



# Analisi e diritto

1/2019

[riviste.edizioniets.com/aed](http://riviste.edizioniets.com/aed)

## *Direzione esecutiva*

Paolo Comanducci  
Riccardo Guastini

## *Redazione*

Giovanni Battista Ratti (*redattore capo*)  
Diego Dei Vecchi, Andrej Kristan, Luca Malagoli, Julieta Rábanos,  
Natalia Scavuzzo, Adriano Zambon.

## *Comitato scientifico*

Claudio Agüero, Sebastián Agüero, Robert Alexy, Federico Arena,  
María Beatriz Arriagada, Manuel Atienza, Humberto Ávila, Mauro Barberis,  
Juan Carlos Bayón, Hernán Bouvier, Michelangelo Bovero, Pierre Brunet,  
Eugenio Bulygin, Luka Burazin, Alejandro Calzetta, Damiano Canale,  
Ricardo Caracciolo, Flavia Carbonell, Bruno Celano, Jorge Cerdio,  
Véronique Champeil-Desplats, Rodrigo Coloma, Giovanni Damele,  
David Duarte, Pierluigi Chiassoni, Enrico Diciotti, Andrea Dolcetti,  
Timothy Endicott, Rafael Escudero, Luigi Ferrajoli, Jordi Ferrer, Paula Gaido,  
Marina Gascón, Gianmarco Gometz, Daniel González Lagier, Andrea Greppi,  
Giulio Itzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter,  
Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí,  
Tecla Mazzarese, Daniel Mendonca, Eric Millard, Diego Moreno,  
José Juan Moreso, Nicola Muffato, Pablo Navarro, Álvaro Núñez,  
Claudina Orunesu, Diego Papayannis, Stanley Paulson, Valentina Pazé,  
Giorgio Pino, Anna Pintore, Francesca Poggi, Susanna Pozzolo, Luis Prieto,  
Alberto Puppo, M. Cristina Redondo, Ángeles Ródenas, Jorge Rodríguez,  
Michel Rosenfeld, Corrado Roversi, Juan Ruiz Manero, Alfonso Ruiz Miguel,  
Alessio Sardo, José María Sauca, Frederick Schauer, Aldo Schiavello,  
Adrian Sgarbi, Germán Sucar, Michel Troper, Giovanni Tuzet,  
Rodolfo Vázquez, Vito Velluzzi, José María Vilajosana, Vittorio Villa.

## *Contatti*

[analisiediritto@istitutotarello.org](mailto:analisiediritto@istitutotarello.org)

## *Realizzazione editoriale*

Edizioni ETS - Pisa  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

# Analisi e diritto

1/2019



Edizioni ETS

Registrazione presso il Tribunale di Pisa n. 5/2019

*Direttore responsabile*

Riccardo Guastini

Periodico semestrale. I contributi pubblicati sono sottoposti, in forma anonima, alla revisione di almeno due lettori anonimi.

*Six-monthly journal. Published articles undergo double-blind peer-review.*

*Analisi e diritto* è pubblicata con il contributo dei fondi per la ricerca delle seguenti istituzioni:

Università degli Studi di Genova

Càtedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona

Università degli Studi di Milano

Université Paris Nanterre

Abbonamenti, comprese spese di spedizione / *Subscription (incl. shipping charges)*

*print, individual:* Italy € 60,00 / Abroad € 70,00

*print, institutional:* Italy € 80,00 / Abroad € 90,00

*PDF\*:* individual € 50,00 / institutional € 60,00

\* Sconti / *Discounts:* Latin America -35%; Africa -50%.

© Copyright 2018

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

*Distribuzione*

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

*Promozione*

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675583-4

ISSN 1126-5779

# Indice

## Riconoscimento e autorizzazione

- R. Guastini  
*Riconoscimento* (Recognition) 9
- S.L. Paulson  
Empowerment: *Hans Kelsen e la teoria radicale delle norme giuridiche*  
(Empowerment: Hans Kelsen and the Radical Theory of Legal Norms) 21

## Justificación jurídica, permisos y discreción judicial

- J.L. Rodríguez  
*Dos observaciones sobre la justificación jurídica*  
(Two Remarks on Legal Justification) 69
- P.E. Navarro  
*Tipos de permisos y discreción judicial. Un análisis de la controversia entre Bulygin y Ruiz Manero* (Varieties of Permission and Judicial Discretion. An Analysis of the Bulygin-Ruiz Manero Debate) 89

## Saggi

- G. Maniaci  
*Contra Raz su autorità, autonomia e razionalità*  
(Against Raz on Authority, Autonomy, and Rationality) 115
- M. Ubertone  
*La deferenza semantica nel processo* (The Semantic Deference in Trial) 139
- P. Chiassoni  
*La bilancia inesistente* (The Nonexistent Scale) 165



# **Justificación jurídica, permisos y discreción judicial**



# Tipos de permisos y discreción judicial. Un análisis de la controversia entre Bulygin y Ruiz Manero

*Pablo E. Navarro \**

## **Resumen**

En este trabajo analizo la polémica entre Bulygin y Ruiz Manero sobre el papel de los permisos y el alcance de la discreción judicial. Como es bien sabido, la teoría de Bulygin defiende dos afirmaciones: por un lado, es necesaria una clara distinción entre los permisos fuertes y débiles para aclarar el problema de las lagunas jurídicas. Por otro lado, las decisiones judiciales son discrecionales en casos de lagunas jurídicas. Sin embargo, Ruiz Manero sugiere que el par ‘permiso fuerte y débil’ debería ser reemplazado por una distinción entre permisos protegidos y no protegidos. Intenta mostrar que esta última clasificación es más apropiada para aclarar el papel de los permisos en el contexto del razonamiento jurídico. Además, afirma que los jueces no tienen discreción en casos de lagunas jurídicas porque los jueces deben rechazar las demandas que carecen de fundamento normativo. Uno de mis principales objetivos es mostrar que Ruiz Manero exagera la relevancia de la distinción entre permisos protegidos y no protegidos. También trato de mostrar que hasta cierto punto la teoría de Bulygin y la propuesta de Ruiz Manero son demasiado radicales. Por lo tanto, defendiendo la plausibilidad de un enfoque moderado, que podría arrojar algo de luz sobre los problemas de las lagunas normativas y los deberes judiciales.

**Palabras claves:** Normas permisivas. Permisiones. Lagunas jurídicas. Discreción judicial.

## **Abstract**

In this paper I deal with the controversy between Bulygin and Ruiz Manero about the role of permissions and the scope of judicial discretion. As it is well-known Bulygin’s theory defends two claims: on the one hand, a sharp distinction

---

\* CONICET, Argentina y Facultad de Derecho, Universidad de Girona, Carrer Universitat de Girona, 12, 17071, Girona, España, [pabnav@hotmail.com](mailto:pabnav@hotmail.com). Agradezco a Riccardo Guastini, Jorge L. Rodríguez y Eugenio Bulygin los comentarios a una versión preliminar de este trabajo. También agradezco a dos evaluadores anónimos de *Analisis e Diritto* por sus importantes sugerencias y observaciones.

between strong and weak permissions is necessary in order to clarify the problem of legal gaps. On the other hand, judicial decisions are discretionary in cases of legal gaps. However, Ruiz Manero suggests that the pair ‘strong and weak permission’ should be replaced by a distinction between protected and unprotected permissions. He attempts to show that this last classification is a more appropriate one for clarifying the role of permissions in the context of legal reasoning. Additionally, he claims that judges have no discretion in cases of legal gaps because they must reject legal demands that lack of normative foundation. One of my main aims is to show that Ruiz Manero exaggerates the relevance of the distinction between protected and unprotected permissions. I also try to show that, to some extent, Bulygin’s and Ruiz Manero’s proposals are too radical. So, I defend that a moderate approach could shed some light on the problems of legal gaps and judicial duties.

**Keywords:** Permissive Norms. Permissions. Legal Gaps. Judicial Discretion.

## 1. Introducción

En numerosos trabajos, Alchourrón y Bulygin han insistido en la necesidad de distinguir claramente entre (i) normas y proposiciones normativas y, dentro de la clase de proposiciones normativas, entre (ii) permisos fuertes (positivos) y débiles (negativos)<sup>1</sup>. Al igual que otras prescripciones, las *normas* permisivas no describen hecho alguno y su función más evidente es autorizar una determinada conducta. Por el contrario, una afirmación acerca de la permisión fuerte (o débil) de una conducta es una proposición que describe ciertos fenómenos sociales específicos y sus condiciones de verdad dependen de la (in)existencia de ciertas normas en un cierto sistema jurídico. La forma lógica de los enunciados de permisión es la siguiente:

*Permiso débil/negativo de p:* ( $\text{‘Php’} \notin \text{Cn}\alpha$ )

Es decir, el enunciado de permiso débil describe que la norma que prohíbe  $p$  no pertenece a las consecuencias del sistema  $\alpha$ .

*Permiso fuerte/positivo de p:* ( $\text{‘Pp’} \in \text{Cn}\alpha$ )

Es decir, el enunciado de permiso fuerte describe que la norma que autoriza a  $p$  pertenece a las consecuencias del sistema  $\alpha$ .

---

<sup>1</sup> En general, véase, Alchourrón, Bulygin 1971. En adelante citado conforme a la versión en castellano, Alchourrón, Bulygin 1974, y los diversos ensayos de la primera sección del libro Alchourrón, Bulygin 1991.

En este *enfoque clásico*, solo después de trazar rigurosamente estas distinciones es posible analizar satisfactoriamente el problema de las lagunas normativas y su impacto en la eventual discrecionalidad judicial. Si un sistema jurídico  $\alpha$  es completo, entonces toda posible solución normativa es implicada o excluida por  $\alpha$  (i.e., está implicada su contradictoria) para cada caso elemental correspondiente al ámbito fáctico de un cierto problema normativo. Por tanto, en los sistemas jurídicos completos, toda acción relevante (e.g.,  $p$ ) *está normativamente determinada*, es decir, es prohibida o permitida. De allí se sigue que o bien la acción  $p$  o su omisión (i.e.,  $\sim p$ ) están permitidas en sentido fuerte.

Para el enfoque clásico, frente a una acción normativamente determinada en un cierto caso  $C$ , los jueces carecen de discrecionalidad para apartarse de la solución que el sistema jurídico correlaciona con  $C$ . Aunque en ciertas ocasiones, las normas secundarias de un cierto sistema pueden autorizar a los jueces a apartarse de algunas normas aplicables, una de las principales funciones de los jueces es utilizar las normas generales válidas en la solución de las controversias particulares. Por el contrario, en casos de sistemas incompletos, una determinada acción (del universo de acciones en cuestión) está débilmente permitida (pero no está permitida en sentido fuerte) y los jueces tienen que decidir discrecionalmente acerca de su calificación normativa. Cuando los jueces resuelven casos de lagunas normativas, modifican el contenido del sistema jurídico. Eso ocurre tanto cuando aceptan la demanda y condenan al demandado (imponen una nueva obligación) como cuando rechazan la demanda y permiten al demandado la ejecución de la acción impugnada (otorgan una autorización). En otras palabras, cuando los jueces deciden controversias en casos de lagunas normativas existe una *simetría* en las decisiones judiciales y esta consisten en que tanto la decisión de aceptar la demanda como la de rechazarla resultan en creación judicial de nuevas normas<sup>2</sup>.

Este *enfoque clásico* de las permisiones ha sido objeto de numerosos debates y discrepancias<sup>3</sup>. Una polémica de especial interés es la que han mantenido en los años recientes Eugenio Bulygin y Juan Ruiz Manero<sup>4</sup>. En contra de las tesis de Bulygin (y Alchourrón), Ruiz Manero sostiene que<sup>5</sup>:

[...] en materia de permisos, hay un par de distinciones de bastante mayor relevancia

<sup>2</sup> Alchourrón, Bulygin 1974: 217-223.

<sup>3</sup> El análisis de Alchourrón y Bulygin tiene como antecedente inmediato al clásico trabajo de Von Wright 1963. Sin embargo, pocos años después de la publicación de *Normative Systems*, Joseph Raz señalaba que la distinción entre permisos fuertes y débiles es de gran importancia, pero que “el modo en que es trazada usualmente tiene poco sentido”. Véase, Raz 1975: 86, 88 y 206. También debe mencionarse a otros influyentes trabajos como por ejemplo, Opalek, Wolenski 1973; 1986 y 1991.

<sup>4</sup> Los trabajos centrales de Ruiz Manero, relativos a esta polémica, se encuentran en Ruiz Manero 2005, 2010, 2017. Para la réplica de Bulygin, véase Bulygin 2009 y 2010.

<sup>5</sup> Ruiz Manero 2010: 301.

de la que media entre permisos positivos (o *fuertes*) y no-prohibiciones (o permisos negativos o *débiles*). Estas dos distinciones, a mi juicio, más importantes, son, por un lado, la que media entre permisos *prima facie* (sean positivos o negativos) y permisos *concluyentes* o *definitivos* y, por otro, la que media entre permisos *no-protegidos* y permisos *protegidos*.

A partir de esas nuevas distinciones, Ruiz Manero argumenta a favor de (i) una caracterización de la relevancia de los permisos en términos de prohibiciones de acciones de interferencia y (ii) rechazar la discrecionalidad judicial en casos de lagunas normativas. De este modo, la reconstrucción de Ruiz Manero parece oponerse radicalmente al enfoque clásico de Bulygin.

El objetivo de este trabajo es reconsiderar los argumentos de Ruiz Manero y analizar si sus conclusiones acerca de la función de los permisos, las lagunas y la discrecionalidad judicial son efectivamente tan diametralmente diferentes a las del enfoque clásico como parece asumir el profesor de Alicante. En la sección II consideraré brevemente las tesis de Bulygin sobre la función y utilidad de la distinción entre permisos fuertes y débiles y en la sección III introduciré la crítica de Juan Ruiz Manero. En la sección IV, criticaré el modo en que Ruiz Manero analiza la distinción entre permisos protegidos y desprotegidos. En la sección V, me concentraré en la llamada ‘tesis de la asimetría’, que se articula en torno a dos tesis independientes: a) la tesis del deber de rechazar la demanda en casos de laguna y b) la tesis de la ausencia de normas permisivas en la parte dispositiva de la decisión de rechazo. Mostraré también que es posible defender, al menos, dos vías intermedias entre las posiciones de Bulygin (quien rechaza las dos ideas) y Ruiz Manero (quien defiende ambas). Finalmente, en la sección VI, criticaré a Ruiz Manero por su manera de defender la tesis del deber de rechazar y subrayaré las dificultades que enfrente la construcción de un estándar que permitiría probar la tesis defendida por el profesor de Alicante. Como conclusión sostendré que las discrepancias más importantes entre Bulygin y Ruiz Manero no son sobre la caracterización de los permisos sino más bien acerca del alcance de la discrecionalidad judicial.

## 2. Tres advertencias preliminares

Una reconstrucción completa de la polémica entre Ruiz Manero y Bulygin exige tener en cuenta numerosos aspectos y problemas que no admiten un tratamiento breve o sencillo en la extensión razonable de un artículo. Por ello, antes de avanzar en mi análisis apuntaré tres limitaciones de mi trabajo.

Por una parte, las distinciones de Alchourrón y Bulygin – especialmente las elaboradas en *Normative Systems* – fundamentan una importante intuición sobre la formalización del discurso normativo: la necesidad de elaborar una lógica de

proposiciones normativas diferente a la lógica de normas. Para lograr este objetivo, es crucial distinguir cuidadosamente entre permisos fuertes y débiles ya que de ese modo es posible mostrar que ciertos teoremas de la lógica de normas no se obtienen en la lógica de proposiciones normativas. Por ejemplo, mientras que ‘ $O_p \rightarrow P_p$ ’ es un teorema de la (mayoría de los sistemas de) lógica de normas, en la lógica de proposiciones normativas la obligación de  $p$  implica únicamente a la permisión fuerte (pero no la *débil*) de esa acción. O, también, puede advertirse que ‘ $\sim(O_p \wedge O\sim p)$ ’ es una fórmula válida de la lógica de normas, pero su correspondiente fórmula en la lógica de proposiciones normativas, i.e., ‘ $\sim(O_{\alpha} p \wedge O_{\alpha} \sim p)$ ’ puede ser falsa – o, lo que es lo mismo,  $\sim(O_p \in Cn_{\alpha} \wedge O\sim p \in Cn_{\alpha})$  es falsa cuando el sistema es incoherente<sup>6</sup>.

No se trata de que Ruiz Manero considere que esta tarea de Alchourrón y Bulygin sea filosóficamente poco importante<sup>7</sup>. Más bien, su énfasis en la mayor relevancia de otros conceptos descriptivos de permisión parece destinado a un objetivo conceptual diferente (e.g., examinar el papel de los permisos en el razonamiento jurídico justificatorio). Como espero mostrar en este trabajo, al margen de este reajuste acerca de los objetivos de cada teoría, todavía existe un ámbito de genuina discrepancia entre ambos enfoques, aunque ese desacuerdo parece ubicarse en un ámbito diferente que el de las permisiones.

Por otra parte, las nuevas distinciones de Ruiz Manero se asientan sobre una concepción del derecho que se articula sobre la distinción entre reglas y principios y la identificación del derecho a partir de un razonamiento en dos niveles<sup>8</sup>. Esta concepción compleja del derecho es el marco en que se inserta la distinción entre calificaciones *prima facie* y calificaciones concluyentes. De este modo, poco importa el tipo de permiso (fuerte o débil, protegido o desprotegido) en el caso de permanezcamos solamente en el nivel de las calificaciones *prima facie* ya que, a los efectos de la justificación jurídica, las soluciones relevantes son las que se destilan en las calificaciones concluyentes. Para la concepción del derecho de Ruiz Manero, las calificaciones *prima facie* son solo ingredientes de un proceso deliberativo que tiene por objetivo la construcción de una premisa normativa o razón operativa de un razonamiento justificatorio. Esas premisas serían las que ofrecen las calificaciones jurídicas concluyentes, y solo una vez que las hemos identificado, tendrá relevancia el tipo de permiso que ellas garantizan (e.g. permisos fuertes).

Sin embargo, Ruiz Manero no ofrece una reconstrucción detallada de algunos aspectos cruciales de su propuesta. Por ejemplo, (i) no hay una explicación precisa del procedimiento racional que conduce desde las calificaciones *prima facie*

<sup>6</sup> Alchourrón 1991. Para una presentación breve de estas diferencias, véase Bulygin 1995.

<sup>7</sup> Ruiz Manero 2017: 1.

<sup>8</sup> En gran medida, esta concepción del derecho ha sido articulada y desarrollada juntamente con Manuel Atienza. En especial, véase: Atienza, Ruiz Manero 1996 y 2010.

a las concluyentes, (ii) de la lógica subyacente a los principios jurídicos o (iii) de la pertenencia al derecho de las normas que deberían ser impuestas como resultado del balance de principios (en el caso en que ellas no existieran previamente como normas formuladas o consecuencias lógicas de esas formulaciones), etc. Todas estas cuestiones son una parte importante de lo que los juristas realizan bajo el rótulo de la “interpretación del derecho”. Como señala Juan Carlos Bayón<sup>9</sup>,

[...] la identificación de las normas a partir de las formulaciones normativas relevantes no depende sólo de las convenciones puramente lingüísticas que confieren significado (“literal” u “ordinario”) a dichas formulaciones. Depende además, de manera decisiva, de las prácticas argumentativas o interpretativas que aceptamos en relación con la justificación jurídica final de decisiones a partir de dichas formulaciones. Y en especial de que nuestras convenciones al respecto hacen del recurso a los principios o razones subyacentes a esas prescripciones expresas un factor fundamental para la identificación de lo que finalmente – y no con un mero carácter *prima facie* – cabe considerar como contenido del derecho.

Un desarrollo, aunque fuese esquemático, del problema de la interpretación del derecho excede el alcance de este trabajo. Por ello, no abordaré aquí la alquimia subyacente a la transformación de permisos *prima facie* (ya sean estos fuertes/débiles, o protegidos/desprotegidos) en permisos concluyentes y mi análisis se restringirá únicamente – salvo expresa mención en contrario – a las calificaciones concluyentes que se obtienen de la interpretación del material jurídico.

Finalmente, la literatura especializada acerca de los diferentes tipos de permisos, las normas permisivas, las lagunas normativas y el alcance de la discreción judicial es inabarcable. Esto genera dos problemas íntimamente conectados. En primer lugar, la bibliografía que aquí mencionaré explícitamente seguramente será considerado como una lista notoriamente incompleta, pero la omisión de muchos otros artículos y textos relevantes no debe entenderse como desinterés sobre su contenido. Más bien, a los efectos de mantener el análisis en un marco relativamente manejable, he decidido señalar expresamente solo a las contribuciones de los últimos años que han girado expresamente sobre la discusión contemporánea entre Juan Ruiz Manero y Eugenio Bulygin. Otros autores son mencionados solo cuando es imprescindible ofrecer un contexto específico a ese debate<sup>10</sup>. En segundo lugar, como consecuencia de esa restringida selección de autores, también hay una correlativa limitación de problemas y estrategias de análisis que indudablemente se conectan con los temas centrales de este artículo. Estos otros problemas que dejaré de lado (e.g., el alcance de la analogía en la solución de casos difíciles, la interpretación del derecho, etc.) tienen una venerable tradición en la teoría del derecho y un enfoque general de

<sup>9</sup> Bayón 2009: 49.

<sup>10</sup> Entre muchos otros, véase, por ejemplo: Chiassoni 2007; Ratti 2013; Monti 2014.

las permisiones, las lagunas normativas y la discreción judicial tiene también que ofrecer una cuidadosa reconstrucción de estas cuestiones. Sin embargo, esta tarea general no puede emprenderse en este trabajo.

### 3. Acerca de la equivalencia pragmática entre permisos fuertes y débiles

En un célebre pasaje del libro *Lógica, proposición y norma*<sup>11</sup>, Guibourg, Echave y Urquijo cuestionan al enfoque clásico poniendo en duda la utilidad de las normas permisivas y, la distinción entre dos conceptos de permiso<sup>12</sup>. Por supuesto, está fuera de discusión que las normas permisivas cumplen una importante función al introducir excepciones a las obligaciones y prohibiciones<sup>13</sup>, pero el problema es acerca de la utilidad de permitir acciones que no han sido previamente reguladas. La permisión expresa (o implícita) de una conducta que no está prohibida no produce consecuencias relevantes para el sujeto normativo de la permisión. El diagnóstico de estos autores es que las permisiones solo tienen sentido en un contexto normativo que impone obligaciones. De este modo, ellos concluyen que los sistemas normativos reales «solo ofrecen utilidad *cuando* prohíben y *porque* prohíben. La ausencia de norma, pues *se parece* a la permisión cuando no existe orden alguno, y *equivale* a la permisión dentro de un orden dado»<sup>14</sup>. En otras palabras, las normas permisivas adquieren relevancia únicamente cuando se integran en un sistema normativo que también contiene normas de obligación y prohibición.

La respuesta de Alchourrón y Bulygin a esa crítica sobre la utilidad práctica de las normas permisivas fue admitir, en general, la *equivalencia pragmática* entre permitir una conducta y su carencia de regulación. Ello significa que un individuo que realiza la acción *p* no infringe las disposiciones normativas de un cierto ordenamiento jurídico tanto (i) cuando *p* es una conducta autorizada por una norma permisiva (i.e., *Pp*) como también (ii) en casos en que *p* no está regulada por norma alguna. Por ello, quien, por ejemplo, ha vivido toda su vida cazando y pescando sin restricción normativa alguna, no encuentra ningún cambio relevante en el hecho de que posteriormente la autoridad le permita expresamente ejecutar esas acciones. Además, Alchourrón y Bulygin también señalan que la combinación de normas de prohibición y normas permisivas es, por sí misma, insuficiente para mostrar la relevancia de las permisiones. Aunque hubiese normas permisivas junto a otras que imponen obligaciones y prohibiciones (e.g., prohíben cazar y pescar los fines de semana), ello no explicaría la utilidad de permitir conductas que no han sido pro-

<sup>11</sup> Guibourg, Echave, Urquijo 1980: 155-159.

<sup>12</sup> Una idea similar se encuentra en Ross 1968: 122. Véase también Lewis 1979: 163-174.

<sup>13</sup> Para analizar otras funciones de las normas permisivas, véase: Atienza, Ruiz Manero 1996.

<sup>14</sup> Guibourg, Echave, Urquijo 1980: 158.

hibidas (e.g., cazar y pescar los días martes y jueves).

Sin embargo, Alchourrón y Bulygin señalan tres casos – vinculados a la naturaleza dinámica y jerárquicamente estructurada de los sistemas jurídicos – en los que es importante trazar una clara distinción entre las conductas permitidas en sentido fuerte y débil<sup>15</sup>.

En primer lugar, en casos de que hubiese una conducta permitida por una norma, la prohibición posterior de esa conducta exige utilizar una regla de solución de un conflicto normativo. Normalmente, el criterio de solución de conflictos se basa en la regla *lex posterior*, pero puede ocurrir que la aplicación de ese criterio esté abierto a controversias como ocurre, por ejemplo, cuando la norma posterior es más general e inespecífica que la norma anterior. Por el contrario, la prohibición de una conducta que no está regulada (prohibida) no genera conflicto alguno.

En segundo lugar, en casos de autoridades jerárquicamente estructuradas, se entiende que las normas introducidas al sistema por una autoridad superior limitan la competencia de las autoridades inferiores. Por esa razón, estas últimas no pueden válidamente prohibir conductas permitidas por la autoridad superior (prevalencia de *lex superior* frente a *lex posterior*). Así, en una situación simple en la que una autoridad (Rex) es superior a otra autoridad (Ministro), los permisos otorgados por Rex no pueden ser invalidados por el Ministro, pero éste último puede prohibir la conducta que Rex aún no ha regulado.

En tercer lugar, es usual recurrir a normas de clausura con el propósito de limitar la discrecionalidad judicial y administrativa que conllevan las lagunas normativas. Así, en caso de que se considerase preciso “atar las manos” a los jueces y limitar su poder creador de derecho, el legislador puede introducir una norma de clausura permitiendo expresamente las conductas que no han sido reguladas. Si los permisos fuertes y débiles fuesen pragmáticamente equivalentes, entonces carecería de sentido tal propósito normativo ya que permitir expresamente lo que no está prohibido carecería de consecuencias relevantes.

Al igual que el *enfoque clásico*, Ruíz Manero admite la equivalencia pragmática entre permisos y fuertes y débiles. En su opinión, tanto en el caso de la permisión emanada de las normas de la autoridad como la permisión que es consecuencia de la no-prohibición, la situación es indiferente para el sujeto ya que<sup>16</sup>

[...] la acción se encuentra normativamente disponible para él; pues el Derecho solo arrebató la disponibilidad de una acción para su sujeto si califica a la acción como obligatoria (con lo que prohíbe su omisión) o prohibida.

Desarrollando un argumento similar al formulado por Alchourrón y Bulygin,

<sup>15</sup> Alchourrón, Bulygin 1991: 235-237, 239-248.

<sup>16</sup> Ruíz Manero 2010: 300.

Ruiz Manero señala que el problema de la equivalencia pragmática adquiere un cariz diferente cuando se tienen en cuenta las conexiones entre permisiones y limitaciones normativas en contextos de autoridades con diferentes jerarquías<sup>17</sup>. En la próxima sección analizaré este tema con mayor detalle.

#### 4. Permisiones e interferencias

Con frecuencia, el ámbito de libertad asociado a un permiso es restringido por diferentes intervenciones de agentes o individuos. En este sentido, las interferencias con una conducta permitida pueden ser clasificadas en dos tipos: *institucionales* y *ordinarias*. Mientras que la interferencia institucional es *normativa* y se produce cuando la conducta permitida es regulada como prohibida por una determinada autoridad, la interferencia ordinaria es *fáctica* y ocurre cuando se impide la ejecución de la conducta permitida. Cuando la interferencia está prohibida, la permisión de una cierta conducta es un permiso *protegido* y cuando la interferencia no está prohibida, el permiso está *desprotegido* (i.e., es un permiso *no-protegido*). De estas distinciones se sigue que podemos distinguir entre permisos institucionalmente protegidos y permisos ordinariamente protegidos.

En general, la fuerza de un permiso institucional protegido es relativa a la jerarquía (competencia) de una cierta autoridad normativa. Si un permiso ha sido protegido por una autoridad inferior (e.g. Ministro) esa protección cede frente a una decisión legislativa superior e incompatible (e.g. una prohibición que emana de Rex). A su vez, la fuerza de un permiso ordinariamente protegido es relativa a la *ocasión* de su ejercicio. Así, en ciertas situaciones el ejercicio de una permisión se ve frustrado porque en esas circunstancias otro individuo impide el goce del permiso.

Aunque las diferentes situaciones conceptuales en las que se bifurcan estas distinciones son interesantes para muchos problemas teóricos, aquí analizaré solo la relación entre permisos fuertes/débiles y los permisos institucionalmente protegidos frente a intervenciones judiciales, dejando de lado (i) las prohibiciones de interferencia entre particulares y (ii) el tema de los permisos protegidos ordinarios ya que la importancia de estas situaciones depende en gran medida de las consecuencias institucionales (remedios judiciales o administrativos en general) conexas con las interferencias de un permiso fuerte o débil.

Además, asumiré que una norma del parlamento es jerárquicamente superior a una norma de los jueces (o, por razones de simplicidad, que el parlamento es superior a los jueces) y ello significa tanto que los jueces tienen prohibido alterar las normas establecidas por los legisladores como también que en casos de conflictos de

<sup>17</sup> Ruiz Manero 2010: 302.

normas emanadas de jueces y legisladores, prevalecen las normas parlamentarias<sup>18</sup>. De acuerdo con estos supuestos diré que un permiso legislativo está institucionalmente protegido cuando está prohibido para los jueces interferir (i.e., prohibir) la conducta permitida<sup>19</sup>. En este sentido, Ruiz Manero analiza las consecuencias que se producen en un sencillo caso de una norma permisiva (que autoriza a sentarse en los bancos del Campus Universitario), dictada por el legislador ordinario, que es jerárquicamente superior al Consejo de Gobierno Universitario. Allí, señala<sup>20</sup>:

Dado que está prohibido a los órganos de producción normativa inferior dictar normas incompatibles con las dictadas por autoridades superiores, a nuestro Consejo de Gobierno le está prohibido dictar una norma que prohíba sentarse en los bancos del campus, así como establecer o aplicar sanciones como consecuencia de esa conducta (pues el establecimiento o la aplicación de sanciones implicaría considerarla conducta en cuestión como prohibida). El dictado, pues de una norma permisiva por parte de una autoridad superior, *ha protegido* el permiso correspondiente.

En general, en casos en que mediante una norma válida el legislador autorice expresamente una conducta, esa acción está normativamente determinada y las autoridades inferiores no pueden interferir con esa decisión normativa (i.e., no pueden eliminarla o prohibirla). Pero, por supuesto, esto no impide que el mismo legislador cambie de opinión y prohíba una conducta que hasta ese momento estaba permitida<sup>21</sup>.

Ahora bien, ¿qué ventajas introduce la distinción entre permisos protegidos y desprotegidos a la propuesta del enfoque clásico? Hasta el momento, he destacado dos coincidencias importantes. Por una parte, el reconocimiento de la equivalencia pragmática entre permiso fuerte y débil respecto de los destinatarios de la permisión y, por otra parte, la relevancia de la distinción entre permiso fuerte y débil para el análisis de las jerarquías normativas. Esto significa que no hay mayores diferen-

<sup>18</sup> Existen diversas maneras de caracterizar las jerarquías normativas. Véase, por ejemplo, Guastini 1995. Para una explicación del presupuesto que liga a la jerarquía y la solución de conflictos normativos, véase Hart 1994.

<sup>19</sup> Alchourrón y Bulygin no reconstruyen la relación que se establece entre autoridades de diferente jerarquía en términos de prohibiciones sino más bien como una limitación de competencias. Así, cuando una autoridad inferior prohíbe una conducta expresa o implícitamente permitida por una autoridad superior, esa interferencia no genera una norma válida porque la permisión otorgada por la autoridad superior cambia el ámbito material de competencia de las autoridades inferiores. Véase, Alchourrón, Bulygin 1991: 235-237, 239-248. Por supuesto, nada impide que esa limitación de competencias también vaya acompañada de una prohibición general de promulgar normas fuera de la competencia otorgada o, más aún – como ocurre en *Normative Systems* – que la noción misma de incompetencia sea definida en términos de permisiones y prohibiciones. Por esta razón, en adelante dejaré de lado esta complicación.

<sup>20</sup> Ruiz Manero 2010: 303.

<sup>21</sup> No analizaré aquí los problemas que se derivan de la legislación retroactiva.

cias en las consecuencias del análisis de los permisos. Por ejemplo, si una autoridad (e.g. Ministro) permite expresamente una cierta acción, esa conducta está fuertemente permitida y, a su vez, el permiso es protegido con relación a las prohibiciones posteriores de órganos inferiores, pero, a su vez, está desprotegido frente a las prohibiciones posteriores de autoridades superiores. En este sentido, la reconstrucción de Ruiz Manero sigue las líneas generales propuestas por el enfoque clásico.

Sin embargo, las diferencias entre ambas propuestas teóricas se manifiestan en dos situaciones específicas. Por una parte, el caso en que además de autoridades legislativas también se tomen en cuenta a las autoridades judiciales. Por otra parte, la relación entre lagunas normativas y normas de clausura. Aunque ambas cuestiones están estrechamente conectadas, en este trabajo analizaré únicamente la primera cuestión y el tema de las relaciones entre normas permisivas y la clausura normativa tendrá que ser abordado en otra ocasión. Sobre esta última cuestión solo señalaré que para Ruiz Manero, una regla de clausura *permisiva* carecería de mayor utilidad ya que, en general, (i) no limitaría las competencias legislativas de las autoridades inferiores; (ii) para los sujetos normativos la permisión que surge de la clausura es pragmáticamente equivalente a la ausencia de prohibición y (iii) no hace falta una norma de clausura permisiva para garantizar que los individuos tienen derecho a que los jueces protejan sus situaciones de libertad en casos de conductas que no han sido reguladas. Todas estas cuestiones son, sin dudas, importantes, pero requieren un análisis más cuidadoso de la reconstrucción de las lagunas propuesta por Ruiz Manero y de su relación con aquellos casos irrelevantes que “el derecho no regula ni pretende regular” (e.g. el color de corbata que se puede utilizar para desayunar). Por ello, en adelante, la conexión entre permisos y reglas de clausura no será objeto de debate.

## 5. Permisos protegidos y decisión judicial

Al igual que para otras teorías tradicionales, el *enfoque clásico* asume que el derecho no es un sistema de libre discreción<sup>22</sup>. Alchourrón y Bulygin señalan que cuando se infiere del sistema primario (i.e., el conjunto normativo que regula las acciones de los ciudadanos o “súbditos”) que el demandado tiene la obligación de realizar una acción *p*, el juez tiene la obligación de condenar al demandado a realizar *p*. Luego, ellos añaden que si del sistema del súbdito se infiere que al demandado le está permitido abstenerse de hacer lo que el actor pretende que haga, entonces, el juez tiene la obligación de rechazar la demanda<sup>23</sup>. En otras palabras, el permiso fuerte está *protegido* por deberes específicos que se derivan del ejercicio de la función

<sup>22</sup> Por ejemplo, véase, Raz 1979: 110-115.

<sup>23</sup> Alchourrón, Bulygin 1974: 215.

judicial. El hecho de que el sistema jurídico determine normativamente el estatus de las conductas de los ciudadanos conlleva que los deberes judiciales (tanto condenar al demandado como rechazar la demanda) estén también determinados.

Así, en este escenario, en mi opinión, tampoco existen diferencias significativas entre la propuesta de Ruiz Manero y el enfoque clásico. Recordemos que al analizar el ejemplo de la acción de sentarse en los bancos del Campus de la Universidad de Alicante, Ruiz Manero señala que «el dictado, pues de una norma permisiva por parte de una autoridad superior, *ha protegido* el permiso correspondiente...»<sup>24</sup>. De este modo, Ruiz Manero admite que una norma permisiva (con fuerza concluyente), es una *condición suficiente* para la existencia de un permiso institucionalmente protegido con relación a las normas emanadas de fuentes de inferior jerarquía. Por consiguiente, si el legislador autoriza expresa o implícitamente una cierta acción *p*, entonces *p* se encuentra fuertemente permitido y también institucionalmente protegido con relación a la interferencia de jueces y autoridades legislativas inferiores.

Pero ¿qué ocurre en casos de que una conducta solo estuviese concluyentemente permitida en sentido débil? Para el enfoque clásico, en esas ocasiones, el juez tiene discreción para prohibir la conducta débilmente permitida<sup>25</sup>. Esta discreción puede estar guiada en mayor o menor medida como sucede, por ejemplo, en el artículo 1 del Código Civil Suizo de 1907 y del 2017, en el que se instruye a los jueces a decidir las situaciones no reguladas tal como lo hubiese hecho el legislador. Por supuesto, con frecuencia es complicado determinar de qué manera hubiese resuelto el legislador un cierto caso, pero en principio es posible identificar de manera neutral ciertas opciones disponibles. Por ejemplo, si el legislador ha valorado *a*, por ejemplo, tres propiedades A, B y C como relevantes para la solución de un cierto problema (i.e., forman la tesis de relevancia de un cierto sistema)<sup>26</sup>, entonces un juez suizo debe tener en cuenta en su decisión esas distinciones y su solución debería preservar esa selección de propiedades relevantes. En caso de que su decisión sustituyese esa tesis de relevancia, podría señalarse que la decisión judicial es incorrecta ya que no sigue las expresas instrucciones del legislador.

De este modo, el hecho de que un juez pueda prohibir una acción no regulada (que no es lo que ocurre con los permisos fuertes) muestra que no es pragmáticamente equivalente que una conducta esté permitida en sentido fuerte o débil. En otras palabras, para el enfoque clásico, mientras que los permisos fuertes están institucionalmente protegidos, los permisos débiles (en casos de ausencia de regulación) están institucionalmente desprotegidos.

<sup>24</sup> Ruiz Manero 2010: 303.

<sup>25</sup> Obviamente, el contexto de este problema es el de sistemas normativos abiertos ya que si el sistema fuese cerrado por una regla de clausura (e.g., el derecho penal), todas las conductas que no ha sido reguladas estarían permitidas en sentido fuerte. Como ya se ha indicado, en casos en que fuese verdad que una conducta está permitida por una regla del sistema, el juez carece de discreción.

<sup>26</sup> Alchourrón, Bulygin 1974: 154.

En principio, Ruiz Manero parece aceptar esa consecuencia. Por una parte, ya hemos visto que, en su opinión, una norma permisiva protege un determinado permiso (con relación a las prohibiciones que puede imponer una autoridad jerárquicamente inferior). Pero ¿podría admitirse que un permiso está protegido aunque no haya sido regulado por una autoridad? Para el enfoque clásico, la respuesta es negativa y, a su vez, Ruiz Manero sostiene que solo un permiso fuerte puede ser protegido, es decir: una *condición necesaria* para que un permiso esté protegido es que sea un permiso fuerte<sup>27</sup>. Más aún, un permiso débil concluyente que también sea un permiso protegido<sup>28</sup>

[...] es una imposibilidad conceptual: un permiso débil puede ser concluyente, pero no puede ser un permiso protegido; pues la formulación de la prohibición de interferencia, o de la obligación de facilitación, es una manera indirecta de formular la permisión, con lo que el permiso protegido es necesariamente un permiso fuerte.

Dado que ya hemos visto que Ruiz Manero también admite la relación inversa, hay que concluir que un permiso fuerte es necesario y suficiente para que exista un permiso institucionalmente protegido. Esto significa que, en contextos institucionales jerárquicamente estructurados, los permisos fuertes son materialmente equivalentes a los permisos protegidos y, por contraposición, se sigue que si no se trata de un permiso fuerte (i.e., si se trata de un permiso débil), entonces la permisión está institucionalmente desprotegida y, por consiguiente, podría modificarse discrecionalmente por parte de los jueces. Por supuesto, si esa fuese la conclusión del análisis, entonces no habría diferencias relevantes entre el enfoque clásico y la propuesta de Ruiz Manero y su impresión acerca de la mayor utilidad de otras distinciones en el campo de los permisos que las elaboradas por Alchourrón y Bulygin podría verse más como una cuestión de énfasis que una genuina discrepancia.

Sin embargo, Ruiz Manero no extrae esa consecuencia y, sin rechazar esa equivalencia entre permisos fuertes y protegidos, subraya que en el nivel de las calificaciones concluyentes, los jueces no pueden interferir con una conducta débilmente permitida. Por supuesto, esta posición enfrenta directamente al enfoque clásico. Pero, si la prohibición de interferencia implica una norma permisiva, entonces no tendría mayor sentido señalar que los jueces tienen el deber de rechazar la demanda que pretende interferir con una situación concluyentemente permitida en sentido débil. En verdad, no habría conductas débilmente permitidas porque en el nivel de las calificaciones concluyentes, el deber de rechazar la demanda (como una forma específica de la prohibición de interferencia) garantizaría un permiso fuerte para

<sup>27</sup> Ruiz Manero 2010: 302.

<sup>28</sup> Ruiz Manero 2017: 7.

todos los casos que no se han regulado<sup>29</sup>.

Tal vez el modo más intuitivo de rescatar la relevancia de la distinción entre permisos protegidos y desprotegidos es desvinculándolos de la distinción entre permisos fuertes y débiles. Para ello, es preciso distinguir entre protecciones relativas a las diferentes jerarquías de autoridades normativas (protecciones verticales) y protecciones frente a las intervenciones ordinarias (protecciones horizontales). En este último caso, un determinado permiso otorgado a una cierta clase de individuos (e.g., las mujeres) puede ser revestido de exclusividad frente a la conducta de los miembros de la clase complementaria (e.g., los varones) en un cierto universo del discurso. Por ejemplo, si Rex dicta una norma N1 que permite cazar y pescar los martes y jueves exclusivamente a las mujeres, el permiso fuerte está horizontalmente protegido ya que los varones no pueden aprovecharse de (interferir con) esa conducta<sup>30</sup>. A su vez, si un ministro de Rex permite cazar y pescar los martes y jueves también a los hombres, se produce una inconsistencia ya que se destruye la exclusividad de ese permiso verticalmente y horizontalmente protegido.

Supongamos, sin embargo, que la única norma emanada de Rex es N2: “Prohibido a los varones cazar y pescar los días martes y jueves”. En principio, la situación para las mujeres que genera esta norma N2 es pragmáticamente equivalente a la producida por N1. En este caso, un permiso débil de las mujeres para cazar y pescar se encuentra horizontalmente protegido frente a la interferencia de los varones. Pero, como han mostrado Alchourrón y Bulygin, el permiso débil con que cuentan las mujeres está verticalmente *desprotegido* frente a las interferencias de autoridades inferiores (e.g. Ministro) ya que el ministro puede prohibir a las mujeres la misma conducta que Rex ha prohibido a los hombres sin generar inconsistencia alguna. De este modo, los permisos fuertes o débiles pueden ser protegidos o desprotegidos siempre que se dirijan a diferentes destinatarios (o diferentes acciones).

---

<sup>29</sup> En una importante observación, un evaluador de *Analisi e Diritto* señala que, en nuestros sistemas jurídicos, los jueces pueden utilizar la analogía como manera de extender el alcance del derecho y que ese dato sería una muestra de las limitaciones de la tesis de la asimetría. Creo, sin embargo, que la fuerza de la tesis de Ruiz Manero se encuentra en el nivel de las calificaciones concluyentes. En este nivel, podría señalarse que ya no hay más espacio para el argumento analógico ya que el mismo se agotaría en el proceso de identificación de las calificaciones concluyentes. Una vez que, con la ayuda de, por ejemplo, el argumento analógico, determinamos que el derecho concluyentemente no regula una conducta, ¿tiene sentido admitir que el juez tiene discreción? Ruiz Manero, y muchos otros teóricos, responden negativamente. Al respecto, véase, Bayón 2009: 39.

<sup>30</sup> No analizaré aquí los diversos modos en que una conducta puede contar como un caso de interferencia ordinaria con las permisiones reconocidas en un cierto sistema. Al respecto, véase, por ejemplo, Guibourg, Mendonca 1995: 269-301.

## 6. Asimetría y normas permisivas

A diferencia de las normas que formula el legislador, la validez de las sentencias judiciales depende de su justificación y ello significa, en general, que la parte dispositiva tiene que ser vista como una aplicación de otras normas jurídicas generales. Sobre este punto no parece haber mayores desacuerdos, pero la situación se complica en casos de lagunas; es decir, en casos en los que no exista una norma general de ese sistema que imponga una solución y, por consiguiente, (i) la conducta relevante está débilmente permitida y (ii) no hay normas generales en las que justificar la decisión individual. Este punto es, sin duda, uno de los ejes de la disputa entre el *enfoque clásico* y las concepciones alternativas. Así, mientras Ruiz Manero acepta la conocida *tesis de la asimetría* entre aceptar y rechazar una demanda, Alchourrón y Bulygin defienden la tesis opuesta<sup>31</sup>.

Ruiz Manero subraya que los jueces no pueden modificar aquellas situaciones de permisión concluyente débil (una situación como las que se produce, por ejemplo, en un caso de laguna normativa) ya que tienen el deber de rechazar las demandas que pretenden evitar el ejercicio de la conducta débilmente permitida. Según el profesor de Alicante, los jueces tienen prohibido modificar el alcance de este tipo de permisos y, conforme a la definición de permiso protegido, se sigue que esa conducta sin regular también está protegida. De allí se sigue que, frente a conductas concluyentemente permitidas en sentido fuerte o débil, los jueces tienen que reaccionar del mismo modo: rechazando la demanda que pretende impedir la conducta permitida.

Por el contrario, según los profesores argentinos, en casos de lagunas los jueces tienen que modificar el conjunto de normas generales para poder justificar la decisión individual de condenar o no condenar a un cierto demandado<sup>32</sup>. Cuando el juez condena al demandado le impone una cierta obligación y, por el contrario, cuando no condena al demandado le permite expresamente ejecutar una cierta conducta. En ambos casos, los jueces crean una norma individual que tienen que justificarse mediante la creación discrecional de una norma general. Los partidarios de la *tesis de la asimetría*, en cambio, señalan que, en casos de lagunas, los jueces tienen que rechazar la demanda – ya que pretende que un individuo realice una conducta a la que el derecho no lo obliga - y ese rechazo no genera norma alguna; i.e. no requiere apelar a norma alguna, bastando con la mera ausencia de norma<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Ruiz Manero 2010: 303-305 y Alchourrón, Bulygin 1974: 217-223.

<sup>32</sup> Es importante advertir que el conjunto de *normas aplicables* en la solución de un cierto caso no es necesariamente un subconjunto de las normas válidas del ordenamiento. Por ello, la creación judicial de normas afectará necesariamente al sistema aplicable, pero contingentemente al ordenamiento de normas válidas. De cualquier modo, la polémica entre Bulygin y Ruiz Manero no aborda esta distinción entre normas válidas y normas aplicables.

<sup>33</sup> Véase, también, Atria 2005; Bayón 2009, 2010.

Aunque la *tesis de la asimetría* es intuitivamente clara, es usual encontrar en su formulación y defensa (o crítica) una combinación de dos tesis diferentes, que es necesario distinguir cuidadosamente. Por una parte, en casos de lagunas, los jueces tienen el *deber de rechazar* la demanda que exige a un individuo hacer o abstenerse de una conducta que no está regulada por el derecho. Esta afirmación, que podría denominarse *tesis del deber de rechazar*. Según Ruiz Manero<sup>34</sup>,

[...] en un caso así – en el que se somete al juez una pretensión sin ningún respaldo en el ordenamiento – el juez debe rechazar la demanda, porque está prohibido para el juez acoger demandas sin respaldo en el ordenamiento.

La tesis del rechazo se complementa con otra tesis específica acerca de lo que ocurre cuando un juez rechaza una cierta exigencia. Denominaré a esa idea como la tesis de la ausencia de calificación normativa (por simplicidad, *tesis de la ausencia*). Según Ruiz Manero<sup>35</sup>,

[...] el juez no dicta ninguna norma individual, sino que más bien expresa su rechazo al dictado de norma individual alguna, sobre la base de que en el derecho no se contiene ninguna norma base para tal dictado, ninguna base para la alteración de la situación normativa del demandado.

Podría señalarse, entonces, que la *tesis de la asimetría* está delineada por dos ideas diferentes: la tesis del deber de rechazar la demanda y la tesis de la ausencia de normas permisivas en la parte dispositiva de la decisión judicial. Alchourrón y Bulygín rechazan la tesis de la asimetría de manera radical ya que niegan tanto que los jueces tengan el deber de rechazar la demanda en casos de lagunas y también defienden que mediante el rechazo de la demanda se crea una *norma* permisiva.

En mi opinión, ambas tesis son independientes. De esta manera, las diferentes alternativas podrían exponerse esquemáticamente del siguiente modo:

- **Modelo de Ruiz Manero:** El juez *tiene* el deber de rechazar la demanda y el rechazo de la demanda *no contiene* normas permisivas
- **Modelo de Alchourrón y Bulygín:** El juez *no tiene* el deber de rechazar la demanda y el rechazo de la demanda *contiene* normas permisivas
- **Alternativa 1:** El juez *no tiene* el deber de rechazar la demanda y el rechazo de la demanda *no contiene* normas permisivas
- **Alternativa 2:** El juez *tiene* el deber de rechazar la demanda y el rechazo de la demanda *contiene* normas permisivas

---

<sup>34</sup> Ruiz Manero 2010: 305.

<sup>35</sup> Ruiz Manero 2010: 304.

De esta manera, además de las posiciones de Ruiz Manero y de Alchourrón y Bulygin, se podrían defender dos concepciones adicionales. Por una parte, conforme a la *Alternativa 1*, podría negarse que los jueces tengan el deber de rechazar la demanda en casos de lagunas, es decir, podría sostenerse que los jueces tienen discreción para acoger o rechazar la demanda. Pero, cuando contingentemente se produce ese rechazo, no se crea ninguna norma nueva. Por otra parte, conforme a la *Alternativa 2*, podría reconocerse el deber de rechazar la demanda en casos de lagunas, pero al mismo tiempo se admite que ese rechazo es compatible con la creación de una norma permisiva.

La plausibilidad de la alternativa 1 depende del alcance de la obligación de juzgar y resolver el conflicto o controversia individual. En general, los jueces tienen el deber de resolver todos los casos dentro de su ámbito de competencias y no pueden declinar esa responsabilidad por el hecho de que las disposiciones jurídicas sean antinómicas, imprecisas o por la existencia de lagunas. Sin embargo, podría admitirse que, frente a una laguna normativa, el juez cumple con su obligación general de juzgar tanto admitiendo como rechazando la demanda. Esta disyuntiva se resuelve discrecionalmente y esta sería la consecuencia natural (o el precio inevitable) que acompaña a diseños institucionales que consagran la inexcusabilidad del ejercicio jurisdiccional.

En caso de rechazo de la demanda, el juez no resuelve el conflicto sino simplemente preserva el statu quo o situación que origina la controversia. En este supuesto, no habría mayores inconvenientes en admitir que la parte dispositiva del juez no contiene norma permisiva alguna (ni tampoco norma de obligación), sino que deja sin regular la conducta en cuestión (sigue siendo verdad que la acción está únicamente permitida en sentido débil). Alchourrón y Bulygin rechazan esta posibilidad y sostienen<sup>36</sup>:

Nuestra tesis se funda en la afirmación de que el rechazo de la demanda implica permitir al demandado la no realización de la conducta exigida por el actor. Para convencerse de que esto es así, considérese la siguiente situación. Supóngase un sistema jurídico con una laguna: no hay ninguna norma que contemple la conducta *p* en el caso *q*... Supóngase, además, que a partir de un cierto momento los jueces proceden invariablemente a rechazar todas las demandas en las que la parte actora pretende que el demandado está obligado a hacer *p* en las circunstancias *q*. ¿No sería justificado decir que el sistema ha sido modificado, que ha aparecido una nueva norma de origen jurisprudencial conforme a la cual *p* no es obligatorio en el caso *q*? Y si se admite que hay una norma que dice que *p* no es obligatorio en el caso *q*, entonces *p* está permitido en sentido fuerte (ya que las normas  $\sim Op$  y  $P\sim p$  son sinónimas)

<sup>36</sup> Alchourrón, Bulygin 1974: 223. En trabajos posteriores, Alchourrón y Bulygin advierten que los actos de rechazo de contenidos normativos (e.g., una prohibición de una acción *p*) conllevan una permisión positiva o fuerte de *p*. Por ejemplo, véase, Alchourrón y Bulygin 1991: 164.

Este argumento, sin embargo, no parece persuasivo. Si fuese verdad que los jueces crean una norma individual permisiva cada vez que rechazan una demanda, entonces sería plausible asumir que, al cabo de cierto tiempo, también se crea por vía jurisprudencial una norma permisiva general<sup>37</sup>. Pero, si los jueces no crean esas normas permisivas para la solución del caso individual, entonces tampoco habría mayor razón para aceptar que se ha creado una norma permisiva general mediante la reiteración de esos fallos. Por supuesto, hay casos específicos en los que el rechazo de la demanda está acompañado, en la parte dispositiva de la sentencia, de la formulación de una norma permisiva específica. Esto es lo que ocurre cuando del sistema normativo se infiere que el demandado está expresa o implícitamente autorizado para abstenerse de la conducta que exige el demandante. En estos casos – que obviamente no son supuestos de laguna normativa – el juez tiene el deber de rechazar la demanda y el contenido de su decisión se justifica en la norma general preexistente que confiere al demandado un cierto permiso.

La plausibilidad de la alternativa 2 depende del alcance de la exigencia de justificación de una decisión judicial. En este caso, el deber de rechazar la demanda podría ser visto como una autorización indirecta a permitir expresamente mediante una norma individual que el demandado mantenga su situación de privilegio. Si todas las normas individuales que forman la parte dispositiva de una sentencia tienen que justificarse en normas generales preexistentes, entonces este modelo es implausible ya que, por hipótesis al tratarse de un caso de laguna normativa, la norma permisiva que formula el juez no puede justificarse en una norma general preexistente. Si se debilita la exigencia de justificación (i.e., limitándola en casos de lagunas normativas sólo al *acto* de decidir y no al *contenido* de la decisión), entonces puede señalarse que, en casos de lagunas, los jueces se encuentran en la misma situación del legislador y que el contenido de sus decisiones particulares no tiene que justificarse en otras pautas normativas. Sería suficiente, a efectos de la validez de la norma individual permisiva, que ese *acto* judicial de formular una norma individual este exigido o autorizado por las normas del sistema normativo.

No pretendo argumentar aquí a favor de alguna de las dos alternativas antes mencionadas y es probable que una defensa articulada de ellas requiera un examen comparado de los sistemas de derecho positivo, para mostrar qué grado de plausibilidad posee cada una de ellas. Solo me interesa destacar que parece haber una suerte de exageración o un exceso de énfasis en las estrategias de Ruiz Manero y Alchourrón y Bulygin. En el caso del profesor de Alicante creo que la exageración

---

<sup>37</sup> Para que la decisión individual en un caso de lagunas resulte justificada, el juez tiene que utilizar una norma *general* (que, por hipótesis, no existe ya que el caso no está regulado por el sistema normativo). La reiteración de las decisiones permisivas individuales mostraría, según Alchourrón y Bulygin, que los jueces invariablemente utilizan una norma permisiva general, que se añadiría al sistema por vía jurisprudencial.

es asumir que siempre que hubiese un deber de rechazar una demanda en casos de lagunas, ello inevitablemente compromete a negar que los jueces puedan dictar normas permisivas en sus sentencias. En el caso de Alchourrón y Bulygin, la exageración parece derivarse de un único modo de entender la justificación de una decisión judicial (como una relación deductiva entre una norma general preexistente y la norma individual). Para los profesores argentinos, si hay normas permisivas en la parte dispositiva de una sentencia justificada, entonces los jueces han creado una norma general que sirve como fundamento de su decisión. En este caso, podría ser suficiente señalar que una decisión está justificada sólo si el *acto* de decidir en casos de lagunas está permitido, con independencia de que esa decisión modifique el contenido del sistema.

## 7. El alcance de la tesis del deber de rechazar

Tanto Alchourrón y Bulygin como Ruiz Manero están de acuerdo acerca del deber genérico de los jueces de decidir los casos que se encuentran en su ámbito de competencias. En casos de lagunas normativas, para Alchourrón y Bulygin, los jueces cumplen con la obligación genérica de juzgar tanto aceptando como rechazando la demanda, pero el *contenido* de la decisión judicial esta indeterminado (i.e., la decisión es discrecional). Sin embargo, Ruiz Manero – a diferencia de Alchourrón y Bulygin – señala que en casos en los que el derecho concluyentemente no dispone nada, los jueces tienen la obligación de rechazar la demanda. De este modo, la discrecionalidad judicial es reubicada en el proceso de construcción de las calificaciones concluyentes; es decir, en el paso desde las soluciones *prima facie* a las calificaciones concluyentes. Sin embargo, no resulta claro cuál es el origen de este deber de rechazar la demanda. Al respecto, Ruiz Manero admite que esa norma secundaria es contingente, pero añade que ella ‘existe en todos los sistemas jurídicos de nuestro horizonte cultural’<sup>38</sup>. Creo que esta *tesis simple* (por llamarla de alguna manera) de Ruiz Manero no presta suficiente atención a dos cosas.

En primer lugar, la afirmación de Ruiz Manero parece una ambiciosa generalización empírica de ciertos rasgos de los derechos positivos contemporáneos. Pero la verdad de esa afirmación general, por interesante que ella fuese, no afecta al problema conceptual que preocupa a los autores del modelo clásico. Si efectivamente existiese en todos los ordenamientos una norma que obliga a rechazar las demandas en casos de lagunas – impidiendo la discreción judicial – no habría discrepancia con el enfoque clásico acerca de las consecuencias respecto de los deberes judiciales ni las lagunas normativas.

<sup>38</sup> Ruiz Manero 2010: 305.

Si se mostrase que todos los sistemas de nuestro horizonte cultural tienen una norma de clausura que establece que están permitidas todas las acciones que no están prohibidas, los partidarios del enfoque clásico señalarían que en ‘nuestro horizonte cultural’ no hay discrecionalidad judicial, pero ello no invalidaría la tesis original del enfoque, es decir: no se puede asumir que, por razones conceptuales, el derecho es completo. De igual modo, si Ruiz Manero probase que en casos de lagunas los jueces tienen el deber específico de rechazar la demanda y probase que ese deber existe como un hecho peculiar, contingente (i.e., que no se *deriva conceptualmente* del deber genérico de juzgar), de nuestros sistemas jurídicos, los partidarios del enfoque clásico podrían seguir insistiendo en que ello es un dato importante de ‘nuestro horizonte cultural’, pero no sirve para descartar la tesis clásica defendida.

En segundo lugar, aunque Ruiz Manero mostrase que todos los sistemas jurídicos contemporáneos incluyen una norma positiva que establece el deber de rechazar la demanda en el caso señalado, esto es insuficiente conforme a las premisas de su teoría. Más bien, su enfoque se basa en la identificación de los deberes *concluyentes* de autoridades e individuos y esas obligaciones no surgen de la lectura de los textos normativos o del conocimiento de los usos y costumbres de una comunidad, sino que se obtienen caso por caso del balance de razones subyacentes relevantes para justificar una decisión. Por tanto, Ruiz Manero tendría que mostrar la verdad de una tesis más compleja:

*Tesis Compleja*

*En todos los sistemas de nuestro horizonte cultural y en todos los casos en que el balance de razones concluyentes no dispone nada, entonces siempre el balance de razones subyacentes asegura concluyentemente el deber de rechazar la demanda.*

Sin dudas, es sumamente laborioso mostrar que en *todos* los sistemas jurídicos contemporáneos hay una norma *positiva* que establece el deber de rechazar la demanda cuando el derecho no dispone nada, pero, más allá del esfuerzo necesario para probar esa hipótesis, no hay duda de que conocemos un procedimiento que puede acreditar ese hecho. Por ejemplo, en caso de emprender esa tarea sería necesario revisar y comparar todos los ordenamientos jurídicos a efectos de comprobar la existencia de esa norma. Sin embargo, para mostrar la verdad de la *tesis compleja* de Ruiz Manero, ni siquiera es claro qué tipo de argumento hay que desarrollar para obtener esa conclusión general sobre la conexión entre lagunas normativas y deberes de rechazo.

## 8. Conclusiones

En este trabajo he intentado mostrar que es dudoso que la distinción entre permisos protegidos y desprotegidos sea más útil o relevante que la diferencia entre permisos fuertes y débiles. No se trata únicamente de que esas categorías sirvan para analizar aspectos diferentes de nuestras prácticas jurídicas, sino que nada impide a los partidarios del enfoque clásico analizar las interferencias institucionales (legislativas y judiciales) apelando únicamente a la distinción estándar entre permisos fuertes y débiles. A su vez, las discrepancias entre la propuesta de Ruiz Manero y el enfoque de Alchourrón y Bulygin no surgen porque los profesores argentinos ignoren las potencialidades de la distinción entre permisos protegidos y desprotegidos sino más bien que la controversia deriva de maneras opuestas de entender otros aspectos centrales de la práctica jurídica, e.g., la naturaleza de la decisión judicial, el alcance de la exigencia de justificación, etc. En especial, la polémica gira en torno a qué deben hacer los jueces frente a casos de lagunas. En el enfoque clásico la distinción entre permisos fuertes y débiles sirve para despejar ambigüedades y falacias recurrentes en las teorías jurídicas (e.g., la plenitud hermética del derecho) al momento de analizar la completitud de los sistemas jurídicos. Para Ruiz Manero, en el contexto de justificación de las decisiones judiciales, es irrelevante que el derecho sea completo o incompleto ya que los jueces siempre tienen normativamente determinada su respuesta y, por tanto, carecen de discrecionalidad. Para Ruiz Manero, frente al demandante que exige algo que el demandado no tiene el deber de realizar, el juez no puede interferir en la situación privilegiada (i.e., no puede alterar el ejercicio del privilegio) en la que se encuentra el demandado. Por tanto, esa conducta sin regular del demandado se encontraría blindada frente a las interferencias institucionales de los jueces. Pero eso significa que tanto los permisos fuertes como débiles están protegidos frente a la interferencia de las autoridades judiciales. De esta manera, se debería abandonar la intuición de que en esos contextos institucionales encontraríamos una base para mostrar en qué sentido los permisos fuertes y débiles *no son* pragmáticamente equivalentes. Tanto en uno como en otro caso, los jueces tienen el deber de garantizar el permiso correspondiente. Por supuesto, Ruiz Manero puede insistir en que la distinción entre permisos fuertes y débiles y su correlación con los permisos protegidos es diferente para el caso de autoridades que no sean judiciales. Así, una acción sin regular puede ser prohibida por cualquier autoridad – salvo los jueces – siempre que fuese competente para ello. La discrecionalidad que el enfoque clásico encuentra en esa actividad judicial es reemplazada en la propuesta de Ruiz Manero por la facultad de los jueces de ampliar o restringir el alcance de las normas formuladas a la luz de las exigencias de razones subyacentes (i.e., principios). En mi opinión, esta es otra manera de reconocer la discrecionalidad judicial, aunque no analizaré aquí esta cuestión.

## Bibliografía

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, New York-Wein, Springer Verlag.
- (1974). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- (1991). *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Alchourrón, C. (1991). *Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas*, en Alchourrón, C.E., Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 25-50.
- Atienza, M., Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel.
- (2010). *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta.
- Atria, F. (2005). *Sobre las lagunas*, en Atria et al, *Las lagunas del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Bayón, J. C. (2009). *Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas*, en Bulygin, E., et al, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- (2010). *Permisos, lagunas y discrecionalidad judicial: Respuesta a Bulygin*, en «Doxa», 33, 308-317.
- Bulygin, E. (1995). *Lógica deóntica*, en Alchourrón, C. et al (eds.), *Lógica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 129-142.
- (2009). *Creación judicial de derecho*, en Bulygin, E., Atienza, M. y Bayón, J.C. (eds.), *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 27-76.
- (2010). *Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición*, «Doxa», 33, 283-296.
- Chiassoni, P. (2007). *El deber de juzgar y las lagunas en el derecho*, en Moreso, J.J. y Redondo, M.C. (eds.), *Un dialogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, 97-108.
- Guastini, R. (1995). *Normas supremas*, «Doxa», 17-18, 257-270.
- Guibourg, R., Echave, T., Urquijo, M.E. (1980). *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 155-159.
- Guibourg, R.A., Mendonca, D. (1995). *Permesso, garanzie, e libertà*, «Analisi e diritto», 269-301.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*, 2ª edición, Raz, J. et al (eds.), Oxford, Oxford University Press. 106.

- Lewis, D. (1979). *A Problem about Permission*, en Saarinen, E. et al. (eds.), *Essays in Honour of Jaakko Hintikka*, Dordrecht, Reidel, 163-174.
- Monti, E. (2014). *Lagunas normativas, razones jurídicas y discrecionalidad judicial*, «Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo», 33-60.
- Opalek, K. y Wolenski, J. (1973). *On Weak and Strong Permission*, «Rechtstheorie», 4, 169-182.
- (1986). *On Weak and Strong Permission Once More*, «Rechtstheorie», 17, 83-88.
- (1991). *Normative systems, permissions and deontic logic*, «Ratio Juris», 4, 334-348.
- Ratti, G.B. (2013). *Sobre “Las lagunas en el derecho”*, en Ratti, G.B., *El gobierno de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 25-60.
- Raz, J. (1975). *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson.
- Raz, J. (1979). *The Institutional Nature of Law*, en *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press. 110-115.
- Ross, A. (1968). *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan, Paul.
- Ruiz Manero, J. (2005). *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, en Atria et al, *Las lagunas del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 103-125.
- (2010). *Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho*, «Doxa», 33, 298-306.
- (2017). *Diez observaciones y un cuadro final sobre permisos y normas permisivas*, «Revus» (en prensa – disponible online en [revus.revues.org/pdf/3728](http://revus.revues.org/pdf/3728)).
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action*, London, Routledge & Kegan, Paul.



Edizioni ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di giugno 2019

