

ALGUNAS REGLAS DE CLAUSURA

Ricardo Víctor Guarinoni
Universidad de Buenos Aires

I. Cómo clausurar

Narraremos una pequeña historia:

Reinaba en Bagdad un Califa terrible, llamado Abdul el Jurista, quien se ocupaba de dictar leyes rigurosas para sus súbditos. Sentía, como todo autócrata, una gran vocación por ordenar hasta el más mínimo detalle la vida de los habitantes. Así, emitía diariamente bandos regulando todos los detalles de la vida, desde la posibilidad de usar barba hasta la forma de subir a un camello. Sin embargo, no estaba satisfecho, dado que lo aterraba la idea de haberse olvidado de regular alguna conducta y ésta fuera producida por alguno de sus súbditos. Dos o tres veces había ocurrido que caídas por él nombrados se habían negado a fallar en procedimientos judiciales, aduciendo que las conductas de los acusados no estaban contempladas en las leyes del Califa. Este había resuelto la situación fácilmente, mandando degollar a los jueces, los acusadores, los acusados y testigos del pleito, y todos sus parientes hasta el sexto grado, pero le persistía un cierto malestar intelectual.

Así fue que un día mandó llamar a dos de sus visires, renombrados por su sabiduría y conocimiento de las leyes, llamados Permib y Prohib. El primero tenía fama de ser un hombre recto y bondadoso, por lo cual gozaba del disfavor del Califa. El segundo, en cambio, era obsecuente y se esforzaba por profesar todas las ideas del gobernante.

El Califa les planteó el problema: «Tengo la sensación de que la vida de mis súbditos se me está escapando de entre las manos, como un puñado de arena del desierto. No consigo que mis leyes prevean todas las cosas que pueden hacer. Cómo lo puedo solucionar?»

El visir Permib, luego de considerarlo, respondió: «Lo que su Alteza necesita es dictar una ley que abarque todos los casos no contemplados en vuestras sabias leyes. Mi consejo, Señor, es: Dictad una ley que diga “todo lo que no está prohibido por alguna otra ley de este Califato, estará permitido”. Con ello, todas las conductas de vuestros súbditos que no aparezcan en vuestras leyes serán permitidas. Por este medio sentaréis fama de benévolo, ya que aparecerán como permitidas por vos infinidad de conductas, y vigilante, ya que demostraréis que ninguna conducta de vuestros súbditos escapa a vuestra atenta mirada.»

El segundo visir, Prohib, dijo: «Mi consejo, Oh Alteza, es dictar una ley que sea la inversa de la que propone Permib. Vos sabéis que los habitantes del Califato son díscolos y descarriados, si no los guía vuestra mano protectora. Por

ende, os propongo sancionar una ley que exprese: “todo lo que no está permitido por alguna ley de este Califato, está prohibido”. Así no tendréis duda de que lo que vos no permitáis expresamente, no será hecho. Y, para quienes violen la prohibición genérica, decretad la pena de muerte.»

El segundo consejo plugo al Califa, quien mandó dictar la ley, y, de paso, degollar a Permib, dado que encontró que no había ninguna ley que le permitiera dar consejos que el Califa no estaba dispuesto a seguir.

A esta ejecución siguieron otras, multiplicándose en proporción geométrica, dado que se sancionaba a los súbditos no solo por las conductas expresamente prohibidas, sino por cualquier cosa que dejaran de hacer. El Califa se vio obligado, muy a su disgusto, a dictar normas que permitieran cada vez más conductas, pero nunca alcanzaba a prever las cosas que los súbditos dejaban de hacer, por lo que mandaba degollar a todo el mundo, hasta que se dio cuenta que iba a despoblar el país. Por ello, debió derogar la ley, coronando las ejecuciones con la de Prohib, causante de los problemas.

II. Las normas de clausura

Como resulta obvio, la historia citada refleja el viejo problema de las normas de clausura de un sistema jurídico, abordado en los principales estudios de Lógica Deóntica, con especial referencia al problema de las lagunas del Derecho. En el presente, me ocuparé especialmente de la posibilidad de clausurar el sistema con normas que no tengan como contenido permisiones, y ello llevará a algunas consideraciones generales sobre la aplicación de la Lógica al Derecho.

Von Wright¹ distingue, a partir del principio *nullum crimen sine lege*, entre sistemas cerrados y abiertos: «*Si se encuentra dentro de un orden normativo, entonces, con relación a este orden, todos los actos humanos están sujetos a norma. A tal orden “sin fisuras” lo llamaremos cerrado. A los órdenes normativos que no sean cerrados los llamaremos abiertos.*»

Alchourrón y Bulygin definen a la regla de clausura como: «*una regla que calificaría deónticamente todas aquellas acciones que no estuvieran calificadas ya por el sistema en cuestión.*»² Y le adjudican las siguientes características: «*Una regla de clausura debe cumplir con las siguientes condiciones de adecuación: a) tiene que clausurar el sistema, es decir, hacerlo completo con respecto a cualquier UC (universo de casos) y cualquier UA (universo de acciones), y b) tiene que preservar la coherencia del sistema, es decir, no introducir nuevas incoherencias, de tal manera que si el sistema originario es coherente, también debe serlo el sistema que resulte de agregarle la regla de clausura.*»³

¹ von Wright, Georg Henrik, *Norma y Acción*, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 102.

² Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Bs. As., 1970, pág. 190.

Hechas estas precisiones, debemos preguntarnos si es posible clausurar el sistema como lo hace el Califa de nuestra historia, es decir, con una norma que prohíba las conductas no expresamente permitidas.⁴

Tanto von Wright como Alchourrón y Bulygin se manifiestan en contra de tal posibilidad, en sus textos canónicos. El primero sostiene: «*Consideremos un posible resultado de una acción tal que no haya prescripción en el orden normativo en cuestión que permita hacer esta cosa (resultado), ni ninguna prescripción que permita abstenerse de ello. Entonces, ...el hacer y abstenerse de dicha cosa estarían prohibidos. Pero esto, ...es una imposibilidad lógica. Por eso un orden normativo no puede ser cerrado por medio de una norma que prohíba todos los actos y abstenciones no permitidos, a menos que haya en dicho orden, para cualquier resultado posible de la acción, un permiso para alcanzar este resultado o para abstenerse de alcanzarlo. Si se piensa que un inventario de todos los actos humanos no es posible.. entonces esta condición no puede satisfacerse. Y entonces la forma sugerida de cerrar un orden normativo debe ser rechazada como absurda*».⁵

En trabajos posteriores, von Wright sostiene que puede darse el caso de que el legislador sancione normas que obliguen y prohíban la misma conducta, y la lógica jurídica no puede tomar el papel de éste, sino solo mostrar las contradicciones normativas. Al legislador solo puede imputársele que no se adecue a standards de racionalidad.⁶

Por su parte, Alchourrón y Bulygin dicen: «*Si se quiere preservar la coherencia, es evidente que la regla de clausura tiene que ser permisiva, pues la permisión es el único carácter deóntico que puede calificar una acción y su negación sin que se produzcan incoherencias. Una regla de clausura prohibitiva (toda acción no normada está prohibida) daría lugar a incoherencia en los casos en que no estuviera normado p , ni tampoco estuviera normado $\neg p$, pues las normas “ Php ” y “ $Ph-p$ ” son manifiestamente contradictorias*».⁷ (En realidad, habría que hablar de soluciones «incompatibles» pensando en la norma de clausura prohibitiva. Alchourrón y Bulygin en este pasaje se refieren a Php y $Ph-p$ como normas «manifiestamente contradictorias», cuando son contrarias, siendo $Ph-p$ equivalente a Op).

³ Id., pág. 190.

⁴ También existe la posibilidad de clausurar el sistema mediante una norma que decrete la obligatoriedad de las conductas no permitidas expresamente (ver Alchourrón y Bulygin, op. cit., pág. 195), pero, teniendo en cuenta la interdefinición de los caracteres O y Ph , es equivalente a la mencionada en el texto, que es además mas rica en sus consecuencias pragmáticas.

⁵ von Wright, op. cit., pág. 103.

⁶ von Wright, Georg, Norms, «Truth and Logic», en *Practical Reason. Philosophical Papers*, Volume I, Basil Blackwell, Oxford, 1983.

⁷ Alchourrón y Bulygin, op. cit., pág. 195.

Por otra parte, Echave, Urquijo y Guibourg admiten la posibilidad de clausurar el sistema mediante una norma prohibitiva genérica. Refiriéndose a la clausura del sistema mediante una norma permisiva, expresan: «*En efecto, así como ella dice que todo lo no normado (y por ello no prohibido) está permitido, podría decir –por ejemplo– que todo lo no normado (y por ello no permitido) está prohibido, con lo que el orden normativo se parecería mas a un régimen carcelario.*»⁸ Sostienen que la regla permisiva, que permite las conductas no prohibidas, actúa como una condición extrasistémica de la lógica deóntica.⁹

Ante lo reseñado, cabe formular varias precisiones. En lo que sigue, trataré de demostrar que una norma que prohíba las conductas no permitidas debe ser desechada, no solo por llevarnos a la integración, en un sistema, de normas incompatibles, sino también por generar un problema pragmático insoluble, que termina por traer las consecuencias que la lógica predica acerca de las contradicciones, si buscamos reconstruir lo que normalmente los juristas entienden por prohibición.

III. ¿Contradicción normativa?

Hay un debate establecido acerca de la concepción deductivista de los sistemas jurídicos, en el cual entraré solo tangencialmente, dado que excede el tema del presente, pero no se puede dejar de considerar, dado que tiene que ver en forma fundamental con el uso de la lógica respecto de los sistemas normativos, y si ésta sirve, en definitiva, para algo, sobre todo a la luz de la imposibilidad de caracterizar en forma definitiva las contradicciones normativas, y el problema subsiguiente que genera la explosión de todo sistema deductivo a partir de que en él se detecte una contradicción.

Aquí solo cabe destacar que, por más que muchos filósofos del derecho han atacado el uso de la lógica en este campo, algunos llegando al extremo de sostener que el análisis del discurso jurídico necesita de un aparato conceptual diferente¹⁰, no parece que se haya podido construirlo.

En lo que nos atañe, la crítica se centra en que la configuración de un sistema normativo como un sistema deductivo hace que una contradicción normativa permita inferir cualquier solución en el sistema, con lo que no se puede dar cuenta de sistema jurídico alguno.¹¹

⁸ Echave, Teresa, Urquijo, María Eugenia y Guibourg, Ricardo, *Lógica, Proposición y norma*, Astrea, Bs. As., 1980, pág. 155.

⁹ Id., pág. 158.

¹⁰ Cabe citar la crítica formulada por Atienza, Manuel, en «Sobre los límites del Análisis lógico del Derecho», *Theoria*, Segunda Época, Vol. VII, 1992, Tomo B, 1007-1018.

¹¹ Atienza, op. cit., pág. 1017.

Frente a este argumento hay varias respuestas. Por ejemplo, se puede concluir con Rodríguez¹², después de una larga argumentación que no puedo reproducir aquí, que, por no componerse exclusivamente los sistemas jurídicos de normas categóricas, las inconsistencias pueden limitarse solamente al caso en el cual aparecen soluciones incompatibles, y el resto del sistema aplicarse a los demás casos. Ciertamente, un sistema clausurado por una norma prohibitiva tendría más casos de inconsistencia que de consistencia normativa, limitada esta última a las conductas expresamente permitidas, y a las prohibiciones expresas, si sus omisiones estuvieran expresamente permitidas. Si esto es así, el sistema podría aplicarse en sus partes no inconsistentes.

Adhiero asimismo a la idea de Alchourrón de que es inescapable el recurrir a la Lógica para dar cuenta de nociones tan fundamentales como la de contradicción o conflicto entre normas, pero debe tenerse en cuenta que se trata de nociones relativas, aplicables a determinadas normas referidas a determinados sistemas. En ese sentido, no es soslayable el que no se puede determinar fácilmente en la práctica cuándo nos encontramos frente a un caso de este tipo, ya que se deben explicitar varios presupuestos: a) el sistema lógico que estamos utilizando; b) dentro de éste, cuándo es que se puede hablar de conflicto o contradicción normativas; la mayoría de los autores coincide en que no se puede adjudicar sin más valores veritativos a las normas, con lo que debe explicitarse cuál es el criterio a utilizar para hablar de contradicciones normativas; c) cuál es la reconstrucción del sistema, o su parte, que lleva al conflicto; siendo la Lógica un modelo del lenguaje, habrá diferentes reconstrucciones del sistema (que los juristas suelen llamar con el nombre genérico de «interpretación»); d) dentro de ésta, tener en cuenta las circunstancias fácticas que pueden llevar a una contradicción normativa, ya que muchas veces sólo se puede hablar de conflicto entre normas cuando, en los hechos, aparece un caso que tiene una conjunción de propiedades que caracterizan por separado normas que aportan soluciones incompatibles.¹³

Si se considera que la clausura del sistema por una norma prohibitiva lleva a una contradicción lógica, un sistema clausurado de esa manera llevaría a una imposibilidad lógica, por lo que sería imposible que existiera un sistema positivo con tales características. Empero, si se adopta una posición como la segunda reseñada de von Wright, sería posible la existencia de un sistema tal.

¹² Rodríguez, Jorge L., «Contradicciones normativas: Jaque a la concepción deductivista de los sistemas normativos», *Doxa*, n° 17-18, pp. 357-382.

¹³ Ver Alchourrón, Carlos, «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», en Alchourrón y Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 300.

Sin embargo, en el caso de la clausura del sistema mediante una norma prohibitiva, si analizamos el problema desde el punto de vista pragmático, veremos que un sistema clausurado de ese modo produce una explosión como la que predice la lógica.

IV. ¿Qué hacer?

Hasta ahora, hemos hablado de «*prohibido*» como el carácter deóntico «Ph», pero ahora debemos tener en cuenta la dimensión pragmática del discurso jurídico: los sistemas normativos tienen como objeto servir de guías del comportamiento. Y un sistema normativo que incluyera una norma que dijera «*todo lo que no está expresamente permitido está prohibido*» no serviría de guía en absoluto, salvo en el caso de que haya en el sistema normas que establezcan conductas facultativas, aquellas expresamente permitidas y en que esté permitida su omisión¹⁴, y solo para éstas. (En efecto, en un sistema clausurado de esta manera, la mera permisión expresa –o fuerte– de una conducta no sería suficiente. Imaginemos una conducta cualquiera, la de protestar, por ejemplo. Si existiera una norma que dijera: «*Está permitido protestar*», y no dijera nada acerca de la omisión de protestar, el no protestar estaría prohibido, con lo cual protestar sería obligatorio. Si en el sistema solamente existieran permisos y se omitiera la permisión de la omisión de las conductas permitidas, solo estaría permitido cumplir con las conductas obligatorias).

Supóngase un súbdito del sistema, que desea realizar una conducta *p*, y quiere saber si está permitida. Si recorre la lista de permisos y no encuentra ni el de *p* ni el de $\neg p$, ¿qué hará? Cualquier curso de acción le está prohibido respecto de *p*. Y como no es dable que el legislador haya previsto todas las conductas posibles, permitiéndolas (salvo que hubiera sancionado una norma de clausura inversa), siempre va a haber alguna respecto de la cual aparece su prohibición, así como la de su omisión.

Por otra parte, sin entrar en la discusión acerca de la forma canónica de una norma, tanto en el lenguaje coloquial como en el jurídico, la prohibición se suele ligar a la imposición de sanciones. Supóngase que a la norma de clausura se agrega una sanción (como hizo el Califa de la narración). ¿Qué hará el órgano encargado de aplicar sanciones? Debe sancionar por realizar conductas prohibidas. Pero en los casos no mencionados por las normas permisivas, debe sancionar tanto por omitir como por realizar una conducta. En el caso de las omisiones, deberá sancionar por haber omitido re-

¹⁴ No efectuaré la distinción que hace von Wright (*Norma y Acción*, cit., pág. 62) entre abstenciones u omisiones, y mero no-hacer, basada en la posibilidad de actuar. Por tratarse de una regla de clausura, la prohibición genérica abarca todas las omisiones posibles, tal como todos acordarían que lo hace la regla «todo lo que no está prohibido está permitido».

alzar conductas que el súbdito no podía efectuar de ninguna manera, aún las más inverosímiles. (i.e., sería sancionable alguien por omitir hablar en sánscrito, omitir volar sin ningún aparato, o no utilizar un automóvil que funcione solo con agua, si es que esas omisiones no figuraban entre las permisiones expresas. Por eso el Califa se hubiera quedado rápidamente sin súbditos). Ello llevaría a aplicar sanciones a todos los súbditos en forma continua.

Las conductas de los súbditos se tornarían irrelevantes, ya que, aunque hubiera una enorme cantidad de actos facultativos previstos, siempre se podría describir una acción u omisión no contempladas, a las que indefectiblemente debería adosarse una sanción.¹⁵

La única forma de escapar a esta situación sería elaborar normas de facultamiento con tal generalidad que significaría un regreso al *«todo lo que no está prohibido está permitido»*.

Por lo dicho, creo que no sólo hay argumentos lógicos para rechazar una norma de clausura prohibitiva, sino que un sistema que la contuviera sería empíricamente imposible, por razones pragmáticas.

¹⁵ Recordemos que aquí se trata de una regla de clausura, que califica como prohibidas a acciones u omisiones. Puede haber otros casos en que la acción u omisión de un agente sean irrelevantes para la aplicación de una sanción. Por ejemplo, los que Kelsen llama «actos coactivos que no son sanciones», tales como la internación, etc., para personas que se encuentren en una determinada situación (Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1986, pág. 123). Igualmente se podría pensar en un legislador que sancionara una norma prohibiendo una conducta y su omisión, en cuyo caso se sancionaría a todos aquellos a quienes la norma comprende, con independencia de sus acciones, por una única vez.



DOXA 23 (2000)
