

PABLO E. NAVARRO

SISTEMAS NORMATIVOS Y LAGUNAS EN EL DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PREFACIO	11
INTRODUCCIÓN	15
I. APROXIMACIÓN CONTEXTUAL.....	17
II. NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS	19
III. EL PRINCIPIO DE CLAUSURA NORMATIVA	21
IV. LOS RASGOS BÁSICOS DEL MODELO ALTERNATIVO	23

PARTE I

SISTEMAS NORMATIVOS: EL MODELO CLÁSICO

CAPÍTULO I. LAS LAGUNAS DEL DERECHO	29
I. INTRODUCCIÓN.....	29
II. POSITIVISMO JURÍDICO E INDETERMINACIÓN DEL DERECHO.....	33
III. COMPLETITUD NORMATIVA, CASOS GENÉRICOS Y CASOS INDIVIDUALES.....	35
IV. NORMAS GENERALES Y NORMAS INDIVIDUALES	39
V. COMPLETITUD NORMATIVA Y ENUNCIADOS DE SUBSUNCIÓN	43
VI. BIVALENCIA Y CONCEPCIÓN EPISTÉMICA DE LA VAGUEDAD	46
VII. LAGUNAS DE CONOCIMIENTO Y RECONOCIMIENTO.....	51
VIII. PRESUNCIONES Y DEFINICIONES.....	55
IX. CONCLUSIONES.....	58

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO II. NORMAS PERMISIVAS Y CLAUSURA DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS	59
I. INTRODUCCIÓN	59
II. LA AUTONOMÍA DE LAS NORMAS PERMISIVAS	61
III. PERMISIONES Y JERARQUÍA NORMATIVA	65
IV. PROPIEDADES RELEVANTES Y NORMAS PERMISIVAS	68
V. CONCLUSIONES	72
CAPÍTULO III. LA INTENSIDAD DE LOS PERMISOS	73
I. INTRODUCCIÓN	73
II. TIPOS DE PROPOSICIONES NORMATIVAS	76
III. PERMISIÓN FUERTE Y DÉBIL	78
IV. LA FUERZA DE LOS PERMISOS	80
V. LA REGLA DE CLAUSURA.....	83
VI. LAGUNAS Y DISCRECIÓN JUDICIAL	85
VII. CONCLUSIONES	86
CAPÍTULO IV. ACERCA DE LA INEVITABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN	89
I. INTRODUCCIÓN	89
II. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS	92
III. LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS.....	95
IV. EL ALCANCE DE LAS NORMAS GENERALES	96
V. LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS.....	99
VI. LA CONEXIÓN ENTRE NORMAS GENERALES Y NORMAS INDIVIDUALES	101
VII. CONCLUSIONES	104

PARTE II
ALTERNATIVAS AL MODELO CLÁSICO
DE SISTEMAS NORMATIVOS

CAPÍTULO V. CASOS DIFÍCILES, LAGUNAS EN EL DERECHO Y DISCRECIÓN JUDICIAL	109
I. INTRODUCCIÓN	109
II. DESACUERDO JURÍDICO Y TEORÍA DEL DERECHO.....	110
III. CASOS GENÉRICOS, CASOS INDIVIDUALES Y CASOS JUDICIALES.....	113
IV. LAGUNAS EN EL DERECHO Y DISCRECIÓN JUDICIAL.....	115
V. LAGUNAS EN EL DERECHO Y RELEVANCIA NORMATIVA....	117
VI. CONCLUSIONES	120

	Pág.
CAPÍTULO VI. PERMISOS NORMATIVOS Y DISCRECIÓN JUDICIAL	123
I. INTRODUCCIÓN.....	123
II. ACERCA DE LA EQUIVALENCIA PRAGMÁTICA ENTRE PERMISOS FUERTES Y DÉBILES	126
III. PERMISIONES E INTERFERENCIAS	128
IV. PERMISOS PROTEGIDOS Y DECISIÓN JUDICIAL	131
V. ASIMETRÍA Y NORMAS PERMISIVAS.....	133
VI. EL ALCANCE DE LA TESIS DEL DEBER DE RECHAZAR	137
VII. CONCLUSIONES.....	139
CAPÍTULO VII. LAGUNAS EN EL DERECHO Y CASOS IRRELEVANTES	141
I. INTRODUCCIÓN.....	141
II. EL ALCANCE DEL DERECHO POSITIVO.....	143
III. Kelsen, LAS LAGUNAS EN EL DERECHO Y LA CLAUSURA NORMATIVA	144
IV. LA CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LAS LAGUNAS NORMATIVAS.....	151
V. LA CONCEPCIÓN VALORATIVA DE LAS LAGUNAS NORMATIVAS.....	156
VI. LOS CASOS IRRELEVANTES COMO PROBLEMAS EXTERNOS AL DERECHO	164
VII. CONCLUSIONES.....	169
CAPÍTULO VIII. EXCLUSIVIDAD Y EXHAUSTIVIDAD DEL DERECHO	171
I. INTRODUCCIÓN.....	171
II. LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA JURÍDICO	173
III. LA CLAUSURA REGULATIVA DEL SISTEMA GLOBAL	176
IV. EL SISTEMA JURÍDICO APLICABLE.....	177
V. RELACIONES ENTRE SISTEMAS ABIERTOS Y CERRADOS ...	181
VI. SISTEMAS INTERPRETATIVAMENTE ABIERTOS	183
VII. LA CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO	186
VIII. LA EXHAUSTIVIDAD DEL DERECHO	193
IX. CONCLUSIONES.....	194
EPÍLOGO	197
BIBLIOGRAFÍA	203

PREFACIO

Los desacuerdos acerca de las calificaciones jurídicas de una acción son uno de los rasgos característicos de la práctica jurídica. Más aún, con frecuencia se insiste en que una adecuada explicación de estos desacuerdos es un criterio mínimo de adecuación para una teoría que pretende dar cuenta de la naturaleza del derecho (DWORKIN, 1986: 3 y ss.). En cierta medida, estas discrepancias acerca de lo que se debe o no se debe hacer se producen porque ellas se refieren tanto a (i) la identificación de las conductas debidas conforme a lo que dispone el derecho positivo para un cierto caso como también a (ii) lo que ese conjunto normativo *debería* disponer para esa controversia. Estos planos diferentes involucran desacuerdos teóricos acerca del estatus normativo que tienen las acciones, pero también discrepancias acerca de la fidelidad a las decisiones de las autoridades. Esta visión, obviamente, supone que el derecho tiene límites y que, al identificar esos límites, es posible distinguir entre aquello que el derecho efectivamente prescribe y aquello que, conforme a un cierto criterio, debe prescribir. En gran medida, las ideas centrales de este libro giran en torno a la plausibilidad de esta distinción entre el «derecho que es» y el «derecho que debe ser», sus conexiones con la indeterminación de derecho y sus consecuencias para la justificación de las decisiones judiciales.

* * *

Este texto comprende una introducción y dos partes, que incluyen cuatro capítulos respectivamente. En la introducción presentaré de manera breve y simplificada ciertas distinciones y argumentos centrales de este libro relativas a las nociones de sistemas normativos, permisos y la naturaleza del principio de clausura. En los cuatro capítulos de la primera sección, presentaré con

cierto detalle los elementos centrales del modelo elaborado por Alchourrón y Bulygin en su clásica obra *Normative Systems* (en adelante, «Modelo Clásico») y luego, en la segunda parte, analizaré algunas de las principales críticas a la teoría de Alchourrón y Bulygin que, a lo largo de casi veinte años, han fermentado en el contexto académico hispanoamericano¹.

Mi presentación del Modelo Clásico no es exegética sino, más bien, crítica. Para ello, en los primeros cuatro trabajos destacaré —como base analítica de mis propias ideas— ciertas tesis centrales que Alchourrón y Bulygin utilizan para analizar algunos conocidos problemas de la teoría contemporánea del derecho: la vaguedad y la indeterminación de los sistemas normativos, la inevitabilidad de la interpretación jurídica, la naturaleza de las normas de clausura y la distinción entre diferentes tipos de permisiones.

En la segunda parte analizaré la alternativa al Modelo Clásico que surge de los trabajos de Fernando Atria, Juan Ruiz Manero y Juan Carlos Bayón. Aunque muchos otros autores han criticado al Modelo Clásico, la obra de estos tres profesores ha merecido una detallada respuesta por parte de Bulygin. Entre otros aspectos polémicos, los temas principales de estos debates son (i) la falta de autonomía normativa de las permisiones, (ii) la equivalencia pragmática entre las autorizaciones generadas por normas permisivas y las ausencias de prohibiciones, (iii) la necesidad de distinguir entre casos irrelevantes y lagunas normativas, (iv) la asimetría de las decisiones judiciales en casos irrelevantes y casos de lagunas normativas, etc. De esta manera, el análisis de estos trabajos y sus réplicas constituye un mapa conceptual idóneo para revisar el Modelo Clásico y evaluar la plausibilidad de sus alternativas.

Los capítulos de este libro han sido ya publicados de manera independiente y aquí son reproducidos con modificaciones que pretenden reducir erratas y las inevitables repeticiones en citas y argumentos que se entrecruzan en estos ensayos. De todos modos, las referencias a sus lugares originales de publicación se acompañan a pie de página, al inicio de cada capítulo.

* * *

La idea de preparar este libro surgió durante una estancia de investigación (octubre a diciembre de 2016) en la Universidad Austral de Chile, Valdivia, con el apoyo del programa para la atracción de capital humano avanzado del extranjero (número 80150016). Tengo una enorme deuda con los profesores de la Facultad de Derecho de esa universidad por su generosidad para crear

¹ Esta limitación al contexto hispanoamericano de ninguna manera significa que autores de otras comunidades (como, por ejemplo, en Italia, Norberto Bobbio, Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Giovanni B. Ratti, Pierluigi Chiassoni, Mauro Barberis, Bruno Celano, Francesca Poggi, etc.) no hayan realizado aportes relevantes al estudio de la naturaleza sistemática del derecho.

un excelente ambiente de trabajo cotidiano. Debo agradecer especialmente a Daniela Accatino, Sebastián Agüero y Álvaro Núñez por tantas buenas cosas compartidas en esos meses, en uno de los rincones más hermosos del mundo.

Al finalizar ese período de investigación, en diciembre de 2016, tenía la intención de completar este libro en un período relativamente breve. Sin embargo, la elaboración de la segunda parte de este trabajo se demoró más de lo previsto. Por ello, los últimos tres artículos se fueron publicando de manera independiente, a pesar de que todos ellos fueron escritos pensando en formar parte de este libro. El impulso decisivo para concluir con estas investigaciones provino de una estancia de investigación en Girona, desde noviembre de 2017 a septiembre de 2019. Este período de trabajo fue financiado por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Argentina (CONICET) en el marco de la Beca CONICET/GIRONA. Quisiera señalar mi agradecimiento a Jordi Ferrer por su invitación a trabajar durante esos años en la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. Esta estancia de investigación no solo fue la ocasión ideal para escribir y revisar este manuscrito, sino que también me ofreció una inmejorable oportunidad para crecer personal y profesionalmente en un grupo extraordinario. En especial, quiero agradecer a Diego Papayannis, Diego Dei Vecchi, Carmen Vázquez, Jordi Ferrer, Laura Manrique, Edgard Aguilera, Piero Mattei Gentili, Isabel Alfaro, Margarita Rosa Martínez, Carolina Sierra, Manuel Vial, Jorge Baquerizo y Gustavo Poblete los muchos y buenos momentos de amistad y trabajo que nos han unidos en estos años.

Estos años de investigación en Girona fue complementado con frecuentes actividades académicas en otras universidades y centros de investigación, por ejemplo, la Universidad del Externado (Colombia), Instituto HEBO (México), las universidades españolas de Alicante y Pompeu Fabra (Barcelona), y la Universidad de Génova (Italia). Juan Ruiz Manero ha leído una primera versión de este manuscrito y me ha indicado una buena cantidad de erratas e imprecisiones. También estoy en deuda con Eugenio Bulygin, Jorge L. Rodríguez, José Juan Moreso, Cristina Redondo, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni y Giovanni Battista Ratti por su generoso estímulo intelectual, su paciente amistad y su constante esfuerzo por mejorar mis ideas y argumentos.

Finalmente, les agradezco mis amigos Jordi Ferrer y José Juan Moreso la oportunidad de publicar este puñado de ideas reunidas a lo largo de quince años en la prestigiosa colección «Filosofía y Derecho» de Marcial Pons.

INTRODUCCIÓN

«... aquí mi corazón vivirá para siempre, a menos que encontremos una luz más allá de los caminos oscuros que todavía hemos de recorrer, tú y yo. ¡Ven conmigo!»

J. R. TOLKIEN, *La comunidad del anillo*

I. APROXIMACIÓN CONTEXTUAL

Uno de los tópicos recurrentes en la filosofía jurídica es el de la naturaleza sistemática del derecho. La importancia de este tema se muestra no solo en las frecuentes polémicas filosóficas sino también se filtran en nuestro vocabulario ordinario. Así, tal vez con cierta exageración, podría decirse que cualquier persona, con una instrucción básica, comprende que el derecho de una cierta sociedad se identifica, en alguna medida, con el sistema jurídico de esa comunidad política (HART, 1994: 3).

La concepción sistemática del derecho tuvo un destacado papel en la tradición iusnaturalista (véase, por ejemplo, GROCIO, 1925: Tomo I, Libro 1; FULLER, 1969: 122-133, FINNIS, 2011: 266-273), pero han sido autores afines al positivismo jurídico los que han recuperado este enfoque en la teoría del derecho contemporánea. En particular, Kelsen y Hart se han preocupado por explicar en qué sentido las normas jurídicas forman un sistema normativo y por qué ello es fundamental en nuestra comprensión del derecho. Entre otras cosas, la noción de sistema juega un papel importante al analizar, por ejemplo, la unidad del derecho, las diferencias entre moral y derecho, la especificidad de las autoridades jurídicas, las particularidades del modo en que el derecho regula su propia creación y aplicación, el alcance de la discreción judicial, etcétera.

Sin embargo, las teorías de Kelsen y Hart se fundamentan en presupuestos distintos y persiguen objetivos diferentes, que impactan en sus explicaciones de las características sistemáticas del derecho. Por ejemplo, Kelsen asume casi a lo largo de su extensa producción, dos ideas intrínsecamente relacionadas. Por una parte, la función epistemológicamente creadora de la ciencia jurídica y, por otra parte, la necesidad de depurar al derecho de sus antinomias. Para Kelsen, ambos requisitos son necesarios para que un conjunto normativo tenga la unidad característica de los sistemas normativos. Por ello, al analizar el derecho internacional, Kelsen (1979: 331) señala:

En tanto el conocimiento jurídico pretende captar el derecho caracterizado como derecho internacional, así como también al material que se ofrece como derecho de un Estado particular, como derecho, tiene que hacerse cargo de la tarea —igualmente que la ciencia natural— de exponer su objeto como una unidad. El criterio negativo de esa unidad es la falta de contradicción.

Y, pocas líneas más adelante, sostiene (KELSEN, 1979: 331):

Entonces, quien considere al derecho como un sistema de normas válidas, tendrá que prescindir de la moral, y quien considere a la moral como un sistema de normas válidas, del derecho... Así no se dice sino que no existe ningún punto de vista común desde el cual puedan verse a la moral y el derecho como órdenes normativos válidos simultáneamente. «Nadie puede servir a dos señores».

Los presupuestos que llevan a esta doctrina de Kelsen hunden sus raíces en algunos aspectos centrales de la *Teoría Pura*. Por ejemplo, la conexión entre validez y existencia de las normas o la aplicación de los principios lógicos al discurso normativo. Las críticas a la propuesta de Kelsen son bien conocidas y, más allá de las consecuencias para la doctrina kelseniana, conviene recordar las siguientes palabras de H. L. A. Hart, en un trabajo crítico del año 1968 (Citado conforme a HART, 1983b: 310):

Creo, y trataré de mostrarlos, que la doctrina de Kelsen de la unidad de todas las normas válidas... es errónea. Pero pienso que por diferentes razones hay mucho que aprender del examen de su doctrina. El esfuerzo por criticar esas difíciles ideas deja es, pienso, su recompensa ya que arrojan luz sobre al menos dos cosas. Por una parte, muestra que hay una gran cantidad de asuntos pendientes para la teoría analítica del derecho que todavía deben abordarse, y ello incluye una aclaración todavía necesaria del significado de la afirmación común de que el derecho pertenece o constituye un sistema de normas... Por otra parte, el examen de ciertos rasgos de la doctrina de Kelsen nos conduce al menos a las fronteras de la lógica de normas y sus interrelaciones, y tal vez ver más allá de las fronteras donde es necesario algo más comprehensivo que las formas familiares de la lógica deóntica.

Estos dos desafíos señalados por Hart tuvieron una notable respuesta pocos años más tarde. A principios de la década de 1970, la teoría de los sistemas normativos fue reformulada, con herramientas sofisticadas y novedosos recursos conceptuales provenientes de la filosofía analítica y la lógica deóntica. Así, *The Concept of a Legal System*, de Joseph Raz (1970) y *Normative Systems*, de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (1971) se convirtieron en libros de indudable referencia al momento de entender al derecho como un sistema normativo. Aunque esos trabajos han sido muy influyentes en la teoría contemporánea, las ideas centrales de ambos ensayos han tenido una evolución bastante diferente. Muchas de las importantes observaciones de Raz han sido descuidadas en la teoría contemporánea. Por ejemplo, salvo algunas no-

tables excepciones, no hay nuevos desarrollos de las ideas de Raz acerca de la estructura operativa de los sistemas jurídicos, de los principios de individualización de normas, de la eficacia del derecho, de la estructura de los sistemas jurídicos (no momentáneos), etc. Por el contrario, el enfoque de Alchourrón y Bulygin —que en adelante denominaré como «Modelo Clásico»— ha sido objeto de un cuidadoso análisis y permanente refinamiento. Así, prácticamente no hay argumento del libro de Alchourrón y Bulygin que no haya sido ampliado, rectificado, criticado o abandonado a lo largo de casi medio siglo de desarrollo conceptual¹.

No es posible señalar aquí, ni tan siquiera de manera breve, los contenidos centrales del libro de Alchourrón y Bulygin. Por ello, aquí solo destacaré dos ideas centrales de *Normative Systems*:

a) Las normas jurídicas generales correlacionan casos genéricos con soluciones y las lagunas normativas son casos genéricos sin solución en un determinado sistema normativo.

b) En casos de lagunas normativas, los jueces tienen discreción para crear normas generales, que sirvan como base para fundamentar una decisión.

En el desarrollo de estas ideas Alchourrón y Bulygin proporcionan un análisis minucioso de una idea recurrente del pensamiento jurídico: la plenitud hermética del derecho. Conforme a esta tesis, el razonamiento jurídico estaría comprometido con la verdad de la proposición que señala que los ordenamientos jurídicos son, por razones conceptuales, completos. Ello ocurriría porque sería una verdad irrefutable que aquellas conductas que no han sido prohibidas están permitidas. En otras palabras, la verdad del llamado «Principio de Prohibición» aseguraría la completitud de los sistemas jurídicos. Por el contrario, para Alchourrón y Bulygin solo la existencia de una regla de clausura puede asegurar que los sistemas jurídicos son necesariamente completos. Sin embargo, la existencia de una regla de clausura para sistemas jurídicos es contingente, al igual que la existencia de cualquier otra regla de derecho positivo. Para comprender mejor la estrategia crítica de Alchourrón y Bulygin es necesario revisar previamente una distinción crucial: la diferencia entre normas y proposiciones normativas.

II. NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS

En *Normative Systems*, Alchourrón y Bulygin muestran concluyentemente que la ilusión de la necesaria completitud —supuestamente garantizada por la evidente verdad del principio de plenitud hermética— surge de una falta

¹ Un buen testimonio de estos desarrollos del modelo clásico pueden verse en Alchourrón y Bulygin, 1991, y en Garzón Valdés *et al.*, 1997.

de distinción entre normas y proposiciones normativas. Un enunciado normativo, por ejemplo «los compradores están obligados a pagar el precio de la cosa», puede ser utilizado para prescribir una cierta conducta, o para describir la calificación normativa de una acción conforme a un determinado sistema. En el primer caso, se *promulga* una norma, introduciendo una calificación deóntica específica para una cierta acción. En el segundo caso, se *informa* acerca del estatus deóntico de una acción de acuerdo con un conjunto normativo. En el primer caso, el enunciado expresa una *norma*. En el segundo caso, el enunciado expresa una *proposición normativa* (i.e. acerca de normas). Un factor permanente de confusión en la teoría del derecho es esta ambigüedad de los enunciados normativos, es decir, su capacidad de ser empleados tanto en un discurso prescriptivo como en un discurso descriptivo. En un plano *descriptivo*, el estatus normativo de una acción es relativo a las normas que forman parte de un cierto sistema jurídico. Una acción x puede ser obligatoria en un sistema S y, en cambio, puede resultar prohibida en otro sistema $S1$. Esto significa que no tiene sentido debatir acerca de la calificación normativa de una cierta acción sin previamente haber determinado el sistema normativo de referencia. Solo cuando existe acuerdo sobre las normas a las que recurriremos para determinar el estatus de una acción, tiene sentido analizar o debatir acerca de la solución normativa correspondiente a la acción en cuestión. En este sentido, la proposición normativa ‘la acción p es obligatoria’ puede representarse como ‘ Op ’. Es importante señalar que, en esa fórmula, el operador ‘ O ’, resaltado con negritas, indica que el mismo está siendo empleado descriptivamente. Esa proposición es verdadera respecto de un sistema S si y solo si la norma ‘ Op ’ pertenece a las consecuencias del sistema S . Esta situación puede ser representada de la siguiente manera:

$$Op = 'Op' \in CnS$$

Del mismo modo, el enunciado ‘la acción p está prohibida’ respecto de un sistema S es verdadera si y solo si existe entre las consecuencias de S una norma que prohíbe esa acción. En símbolos:

$$PHp = 'PHp' \in CnS$$

Una fuente permanente de confusión en la *descripción* del status normativo de las acciones es producto de la ambigüedad de la expresión ‘la acción p está permitida’ respecto de las normas de un sistema S . Algunas veces, admitimos que esta expresión es verdadera cuando la autoridad normativa (aún) no ha prohibido la acción p . Por tanto, en este sentido de ‘permitido’ —que será denominado *permiso débil* (*weak permission*)— una acción p está débilmente permitida en un sistema S si y solo si no existe entre las consecuencias de S ninguna norma que prohíba la acción p . En símbolos

$$Pwp = 'PHp' \notin CnS$$

Sin embargo, otras veces empleamos la expresión ‘la acción p está permitida’ para describir (informar) que la autoridad normativa ha autorizado

específicamente la ejecución de esta acción. En estos casos, la acción está *permitida en sentido fuerte (strong permission)*. El enunciado normativo es verdadero cuando entre las consecuencias del sistema S existe una *norma permisiva* que autoriza la acción p. En símbolos:

$$P_{sp} = 'Pp' \in C_nS$$

Una acción puede estar fuertemente permitida en virtud de derivarse lógicamente la norma permisiva pertinente de otras normas del sistema. Por ejemplo, si la autoridad impone la obligación de hacer p, entonces de allí se deriva que la autoridad permite hacer p (En símbolos: $Op \rightarrow Pp$). Es importante destacar que, mientras que la *permisión fuerte* de una acción depende de las normas que ha promulgado la autoridad, la *permisión débil* depende de las normas que no ha promulgado la autoridad.

Con esta infraestructura conceptual mínima, es posible disolver la ilusión de la necesaria completitud del derecho. Expondré este argumento con cierto detalle en la siguiente sección.

III. EL PRINCIPIO DE CLAUSURA NORMATIVA

Como he señalado, una discusión clásica en la filosofía del derecho es acerca de la existencia de lagunas en un sistema jurídico. Algunas veces se afirma que las lagunas son imposibles. El argumento usual es que los individuos gozan de una «libertad originaria», previa a las decisiones del legislador, y que por consiguiente sus conductas estarían permitidas aun cuando el legislador no las haya considerado expresamente. Así, se sostiene que el denominado Principio de Clausura Normativa (PCN), '*Todo lo no prohibido está permitido*' es una verdad necesaria respecto de las acciones de cualquier sistema normativo, y esto significa que todos los sistemas jurídicos son completos. Sin embargo, una vez que se advierte la ambigüedad de la expresión «permitido» es fácil comprobar que PCN puede expresar dos proposiciones diferentes. Por una parte, puede ofrecerse una versión débil de PCN cuando la expresión «permitido» es usada en el sentido de «permiso débil». Por otra parte, puede analizarse una versión fuerte de PCN cuando la expresión «permitido» es usada en sentido fuerte.

Versión débil de PCN. Una acción p está débilmente permitida en un sistema S si y solo si en S no se infiere una norma que prohíba p.

En este sentido, PCN tiene que entenderse del siguiente modo:

PCN(d): '*Todo lo no prohibido está débilmente permitido en el sistema S*'

Dado que «débilmente permitido» significa —por definición— únicamente que una cierta acción no está prohibida en un cierto sistema, PCN(d) expre-

sa una verdad innegable, *i.e.*, una tautología, ya que puede reformularse del siguiente modo:

‘Todo lo no prohibido está *no prohibido* en el sistema S’

Según hemos visto, la permisión débil es definida como: $P_{wp} = \text{‘PHp’} \notin \text{CnS}$. Por ello, en su versión débil, el principio de clausura señala: $\text{‘PHp’} \notin \text{CnS} \rightarrow P_{wp}$. Si sustituimos el consecuente de este condicional por su definición, entonces obtenemos la siguiente tautología: $\text{‘PHp’} \notin \text{CnS} \rightarrow \text{‘PHp’} \notin \text{CnS}$.

Es importante remarcar que esta versión es verdadera en virtud del propio significado de la expresión «permitido» cuando este término es usado en su sentido débil. Así entendido, PCN es analíticamente verdadero, y quien intente negarlo incurre en contradicción. Sin embargo, en este sentido, la verdad de PCN no garantiza que el sistema sea completo. La razón es simple: una laguna normativa surge cuando una acción p no está prohibida, ni es obligatoria ni ha sido expresa o implícitamente regulada por la autoridad normativa.

Versión fuerte del PCN. Una acción p está permitida en sentido fuerte en un sistema S si y solo si existe entre las consecuencias de S una norma que permite la acción p .

En este sentido, PCN tiene que entenderse del siguiente modo:

PCN(f): ‘Todo lo no prohibido está *fuertemente permitido* en el sistema S’

Recordemos que el permiso fuerte se expresa como: $P_{sp} = \text{‘Pp’} \in \text{CnS}$. Por consiguiente, la versión fuerte del principio de clausura expresa: $\text{‘PHp’} \notin \text{CnS} \rightarrow P_{sp}$ y, al sustituir el consecuente de este condicional, obtenemos: $\text{‘PHp’} \notin \text{CnS} \rightarrow \text{‘Pp’} \in \text{CnS}$. Este principio es verdadero cuando en cada caso que el legislador no ha prohibido p , es también verdad que el legislador ha decidido permitir p . Es decir que, por alguna curiosa circunstancia, cada vez que el legislador no ha hecho cierta cosa (prohibir una acción), ha hecho, en cambio, algo diferente (permitir esa acción). Podría argumentarse que no es necesario que en cada caso sin regular la autoridad haya permitido expresamente una cierta conducta. Así, podría señalarse que una norma de clausura garantiza siempre la completitud. Pero, las normas de clausura, al igual que otras normas, tienen que ser creadas por una autoridad. Dado que las acciones normativas — como cualquier otra acción humana — son contingentes, se sigue que la verdad de la versión fuerte del principio de clausura es también contingente.

Es importante advertir que, a diferencia de la versión débil de PCN, la versión fuerte de PCN puede ser negada sin incurrir en contradicción. A su vez, a diferencia de lo que ocurre con la versión débil, *cuando la versión fuerte de PCN es verdadera* —y es importante recordar que algunas veces puede no serlo— entonces el sistema normativo en cuestión no tiene lagunas.

<i>Versión débil</i>	<i>Versión fuerte</i>
1) Es analíticamente verdadero	1) Su verdad es contingente
2) Su negación es falsa	2) Su negación puede ser verdadera
3) Es compatible con la existencia de lagunas	3) Es incompatible con las lagunas
4) Es posible prohibir una conducta débilmente permitida sin provocar una inconsistencia en el sistema	4) Prohibir una conducta fuertemente permitida provoca una inconsistencia en el sistema

Por último, cabe preguntarse sobre las relaciones conceptuales entre los permisos fuertes y débiles en relación con la coherencia y la completitud de los sistemas jurídicos. Hay dos posibilidades que vale la pena mencionar. En primer lugar, en un sistema incoherente S , una determinada acción p podría ser fuertemente permitida, pero no está débilmente permitida en S . Por lo tanto, en una lógica de proposiciones normativas, la fórmula ($P_{sp} \rightarrow P_{wp}$) vale solo si el sistema es consistente. En segundo lugar, la fórmula ($P_{wp} \rightarrow P_{sp}$) es falsa cuando el sistema tiene lagunas normativas. De este análisis se sigue que la fórmula ($P_{sp} \leftrightarrow P_{wp}$) solo es verdadera si se refiere a un sistema normativo completo y coherente.

IV. LOS RASGOS BÁSICOS DEL MODELO ALTERNATIVO

La distinción entre normas y proposiciones normativas y la refutación del denominado Principio de Plenitud Hermética del derecho constituyen un aporte decisivo de Alchourrón y Bulygin al análisis del derecho. El *modelo* elaborado en *Normative Systems* es neutral acerca de la identificación del sistema normativo. Poco importa, al momento del análisis de la completitud y coherencia de un conjunto de normas, si ellas obtienen su validez de fuentes sociales o del derecho natural. Una vez que se despliegan las consecuencias lógicas de un determinado conjunto de normas, las circunstancias que determinan si el sistema es completo, o si posee antinomias, no se modifican por los diferentes criterios de validez que se utilizan para seleccionar esa base normativa. En este sentido, el Modelo Clásico reproduce de manera abstracta los rasgos principales de la sistematización del derecho, con independencia del papel de la moral en el derecho y del resultado de la polémica entre positivismo y antipositivismo.

Sin embargo, la crítica al modelo clásico asume que el enfoque de Alchourrón y Bulygin está comprometido con el positivismo jurídico y la alternativa destila ingredientes innegablemente antipositivistas. Por ejemplo, uno de los principales ejes críticos insiste en la necesidad de distinguir entre simples casos que el derecho no regula y las lagunas normativas. El criterio para diferen-

ciar ambas situaciones tendría un componente evaluativo ya que las lagunas no serían simples casos sin resolver sino aquellos casos que el derecho no regula pero que *debería* resolver. De este modo, los límites del derecho no podrían ser establecidos de manera neutral, sino que es preciso desarrollar un argumento evaluativo. A partir de esta tesis se introduce un amplio abanico de ideas complementarias que empujan en dirección opuesta a los enfoques positivistas. No es aquí el lugar para analizar estas críticas y solo me limitaré a esbozar algunos de los componentes centrales de diferentes propuestas que contribuyen a este modelo alternativo².

A principios del siglo XXI, Fernando Atria publicó un influyente análisis del problema de las lagunas normativas y la discreción judicial (ATRIA, 2001) en el que criticaba el Modelo Clásico, poniendo el acento en la inestabilidad del positivismo de Alchourrón y Bulygin para dar cuenta de las relaciones entre casos que el derecho no regula (ni pretende regular), las lagunas normativas y la discrecionalidad judicial. Esta inestabilidad se produciría porque una reconstrucción de las soluciones que los jueces tienen que adoptar en los casos que se encuentran más allá de los límites del derecho conduce al positivismo a escoger entre dos opciones implausibles: formalismo y escepticismo ante las normas.

Poco años después, en una obra colectiva sobre las lagunas en el derecho (ATRIA *et al.*, 2005), Juan Ruiz Manero llamaba la atención sobre los límites del Modelo Clásico, ya que no permite comprender adecuadamente aspectos centrales de nuestras prácticas jurídicas como, por ejemplo, los desacuerdos jurídicos acerca del contenido del derecho. En gran medida, ese defecto es producto de un problema más grave: la falta de atención sobre la estructura compleja del razonamiento jurídico, en el que se identifican dos distintos niveles: las calificaciones normativas provisionales y las calificaciones concluyentes que ofrece el derecho. En su opinión, una vez que se introducen estas distinciones, también sería necesario revisar el concepto de laguna normativa y el alcance de la discrecionalidad judicial.

Finalmente, en 2019, Juan Carlos Bayón publicó una importante crítica al análisis que propone el Modelo Clásico del Principio de Prohibición. Este trabajo de Bayón hunde sus raíces en las propuestas de Atria y Ruiz Manero, pero se aparta tanto en sus presupuestos como en sus conclusiones. A diferencia de Atria y Ruiz Manero, que son críticos de un enfoque positivista del derecho, Bayón explora una alternativa al Modelo Clásico en el marco de un convencionalismo compatible con las propuestas positivistas. Siguiendo a

² En verdad, no hay un único modelo alternativo ya que los diferentes autores, *e.g.* Atria, Ruiz Manero o Bayón, ofrecen una caracterización diferente de la relación entre normas y principios, la existencia de lagunas normativas y el alcance de la discrecionalidad judicial. A pesar de ello, hay suficientes elementos comunes a esas propuestas para simplificar su estructura y englobarlas en un único Modelo Alternativo.

Ruiz Manero, Bayón señala que la identificación del derecho de una cierta comunidad tiene que distinguir entre calificaciones provisorias y concluyentes. El nivel de las calificaciones provisorias sería el de las normas expresamente formuladas por la autoridad (el nivel de la «ley») y el nivel de las calificaciones concluyentes surge de la revisión de las normas formuladas a la luz de los principios o razones subyacentes que las justifican (el nivel del «derecho»). Una vez que se introduce esta distinción, nuestras afirmaciones acerca de aquello que está permitido débilmente o en sentido fuerte también tendrán diferentes condiciones de verdad conforme al nivel de análisis. La conclusión es que el «silencio de la ley» no es necesariamente una laguna normativa y que, por tanto, la decisión judicial en esos casos de silencio no es un ejercicio de discreción o creación intersticial de derecho.

Finalmente, no sería justo concluir esta breve presentación de la tensión conceptual entre el Modelo Clásico y el Modelo Alternativo sin recordar una conocida frase de Cervantes: «amistades que son ciertas, nadie las puede turbar». Por ello, quisiera mencionar que, más allá de muchos años de intrincadas disputas y encendidas polémicas, los partidarios de ambos modelos han honrado persistentemente una ejemplar amistad.

PARTE I

**SISTEMAS NORMATIVOS:
EL MODELO CLÁSICO**

«Abrió luego la puerta consagrada, diciéndonos:
“Tened bien entendido, que vuelve atrás,
quien vuelve la mirada”»

Dante ALIGHERI, *La Divina Comedia*, Canto IX

«“Es muy peligroso, Frodo, cruzar la puerta”, ... “Vas
hacia el camino y si no cuidas tus pasos no sabes hacia
dónde te arrastrarán”»

J. R. R. TOLKIEN, *La comunidad del anillo*

CAPÍTULO I

LAS LAGUNAS EN EL DERECHO

I. INTRODUCCIÓN*

Un recuerdo personal

Conocí a Carlos Alchourrón a mediados del año 1986. Viajé desde Córdoba a Buenos Aires con el propósito de reunir bibliografía sobre lógica deóntica cuando recién comenzaba a escribir mi tesis doctoral sobre la eficacia del derecho. En particular, necesitaba una larga lista de artículos de Neri Castañeda, que era parte de mi proyecto de estudio. Luego de una breve visita a la biblioteca de la Facultad de Derecho, llamé a Alchourrón. Invoqué el nombre de mi director de tesis (Ricardo Caracciolo) y le expliqué atropelladamente mi frustración: no había conseguido ninguno de los trabajos que precisaba. Se compadeció de mi ingenuidad y me invitó a visitarlo esa misma tarde en su casa.

Estuve con él varias horas revisando una buena cantidad de trabajos y manuscritos. Su mesa de trabajo, los cajones y estantes de la biblioteca exhibían un espontáneo desorden, que no le representaba ninguna dificultad cuando necesitaba encontrar algún material que quería enseñarme. Con la misma alegría y nostalgia con que se enseñan fotos familiares, Alchourrón me mostraba libros y trabajos de diversos autores, que podían ser útiles para mi investigación. A lo largo de la tarde fueron amontonándose artículos inéditos de von

* Publicado originalmente como «Lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento», en *Análisis Filosófico* 26 (2006): 190-228. Este volumen fue un número especial dedicado a Carlos E. Alchourrón, al cumplirse diez años de su fallecimiento.

Wright, separatas de sus propios trabajos, apuntes de conferencias, textos de AGM (es decir, textos firmados conjuntamente por Alchourrón, Gärdenfors y Makinson), y una multitud de libros de lógica, teoría del derecho y filosofía del lenguaje. Luego de separar una buena cantidad de artículos de Castañeda, algunos de ellos mecanografiados y con correcciones manuscritas, me dijo que realmente no creía que esa línea de trabajo fuese prometedora para mi tesis¹. De todos modos, añadió, el libro de Castañeda *Thinking and Doing* (CASTAÑEDA, 1975) era una obra importante, aunque no compartía sus fundamentos y conclusiones². Esa misma noche regresé a Córdoba con buena cantidad de material y una mezcla de sentimientos de gratitud y ansiedad por ponerme a trabajar en una multitud de ideas que Alchourrón, delicadamente y casi de manera imperceptible, me había regalado esa tarde.

Mi deuda personal con Alchourrón es difícil de precisar en pocas palabras. A lo largo de diez años fui beneficiado no solo por sus generosos comentarios sobre mis trabajos sino también por su constante apoyo en mi carrera profesional. Sin embargo, aún mayor es mi deuda intelectual. Sus trabajos —en particular, el libro *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales (Normative Systems)*³ y otros artículos escritos junto con Eugenio Bulygin— han sido un material de estudio fascinante y una fuente de constante inspiración para la elaboración de mis trabajos.

* * *

Uno de los aportes más importantes de *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* es el análisis del concepto de sistema normativo y sus propiedades formales: completitud, coherencia e independencia.

¹ Algunos años después advertí que el primer trabajo firmado conjuntamente por Alchourrón y Bulygin se refiere a la visita que Neri Castañeda hizo a Buenos Aires a principios de los años sesenta (véase ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1961). En esa breve publicación, Alchourrón y Bulygin formulan, en el contexto de la presentación de las ideas de Castañeda, un problema que enfrentan las teorías prescriptivistas en filosofía moral al analizar los razonamientos normativos. Este problema del prescriptivismo —y de otras teorías expresivistas— fue el centro de atención luego del célebre artículo de Peter Geach, «Assertion» y ha sido denominado «Problema Frege-Geach» (GEACH, 1972a). Hace pocos años, Moreso ha desarrollado un argumento para resolver el problema Frege-Geach a la luz de uno de los aportes más importantes de Alchourrón y Bulygin: la distinción entre normas y proposiciones normativas. Véase MORESO, 2007.

² Véase ALCHOURRÓN, 1981. Este artículo ha sido reimpresso en ALCHOURRÓN, 1991.

³ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974. Este libro es una versión en castellano, con algunas modificaciones, de la versión inglesa *Normative Systems* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971). Por ejemplo, en la versión en castellano se corrige la fórmula para el cálculo de las soluciones maximales (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 39 y ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 76) Una de las diferencias más importantes entre ambas versiones radica en que en Alchourrón y Bulygin, 1974, se ofrece una caracterización de los sistemas jurídicos que no está en la versión original y que genera una particular dificultad al momento de definir a las normas jurídicas en función de su pertenencia a un sistema jurídico. Al respecto, véase: ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1996: 136) Para una crítica a la definición de sistema y norma jurídica, véase CAFFERA y MARIÑO, 1996.