

Eugenio Bulygin en la Teoría del Derecho contemporánea

Volumen I

**José Juan Moreso, Pablo E. Navarro,
Jorge L. Rodríguez, Jordi Ferrer Beltrán (coords.)**



Colección
Cátedra de Cultura Jurídica

Jordi Ferrer Beltrán (dir.)

EUGENIO BULYGIN EN LA TEORÍA
DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA
Volumen I

JOSÉ JUAN MORESO
PABLO E. NAVARRO
JORGE L. RODRÍGUEZ
JORDI FERRER BELTRÁN
(Coords.)

**EUGENIO BULYGIN EN LA
TEORÍA DEL DERECHO
CONTEMPORÁNEA**
Volumen I

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2022

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© José Juan Moreso, Pablo E. Navarro, Jorge L. Rodríguez y Jordi Ferrer (coords.)

© Los autores

© CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-1381-559-6

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	9
 SECCIÓN I LAGUNAS EN EL DERECHO 	
1. LAGUNAS, CLAUSURA Y PERMISOS, Juan Pablo Alonso.....	13
2. METANORMAS Y METALAGUNAS, Horacio Spector.....	35
3. DUE CONCEZIONI DELLA COMPLETEZZA E DELLA CREAZIONE DEL DIRITTO, Enrico Diciotti	53
4. EL RECONOCIMIENTO DE LAGUNAS, Lorena Ramírez-Ludeña	69
5. LACUNE E INTERPRETAZIONE GIURIDICA IN <i>NORMATIVE SYSTEMS</i> , Francesca Poggi.....	91
6. PABLO NAVARRO ENTRE EL «MODELO CLÁSICO» DE ALCHOU- RRÓN Y BULYGIN Y UNA VERSIÓN DEL «MODELO ALTERNATI- VO». ALGUNAS OBSERVACIONES, Juan Ruiz Manero.....	105
 SECCIÓN II CONCEPCIONES DE LAS NORMAS Y DE LA LÓGICA DE NORMAS 	
7. ACERCA DE CONDICIONALES NORMATIVOS, José Juan Moreso	117
8. ONTOLOGÍA Y LÓGICA DE LAS NORMAS, Daniel Mendonca	139
9. <i>ON THE ROAD. CARLOS ALCHOURRON'S PATH TOWARDS AN INTERPRETIVE CONCEPT OF LAW</i> , Sophie Papaefthymiou	145
10. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE NORMA Y FORMULACIÓN NOR- MATIVA. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS, María Gabriela Scata- glini.....	163
11. LA CONCEPCIÓN EXPRESIVA DE LAS NORMAS Y LAS SENTEN- CIAS JUDICIALES, Hugo R. Zuleta	175

	Pág.
12. CONCEPCIONES DE LAS NORMAS, Pablo E. Navarro y Jorge L. Rodríguez	185
13. HYLETICA O ESPRESSIVA? SULL'ONTOLOGIA DELLE NORME DI EUGENIO BULYGIN (E CARLOS E. ALCHOURRÓN), Nicola Muffato.....	205
14. TO BE AND NOT TO BE. DUE CRITICHE ALLA CONCEZIONE HYLETICA, Pierluigi Chiassoni.....	221
15. OTRO REMAKE DEL CLÁSICO EXPRESIVISTA DE 1981. IMPLICACIÓN Y CONFLICTO DE ÓRDENES CONDICIONALES, Andrej Kristan	251

SECCIÓN III

DINÁMICA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

16. LAS «PIEZAS» DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN, María Beatriz Arriagada Cáceres.....	263
17. SOBRE LA DINÁMICA Y LA ESTÁTICA JURÍDICAS. UNA CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN DEL ORDEN Y LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN, Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán	287
18. EL TIEMPO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS. UN EJERCICIO DE EXPLICITACIÓN A PARTIR DE «TIME AND VALIDITY» DE E. BULYGIN, Sebastián Agüero-SanJuan.....	315
19. «TIEMPO Y VALIDEZ» REVISITADO, Antonio Bascuñán Rodríguez ...	333
20. PERSISTENCIA Y RECEPCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS, Josep M. Vilajosana	355
21. NORMAS PRIMÁRIAS E NORMAS SECUNDÁRIAS, Luís Duarte d'Almeida.....	369

SECCIÓN IV

HECHOS Y RAZONAMIENTO JURÍDICO

22. SOBRE HECHOS Y RAZONAMIENTO JURÍDICO, Rodrigo Coloma, Claudio Agüero y Alejandro Calzetta.....	385
23. PROVA E CONOSCENZA DEI FATTI. ALCUNE RIFLESSIONI A PARTIRE DA BULYGIN, Damiano Canale y Giovanni Tuzet.....	399

PRESENTACIÓN

Eugenio BULYGIN falleció en Buenos Aires el 11 de mayo de 2021. Pocos meses después, el 25 de julio, Eugenio hubiera cumplido noventa años. Por esa razón, numerosos amigos y colegas, principalmente de Europa y Latinoamérica, teníamos el propósito de reunirnos en Argentina, en un congreso de Homenaje a su impresionante trayectoria académica. Al mismo tiempo, celebraríamos también los cincuenta años de la publicación de *Normative Systems* (Springer, 1971) y los treinta años de la publicación de la primera edición de *Análisis lógico y derecho* (Centro de Estudios Constitucionales, 1991), ambos libros escritos juntamente con Carlos E. ALCHOURRÓN.

La pandemia de covid-19 alteró radicalmente ese escenario. La muerte de Eugenio fue un golpe inmenso, que nos provocó desánimo y una honda tristeza. Poco a poco, sin embargo, fue abriéndose paso la idea de mitigar esa congoja y mostrar nuestro afecto de una manera alternativa. Nos propusimos reformular el plan original y decidimos publicar un libro con un formato flexible. En este sentido, se elaboró una convocatoria amplia a la que respondieron colegas de Argentina, México, Chile, Colombia, Estados Unidos, España, Portugal, Francia, Italia, Alemania y Rusia. Intentamos especialmente incentivar la participación de jóvenes filósofos, que fueron siempre objeto de especial atención y cuidado por parte de Eugenio a lo largo de sus diversas posiciones y responsabilidades académicas. Con la ilusión de mantener cierta espontaneidad del proyecto inicial, no se establecieron limitaciones temáticas y cada uno de los autores era libre de elegir el modo de conmemorar al maestro y amigo. Sin embargo, no es una sorpresa advertir que la enorme mayoría de los trabajos son artículos académicos que giran en torno de problemas y desafíos que Eugenio ha enfrentado a lo largo de casi seis décadas: la forma y naturaleza de los argumentos jurídicos, la posibilidad de una lógica de normas, la distinción entre normas y proposiciones normativas, la ontología de las normas, la plausibilidad del positivismo jurídico, etc. Solo un puñado de trabajos se

aparta de estas líneas principales y abordan problemas de teoría general del derecho que seguramente también hubieran capturado el interés de BULYGIN.

Las dimensiones de la obra impusieron la necesidad de dividir el trabajo editorial y la compilación del material en dos volúmenes, que reúnen 47 contribuciones inéditas en castellano, italiano, inglés y portugués. Estos trabajos dejan testimonio no solo de la riqueza del campo de trabajo explorado por BULYGIN sino también del afecto por Eugenio de todos los que hemos sumado nuestro grano de arena en esta obra.

Finalmente, nunca hemos olvidado que una conmemoración de la obra de Eugenio Bulygin está indisolublemente unida al reconocimiento del papel esencial desempeñado por Carlos E. ALCHOURRÓN. Como ha señalado VON WRIGHT, en el prólogo a *Análisis lógico y derecho*, la obra de Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN.

... no es solo testimonio de los aportes de los dos autores al análisis lógico y a la filosofía del derecho. Es también un bello ejemplo de cómo las diferencias intelectuales y temperamentales de dos personas tan ricamente dotadas pueden fundirse en una amistad filosófica y ofrecer una síntesis más fecunda que la que quizás hubiera surgido de sus dotes, si se hubieran desarrollado aisladamente.

José Juan MORESO
María Cristina REDONDO
Giovanni B. RATTI
Jorge L. RODRÍGUEZ
Jordi FERRER BELTRÁN
Pablo E. NAVARRO
Julieta A. RÁBANOS

SECCIÓN I
LAGUNAS EN EL DERECHO

1. LAGUNAS, CLAUSURA Y PERMISOS

Juan Pablo ALONSO*

1. INTRODUCCIÓN

Normative Systems de Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN ha sido uno de los libros más influyentes de la filosofía jurídica de la segunda mitad del siglo xx, claramente en el mundo de habla hispana, aunque no solo en él. Su publicación original fue en inglés, en 1971, en Springer Verlag (Viena); luego los autores efectuaron una versión ampliada en castellano bajo el título *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires: Astrea, 1974). En 2015 se publicó la segunda edición castellana, revisada por Eugenio BULYGIN, bajo el título *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (Buenos Aires: Astrea). En lo que sigue me referiré a esta última versión bajo el título simplificado *Sistemas normativos*.

De los variados temas analizados en *Sistemas normativos*, la cuestión de las lagunas normativas, las reglas de clausura, el principio de prohibición y las normas permisivas ha sido de las más debatidas y cuestionadas, produciéndose profusa bibliografía sobre dichos temas, incluso en la actualidad¹.

La interconexión de estos cuatro temas, esto es, *a)* lagunas normativas, *b)* reglas de clausura, *c)* principio de prohibición y *d)* normas permi-

* Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. E-mail: jalonso@derecho.uba.ar. Este artículo se enmarca en dos proyectos de investigación, uno de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, «DECyT 2003» y otro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (Buenos Aires), «Principios jurídicos». Agradezco a los integrantes de ambos grupos de investigación por haberme efectuado sugerencias pertinentes, y a Julieta RÁBANOS y Alejandro GUEVARA ARROYO por su revisión final.

¹ Por ejemplo, BULYGIN, 2019.

sivas, es tan estrecha que es muy difícil tratar uno de ellos sin considerar a los otros. En efecto, como señala Pablo NAVARRO², si se concibe que las normas permisivas no son autónomas sino reducibles a otras formas normativas (la ausencia de prohibición, por ejemplo), dicha concepción impactará en el modo en que se concibe la existencia (o no) de lagunas normativas en el derecho y en el modo en que se articula el principio de prohibición.

Más allá de esta problemática, intentaré afrontar cada tema individualmente, con la salvedad de que será necesario volver hacia atrás en ciertas de las tesis que voy a ir sosteniendo.

2. LAGUNAS NORMATIVAS

Según ALCHOURRÓN y BULYGIN los conceptos de completitud y laguna normativa tienen estructura relacional, debiendo ser definidos tomando en consideración tres elementos: *a*) un Universo de Casos (UC), *b*) un Universo de Soluciones Maximales (USmax) y *c*) un sistema normativo (SN).

Decir que un caso C_i de un UC_j es una laguna del sistema normativo α en relación con un $USmax_k$ significa que correlaciona C_i con ninguna solución del $USmax_k$ ³.

Para explicar la noción relacional de laguna normativa utilizaré el ejemplo de *Sistemas Normativos* con una ligera variación⁴. Las disposiciones, las normas y la matriz de este sistema son las siguientes:

N1: No procede la reivindicación, contra el poseedor de buena fe que la hubo por título oneroso de enajenante de buena fe.

N2: Es obligatorio restituir el inmueble cuando el poseedor adquirió de mala fe de enajenante de buena fe.

N3: Es obligatorio restituir el inmueble cuando la cosa se obtuvo por título gratuito.

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

² Cfr. NAVARRO, 2011: 112 ss.

³ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2015: 33.

⁴ Cfr. *ibid.*: 45-49.

N1: $(BFE \wedge BFA \wedge TO) \rightarrow FR$

N2: $(BFE \wedge \neg BFA) \rightarrow OR$

N3: $\neg TO \rightarrow OR$ ⁵

En *Principios jurídicos implícitos y coherencia* utilicé este sistema normativo para obtener, por abducción, algunos principios implícitos que permitirían la resolución de las lagunas⁶. Los principios implícitos, formulados bajo lógica de relaciones, eran los siguientes⁷:

α : Quien adquiere de un enajenante de buena fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de enajenante de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (\equiv el adquirente de enajenante de mala fe no puede tener mejor derecho que el adquirente de enajenante de buena fe, *ceteri paribus*).

$$BFE \geq \neg BFE$$

β : Quien adquiere de buena fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (\equiv el adquirente de mala fe no puede tener mejor derecho que el adquirente de buena fe, *ceteri paribus*).

$$BFA \geq \neg BFA$$

γ : Quien adquiere a título oneroso tiene mejor o igual derecho que quien adquiere a título gratuito, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (\equiv el adquirente a título gratuito no puede tener mejor derecho que el adquirente a título oneroso, *ceteri paribus*).

$$TO \geq \neg TO$$

Respecto de la laguna en el caso 4), aplicando el principio γ , que compara el caso 4) con el caso 8), las soluciones coherentes posibles son tanto FR como OR. El razonamiento es el siguiente:

- | | |
|--|-----------------------------|
| 1) caso 8: $(\neg BFE \wedge \neg BFA \wedge \neg TO) \rightarrow OR$ | (caso 8, Cn SN) |
| 2) caso 4 $(\neg BFE \wedge \neg BFA \wedge TO) \geq$ caso 8 $(\neg BFE \wedge \neg BFA \wedge \neg TO)$ | $(\gamma: TO \geq \neg TO)$ |
| ===== (0,75) | |
| 3) caso 4: $(\neg BFE \wedge \neg BFA \wedge TO) \rightarrow (FR \vee OR)$ | (1,2) |

Ahora bien, aplicando el principio α , que compara el caso 4) con el caso 3), la única solución coherente es OR. El razonamiento es el siguiente:

⁵ Siguiendo la simbolización estándar en la lógica deóntica, en este artículo «O» entra por obligatorio, «V» por prohibido, «F» por facultativo y «P» por permitido.

⁶ Cfr. ALONSO, 2018: 191-221.

⁷ En dicho trabajo expliqué que, dado que esos tres principios se verificaban en seis de los ocho casos de Universo de Casos, en términos inductivos su grado probabilístico era del 75 por 100 (cfr. *ibid.*: 201).

- | | |
|--|-------------------------------|
| 1) caso 3: $(BFE \wedge \neg BFA \wedge TO) \rightarrow OR$ | (caso 3, Cn SN) |
| 2) caso 3 $(BFE \wedge \neg BFA \wedge TO) \geq$ caso 4 $(\neg BFE \wedge \neg BFA \wedge TO)$ | $(\alpha: BFE \geq \neg BFE)$ |
| ===== | (0,75) |
| 3) caso 4: $(\neg BFE \wedge \neg BFA \wedge TO) \rightarrow OR$ | (1,2) |

No se puede efectuar la comparación del caso 4) en virtud del principio β , dado que β compara al caso 4) con el caso 2), que también posee una laguna normativa. Por tanto, en atención a los principios implícitos que rigen en el sistema normativo, la solución más coherente para el caso 4) es OR⁸.

Con relación al caso 2) la situación es bastante más complicada, dado que: *a)* comparando el caso 2) con el caso 1) por el principio α , ambas soluciones (FR y OR) son coherentes; *b)* comparando el caso 2) con el caso 6) por el principio γ , ambas soluciones (FR y OR) son coherentes; y *c)* comparando el caso 2) con el caso 4) (resuelto por los argumentos anteriores) por el principio β , ambas soluciones (FR y OR) son coherentes. Los razonamientos son los siguientes:

- | | |
|--|-------------------------------|
| 1) caso 1: $(BFE \wedge BFA \wedge TO) \rightarrow FR$ | (caso 1, Cn SN) |
| 2) caso 1 $(BFE \wedge BFA \wedge TO) \geq$ caso 2 $(\neg BFE \wedge BFA \wedge TO)$ | $(\alpha: BFE \geq \neg BFE)$ |
| ===== | (0,75) |
| 3) caso 2: $(\neg BFE \wedge BFA \wedge TO) \rightarrow (FR \vee OR)$ | (1,2) |

- | | |
|--|-----------------------------|
| 1) caso 6: $(\neg BFE \wedge BFA \wedge \neg TO) \rightarrow OR$ | (caso 6, Cn SN) |
| 2) caso 2 $(\neg BFE \wedge BFA \wedge TO) \geq$ caso 6 $(\neg BFE \wedge BFA \wedge \neg TO)$ | $(\gamma: TO \geq \neg TO)$ |
| ===== | (0,75) |
| 3) caso 2: $(\neg BFE \wedge BFA \wedge TO) \rightarrow (FR \vee OR)$ | (1,2) |

- | | |
|--|------------------------------|
| 1) caso 4: $(\neg BFE \wedge \neg BFA \wedge TO) \rightarrow OR$ | (caso 4, α, γ) |
| 2) caso 2 $(\neg BFE \wedge BFA \wedge TO) \geq$ caso 4 $(\neg BFE \wedge \neg BFA \wedge TO)$ | $(\beta: BFA \geq \neg BFA)$ |
| ===== | (0,75) |
| 3) caso 2: $(\neg BFE \wedge BFA \wedge TO) \rightarrow (FR \vee OR)$ | (1,2) |

Quizás podría sostenerse que llegó el momento de la discrecionalidad judicial —en los términos de HART⁹ o de ALCHOURRÓN y BULYGIN¹⁰—. Dada la laguna en el caso 2), el juez podría optar por cualquiera de las dos soluciones (FR u OR), dado que ambas son coherentes con el sistema normativo en función de los principios implícitos α , β y γ .

Pero también se podría optar por ampliar los límites del análisis¹¹. El caso 2) es el de un poseedor de buena fe, que adquirió un inmueble de

⁸ En *Sistemas normativos* los autores argumentan de forma algo similar, sosteniendo que mediante una argumentación analógica *a fortiori* a partir del art. 2777 $[(\neg BFE \wedge BFA \wedge TO) \rightarrow OR]$ se podría obtener la solución OR para el caso 4) $(\neg BFE \wedge \neg BFA \wedge TO)$. «Si, siendo el adquirente de buena fe, procede la reivindicación cuando hay mala fe en el enajenante, con mayor razón (a fortiori) debe otorgarse la reivindicación si media mala fe del adquirente, siendo iguales las otras circunstancias» (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2015: 48).

⁹ Cfr. HART, 2011: 176-196.

¹⁰ Cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2015: cap. VIII.

¹¹ En ALONSO, 2006 utilicé la «ampliación de los límites del problema» para intentar resolver antinomias en el sistema normativo del delito de lesiones en el Código Penal argentino

buena fe a título oneroso de un enajenante de mala fe. Se podrían analizar otros institutos conexos, como por ejemplo el derecho de los contratos en general, en donde suelen quedar a salvo los derechos adquiridos de buena fe a título oneroso. Incluso se podría hacer alusión a la reforma del Código Civil argentino de Vélez Sársfield, que mediante la Ley núm. 17.711 modificó el art. 1051, el cual quedó redactado del siguiente modo:

Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; *salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso*, sea el acto nulo o anulable.

Esta ampliación propicia la solución FR para el caso 2). La nueva matriz del sistema normativo sería la siguiente ampliación:

	BFE	BFA	TO	N1	N2	N3	$\alpha\beta\gamma$	ampliación
1	+	+	+	FR				
2	-	+	+					FR
3	+	-	+		OR			
4	-	-	+				OR	
5	+	+	-			OR		
6	-	+	-			OR		
7	+	-	-		OR	OR		
8	-	-	-			OR		

Cabe señalar que para ALCHOURRÓN y BULYGIN las dos nuevas normas que resuelven los casos 2) y 4) no son (ni nunca fueron) normas del sistema normativo original. Se trata, en cambio, de normas creadas por el juez, por diferentes mecanismos, para resolver un problema práctico: su obligación de dictar sentencia. Son normas fruto de la discrecionalidad judicial frente a casos de lagunas, discrecionalidad que no significa capricho ni arbitrariedad, sino fruto de la utilización de diversos mecanismos argumentativos que permiten colmar las lagunas¹².

Lo curioso de esta nueva matriz es que torna irrelevante (en los términos de ALCHOURRÓN y BULYGIN) la buena fe de enajenante, una propiedad

respecto de la concurrencia de agravantes y atenuantes, analizando cómo se resuelve la concurrencia de agravantes y atenuantes en el delito de homicidio (cfr. ALONSO, 2006: 255 ss.).

¹² Suele atribuirse a HART, y a ALCHOURRÓN y BULYGIN, que la discrecionalidad del juez ante los casos difíciles es algo muy parecido a la arbitrariedad o al subjetivismo puro y duro. Dicha atribución es claramente inexacta respecto de HART, si se toma en consideración su artículo «Discretion» (2013). Y, respecto de BULYGIN, si bien él no se ha expedito exhaustivamente en la cuestión de la discrecionalidad judicial frente a casos difíciles, debo señalar que (so pena de caer en una autorreferencialidad quizás inaceptable), al prologar mi libro *Interpretación de las normas y derecho penal* (ALONSO, 2006), BULYGIN señala que las técnicas coherentistas que propongo son aceptables para la resolución de ciertas lagunas y antinomias, por respetar la tesis de las fuentes sociales del derecho y no «invocar un derecho natural más o menos nebuloso» (BULYGIN, 2006: 15).

que el legislador había considerado preliminarmente relevante, al enunciarla como propiedad en el antecedente —o «caso»— de las normas N1 y N2.

Pero, como señalan ALCHOURRÓN y BULYGIN, una propiedad no es relevante por el mero hecho de que el legislador la haya enumerado en el antecedente de una norma, sino que lo es cuando en alguno de sus casos complementarios («BFE» es un caso complementario de «¬BFE») tienen soluciones normativas diferentes. En palabras de ALCHOURRÓN y BULYGIN:

La propiedad p es *relevante en el caso* C_i de un UC_j con relación a un sistema normativo α y un $UA_k = Df.$ El caso C_i y su caso complementario con respecto a p en UC_j tienen diferente estatus normativo con relación a α y el UA_k .¹³

Y de la nueva matriz se advierte que la buena fe del enajenante se ha tornado irrelevante, debido a que en ninguno de sus pares de casos complementarios de «BFE/¬BFE» existen soluciones normativas diferentes: los casos 1) y 2) tienen la solución FR, los casos 3) y 4) tienen la solución OR, los casos 5) y 6) tienen la solución OR y los casos 7) y 8) tienen la solución OR. Debido a ello, corresponde reformular la matriz, eliminando BFE como propiedad relevante del Universo de Propiedades. Y también se puede reformular la presentación axiomática del sistema normativo.

N1: $(BFA \wedge TO) \rightarrow FR$
 N2: $(\neg BFA \vee \neg TO) \rightarrow OR$

	BFA	TO	N1	N2
1	+	+	FR	
2	-	+		OR
3	+	-		OR
4	-	-		OR

En síntesis, la introducción de principios implícitos y/o la ampliación del análisis para abordar lagunas normativas, no solo conllevan una modificación del Universo de Soluciones del sistema normativo original, sino también del Universo de Casos. Dado que un sistema normativo es un conjunto estático de normas, esto quiere decir que en realidad estamos ante un sistema normativo distinto del original. En este sistema normativo depurado¹⁴ no hay lagunas normativas y, por ende, para su caracterización no se requiere apelar al concepto de discrecionalidad judicial, con la salvedad de que existió algún tipo de discrecionalidad al crear el nuevo sistema.

Sin embargo, en la teoría del derecho se han pensado otras alternativas para la cuestión de las lagunas normativas, dentro de las que se destacan aquellas propuestas que evitan su surgimiento. Ingresan aquí los conceptos de «reglas de clausura», «principio de prohibición» y peculiares concepciones de las normas permisivas. A continuación, se abordarán dichos conceptos.

¹³ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2015: 152.

¹⁴ Cfr. ORUNESU, RODRÍGUEZ y SUCAR, 2001.

3. REGLAS DE CLAUSURA

3.1. Las reglas de clausura en *Sistemas normativos*

En el punto 6 del capítulo VII de *Sistemas normativos*, ALCHOURRÓN y BULYGIN analizan las formas en que un sistema normativo puede ser completo. La primera alternativa es que el legislador otorgue a cada uno de los casos del Universo de Casos del sistema normativo involucrado una solución maximal. ALCHOURRÓN y BULYGIN denominan a este procedimiento «clausura por casos»¹⁵.

La segunda manera de obtener esta «inmunidad» es recurrir a una «regla de clausura que calificaría deónticamente todas aquellas acciones que no estuvieran calificadas ya por el sistema en cuestión»¹⁶. Según los autores una regla de clausura es *contingente y normativa*, en el sentido de que permite inferir consecuencias normativas nuevas que no podían inferirse del conjunto originario. La regla de clausura es de «segundo nivel» y tiene «carácter supletorio»: solo se puede recurrir a ella una vez que se ha comprobado que mediante las reglas ordinarias no se infiere ninguna solución para el caso en cuestión.

3.2. El principio de legalidad en el derecho penal

Si bien en *Sistemas normativos* se efectúa un análisis del principio de legalidad¹⁷, pretendo efectuar un análisis diferente, aunque no incompatible con el de ALCHOURRÓN y BULYGIN.

Para ello distinguiré entre el «sistema del juez» y el «sistema del ciudadano», distinción que en *Sistemas normativos* se utiliza para analizar cómo afecta al sistema del juez cuando en el sistema del ciudadano existen lagunas normativas¹⁸, y que he analizado en «Normas penales y conflicto de deberes» cuando en el sistema del ciudadano existen antinomias¹⁹.

Apelando a esta distinción me interesa demostrar cómo el principio de legalidad penal funciona de manera diferente cuando se lo analiza desde el sistema del juez, que cuando se lo analiza desde el sistema del ciudadano.

Ya en la *Teoría pura del derecho* KELSEN había sugerido una distinción de esta naturaleza, al señalar que el concepto de «deber jurídico» era el de ser «el acto contrario al acto antijurídico» y que el «acto antijurídico» era el «antecedente de la sanción jurídica». Dada la norma «Si comete homicidio entonces es obligatorio sancionar», «cometer homicidio» sería el acto

¹⁵ Cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2015: 190.

¹⁶ *Ibid.*: 191.

¹⁷ Cfr. *ibid.*: 198 ss.

¹⁸ Cfr. *ibid.*: 214 ss.

¹⁹ Cfr. ALONSO, 2018: 161-189.

antijurídico y «Obligatorio no cometer homicidio» (o «Prohibido cometer homicidio») sería el deber jurídico²⁰.

Sistema del ciudadano (el «deber jurídico» en KELSEN)	V HMC
Sistema del juez (la «norma jurídica» en KELSEN)	HMC → OS

Contrariamente, siguiendo los lineamientos del principio de legalidad penal (*Nullum crime sine lege*), cuando una conducta es atípica, el juez tiene prohibición de imponer una sanción penal (VS); y cuando ello sucede se afirma que dicha conducta (atípica) está permitida en el sistema del ciudadano.

Ahora bien, para describir adecuadamente una conducta atípica en términos lógicos debemos recurrir a lógica de proposiciones normativas; por ejemplo, si una conducta cualquiera F es atípica, su descripción lógica sería la siguiente:

$$\langle F \rightarrow OS \rangle \neg \exists Cn\alpha$$

[\equiv la norma «Si F entonces Obligatorio Sanción» no pertenece a las consecuencias del sistema α , siendo α el subsistema penal de un determinado sistema jurídico]

Y, consecuente, cuando una conducta F es atípica entonces si F es realizada el juez tiene prohibido sancionar (VS). La formulación lógica completa sería la siguiente:

$$\langle F \rightarrow OS \rangle \neg \exists Cn\alpha \rightarrow (F \rightarrow VS)$$

[\equiv Si la norma «Si F entonces Obligatorio Sanción» no pertenece a las consecuencias del sistema α , entonces, «Si F entonces Prohibido Sanción»]

Esta formulación constituye la reconstrucción formalizada del principio de legalidad penal en el sistema normativo del juez. Nótese, reitero, que se requiere apelar a la lógica de proposiciones normativas porque el antecedente de la norma en cuestión menciona (no utiliza) la norma «F → OS».

Finalmente:

	Conductas Típicas	Conductas atípicas
Sistema del ciudadano	VF	PF
Sistema del juez	F → OS	$\langle F \rightarrow OS \rangle \neg \exists Cn\alpha \rightarrow (F \rightarrow VS)$

Nótese que el principio de legalidad penal funciona diferente en el sistema del juez que en el sistema del ciudadano. Mientras que en el siste-

²⁰ Cfr. KELSEN, 2010: 157-166; NINO, 2003: 78-81 y 192-193.

ma del juez o es obligatorio sancionar (porque es típica la conducta) o es prohibido sancionar (porque es atípica la conducta), en el sistema del ciudadano la conducta es prohibida (porque es típica) o es permitida (porque es atípica).

Como señalan ALCHOURRÓN y BULYGIN, el principio de legalidad penal, como toda regla de clausura, es *contingente* y *normativo*. En el caso del derecho penal argentino su contingencia se positiviza en el art. 18 de la Constitución Nacional («Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...») y es normativo, en cuanto establece prohibiciones en el sistema del juez, y permisiones en el sistema del ciudadano. Ello no implica que lo que está permitido penalmente por ser atípico, no esté prohibido en otro subsistema del mismo sistema jurídico; por ejemplo, la prohibición de incumplir los contratos, que suele estar prevista en los códigos civiles y comerciales. Pero se trata de otro subsistema, el cual podrá o no contener reglas de clausura²¹.

Es una regularidad empírica que en la mayoría de los sistemas jurídicos democrático-liberales contemporáneos se cuente con una regla de clausura penal de este tipo. Debido a ella, los subsistemas penales suelen ser completos en virtud de que casi todos ellos poseen este tipo de regla de clausura contingente, que opera subsidiariamente ante la ausencia de tipificación.

Por ello cuando los penalistas hablan de lagunas de punibilidad no se refieren a lagunas normativas (conductas o situaciones relevantes sin solución normativa) sino más bien a lo que ALCHOURRÓN y BULYGIN denominan lagunas axiológicas: la conducta atípica tiene solución normativa (permitido realizarla en el sistema del ciudadano, prohibido sancionarla en el sistema del juez), pero en virtud de algún sistema axiológico (que incluso puede ser un sistema axiológico «interno», en el sentido que surge de algún conjunto de principios del mismo sistema jurídico) debería estar regulada de una manera diferente; por ejemplo, debería estar prohibida en el sistema del ciudadano y debería ser obligatoria su sanción en el sistema del juez.

La forma en que se regulan las conductas atípicas en el sistema del ciudadano y en el sistema del juez posee ciertas similitudes con las causas de justificación, ya que en el sistema del juez está prohibido sancionar (por no ser antijurídicas) y en el sistema del ciudadano están permitidas. Veamos el ejemplo del homicidio en legítima defensa.

	Conductas Típicas	Conductas atípicas
Sistema del ciudadano	V HMC	P(HMC \wedge LGD)
Sistema del juez	HMC \rightarrow OS	(HMC \wedge LGD) \rightarrow VS

²¹ Cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2015: 98.

Sin embargo, no se trata de situaciones normativas idénticas²². En cualquier caso, el análisis propuesto amplía el panorama ofrecido originalmente por ALCHOURRÓN y BULYGIN, pues diferencia la situación normativa que el principio de legalidad penal conlleva para el sistema del juez y para el sistema del ciudadano. Al tiempo, se brinda su reconstrucción formal, precisando así su estructura lógica.

4. EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN COMO REGLA DE CLAUSURA NECESARIA DE TODO SISTEMA JURÍDICO

El Principio de Prohibición suele enunciarse bajo el adagio «Todo lo que no está prohibido está permitido». Del mismo se sigue, por interdefinibilidad de los operadores deónticos que «Todo lo que no está obligado está permitido omitir». En términos de FERRAJOLI: «Todo lo que no está Vinculado —VINp— (prohibido u²³ obligado) está Facultado —Fp— (permitido hacer y permitido omitir)».

Del Principio de Prohibición surgiría la consecuencia de que no son posibles las lagunas normativas en el derecho, dado que frente a la inexistencia de prohibición u obligación surgiría la permisión de hacer u omitir la conducta en cuestión.

El Principio de Prohibición actúa como una regla de clausura peculiar, dado que si bien es normativa no es contingente; es una suerte de regla de clausura de segundo nivel (que se activa frente a la inexistencia de regulación normativa) que pertenece a todos los sistemas jurídicos, más allá de que, como señalan ALCHOURRÓN y BULYGIN no se han ofrecido argumentos de cómo y por qué una norma podría tener «*la misteriosa propiedad de pertenecer a todos los sistemas jurídicos*»²⁴.

Esto significa que en el ejemplo de lagunas normativas que analicé anteriormente existiría otra variación²⁵:

Sistema original
S1

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

²² Presumo que los dogmáticos penales afirmarían que se trata de situaciones diferentes, dado que en la primera situación la impunidad viene dada por ausencia de tipicidad, mientras que en la segunda la impunidad viene dada por ausencia de antijuricidad.

²³ Esta disyunción es excluyente.

²⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2015: 187.

²⁵ Señalo que un análisis parecido, aunque no exactamente igual, se efectúa en NAVARRO, 2011.

Sistema original
más argumentos
de principios
implícitos
y de ampliación
S2

	BFE	BFA	TO	N1	N2	N3	$\alpha\beta\gamma$	ampliación
1	+	+	+	FR				
2	-	+	+					FR
3	+	-	+		OR			
4	-	-	+				OR	
5	+	+	-			OR		
6	-	+	-			OR		
7	+	-	-		OR	OR		
8	-	-	-			OR		

Sistema original más
Principio de Prohibición
S3

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

La diferencia entre S2 y S3 es la solución del caso 4): en el sistema S2, completado mediante principios implícitos, la solución coherente para el caso 4) es OR, mientras que en el sistema S3, completado mediante el Principio de Prohibición, la solución para el caso 4) es FR.

Pero, como se vio, la solución FR es incoherente con el conjunto de principios que se induce (o se abduce, quizás mejor) del sistema normativo original, con lo cual debería ser derrotada por incoherente... y así retornaríamos, nuevamente al sistema S2.

Esta parecería ser la posición de ATIENZA y RUIZ MANERO²⁶, al definir la noción de laguna normativa del siguiente modo:

Un cierto caso constituye una laguna normativa de un cierto sistema jurídico si y solo si (1) ese sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y (2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida [...] dado que la no regulación equivale pragmáticamente a la regulación permisiva²⁷.

De aquí se sigue que, para ATIENZA y RUIZ MANERO, lo que para ALCHOURRÓN y BULYGIN son lagunas normativas, en su visión (la de ATIENZA y RUIZ MANERO) son problemas axiológicos a la luz de principios relevan-

²⁶ Cfr. ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: cap. III.

²⁷ RUIZ MANERO, 2005: 123.

tes del sistema. Dicho de otra forma: lo que para ALCHOURRÓN y BULYGIN es un defecto lógico de un sistema normativo para ATIENZA y RUIZ MANERO es un defecto axiológico.

Abrigo muchas dudas sobre si esa forma de reconstruir la cuestión de las lagunas es la forma en que los juristas efectivamente consideran en su forma de razonar frente a este tipo de problemas. Después de todo, los juristas argumentan como si los sistemas jurídicos tuvieran ciertas características lógicas, dentro de las que se encuentran lo que en teoría del derecho se denominan «lagunas normativas». En todo caso, corresponde explorar las diferentes versiones del Principio de Prohibición y exponer sus debilidades teóricas.

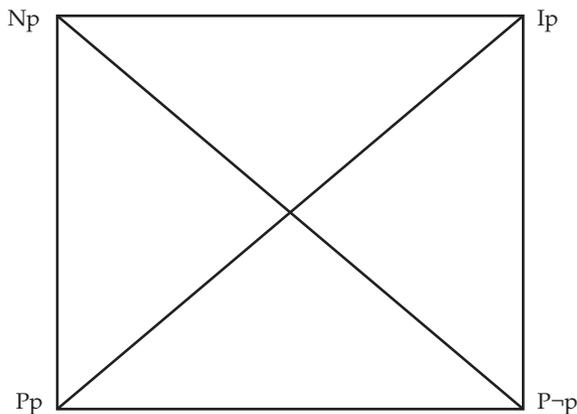
4.1. La versión lógica del Principio de Prohibición

Una forma de justificar el Principio de Prohibición es estableciendo una suerte de analogía entre la lógica modal y la lógica deóntica. En la primera, dadas dos modalidades aléticas contradictorias siempre es el caso que una de las modalidades es necesariamente verdadera y la otra necesariamente falsa.

Las modalidades aléticas son cuatro, a saber:

- a) Necesario p (Np)
- b) Imposible p (Ip)
- c) Posible p (Pp)
- d) Posible no p ($P\neg p$)

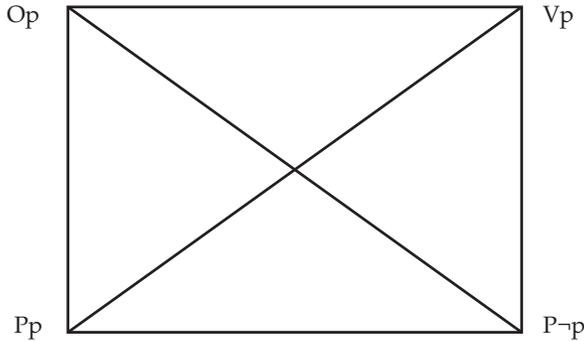
El cuadro de oposición de las modalidades aléticas es el siguiente²⁸:



Las relaciones en diagonal representan las contradicciones: Np y $P\neg p$ son contradictorias; Ip y Pp son contradictorias. Si Np es verdadera entonces $P\neg p$ es necesariamente falsa, y viceversa. Y si Ip es verdadera entonces Pp es necesariamente falsa, y viceversa.

²⁸ Cfr. ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG, 1980: 114.

El cuadro de oposición de las modalidades deónticas es análogo al de las modalidades aléticas²⁹:



En este cuadro, Obligatorio p (Op) es contradictorio con Permitido omitir p ($P\neg p$) y Prohibido p (Vp) es contradictorio con Permitido p (Pp).

El argumento del Principio de Prohibición se completaría de la siguiente manera: del mismo modo en que si algo no es imposible (Ip) entonces es necesariamente posible (Pp), entonces, si algo no está prohibido (Vp) entonces está necesariamente permitido (Pp); y, complementariamente, si algo no es necesario (Np) entonces es necesariamente posible que no sea ($P\neg p$), entonces, si algo no es Obligatorio (Op) entonces necesariamente está permitida su omisión ($P\neg p$).

Dicho en forma simple: la inexistencia de la prohibición de p activa necesariamente la existencia de la permisión de p, y la inexistencia de la obligación de p activa necesariamente la existencia de la permisión de omitir p. Según RUIZ MANERO³⁰, esta es la reconstrucción del principio de prohibición kelseniano que efectúan ALCHOURRÓN y BULYGIN³¹; reconstrucción que, como se verá, RUIZ MANERO considera equivocada.

En *Principia iuris*, FERRAJOLI sostiene esta posición de manera explícita mediante el primer postulado de su teoría axiomática del derecho³²:

P1 De lo que no está permitida la comisión está permitida la omisión.

FERRAJOLI presenta un cuadro de oposiciones deónticas más sofisticado que el clásico³³, incorporando el operador «Vinculado p (VINp)», que es la disyunción excluyente entre Obligatorio p y Prohibido p; contraponiendo este operador VINp al operador «Facultativo p (Fp)», que es la conjunción entre Permitido p y Permitido $\neg p$. La versión final del Principio de Prohibición sería: «todo lo que no está vinculado está facultado». Lo vinculado es la esfera de la sujeción normativa, lo facultado la esfera de la libertad normativa.

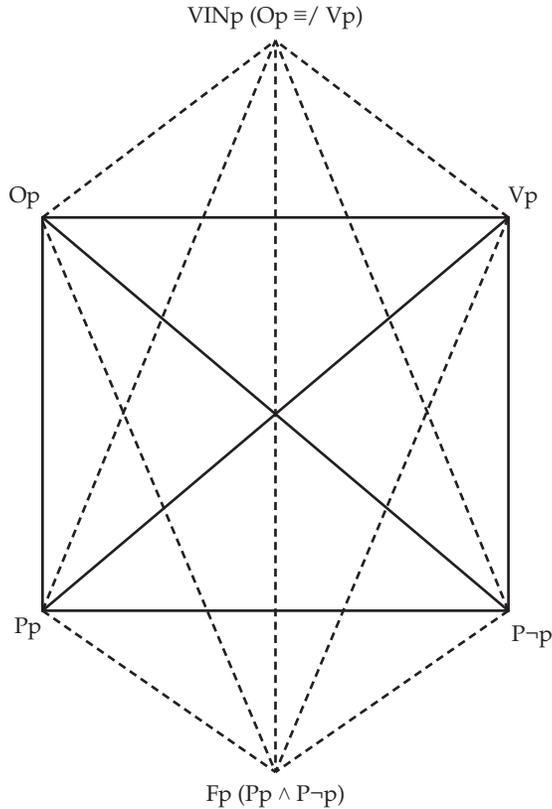
²⁹ Cfr. *ibid.*: 127.

³⁰ Cfr. RUIZ MANERO, 1990: 38 ss.

³¹ Cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2015: 169 ss.

³² Cfr. FERRAJOLI, 2007: I, 89.

³³ FERRAJOLI (*ibid.*: I, 120 ss.) lo denomina «el hexágono deóntico».



También RAZ ha aceptado la versión lógica del Principio de Prohibición. Según RAZ el derecho puede tener defectos (textura abierta, antinomias y situaciones de conflicto de normas aplicables *prima facie* resolubles mediante discreción judicial), pero no lagunas normativas. En su artículo «Legal reasons, sources and gaps», afirma lo siguiente:

En contra de la muy conocida imagen, no hay lagunas cuando el derecho es mudo. En tales casos las reglas de clausura, que son, más que disposiciones jurídicas positivas, verdades analíticas, operan y evitan la ocurrencia de lagunas³⁴.

Según RAZ, habría lagunas normativas cuando una cuestión jurídica carece de una única respuesta completa, existiendo dos posibles respuestas completas³⁵:

- 1) $J R_c x, \phi$ (el derecho exige concluyentemente realizar ϕ)
- 2) $J Per_c x, \bar{\phi}$ (el derecho permite concluyentemente omitir ϕ).

Dadas estas dos respuestas completas posibles, habrá lagunas normativas cuando no sea el caso que el derecho exija concluyentemente reali-

³⁴ RAZ, 1979: 103.

³⁵ Cfr. RAZ, 1979: 97.

zar ϕ y, además, no sea el caso que el derecho permita concluyentemente omitir ϕ .

$$3) (\neg J R_c x, \phi) \& (\neg J \text{Per}_c x, \bar{\phi}) \quad (\text{def. de laguna normativa de RAZ})$$

Sin embargo, para RAZ es imposible la existencia de lagunas normativas, ya que existe una verdad analítica según la cual:

$$4) \neg(J R_c x, \phi) \leftrightarrow (J \neg R_c x, \phi)$$

Esta verdad analítica se sustentaría en la definición de permisión concluyente de RAZ, ya que una acción está permitida concluyentemente cuando no hay una razón concluyente que prohíba realizarla. De esta forma, todas las acciones estarían concluyentemente determinadas por los sistemas normativos: o bien están prohibidas (hay una razón concluyente para no realizar x) o bien no están prohibidas (hay una permisión concluyente para realizar x)³⁶.

Tanto FERRAJOLI como RAZ, y también KELSEN, sostienen que el principio de prohibición es una verdad analítica vigente para todo sistema jurídico y, aunque no terminan de explicar las razones de dicha verdad analítica, podría presumirse que la fundamentan en la analogía entre la lógica modal y la lógica deóntica (esto se aplicaría claramente a FERRAJOLI y RAZ, e indirectamente a KELSEN).

El problema de la versión lógica del Principio de Prohibición, en cualquiera de sus sub-versiones, estriba en este punto de partida: la analogía entre la lógica modal y la deóntica, cuando esta última se aplica a sistemas normativos positivos.

Tal problema no se configura cuando la analogía es entre la lógica modal y la deóntica se aplica a «universos deónticos ideales», que son aquellos universos de normas en los cuales todas las conductas están reguladas de manera completa y consistente. En estos universos ideales no puede ser el caso de que existan regulaciones normativas contradictorias: si existe «Op» entonces no existe «P¬p», si existe «Vp» entonces no existe «Pp»; y viceversa; y tampoco puede ser el caso que una conducta carezca de regulación deóntica.

Los sistemas normativos caracterizados por la inexistencia de un legislador positivo (seres humanos, por ejemplo) suelen ser concebidos como universos deónticos ideales. El derecho natural, las religiones y la moral crítica son ejemplos de ello. Por ejemplo, (tanto en derecho natural, religión y moral crítica) suele discutirse si debe estar prohibido o permitido el aborto a sola voluntad de la gestante dentro del primer trimestre. Pero más allá de la posición que se adopte, lo cierto es que se afirma que la conducta siempre está regulada, en un sentido (prohibido) o en el otro (permitido). Los desacuerdos morales son desacuerdos entre universos deónticos ideales; cada uno de estos universos consideran que todas las conductas están reguladas de manera completa y consistente, aunque difieren en regulaciones puntuales sobre conductas puntuales.

³⁶ Eugenio BULYGIN (2002) ha efectuado una medulosa crítica a esta posición de RAZ en «El silencio del derecho».

Los sistemas normativos positivos, como el derecho, dictados por legisladores humanos, pueden ser o pueden no ser universos deónticos ideales; alcanzar el ideal depende de la habilidad del legislador, especialmente en no omitir la regulación de conductas relevantes (evitar lagunas) y en omitir regular conductas de manera incompatible —evitar antinomias (aunque esto último no sería aplicable a RAZ)—.

En los sistemas normativos positivos la existencia de una norma depende de que haya sido promulgada por una autoridad competente; por ello, del hecho de que el legislador no haya promulgado la prohibición de p no se sigue que el legislador haya promulgado la permisón de p. Por todo ello, las críticas de ALCHOURRÓN y BULYGIN a la versión lógica del Principio de Prohibición son adecuadas³⁷.

Y, en todo caso, quienes alegan que el Principio de Prohibición es una verdad analítica, no contingente y normativa, que pertenece a todo sistema jurídico imaginable, deberían dar razones de tan peculiar afirmación, y no simplemente limitarse a afirmarlo sin fundamentos adicionales. En definitiva, todo indica que, quienes sostienen que el Principio de Prohibición es una verdad analítica normativa, aplicable a todo sistema jurídico existente o imaginable, presuponen algo que, metodológicamente, deberían probar.

4.2. La versión pragmática del Principio de Prohibición

ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG contrastan la posición de KELSEN, en punto a la inexistencia de lagunas en el derecho en función del Principio de Prohibición («todo lo que no está prohibido está permitido») con la posición de ALCHOURRÓN y BULYGIN, quienes afirman que el Principio de Prohibición en su versión débil es trivial (todo lo no prohibido no está prohibido) y en su versión fuerte es contingente (no es cierto que cada vez que no existe una norma que prohíbe p existe en el sistema una norma que permite p). ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG afirman asumir una posición cercana a la de KELSEN según la cual «el principio de prohibición (es) un presupuesto pragmático de la teoría normativa y no una norma de clausura contingente», debido a que «(l)a ausencia de norma, pues, se parece a la permisón cuando no existe orden alguno, y equivale a la permisón dentro de un orden dado»³⁸.

Según ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG solo las normas de prohibición y obligación son relevantes, mientras que las normas permisivas son irrelevantes y análogas, en términos pragmáticos, a la inexistencia de regulación normativa.

Más adelante analizaré críticamente la posición de ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG, ante todo a partir de su concepción de la irrelevancia pragmática de las normas permisivas. Antes de ello, abordaré la posición de Car-

³⁷ Cfr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2015: 169 ss.

³⁸ ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG, 1980: 158.

los COSSIO. COSSIO podría ser enrolado dentro de esta versión pragmática del Principio de Prohibición, tanto en su libro *La plenitud del ordenamiento jurídico*³⁹ como en su *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*⁴⁰, su principal obra. Según COSSIO:

[...] existe un principio o axioma verdaderamente ontológico del derecho, directamente en la libertad del ser humano, describiéndolo como un juicio *sintético a priori* en el sentido de la estética trascendental de KANT. *A priori*, porque es eidético para la libertad constitutiva de la experiencia jurídica al basarse en su intuición esencial, resultando de ello que la libertad lo impone, queramos o no queramos, como la única manera posible de referirnos jurídicamente en la experiencia a la libertad misma. Y *sintético*, porque, además de la correlación lógicamente convertible entre los términos recíprocos «prohibido» y «permitido», el axioma enuncia la libertad como *prius*... la libertad constitutiva del ser humano es el punto de partida⁴¹.

Está claro que la posición de COSSIO es ontológicamente más cargada que la de ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG, quienes se limitan a equiparar pragmáticamente la inexistencia de las obligaciones y prohibiciones con las permisiones. COSSIO incorpora tesis metafísicas y ontológicas acerca de las conductas humanas y la libertad natural y prejurídica de los seres humanos; tesis sumamente discutibles, tanto en cuanto a su muy difícil verificación, como en cuanto a su refutabilidad desde posiciones contrarias que postulan una suerte de determinismo (religioso, social, biológico, neurocientífico, etc.) de las conductas humanas; algunas de estas posiciones se fundan en teorías científicas contemporáneas, ante las que una posición como la de COSSIO tendría que responder o reubicarse.

Por otro lado, ¿qué sentido, me pregunto, tiene incorporar al conocimiento jurídico, tesis metafísicas de la índole que COSSIO incorpora? ¿Permiten entender mejor el derecho que existe y que se utiliza en la práctica jurídica? No parece ser el caso.

La incorporación de este tipo de tesis es comprensible en obras como el *Leviatán* de HOBBS, donde se apela al «estado de naturaleza» como estadio prepolítico anterior al estadio político posterior resultante del «contrato social». Como señala RAWLS, no es que HOBBS creyera que el «estado de naturaleza» existiera o como un estado de cosas pasado, sino como una posibilidad permanente que hay que evitar, evitando que el hombre sea un lobo para los otros hombres⁴².

Estas «ficciones filosóficas» (como la misma «posición originaria» de RAWLS, el «estado de naturaleza» o el «contrato social» de HOBBS) son forma de racionalizar filosóficamente sobre lo público —en estos ejemplos— desde conjeturas o hipótesis para arribar a posiciones que permitan analizar cuestiones de interés público —la democracia, el disenso moral, el reparto de bienes, etc.—. Pero, a diferencia de HOBBS, COSSIO no afir-

³⁹ COSSIO, 1939.

⁴⁰ COSSIO, 1964.

⁴¹ LUNA, 2020: 192.

⁴² Cfr. RAWLS, 2007: 53 ss., y 63.

ma el carácter ficcional y metafórico de su juicio *sintético a priori* acerca de «la libertad ontológico-metafísico de todo ser humano» como presupuesto de todos los ordenamientos jurídicos existentes o simplemente posibles. Y a esta afirmación le cabe la crítica que he formulado a la versión lógica del Principio de Prohibición: alegar la existencia de una verdad ontológica prejurídica como juicio *sintético a priori* requiere mucha más argumentación que su mera alegación. Nuevamente, se presupone lo que se debe probar.

4.3. La versión institucional del Principio de Prohibición

En *Jurisdicción y normas* , Juan RUIZ MANERO cuestiona la forma en que ALCHOURRÓN y BULYGIN analizan el Principio de Prohibición de KELSEN, específicamente en su versión débil⁴³. Puntualmente, RUIZ MANERO señala que según ALCHOURRÓN y BULYGIN ante una laguna « *el juez no tiene ninguna obligación específica, ni la de condenar ni la de rechazar la demanda; solo tiene una obligación genérica de juzgar...* »⁴⁴. Y, continúa RUIZ MANERO, eso no es lo que sostiene KELSEN, dado que:

[I]a inexistencia de norma que determine el status deóntico de la conducta del demandado tiene para KELSEN [...] exactamente las mismas consecuencias normativas que la existencia de una norma que autorice positivamente la conducta correspondiente⁴⁵.

En términos generales, para RUIZ MANERO, KELSEN sostiene lo que aquí denomino una versión institucional del Principio de Prohibición, que admite la existencia de lagunas en subsistemas normativos, pero no en el derecho en general, dado que si en un subsistema normativo hay una laguna (esto es, no hay una norma que obligue o prohíba la conducta del demandado) el juez, al aplicar la totalidad del ordenamiento jurídico, debe rechazar la demanda⁴⁶.

Sin embargo, para el mismo RUIZ MANERO, la automática obligación de rechazar la demanda podría ser revisada si dicho rechazo es incoherente con el balance del conjunto de principios relevantes que regulan dicho subsistema jurídico. Y con ello, volvemos a lo que analicé al comienzo de este punto 3, al comparar los diferentes sistemas normativos (S1 con dos lagunas; S2 con las lagunas resueltas mediante argumentos basados en principios implícitos y argumentos de ampliación del análisis; S3 con Principio de Prohibición, luego modificado por aplicación de principios): la ficción de que todos los subsistemas jurídicos son completos mediante cualquier versión del Principio de Prohibición termina tornando innecesariamente engorroso el análisis de los problemas de lagunas normativas, ya que para los casos de lagunas normativas los juristas suelen utilizar técnicas argumentativas (analogías, razonamientos jurídicos especiales sobre la base de principios

⁴³ RUIZ MANERO, 1990.

⁴⁴ *Ibid.* : 42.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Una posición parecida sostiene ATRIA (2005).