

EUGENIO BULYGIN
(Ed.)

EL LIBRO
DE LOS PERMISOS

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN , <i>Eugenio Bulygin</i>	11
PERMISOS Y NORMAS PERMISIVAS , <i>Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin</i>	19
1. PERMISO COMO AUSENCIA DE PROHIBICIÓN	20
2. PERMISO FUERTE Y DÉBIL EN VON WRIGHT, 1963	21
3. USO PRESCRIPTIVO Y USO DESCRIPTIVO DE LOS TÉRMINOS DEÓNTICOS	23
4. WEINBERGER SOBRE PERMISOS FUERTES Y DÉBILES.	27
5. ALGUNAS CRÍTICAS A LA TEORÍA DE PERMISOS FUERTES Y DÉBILES	33
5.1. Opalek y Woleński, 1973	33
5.2. Raz, 1975	38
6. PERMISO FUERTE Y NORMAS PERMISIVAS	41
7. PERMISO FUERTE Y LA JERARQUÍA DE LAS AUTORIDADES NORMATIVAS	44
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

DIEZ OBSERVACIONES Y UN CUADRO FINAL SOBRE PERMISOS Y NORMAS PERMISIVAS, <i>Juan Ruiz Manero</i>	49
1. INTRODUCCIÓN	49
2. PERMISOS FUERTES Y PERMISOS DÉBILES: UNA CRÍTICA PARCIAL	50
3. PERMISOS PROTEGIDOS Y PERMISOS NO PROTEGIDOS	51
4. PERMISOS CONCLUYENTES Y PERMISOS <i>PRIMA FACIE</i>	53
5. OCHO COMBINACIONES: UN CUADRO FINAL	56
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58
TIPOS DE PERMISOS Y DISCRECIÓN JUDICIAL, <i>Pablo E. Navarro</i>	61
1. INTRODUCCIÓN	61
2. ACERCA DE LA EQUIVALENCIA PRAGMÁTICA ENTRE PERMISOS FUERTES Y DÉBILES	66
3. PERMISIONES E INTERFERENCIAS	68
4. PERMISOS PROTEGIDOS Y DECISIÓN JUDICIAL	72
5. ASIMETRÍA Y NORMAS PERMISIVAS	75
6. EL ALCANCE DE LA TESIS DEL DEBER DE RECHAZAR	81
7. CONCLUSIONES	83
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84
SOBRE LA EQUIVALENCIA PRAGMÁTICA ENTRE PERMISO Y NO PROHIBICIÓN, <i>Eugenio Bulygin</i>	87
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105
SOBRE LAS LAGUNAS, <i>Fernando Atria</i>	107

	Pág.
EN DEFENSA DE EL DORADO. RESPUESTA A FERNANDO	
ATRIA, <i>Eugenio Bulygin</i>	123
1. MODIFICACIÓN DE LA NORMA VS. ADECUACIÓN DE SU APLICACIÓN.....	123
2. CARACTERIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.....	126
3. LAGUNAS NORMATIVAS Y DISCRECIÓN JUDICIAL.....	128
4. ANÁLISIS DE LOS EJEMPLOS.....	130
5. EL PROBLEMA DE LA RELEVANCIA.....	132
6. LAGUNAS NORMATIVAS Y CONDUCTAS NO REGULADAS.....	134
 SEGUIMOS DISCUTIENDO SOBRE PERMISOS Y CONCEPCIONES DEL DERECHO, <i>Juan Ruiz Manero</i>	 139
 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 151
 SOBRE EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN Y LAS CONDICIONES DE VERDAD DE LAS PROPOSICIONES NORMATIVAS, <i>Juan Carlos Bayón</i>	 153
 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 177

INTRODUCCIÓN

Eugenio BULYGIN
Universidad de Buenos Aires

Como lo saben bien todos mis amigos y mis eventuales adversarios, me encantan las discusiones serias y procuro siempre tener presente la famosa estrofa del gran poeta Pushkin, que en mi torpe traducción suena así:

Sé obediente, oh, Musa, a los dictados divinos,
no temas ofensas y no exijas laureles,
elogios y calumnias recibe con indiferencia
y no discutas con tontos¹.

En este libro, cuyo título es una feliz ocurrencia de mi amigo Juan RUIZ MANERO, se reúnen varios trabajos, algunos escritos hace bastantes años y otros muy recientes. El hilo conductor son los conceptos de permiso y de las normas permisivas. Se trata de una discusión entre varios profesores de Filosofía del Derecho de distintas universidades de España y de América Latina (Chile y Argentina) sobre un tema que debería interesar por igual a juristas, moralistas,

¹ Завету Божьему о Муза будь послушна,
Обиды не страшась, не требуя венца,
Хвалу и клевету приемли равнодушно
И не оспаривай глупца.

politólogos y sociólogos, pero muy especialmente a los filósofos del derecho. En los últimos setenta años se agregaron también los lógicos interesados en la lógica deóntica.

Al compaginar este libro, tropezamos con algunos problemas de no tan fácil solución:

En primer lugar, nos encontramos —como es natural, tratándose de una discusión sobre el mismo tema entre varios autores— con una buena cantidad de superposiciones. Esto nos obligó a prescindir en algunos casos de la transcripción de artículos enteros, limitándose a citas pertinentes.

En segundo lugar, resultó claramente que los trabajos versaban sobre varias cuestiones íntimamente relacionadas, aunque netamente distintas.

Así surgió la idea de centrar la discusión en el análisis de problemas conceptuales involucrados en las diversas controversias. De esta manera aparecieron los siguientes temas para analizar:

- 1) Los distintos conceptos de permiso.
- 2) La alegada irrelevancia pragmática de las normas permisivas y la consiguiente tesis de que las normas permisivas son superfluas.
- 3) La caracterización de la función del juez en términos de solución de conflictos judiciales.
- 4) El alcance de la decisión judicial que rechaza la demanda y la consiguiente tesis de la asimetría entre la posición del juez que acepta la demanda y del que la rechaza.
- 5) La tesis de que la mera constatación de que el demandado no tiene la obligación que el actor le atribuye es suficiente fundamento para el rechazo de la demanda.

CITAS Y COMENTARIOS:

(1) Los distintos conceptos de permiso

Según ALCHOURRÓN y BULYGIN, hay en el lenguaje normativo tres distintos conceptos de permiso: un concepto prescriptivo que figura en la norma permisiva, y dos conceptos descriptivos: negativo

(débil), como mera ausencia de prohibición, y positivo (fuerte), que surge del acto de autorizar o permitir. Los dos últimos figuran en las proposiciones normativas (ALCHOURRÓN/BULYGIN, 1991: 215-238).

Es lo que Juan Carlos BAYÓN ha llamado alguna vez el trilema de BULYGIN, que sigo dispuesto a sostener contra los arteros ataques de Juan RUIZ MANERO y otros herejes. Considero que los criterios clasificatorios que propone Juan para sustituir esos criterios por los pares: permiso *prima facie* vs. permiso definitivo y de permiso protegido vs. no protegido (cfr. Juan RUIZ MANERO, «Diez observaciones y un cuadro final sobre permisos y normas permisivas», *Revus*) tienen también su importancia, pero no deben sustituir mi trilema, sino, en el mejor de los casos, completarlo (cfr. P. NAVARRO, «Permisos normativos y discreción judicial», todavía no publicado).

(2)

La alegada irrelevancia de las normas permisivas

En su conocido libro *Las piezas del derecho* (Barcelona, Ariel, 1996), Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO analizan el problema de las normas permisivas y de los permisos. Su tesis central es que las normas permisivas carecen de relevancia normativa pues no guían conductas. Siendo compatibles tanto con la realización, como con la omisión de la conducta normada, no agregan nada a la situación normativa del destinatario de esas normas y, en consecuencia, a diferencia de las normas imperativas (mandatos), que establecen obligaciones y prohibiciones, no guían conductas. Cabe formular varias objeciones a esa tesis.

En primer lugar, no me parece que las normas permisivas no guíen conductas: si bien no establecen ninguna obligación para la conducta del destinatario de la norma permisiva —llamémosla *p*—, establecen, sin duda, restricciones a su conducta y a la conducta de otros agentes, impidiendo o dificultando prohibir la conducta permitida *p*. Y estas restricciones constituyen claramente efectos normativos. Cualquier acto que implicara una norma incompatible con la permisión de *p* entraría en colisión con la norma que permite *p* (*Pp*), y con ello introduciría una contradicción en el sistema. Esta contra-

dicción haría aplicable alguna de las reglas que se usan para eliminar contradicciones: ya sea *lex posterior* o *lex superior*. Si la nueva norma es introducida por la misma autoridad que dictó la norma permisiva, resulta aplicable la regla *lex posterior*; y si es dictada por una autoridad distinta de la que dictó Pp, puede aplicarse la regla *lex superior*. En ambos casos la norma permisiva guía conductas. Esto muestra que las preguntas formuladas por ATIENZA y RUIZ MANERO en su libro y que ellos suponen tan obviamente retóricas que no merecen sino una respuesta positiva (debido a lo cual ni siquiera intentan justificarla), en realidad deben ser contestadas negativamente: la situación producida por una norma permisiva *no* es pragmáticamente equivalente a la que se daría si no se dictara esa norma, sino muy diferente. La introducción de una norma que —directa o indirectamente— permite la acción p obstaculiza la prohibición de p, lo cual crearía una inconsistencia (contradicción) en el sistema.

En segundo lugar, ATIENZA y RUIZ MANERO afirman que cuando la norma permisiva no es pragmáticamente irrelevante, lo que ella introduce son normas que establecen obligaciones o prohibiciones y, por tanto, las normas permisivas son teóricamente superfluas.

En realidad, lo único que prueba este último argumento es la interdefinibilidad de las modalidades deónticas (prohibido, obligatorio y permitido) con ayuda de la negación, tesis que desde Leibniz (siglo XVIII) y VON WRIGHT (1951) goza de aceptación general, pero no prueba en absoluto que las normas permisivas sean superfluas. Con el mismo argumento se podría «probar» que las normas prohibitivas (y las normas que obligan) también son superfluas. He aquí una confusión entre dos problemas diferentes: 1) La interdefinibilidad de las modalidades deónticas, que solo implica que todas las normas pueden ser expresadas en términos de obligación, prohibición u permisión, indistintamente; de ahí se sigue que las normas pueden ser permisivas sin que figure en ellas el término «permitido» y prohibitivas sin uso del verbo «prohibir» o sus derivados.

2) El problema de la alegada superfluidad de las normas permisivas. Véase E. BULYGIN, «Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición», *Doxa*, 33, 2010: 283-296.

Si “~p” se lee como «la omisión de p» y «prohibido p» se escribe (como es usual) como “O~p”, la fórmula “~O~p” puede leerse de

dos maneras: como «no prohibido p» o como «no obligatorio omitir p». Ambas lecturas expresan normas permisivas, equivalentes a «permitido p», aun cuando solo aparezcan en ellas los términos «obligatorio» o «prohibido».

(3)

La caracterización de la función del juez en términos de solución de conflictos de intereses

Fernando ATRIA en su artículo «Sobre las lagunas» [publicado en F. ATRIA *et al.* (eds.), *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005] critica mi descripción de la función judicial en términos de solución de conflictos de intereses.

Tengo la impresión de que se trata de un malentendido. Bajo el rótulo de «conflicto de intereses» yo entendía el típico conflicto procesal, tal como se da en los procesos civiles en sentido amplio, que comprende juicios controvertidos en materia civil, comercial, laboral, etc., con la expresa exclusión de procesos penales. Estamos totalmente de acuerdo de que en los procesos penales no se trata de un conflicto entre la acusación y la defensa, aunque haya una cierta semejanza. En cambio, en los procesos civiles hay claramente dos partes (la actora y la demandada) y el conflicto consiste en que la actora pretende que el demandado debe realizar (u omitir) una cierta acción y el demandado sostiene que no tiene tal obligación.

Los contraejemplos de ATRIA muestran claramente que él está pensando en otros tipos de conflicto (conflicto psicológico, económico, etc.), pero no en el conflicto procesal. Por consiguiente, su crítica a mi caracterización de la función judicial está básicamente errada.

Me sentí obligado a releer el trabajo de ATRIA y mi contestación, en la que respondo a todas sus objeciones y trato de refutar sus críticas [«En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria», en F. ATRIA *et al.* (eds.), *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005: 73-85], a la que me remito.

El trabajo de ATRIA, aunque equivocado, es importante. Sus errores son de los que uno aprende y su discusión no pertenece, ciertamente, a la categoría a la que se refiere despectivamente Pushkin.

(4)

El alcance de la decisión judicial que rechaza la demanda y la tesis de la asimetría entre la posición del juez que hace lugar a la demanda y del que la rechaza

He sostenido y sigo sosteniendo que hay completa simetría entre la acción del juez cuando hace lugar a la demanda y cuando la rechaza. En ambos casos el juez tiene que subsumir el caso individual que le toca juzgar bajo un caso genérico y aplicar al caso individual la solución prevista en el derecho para el caso genérico. Esto implica que el juez tiene que dictar en ambos casos una resolución que contiene una norma individual, ya sea condenando al demandado, si hace lugar a la demanda, o absolviéndolo, si la rechaza.

La oposición más dura a esta tesis proviene de Juan RUIZ MANERO. En su trabajo «Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho» (publicado en *Doxa*, 33, 2010: 297-306) sostiene que la sentencia de rechazo de la demanda no contiene ninguna norma individual y me atribuye «una falacia muy obvia», que consistiría en «dar por supuesto lo que habría que demostrar: es decir, *que la sentencia de rechazo contiene una solución al caso que se somete al juez*» (la cursiva es mía).

Esta acusación me deja, como dirían los alemanes, «sprachlos» (privado del habla): toda mi vida he creído firmemente que hay dos formas básicas como se puede solucionar un caso judicial: haciendo lugar a la demanda o rechazándola, y así he procedido cuando era juez y ahora me enteró de que esto era un error, causado —según mi amigo Juan— por los «efectos deletéreos» producidos por mi insistencia en «no tomar en consideración las creencias y actitudes de la comunidad jurídica».

Yo creía, al parecer erróneamente, que cuando el juez dice en su sentencia que el demandado no tiene la obligación que el actor le

atribuye, esto implica que al demandado le está permitido no hacer lo que el actor exige. Y esto no solo se parece mucho a una norma permisiva (y no una mera proposición normativa), sino que lo es, pues lo establece el juez en un acto institucional. Además, en todos los sistemas de lógica deóntica que yo conozca, la norma «No obligatorio p» equivale a la norma «Permitido no p».

Todavía más sorprendente me parece la oscura frase final de Juan sobre la extraña idea regulativa presente en el razonamiento jurídico de que «en el nivel de las calificaciones definitivas o concluyentes no hay lagunas, es decir, que es siempre posible determinar qué es, todos los factores considerados, lo que exige el derecho; *pero, naturalmente, nada garantiza la realizabilidad en todos los casos, de tal idea regulativa. Pero tampoco hay nada que nos posibilite determinar a priori dónde está el límite de esa misma realizabilidad*» (la cursiva es mía).

(5)

La idea de que la mera constatación de que el demandado no tiene el deber de hacer que el actor le atribuye es suficiente fundamento para el rechazo de la demanda

Juan Carlos BAYÓN admite en su artículo «Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas» [publicado en E. BULYGIN, M. ATIENZA y J. C. BAYÓN (eds.), *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009: 27-73] el haber incurrido en una exageración al sostener que, aun en ausencia de una norma que lo obligue a rechazar la demanda, el juez tiene esa obligación y que la razón de ese deber ha de buscarse no en el sistema primario o del ciudadano, sino en el sistema secundario o del juez, en el cual se encuentra —en todos los órdenes jurídicos conocidos— una norma que obliga a rechazar las demandas que no estén fundadas en el derecho.

Ahora bien, me parece un tanto dudosa la tesis de que todos los sistemas jurídicos contienen, de hecho, la norma que postula BAYÓN. Y esto por la sencilla razón de que los jueces frecuentemente hacen lugar al planteo del actor en el sentido de que la conducta del deman-

dado requerida en la demanda es obligatoria aun cuando no haya ninguna norma jurídica que así lo declare (véase el caso del abogado que quería intervenir como letrado patrocinante de su madre en el juicio de divorcio entre sus padres). Y a veces, los jueces declaran permitida una conducta expresamente prohibida por la ley, como ocurrió en el caso del tutor que pretendía dar en préstamo hipotecario el dinero de su pupilo, pese a la prohibición expresa del Código Civil vigente a la sazón². En un caso muy conocido los jueces de un tribunal colegiado autorizaron al tutor dar en préstamo con garantía hipotecaria el dinero de su pupilo, alegando que la norma que lo prohíbe se limita a hablar de préstamos, pero no menciona los préstamos hipotecarios (¡como si un préstamo hipotecario no fuese un préstamo!). El argumento subyacente usado en ese fallo estaba basado en que —dada la altísima inflación imperante en el país— esa era la única manera para preservar el patrimonio del pupilo. Me parece muy bien lo que hicieron los jueces (aun cuando el argumento aducido era criticable), pero lo que muestra claramente esta decisión es que no existe en todos los órdenes jurídicos la pretendida norma general que invoca BAYÓN³. Esa norma pretende ser una norma consuetudinaria de origen judicial y el mero hecho de que los jueces a veces no la aplican es prueba de que no existe de manera universal, porque las normas consuetudinarias para existir tienen que ser eficaces.

* * *

Confío en la capacidad de los lectores para discernir por su cuenta quién se equivoca y quién tiene (total o parcialmente) razón en esta discusión, y solo quisiera reiterar lo que dije en una ocasión similar (en la Introducción a un libro parecido a este):

«A diferencia del fútbol, lo verdaderamente importante en una discusión filosófica no es ganar o perder, sino aclarar los problemas» y en este sentido confío en que también el presente libro resulte un buen ejemplo.

² Art. 450 del Código Civil argentino, que establecía: «Son prohibidos absolutamente, aunque el juez indebidamente lo autorice: [...] prestar dinero de sus pupilos, por más ventajosas que sean las condiciones».

³ Cfr. J. C. BAYÓN, «Permisos, Lagunas y Discrecionalidad Judicial: Respuesta a Bulygin», *Doxa*, 33: 307-317.

PERMISOS Y NORMAS PERMISIVAS*

Carlos E. ALCHOURRÓN
Eugenio BULYGIN

El concepto de permiso o, mejor dicho, los conceptos de permiso, es un tópico muy discutido en la lógica deóntica y en la filosofía del derecho. Hay varios problemas relacionados con el permiso acerca de los cuales no existe consenso; uno de tales tópicos es la distinción entre distintos conceptos de permiso y en particular la distinción entre el permiso fuerte (o positivo) y el permiso débil (o negativo). A este problema nos vamos a dedicar fundamentalmente en el presente artículo, aunque también nos referiremos a temas tales como el problema de la interdefinibilidad de la permisión y la prohibición, la naturaleza del principio de que todo lo que no está prohibido está permitido (principio de permisión) y el principio converso de prohibición (todo lo que no está permitido está prohibido), los problemas de las «lagunas», esto es, la posibilidad de sistemas normativos incompletos (en el sentido de que tales sistemas no regulan ciertos estados de cosas) y, finalmente, el problema de las normas permisivas. Todos estos temas están estrechamente vinculados entre sí, pero para evitar confusión parece conveniente tratarlos separadamente.

* Título original: «Permission and Permissive Norms», publicado en W. KRAWIETZ *et al.* (eds.), *Theorie der Normen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984. Traducción publicada originalmente en *Análisis lógico y derecho*, CEPC, 1991, pp. 215-238.

Una de las principales tesis de este artículo es que la distinción entre el permiso fuerte y el permiso débil, entendida correctamente, es una importante herramienta conceptual que permite detectar y eliminar algunos errores que atañen a los problemas mencionados. Estos errores provienen de la falta de una distinción adecuada entre normas y proposiciones normativas y, por ende, entre el uso prescriptivo o realizativo y el uso descriptivo de los términos deónticos, tales como «permitido», «obligatorio» y «prohibido». Esta distinción crucial hace posible solucionar el problema de la interdefinibilidad de «permitido» y «prohibido», clarificar la naturaleza de los principios de permisión y de prohibición y eliminar parte de los prejuicios corrientes respecto de las «lagunas» en los sistemas normativos.

1. PERMISO COMO AUSENCIA DE PROHIBICIÓN

Muchos autores consideran que el concepto de permiso no es problemático: el permiso —conforme a un punto de vista ampliamente difundido— no es más de que la mera ausencia de prohibición. Este punto de vista puede ser denominado la Tesis Refleja (cfr. R. MOORE, 1973). La Tesis Refleja implica que no existen normas permisivas: todas las normas son imperativas, es decir, establecen prohibiciones u obligaciones (la interdefinibilidad de prohibición y obligación nunca fue cuestionada seriamente). Más aún, si la Tesis Refleja es verdadera se sigue que prohibición y permisión también son interdefinibles: si la permisión es la no prohibición, la prohibición puede ser definida como la no permisión.

Hasta aquí no parece haber problemas. Pero la tesis de interdefinibilidad parece implicar que el principio «lo que no está prohibido está permitido» es equivalente al principio converso «lo que no está permitido está prohibido». Algunos filósofos del derecho que aceptan gustosamente la Tesis Refleja no se sentirían igualmente felices respecto de esta consecuencia. Pero hay otras consecuencias que son aún más dudosas. Si se acepta la Tesis Refleja, tenemos que aceptar también que los principios de permisión y prohibición expresan verdades necesarias, pues resultan ser analíticos. Esto significa que todas las acciones (o estados de cosas) posibles son calificadas como prohibidas o como permitidas por cualquier conjunto de normas o