

# LAGUNAS, PERMISOS Y DISCRECIÓN

PABLO E. NAVARRO  
CONICET

## Resumen

Este trabajo analiza los aspectos más destacados de la polémica entre Juan Carlos Bayón y Eugenio Bulygin acerca de las lagunas jurídicas, el principio de prohibición (i.e., “las conductas no prohibidas están permitidas”) y el alcance de la discreción judicial. En esta disputa, Bulygin defiende cuatro tesis centrales, enunciadas en *Normative Systems* (Alchourrón y Bulygin 1971): (i) una cuidadosa distinción entre normas y proposiciones normativas es esencial para resolver el problema de las lagunas jurídicas, (ii) la versión débil del principio de prohibición no sirve para mostrar que no existen lagunas, (iii) la versión fuerte del principio de prohibición es verdadera solo cuando el sistema es completo, y (iv) en casos de lagunas jurídicas, los jueces tienen discreción para resolver estas situaciones. Sin embargo, Bayón señala que el problema no es la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas sino el desacuerdo acerca de cuándo una solución jurídica es concluyente. La diferencia entre soluciones *prima facie* y concluyente es esencial porque en ciertas situaciones (i.e. casos jurídicamente irrelevantes), el derecho no da una respuesta pero tampoco deja espacio para la discrecionalidad judicial. Según Bayón, en estos casos el principio de prohibición “todo lo que no está prohibido está permitido” juega un papel fundamental. Este trabajo muestra que los argumentos de Bayón son insuficientes para rechazar las tesis clásicas defendidas por (Alchourrón y) Bulygin.

**PALABRAS CLAVES:** Sistemas normativos; Normas y proposiciones normativas; Principio de prohibición.

## Abstract

In this paper I analyze the most relevant aspects of the controversy between Juan Carlos Bayón and Eugenio Bulygin about the existence of legal gaps, the so called “principle of prohibition” (i.e., non forbidden actions are permitted) and the scope of judicial discretion. In this debate, Bulygin defends four classical theses advanced in his well-known book, *Normative Systems* (Alchourrón and Bulygin 1971): (i) a careful distinction between norms and norm propositions is actually needed in order to solve the problem of legal gaps, (ii) the analytical truth of the weak version of the principle of prohibition cannot guarantee the completeness of legal systems, (iii) the strong version of the principle of prohibition is true only if legal systems are complete, and (iv) judges have discretion in cases of legal gaps. However, Bayón claims that the problem is not the lack of distinction between norms and norm proposition but rather the identification of conclusive legal solutions. Conclusive legal solutions must be distinguished from the *prima facie* solutions provided by explicitly enacted norms. According to Bayón, the difference between conclusive and *prima facie* solutions is essential in legally

irrelevant cases; in such cases the principle of prohibition plays an essential role because it entails the rejection of judicial discretion. In this paper I claim that the arguments advanced by Bayón fail to provide a sound ground for discarding the classical theses defended by (Alchourrón and) Bulygin.

KEY WORDS: Normative systems; Norms and norm-propositions; Principle of prohibition.

## I. Introducción

Las polémicas sobre las lagunas normativas son recurrentes en la teoría jurídica. En gran medida, la relevancia de esos debates depende de sus conexiones con otros problemas de filosofía y teoría jurídica<sup>1</sup>. Por ejemplo, en el ámbito de la filosofía del derecho hispanoamericana, en los últimos años, los debates sobre las lagunas jurídicas han estado alimentados por sus conexiones con discusiones acerca de la autonomía y relevancia de las normas permisivas, la interpretación normativa, la derrotabilidad del derecho, etc.<sup>2</sup> Los protagonistas principales de una de estas últimas polémicas, Eugenio Bulygin y Juan Carlos Bayón, han centrado sus discrepancias en la explicación de las relaciones entre las lagunas del derecho y la distinción entre normas y proposiciones normativas<sup>3</sup>. Mientras que Bulygin ha defendido insistentemente la necesidad de trazar una cuidadosa distinción entre normas y proposiciones normativas para dar cuenta del problema de las lagunas en el derecho, Bayón ha señalado que ese pecado no es tan importante. Más bien, para Bayón, el núcleo de los desacuerdos gira en torno a las diferentes concepciones de la identificación del derecho y, como consecuencia de ello, no hay tampoco acuerdo sobre las condiciones de verdad de nuestras proposiciones normativas. En otras palabras, el problema no es tanto la falta de distinción entre normas y proposiciones sino más bien un desacuerdo más básico acerca de las condiciones en las que esas proposiciones son verdaderas.

<sup>1</sup> Por ejemplo, la diferencia entre la lógica de normas y la lógica de proposiciones normativas; la bivalencia de los enunciados jurídicos, etc. Al respecto, véase Alchourrón y Bulygin (1974), Raz (1979a) y Dworkin (1985).

<sup>2</sup> Los que han intervenido en este debate son legión. Algunos de los más destacados son Riccardo Guastini, Giovanni Battista Ratti, Francesca Poggi, José Juan Moreso, Juan Ruiz Manero, Manuel Atienza, Fernando Atria, Jorge Rodríguez. Para una rápida revisión de algunos de los aspectos centrales de estas polémicas, véase Atria *et al.* (2005).

<sup>3</sup> Las posiciones centrales de este debate se encuentran en Bulygin (2009) y Bayón (2009). Por mi parte, he intentado añadir algunos argumentos a favor de las tesis clásicas de Alchourrón y Bulygin en diversos trabajos. Al respecto, véase Navarro (2005; 2011).

irrelevant cases; in such cases the principle of prohibition plays an essential role because it entails the rejection of judicial discretion. In this paper I claim that the arguments advanced by Bayón fail to provide a sound ground for discarding the classical theses defended by (Alchourrón and) Bulygin.

KEY WORDS: Normative systems; Norms and norm-propositions; Principle of prohibition.

## I. Introducción

Las polémicas sobre las lagunas normativas son recurrentes en la teoría jurídica. En gran medida, la relevancia de esos debates depende de sus conexiones con otros problemas de filosofía y teoría jurídica<sup>1</sup>. Por ejemplo, en el ámbito de la filosofía del derecho hispanoamericana, en los últimos años, los debates sobre las lagunas jurídicas han estado alimentados por sus conexiones con discusiones acerca de la autonomía y relevancia de las normas permisivas, la interpretación normativa, la derrotabilidad del derecho, etc.<sup>2</sup> Los protagonistas principales de una de estas últimas polémicas, Eugenio Bulygin y Juan Carlos Bayón, han centrado sus discrepancias en la explicación de las relaciones entre las lagunas del derecho y la distinción entre normas y proposiciones normativas<sup>3</sup>. Mientras que Bulygin ha defendido insistentemente la necesidad de trazar una cuidadosa distinción entre normas y proposiciones normativas para dar cuenta del problema de las lagunas en el derecho, Bayón ha señalado que ese pecado no es tan importante. Más bien, para Bayón, el núcleo de los desacuerdos gira en torno a las diferentes concepciones de la identificación del derecho y, como consecuencia de ello, no hay tampoco acuerdo sobre las condiciones de verdad de nuestras proposiciones normativas. En otras palabras, el problema no es tanto la falta de distinción entre normas y proposiciones sino más bien un desacuerdo más básico acerca de las condiciones en las que esas proposiciones son verdaderas.

<sup>1</sup> Por ejemplo, la diferencia entre la lógica de normas y la lógica de proposiciones normativas; la bivalencia de los enunciados jurídicos, etc. Al respecto, véase Alchourrón y Bulygin (1974), Raz (1979a) y Dworkin (1985).

<sup>2</sup> Los que han intervenido en este debate son legión. Algunos de los más destacados son Riccardo Guastini, Giovanni Battista Ratti, Francesca Poggi, José Juan Moreso, Juan Ruiz Manero, Manuel Atienza, Fernando Atria, Jorge Rodríguez. Para una rápida revisión de algunos de los aspectos centrales de estas polémicas, véase Atria *et al.* (2005).

<sup>3</sup> Las posiciones centrales de este debate se encuentran en Bulygin (2009) y Bayón (2009). Por mi parte, he intentado añadir algunos argumentos a favor de las tesis clásicas de Alchourrón y Bulygin en diversos trabajos. Al respecto, véase Navarro (2005; 2011).

Estas diferencias en las concepciones de la identificación del derecho se proyectan a otros temas de indudable importancia como, por ejemplo, la discrecionalidad judicial y las diferentes calificaciones (concluyentes o *prima facie*) que se pueden extraer del material jurídico. En especial, hay dos cuestiones que merecen destacarse. Por una parte, el alcance y relevancia del llamado *principio de prohibición* (i.e., todo lo que no está prohibido está permitido) y, por otra parte, la conexión entre casos sin solución y discrecionalidad judicial. Aunque en su último trabajo Bayón (2010) intenta disolver parte de la polémica<sup>4</sup>, también insiste en su idea central. Esta idea es que

A condición de que se tuviesen en cuenta una serie de precisiones decisivas, cabe decir respecto de las conductas que el derecho no regula que su realización es permisible en un sentido determinado (Bayón 2010, p. 309).

Estas precisiones son las siguientes (Bayón 2010, p. 309). En primer lugar, las lagunas normativas tienen que distinguirse de situaciones que el derecho “no regula ni pretende regular”<sup>5</sup>. En segundo lugar, es crucial distinguir entre calificaciones normativas explícitas (*prima facie*) y calificaciones concluyentes (finales). Así, una formulación normativa promulgada por una autoridad expresa una calificación *prima facie* de la conducta que ha de ser revisada conforme a ciertas prácticas interpretativas vigentes en una comunidad. Esa revisión es la que determina la calificación final o concluyente de la conducta, que –por supuesto– puede coincidir o no con la calificación *prima facie*. Por ello, subraya Bayón, la afirmación acerca de la permisibilidad de las conductas que el derecho no regula ni pretende regular tiene que ser entendida en el sentido de calificaciones concluyentes. Finalmente, la permisibilidad de una conducta que el derecho no regula ni pretende regular concluyentemente es un permiso no protegido (privilegio). La consecuencia es que esa permisión de una cierta acción no es vacía ni carente de consecuencias puesto que “implicaría al menos que no teniendo nadie el deber de realizarla ni el de abstenerse de realizarla (...) un juez debería desestimar cualquier demanda cuyo *petitum* se basara en que el demandado está jurídicamente obligado a realizarla o en que está obligado a no realizarla”.



<sup>4</sup> Este trabajo es un comentario crítico de algunas ideas del artículo de Bulygin (2010).

<sup>5</sup> La distinción entre lagunas normativas y casos jurídicamente irrelevantes puede encontrarse en Atria, (2005, pp. 20-21) y Ruiz Manero (2005, pp. 124-125). Por su parte, Bayón reelabora esa distinción en Bayón (2009, p. 58).

Este último artículo de Bayón, al igual que sus otros trabajos, es notable por la claridad de sus argumentos, la riqueza de su bibliografía y la profundidad de sus principales tesis. Por ello, sería una temeridad intentar una réplica global y la prudencia aconseja emprender una tarea más modesta. En este sentido, mi intención es añadir una glosa a la última contribución de Juan Carlos Bayón a este debate y señalar ciertas indeterminaciones que subyacen a las tres precisiones cruciales en las que se apoya su tesis principal. En las dos próximas secciones introduciré algunas consideraciones preliminares sobre lagunas normativas y discreción judicial y en las siguientes secciones defenderé la necesidad de distinguir cuidadosamente entre: (i) diferentes tipos de casos que el derecho no regula ni pretende regular, (ii) la naturaleza analítica del principio de clausura y otras tesis acerca de la discreción judicial y (iii) el deber judicial concluyente y *prima facie* de rechazar las demandas en casos que el derecho no regula ni pretende regular.

## II. Tipos de discreción judicial

En sus diferentes trabajos, Bayón ha subrayado que los sistemas jurídicos pueden tener lagunas normativas y que, en esas situaciones, los jueces deciden discrecionalmente<sup>6</sup>. Bulygin (junto con Carlos Alchourrón) ha defendido esta misma idea en numerosos trabajos y, por ello, esta tesis podría ser un buen punto de partida para explorar nuevas coincidencias. Sin embargo, ese acuerdo sobre la conexión entre lagunas normativas y discreción judicial parece una afortunada casualidad ya que no es obvio que Bayón y Bulygin tengan en mente el mismo concepto de discreción y, sin duda, no utilizan el mismo concepto de laguna.

Dejando de lado muchas sutilezas del debate contemporáneo sobre la discreción judicial, hay dos conceptos diferentes —que denominaré *discreción intersticial* y *discreción global*, respectivamente— que interesan en esta discusión. La discreción intersticial ha sido el centro del debate en filosofía jurídica desde que Dworkin lanzase su célebre desafío al positivismo jurídico en general y a la concepción de Hart en particular. En *El concepto de derecho* (Hart 1963), esa noción de discreción aparece como consecuencia de la distinción entre casos claros y casos en los que los jueces tienen que decidir entre diferentes soluciones posibles de la controversia (“casos difíciles”)<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Bayón (2010, p. 309; 2009, pp. 60 y 64).

<sup>7</sup> Por supuesto, la idea de que, en ciertos casos, los jueces pueden “legislar intersticialmente” había sido señalada por numerosos teóricos anteriormente, e.g. Bentham, Holmes, etc. Al respecto, véase Hart (1983a, pp. 126-132; 1983b, p. 107).

Los casos claros son “únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios”<sup>8</sup>. La convicción subyacente a esta caracterización es que “si no fuese posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que conocemos como derecho” (Hart 1963, p. 155). De este modo, el valor de comunicar pautas generales mediante un lenguaje (natural) específico es que permite, al menos en casos claros, evitar la permanente intermediación de las autoridades con el propósito de determinar las consecuencias normativas de las acciones.

Sin embargo, otros casos pueden ser más complejos ya que “hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o rechazo a la persona ocupada en clasificar. Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo una acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas” (Hart 1963, p. 158). Como consecuencia de esta caracterización de los diferentes tipos de casos se sigue que solo en circunstancias relativamente excepcionales es necesario volver a decidir sobre la solución de una controversia particular. La discreción judicial es intersticial, limitada a la solución de situaciones de indeterminación.

Mientras Bulygin utiliza básicamente este concepto de discreción *intersticial* (Alchourrón y Bulygin 1974, p. 215; Bulygin 2006, p. 74), Bayón parece utilizar el concepto más amplio de discreción *global*. Conforme a este concepto, los jueces no solo pueden imponer válidamente sus decisiones en situaciones de indeterminación sino que —cuando concurren ciertas razones específicas— los jueces pueden *cambiar* válidamente las soluciones establecidas por las normas formuladas por las autoridades normativas. Este concepto es bien conocido en la literatura contemporánea. Por ejemplo, Raz<sup>9</sup> señala que:

En muchos sistemas jurídicos, por ejemplo en todas las jurisdicciones del *Common Law*, hay tribunales con poder no solo para decidir discrecionalmente los casos indeterminados (*unsettled cases*) sino también para cambiar (*overrule*) precedentes ya establecidos. En verdad, ellos

<sup>8</sup> Hart (1963, p. 158). Véase también Hart (1983b, p. 107).

<sup>9</sup> También Soeteman (1997, p. 332).

están autorizados para rechazar leyes y reemplazarlas con reglas que ellos juzgan mejor que las antiguas (Raz 1990, p. 140).

Esta noción de discreción global no autoriza a los tribunales a reemplazar las normas jurídicas por *cualquier* razón que ellos puedan esgrimir, pero habría razones que siempre pueden invocarse para revisar cualquier norma del sistema jurídico, i.e. las razones subyacentes que justifican las decisiones de la autoridad. Así, este concepto de discreción global se encuentra asociado a una concepción de derecho según la cual la solución jurídica de un cierto caso exige no solo tener en cuenta las normas expresamente formuladas por la autoridad sino también las razones subyacentes a esas normas (i.e., las razones por las que la autoridad dice lo que ha dicho). A diferencia de la discreción intersticial, que se ejerce en casos de indeterminación, la discreción global se ejerce cada vez que las razones subyacentes a las normas promulgadas por el legislador justifican la revisión de la calificación expresamente formulada.

En la reconstrucción de Bayón, esta noción de discreción global se articula como consecuencia de las siguientes ideas<sup>10</sup>:

- a) La identificación de las normas no depende solo del significado “literal” u “ordinario” de los términos de las formulaciones normativas sino que depende también “de las prácticas argumentativas o interpretativas que aceptamos en relación con la justificación jurídica final de decisiones a partir de dichas formulaciones”.
- b) Las normas formuladas por las autoridades son solo soluciones *prima facie* ya que nuestras prácticas interpretativas impulsan a que ellas sean revisadas a la luz de los principios o razones subyacentes a esas normas expresamente formuladas y estos principios o razones subyacentes son “un factor fundamental para la identificación de lo que finalmente –y no con un mero carácter *prima facie*– cabe considerar como contenido del derecho”.
- c) Las razones subyacentes pueden estar ordenadas a partir de “relaciones de prevalencia” entre las mismas (cuya identidad y peso relativo para determinadas clases de situaciones pueden estar convencionalmente determinadas).

De estas premisas, Bayón extrae la siguiente conclusión:

<sup>10</sup> Estos presupuestos son explícitamente señalados por Bayón (2009, p. 49).

Lo esencial cuando imperan prácticas interpretativas semejantes (...) es, entonces que la calificación normativa expresa o *prima facie* de una conducta –la que derivaría simplemente del tenor literal de las prescripciones explícitas– puede no coincidir con su calificación normativa definitiva (Bayón 2009, p. 50).

Es importante destacar que Bayón no asume que estas prácticas interpretativas sean un rasgo definitorio de *cualquier* sistema jurídico posible, sino que señala que, como cuestión empírica, ellas tienen un papel importante en nuestros sistemas jurídicos contemporáneos. En este análisis asumiré, como hace Bayón, que nuestros sistemas jurídicos contemporáneos cuentan con tales prácticas interpretativas y, por ello, los jueces pueden válidamente apartarse de las decisiones expresadas de las autoridades cuando existan razones subyacentes que justifiquen su revisión. En ello consistiría, básicamente, el compromiso que Bayón asume con la discreción global, i.e., en el hecho de que incluso cuando un caso esté regulado expresa o implícitamente por una cierta norma, nuestras prácticas interpretativas autorizan a los jueces a modificar esa prescripción, restringiendo (o ampliando) su alcance.

### III. Lagunas y calificaciones jurídicas

La relevancia del concepto de discreción global depende en gran medida de la distinción entre las calificaciones jurídicas *prima facie* y las calificaciones concluyentes que surgen del derecho: los jueces pueden cambiar las soluciones formuladas por el legislador porque ellas solo imponen una calificación *prima facie*. Aunque esta distinción es intuitivamente clara, su capacidad explicativa de nuestras prácticas y sus consecuencias depende de precisiones adicionales imprescindibles.

La intuición básica es que si una norma (o la calificación que ella impone) es caracterizada como “*prima facie*”, entonces ella, por sí misma, no proporciona una solución al conflicto ya sea porque (i) esa norma realmente no regula el caso en cuestión o bien porque (ii) ella es desplazada por otras pautas de mayor relevancia. Siguiendo a Caracciolo se puede analizar esta ambigüedad de la siguiente manera. En primer lugar, calificar a una pauta como una solución *prima facie* “quiere decir que suministra una respuesta provisoria, que solo vale si se completa el estándar con otras condiciones no previstas explícitamente. De manera que *prima facie* significa aquí, que la información relevante es incompleta...” (Caracciolo 2009, p. 258). Las prácticas interpretativas instruirían a los jueces acerca de cómo completar esa

información incompleta que suministra la autoridad. En otras palabras, una norma formulada por una cierta autoridad puede ser dejada de lado en la solución de una controversia porque se constata que, en verdad, ella no regula el caso una vez que se ha revisado su antecedente. La revisión de la formulación tiene como objetivo identificar circunstancias relevantes implícitas. Así, “una vez que se establece que cierta circunstancia presente en un caso individual es relevante para determinar la respuesta, esa conclusión tiene que generalizarse a todos aquellos supuestos en los que se presente semejante circunstancia” (Caracciolo 2009, p. 258).

En segundo lugar, cuando una norma es calificada como *prima facie*, el problema no es acerca de su alcance (i.e., de si ella regula el caso), sino más bien acerca de su *fuerza institucional*, es decir, cuánto cuenta el hecho de que ella regule el caso frente a otras pautas en conflicto. Esta noción de *prima facie* es usualmente utilizada en la caracterización de los principios jurídicos y, siguiendo a Caracciolo, podemos señalar que

*prima facie* significa que la respuesta que resulta de cada principio vale en tanto no sea superada en “peso” por otro principio. No tiene que ver con el carácter incompleto de una información (...). Ahora bien, para evitar el colapso de esta alternativa en la anterior, hay que admitir que la respuesta correcta en un caso individual, que es funcional al peso relativo de cada principio involucrado, no puede generalizarse. O, en otras palabras, (...) la respuesta correcta es particularista (Caracciolo 2009, p. 259).

Esta distinción entre diferentes conceptos de calificaciones *prima facie* exige analizar en qué sentido las normas formuladas por la autoridad ofrecen soluciones provisionarias. Aunque Bayón no señala expresamente cuál concepto utiliza en su reconstrucción, parece plausible asumir que tiene en mente a la primera interpretación de las calificaciones *prima facie*. Las razones para imputarle esta interpretación son dos. Por una parte, Bayón subraya que la *identificación* de las normas –como algo diferente a las formulaciones normativas– depende de prácticas interpretativas que pueden resultar en la ampliación o contracción del tenor literal de una formulación promulgada por la autoridad. Las normas formuladas son solo *aparentes* soluciones a las controversias jurídicas ya que su contribución a determinar lo que se debe hacer resulta de otros factores ajenos. Por otra parte, esta revisión de las formulaciones es una función de razones subyacentes que pueden estar convencionalmente ordenadas (jerarquizadas)

para *clases* de casos. Por ello, parece razonable asumir que, para Bayón, las normas formuladas por la autoridad (y sus consecuencias lógicas<sup>11</sup>) son calificaciones *prima facie* en el sentido de que esas normas solo suministran una información incompleta. Su alcance general y concluyente, i.e. las clases de casos que las normas efectivamente regulan, solo son identificadas una vez que se ha llevado a cabo la revisión interpretativa.

Sin embargo, aunque Bayón no lo señala expresamente, parece claro que asume que las razones subyacentes a las normas formuladas también son pautas *prima facie*, pero en este caso no tiene mayor sentido analizarlas en términos de información incompleta. Más bien, esas razones subyacentes son *prima facie* en el sentido en que ellas tienen que ser ponderadas en un balance de razones y solo a través de ese balance es posible determinar su contribución a la solución concluyente de un cierto caso. En particular, cuando se produce un *caso recalitrante* hay siempre un conflicto entre la solución que impone la norma formulada y la solución que exige el principio o razón subyacente a esa norma<sup>12</sup>. En nuestros sistemas institucionales la elección a favor del principio subyacente –en lugar de la aplicación de la norma tal como ella ha sido formulada– supone una ponderación entre ese principio –o expectativa sustantiva– y otros principios formales (e.g., la supremacía legislativa, el respeto a los precedentes, etc.) que presionan para *conservar* la solución ofrecida por la norma formulada (Dworkin 1977, pp. 37-38). De este modo, mientras que las normas formuladas son *prima facie* en el sentido de información normativa incompleta, las razones subyacentes son *prima facie* en el sentido de peso específico relativo.

La incorporación de las razones subyacentes tiene un profundo impacto en el análisis de las lagunas normativas. Para Bulygin, las lagunas normativas son casos genéricos (de un cierto universo de casos) que no están correlacionados con una solución (maximal). Para Bayón, las lagunas normativas son *algo más* que casos sin solución y es crucial distinguir entre *lagunas de la ley* y *lagunas del derecho*<sup>13</sup>. Mientras que las

<sup>11</sup> Aunque Bayón no analiza el papel que cumplen las normas lógicamente derivadas, no hay razón alguna para pensar que está dispuesto a impugnar su validez. Por esta razón, en lo sucesivo, al mencionar a las calificaciones que las normas imponen en una cierta situación, asumiré que se trata tanto de normas expresamente formuladas como también de sus consecuencias lógicas.

<sup>12</sup> Al respecto, véase Schauer (1991, pp. 39-47).

<sup>13</sup> El concepto de laguna normativa que utiliza Bayón es, en cierta medida, un refinamiento del elaborado por Juan Ruiz Manero –que, a su vez, es una reformulación de elaborado por Bulygin y Carlos Alchourrón– y se basa en una distinción entre las calificaciones jurídicas *prima facie* y las calificaciones jurídicas concluyentes.

primeras son casos sin solución en el nivel de las calificaciones *prima facie*, las segundas son cierto tipo de casos sin solución en el nivel de las calificaciones concluyentes. De esta diferencia entre las calificaciones *prima facie* y concluyentes, Bayón extrae una consecuencia importante: el hecho de que existan *lagunas en la ley* no garantiza que los jueces tengan discreción ya que la ponderación de las razones subyacentes puede imponer soluciones específicas en el nivel de las calificaciones concluyentes. Por tanto, el hecho de que los jueces puedan completar las lagunas de la ley no significa que ellos crean derecho. Según Bayón, un “juez no *crea* necesariamente la solución cada vez que no hay una regla expresa que resuelva el caso (del mismo modo que tampoco hace necesariamente una aplicación indebida del derecho cada vez que se aparta del tenor literal de una regla expresa)” (Bayón 2009, p. 56).

Ahora bien, en caso de que el tribunal imponga un orden de prioridad entre las diversas soluciones que pueden derivarse para el caso de lagunas de la ley, su decisión añade *algo* al derecho pre-existente ya que transforma a una norma *prima facie* en una solución concluyente. Como he señalado, las razones subyacentes a las normas formuladas por el legislador son también calificaciones *prima facie*, que deben integrarse en un balance para justificar una cierta decisión. En mi opinión, una vez que se admite que las razones subyacentes son relevantes (*prima facie*) para determinar lo que (concluyentemente) se debe hacer, entonces ese balance tiene que realizarse en cada caso individual. De este modo, un juez que se enfrenta a la tarea de justificar su sentencia en calificaciones concluyentes tiene que realizar el balance del material *prima facie* (i.e., normas expresamente formuladas, consecuencias lógicas y razones subyacentes) y el resultado que obtiene añade a ese conjunto un plus del que carecían antes de la decisión.

Sin embargo, el argumento de Bayón puede entenderse de una manera diferente. Tal vez, en su opinión, no es necesario que los jueces siempre ponderen las razones subyacentes sino que ellos podrían limitarse a recoger el resultado de un balance general y abstracto que nuestras prácticas interpretativas arrojan respecto las calificaciones *prima facie*. En este sentido, como sostiene Bayón, podrían existir “relaciones de prioridad entre razones subyacentes para ciertas clases de casos”<sup>14</sup>. Estas razones subyacentes –ordenadas en relaciones de prioridad– servirían para resolver una indeterminación en el nivel *prima facie* (e.g., una

<sup>14</sup> Es importante destacar que no hay acuerdo en la discusión contemporánea acerca de si las razones pueden establecer ese tipo de prioridades. Al respecto, véase Burton (1992, pp. 50 y ss).

laguna de la ley). De esta manera, en casos de lagunas de la ley, los jueces *descubren* (y luego aplican) la calificación concluyente en el resto del material normativo, i.e. razones subyacentes. Ahora bien, ¿cuál es el origen de estas calificaciones concluyentes que ofrece el material normativo subyacente a las normas formuladas? Las respuestas son dos.

En primer lugar, las calificaciones concluyentes pueden haber sido establecidas por normas que han surgido de otra decisión vinculante. Por ejemplo, supongamos que el Código Civil tiene una laguna y que un caso individual en el que se ejemplifica esa laguna ha sido decidido mucho tiempo atrás por una decisión de la Corte Suprema. Supongamos también que esa decisión ha sentado precedente y se ha convertido en la manera estándar de resolver ese tipo de situaciones. En este caso, nuestras prácticas interpretativas pueden recoger este precedente como una pieza relevante para la sistematización de las consecuencias que se siguen del material normativo para la clase de casos de lagunas del Código Civil. Pero, *antes* de la decisión de la Corte Suprema, la “laguna de la ley” era también una *laguna del derecho*, y ese problema fue resuelto por la decisión de ese tribunal. En ese momento, los jueces *crearon* derecho. No hay razón para suponer –y tampoco Bayón o Bulygin asumen– que esta decisión novedosa ha sido elaborada sin tener en cuenta el modo en que la legislación o la jurisprudencia ha decidido casos similares. Pero esta línea de argumento no sirve para apoyar la tesis de Bayón ya que la Corte Suprema ha creado derecho, aun cuando otras decisiones posteriores solo se limitan a aplicar esta nueva solución. Por supuesto, Bayón tiene razón en el sentido de que el *Código Civil*, en tanto que instrumento formal aprobado por el parlamento conforme a las disposiciones constitucionales, sigue teniendo una laguna. Aunque ella solo podrá completarse mediante una modificación legislativa, la aplicación del precedente establecido tiempo atrás por la Corte Suprema es una solución jurídicamente justificada que ya no resulta en la creación de derecho. Sin embargo, ello no ha sido nunca negado por Bulygin; más bien al tesis clásica de Alchourrón y Bulygin se limita a señalar que las lagunas son relativas al sistema desplegado a partir de una determinada base normativa, sin presuponer o negar que esa base tenga que ser integrada con otras disposiciones provenientes del mismo Código Civil o de otras fuentes normativas, por ejemplo la jurisprudencia.

En segundo lugar, se podría suponer que las calificaciones concluyentes surgen de normas implícitas y que los jueces tienen que encontrarlas (descubrir las) mediante el correcto análisis del conglomerado de razones subyacentes. En este sentido, las lagunas de la ley ya están concluyentemente resueltas por un orden específico que evita los conflictos entre las razones subyacentes. Por ejemplo, Raz señala:

No debemos concebir al derecho como un conjunto de normas aisladas en el que cada una de ellas tiene su propia función independiente, sino como un conjunto de razones (potencialmente conflictivas o que se refuerzan mutuamente) que conjuntamente determinan lo que requiere el derecho (Raz 1979b, p. 33).

La identificación del derecho sería el proceso de descubrimiento de ese orden de razones que determinan lo que requiere el derecho. Esta segunda línea de argumento supone que, al menos en ciertos casos de lagunas en la ley, la interpretación correcta de las razones subyacentes puede ofrecer una solución que *ya* contiene el derecho, con independencia de una nueva decisión de la autoridad.

Sin embargo, aunque se asuma que el derecho incorpora –como consecuencia de prácticas específicas y contingentes de interpretación– a las razones subyacentes como parte de las calificaciones *prima facie* que hay que tener en cuenta en la justificación de una decisión, es dudoso que también existan otras prácticas específicas que solo *descubran* –en lugar de constituir las– calificaciones concluyentes para clases de casos. En otras palabras, del hecho de que hay prácticas interpretativas que atribuyen relevancia *prima facie* a las razones subyacentes no se sigue que también existan prácticas que otorguen a ciertas normas (ya sean formuladas por las autoridades o impuestas por los interpretes) un valor concluyente. Esta conclusión debe defenderse con argumentos independientes. En particular, hay que mostrar que –junto a la práctica interpretativa P1 que impone la revisión de las normas formuladas a la luz de las razones subyacentes– existe otra práctica interpretativa P2 que establece calificaciones concluyentes para clases de casos. Esos ejemplos tendrían que mostrar también que esa práctica P2 siempre prevalece sobre P1, ya que una de las principales funciones de P1 es mitigar el impacto de los casos recalcitrantes y, en la medida en que P2 genere reglas específicas, su aplicación generará inevitablemente ese tipo de casos.

En otras palabras, la justificación para revisar las normas expresamente formuladas por las autoridades (e.g., la aparición de casos recalcitrantes) también presiona para la revisión de las relaciones de prioridad entre clases de casos que fijan las prácticas interpretativas. No tiene mucho sentido sostener que las decisiones expresas de las autoridades ofrecen calificaciones *prima facie* y sostener que las decisiones interpretativas (más o menos articuladas) en una cierta comunidad tienen fuerza concluyente para diferentes clases de casos. En otras palabras, otro tribunal podría resolver de manera diferente un caso similar y esto no es solo una cuestión de hecho sino de los poderes normativos que tienen los

tribunales de revisar el derecho a la luz de las razones relevantes para la solución de un caso.

#### IV. Lagunas, casos jurídicamente irrelevantes y casos sin solución

La distinción entre diferentes tipos de calificaciones que ofrece el derecho tiene una consecuencia importante ya que permitiría distinguir entre casos de lagunas normativas y simplemente “casos que el derecho no regula ni pretende regular”. En la literatura contemporánea sobre la completitud del derecho, a menudo se insiste en que las lagunas normativas son algo más que un caso sin solución. Para Bayón, en casos de lagunas los jueces tienen discreción, pero ello no ocurre en casos en que el derecho no regula ni pretende regular, ya que en esos casos los jueces tendrían el deber de rechazar la demanda. Por el contrario, para Bulygin en esas ocasiones se abren dos posibilidades: por una parte, si al juez le parece poco serio ese conflicto

rechazará la demanda *in limine*, es decir, sin sustanciar el pleito y sin resolver el conflicto. Pero, si el juez considera que el conflicto es suficientemente serio y merece una solución, entonces dará traslado de la demanda a la otra parte, seguirá todos los pasos procesales pertinentes y finalmente dictará una sentencia que resuelve el conflicto (Bulygin 2005, p. 83).

Esta distinción entre conflictos serios y aquellos que no lo son es importante ya que la expresión “casos que el derecho no regula ni pretende regular” se refiere a ambos tipos de conflictos, pero sería precipitado presuponer que en ambas situaciones los jueces tengan los mismos deberes. A efectos de evitar confusiones, denominaré *casos jurídicamente irrelevantes* a los conflictos “poco serios” y *casos no regulados* a conflictos “serios”, que el derecho no pretende resolver. En la discusión contemporánea sobre las lagunas del derecho, ambos conceptos han jugado un papel importante. Por ejemplo, Fernando Atria insiste en que no es posible distinguir de manera neutral entre lagunas normativas y conflictos jurídicamente irrelevantes. En opinión de Atria,

las lagunas producen un dilema para la tesis de las fuentes: o ellas no existen, y entonces todos los casos son regulados por reglas basadas en fuentes, o ellas existen en sorprendente cantidad: no solo el robo de electricidad, sino también cortar el pasto, vestir ropas oscuras, dormir

de noche, dormir de día, y un enorme número de otras acciones que no están explícitamente prohibidas ni explícitamente permitidas constituirían, si fueran llevadas ante una corte, “casos no regulados” (Atria 2005, p. 27).

Por su parte, Juan Ruiz Manero destaca la importancia que tienen los ámbitos de libertad que el derecho deja en casos no regulados. En opinión de Ruiz Manero,

Los conflictos de intereses no resueltos por el sistema jurídico que no suponen lagunas por parte de este son, a mi juicio, muy numerosos y de gran importancia en muchos sectores del derecho privado, como, por ejemplo, en el derecho de contratos. Es claro que en la negociación, por ejemplo de un contrato de compraventa, el potencial comprador tiene un interés en fijar un determinado precio y el potencial vendedor tiene un interés en fijar un precio más alto. Hay aquí, pues, un verdadero conflicto de intereses. Y un conflicto de intereses que el derecho, claramente, no resuelve: pues cada una de las partes tiene el *privilegio* de no aceptar el precio propuesto por la otra parte y, a la vez, *no* tiene *derecho* a exigir a la otra parte el precio que él propone (Ruiz Manero 2005, p. 124).

Esta distinción entre *casos irrelevantes* y *casos no regulados* permite mostrar el desacuerdo entre Bayón y Bulygin en una perspectiva especial: mientras que Bayón asume que los jueces tienen los mismos deberes en casos jurídicamente irrelevantes y en casos no regulados (i.e., tienen el deber de rechazar la demanda), Bulygin defiende una tesis compleja que deja espacio para la discrecionalidad judicial en casos no regulados.

Con las debidas cautelas, esta posición de Bulygin puede asimilarse a la de Kelsen. En la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen señala que el derecho no puede proporcionar una solución expresa a todas las controversias en una determinada comunidad; “siendo inevitable el conflicto entre la conducta permitida de un individuo con la conducta también permitida de otro” (Kelsen 1979, p. 253). En casos de conflictos de intereses que no sean expresamente resueltos por el ordenamiento jurídico “corresponderá, entonces, que el tribunal rechace también la querrela dirigida contra una conducta permitida (es decir, no prohibida) del demandado” y ello coincide tanto con la idea de Bulygin como la de Bayón para aquellos casos jurídicamente irrelevantes (Kelsen 1979, p. 252). Pero, añade Kelsen,

también es posible que el orden jurídico autorice al tribunal, cuando no puede establecer ninguna norma jurídica general que imponga al demandado o acusado la obligación cuya violación afirma el demandante privado o el acusador público, a no rechazar la demanda, ni a absolver al acusado, sino a hacer lugar a la primera o condenar al segundo, cuando tenga la falta de tal norma jurídica general por cosa injusta, inaceptable, es decir, por cosa no satisfactoria. Ello significa que el tribunal queda facultado para producir una norma jurídica individual para el caso que se le presenta, cuyo contenido de ninguna manera está pre-determinado por una norma general de derecho de fondo producido por vía legislativa o consuetudinariamente (Kelsen 1979, p. 253).

En estos casos, según Kelsen –a semejanza de lo que sostiene Bulygin y a diferencia de lo que concluye Bayón– los jueces ejercerán discreción y dispondrán del “argumento de las lagunas jurídicas” como una manera de cambiar el contenido del derecho<sup>15</sup>.

## V. La naturaleza del principio de prohibición

El desacuerdo acerca de los deberes judiciales en casos que “el derecho no regula ni pretende regular” se proyecta sobre la relevancia de la afirmación acerca de la permisibilidad de conductas que no han sido prohibidas. Para Bulygin, las conductas que no han sido prohibidas por las normas del sistema están débilmente permitidas y ese solo hecho no constituye fundamento para extraer conclusión alguna sobre otros deberes y derechos. En este sentido débil de permisión, el principio de prohibición (i.e. lo que no está prohibido está permitido) es verdadero pero trivial<sup>16</sup>. La naturaleza analítica del enunciado es lo que determina su trivialidad. Por supuesto, “trivialidad” no se refiere a nuestra capacidad psicológica para advertir su verdad incuestionable sino a la carencia de contenido informativo. Así, aunque ese enunciado parece añadir una cua-

<sup>15</sup> Esta analogía entre la posición de Kelsen y la de Bulygin tiene solo la función de ilustrar que la posición de Bulygin –i.e., la posibilidad de distinguir entre consecuencias diferentes para casos no regulados y casos irrelevantes– no se encuentra reñida con los análisis clásicos de la teoría del derecho. Sin embargo, es bien conocido que Bulygin discrepa de Kelsen al menos en dos temas importantes: (i) la naturaleza general de las normas que crean los jueces y (ii) la existencia de genuinas lagunas normativas.

<sup>16</sup> Aunque el principio de prohibición también puede ser analizado en términos de permisión fuerte, en lo sucesivo el análisis se limitará únicamente al concepto de permiso débil. Al respecto, véase Alchourrón y Bulygin (1991a, pp. 215-238)

lidad adicional (i.e. la permisión) a un cierto estado de cosas (i.e. las acciones que no están prohibidas), en verdad no proporciona información adicional alguna. Más aún, en un sentido débil, el principio de prohibición es tan irrelevante para determinar qué es lo que un agente puede hacer como es inútil el enunciado “mañana va a llover o no va a llover” en tanto que información acerca del estado del tiempo. De igual modo, la afirmación “todo lo que no está prohibido está débilmente permitido” sigue siendo trivial —en un sentido no psicológico— aunque fuese cierto que otras afirmaciones están conectadas con esta verdad<sup>17</sup>.

Sin embargo, Bayón parece confundir ambos planos. En su artículo original señalaba que había una versión del principio de prohibición que expresaba una verdad que no era contingente, pero que tampoco era trivial (Bayón 2009, pp. 72-73). En su última publicación admite que esa caracterización era un error, aunque crítica que Bulygin no distinga claramente entre enunciados analíticos y enunciados triviales (Bayón 2010, pp. 312-313). Por ello, señalaba que “el paso que da Bulygin solo se puede dar si se asume que un enunciado no trivial tiene que ser un enunciado no analítico, porque se asume a su vez que todas las verdades analíticas serían triviales” (Bayón 2010, p. 313). En su último trabajo, Bayón remarca en qué sentido un enunciado analítico puede expresar verdades que no sean triviales como un apoyo de su intuición. Señala, por ejemplo, que la afirmación “un triángulo isósceles es un polígono con tres lados, dos de los cuales tienen la misma longitud, y tres ángulos, dos de los cuales son iguales” es un enunciado analítico, pero que el mismo está lejos de constituir un ejemplo de enunciado trivial o carente de contenido informativo (Bayón 2010, p. 313). Pero, su argumento sobre las relaciones entre permisiones y discreción judicial va en otra dirección y poco añade a su argumento la disputa sobre la trivialidad de los enunciados analíticos. Es decir, con independencia de si los enunciados analíticos son triviales o no, el argumento de Bayón gira en torno de la verdad o falsedad de otro enunciado diferente, a saber: en casos que el derecho no regula ni pretende regular, los jueces tienen el deber de rechazar las demandas que pretenden obligar o impedir las acciones débilmente permitidas.

La verdad o falsedad de este enunciado puede ser debatida y, de hecho, Bulygin sostiene la tesis opuesta: en casos no regulados, los jueces tienen discreción. Pero, la tesis que le interesa defender a Bayón es independiente de la naturaleza analítica de la conexión entre las accio-

<sup>17</sup> Véase, al respecto, la crítica de Alchourrón y Bulygin a Cossio en Alchourrón y Bulygin (1991b, pp. 239-242).

nes no prohibidas y las débilmente permitidas. Sin duda que esa tesis subrayada por Bayón (y negada por Bulygin) no es trivial (como tampoco es trivial la insistencia de Bulygin en la discreción judicial), pero ello es independiente de la naturaleza analítica y trivial del principio de prohibición.

## VI. La persistencia de los desacuerdos

Uno de los desacuerdos más importantes entre Bayón y Bulygin es acerca de las consecuencias que surgen para los jueces en casos que el derecho no regula ni pretende regular. Según Bayón, en esas ocasiones, los individuos gozan de un permiso no protegido y los jueces tienen el deber de rechazar la demanda de quien pretende impedir el ejercicio de ese privilegio. ¿Qué determina la verdad de esta última afirmación? Como he señalado anteriormente, esta proposición es independiente de la naturaleza analítica del principio de prohibición y, por ello, su verdad no puede estar garantizada por la verdad del principio de prohibición. En este sentido su verdad o falsedad depende de que en el sistema jurídico exista una norma que imponga ese deber.

Según Alchourrón y Bulygin (1974, p. 213), “la obligación de fundar en derecho una sentencia normativa es la exigencia de usar –para la fundamentación de ella– el sistema del [ciudadano] o sistema primario”. Sin embargo, según Bayón,

lo que no parecen advertir –y sin embargo resulta aquí decisivo– es que el hecho de que no puedan fundarla en ese sistema no supone necesariamente que no puedan fundarla en Derecho: porque sencillamente cabe que puedan fundarla en una norma del sistema secundario o del juez (Bayón 2010, p. 315).

El argumento, entonces, se completa con la afirmación de que esas normas del sistema secundario efectivamente existen en nuestros sistemas jurídicos. Y, en palabras de Bayón, “lo que ocurre es que una norma semejante, por más que como toda norma sea sin duda contingente, existe de hecho en todos nuestros sistemas jurídicos” (Bayón (2010, p. 315).

Esta conclusión, sin duda, es ambiciosa y Bayón debería haberse esmerado en su defensa. Es una tesis sustantiva acerca de la estructura de cualquier sistema jurídico; una afirmación que pretende ser verdadera en virtud de la naturaleza institucional del derecho. La relevancia de esa conclusión tiene tanta fuerza para Bayón, que en la formulación original de su tesis, señalaba que, *en ese sentido*, el principio de prohibi-

ción no es “ni contingente ni trivial”. Por consiguiente, frente a ciertas acciones que el derecho no regula ni pretende regular se puede sostener —como un dato que no es contingente— que ellas están débilmente permitidas pero que los jueces carecen de discrecionalidad. En resumen: al igual que es verdadero que cualquier sistema jurídico posee estructura dinámica, también sería verdadero que los sistemas jurídicos poseen órganos de adjudicación y que, como consecuencia, de esta particularidad del derecho, el ejercicio de los simples permisos no protegidos compromete a los jueces a rechazar las demandas que pretenden impedir ese ejercicio.

Hay, sin embargo, dos precisiones importantes que deberían analizarse. Por una parte, Bayón tendría que mostrar en qué sentido existe esa norma del sistema secundario en todos los sistemas jurídicos. Si su argumento fuese que las normas formuladas por la autoridad regulan de esa manera la competencia judicial (por ejemplo, que en los códigos de procedimientos existen formulaciones que establecen ese deber), entonces habría que añadir que esas normas solo imponen calificaciones *prima facie*. Por consiguiente, aunque fuese verdad que todos los sistemas tuviesen esas normas *prima facie*, ese hecho es todavía insuficiente para garantizar la tesis que afirma Bayón, que es una tesis que exige identificar las soluciones concluyentes. Por otra parte, si Bayón sostuviese que además (o en lugar) de esas normas formuladas hay prácticas interpretativas para cualquier tipo de casos que el derecho no regula ni pretende regular, y que conforme a esas prácticas los jueces tienen un deber concluyente de rechazar la demanda, entonces ayudaría a una mejor comprensión de su argumento algún tipo de evidencia al respecto. Por mi parte, a diferencia de Bayón, creo que el reconocimiento de la relevancia de las razones subyacentes impulsa a una conclusión opuesta. Frente a casos recalcitrantes, es decir aquellos que el derecho no regula ni pretende regular a la luz de las normas formuladas, pero en los que las razones subyacentes a la distribución institucional de competencias otorgan a los jueces un poder de revisión, los jueces estarán facultados a determinar si la controversia es suficientemente seria (i.e., si se trata de un caso no regulado) o, por el contrario, si debe desecharse como poco relevante (i.e., si se trata de un caso jurídicamente irrelevante). Si en la configuración de caso individual, las partes encuentran razones para litigar genuinamente, entonces los jueces darán traslado a las partes involucradas para que argumenten sobre sus derechos y su decisión será discrecional en la solución del conflicto. Por el contrario, si de la presentación de las partes surge la convicción de que se trata de un caso irrelevante, los jueces rechazarán la demanda. Como he señalado anteriormente, esta es precisamente la tesis que ha defendido Bulygin.

## VII. Conclusiones

En gran medida la discusión en torno a las lagunas y la discreción judicial se ha reavivado en los últimos años como consecuencia de la introducción en el ámbito de análisis de dos distinciones: por una parte, entre normas formuladas y razones subyacentes y, por otra parte, entre calificaciones concluyentes y *prima facie*. Estas distinciones, a su vez, son utilizadas para trazar una diferencia entre lagunas normativas y casos que el derecho no regula ni pretende regular. Sin duda que los conceptos de laguna normativa que decidimos emplear en nuestro análisis tienen que ser evaluados a la luz del modo en que se articulan con intuiciones relevantes sobre nuestras prácticas jurídicas. En particular, es recurrente la intuición de que las conductas que no han sido prohibidas son algo más que acciones sin regular; que tienen alguna presión normativa; que, aunque sea de manera débil, imponen una solución y que, por esa razón, también conllevan una limitación a la discrecionalidad judicial. De este modo, el principio de prohibición ocuparía un lugar especial en nuestra comprensión de los sistemas jurídicos ya que la afirmación de que si una acción no está prohibida, entonces está permitida, tendría una consecuencia práctica relevante: el deber del juez de rechazar ciertas demandas.

En este trabajo he intentado mostrar en qué sentido esos argumentos requieren precisiones y modificaciones para dar cuenta de esa intuición. Así, he señalado que la distinción entre calificaciones jurídicas *prima facie* y concluyentes no solo no coincide con la distinción entre normas formuladas y razones subyacentes, sino también que las normas formuladas y las razones subyacentes ofrecen diferentes tipos de calificaciones *prima facie*. Las normas formuladas son pautas incompletas y, luego de su revisión a la luz de las razones subyacentes, ellas funcionan como normas generales (i.e., suprimiendo propiedades que podrían ser relevantes). Pero, las razones subyacentes son principios que solo pueden evaluarse a la luz de casos particulares. Esta tensión entre la presión de generalización que imponen la (revisión de una) norma formulada y la relevancia limitada a casos particulares que impone el balance de razones subyacentes no es, por sí mismo, un dato a lamentar o defecto que precise reforma. Sin embargo, creo que el argumento a favor de la limitación de la discrecionalidad en casos que el derecho no regula ni pretende regular tiene que afinar su alcance a la luz de esa distinción entre los diferentes sentidos de *prima facie*.

He destacado que es preciso distinguir cuidadosamente entre el enunciado analítico (i.e. el principio de prohibición), que es una aplicación de las reglas semánticas que definen al concepto de permiso débil, y otros

enunciados que atribuyen ciertas consecuencias al hecho de que una conducta está débilmente permitida. Estos otros enunciados son contingentes, pero —como subraya Bayón— ello no significa que carezcan de importancia. Por el contrario, si fuese verdad que en todos los sistemas jurídicos existe una norma concluyente (y no solo una norma formulada del sistema secundario) que exige a los jueces rechazar las demandas en cualquier caso que el derecho no regula ni pretende regular, entonces habríamos incorporado una tesis de indudable valor a nuestras teorías sobre la estructura y función de los sistemas jurídicos. Sin embargo, no creo que esa tesis deba aceptarse sin una mayor evidencia y un mejor argumento.

## Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971), *Normative Systems*, Viena-Nueva York, Springer.
- (1974), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- (1991a), “Permisos y normas permisivas” en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 215-238.
- (1991b), “Libertad y autoridad normativa” en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 239-242.
- Atria, F. (2005), “Sobre las lagunas”, en Atria, F. *et al.*, *Las lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Atria, F. *et al.*, (2005) *Las lagunas en el 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., Atienza, M. y Bayón, J. C., *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, pp. 307-320.
- Bulygin, E. (2005), “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria” en Atria, F. *et al.*, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- (2006), *El positivismo jurídico*, México, Fontamara.
- (2009), “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas” en Bulygin, E., Atienza, M. y Bayón, J. C., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- (2010), “Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición”, *Doxa*, 33, pp. 283-296.
- Bulygin, E., Atienza, M. y Bayón, J. C. (2009) *Problemas lógicos en la teo-*

- ría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Burton, S. J. (1992), *Judging in Good Faith*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Caracciolo, R. (2009), “Discreción, respuesta correcta y función judicial” en *Derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Dworkin, R. (1977), “The Model of Rules I” en *Taking Right Seriously*, Cambridge, Harvard University Press.
- (1985), “Is There Really No Right Answer?” en *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press.
- Hart, H. L. A. (1963), *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- (1983a), “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, pp. 123-144.
- (1983b), “Problems of the Philosophy of Law”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, pp. 88-119.
- Kelsen, H. (1979), *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 2ª edición.
- Navarro, P. E. (2005), “Casos difíciles, lagunas del derecho y discreción judicial”, en Atria, F. *et al.*, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- (2011), “Normas permisivas y la clausura de los sistemas normativos” en *Isonomía* 34, pp. 109-139.
- Raz, J. (1979a), “Legal Reasons, Sources and Gaps”, en *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- (1979b), “The Claims of Law”, en *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- (1990), *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 2ª edición.
- Ruiz Manero, J. (2005), “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en Atria, F. *et al.*, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Schauer, F. (1991), *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford University Press.
- Soeteman, A. (1997), “On Legal Gaps”, en Garzón Valdés, E. *et al.* (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory Festschrift für Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker & Humblot.