

NORMAS PERMISIVAS Y CLAUSURA DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS

*Pablo E. Navarro**

Resumen:

En este trabajo analizo la autonomía y relevancia normativa de las normas permisivas. En especial, mis propósitos principales son revisar dos tesis escépticas: (i) los permisos y las normas permisivas pueden reducirse a otras formas normativas, e.g. derogación de prohibiciones, y (ii) no se producen diferencias significativas cuando se permite una conducta que no había sido previamente regulada. Ambas tesis son examinadas en relación a la naturaleza y función del principio de clausura normativa (todo lo que no está prohibido está permitido). La conclusión de este trabajo es que las normas permisivas, y en particular las normas de clausura, pueden cumplir una importante función en los sistemas normativos y son una herramienta útil para analizar otros problemas como las lagunas del derecho y la discreción judicial.

Palabras claves: normas permisivas, reglas de clausura, lagunas normativas, discreción judicial

Abstract:

In this paper I analyze the autonomy and relevance of permissive norms. Particularly, I revise two skeptical theses: (i) the permissive function of permissive norms could be replaced by other normative forms, e.g. derogation of prohibitions, and (ii) there are no practical differences between negative and positive permissions. Both theses are analyzed in relation to the nature and function of permissive rules of closure (e.g. not prohibited actions are permitted). I conclude that permissive norms – and specifically rules of closure – have an important role in the normative systems and they are a useful tool in order to analyze other normative problems like legal gaps and judicial discretion.

Key words: permissive norms, rule of closure, legal gaps, judicial discretion

I. Introducción

La función paradigmática de las normas permisivas es autorizar conductas. Sin embargo, a pesar de la intuitiva importancia de

* CONICET, Argentina. Correo electrónico: pnavarro@arnet.com.ar.

esta función existe un profundo desacuerdo acerca del papel que las normas permisivas desempeñan en nuestros sistemas normativos. Por una parte, muchos teóricos del derecho ven en las normas permisivas un complemento indispensable para la explicación de otras categorías normativas (*e.g.* competencia normativa, derechos subjetivos, etc.).¹ Pero, por otra parte, con frecuencia, otros filósofos defienden posiciones escépticas acerca de la utilidad conceptual y pragmática de las normas permisivas. Estas posiciones escépticas se concentran en dos temas: (i) la autonomía y (ii) la relevancia de las normas permisivas. En general, ambos problemas son tratados conjuntamente y en muchos casos las posiciones que se asumen en una de estas cuestiones condicionan el tratamiento del otro problema. Sin embargo, a efectos de lograr la mayor claridad posible, es conveniente analizar cada uno de ellos por separado.

El problema de la autonomía es el siguiente: aunque los permisos y normas permisivas paradigmáticamente autorizan conductas parece que esa misma función normativa puede cumplirse de diferentes formas, por ejemplo, reformulando prohibiciones, limitando competencias de autoridades inferiores, derogando normas de obligación, etc. En otras palabras, las normas permisivas podrían desaparecer y su función normativa podría igualmente asegurarse mediante otras técnicas. Por ello, al comentar este problema, Francesca Poggi señala²:

Las supuestas normas permisivas serían o prácticamente irrelevantes o reducibles a otras normas. En todo caso, la estipulación de tales normas sería completamente inútil al fin de analizar la estructura y el funcionamiento de los ordenamientos normativos: se trataría de una categoría conceptual de la cual se podría tranquilamente prescindir en la teoría del derecho

A su vez, el problema de la relevancia radica en mostrar que existen diferencias prácticas entre la autorización que surge de una norma permisiva y la ausencia de restricciones que se produce en casos no regulados por el derecho. Una de las características más notables del derecho es que la existencia de normas jurídicas convierte a ciertas conductas en obligatorias y, de esa manera, limita las opciones de los

¹ Por ejemplo, Von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action*, p. 198 y ss (London: Routledge & Kegan, Paul, 1963)

² Poggi, Francesca, *Norme permissive*, p. 29 (Turín: Giappichelli, 2004)

individuos. Pero, frente a un permiso el destinatario de las normas no encuentra diferencias en sus restricciones normativas (o en sus razones para actuar). Tal vez ese acto normativo tenga repercusiones para otras cuestiones, *e.g.* la restricción de la competencia de otras autoridades, pero no afecta al destinatario de la permisión. En palabras de Atienza y Ruiz Manero, el problema sería el siguiente³:

Las normas de mandato... ordenan, bien realizar una determinada acción, bien omitirla y, así, deslindan la esfera de lo lícito de la de lo ilícito. Por el contrario, las normas permisivas... no ordenan nada. Pues bien, cuando nos encontramos frente a una norma de este tipo, frente a una norma que permite la realización y también la omisión de *p* en el caso *q*, ¿la situación es pragmáticamente equivalente a la que se daría en el supuesto de que no hubiera ni una norma que obligara a realizar *p* en *q*? ¿Introduce la norma permisiva algo que no se dé en la mera ausencia de norma o más bien aquella es pragmáticamente irrelevante?

Una revisión exhaustiva de la autonomía y la relevancia de las normas permisivas daría lugar a una obra de considerable extensión y complejidad. Por ello, en este trabajo, restringiré el análisis a *algunos* problemas vinculados a un tipo especial de norma permisiva: las normas de clausura⁴. Estas normas tienen por función completar un determinado sistema normativo y, en ese sentido, su impacto principal es en el ámbito de las lagunas en los sistemas normativos. El problema de las lagunas es *general* en el sentido de que cualquier sistema de normas (moral, juegos, gramática de un lenguaje, etc.) puede carecer de una solución para un determinado problema. A efectos de simplificar el análisis, me concentraré únicamente en el problema de las lagunas en los sistemas jurídicos y su relación con las normas de clausura (*e.g.* “Todo lo no prohibido está permitido”). Entre otras cosas, esto significa que aquí dejaré abierto el problema de si existen diferencias signifi-

³ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, p. 92 (Barcelona: Ariel, 1996).

⁴ El marco teórico que provee la infraestructura conceptual necesaria para el análisis es principalmente el desarrollado por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. En particular, los conceptos de universo de casos, universo de soluciones, completitud normativa, coherencia, laguna normativa, clausura normativa y norma de clausura son los elaborados por ambos autores en su obra clásica sobre sistemas normativos. Al respecto, véase: Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (Buenos Aires, Astrea, 1974). En adelante, IMCJ.

ficativas entre las lagunas que se producen en el marco de sistemas – como el derecho – que cuentan con autoridades crean y aplican normas y sistemas que carecen de esas autoridades.⁵

Mediante el análisis de las lagunas jurídicas y las normas de clausura, en este trabajo intentaré tres cosas: En primer lugar, subrayar que, en ciertas ocasiones, las normas permisivas cumplen una función irremplazable, *i.e.* que no puede ser lograda mediante otras normas. Más precisamente, sostendré que para clausurar un sistema mediante una norma de clausura sólo puede emplearse una norma permisiva ya que otras normas de clausura no preservan la coherencia de los sistemas normativos. En segundo lugar, señalar que las diferencias entre acciones permitidas y no reguladas no tienen que evaluarse únicamente a la luz de su impacto en las restricciones de las conductas de los destinatarios de las normas y, finalmente, mostrar qué consecuencias se derivan del principio de clausura normativa y de las normas permisivas para la justificación de una decisión judicial.

II. La autonomía de las normas permisivas

Las discrepancias acerca del carácter independiente de los permisos no deben ocultar dos acuerdos básicos. En primer lugar, las normas jurídicas que imponen obligaciones o prohíben conductas son centrales como técnica de motivación de comportamiento y un sistema normativo formado exclusivamente por normas permisivas carecería de utilidad práctica. En segundo lugar, nadie discute acerca de la importancia de los permisos como excepciones a determinadas obligaciones o prohibiciones. En otras palabras, está fuera de discusión que los permisos pueden cumplir –y de hecho cumplen– una importante función *subordinada* en los sistemas normativos y la guía del comportamiento de los individuos.

Más allá de estos acuerdos, el debate sobre la autonomía de las normas permisivas se refiere a la posibilidad de autorizar conductas *sin* emplear normas permisivas y eso pone en cuestión a la exclusividad

⁵ Al respecto, véase: Raz, Joseph, "Legal Reasons, Sources and Gaps" en *The Authority of Law*, pp. 53-77 (Oxford: Oxford University Press, 1979). Para una crítica a las conclusiones de Raz, véase: Navarro, Pablo E., Moreso, José Juan y Redondo, M. Cristina, "Sobre la lógica de las lagunas en el derecho", *Crítica* (Méjico) 33 (2001), y Bulygin, Eugenio, "On Legal Gaps" en *Analisi e diritto* 2002-2003, pp. 21-28.

de ese tipo de normas para desempeñar sus funciones. En general, el argumento escéptico es que si los permisos cumplen con una serie de funciones –por ejemplo, cancelar prohibiciones, limitar competencias, especificar obligaciones, etc.– todo ese grupo de funciones puede lograrse directamente sin necesidad de autorizar la conducta mediante normas permisivas. Por ejemplo, en su análisis de las permisiones, Raz señala que

...una permisión puede ser garantizada por la derogación de una norma y no sólo por el dictado de una norma. Supongamos que el Consejo Regulador de Trenes ha promulgado una norma según la cual está prohibido fumar en los coches. Cinco años más tarde, deroga la norma. De este modo se garantiza el permiso de fumar en los coches, pero no se ha creado una nueva norma; solamente se ha derogado la antigua norma.⁶

De la misma manera, la autorización de una conducta podría surgir no sólo a partir de una excepción expresamente formulada a una prohibición, sino también como una nueva definición de las expresiones usadas para crear la prohibición. Por ejemplo, un médico puede indicarle a su paciente que no puede consumir alcohol y, en un momento posterior, puede mitigar esa instrucción mediante un permiso que autoriza a beber cerveza ocasionalmente (*e.g.* “puede tomar una cerveza de vez en cuando”) o mediante una especificación de su indicación original (*e.g.* diciendo que por “consumir alcohol” no se refiere a beber cerveza de vez en cuando). De acuerdo a la primera estrategia, el médico introduce una excepción a la instrucción original, mientras que la segunda estrategia reduce el alcance de la instrucción original. En ambos casos, se argumenta, el resultado es equivalente.⁷

La conclusión de este breve análisis sería que no tiene mayor sentido insistir acerca de la autonomía de las normas permisivas cuando se muestra que es posible cumplir mediante otras herramientas la función normativa de autorizar conductas.

⁶ Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2^a ed., pp. 86-87 (Princeton, Princeton University Press, 1990).

⁷ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan *Las piezas del derecho*, *op. cit.*, p. 107. No abordaré aquí el problema de si una excepción es una limitación del *alcance* o la *fuerza* de una norma. El alcance de una norma es una función de los casos que ella regula, mientras que su fuerza es su aptitud para justificar una conducta o decisión en cierto caso. Normalmente, ambas propiedades coinciden, pero sería un error creer que necesariamente *deben* coincidir.

En mi opinión, el problema de la autonomía no radica en si es posible autorizar conductas por medios diferentes al uso de permisos y normas permisivas (*e.g.*, especificando prohibiciones). En general, podría admitirse que, en muchas ocasiones, se pueden lograr esos efectos permisivos de las normas que facultan conductas mediante otras pautas normativas. En este caso, el problema no es tanto la autonomía conceptual de ciertas normas sino más bien una cuestión de utilidad, conveniencia o simplicidad. Por ello, en mi opinión, el problema de la autonomía es identificar qué cosas se pueden lograr *únicamente* mediante autorizaciones que emanan de normas permisivas. Aquí sólo destacaré una función que sólo pueden cumplir las normas permisivas: la clausura de un sistema normativo sin introducir incoherencias.⁸

La clausura es una manera específica de completar un sistema normativo. Un sistema incompleto es un sistema que tiene lagunas normativas. En el caso de las lagunas en los sistemas jurídicos es conveniente recordar que una “laguna es una propiedad de un sistema normativo en relación a un conjunto de circunstancias o casos (UC) y un conjunto de conductas calificadas deónticamente o soluciones (US)”.⁹ La existencia de lagunas normativas es una cuestión contingente y depende de si las normas de un cierto sistema normativo solucionan todos los casos de un determinado universo de casos.

Una manera de evitar las lagunas sería introducir expresa o implícitamente una solución específica para cada caso del universo de casos en cuestión (*clausura por casos*). Es bastante fácil encontrar ejemplos de esta técnica. Así en el primer capítulo de su ensayo sobre sistemas normativos, Alchourrón y Bulygin analizan el modo en que el anteproyecto del Código Civil de Brasil elaborado por Freitas resuelve el problema de la reivindicación de bienes inmuebles, *i.e.* ¿en qué circunstancias el actual poseedor de un inmueble debe restituirlo a su propietario?¹⁰ El sistema normativo elaborado por Freitas selecciona como propiedades relevantes a la buena fe del enajenante, la buena fe del adquirente y el título oneroso de la transacción. El sistema está formado por las siguientes normas:

N1: OR/ \neg BFE; N2: OR/ \neg BFA; N3: OR/ \neg TO; N4: FR/
BFE&BFA&TO

⁸ En adelante, utilizaré como en mi análisis a la infraestructura conceptual elaborada por Alchourrón y Bulygin en *IMCJ*, especialmente en los capítulos VI y VII.

⁹ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *IMCJ*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁰ Véase, Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *IMCJ*, *op. cit.*, pp. 32-42.

Las normas N1, N2 y N3 señalan que los casos en los que hubiese mala fe del enajenante, mala fe del adquirente y título gratuito en la transferencia están correlacionados con la obligación de restituir. La norma N4 señala que la restitución es facultativa cuando hubiese buena fe del enajenante, buena fe del adquirente y título oneroso en la transacción. La matriz de este sistema es la siguiente:

UC	BFE	BFA	TO	N1	N2	N3	N4
1	+	+	+				FR
2	-	+	+		OR		
3	+	-	+			OR	
4	-	-	+	OR	OR		
5	+	+	-				OR
6	-	+	-	OR		OR	
7	+	-	-		OR	OR	
8	-	-	-	OR	OR	OR	

Este sistema es completo aunque ninguno de sus casos está solucionado por una norma de clausura. Más bien, el sistema es completo porque el conjunto de normas N1-N4 soluciona los ocho casos elementales de ese universo de casos. Pero, como señalan Alchourrón y Bulygin, "no hay garantía alguna de que el sistema así construido... sea también completo respecto de otros universos".¹¹ En otras palabras, aunque una autoridad puede regular la conducta mediante un sistema completo sin necesidad de introducir una norma de clausura, esta técnica no garantiza la eliminación de las lagunas en otros universos que no ha considerado la autoridad. Para evitar este inconveniente, una autoridad puede *cerrar* un sistema mediante una *norma de clausura* que solucione todos los casos que previamente no se han resuelto de manera expresa o implícita.

Para aplicar una norma de clausura es necesario haber sistematizado previamente un determinado conjunto normativo y haber constatado que existe una laguna normativa. Así, esta norma es de segundo orden ya que se puede emplear sólo una vez que se han identificado casos que carecen de solución en un sistema normativo.

Pero, ¿cómo funciona una norma de clausura? Según Alchourrón y Bulygin:¹²

¹¹ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *IMCJ, op. cit.*, p. 190.

¹² *Idem.*

Una regla de clausura debe cumplir con las siguientes condiciones de adecuación: a) tiene que clausurar el sistema, es decir, hacerlo completo con respecto a cualquier UC [Universo de Casos] y cualquier UA [Universo de Acciones] 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.

¿Cómo puede garantizarse la completitud y la coherencia de un sistema de normas? Una respuesta a estas preguntas exige un notable desarrollo analítico y no tiene sentido repetir aquí las sutilezas necesarias para lograr ese propósito.¹³ Unos breves comentarios serán suficientes para ilustrar la idea central de esta sección: sólo una norma permisiva puede satisfacer esos objetivos de coherencia y completitud. El argumento desarrollado por Alchourrón y Bulygin se condensa de la siguiente manera:¹⁴

Si se quiere preservar la coherencia, es evidente que la regla de clausura tiene que ser permisiva, pues la permisión es el único carácter deóntico que puede calificar una acción y su negación, sin que se produzcan incoherencias. Una regla de clausura prohibitiva ("toda acción que no está normada está prohibida") daría lugar a incoherencias en los casos en que no estuviera normado p , ni tampoco estuviera normado $\neg p$, pues las normas " Pp " y " $Ph\neg p$ " son manifiestamente contradictorias. Lo mismo sucedería con una regla de clausura de carácter O ("todo lo que no está permitido, es obligatorio"), con el agravante de que también resultaría una contradicción en el caso de que se infiriese la permisión de p , pero no se infiriera nada con respecto a $\neg p$, pues las normas " Pp " y " $O\neg p$ " son incompatibles.

La conclusión es que la clausura normativa mediante una norma de clausura compatible con la coherencia sólo puede ser alcanzada por una norma permisiva y ello es suficiente para mostrar (al menos un caso en) que las normas permisivas no pueden reducirse a otros modos de regular la conducta. En tanto que la coherencia y completitud definen parcialmente a un buen sistema normativo, las normas permisivas son el único instrumento idóneo para lograr ese ideal, aunque ello

¹³ Para la mejor reconstrucción de este problema, véase *ibid.*, pp. 145-167.

¹⁴ *Ibid.*, p. 195.

no implica que los sistemas sean completos únicamente en virtud de la existencia de ese tipo de normas. Por supuesto, esta autonomía de las normas permisivas no determina que haya diferencias importantes entre permitir conductas mediante normas de clausura y dejar esas conductas sin regular. Éste es, precisamente, el problema de la relevancia de este tipo de permisos, que será abordado en el próximo apartado.

III. Permisiones y jerarquía normativa

Con frecuencia, las críticas a la función que cumplen las normas permisivas se dirigen a la supuesta irrelevancia de esas normas. Dado que una norma permisiva no limita la conducta (*i.e.* ella no puede ser desobedecida), se afirma que no hay diferencias entre conductas positivamente permitidas por el sistema y aquellas conductas que están negativamente permitidas porque no han sido reguladas por las normas del sistema. Sin dudas, esta idea es correcta, y si la relevancia de los permisos dependiese sólo de este rasgo, entonces sería inútil continuar esforzándose en señalar en qué sentido hay diferencias entre acciones negativamente y positivamente permitidas.

Sin embargo, ese enfoque encierra una visión limitada del impacto de las normas permisivas ya que sólo evalúa el papel que ellas cumplen en el ámbito de la motivación del comportamiento. De hecho, la defensa más articulada de la relevancia de las normas permisivas asume la irrelevancia pragmática y se concentra en el impacto de este tipo de normas en la dinámica de los sistemas jurídico, la jerarquía normativa y la justificación de las decisiones judiciales.

La idea de jerarquía normativa es compleja y se conecta con temas centrales de una teoría del derecho, *e.g.* derogación de normas, estructura sistemática del derecho, etc.¹⁵ Para el análisis de la relevancia de las normas permisivas es suficiente recordar que en sistemas jerárquicamente estructurados la pertenencia de una norma –es decir, su validez, en uno de los numerosos sentidos que esa palabra posee– depende de su adecuación a otras normas superiores. En este sentido, los permisos que otorga una autoridad superior, *e.g.* Rex, no pueden ser cancelados por disposiciones incompatibles de una autoridad inferior, *e.g.* un mi-

¹⁵ Véase, por ejemplo, Alchourrón, Carlos y Makinson, David, "Hierarchies of Norms and Its Regulation" en Hilpinen, R. (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, pp. 125-148, Dordrecht, Reidel, 1981.

nistro, *i.e.* esas disposiciones en conflicto carecen de validez. En palabras de Alchourrón y Bulygin,¹⁶

Por lo tanto, hay una importante diferencia entre aquellos actos que están permitidos en el sentido fuerte y aquellos que meramente no están prohibidos, esto es, que están permitidos en sentido débil. Los últimos, pero no los primeros, pueden estar prohibidos por el ministro.

Como en los contextos jurídicos hay siempre una pluralidad de autoridades normativas dotadas de distintas competencias conforme a su jerarquía, la distinción entre permisos débiles y fuertes es, después de todo, una herramienta teórica importante para la descripción de la dinámica del orden jurídico.

Por ejemplo, si el decano de la facultad autoriza a reunirse a los representantes de los estudiantes los martes y jueves en la sala de consejo de la facultad, entonces una autoridad inferior (*e.g.* los bedeles) no puede dejar sin efecto esa autorización. Sin embargo, ese permiso puede ser revocado tanto por el mismo decano como por una autoridad superior, *e.g.* el Consejo Universitario.

Las limitaciones que imponen las normas superiores a las autoridades inferiores no surgen únicamente de las disposiciones expresamente formuladas por la autoridad superior sino que también pueden emanar de sus consecuencias lógicas. Así, si de una norma N1, formulada expresamente por una autoridad A1, se sigue lógicamente otra norma permisiva N2, entonces las autoridades inferiores a A1 no pueden eliminar explícita o implícitamente a N2. Las consecuencias lógicas de una norma son parte de su contenido conceptual y, por esa razón, la eliminación de N2 implica la modificación de N1 y, por hipótesis, ello no puede ser realizado por las autoridades inferiores a A1.

Con esta infraestructura analítica podemos ahora revisar el papel que desempeña una norma permisiva de clausura. Nuestro interrogante será en este caso: ¿Qué diferencia representa permitir mediante una norma de clausura a conductas que no estaban reguladas? Para quienes defienden una visión escéptica, la respuesta debería ser simple. Desde el punto de vista pragmático, (*i.e.* para el destinatario de la permisión)

¹⁶ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, "Permisos y normas permisivas" en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Ánalisis lógico y derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), p. 237.

no hay ninguna ventaja en autorizar mediante una norma permisiva de clausura las conductas que no estaban reguladas.

Creo que un buen punto de partida es recordar que una norma permisiva de clausura nunca resuelve un caso de manera directa sino que opera de modo subsidiario y, por esa razón, las permisiones que se obtienen a partir de ellas son siempre fundamentadas en *normas derivadas* (es decir, normas que son consecuencia lógica y, en este caso específico, se derivan de una norma de clausura *plus* un cierto hecho, por ejemplo, la ausencia de una regulación normativa). Por esta razón, para examinar la relevancia de las normas permisivas hay que establecer previamente qué jerarquía normativa tienen las normas derivadas. Sin lugar a dudas, como ocurre con la mayoría de las expresiones centrales de la ciencia jurídica, "jerarquía" y "competencia" se emplean en más de un sentido (*i.e.* hay varios *conceptos* de jerarquía y competencia) y una reconstrucción exhaustiva de este problema excede los márgenes de este trabajo. Aquí sólo subrayaré algunas ideas fragmentarias que se conectan con el problema de la jerarquía de los permisos que emanan de la norma de clausura. Supongamos una autoridad A1, que es competente para regular una acción R, pero asumamos también que R ya ha sido regulada por una norma derivada N (tal vez N deriva de otras normas promulgadas por A1, o por otra autoridad). Si la autoridad A1 no puede eliminar del sistema a una norma derivada N mediante derogación directa, o indirectamente a través de normas incompatibles, entonces esa norma N es de mayor jerarquía a las que puede introducir A1.¹⁷ De otro modo, en virtud de la aplicación de *lex posterior*, las disposiciones de A1 que fuesen incompatibles con N garantizarían que N sea eliminada del sistema jurídico.¹⁸

De acuerdo a este esquema, la jerarquía de las normas permisivas que expresa el principio de clausura depende en gran medida del nivel jerárquico en el que se ubica ese principio. Supongamos que esa norma de clausura está en la constitución. Aunque esa regla permisiva no obliga ni permite nada de manera independiente, no parece haber mayor problema en asumir que las autoridades inferiores (*e.g.* el parlamento)

¹⁷ Aunque no es lógicamente imposible derogar expresamente una norma derivada, es frecuente que ellas sean removidas por su incompatibilidad con otras disposiciones posteriores.

¹⁸ También es necesario distinguir entre diversos tipos de normas derivadas según sean los fundamentos de las que ellas derivan. Así hay que distinguir entre normas derivadas simples y complejas. Al respecto, véase, Navarro, Pablo, "Derechos implícitos y límites constitucionales" en *Revista Brasileira de Filosofia* 232 (2009), pp. 38-56. En lo sucesivo prescindiré de esta complicación.

no pueden derogar esa regla, ya sea que lo intenten de manera directa –mediante una disposición derogatoria– o estableciendo una regla incompatible. Así, en caso de que el parlamento dispusiese: “Derogase el artículo 19 de la Constitución Nacional” –que supuestamente expresa una versión de la norma de clausura en Argentina– esa disposición carecería de efectos y no se modificaría el sistema normativo.

¿Qué ocurre con las normas permisivas específicas que se derivan de esa norma de clausura para los casos de lagunas? La función de la norma de clausura es introducir nuevas normas que solucionen esas lagunas y, dado que hemos asumido que la norma de clausura tiene jerarquía constitucional, hay que aceptar que esas permisiones también están constitucionalmente protegidas. Pero, esa conclusión parece inaceptable si aceptamos también que los permisos de jerarquía constitucional no pueden ser modificados por autoridades inferiores. Ello equivaldría a señalar que el parlamento no puede prohibir nuevas situaciones porque ellas ya se encuentran implícitamente permitidas por las normas que se derivan del principio constitucional que consagra la norma de clausura.

En conclusión, si un rasgo distintivo de las normas permisivas es que ellos limitan la competencia de las autoridades inferiores, entonces los permisos que garantizan la norma de clausura no parecen funcionar genuinamente como permisos. Incluso si la norma de clausura se establece en un texto constitucional, eso no evita que los legisladores ordinarios cambien el status normativo que ella indirectamente impone. En la medida en que la autonomía de las normas permisivas se establecía mostrando funciones irremplazables que ellas desempeñan, la norma de clausura ofrecía un buen punto de partida para acreditar esa característica. Pero, si la relevancia de la diferencia entre permisos positivos (fuertes) y negativos (débiles) depende de las limitaciones a las competencias de las autoridades inferiores en un sistema dinámico jerárquicamente estructurado, entonces, las reglas de clausura no garantizan esa característica. En otras palabras, dejando de lado lo que puede ocurrir con otros tipos de normas permisivas, aunque la norma de clausura sirva para mostrar la *autonomía* de las normas permisivas, ella no puede dar cuenta simultáneamente de su *relevancia*.

IV. Propiedades relevantes y normas permisivas

A continuación, mostraré que las normas permisivas, y en especial las normas de clausura, pueden tener impacto en otros aspectos, desligados tanto de la motivación y guía de la conducta como también de la reconstrucción jerárquica del derecho. El análisis que desarrollaré a continuación asume ciertos presupuestos que posibilitan analizar con precisión los dos problemas usualmente asociados a la relevancia de las normas permisivas: (i) la diferencia entre permisos positivos y negativos y (ii) la diferencia entre lagunas normativas y situaciones jurídicamente indiferentes. Estos presupuestos pueden ser esquemáticamente presentados de la siguiente manera:

1. Los sistemas jurídicos contienen normas que correlacionan soluciones normativas con circunstancias específicas. Estas circunstancias ejemplifican a propiedades que se combinan y definen a diferentes situaciones genéricas (casos).

2. El modo en que se resuelven esos casos determina la relevancia o irrelevancia normativa de una propiedad. Una propiedad es normativamente relevante cuando su presencia o ausencia está correlacionadas con diferente status normativo. Por ejemplo, si el poseedor de un inmueble está obligado a restituirlo a su propietario cuando lo recibió de un enajenante de mala fe (e.g. $\neg\text{BFE} \rightarrow \text{OR}$), pero también está obligado a esa acción cuando el enajenante es de buena fe (e.g. $\text{BFE} \rightarrow \text{OR}$), entonces, la buena o mala fe del enajenante es normativamente irrelevante para la solución del problema de la restitución de bienes inmuebles.

3. El conjunto de todas las propiedades relevantes es el universo de propiedades relevantes, que define el universo de casos relevantes para un determinado problema normativo. Por ejemplo, un universo de tres propiedades lógicamente independientes determina un universo de casos de ocho casos elementales y las propiedades de ese universo de propiedades son relevantes cuando hay, al menos, un caso en el que esa propiedad es relevante.

4. Una propiedad relevante en un caso es también relevante para un cierto universo de casos y para un universo de acciones conectado a ese universo de propiedades. Una propiedad que es irrelevante para un determinado universo de acciones es también irrelevante para cualquier universo de casos conectado a ese universo de acciones.

Recordemos cómo Alchourrón y Bulygin sistematizan las normas que Vélez Sarfield introdujo en el Código Civil Argentino para resolver el problema de la restitución de bienes inmuebles. En sus artículos 2777 y 2778, Vélez Sarfield imponía la obligación de restituir cuando: (N1) el enajenante fuese de mala fe y hubiese un adquirente de buena fe que hubiese recibido el inmueble a título oneroso ($OR/\neg BFE \& BFA \& TO$) y (ii) (N2) cuando la transferencia del inmueble hubiese sido a título gratuito ($OR/\neg TO$).

UC	BFE	BFA	TO	N1	N2
1	+	+	+		
2	¬	+	+		OR
3	+	¬	+		
4	¬	¬	+		
5	+	+	¬		OR
6	¬	+	¬		OR
7	+	¬	¬		OR
8	¬	¬	¬		OR

Las propiedades que determinan este universo de casos elementales son propiedades relevantes. Por ejemplo, en ese sistema normativo, la buena fe del enajenante es normativamente relevante ya que el caso 1 y el caso 2 son complementarios –es decir que la única diferencia que existe entre ambos casos es la presencia o ausencia de la buena fe del enajenante y las otras propiedades permanecen constantes– y la acción de restituir tiene diferente status normativo en esas ocasiones. Por el contrario, en los otros pares de casos complementarios (3 y 4; 5 y 6; 7 y 8) la buena o mala fe del enajenante no altera la calificación normativa de la acción. De igual manera, el caso 1 y el caso 5 son complementarios respecto de la propiedad título oneroso y la diferencia normativa en ambas situaciones muestra que esa propiedad también es relevante en ese universo de casos.

Es interesante indicar algunas precisiones acerca de la buena fe del adquirente. Como es bien conocido, Vélez Sarfield elaboró una solución al problema de la reivindicación de bienes inmuebles siguiendo al anteproyecto de código civil de Brasil, elaborado por Freitas.¹⁹ En el sistema de Freitas, la buena fe del adquirente es relevante porque los

¹⁹ El sistema de Freitas es reproducido por Alchourrón y Bulygin como sistema S1 en *IMCJ*, *op. cit.*, pp. 39-41.

casos 1 y 3 están correlacionados con diferentes soluciones normativas, i.e. FR y OR, respectivamente.

A diferencia del sistema de Freitas, el elaborado por Vélez Sarfield no es completo ya que tiene tres lagunas en el universo de casos relevantes; en particular, los casos 1, 3 y 4 carecen de solución. Entre otras cosas, estas lagunas reabren la pregunta acerca de la relevancia de la buena fe del adquirente ya que ahora la acción de restituir carece de solución en los casos 1 y 3, que eran los seleccionados por Freitas para marcar la diferencia práctica que esa propiedad representa en ese universo de casos.

Aunque el par de casos complementarios 1 y 3 respecto de la buena fe del adquirente no determina ninguna diferencia en las consecuencias normativas, esa propiedad es relevante porque los casos 2 y 4 tienen diferente solución: en el caso 2 es obligatorio restituir el bien inmueble, pero el caso 4 es un caso de laguna. Por ello, en esa ocasión la acción de restituir está negativamente permitida, pero no está positivamente permitida. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en el caso 1, los juristas argentinos no han debatido sobre la solución que corresponde al caso 4. La razón podría ser que es intuitivamente plausible utilizar un argumento analógico *a fortiori*, a partir de la norma N1: si es obligatorio restituir el bien inmueble en casos en que el adquirente es de buena, con mayor razón se puede sostener que existe esa obligación cuando, *ceteris paribus*, el adquirente es de mala fe.²⁰ Podría decirse incluso que quien no "deriva" esa solución para el caso 4, no ha entendido qué compromisos surgen de las decisiones del legislador, que no se toma en serio a la selección de la buena fe del adquirente como una propiedad relevante. Pero, paradójicamente, la incorporación de esa solución *destruye* la relevancia normativa de la buena fe del adquirente en ese universo de casos ya que ahora la presencia o ausencia de buena o mala fe no da cuenta de ninguna modificación en la calificación normativa.

Ahora, adaptaré ligeramente el ejemplo propuesto y exploraré dos variantes. En primer lugar, supondré que el sistema de Vélez Sarfield posee una norma de clausura, que faculta las conductas que no han sido prohibidas en el sistema. En segundo lugar, analizaré lo que ocurriría en un sistema como el de Vélez Sarfield, si en lugar de tener la norma N1: OR/ \neg BFE&BFA&TO, hubiese una norma N1": FR/ \neg BFE&BFA&TO.

²⁰ *Ibid.*, p. 48

Primera variante

Si al sistema de Vélez Sarfield formado por las normas N1 y N2 (N1: OR/ \neg BFE&BFA&TO; N2: OR/ \neg TO) se le añade una norma permisiva de clausura (NC), el sistema se modificaría de la siguiente manera:

UC	BFE	BFA	TO	N1	N2	NC
1	+	+	+			FR
2	\neg	+	+	OR		
3	+	\neg	+			FR
4	\neg	\neg	+			FR
5	+	+	\neg		OR	
6	\neg	+	\neg		OR	
7	+	\neg	\neg		OR	
8	\neg	\neg	\neg		OR	

De acuerdo a estas normas, las tres propiedades son relevantes ya que en, al menos, un caso del universo de casos relevantes su presencia o ausencia es lo único que explica la diferencia en la calificación normativa. En este sistema, aunque se ha preservado la relevancia de las propiedades del universo de propiedades y se ha mantenido la coherencia del sistema, se resuelve el caso 4 de manera valorativamente incoherente ya que ahora, a diferencia de lo que ocurre en los otros casos de buena fe del adquirente, ahora el adquirente de mala fe está en mejor posición –i.e., puede conservar el inmueble– que el adquirente de buena fe. Aunque el argumento de la irrelevancia de autorizar positivamente mediante una norma permisiva a las conductas que están negativamente permitidas por la ausencia de prohibición señala que no hay diferencias pragmáticas para el sujeto, este ejemplo muestra que hay otras consecuencias relevantes, por ejemplo, la incoherencia en el modo en que se valora la buena y la mala fe del adquirente.

Segunda variante

Ahora modificaré la norma N1 del sistema de Vélez Sarfield por N1'', que dice que es facultativo restituir el inmueble cuando el enajenante fuese de mala fe y hubiese un adquirente de buena fe que hubiese recibido el inmueble a título oneroso (FR/ \neg BFE&BFA&TO). Las normas N1'' y N2 resuelven los mismos casos que las normas originales de Vélez Sarfield y, por ello, este nuevo sistema también tiene tres lagunas. Sin embargo, ya no hay razones para usar el argumento a fortio-

ri y cerrar la laguna del caso 4 mediante la misma solución que el caso 2. Puede surgir un desacuerdo acerca de si la reivindicación en el caso 4 es facultativa o no. La decisión de facultarla expresamente cambia un permiso negativo de restituir y no restituir en un permiso positivo de restituir y no restituir, pero sería extraño sostener que ello no supone un cambio relevante para el adquirente de mala fe.

Supongamos ahora que decidimos cerrar con nuestra norma de clausura al sistema modificado, formado a partir de N1'' y N2. En este nuevo supuesto, los tres casos de laguna desaparecen, pero simultáneamente también se destruye la relevancia de la buena fe del enajenante y la buena fe del adquirente.

UC	BFE	BFA	TO	N1''	N2	NC
1	+	+	+			FR
2	¬	+	+		FR	
3	+	¬	+			FR
4	¬	¬	+			FR
5	+	+	¬		OR	
6	¬	+	¬		OR	
7	+	¬	¬		OR	
8	¬	¬	¬		OR	

A la luz de este ejemplo podemos retomar el interrogante sobre la relación entre las soluciones que se añaden a un sistema y su impacto en el problema de la relevancia normativa. En especial, ahora podemos formular también el siguiente interrogante: ¿no debería restringirse la aplicación de la norma de clausura a las situaciones en las que se preserve la relevancia de las propiedades seleccionadas por el legislador? Recordemos que la norma de clausura tiene que preservar la coherencia del sistema (de hecho, esa es la *razón* por la que sólo pueden emplearse normas permisivas en la clausura de un sistema normativo) y que esta limitación al alcance de las reglas de clausura no es una necesidad lógica sino una consecuencia de un ideal de racionalidad que asigna un peso decisivo a la coherencia. Pero, este tipo de ideales no son los únicos que cuentan en nuestros discursos normativos. También podemos encontrar ideales, que definen diseños políticos específicos, como la separación de poderes, la supremacía parlamentaria, la justificación de las decisiones judiciales, etc.

Estos ideales políticos y morales articulan la visión clásica del Estado de Derecho, que otorga un papel preponderante a la regulación de la conducta social mediante normas generales y abstractas. En otras palabras, sin este tipo de normas, no tendría sentido asumir que estamos comprometidos con los ideales y valores del Estado de Derecho. En este contexto, *i.e.* en el ámbito de un Estado de Derecho es donde es frecuente utilizar normas de clausura, como una suerte de garantía para los individuos acerca de las limitaciones de las intervenciones del estado en situaciones que no se han previamente regulado. Las normas de clausura serían, por así decirlo, un complemento *normal* de ciertos sistemas normativos (*e.g.* el derecho penal liberal) comprometidos con los valores y principios que definen el Estado de Derecho. Pero, la norma de clausura tiene un *papel subsidiario* ya que se puede emplear únicamente después de agotar las normas generales y abstractas del sistema. Una norma general y abstracta es una norma que *selecciona* propiedades para asociarlas a determinadas consecuencias. Esta selección es, precisamente, la que procuramos preservar en el análisis de la relevancia de las propiedades que determinan una diferencia en la solución de un problema normativo. Por consiguiente, así como la introducción de una norma de clausura no puede alterar la coherencia del sistema también podría defenderse que esa regla no puede alterar la selección de propiedades relevantes que ha hecho el legislador en la solución de un problema normativo.

V. Normas permisivas y discreción judicial

Otra manera clásica de mostrar la relevancia de permitir una acción que no se encuentra regulada es revisando el papel de los jueces frente a las lagunas normativas. La idea general es que las decisiones judiciales se encuentran específicamente limitadas por las normas generales cuando no hay lagunas normativas. En particular, en casos en que una conducta se encuentra positivamente permitida por el sistema, los jueces carecen de discreción. Recordemos cómo analizaban Alchourrón y Bulygin esta situación:²¹

Del sistema del súbdito se infiere que al demandado le está permitido abstenerse de hacer lo que el actor pretende que haga. En este caso el juez tiene la *obligación de rechazar la demanda*.

²¹ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *IMCJ, op. cit.*, p. 251

Pero, cuando una acción se encuentra sólo negativamente permitida porque existe una laguna en el sistema normativo, la solución es diferente. En palabras de Alchourrón y Bulygin:²²

Ahora bien, en caso de una laguna, ¿qué debe hacer el juez, condenar al demandado o rechazar la demanda?

La respuesta es clara: si el sistema del súbdito nada dice acerca de la conducta del demandado, el juez no tiene ninguna obligación específica, ni la de condenar ni la de rechazar la demanda. Sólo tiene la obligación genérica de juzgar, y cumple con ella juzgando de cualquiera de las dos maneras posibles: condenando al demandado o rechazando la demanda.

Puede sostenerse, entonces, que la relevancia de los permisos positivos radica en que, a diferencia de lo que ocurre en casos de una mera permisión negativa, los jueces no tienen discreción frente a normas que autorizan una cierta conducta. Como consecuencia de este análisis puede apreciarse también que una regla permisiva de clausura limita la discreción judicial. Por esa razón, ella parece un complemento indispensable en determinados sectores del ordenamiento (*e.g.* derecho penal) en los que tenemos interés en conocer con precisión cuándo el Estado puede intervenir coactivamente, pero esa regla no sería tan importante en otros sectores (*e.g.* derecho civil) en el que toleramos amplios márgenes de desarrollo jurisprudencial del contenido de un sistema normativo.

La conclusión de la sección anterior es que aun cuando se conceda que no hay "diferencias pragmáticas" entre permisos y situaciones sin regular –en el sentido de que los individuos no enfrentan restricciones normativas específicas en el caso de que se permita positivamente una conducta que era negativamente permitida– ese cambio de status normativo tiene un profundo impacto en la aplicación del derecho y la justificación de las decisiones judiciales. Sin embargo, en una serie de trabajos contemporáneos se ha rechazado incluso esta diferencia y, con diferentes argumentos, también se ha defendido que los jueces carecen de discreción en casos de que se trate de una conducta negativamente permitida. Por ejemplo, según Juan Carlos Bayón (y otro nutrido grupo de filósofos, que englobaré bajo el rótulo de "los críticos"):²³

²² *Idem*.

²³ Bayón, Juan Carlos, "Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas", en Bulygin, Eugenio, Atienza, Manuel y Bayón Juan Carlos, *Pro-*

Sostener que cuando alguien pretende hacer valer un derecho que (por hipótesis) no tiene el ordenamiento jurídico deja al juez en la posición de decidir discrecionalmente si acoge o no semejante pretensión tiene que ser, en mi opinión, el producto de algún serio malentendido.

Por el contrario, continua el argumento, esos casos de permisos negativos pueden entenderse como “permisos no protegidos” o “privilegios”. Ese tipo de permisos no imponen a otros individuos un deber de tolerancia, pero son título suficiente para descartar que estos otros individuos tengan un derecho a que se haga o deje de hacer algo. Por ello, Bayón añade:

...basta constatar que ninguna norma del sistema concede a un hipotético demandante el derecho a que el que goza del privilegio realice o se abstenga de realizar la conducta de que se trate; y tratándose de un derecho que el demandante *no tiene*, no veo como cabría negar que un juez estaría obligado a desestimar su pretensión. Lo que es tanto como decir que un permiso no protegido no es sin embargo un permiso vacío o carente de consecuencias: porque tiene al menos la de negar que en una situación semejante el juez tenga discreción para decidir.²⁴

Esta reconstrucción de Bayón tiene, al menos, dos problemas. En primer lugar, no parece muy fiel al modo en que los jueces y juristas se comportan frente a una laguna normativa. Más bien, en esas situaciones, los juristas suelen emplear una serie de recursos interpretativos (e.g. argumento por analogía, *a fortiori*, *a contrario*, etc.) con el propósito de, en algunos casos, apoyar al demandante y, en otras ocasiones, rechazar sus pretensiones. Por ejemplo, hace varias décadas, en Argentina una mujer demandó el divorcio de su esposo y la representa-

blemas lógicos en la teoría y práctica del derecho, p. 39, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, (En adelante, *Problemas lógicos*). Los argumentos de Bayón son, en gran medida, un desarrollo de otras ideas que habían defendido previamente Fernando Atria y Juan Ruiz Manero. Los trabajos de Atria y Ruiz Manero están recogidos en el libro de Atria, Fernando et al, *Lagunas en el derecho*, (Barcelona, Marcial Pons, 2005). En especial, véase, Atria, Fernando, “Sobre las lagunas”, pp. 15-28; “Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo”, pp. 45-72; “Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces”, pp. 159-184 y Ruiz Manero, Juan, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, pp. 103-126. También véase, Atienza, Manuel, “Sobre “Creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin” en Bulygin, Eugenio, Atienza, Manuel y Bayón Juan Carlos, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, *op. cit.*, pp. 95-126.

²⁴ Bayón, Juan Carlos, *Problemas lógicos*, p. 72.

ción legal de la mujer fue ejercida por el hijo del matrimonio²⁵. El esposo demandado sostuvo que no se podía admitir que un hijo promoviese una demanda contra su progenitor. No había ninguna norma que regulase esa situación y el tribunal resolvió a favor del demandado y decretó el apartamiento del letrado hijo del matrimonio. El fundamento de su decisión fue una norma generada por analogía respecto de los testimonios admisibles en los procedimientos criminales. Por supuesto, esta solución no excluye que otro juez hubiese podido tomar una decisión diferente. Como señala Bulygin, nada hubiese impedido que los jueces permitiesen el patrocinio del hijo del matrimonio en la demanda presentada por la mujer contra su esposo.

Así, por ejemplo, podría suceder que otro tribunal, en vez de aplicar analógicamente el art. 186 del Código Procesal, creara una norma que permita el patrocinio letrado... basándose en que no existe ninguna prohibición expresa y que "nadie... será privado de lo que la ley no prohíbe" (art. 19, Constitución Argentina). Estaría, en tal caso, en presencia de una norma creada por el juez por aplicación de principios generales del derecho (otro de los procedimientos usuales de creación judicial de normas).²⁶

Este ejemplo podría complementarse fácilmente con otros similares, pero es suficiente para revisar la afirmación de Bayón acerca de que un juez debe rechazar la pretensión de un demandante que exige una acción a la que no tiene un derecho específico, e.g., una acción no regulada por el derecho.

En segundo lugar, el argumento de Bayón puede resumirse en el siguiente enunciado: "Si el demandante no tiene derecho a que el demandado haga o deje de hacer una cierta cosa, entonces el juez debe rechazar su demanda".²⁷ Éste es un enunciado normativo (proposición normativa) que da cuenta de la posición normativa del juez frente a una laguna. El status deontico de la conducta del juez no es una propiedad

²⁵ Para un breve análisis de ese caso, véase, Bulygin, Eugenio, "Sentencia judicial y creación de derecho" en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, op. cit., pp. 361-362 .

²⁶ Bulygin, Eugenio, "Sentencia judicial y creación de derecho" en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, op. cit., p. 366.

²⁷ La misma idea es defendida por Ruiz Manero. Véase, Ruiz Manero, Juan, "Algunas concepciones del derecho y sus lagunas" en Atria, Fernando et al., *Lagunas en el derecho*, op. cit., pp. 118-119.

natural sino que depende de normas que califican de manera específica a los comportamientos. Por tanto, si ese enunciado normativo es verdadero, entonces tiene que *existir* una norma que le imponga ese deber al juez. Las normas pueden existir en diversos sentidos,²⁸ pero aquí parece estar en juego un concepto de existencia vinculado a los elementos *pertenecientes* a un determinado sistema jurídico. Así, la verdad de la afirmación “Si el demandante no tiene derecho a que el demandado haga o deje de hacer una cierta cosa, entonces el juez debe rechazar su demanda” depende de la pertenencia de una norma al sistema del juez que imponga esa solución.

Puede ocurrir que, como cuestión de hecho, muchos sistemas contemporáneos tengan una norma de ese tipo –aunque como hemos visto antes en el ejemplo del divorcio y la representación legal es dudoso de que realmente sea ese el caso–. Por ejemplo, podría haber en el código de procedimientos civiles una norma que exigiese el rechazo de la demanda en el caso de que el juez considerase que el demandante no está ejerciendo un derecho específico. En ese caso, esa norma positiva impondría al juez una determinada solución para el caso en que hubiese una laguna. Pero, ¿es redundante esta norma positiva? La importancia de esta pregunta radica en que las normas positivas pueden ser eliminadas del sistema. Así, supongamos que una autoridad competente deroga esa norma. ¿Seguiría siendo verdad que el juez tiene ese deber de rechazar la demanda? Salvo que se muestre que esa norma positiva es redundante, la respuesta tiene que ser negativa y ello mostraría que ese deber del juez es contingente.

Para mostrar la redundancia de la norma positiva que impone al juez el deber de rechazar la demanda se requiere un argumento adicional. En particular, hay que mostrar que esa norma es *necesariamente* parte del sistema jurídico. Sin duda alguna una norma necesaria no es una norma positiva sino que tendrá una naturaleza diferente. Al respecto, cuando Neil MacCormick analiza la conexión entre derecho y razón práctica, señala que²⁹

Un corolario importante de todo esto es que cualquier sistema de derecho positivo contiene algunas normas que no son positivas. Ellas son

²⁸ Al respecto, véase, Bulygin, Eugenio, “Validez y positivismo” en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, *op. cit.*, pp. 508 y ss.

²⁹ MacCormick, Neil, “The Separation of Law and Morals” en George, Robert P. (ed), *Natural law Theory*, pp. 120-121 (Oxford: Oxford University Press, 1992)

normas de un razonamiento correcto (sound reasoning)... aunque se puede (y debe) explicar e ilustrarlas a partir de instancias y ejemplos extraídos de sistemas particulares de derecho positivo, sin embargo ellas no deben su posición como normas de razonamiento a un proceso de promulgación o determinación por parte de las autoridades y no pueden ser privado de ella por parte de una promulgación inteligible de lo contrario.

Sin embargo, esta idea parece confundir a los criterios para identificar una norma jurídica con otros criterios que empleamos en el razonamiento jurídico. Por ejemplo, en el proceso de aplicar el derecho a casos particulares se emplean reglas de diferente naturaleza, *e.g.* reglas lógicas, gramaticales, etc. Aunque esas reglas sean indispensables para razonar de manera adecuada no parece claro que, por esa cualidad, ellas formen parte del sistema jurídico. ¿Qué normas forman parte del derecho? A diferencia de lo que sugiere MacCormick, una buena respuesta a esa pregunta debería insistir en aquello que se puede eliminar del sistema jurídico por medio de acciones normativas específicas, *i.e.* promulgación y derogación. Así, una norma es parte del derecho sólo si puede ser eliminada por las autoridades competentes (*e.g.* parlamento, asamblea constituyente, etc). En este sentido, la conclusión del argumento de MacCormick debería haber sido exactamente opuesta a la que sostiene. La razón por la que esas normas del razonamiento correcto son ineliminables de un sistema jurídico no es porque ellas sean un complemento no positivo imprescindible del derecho positivo sino porque no forman parte, lisa y llanamente, del derecho positivo.

En conclusión, hasta que no se elabore el argumento que muestre que en cualquier sistema jurídico hay una norma que impone el deber de rechazar la demanda en caso de lagunas, lo único que se habría mostrado –en el mejor de los casos– es que *en algunos sistemas* los jueces no tienen discreción frente a esos defectos normativos. Esta situación es similar a la que ocurre cuando una autoridad formula una norma de clausura. En ese caso, el juez tiene contingentemente una pauta explícita que indica la solución que debe prevalecer frente a un caso que no ha sido resuelto por otras normas del sistema. Si se admite, como concede Bayón,³⁰ que de la inexistencia de una norma no cabe inferir la existencia de otra, es difícil comprender cómo es posible derivar del

³⁰ Bayón, Juan Carlos, "Sobre el principio de prohibición", *op. cit.*, pp. 31-32

hecho de que un demandante no tenga derecho a su pretensión que el juez tenga el deber de rechazar su demanda.

VI. Normas y niveles de sistemas normativos

La moraleja de la sección anterior es que hay una importante diferencia en lo que implica que una acción esté negativa o positivamente permitida. Esta conclusión es la que expresamente han defendido Alchourrón y Bulygin y que ha sido persistentemente cuestionada por sus críticos. Parte de los desacuerdos entre ellos podrían derivar de una discrepancia acerca de cómo se identifica el derecho.³¹ Mientras que los profesores argentinos verían al derecho como producto de decisiones del legislador y, por consiguiente, su modelo se aplicaría sólo a –por así decirlo– las *lagunas de la ley*, los críticos insisten en otras dimensiones normativas del derecho (en especial, se refieren a los principios y razones subyacentes a las normas formuladas por las autoridades) y, por consiguiente, aplican su análisis al nivel de las *lagunas en el derecho*.

El argumento de los críticos sería que dado que las decisiones del legislador sólo serían calificaciones normativas *prima facie*, que deben revisarse en un nivel más profundo de argumentación, nada impide que frente a una laguna *en la ley*, los jueces no tengan discreción porque existan respuestas jurídicas concluyentes en otro nivel del ordenamiento jurídico. En otras palabras, la afirmación “los jueces tienen discreción en casos de laguna” sería falsa. Aun si fuese verdad que hay una laguna *en la ley*, todavía puede haber una solución en otro nivel del derecho que limita la discreción judicial. En palabras de Bayón:³²

Y entendido de este modo el concepto, creo que se comprende además con facilidad que de la mera existencia de una laguna (de la ley) no se sigue necesariamente que el juez se encuentre en la posición de tener que decidir discrecionalmente sobre el caso: porque éste puede estar solucionado en el nivel de las calificaciones normativas concluyentes o definitivas

Por razones de simplicidad, denominaré a esta idea como “el argumento de los diferentes niveles” y sostendré que el mismo no es una re-

³¹ *Ibid.*, pp. 45-46.

³² *Ibid.*, p. 56.

futación de la tesis que sostienen Alchourrón y Bulygin sino que, por el contrario, es una ratificación de dos de sus ideas principales: (i) las lagunas normativas son relativas a un determinado conjunto de normas y casos y (ii) si el sistema normativo no tiene lagunas, entonces el juez no tiene discreción.

Muchas páginas del célebre libro *Normative Systems* están dedicadas a comparar diferentes sistemas normativos que regulan el mismo ámbito fáctico, *e.g.* en el primer capítulo se comparan cuatro sistemas normativos. Allí se muestra que diferentes sistemas de normas normalmente tienen distintas propiedades y que, por ejemplo, el sistema de Freitas es completo y el de Vélez Sarfield no lo es. Por ello, Alchourrón y Bulygin destacan:

Uno de los resultados más importantes de los análisis precedentes es que la cuestión acerca de la existencia de las lagunas es siempre relativa a un sistema normativo. El mismo caso puede tener soluciones distintas en sistemas diferentes.³³

No es muy difícil extraer la moraleja apropiada para evaluar el argumento de los diferentes niveles. Así, salvo situaciones en las que la revisión de las decisiones del legislador coincida exactamente con las soluciones que ya había ofrecido esa autoridad, el sistema de la ley y el sistema del derecho serán diferentes. Por ello, mientras que el sistema de normas que surge de la ley puede tener lagunas –y respecto de *ese* sistema el juez puede tener discreción–, el sistema de normas que surge del derecho puede ser completo y frente a esas *otras* normas el juez tendría limitadas sus opciones de fundamentación de su decisión. En otras palabras, no hay impedimento para señalar que frente a normas que ofrecen calificaciones *prima facie*, el juez tendrá *prima facie* discreción para resolver los casos de lagunas que se producen en ese sistema de normas y que en el nivel de las calificaciones concluyentes el juez tendrá definitivamente discreción (o carecerá de ella) según sea el resultado de la revisión de las disposiciones legales.

Nada impide elaborar más de un sistema en el análisis de un problema normativo y el modelo desarrollado en *Normative Systems* es una herramienta extraordinariamente útil para comprender esa dinámica de sistemas en el proceso de búsqueda de la calificación jurídica concluyente de una conducta. Tal vez esa dinámica queda desdibujada por

³³ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *IMCJ, op. cit.*, p. 48.

una idea que los críticos parecen atribuir a Alchourrón y Bulygin: aunque se pudiesen construir diversos sistemas normativos para analizar un problema, *sólo* el sistema de la ley debe ser aplicado por los jueces.³⁴ Creo, sin embargo, que esta tesis es ajena a la letra y al espíritu del modelo (y a otros trabajos anteriores y sucesivos) de Alchourrón y Bulygin. Ese modelo es neutral acerca del tema de la identificación de las normas que forman la base del sistema y ellas pueden extraerse de la legislación, la jurisprudencia, el derecho natural, el razonamiento de los intérpretes, etc. En otras palabras, el razonamiento jurídico puede identificar diferentes niveles en el derecho de una comunidad y ellos se puedan reconstruir como diferentes sistemas normativos. A su vez, tampoco hay nada de extraordinario en que un sistema de un cierto nivel sea completo y el de otro nivel sea incompleto. A efectos de determinar si los jueces tienen discreción es preciso previamente identificar qué sistema es el que se escoge en el análisis.

En el modelo de Alchourrón y Bulygin, la selección de los enunciados de la base que se usan para resolver jurídicamente un determinado problema normativo tiene que satisfacer dos criterios: (i) los enunciados de la base tienen que ser *válidos* y (ii) la base tiene que contener a *todos* los enunciados con consecuencias normativas para el problema normativo en cuestión.³⁵ De ambas tesis se infiere que la solución jurídicamente correcta de un problema normativo exige tomar en cuenta a todas las normas jurídicas relevantes del derecho de una comunidad con relación a un determinado problema y para su identificación se define un criterio que permite recursivamente dar cuenta de esos elementos.

De esta manera, aunque cualquier conjunto de normas puede estructurarse sistemáticamente a partir de la derivación de sus consecuencias lógicas, no es verdad que cualquier conjunto de normas sea el más adecuado para resolver jurídicamente un problema normativo. Esta conclusión sirve para matizar una idea defendida por Juan Carlos Bayón: "el juez no *crea* necesariamente la solución cada vez que no hay una regla expresa que resuelva el caso".³⁶ Si por "crear una norma" se entiende formular una norma cuyo contenido no sea idéntico a (ni pueda

³⁴ Véase, Bayón, Juan Carlos, "Sobre el principio de prohibición", *op. cit.*, pp. 61 y ss.

³⁵ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *IMCJ*, p. 122.

³⁶ Bayón, Juan Carlos, "Sobre el principio de prohibición", *op. cit.*, p. 56.

deducirse de) otra norma de un *determinado* sistema, e.g., *S1*,³⁷ entonces la única manera de resolver una laguna en *S1* es mediante la creación de una nueva norma. Si el juez resuelve un caso que no tenía solución en *S1*, entonces desaparece la laguna, pero la norma introducida por el juez no se deduce de –ni es idéntica a– otra norma del sistema *S1*, aunque otro sistema *S2* ya incluya una solución para el caso en cuestión. Por supuesto, cualquier juez o jurista puede equivocarse en la identificación de las normas válidas que son relevantes para resolver jurídicamente un problema normativo (por ejemplo, cuando un juez selecciona un sistema *S1* cuando otro sistema *S2* hubiese sido más apropiado), pero ello no es un defecto del modelo sino una consecuencia inevitable de nuestras limitaciones epistémicas.

VII. Tipos de lagunas normativas

Para que la discusión acerca de la existencia de lagunas normativas y sus consecuencias para la discreción judicial no sea sólo un mal entendido es preciso que se utilice el *mismo* concepto de laguna en el debate. Pero, ¿qué concepto de laguna es apropiado usar en esta tarea? Uno de los méritos innegables del modelo desarrollado por Alchourrón y Bulygin es haber distinguido con precisión entre diferentes conceptos de laguna (i.e. lagunas normativas, axiológicas, de reconocimiento y de conocimiento), que normalmente se encuentran confundidos en el análisis del problema de las lagunas del derecho.

Sin embargo, a pesar de la sofisticación de la propuesta de Alchourrón y Bulygin, los críticos opinan que la definición de *laguna normativa* no es satisfactoria ya que no captura el papel que desempeñan los principios y las razones subyacentes a las normas. Por ejemplo, Bayón sugiere que una buena manera de caracterizar a una laguna podría ser a partir de la idea de conflictos sin resolver en un sistema normativo.³⁸ Por su parte, Ruiz Manero defiende que un caso C es una lagu-

³⁷ Bulygin, Eugenio, "Sentencia judicial y creación de derecho" en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, *op. cit.*, 360.

³⁸ Bayón, Juan Carlos, "Sobre el principio de prohibición", *op. cit.*, pp. 60-61. En un sentido similar, véase, Raz, Joseph, "Legal Reasons, Sources and Gaps", en *The Authority of Law*, *op. cit.*, pp. 74 y ss. Véase, también Bulygin, Eugenio, "Teoría y técnica de legislación" en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, *op. cit.*, pp. 416-417. Sin embargo, no resulta obvio que Bulygin distinga esta situación de conflicto sin solución de las lagunas normativas como casos sin solución.

na normativa en un sistema jurídico S_j cuando (i) S_j no contiene una regla que correlacione C con una solución normativa y (ii) el balance de principios del sistema exige una regla que correlacione a C con una solución que la califique como obligatoria o prohibida.³⁹ A efectos de distinguir este concepto del utilizado por Alchourrón y Bulygin, lo denominaré “lagunas aparentes”. Como mostraré a continuación, la caracterización de estas lagunas aparentes, al menos en la versión que defiende Ruiz Manero, está abierta a diversas objeciones.

En primer lugar, en este concepto de laguna aparente resalta la indeterminación para identificar si un determinado caso es o no es una laguna de un determinado sistema. Frente a la reconstrucción racional rigurosa y exacta que proponen Alchourrón y Bulygin en términos de soluciones maximales, casos elementales y universos de acciones, la propuesta de Ruiz Manero remite al resultado de un balance de principios y razones subyacentes. Este enfoque es una consecuencia natural del modo en que Ruiz Manero entiende el derecho (*i.e.* como un conjunto normativo de diferentes niveles integrado por reglas, principios, etc.), pero resulta llamativo el modo en que se articulan esos elementos en el análisis de las lagunas en el derecho. Según Ruiz Manero, los principios se distinguen de las reglas, entre otras cosas, porque el deber que imponen es de naturaleza *prima facie*. Pero,

Tal deber *prima facie* se transforma en deber concluyente siempre que, en relación con las propiedades del caso, no concurra otro principio que tenga, en relación con esas mismas propiedades, un mayor peso. El resultado de este balance entre principios concurrentes es una regla que establece la prevalencia de uno de ellos, dadas ciertas circunstancias genéricas, esto es el deber concluyente de realizar, dadas tales circunstancias, la conducta prescrita en el consecuente de uno de ellos.⁴⁰

Este párrafo resalta una idea importante: las calificaciones de la ley son tan *prima facie* como las calificaciones que surgen de los principios y, por esa razón, los únicos deberes concluyentes surgen de *reglas*. Por consiguiente, para determinar si existe una laguna en un sistema de calificaciones concluyentes es necesario identificar las reglas que se

³⁹ Ruiz Manero, Juan, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” en Atria, Fernando et al., *Lagunas en el derecho*, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁰ Ruiz Manero, Juan, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” en Atria, Fernando et al., *Lagunas en el derecho*, *op. cit.*, 121.

refieren a los distintos casos genéricos de un universo de casos. Si hubiese una laguna, en el enfoque de Ruiz Manero, las reglas no darían solución a un caso, es decir, tendría que haber tanto un caso sin solución en ese universo de casos y *además* tendría que haber una exigencia derivada del balance de principios conforme a la cual la calificación normativa de una acción en ese caso de lagunas debe ser obligatoria o prohibida. Por tanto, *antes* de completar el balance no es posible determinar si hay una laguna. Pero, como vimos en el párrafo mencionado anteriormente, *luego* del balance de principios (*i.e.* el resultado de ese balance) se deriva una regla que concluyentemente resuelve el caso. De allí se sigue que las lagunas en el derecho serían sólo aparentes ya que antes del balance de principios no se puede determinar si el caso sin solución es una laguna y después del balance de principios habría una regla que concluyentemente resuelve el caso.

En segundo lugar, la nueva cláusula propuesta por Ruiz Manero parece destinada a distinguir entre casos de laguna y casos jurídicamente irrelevantes. Pero, este intento pasa por alto no hay lagunas "en general" o, dicho de otro modo, las lagunas no son simplemente "casos sin solución". Más bien son casos sin solución de un determinado universo de casos correlacionado con un determinado universo de soluciones y acciones. Como recuerdan Alchourrón y Bulygin,

... tampoco cabe preguntar si un sistema normativo es completo o coherente antes de haber determinado primero el ámbito de todos los casos posibles (un UC) y el de todas las soluciones posibles (un USmax).⁴¹

Para poder identificar si, por ejemplo, rascarse la oreja cuando es feriado es algo más que un caso sin solución (*i.e.*, un caso de laguna), hay que identificar previamente a las normas que se refieren a esa acción y, luego, analizar si esas normas señalan a los días feriados o laborales como propiedades relevantes para imponer una cierta solución. Si ninguna norma conecta a esa propiedad con esa acción, entonces el caso es irrelevante en el sentido de que cuando una propiedad es "irrelevante para un UA, será irrelevante también para cualquier UC de ese UA y para cualquier caso de cualquier UC del mismo UA".⁴² Si ningu-

⁴¹ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *IMCJ*, p. 48. Para un análisis de la relación entre relevancia y completitud, véase, Redondo, María Cristina, "Sobre la completitud de los sistemas jurídico" en *Análisis filosófico* 26 (2006), pp. 294-324.

⁴² Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *IMCJ*, p. 153.

na norma se refiere a esa acción de rascarse la oreja, entonces la propiedad de ser feriado o laborable carece completamente de interés.

Finalmente, la definición de Ruiz Manero también deja espacio para otra crítica diferente. Volvamos al ejemplo del sistema normativo de Vélez Sarfield para la reivindicación de bienes inmuebles y recordemos que en ese sistema no hay una solución para el caso 1 de enajenante de buena fe, buena fe del adquirente y título oneroso. ¿Es éste un caso de lagunas según la nueva definición de Ruiz Manero? Si, siguiendo a Freitas, admitiésemos que el balance de razones exige *facultar* al actual poseedor a restituir el bien, entonces esta nueva definición no reconoce a esta situación como un caso de laguna. En palabras de Ruiz Manero, su definición de laguna⁴³

...excluye de su ámbito aquellos casos no cubiertos por una regla pero en relación con los cuales el balance de los principios relevantes del sistema determinaría que ésta permitiese tanto la realización como la omisión de la conducta de que se trate. De acuerdo con la definición, pues, en relación con el caso de las vacaciones matrimoniales el sistema jurídico no contendría laguna alguna.⁴⁴

Pero, claramente, no tiene sentido señalar que el balance de principios exige prohibir la restitución del inmueble, y tampoco parece plausible –sin destruir la relevancia de otras propiedades– imponer como obligatoria la restitución. Así, parece sensato suponer que el balance de principios subyacentes se decanta por *autorizar* al actual poseedor a conservar o devolver el bien inmueble. Más aún, esa fue la solución que Freitas escogió en su anteproyecto de Código Civil Brasileño. Por tanto, si el balance de principios exige que se autorice una conducta y el sistema en cuestión no ofrece esa solución, entonces: ¿por qué negar que allí hay una laguna? La razón parece ser que esta restricción es vista como una manera inevitable de distinguir entre casos de lagunas y casos jurídicamente irrelevantes. Pero, paradójicamente, este esfuerzo por mostrar que en un caso irrelevante el balance de principios no im-

⁴³ Ruiz Manero, Juan, "Algunas concepciones del derecho y sus lagunas" en Atria, Fernando et al., *Lagunas en el derecho*, op. cit., p. 123.

⁴⁴ Este caso de las vacaciones matrimoniales –en el que un cónyuge pide al juez que obligue al otro cónyuge a ir de vacaciones a un determinado lugar– fue introducido en la discusión contemporánea por Atria, como una manera de mostrar que en casos irrelevantes los jueces carecen de discreción. Atria, Fernando, "Sobre las lagunas" en Atria, Fernando et al., *Lagunas en el derecho*, op. cit., p. 17.

pone una solución que restrinja las opciones de los individuos, termina equiparando a casos irrelevantes con las situaciones de laguna. En otras palabras, la redefinición de Ruiz Manero no sólo no permite identificar genuinas lagunas en un sistema normativo sino que, además, equipara a muchas situaciones que los juristas identifican como lagunas a casos que son jurídicamente irrelevantes.

VIII. Conclusiones

Mediante el análisis de las normas permisivas y las reglas de clausura he procurado mostrar en qué sentido los permisos son un instrumento indispensable para la clausura de un sistema normativo. Más allá de las discusiones acerca de las funciones que cumplen los permisos, las normas de clausura permisivas son la única manera de evitar las lagunas de un sistema normativo preservando simultáneamente la coherencia. He subrayado también que esa relación entre completitud y coherencia tiene que complementarse con una toma de posición acerca de las relaciones entre relevancia normativa y clausura de los sistemas normativos. Así como la completitud es un ideal racional subordinado a la coherencia puede sostenerse que la completitud es también un ideal subordinado al conjunto de propiedades relevantes seleccionada por la autoridad.

A partir de esas distinciones he revisado con cierto detalle las estrategias clásicas para dar cuenta de la relevancia de las normas permisivas. Así, asumiendo que para los sujetos normativos no hay mayores diferencias pragmáticas en la permisión de situaciones no reguladas, he analizado (i) el papel que juega la norma de clausura en la limitación de competencias normativas en sistemas jerárquicamente estructurados, y (ii) la relación entre conductas débilmente permitidas y discreción judicial. Aunque es indudable que los argumentos que he analizado y desarrollado aquí pueden ser considerablemente sofisticados, espero haber mostrado, al menos, que el escepticismo frente a la autonomía y relevancia de las normas permisivas es injustificado.⁴⁵

Recepción: 13/01/2010

Aceptación: 23/01/2011

⁴⁵ Agradezco a un evaluador de *Isonomia* sus observaciones críticas a una primera versión de este trabajo.