



Análisis Filosófico

ISSN: 0326-1301

af@sadaf.org.ar

Sociedad Argentina de Análisis Filosófico
Argentina

Bulygin, Eugenio

Algunas respuestas a los críticos

Análisis Filosófico, vol. XXXIII, núm. 1, mayo-, 2013, pp. 124-134

Sociedad Argentina de Análisis Filosófico

Buenos Aires, Argentina

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=340031546009>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

ALGUNAS RESPUESTAS A LOS CRÍTICOS

EUGENIO BULYGIN

En octubre de 2012 se organizó en SADAF un simposio destinado a discutir algunas de mis ideas (elaboradas en su mayoría en colaboración con Carlos Alchourrón) con motivo de cumplir 80 años. Quisiera ante todo agradecer a SADAF, a sus autoridades, a todos los participantes y muy especialmente a Nora Stigol y Cecilia Hidalgo por la impecable organización del simposio que congregó a un gran número de amigos y colegas, que durante dos días expusieron sus observaciones críticas.

En lo que sigue trataré de articular respuestas a las críticas que se me han formulado. Mis respuestas no siguen el orden de las exposiciones y no abarcan todos los trabajos presentados, por la sencilla razón de que no en todos hubo críticas. Comenzaré por estos últimos.

I. Luis Moreno Ocampo, Martín Farrell, Ricardo Guibourg y Daniel Mendonca

Luis Moreno Ocampo no presentó un trabajo, pues se limitó a abrir el debate, pero deslizó algunas ideas y sugerencias interesantes. Por ejemplo, la necesidad de ampliar la concepción tradicional de un sistema jurídico único, o a lo sumo integrado en una federación o con el derecho internacional, para examinar la existencia de sistemas paralelos, como el conjunto de normas clandestinas que operaron durante la dictadura militar o las reglas semiclandestinas que regulan las actividades de la corrupción, como ocurre con muchas entidades económicas o financieras, aparentemente muy respetables, que tienen reglas especiales (no públicas) para sus actividades en países que consideran subdesarrollados. Sin duda, sería muy interesante investigar estos temas con métodos analíticos, pero me veo en la (para mí) penosa obligación de dejar esta tarea a los más jóvenes.

Los trabajos de los dos participantes que yo considero de mi generación (aunque sean bastante más jóvenes), Martín Farrell y Ricardo Guibourg, se destacan por no criticarme, como hacen los participantes imberbes. Esto arrastra con el defecto de que no tengo mucho que decir respecto de sus contribuciones. Estoy totalmente de acuerdo con lo que dice Farrell sobre el escepticismo moral y tampoco tengo discrepancias con las ideas expuestas por Pachi Guibourg sobre los derechos subjetivos. Ambos trabajos son muy importantes y merecen, sin duda, una amplia

discusión, pero no soy yo la persona indicada para esa tarea.

Por último, no puedo dejar de expresar mi gratitud a mis grandes amigos Daniel Mendonca y Pachi Guibourg, quienes presentaron un curioso libro titulado *Compendio de una teoría analítica del derecho. Alchourrón y Bulygin en sus textos*, elaborado por Daniel y editado por Marcial Pons. El libro es una colección de citas de Carlos Alchourrón, de Eugenio Bulygin y de Carlos Eugenio Bulyrón, que reflejan las principales ideas elucubradas por estos tres personajes. Esos textos pueden ser de algún interés y utilidad para los estudiosos, pero espero que no reemplacen la lectura de los originales.

II. Martin Böhmer y Gabriela Scataglini sobre el pragmatismo de Bulygin

El trabajo de Martín y Gabriela (en adelante MG) es muy interesante y sugerente, pero lamentablemente no estoy en condiciones de analizarlo en detalle, como sin duda lo merece. Este problema tiene una raíz personal: mi casi total ignorancia de los autores en los que se apoyan mis jóvenes ex-discípulos y viejos amigos. Siempre he sido un tanto perezoso para la lectura de libros filosóficos y últimamente se agregó un problema oftalmológico: debido a dificultades visuales leo poco y me temo que pronto dejaré de leer del todo.

La descripción de mi posición entre Escila del escéptico y Caribdis del incorporacionista y mi rechazo de ambas alternativas es, en términos generales, correcta, sobre todo si lo que MG entienden por incorporacionismo implica asumir “al sistema jurídico como sistema completo y consistente capaz de dar una respuesta y solo una a todo problema que se le plantea a través de reglas o principios explícitos o explicitables”.

Tampoco voy a explayarme sobre la derrotabilidad, tema que nunca he investigado a fondo y sobre el cual nada he escrito. Y no asumo ni rechazo la concepción de Alchourrón. En cuanto a la propuesta de los autores, invitándome a abandonar mis argumentos para poder transitar la senda entre el escéptico y el incorporacionista, solo diré que prima facie me parece un precio demasiado alto. El precio que ellos piden es abandonar mi idea del significado con su semántica “referencialista o representacionista” (whatever it may mean) y abrazar la oscura concepción pragmática. Para analizar esta propuesta tendría que estudiar a fondo la obra de Brandom, que solo conozco superficialmente, y además leer a Charles Taylor, Hubert Dreyfus y hasta a Heidegger (autor a quien he leído bastante hace más de sesenta años y no he releído desde entonces),

tarea que me llevaría varios meses. Por ahora me quedo con mi antigua semántica “referencialista”.

III. Ricardo Caracciolo sobre la objetividad de las normas

Ricardo Caracciolo presenta un trabajo que me parece ejemplar por su claridad y su precisión. Sin embargo, me veo obligado a formular algunas acotaciones críticas.

I. Caracciolo comienza con una muy correcta descripción de la teoría de Kelsen. Esta descripción sería impecable, si no fuera porque no profundiza algunos errores de Kelsen que tienen indudable incidencia sobre el tema de objetividad del derecho, errores que Ricardo conoce muy bien, pero tal vez no advierta todo el alcance de su conexión con el problema que nos ocupa.

El primer error de Kelsen (que no se escapa a la atención de Ricardo) es no distinguir entre varios significados del término “validez” o entre distintos conceptos de validez; sobre todo, entre validez como pertenencia y validez como obligatoriedad. El primero es un concepto descriptivo y el segundo, normativo. Como para Kelsen aparentemente los dos conceptos son coextensivos (son obligatorias todas y solo las normas pertenecientes al derecho), él usa el término “válido” para referirse a cualquiera de los dos conceptos. Como yo me he referido a este problema en varias publicaciones (Bulygin 1990, 2005) no voy a explayarme aquí sobre este tema.

El segundo error, bastante más grave, es la identificación de la existencia de una norma con su obligatoriedad. Esto conduce a dos consecuencias que ponen en tela de juicio la viabilidad de la teoría kelseniana: En primer lugar, si la existencia de la norma es su validez normativa, se sigue que todas las normas del derecho positivo son válidas, es decir, deben ser obedecidas y aplicadas. Esto es difícilmente aceptable, ni para un positivista, ni para un iusnaturalista. Y tampoco para Kelsen mismo¹, desde que aceptó la posibilidad de contradicciones entre normas jurídicas. ¿Son válidas (i.e. obligatorias) las dos normas contradictorias?

La segunda consecuencia de la identificación de la existencia con la validez, en conjunción con la falta de distinción entre validez normativa y validez descriptiva, es la que conduce a Kelsen a la formulación de su famosa teoría de la cláusula alternativa tácita que, en mi opinión, tie-

¹ Como pone de manifiesto Bruno Celano, en su excelente libro *La teoría del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica* (Celano 1999).

ne consecuencias tan graves para la Teoría Pura² que hacen insostenible esa idea. Tampoco voy a insistir sobre este punto.

II. Es un hecho curioso que en su reconstrucción de la teoría de la objetividad del deber (validez objetiva) kelseniana Caracciolo no menciona para nada la norma básica de Kelsen. Esta omisión es significativa, porque es sabido que para Kelsen la validez objetiva de las normas jurídicas descansa precisamente en la norma básica. ¿No será que Ricardo omite referirse a la norma básica porque el mismo Kelsen reconoció hacia el final de su vida que su norma básica es una mera ficción? (Kelsen 1963, p. 119)

III. El problema de Kelsen se centra en el paso del sentido subjetivo del deber a su sentido objetivo, es decir, del acto de ordenar a la validez de una norma. La descripción que hace Ricardo de la génesis de la validez objetiva es un modelo de precisión, pero las conclusiones que sacan él y Kelsen mismo son –para decirlo suavemente– muy discutibles. El punto de partida es la orden de A dirigida a B para que este realice una cierta acción C. Este acto tiene el sentido subjetivo de deber. Es un dato empírico. A ello puede agregarse la aceptación de B, otro dato empírico. De ahí no cabe inferir, dice Kelsen con toda razón, que B esté objetivamente obligado a hacer C. Hasta aquí estamos todos de acuerdo. Ahora bien, ¿cómo puede convertirse este deber subjetivo en un deber objetivo? O dicho de otro modo, ¿de qué manera el sentido subjetivo del acto de A adquiere un sentido objetivo de norma obligatoria?

La respuesta de Kelsen es que hay que *postular* una nueva dimensión de significado, la validez objetiva. Como dice Caracciolo, “La *supuesta* existencia de un ‘deber’ en aquella dimensión es denominada por Kelsen ‘validez’, o lo que es lo mismo, la existencia de una ‘norma’” (el destacado es mío). De lo que surge claramente que el pretendido deber objetivo es una mera postulación, al igual que la norma básica de Kelsen.

Caracciolo es perfectamente consciente del carácter problemático de esa teoría (“Pero el estatus de las proposiciones teóricas objetivas es sumamente problemático en la concepción de Kelsen”) que conduce a la confusión entre normas y proposiciones normativas (esa “distinción se vuelve dudosa”). Sin embargo, Ricardo insiste en que “no es imposible formular juicios de validez con contenido cognoscitivo” y pretende mostrar que tales proposiciones pueden ser verdaderas, es decir, metafísicamente objetivas.

² Gianformaggio y Paulson (eds.) (1995), véase especialmente: Nannini, “Legal Validity and Conformity to Law”, Ruiz Manero, “On the Tacit Alternative Clause”, Gianformaggio, “Theory of Law and Tacit Alternative Clause” y Bulygin, “Some Replies to Critics”.

Me parece mucho más sensato, en vez de postular un sentido objetivo al acto de ordenar de A, admitir que no hay tal sentido objetivo, que la descripción se agota en constatar ciertos hechos empíricos: la existencia de órdenes y aceptaciones (por parte del destinatario de la orden y/o de la sociedad a la que pertenecen A y B). Pero para reconocer que no hay más que estos hechos empíricos no hay que ser “neoempirista” (una calificación que Ricardo me atribuye). Lo que no entiendo es por qué Ricardo me atribuye, además, una posición reduccionista respecto de las proposiciones normativas; parece que su argumento es: o bien estas proposiciones versan sobre hechos empíricos o bien versan sobre hechos normativos, es decir, sobre deberes objetivos. Pero hay una tercera posibilidad: las proposiciones normativas versan sobre las obligaciones, permisos y prohibiciones establecidas por las normas que provienen de hechos empíricos, sin ser idénticos a ellos y sin pretender ningún tipo de objetividad. Las proposiciones normativas no versan sobre los actos creadores de normas (actos legislativos en sentido amplio), que son hechos históricos, sino sobre el contenido de las normas, es decir, sobre las obligaciones, prohibiciones y permisos establecidas por las normas.

Tampoco entiendo por qué Ricardo me atribuye, además, una tesis que no me acuerdo haber sostenido nunca, a saber, que “no hay otra clase de hechos en el mundo, porque solo existe el mundo empírico. En especial, no existen ‘hechos normativos’”. Es cierto que no creo en la existencia en una serie de hechos en los que mucha gente cree. No creo en la existencia de fantasmas, de brujas, ni de hechos normativos. Pero esto no autoriza a Ricardo a sostener que para mí solo existe el mundo empírico. Mi mundo está integrado por muchos habitantes diferentes: algunos son totalmente ajenos al mundo empírico, como, por ejemplo, verdades matemáticas o lógicas (llamémoslos hechos ideales). Otros no son empíricos, pero dependientes de hechos empíricos, como las obras artísticas (la catedral de Chartes, o una sinfonía de Mahler). Las normas jurídicas pertenecen a esta última categoría. Su existencia depende de hechos empíricos (actos legislativos en sentido amplio), pero no se agota en ello. Cuando digo que no hay hechos normativos quiero decir que no hay hechos normativos sin normas que los conviertan en tales, pues son las normas las que convierten un acto en obligatorio, prohibido o permitido. Nada obsta a que una proposición normativa sea objetivamente verdadera respecto de lo que dispone una norma o un conjunto de normas, pero esto no implica que esas normas tengan que ser objetivamente válidas. Por eso el carácter normativo de un acto es siempre relativo a un conjunto de normas (un orden jurídico o las normas dictadas por un mandamás). La expresión, frecuentemente usada en el lenguaje de la dogmática jurídica, “p es obli-

gatorio (prohibido, permitido)" es elíptica. Aunque no se diga respecto de qué lo es, la referencia (tácita) a normas positivas es esencial.

La crítica de Caracciolo parece descansar, al menos parcialmente, en una premisa un tanto dudosa, a saber, la dicotomía entre entes ideales, cuya existencia no depende de ningún hecho empírico, y entes reales, cuya existencia depende de hechos que existen en el tiempo y en el espacio. Creo que formulada en esta forma la dicotomía es insostenible, pues hay entes ideales cuya existencia depende de hechos empíricos. La existencia del teorema de Pitágoras es independiente de todo hecho empírico (el teorema existiría, aun cuando no existiera Pitágoras), pero la existencia de la tragedia *Hamlet* depende de los pensamientos y emociones de Shakespeare y del movimiento de su mano al escribirla. Si no hubiera existido Shakespeare no existiría el *Hamlet* de Shakespeare. Esto no lo convierte en un objeto empírico. Las normas jurídicas pertenecen a esta última categoría: son objetos ideales, pero su existencia depende de hechos empíricos.

IV. Por último, me parece que hay una pequeña falla en el razonamiento de Caracciolo respecto de la alegada redundancia semántica en los conceptos de verdad y validez. Para refutar esa idea dice Ricardo:

Pero, mientras es claro que decir que

3) La proposición que dice "la puerta está abierta" no es verdadera, i.e. es falsa,

puede considerarse equivalente a la proposición:

3') "La puerta no está abierta",

no puede decirse, directamente, que

4) La norma "se deben cumplir los contratos" no es válida, i.e. es inválida,

es equivalente a la norma

4') No se deben cumplir los contratos, i.e. se prohíbe cumplir los contratos.

Ello es así, porque la negación de una norma carece de sentido.

Esta asimetría indica que la expresión "válida" funciona en 1) y en 4) como un predicado, i.e. como nombre de una propiedad *possible* de los enunciados deonticos entendidos prescriptivamente, i.e. de las normas.

A esto cabe observar que en castellano la norma "no se debe hacer p" es ambigua, pues puede significar: a) "no es obligatorio p", equivalente a "permitido omitir p", y b) "prohibido hacer p". O sea, puede ser, o bien, una norma permisiva, o bien, una norma prohibitiva. En ambos casos tiene perfecto sentido. No veo por qué la negación de una norma ha de care-

cer de sentido. La conclusión es que el argumento de Ricardo no prueba que el término “válido” cuando es usado en sentido prescriptivo funcione como un predicado.

IV. Ezequiel Monti acerca de normas permisivas

Ezequiel Monti retoma el viejo y muy controvertido problema de la existencia de normas permisivas. Es un hecho que no puedo dejar de ver como muy curioso que muchos filósofos del derecho importantes nieguen lisa y llanamente que existan normas permisivas. Alf Ross es uno de ellos y Monti asume la defensa de Ross frente a las maliciosas críticas de Alchourrón y Bulygin. No creo, sin embargo, que tenga éxito en esa empresa.

Cabe recordar en primer lugar la curiosa tesis de Ross de que la negación de una norma no es una norma, sino una oración vacía; de modo que aunque la expresión “¡Debes cerrar la ventana!” (en símbolos: Op) sea una norma, su negación externa “No debes cerrar la ventana!” ($\sim Op$) no es una norma (o un directivo en la terminología de Ross), sino “una sentencia vacía”. Es una teoría muy extraña. Es cierto que la expresión “¡No debes cerrar la ventana!” es ambigua, pues puede significar “¡No es obligatorio que cierres la ventana!” ($\sim Op$) o “¡Debes dejar abierta la ventana!” ($O\sim p$), pero en ambos casos se trata claramente de prescripciones, es decir, normas. No se entiende porqué “¡No es obligatorio que cierres la ventana!” no ha de tener carácter directivo o prescriptivo. Una consecuencia aún más extraña de esta lógica de Ross es que una expresión como Pp (“¡Permito que p !”) que según Ross es una oración vacía (y de acuerdo a Ezequiel una proposición normativa y no una norma) se convierte mediante su negación en un directivo o una norma que prohíbe p ($\sim Pp$). La teoría de Ross hace caso omiso de la idea ya formulada por Leibniz y luego desarrollada por von Wright, según la cual se puede usar cualquiera de las tres modalidades deónticas básicas (obligatorio, prohibido y permitido) como término primitivo y definir los otros dos con la ayuda de la negación. Curiosamente von Wright (1951) en su primer trabajo sobre lógica deóntica elige justamente permitido (P) como término primitivo.³ Si *todas* las normas pueden ser formuladas en términos de permisos (P), entonces cae la idea de la prioridad conceptual de la noción de obligación. Lo cual demuestra que el carácter permisivo o imperativo de una norma no depende de las palabras usadas (prohibir, obligar o permitir), sino de su sentido. Y no estoy tan

³ Lo cual dio lugar a la extravagante idea de Carlos Cossío de que la lógica deóntica de von Wright confirma su idea de la prioridad ontológica de la permisión sobre la prohibición, debida a la libertad metafísica del hombre.

seguro de que un conjunto de normas permisivas no pueda desempeñar la función de guiar conductas, aunque no haya ninguna norma imperativa. ¿No se podría acaso dirigir las conductas de los niños mediante permisos (“Permito que te laves la cara al levantarte de la cama”, “Permito que te acuestes a las 10 de la noche”, “Permito que no hurgues en la nariz y saludes a tus abuelos”, etc.) sin establecer prohibiciones ni obligaciones con la idea de que los niños hagan uso de esos permisos?

Cabe agregar que una idea similar a la de Ross, aunque expresa- da en términos mucho más claros, fue defendida recientemente por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Me remito a mis críticas de su posición (Bulygin 2010), donde creo haber mostrado que no es lo mismo que un acto no esté prohibido a que esté permitido por una norma y que el famoso principio de que todo lo que no está prohibido está permitido no prueba en absoluto que todas las conductas estén siempre reguladas por cualquier sistema de normas y que, por lo tanto, no puede haber lagunas normativas. Inferir de “Todas las acciones están prohibidas o permitidas” que todas las acciones están reguladas por cualquier sistema de normas es tan falaz como inferir que todas las cosas tienen color a partir de la afirmación “Todas las cosas son verdes o no verdes”. La conclusión de este argumento (“Todas las cosas tienen color”) es claramente falsa, aunque la premisa (“Todas las cosas son verdes o no verdes”) parece ser verdadera. Pero para que el argumento resulte válido la premisa debe decir “Todas las cosas *que tienen color* son verdes o no verdes”. De igual manera, la premisa de la que se puede inferir que todas las acciones están reguladas debe decir “Todas las acciones reguladas por las normas están prohibidas o permitidas (esto es, no prohibidas)” con lo cual se presupone lo que se pretende probar.

Por último, si los permisos tienen efectos normativos al derogar prohibiciones o al limitar las competencias –cosa que Ross admite expresamente– llamarlos “normas” o “actos derogatorios” me parece poco importante. Lo decisivo es que son expresiones lingüísticas que inciden en la regulación de conductas: no son meras informaciones, sino normas.

V. José Juan Moreso sobre consistencia mediante jerarquía

El trabajo de José Juan Moreso es impecable por su concisión, su elegancia y su lógica. Todas las premisas de su razonamiento son intachables y las demostraciones lógicas me parecen correctas, pero tengo algún reparo respecto de la conclusión: si las normas de nivel superior (esto es, normas constitucionales) forman un conjunto consistente, entonces el sistema jurídico necesariamente es consistente. Este argumento se

parece un poco al que usan muchos juristas para sostener que no hay lagunas en el derecho, porque los jueces siempre pueden eliminarlas. Pero si lo que los jueces eliminan son lagunas, entonces hay lagunas.

Hay, sin embargo, una diferencia. José Juan no dice que los jueces (o algún otro operador jurídico) pueden eliminar las contradicciones; lo que sostiene es que las autoridades inferiores *no pueden* (el destacado es mío) dictar normas contradictorias, porque estas no serían admitidas en virtud del principio *lex superior*, es decir, no podrían formar parte del derecho. ¿Qué quiere decir aquí “no pueden”? Obviamente, las autoridades inferiores pueden dictar de hecho normas contradictorias. Lo que afirma José Juan es que esas normas serían inválidas. Pero entonces su argumento no prueba que si la constitución es consistente, no puede haber normas inconsistentes; lo que demuestra es que tales normas serían eliminadas por inválidas. Esto no es lo mismo que decir que las autoridades inferiores no pueden dictar normas contradictorias. El argumento de José Juan no prueba que si las normas constitucionales son consistentes, no pueden darse normas contradictorias en el nivel inferior, es decir, que el sistema es necesariamente consistente. Lo que prueba es que la aplicación del principio *lex superior* permite eliminar las contradicciones. Pero si lo que se elimina (o no se admite) son contradicciones, entonces puede haber contradicciones.

Otro punto que señala Moreso es que la promulgación de nuevas normas –y no sólo la derogación de normas ya existentes– puede producir indeterminación del sistema. En esto José Juan tiene razón, en contra de lo que sostuvimos en su momento con Carlos Alchourrón. Y esto me parece un punto importante.

VI. Pablo Navarro sobre discreción judicial

En su trabajo “Lagunas, permisos y discreción” Pablo Navarro se refiere a mi discusión con Juan Carlos Bayón sobre la regulación jurídica y la decisión judicial. La discusión se inició con mi trabajo “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, que mereció un extenso comentario crítico de Bayón titulado “Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas”⁴ y luego siguió con mi artículo y la réplica de Bayón publicados en *Doxa* 33 (Bulygin 2010; Bayón 2010).

En su trabajo originario que, como dice Navarro, se destaca por “la claridad de sus argumentos, la riqueza de su bibliografía y la profundidad

⁴ Ambos trabajos fueron publicados en Bulygin, Atienza y Bayón (2009).

de sus principales tesis" (apreciación con la que coincido totalmente), Juan Carlos toca varios temas importantes, como lagunas jurídicas, normas jurídicas y sus razones subyacentes, las prácticas interpretativas y la discreción judicial... En mi trabajo yo sostenía que, a falta de una norma que establezca una solución para un caso, el juez puede resolverlo discrecionalmente, ya sea rechazando la demanda, ya sea haciendo lugar a lo que pide el actor. En ambos casos el juez tiene que justificar su decisión y, ya que por hipótesis no puede basarse en normas jurídicas, lo tiene que hacer recurriendo a otras razones (morales, prudenciales o políticas). Bayón, en cambio, sostuvo en su réplica que los jueces no pueden resolver discrecionalmente los casos no resueltos por las normas, sino que están obligados a rechazar la demanda que no esté fundada en derecho. Al contestar mi réplica, Bayón (2010) reconoció que su tesis era exagerada y que para la existencia de la obligación de rechazar la demanda hace falta –como sostenía yo– una norma, pero argumentó que, si bien esa norma falta por hipótesis en el llamado sistema primario o del ciudadano, se encuentra en el sistema secundario o del juez, que es el conjunto de normas que regulan la actividad judicial. Agregó, además, que esa norma es consuetudinaria y se encuentra en todos los sistemas jurídicos. Yo no creo en la existencia universal de una norma consuetudinaria de este tipo. Me baso en el hecho de que algunas veces los jueces hacen lugar a la demanda contrariando las normas expresas y me remito a los casos mencionados en mi réplica a Bayón (caso del abogado que pretendía patrocinar a su madre en el juicio de divorcio contra el padre, o el caso de la prohibición absoluta al tutor de dar en préstamo el dinero de su pupilo). Una norma consuetudinaria tiene que ser eficaz y, si hay casos en que los jueces no la aplican, entonces no cabe afirmar que existe universalmente.

Pablo Navarro traza algunas distinciones importantes. En primer lugar, distingue entre la discreción intersticial y la discreción global; en segundo lugar, entre normas formuladas y razones subyacentes; en tercer lugar, entre calificaciones normativas *prima facie* y calificaciones concluyentes; en cuarto lugar, entre casos de laguna normativa y casos que el derecho no regula y no pretende regular. Y por último, dentro de esta última categoría distingue –siguiendo una sugerencia mía– entre casos "no serios" (o jurídicamente irrelevantes) en los que el juez rechaza la demanda *in limine* y casos "serios" en los que el juez da traslado de la demanda y resuelve el conflicto tras realizar todos los actos procesales pertinentes. Concluye su ensayo señalando que

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.*⁵

De esta manera, en nuestra disputa con Bayón, Navarro en forma elíptica y elegante se pronuncia en contra de la tesis de Juan Carlos, dando la razón a su contrincante,

El único punto en el cual discrepo con Pablo se refiere a “la recurrente 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”. No sé en qué consiste esa débil presión normativa y en qué sentido (si a favor del demandado o del actor) se ejerce esa presión. Sospecho que se trata de otro caso de confusión entre lógica y psicología.

Bibliografía

Bayón, J. C. (2010), “Permisos, lagunas y discrecionalidad judicial: Resuesta a Bulygin”, *Doxa*, 33, pp. 307-317.

Bulygin, E. (1990), “Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Ratio Juris* 3 (1), pp. 29-45.

— (2005), “El problema de la validez en Kelsen”, en Kelsen, H., Bulygin, E. y Walter, R., *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, pp. 99-118.

— (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 teoría y práctica del Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Celano, B. (1999), *La teoría del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, Il Mulino.

Gianformaggio, L. y Paulson, S. L. (eds.) (1995), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli.

Kelsen, H. (1963), “Diskussionsbeitrag”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 13.

Wright, G. H. von (1951), “Deontic logic” *Mind*, 60 (237), pp. 1-15.

⁵ El destacado es mío.