolver la situación. Lo mismo deberá hacer frente a un eventual planteo de Z tendiente a que se le permita circular en bicicleta en el parque público. ¿Implica la abstención del juez de resolver calificación deóntica

alguna? Creo que la respuesta es negativa.<sup>50</sup> Si uno se siente inclinado a pensar lo contrario es porque estamos habituados a suponer, sobre la base de la consideración de la mayor parte de los derechos positivos modernos, que los sistemas jurídicos contienen una regla de clausura de acuerdo con la cual si una cierta acción no está prohibida, entonces debe ser calificada como permitida; y seguramente también porque en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contienen normas secundarias que permiten a los jueces resolver los problemas que se les somete a su decisión, sea que exista una norma jurídica que explícitamente prevea la solución que deben dar al caso o no que no exista, seguramente con fundamento en la idea que la resolución de conflictos es una tarea primordial del derecho superior a otras como la de previsibilidad y seguridad en el contenido de las decisiones. Pero si existiese una regla tal en el sistema que consideramos, la situación del ejemplo estaría contemplada (de manera indirecta o derivada), pues dicha regla clausuraría el sistema al permitir inferir la calificación deóntica de las conductas en cuestión en los supuestos de inexistencia de las reglas primarias correspondientes, lo que por hipótesis no puede ser el caso. ¿Qué ocurrirá entonces, frente a la decisión de un juez de abstenerse de resolver tanto el planteo de X como el de Z? Lo más probable es que ello despierte un conflicto entre las partes involucradas, por ejemplo, que X intente o logre impedir a Z que circule en bicicleta por el mencionado parque público. Si nos vemos inclinados a pensar que X no tiene derecho a impedir que Z circule en bicicleta por el parque, es porque suponemos que el sistema contiene una norma que asegura la libre circulación (i.e., que prohíbe impedir la libre circulación). Pero, nuevamente, la existencia de una norma semejante significaría que el sistema contempla la situación que, por hipótesis, no está contemplada. El sistema en cuestión puede ser calificado de precario en la medida en que, al no dar solución a situaciones tan corrientes y previsibles, puede dar lugar a conflictos irresolubles. Si X en un raptó de ira mata a Z, será condenado por homicidio –supongo que el sistema no es tan precario como

<sup>50</sup> Todo lo que me interesa destacar es la posibilidad empírica de la existencia una regla secundaria tal, sin prejuzgar en absoluto acerca de si la mayor parte los sistemas jurídicos positivos, o incluso sólo algunos de ellos, contienen reglas semejantes, ni tampoco acerca de su valor político o moral. A los efectos del argumento que desarrollo lo único importante es que el hecho de que un pronunciamiento judicial implique o no la calificación deóntica de una conducta depende de la existencia contingente de de una regla secundaria que establezca una u otra solución.

para no regular la acción de matar a otro–, pero esto nada dice respecto de la circulación de bicicletas en las plazas y parques públicos. Además, en dicho sistema –desde que contiene una regla secundaria que obliga a los jueces abstenerse de resolver aquellas situaciones para las cuales el sistema no contempla solución alguna–, está vedado a los órganos de aplicación introducir normas generales no pertenecientes al sistema para calificar deónticamente tales acciones, razón por la cual, ante la invasión al parque de ciclistas –de haber gente con el temperamento de X– probablemente se agravará el conflicto.

Si, por el contrario, la regla secundaria del sistema obliga a los jueces a admitir o desestimar las pretensiones relativas a situaciones no reguladas, la admisión o el rechazo importarán la calificación deóntica de la acción.<sup>51</sup> Así, si un juez desestima el planteo de X, ello implicará que Z puede circular en bicicleta por el parque, por lo que no podría desestimar también –so pena de caer en contradicción– el planteo de Z, y viceversa.<sup>52</sup>

Dado que normalmente se estima que es conveniente evitar los conflictos entre los individuos a que puede dar lugar la falta de respuestas por parte del derecho, en aquellos supuestos en los que las reglas primarias del sistema no contemplen alguna situación respecto de la cual se efectúe un reclamo jurisdiccional, se introducen reglas secundarias que permiten calificar deónticamente las conductas involucradas en dichos reclamos. Así, o bien se introducen reglas secundarias que permiten calificar supletoriamente la calificación deóntica de la acción no

<sup>51</sup> En efecto, como he adelantado, esto último implica, en la medida en que se exija que las decisiones judiciales sean fundadas, habilitar a los jueces a acudir a normas generales no pertenecientes al orden jurídico para solucionar aquellas situaciones no contempladas por las normas jurídicas del sistema, lo cual no significa, por sí mismo, que tales normas pasen a integrar el orden en cuestión. Tal extremo dependerá de previsiones adicionales del orden jurídico. Por lo demás, cabe destacar que de hecho buena parte de los ordenamientos jurídicos modernos contienen normas que prescriben que los jueces no puede dejar de juzgar frente al silencio u oscuridad de la ley, cláusula que entiendo debería interpretarse como una regla secundaria del tipo de la mencionada en el texto.

<sup>52</sup> La consideración del tipo de regla secundaria contemplada en el ejemplo que obliga a los jueces a no entrar a evaluar la cuestión de fondo si no existe en el sistema jurídico en cuestión una regla general primaria que regule la situación cuya resolución se demanda, podrían también conducir a la conclusión de que si no existe en un sistema jurídico una regla secundaria explícita que consagre semejante solución, entonces habría que presumir que los jueces no pueden resolver casos no regulados sin hacer un pronunciamiento sobre el fondo del problema. Ello, desde, luego, bajo la premisa –razonable por otra parte– de que una de las funciones primordiales del derecho consiste en la resolución de conflictos.

contemplada específicamente por ninguna regla primaria; o bien se introducen reglas secundarias que imponen la obligación a los jueces de calificar deónticamente la acción no contemplada por las reglas primarias *de uno u otro modo*, a menudo, sobre la base de la evaluación de ciertas pautas más o menos amplias introducidas por la propia regla a fin de limitar la discreción judicial.

El sistema jurídico argentino, por ejemplo, contiene una regla de clausura general, estatuida en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que permite calificar como permitida toda acción que no esté específicamente prohibida.<sup>53</sup> Además de esta regla de clausura general, válida para la totalidad del ordenamiento,<sup>54</sup> contiene otras reglas más específicas relativas a ciertos sectores del ordenamiento legal. Así los artículos 15 y 16 del Código Civil imponen la obligación a los jueces de resolver todos los planteos que les sean formulados, aun en los supuestos de inexistencia o insuficiencia de la ley, debiendo tener en cuenta para ello el espíritu de las leyes, los principios de leyes análogas o los principios generales del derecho.<sup>55</sup> Esta obligación de resolver los planteos sometidos a su jurisdicción significa que los jueces están obligados a *admitirlos* o a *desestimarlos*, lo cual, implica la calificación deóntica de las conductas.<sup>56</sup> En materia penal, el ordenamien-

<sup>53</sup> En su parte pertinente el artículo 19 de la Constitución argentina establece: “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

<sup>54</sup> En la doctrina argentina esta cláusula suele entenderse en sentido amplio y de forma genérica abarcando el derecho privado, laboral y fiscal, etc. sin mayores distinciones. Cf. al respecto, Zarini, 1986: 137-138 y 1992: 431-432, y Bidart Campos, 1998, tomo I: 514-5 y 1999-2000, tomo I-A: 801-803. Su aplicación al derecho administrativo es algo más compleja. Así, suele entenderse que “*frente al principio ‘debe entenderse permitido todo lo que no está prohibido que domina, en general, la vida civil, es propio del régimen de la Administración el apotegma ‘puede entenderse prohibido lo no permitido’*” (Hutchinson, 2000: 38-39). No obstante, el principio de prohibición rige en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

<sup>55</sup> El artículo 15 del Código Civil argentino prescribe: “*Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto del silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*”; El artículo 16, por su parte, dice: “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por la palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”. Estas normas se estiman de aplicación no sólo para las cuestiones civiles sino también, por extensión, para las cuestiones comerciales y laborales.

<sup>56</sup> Es de destacar que, dada la existencia del artículo 19 de la Constitución Nacional, los artículos 15 y 16 del Código Civil argentino o bien se tornan superfluos, o bien pueden dar lugar a calificaciones deónticas de las acciones distintas a las que cabe extraer de las reglas primarias junto a la regla de clausura del artículo 19 de la Carta Magna.

to argentino contiene, al igual que la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, la regla *nullum crimen sine lege* (artículo 18 de la Constitución Nacional<sup>57</sup>). Entre las diversas maneras en que es posible entender el contenido de esta regla, interesa destacar ahora aquella según la cual ella autoriza a inferir la permisividad de una conducta (en un caso dado), si del sistema no se infiere ninguna prohibición de esa conducta (en ese caso).<sup>58</sup> De acuerdo con esta regla, entonces, frente a una denuncia de una acción que no resulta tipificada por el sistema penal, el juez tiene obligación de desestimarla, lo que implica, declarar permitida dicha conducta.

## 6. Conclusiones

Lo expuesto en los puntos anteriores me llevan a concluir que el argumento del principio de prohibición esgrimido, entre otros autores, por Kelsen, para rechazar la existencia de las lagunas en el derecho, como lo han puesto de manifiesto Alchourrón y Bulygin, está destinado al fracaso.

En segundo lugar, que el argumento de Kelsen para rechazar la existencia de lagunas normativas en el derecho, de acuerdo a su segunda doctrina, consiste, en definitiva, en la admisión tácita de que todo ordenamiento jurídico debe contener una norma que impone la obligación a los jueces de “rechazar la demanda” en aquellos supuestos en los que la situación planteada no se encuentre contemplada por una norma jurídica. No obstante, dada la ambigüedad de la expresión “rechazar la demanda”, es posible asignar dos contenidos diferentes a dicha obligación, según se la interprete como “no resolver” o como “desestimar”. Kelsen toma la expresión en el segundo sentido, por lo que estaría fundamentando el rechazo de la posibilidad de la existencia de lagunas normativas en la existencia de una norma de clausura –que parece suponer que todo sistema jurídico necesariamente contiene. Ahora bien,

<sup>57</sup> El artículo 18 de la Constitución argentina expresa al respecto: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”.

<sup>58</sup> Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971:198. En esta interpretación, como señalan los autores, la regla tiene por efecto clausurar el sistema, convirtiéndolo en un sistema cerrado con relación al UC y US penalmente relevantes (y no con relación a cualquier UC y US), no proveyendo, por lo tanto, un sistema absolutamente cerrado.

no hay ninguna razón para aceptar el carácter “necesario” de tal regla y, en cualquier caso, asignar dicho carácter a una regla es incompatible con los postulados del positivismo jurídico, en particular a la tesis de las fuentes sociales (y la tesis de los límites que ella implica), de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del derecho dependen de la existencia o acaecimiento de ciertos hechos sociales, es decir, de eventos contingentes que son, por lo demás, susceptibles de presentar imperfecciones, *i.e.*, dar lugar a supuestos de indeterminación normativa.

Por lo tanto, deberemos aceptar que ella es una regla meramente contingente y, consecuentemente, que la clausura del sistema posee la misma naturaleza, por lo que el argumento de Kelsen no permite demostrar la imposibilidad de la existencia de lagunas. De adoptarse la expresión “rechazo” en el primer sentido, es decir, como “no resolver”, no podría tampoco fundamentarse la imposibilidad de la existencia de lagunas, puesto que en esta interpretación la regla no permite inferir la calificación deóntica para conducta laguna ni, por lo ende, clausurar el sistema.

Si se arriba a la conclusión de que la segunda doctrina de Kelsen importa la admisión de una regla de clausura de los sistemas jurídicos (ya sea concebida como un rasgo necesario del derecho, ya sea como una regla contingente), queda descartada la apelación por parte de Kelsen a la versión débil del principio de prohibición como argumento para rechazar la existencia de lagunas en el derecho, tal como pretenden Alchourrón y Bulygin. De hecho, como los propios autores lo destacan atinadamente, Kelsen reconoce, en su segunda doctrina, la diferencia entre permisión débil y permisión fuerte, abandonando así su primera doctrina que sustenta la inexistencia de lagunas en el principio de prohibición en tanto principio lógico. Y es este abandono justamente lo que lo lleva a suponer una regla de clausura. Lo que hace complejo y algo confuso su planteo es el hecho de que Kelsen no se refiere expresamente a dicha regla, y de que parece suponer además que ella constituye un rasgo necesario del derecho.

En cualquier caso, sea cual fuere la interpretación que en definitiva haya de atribuirse a la segunda doctrina de Kelsen en contra de la existencia de lagunas normativas –la sugerida por mi o la propuesta por Alchourrón y Bulygin–, lo cierto es que tanto ella como su primera doctrina tienen que ser rechazadas como incorrectas. Atribuible a no a Kelsen, desde un punto de vista exegético, la interpretación que pro-

pongo presenta, de todas maneras, un interés propio para analizar desde otra óptica la discusión en contra de la existencia de lagunas normativas en el derecho. No he encontrado en la bibliografía sobre el tema otros argumentos, distintos a los considerados, que permitan justificar el rechazo de la posibilidad de su existencia. Por tal razón, parece sensato, al menos desde una posición juspositivista, admitir dicha posibilidad como una fuente de indeterminación del derecho en lo que hace a la regulación normativa de las conductas.

### Bibliografía

- Aguiló Regla, Josep, 1990, "Sobre 'definiciones y normas'", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 8, 273-282.
- Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. 1971. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974; título original, *Normative Systems*, Springer-Verlag/Wien, Library of Exact Philosophy, vol. V, traducción de los autores.
- Atria, Fernando, 2005, "Creación y aplicación del derecho. Entre formalismo y escepticismo", en Atria y otros 2005, pp. 50-71.
- Atria, Fernando y otros, 2005, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Bayón, Juan Carlos, 2002, "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en Virgilio Zapatero Gómez (coord.), *Horizontes de la filosofía del derecho, Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares, Publicaciones de la Universidad de Alcalá, vol. 2, pp. 33-54; también publicado en Internet, disponible en <<http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/>> (última consulta realizada el 6 de octubre de 2007).
- Bidart Campos, Germán J., 1998, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar.
- \_\_\_\_\_, 1999-2000, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, edición ampliada y actualizada.
- Bix, Brian, 1993, *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford, Oxford University Press.
- Bobbio, Norberto, 1965, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba. Este libro constituye una traducción parcial del libro *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, 1965 (reimpresión 1972) que recoge diversos artículos sobre el tema. Traducido por Ernesto Garzón Valdés, revisión técnica a cargo de Genaro Carrió.
- Bulygin, Eugenio. 2002. "El silencio del derecho", en *Análisis Filosófico*, XXII, núm. 2, pp. 103-114.

- Dworkin, Ronald, 1977a, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993; título original, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, traducido por Marta Guastavino.
- \_\_\_\_\_, 1977b, “No Right Answer?”, en P. M. S. Hacker y Joseph Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essay in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, pp. 58-84. Existe una versión revisada de este artículo en Dworkin 1985b.
- \_\_\_\_\_, 1985a, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press.
- \_\_\_\_\_, 1985b, “¿Realmente no hay una respuesta correcta en los casos difíciles?”, en Casanovas-Moreso (eds.) 1994, pp. 475-512; título original, “Is There Really no Right Answer in Hard Cases”, incluido en Dworkin 1985a, pp. 120-145, traducido por Maribel Narváez Mora.
- Hart, Herbert L. A., 1958, “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, incluido en Hart 1962, pp. 1-64; título original, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, pp. 593-629.
- \_\_\_\_\_, 1961, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963; título original, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, traducido por Genaro Carrió.
- \_\_\_\_\_, 1962, *derecho y Moral. Contribución a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, traducido por Genaro Carrió.
- \_\_\_\_\_, 1977, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana, la pesadilla y el noble sueño”, en Casanovas-Moreso (eds.) 1994, pp. 327-350; título original, “American Jurisprudence Through English Eyes, the Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 123-144.
- \_\_\_\_\_, 1980, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en *Sistema* 36, pp. 3-18.
- \_\_\_\_\_, 1994. *Postscriptum a El concepto de derecho*, en Hart-Dworkin 1997, 89-141; título original *Postscript a The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 238-276, traducido por Magdalena Holguín.
- Hart, Herbert L. A. y Ronald Dworkin, 1997, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes, estudio preliminar de César Rodríguez.

- Hutchinson, Tomás, 2000, *Ley 19.549 Régimen de Procedimientos Administrativos comentada*, Buenos Aires, Astrea, 5ª ed. revisada y ampliada.
- Kelsen, Hans, 1934, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941; título original, *Reine Rechtslehre, Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke, traducido por Jorge C. Tejerina.
- \_\_\_\_\_, 1945, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1ª edición 1949, 2ª edición, 4ª reimpresión 1988; título original, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, traducido por Eduardo García Maynez.
- \_\_\_\_\_, 1953. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1984, 20ª ed.; título original, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, Neuchâtel, Editions de la Baconière, traducido por Moisés Nilve.
- \_\_\_\_\_, 1960, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979; título original, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke Verlag, zweite vollständing und erweiterte Auflage, traducido por Roberto José Vernengo.
- Marmor, Andrei. \_\_\_\_\_, 2001a. *Positive Law and Objective Value*, Oxford, Oxford University Press.
- \_\_\_\_\_, 2001b. "Four Questions About the Objectivity of Law", en Marmor 2001a, pp. 135-159.
- Moreso, José Juan, 1997, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, José Juan, Pablo Navarro y Cristina Redondo, 2001, "Sobre la lógica de las lagunas en el derecho", en *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 33, núm. 99 (diciembre), pp. 47-73.
- \_\_\_\_\_, 2002a, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, México, Fontamara.
- \_\_\_\_\_, 2002b, "Determinación, bivalencia y lagunas en el derecho", en Moreso-Navarro-Redondo 2002a, pp. 19-46.
- Raz, Joseph, 1979, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre el derecho y la moral*, México, UNAM, 1982; título original, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, traducido por Rolando Tamayo y Salmorán.

- Rodríguez, Jorge L., 2002, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- \_\_\_\_\_, 2003, “La imagen actual de las lagunas en el derecho”, incluido en *Atria y otros* 2005, pp. 127-158.
- Ruiz Manero, Juan, 1991, “Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin”, en *Doxa - Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 9, pp. 281-293.
- Ross, Alf, 1958, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1974; título original, *On law and justice*, Stevens & Sons Ltd., traducido por Genaro Carrió.
- Sucar, Germán, 2008, *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons (Colección Filosofía y derecho).
- Tarski, Alfred, 1956, *Logic, Semantic and Metamathematics*, Indianapolis, John Corcoran (ed.), 1988; reimpresión de la edición anterior, Oxford, Clarendon.
- Wright, Georg Henrik von, 1963, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970; título original, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, traducido por Pedro García Ferrero.
- \_\_\_\_\_, 1968, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, México, UNAM, 1998; título original, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Societas Philosophica Fennica-Helsinki, traducido por Ernesto Garzón Valdés.
- Zarini, Helio Juan, 1986, *Análisis de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Astrea; 3ª ed. ampliada y actualizada 1991.

Recepción: 26/11/2007

Aceptación: 31/10/2008