

# ANUARIO

## Nº39 · 2023

---

**Los casos irrelevantes  
como problema externo  
al derecho**

**Páginas 7-33**



## LOS CASOS IRRELEVANTES COMO PROBLEMA EXTERNO AL DERECHO<sup>1\*</sup>

**Alejandra Olave A.**

Facultad de Derecho, Universidad  
de Buenos Aires

aolavealbertini@derecho.uba.ar

### RESUMEN

Se analiza la propuesta de Pablo Navarro, referida a la distinción entre casos irrelevantes y lagunas normativas, en particular con respecto al debate acerca de la discrecionalidad del órgano aplicador de derecho al conocer de un asunto que pertenecería a la primera clase de casos.

### PALABRAS CLAVE

casos irrelevantes, privilegios,  
poderes, normas primarias,  
normas secundarias, Hohfeld

1 \* Agradezco a Sebastián Agüero y Sebastián Figueroa por la invitación que me hicieron llegar para participar de seminario de discusión llevado a cabo en agosto de 2021. Agradezco igualmente a Pablo Navarro por sus generosos comentarios a este trabajo que, sin duda, han contribuido a mejorarlo.

## IRRELEVANT CASES AS AN EXTERNAL PROBLEM TO LAW

### ABSTRACT

We analyze Pablo Navarro's proposal concerning the distinction between irrelevant cases and legal gaps, specifically focused on the debate referred to judicial discretion when deciding on a matter that belongs to the first class of cases.

### KEYWORDS

irrelevant cases, privileges,  
powers, primary rules,  
secondary rules, Hohfeld

## I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo del libro *Sistemas normativos y lagunas en el derecho* (2022) titulado “Lagunas en el Derecho y casos irrelevantes”, Pablo Navarro analiza las categorías de lagunas y casos irrelevantes a partir del postulado de que los sistemas jurídicos modernos dejan un “espacio libre” de derecho, espacio al que pertenecen aquellas conductas que pueden ser caracterizadas como “socialmente irrelevantes”, defendiendo que sería posible distinguir entre ambas sin apelar a criterios valorativos. Así, mientras las primeras se corresponderían con casos no-regulados que la autoridad legislativa *pretendía* regular, los últimos son casos no-regulados que la autoridad legislativa *no pretendía* regular. Esta distinción ha sido uno de los focos de debate entre teóricos del derecho, debate que permite reconocer — con sus debidos matices— dos principales posturas antagónicas. Por una parte, aquella adoptada por Navarro a partir del modelo desarrollado por Alchourrón y Bulygin (2015) y obras posteriores, que afirma que es posible diferenciar entre una y otra categoría sin que sea necesario utilizar criterios evaluativos; por la otra, la postura defendida, entre otros, por Ruiz Manero, y analizada críticamente por Navarro, consistente en afirmar que no sería posible distinguir entre lagunas normativas y casos irrelevantes sin acuñar criterios valorativos (Atria, Bulygin *et al.*, 2005, pp.103-126).

Navarro comienza reseñando las posturas de Honoré y Kelsen de acuerdo con las cuales los sistemas jurídicos serían siempre completos, deteniéndose en los cambios en la doctrina de este último autor, motivados principalmente por las críticas que recibió su postulación de que todo sistema jurídico sería un sistema cerrado porque todo aquello que no está prohibido, estaría permitido.<sup>2</sup> Negando la completitud de los sistemas jurídicos, Navarro concluye que

las acciones que no están positivamente reguladas (es decir, aquellas que el derecho permitiría negativamente) son prácticamente innumerables y su relevancia jurídica depende de factores heterogéneos. Por esa razón, sería mejor rechazar que el derecho regula aquellas conductas que simplemente no ha

---

2 Véase nota 9.

prohibido y elaborar una tipología más fina de los casos que el derecho no regula. (Navarro, 2022,p. 146)

La tipología consiste, justamente, en la distinción entre lagunas normativas y casos irrelevantes. Y si bien Navarro adopta una concepción objetiva de las lagunas normativas (cuya nota distintiva sería que es posible reconocerlas sin la necesidad de adoptar criterios valorativos), similar a la defendida por Alchourrón y Bulygin, se aleja de ambos autores al no aceptar que, respecto de *todos* los casos que no se encuentran regulados por el sistema jurídico (tanto lagunas normativas como casos irrelevantes), el órgano aplicador de derecho tendría discreción para resolverlos en el caso de llegar a conocer de ellos. Esto, pues favorece la respuesta dada por quienes defienden la concepción evaluativa de las lagunas normativas para los casos irrelevantes: lo que corresponde hacer al órgano aplicador, en caso de conocer de un conflicto referido a un caso irrelevante, es rechazar la demanda.

El presente comentario se centrará en este último punto y la respuesta favorecida por Navarro, que parece ser más cercana a las intuiciones generales referidas a los sistemas jurídicos modernos. Para ello, se analizará la categoría de casos irrelevantes a partir de la tipología de posiciones jurídicas elaborada por Hohfeld enfocándose, en la primera parte, en la posición de “privilegio” (o “libertad”) como aquella detentada por las personas cuya conducta se encuentra en aquel “espacio libre de derecho”. La segunda parte estará dedicada a examinar —a partir de las posiciones jurídicas hohfeldianas de segundo orden— la intuición favorable a que lo que corresponde hacer al órgano aplicador que llegara a conocer de un conflicto —referido a sendas posiciones de privilegio y no-derecho detentadas por las partes—, es rechazar la demanda. En este punto se defenderá que la discusión al respecto ha errado el punto al no distinguir suficientemente entre posiciones de primer orden (cuya concurrencia depende de reglas primarias o “regulativas”) y de segundo orden (dependientes de reglas secundarias o “constitutivas”). Semejante reconstrucción del problema permitirá aclarar qué se sigue de la conclusión —correcta, a mi parecer— de que la cuestión acerca de los “casos irrelevantes” es una externa al sistema jurídico, a partir de la distinción entre dos conceptos de sistema normativo. En tanto clase

nominal, cuyo contenido es determinado de forma puramente negativa, la determinación de un catálogo de casos que caerían bajo la categoría de “casos irrelevantes” es una tarea que carece de significación.

Así, el que el debate sobre qué ha de hacer un juez que conoce de un “caso irrelevante” haya girado en torno a la caracterización de la función judicial muestra cómo el interés está puesto en la pregunta acerca de la mejor reconstrucción del diseño político-institucional de los sistemas jurídicos. La categoría de lagunas normativas, por su parte, es una que cobra relevancia (nuevamente estando acá de acuerdo con Navarro) como un verdadero problema de aplicación del derecho, interno al sistema jurídico.

### **1. Casos irrelevantes como privilegios bilaterales débiles**

La primera dificultad evidente con la que se enfrenta un análisis de aquellas conductas que se encuentran fuera del ámbito de alcance del sistema jurídico, está en el hecho de que la única forma de identificar conductas jurídicamente irrelevantes es determinando el catálogo de conductas relevantes.<sup>3</sup> Si bien se volverá sobre las implicancias de esto más adelante, por ahora se analizará un caso mencionado por Navarro y originalmente planteado por Atria en el libro *Lagunas en el derecho* (Atria *et al.*, 2005, p. 17). Se trata de cónyuges que desean pasar las vacaciones juntos, mas cada uno desea pasarla en un lugar distinto, teniendo ambos la pretensión de que el otro se pliegue a su voluntad y vaya a vacacionar al lugar de preferencia propia. A lo anterior se añade la aclaración de que se trata de un caso que se encuentra fuera del ámbito de regulación del sistema jurídico en cuestión (el ordenamiento jurídico escocés, en el ejemplo). La intuición que explora Atria al plantear este caso es aquella que considera que, dentro del sistema jurídico, cada sujeto *puede* elegir vacacionar donde le plazca sin poder forzar a otros a que se sometan a su voluntad de vacacionar en el lugar elegido por el primero. Más aún, de existir un conflicto de intereses tal y como sucede en el caso de la pareja, y de llegar ese conflicto al conocimiento de un tribunal (porque uno de ellos demanda al otro bajo la

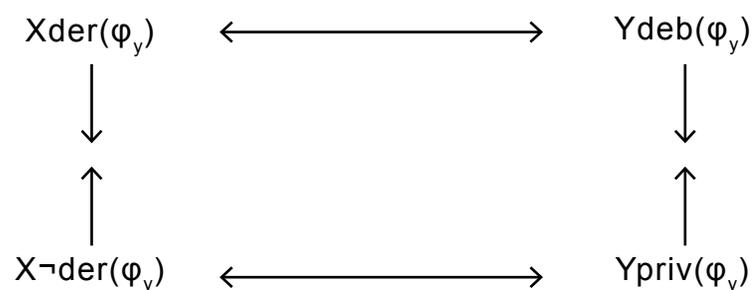
---

3 *Infra*, sección 3.

pretensión de que se declare el deber de este último de vacacionar donde elija el primero), lo que corresponde hacer al tribunal es rechazar la demanda (Atria *et al.*, 2005, pp. 21, 51 y 124).

Ahora bien, nótese que del hecho de que cada uno pueda decidir dónde vacacionar no se sigue necesariamente que cada uno detente un derecho a tomar dicha decisión. Pues tal y como lo hiciera notar Westley Newcomb Hohfeld en sendas contribuciones, el concepto de “derecho”, tal y como suele ser utilizado por juristas para referirse a posiciones jurídicas detentadas por titulares, adolece de ambigüedad. En su análisis de los diversos sentidos dados por parte de los operadores jurídicos a dicho término, Hohfeld formula ocho conceptos jurídicos básicos ordenados en dos grupos de cuatro conceptos cada uno; cada grupo ordenado en pares de conceptos según sus relaciones de equivalencia (“correlativos”) y contradicción (“opuestos”) (Hurd y Moore, 2018, pp. 304-305). Cada uno de los conceptos del esquema hohfeldiano da cuenta de una posición jurídica detentada por un titular relacionada con un contenido determinado, posición cuya negación implica la afirmación de que el mismo titular detenta la posición opuesta. Por ejemplo, y utilizando el primer grupo de conceptos, si X tiene un derecho (der) a que Y ejecute la conducta  $\varphi$  ( $\varphi_y$ ), entonces la negación de que X detenta esa posición sería que X tiene un no-derecho ( $\neg$ der) a que Y ejecute  $\varphi$ . A su vez, la posición de derecho detentada por X resulta equivalente a una posición de deber (deb) correlativa detentada por Y. La posición de no-derecho de X, por último, tiene como correlativa la posición de privilegio (priv) de Y.

Entendidas así, las relaciones entre cada una de las primeras cuatro posiciones se pueden esquematizar de la siguiente forma:



Destáquese que, en el primer grupo de posiciones analizadas por Hohfeld, el contenido que las complementa se corresponde con una conducta (Orunesu

y Rodríguez, 2018, pp. 6; Hohfeld, 1919, pp. 30 y ss.).<sup>4</sup> De esto se sigue que la clase de reglas dentro del sistema jurídico, que determinan que un sujeto detente alguna de dichas posiciones, se corresponde con la clase de “reglas regulativas” en el sentido de reglas que modulan deónticamente una clase de conducta cuya estructura, siguiendo a Vilajosana, sería la de un supuesto de hecho correlacionado con una calificación normativa (Vilajosana, 2010, pp. 23-24).<sup>5</sup> En este sentido, la afirmación de que bajo el ordenamiento jurídico  $\alpha$ , Y tiene un deber de ejecutar A respecto de X implica afirmar que existe una regla regulativa cuyo supuesto de hecho describe un caso genérico que se ve ejemplificado por las circunstancias específicas en las que se encuentra Y (caso específico) tal que le está requerido ejecutar A respecto de X.

Un ejemplo se encuentra en el artículo 224 del Código Civil chileno, que establece el mandato de otorgar cuidado personal al hijo para ambos padres o para el padre o la madre sobreviviente. De dicho mandato se siguen sendos deberes para los padres, de otorgar cuidado personal, y sendos derechos del hijo, de que cada uno le otorgue cuidado personal.<sup>6</sup> Ahora bien, resulta importante anotar que la clase de reglas regulativas que fundamentan la existencia de un deber (y su derecho correlativo) son sólo aquellas cuyo operador deóntico sea obligatorio (requerido) o prohibido. Ello, porque las reglas permisivas no tienen incidencia autónoma en las conductas de los sujetos,<sup>7</sup> pues “frente a un permiso, el destinatario de las normas no encuentra diferencias en sus restricciones normativas (o en sus razones para actuar)” (Navarro, 2011, p. 111), lo que significa que no es

---

4 Si bien en la terminología de “Sistemas normativos” que Navarro hace suya el término que correspondería usar sería el de “acción” genérica (Alchourrón y Bulygin, 2015, pp. 57-58), se ha optado por utilizar el término “conducta”, que resulta más amplio pues comprende tanto acciones como actividades. Acerca de la distinción véase Von Wright (1963, p. 41).

5 En términos del modelo desarrollado en *Sistemas normativos...*, se trata de la correlación de “casos genéricos” con “soluciones normativas” (Alchourrón y Bulygin, 2015, pp. 65-67).

6 Si bien el ejemplo paradigmático de reglas regulativas pareciera ser el conjunto de normas de comportamiento a las que refieren las normas de sanción penal, con el ejemplo propuesto se busca evitar entrar en el debate acerca de quién sería el titular del derecho correlativo al deber de ejecutar u omitir las conductas requeridas o prohibidas por la primera clase de normas. Una crítica a la concepción de que las normas de comportamiento fundamentarían relaciones jurídicas entre particulares (estableciendo deberes para sus destinatarios y derechos correlativos para las eventuales víctimas) se encuentra en Mañalich (2014, pp. 500 y ss.), quien afirma que el derecho correlativo al deber de los destinatarios de la norma de comportamiento quedaría radicado en el Estado, en tanto es con respecto a éste que el destinatario de la norma queda vinculado.

7 Esto no implica favorecer una tesis acerca de la falta de autonomía de las normas permisivas entendida como la afirmación de que todo lo que puede lograrse a través de normas permisivas puede hacerse a través de normas de requerimiento o prohibición. Al respecto Navarro (2011, pp. 114-117).

posible fundamentar deberes de conducta a partir de (únicamente) reglas permisivas (y, por ello, en tanto posición correlativa a la posición de deber, tampoco son susceptibles de fundamentar derechos).

Las posiciones fundamentadas por normas permisivas se corresponden con el segundo par de posiciones correlativas pertenecientes al primer grupo, a saber, las de privilegio y no-derecho. Mas, como lo hicieran notar Alchourrón y Bulygin (2015, pp. 171-174), en el plano de las proposiciones normativas, la expresión “permitido” es ambigua, pues puede estar refiriéndose a una permisión fuerte —entendida como una norma perteneciente al sistema jurídico que permite la conducta en cuestión— o a una permisión débil —entendiéndose como la ausencia en el sistema jurídico de una norma que prohíba la conducta en cuestión— (Rodríguez, 1999, p. 351).<sup>8</sup>

Así, y de acuerdo con lo propuesto por Orunesu y Rodríguez (2018, pp. 15-16, utilizando el concepto de “libertad” para la posición jurídica acá denominada “privilegio”), existen cuatro posibles nociones de la posición de privilegio en la que se puede encontrar un sujeto: según si al sistema jurídico pertenecen sendas permisiones fuertes para la ejecución y omisión de una conducta (privilegio bilateral positivo), sendas permisiones débiles para la ejecución y omisión de una conducta (privilegio bilateral negativo), una permisión fuerte para la ejecución de una conducta (privilegio unilateral positivo) o una permisión débil referida a la ejecución de una conducta (privilegio unilateral negativo). Lo anterior se expresa en la siguiente tabla, en la que Pf expresa permisión fuerte, Pd expresa permisión débil y  $\varphi$  expresa la conducta:

<sup>8</sup> En este punto, la propuesta acá planteada se separa de Navarro (2022, pp. 152-153) en el sentido de que el rango de significación de la expresión “débilmente permitido” se extiende también a conductas que se encuentran fuera de la esfera normativa. Si bien, efectivamente, al tratarse de contextos discursivos diferentes (uno externo al sistema jurídico y el otro interno al sistema jurídico), la proposición normativa “ $\varphi$  se encuentra débilmente permitido”, en tanto afirmación de que no pertenece al sistema norma alguna que prohíba  $\varphi$  predicada sin distinguir tanto de conductas irrelevantes como de conductas relevantes no-prohibidas por el sistema jurídico, pareciera difuminar la distinción, se seguirá utilizando el concepto de permisión débil por ahora pues facilita el análisis a partir de posiciones hohfeldianas primarias. Como se verá más abajo (*infra*, III.), el que referirse a un estatus normativo de conductas no reguladas (como débilmente “permitidas”) parezca “una violación de los límites del lenguaje normativo” (Atria *et al.*, 2005, p. 118) es el resultado de una confusión de los planos de la discusión referida a los límites del derecho con aquella referida a un problema jurídico determinado que se pretenda resolver.

Privilegio	Unilateral	Bilateral
Positivo	$Pf \varphi$ – Caso A	$Pf \varphi \wedge Pf \neg\varphi$ – Caso B
Negativo	$Pd \varphi$ – Caso C	$Pd \varphi \wedge Pd \neg\varphi$ – Caso D

En los casos A y B, el sistema jurídico contiene permisiones fuertes.<sup>9</sup> En el caso A, sólo una norma que permite una conducta pertenece al sistema jurídico, en el caso B, sendas normas que permiten, tanto una conducta como su omisión, pertenecen al sistema jurídico. Considerando la incapacidad de las normas permisivas para fungir autónomamente como razón para la acción (Atienza y Ruiz Manero, 2016, p. 115-119), cabría preguntarse qué sentido tiene la incorporación de semejantes normas al sistema jurídico. Una opción es la propuesta por Mañalich (2014, p. 489-492), quien afirma que las normas permisivas tendrían una función excluyente propia de su dependencia pragmática de normas prohibitivas, que sería “privar de pertinencia a una o más normas de prohibición en tanto razones para la omisión de acciones de cierta clase”. Por ejemplo, la regulación de la legítima defensa como causa de justificación, en tanto norma permisiva, limita el ámbito de aplicación de normas prohibitivas para casos en los que una conducta sea subsumible bajo la descripción del tipo de acción contenida en alguna de estas últimas y en la descripción del tipo de acción contenida en la primera. Ya que, en ese caso, la o las normas permisivas funcionan como excepción para la aplicación de normas prohibitivas, no se estaría acá ante casos de irrelevancia normativa (pues la conducta se encuentra, por regla general, prohibida por el sistema jurídico).

Una segunda opción sería entender la incorporación de una norma permisiva como una forma de clausura del sistema de reglas regulativas. Ahora bien, las reglas de clausura operan como reglas de segundo orden que se pueden emplear “solo una vez que se han identificado casos que carecen de solución en el sistema normativo” (Navarro, 2011, p. 115), siendo su función, precisamente, la de clausurar el sistema dando solución a todos aquellos casos que carecen de solución. En ese sentido, no contendrían la descripción de una conducta genérica, sino que referirían a todas aquellas conductas genéricas que *no* se encuentren requeridas o prohibidas por

9 Nótese que se está hablando acá en el plano de las proposiciones normativas y no de normas. Acerca de la distinción y, particularmente la distinta pretensión de cada discurso, véase Rodríguez (2015, pp. 12-14).

otras normas pertenecientes al sistema. Precisamente, en tanto reglas que clausuran el sistema jurídico, si este cuenta con una regla semejante no habrá casos irrelevantes (como tampoco lagunas normativas).<sup>10</sup>

Por cierto, no puede descartarse la posibilidad de que el sistema en cuestión cuente con una o sendas reglas permisivas que no tengan función excluyente ni operen como reglas de clausura. Se trataría de un caso pragmáticamente anómalo, en el que el sistema jurídico simplemente contendría una o sendas permisiones de ejecutar y omitir  $\varphi$ .<sup>11</sup> Esta anomalía pragmática, sumada a la consideración (igualmente pragmática) de que el legislador se “tomó la molestia” de mencionar  $\varphi$ , a pesar de haberlo hecho en una norma que no provee de razón alguna para su ejecución u omisión, tanto A como B se descartarán como hipótesis de “casos irrelevantes”.<sup>12</sup>

En cuanto a los casos C y D, véase que para poder distinguir entre ellos será necesario que la omisión de  $\varphi$  se encuentre prohibida por el sistema jurídico en cuestión ( $Pd \varphi \wedge Ph \neg\varphi$ ) o que la omisión de  $\varphi$  esté expresamente permitida ( $Pd \varphi \wedge Pf \neg\varphi$ ). Este último caso resultaría similar al caso A, donde la permisión fuerte no tuviera una función excluyente de normas prohibitivas ni hiciera las veces de regla de clausura (con la diferencia de que el legislador en este caso se “tomó la molestia” de mencionar la omisión de  $\varphi$  en lugar de su ejecución), por lo que se descartará igualmente.<sup>13</sup>

10 Caso en el que el sistema en cuestión sería completo. Entre aquellos que defienden la completitud de los sistemas normativos están Kelsen y Raz. Respecto del primero y críticamente véase Alchourrón y Bulygin (2015, pp. 184-190). Raz, por su parte, plantea una idea que podría llegar a interpretarse como similar a la de Kelsen (1979, pp. 70-72). Para un análisis de dos posibles interpretaciones del postulado de Raz, véase Navarro y Rodríguez (2014, pp. 162-166) quienes critican —en concordancia con lo que fuera una de las más relevantes críticas presentadas por Alchourrón y Bulygin a Kelsen— a Raz por confundir los conceptos de norma y proposición normativa.

11 Su irrelevancia pragmática habla a favor de evitar la interpretación de disposiciones que lleguen a la conclusión de que se está ante una o más normas permisivas cuya función no sería más que nominal, en la medida en que exista un compromiso con la máxima de la interpretación útil.

12 Lo peculiar que resulta que el legislador se tome dicha molestia habla a favor de considerar que lo que se presenta como una norma permisiva cuya función no sea la de privar de pertinencia una o más normas prohibitivas sea, en realidad, una norma constitutiva cuya función sea establecer inmunidades fuertes referidas a la conducta, privando de competencia a una o más autoridades para interferir modificando la posición jurídica de privilegio detenida por los sujetos en relación con esa conducta.

13 Véase, Orunesu y Rodríguez (2018, p. 18), quienes en su reconstrucción alternativa de los conceptos jurídicos básicos y en concordancia con Hohfeld detectan que del deber de X respecto de Y de ejecutar una conducta no se sigue la libertad de X para ejecutar dicha conducta, pues ello sólo sería así en un sistema coherente. En clave de normas de conducta (regulativas) esto significa que de  $R \varphi$  no se sigue  $Pd \varphi$ : ( $\neg[R \varphi \rightarrow Pd \varphi]$ ).

Habiéndose descartado los otros casos, resta solo el caso D como el caso en el que sendas permisiones en sentido débil fundamentan una posición de privilegio en el sentido de un caso irrelevante.

## 2. ¿Privilegio bilateral negativo como inmunidad?

El modelo conceptual hasta acá trabajado permite volver al caso originalmente planteado de la pareja, desambiguando en qué consiste la posición de privilegio de cada uno a vacacionar donde se le diera la gana:<sup>14</sup> asumiendo que el sistema jurídico que rige a la pareja es uno que no contiene norma alguna que module la conducta “elegir dónde vacacionar” cabrá sólo reconocer que cada uno se encuentra en una posición de privilegio (bilateral negativo) y en la posición correlativa de no-derecho (Hurd y Moore, 2018, pp. 302-303) para con el otro. Así, cada cónyuge tiene un privilegio de elegir el lugar de su agrado, mientras que el otro tiene el correlativo no-derecho de que el primero no elija el lugar. A su vez, en tanto portadores de estos privilegios, será necesario reconocer que ninguno de los cónyuges detenta un deber de no elegir el lugar que desee. Esto quiere decir que, dentro del sistema, ninguno de los cónyuges tiene el derecho (*claim*) de elegir el lugar de vacaciones, como tampoco tienen el respectivo deber (*duty*) de no elegir el lugar, precisamente porque se está ante un caso respecto del cual no existe norma regulativa perteneciente al sistema jurídico que establezca obligación alguna para alguno o ambos cónyuges referida a la elección del lugar de vacaciones.

Mas, la pregunta que ha motivado un intenso debate con respecto a este caso no es en qué posición se encuentran los cónyuges (si bien, como se verá, esto tiene relevancia para dar con una respuesta satisfactoria), sino qué ha de hacer un juez si uno de los cónyuges decide demandar a otro exigiendo que se declare que es él o ella quien elegirá el lugar donde pasarán las vacaciones. Es en este punto donde el análisis hohfeldiano restringido al primer grupo de posiciones jurídicas es insuficiente. Su insuficiencia descansa en el hecho de que los sistemas jurídicos modernos no se limitan a regular conductas a través de requerimientos y prohibiciones

---

14 Labor que es realizada por también por Ruiz Manero (Atria et al., 2005, p.p. 124-126) y posteriormente por Atria (2005, p. 170).

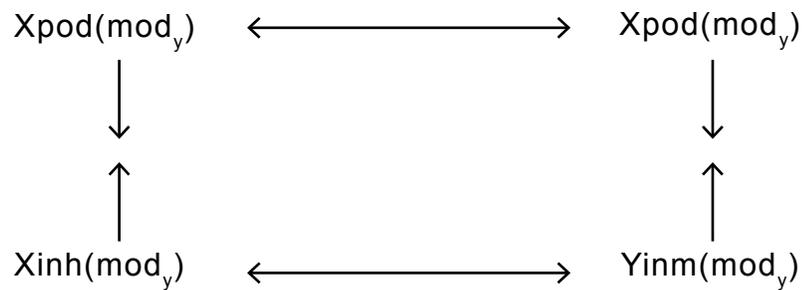
(fundamentando posiciones de derecho y deber), sino que, como desarrollará Hart en su obra *El Concepto de Derecho* con ocasión de su crítica al modelo imperativista, existe otra clase de reglas —secundarias— que, a diferencia de las reglas regulativas —primarias—, no imponen deberes, sino que “especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible” (Hart, 1961, pp. 117).

Las reglas secundarias, a diferencia de las primarias, no se corresponden con reglas regulativas sino con reglas constitutivas. Siguiendo con la caracterización de Vilajosana a partir de la propuesta de Searle, se trata de reglas que no califican deónticamente conductas y, en ese sentido, su establecimiento no busca dirigir las conductas de los sujetos mediante prohibiciones o requerimientos, sino que su función consiste en atribuir “a un determinado supuesto de hecho una determinada propiedad institucional” (Vilajosana, 2010, pp. 23).<sup>15</sup>

El segundo grupo de posiciones hohfeldianas encuentra su fundamento en las reglas secundarias, particularmente, aquellas que otorgan poderes (pod) públicos o privados a determinados sujetos para modificar la posición jurídica —tanto del primer como del segundo grupo— de quienes se encuentren en la posición de sujeción (suj) correlativa (Arriagada, 2018, p. 9). Los opuestos de cada una de estas posiciones consisten en inhabilidad (inh) (“incompetencia” en los términos de Arriagada) e inmunidad (inm) respectivamente. Así, tal y como sucede con la primera familia de posiciones, es posible esquematizar la segunda familia de la siguiente forma, donde por “mod<sub>y</sub>” deberá entenderse la modificación de la posición detentada por Y:

---

15 Esto supone una toma de posición a favor de no difuminar la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Tal y como reconocen Orunesu y Rodríguez (2018, p. 10), ha existido un profundo desacuerdo a lo largo de la tradición jurídica acerca de la naturaleza de las normas que confieren potestades. Y si bien Hart demostró con suficiente solidez que las teorías imperativistas del derecho resultaban inevitablemente reduccionistas en tanto forma de comprensión de los sistemas jurídicos modernos, la discusión acerca de la naturaleza de las normas que otorgan potestades (regulativas, constitutivas o mixtas) es una que se mantuvo vigente aún después de la contribución de Hart, centrándose en la oposición entre quienes afirmaban su naturaleza mixta (regulativa y constitutiva) y quienes afirmaban la incompatibilidad entre ambas categorías. Por razones de espacio, no es posible acá entrar de lleno en el debate, pero, y a modo de adelanto, cabe afirmar —con Raz, Alchourrón y Bulygin— que existen buenas razones para trabajar con categorías excluyentes, lo que permitirá distinguir de forma clara no sólo entre ambas familias de posiciones hohfeldianas, sino también comprender las relaciones entre ambas. Véase Raz (MacCormick y Raz, 1972, p.p. 87-92). Raz, contra la propuesta de MacCormick, que afirma que todas las normas que confieren poderes también imponen deberes, argumenta a favor de una doctrina de individuación de normas que permita mantener la distinción entre normas que establecen deberes (D-laws) y normas que confieren poderes (P-laws). Una reseña de la evolución de los argumentos de Alchourrón y Bulygin se encuentra en Orunesu y Rodríguez (2018, pp. 9-12).



Es importante reparar en que, tal como ha notado Arriagada (2020, pp. 22-27), y de forma similar a lo que ocurre con la posición de privilegio dada la ambigüedad de la proposición normativa “permitido  $\phi$ ”, una posición de inmunidad de Y puede deberse al hecho de que el sistema jurídico contiene una norma que instituye una incompetencia de X con respecto a Y (“inmunidad fuerte”) o puede deberse al hecho de que no existe en el sistema jurídico norma alguna que establezca un poder de X respecto de Y (“inmunidad débil”).

Para responder a la pregunta acerca de qué es lo que le corresponde hacer al juez ante una demanda de alguno de los cónyuges, entonces, será necesario aclarar qué posición tiene el primero en relación con los segundos, lo que dependerá, a su vez, de las reglas que establezcan las potestades (poderes) del juez de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento. Pero no es sólo la posición del juez la que determinará cómo ha de resolverse el conflicto. A partir de la teoría de Raz (1979, p. 97-102), en tanto sistemas abiertos, los sistemas jurídicos admiten la posibilidad de adoptar normas ajenas al sí, posibilidad dada precisamente por normas secundarias que, en el caso del derecho de contratos, por ejemplo, otorgan poderes a los particulares para modificar sus posiciones jurídicas por la vía de establecer reglas que fundamentan derechos y obligaciones entre las partes. De esta forma, la posición de privilegio y su correlativo no-derecho en la que se encuentra cada cónyuge podrían ser alteradas en la medida en que celebren un contrato válido en el que se establezca el derecho de uno de elegir dónde pasarán las vacaciones y el correlativo deber del otro de que el primero decida.

Para que lo anterior sea posible, deberá poderse constatar que existen reglas pertenecientes al sistema jurídico que establecen las condiciones que deben cumplirse para que el pacto entre ambos sea reconocido como

un contrato válido. En sistemas jurídicos modernos, esto suele hacerse a través de un complejo entramado de reglas constitutivas cuyo conjunto otorga el poder a particulares para modificar sus posiciones. Así,

hay reglas relativas a la *capacidad* o condición personal mínima (como ser mayor de edad y cuerdo) que deben tener aquellos que ejerciten dicha potestad. Otras reglas detallan la forma y manera en que la potestad ha de ser ejercida, y determinan si los testamentos o los contratos pueden ser hechos verbalmente o por escrito, y en este último caso, cómo han de ser realizados y autenticados. Otras reglas delimitan la variedad, o el plazo máximo o mínimo de duración, de las estructuras de derechos y deberes que los individuos pueden crear mediante tales actos jurídicos. (Hart, 1961, p. 36) [Énfasis en el original]

En el caso de que los cónyuges cumplan con los requisitos para el ejercicio de la potestad de modificación de sus posiciones jurídicas desde el par privilegio/no-derecho a derecho/deber, tales nuevas posiciones serán reconocidas por el derecho, por regla general, a través del establecimiento de ulteriores reglas que instaurarán, cumpliéndose las condiciones en ellas estipuladas, nuevos poderes y sus correspondientes posiciones de sujeción. En caso de incumplimiento del deudor de una obligación de hacer (como en el caso analizado) y de acuerdo con lo establecido en el título XII del Código Civil chileno, el acreedor tendrá la potestad de solicitar ante tribunales, junto con la indemnización de la mora, (1) que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; (2) que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; o (3) que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato (art. 1553). De esta forma, ante el incumplimiento contractual, el sistema jurídico chileno otorga el poder procesal al acreedor de modificar la posición jurídica detentada por el tribunal de inhabilidad a poder, específicamente, a una posición de competencia para conocer y decidir el asunto. Semejante competencia, ahora detentada por el juez, es la de modificar la posición jurídica del deudor de una de inmunidad a una de sujeción a la condena judicial (a alguna de las opciones descritas en el art. 1553).<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Habría que mencionar, además, la existencia de reglas regulativas que establecen la prohibición de desacatar aquello ordenado a cumplir en la sentencia (e. g. la que se deriva del art. 240 Código de

Así, si el cónyuge deudor (C1) se niega a someterse a la voluntad del cónyuge acreedor (C2) de pasar las vacaciones en Francia, C1 infringe un deber extrajurídico que, dado el reconocimiento por parte del sistema jurídico en cuestión del contrato entre ambos cónyuges, funge como una de las condiciones para la modificación de la posición secundaria del cónyuge acreedor desde inhabilidad a poder. El incumplimiento de C1 condiciona entonces que C2 detente ahora una posición de poder referida a la modificación de la posición jurídica secundaria de un juez por la vía de presentar una demanda: el incumplimiento de una obligación contractual es uno de los requisitos establecidos en el sistema jurídico chileno para que la solicitud de cumplimiento forzado por parte del acreedor sea válida y una solicitud válida de cumplimiento forzado es, a su vez, uno de los requisitos establecidos para que el juez ordene el cumplimiento forzado.

El poder detentado por C2 consistirá, entonces, en modificar la posición del juez desde la incompetencia (en tanto clase de inhabilidad) en la que se encontraba para conocer del asunto, a la de competencia (en tanto clase de poder) para conocer del asunto, mediante la interposición de una demanda. Y la competencia del juez para conocer del asunto tiene como correlativo la sujeción de C1 a que se suprima su derecho a no ser apremiado a cumplir el contrato por él celebrado,<sup>17</sup> por la vía de una sentencia.

Como se puede observar a partir de esta cadena de posiciones jurídicas que se ven modificadas, la pregunta acerca de qué debe hacer un juez si un asunto tal fuera puesto en su conocimiento es una que no admite ser respondida sin que se tenga a la vista el entramado de reglas que instauran su competencia para decidir. Y no sólo aquello, en el caso de ordenamientos jurídicos que otorguen poderes a particulares para modificar sus posiciones jurídicas por la vía de obligarse mediante declaraciones de voluntad, será importante verificar si ello se ha llevado válidamente a cabo.

Un contrato entre cónyuges, que establezca el deber de uno de ellos de que el otro elija dónde pasarán las vacaciones, podría ser considerado

---

Procedimiento Civil chileno).

17 Derecho que se suele seguir en sistemas jurídicos modernos de normas que prohíben la *vis absoluta* y *vis compulsiva*. En el caso del derecho chileno, una detención del cónyuge deudor con la finalidad de apremiarlo podría llegar a ejemplificar una conducta constitutiva de secuestro o de detención ilegal llevada a cabo por un funcionario público según las circunstancias del caso (arts. 141 y ss. y 148 y ss. del Código Penal chileno).

como uno que establece una limitación tal al libre desplazamiento del cónyuge obligado<sup>18</sup> que no cumpliría con el requisito de validez de poseer objeto lícito, pues contravendría el derecho público chileno (art. 1462 CC) y sería, por ello, nulo. Esto implicaría que cada cónyuge se encuentra en una posición de inhabilidad con respecto a la modificación de su posición de privilegio referida a la elección del lugar donde pasará las vacaciones. Ahora bien, de las sendas inhabilidades detentadas por cada uno de los cónyuges todavía nada se sigue acerca de la posición secundaria del juez: si tiene una inhabilidad o un poder para modificar las posiciones de los cónyuges estableciendo el derecho de uno de elegir dónde vacacionar y, a su vez, el correlativo deber del otro de someterse a la voluntad del primero.

Para determinar esto último, es necesario ahora tener a la vista las reglas constitutivas que instauran la competencia del juez, determinando si tiene o no competencia para modificar la posición jurídica de privilegio bilateral negativo de los sujetos, ya sea de oficio o a petición de parte, en caso de la ausencia de un contrato válido entre las partes. Es a través de este análisis que se puede responder a la pregunta acerca de si el juez tiene discrecionalidad a la hora de decidir conociendo de la demanda de alguno de los cónyuges —como plantea Bulygin— o si el juez “debe” rechazar la demanda. Esto último entre comillas porque que se trate de una cuestión que se resuelve a nivel de reglas constitutivas significa que resulta impropio afirmar que el juez tiene un *deber* de rechazar la demanda. Lo que se intenta resolver acá es si el juez tiene o no competencia para decidir el asunto modificando las posiciones jurídicas de los cónyuges, cuestión que requiere que se analice un complejo entramado de reglas constitutivas a partir de las cuales se defina si es competente o incompetente y, de ser competente, cuáles son los límites (si los hubiere) del contenido de su decisión para que ésta sea válida.<sup>19</sup> Esto es lo que nota Hart cuando afirma que, de entre la variedad de cláusulas contenidas en leyes que establecen constitución y funcionamiento normal de un tribunal

[p]ocas de ellas parecen ser a primera vista órdenes dadas al juez

---

18 Entendido como derecho colectivo irrenunciable dentro del sistema en los términos propuestos por Kramer (1998, pp. 56-60).

19 Esto llega a ser oblicuamente reconocido por Atria cuando afirma que las razones para justificar que el juez rechace la demanda son “propriadamente institucionales”, deteniéndose “especialmente en el caso de la demanda presentada ante un tribunal incompetente” (Atria et al., 2005, p. 59).

para que haga o se abstenga de hacer algo; porque si bien no hay razones, por supuesto, para que el derecho, mediante reglas especiales, no prohíba a los jueces, bajo una pena, excederse en la jurisdicción o decidir un caso en el que tengan interés patrimonial, estas reglas que impondrían tales deberes jurídicos serían adicionales a las que confieren potestades judiciales a los jueces y definen su jurisdicción. (1961, p. 37)

Un ejemplo de aquellas “reglas especiales” en el derecho chileno son las que prohíben la prevaricación, prohibición reforzada por normas de sanción penal (arts. 223 y ss.), como también aquellas establecidas en el auto acordado de la Corte Suprema sobre principios de ética judicial y comisión de ética (Corte Suprema, 2007). Hart (1986) está en lo correcto al constatar que la regla general, en cuanto al funcionamiento de un tribunal, es que éste esté definido a través de reglas constitutivas y que las reglas regulativas que limiten el comportamiento que ha de tener complementen las reglas anteriores, tendencia que no es exclusiva del sistema jurídico vigente en Chile, sino que es reconocible en la generalidad de los sistemas jurídicos modernos. Como advierte Raz, esto no se da por razón lógica alguna, sino por la falta de conveniencia práctica de establecer parámetros de actuación de jueces únicamente mediante reglas regulativas. La razón tras esto se encuentra en que en las comunidades “se acepta que las personas en estos cargos necesiten de una relativa inmunidad por las consecuencias de errores de juicio, así como de acusaciones temerarias, maliciosas o triviales por el mal uso de sus facultades” (Raz, 1986, p. 186).

Es por ello que al analizar lo que corresponde o no hacer al juez restringiendo el análisis al subsistema de reglas regulativas, la discusión referida a los casos no-regulados y los límites del derecho pierde de vista un ámbito importante que caracteriza a los sistemas jurídicos modernos y que permite entender de mejor manera que “no solo parece inapropiado exigir una autorización jurídica expresa para que esas conductas [no reguladas] puedan ser libremente realizadas por los individuos, sino que también resulta extraño sostener que los jueces pueden discrecionalmente disponer de esa esfera extranormativa” (Navarro, 2022, p. 140). Que sistemas de reglas regulativas no se encuentren clausurados nada dice acerca de si sistemas de reglas constitutivas también lo están, pues de la

ausencia de una regla de clausura en los primeros no se sigue la ausencia o presencia de una regla de clausura en los segundos. Al afirmar que el juez debe rechazar la demanda en un caso como el de la pareja que no se pone de acuerdo acerca del lugar donde pasarán las vacaciones, Atria y Ruiz Manero parecen justamente suponer la clausura del sistema de reglas de competencia judicial (utilizando impropriamente el lenguaje de los deberes); específicamente, parecen estar suponiendo la existencia de una regla de clausura residual que establezca que toda autoridad judicial, cuya competencia no se encuentre expresamente instituida en relación con uno o más individuos, será incompetente frente a éstos,<sup>20</sup> regla cuya pertenencia al sistema jurídico es contingente.

Así, no hay razones lógicas para negar que un sistema jurídico que a nivel de su subsistema de reglas regulativas no se encuentre clausurado, sí lo esté a nivel de su subsistema de reglas constitutivas, estableciendo que los jueces son incompetentes para conocer de aquello respecto de lo que no se establece explícitamente su competencia (eliminando toda inmunidad débil e instaurando inmunidades fuertes respecto de todo aquello que no se encuentre regulado). En un sistema tal, efectivamente “[s]i no existe ninguna regla que se refiera a las bicicletas en el parque, entonces Dworkin no puede ser multado por un órgano aplicador del derecho si anda en bicicleta por el parque” (Atria *et al.*, 2005, p. 22), ya no porque el órgano aplicador tendría *prohibida* la aplicación de esa multa, sino más bien porque sería incompetente para aplicarla, teniendo Dworkin una inmunidad (fuerte). Así,

Cualquier acto normativo dirigido a modificar los estatus normativos de los individuos que no están expresamente sujetos a la competencia de las autoridades constituidas sería inválido en virtud de la regla que clausuraría el sistema instituyendo la incompetencia de tales autoridades y la inmunidad correlativa de los individuos (Arriagada, 2021, p. 11).

---

20 Que no es más que la reformulación de la regla de clausura residual que propone Arriagada (2021, p. 10): “todo individuo cuyo estatus normativo no está expresamente sujeto a la competencia de una autoridad constituida por la autoridad constituyente, tiene una inmunidad frente a la autoridad constituida” al aclarar las distintas interpretaciones que admite dicho enunciado dependiendo de si se trata de una proposición normativa (en cuyo caso puede ser contingente si se refiere a la existencia de una norma que establezca la incompetencia de la autoridad —inmunidad fuerte— o tautológica si se refiere a la inexistencia de una norma que establezca la competencia de la autoridad) o de una norma (cuya pertenencia al sistema jurídico es contingente).

Es igualmente posible que una regla de clausura establezca que los jueces son competentes para conocer de aquello respecto de lo que no se establece explícitamente su incompetencia (eliminando toda inmunidad débil e instaurando sujeciones respecto de todo aquello que no se encuentre regulado). Mientras el primer sistema cerrado de reglas secundarias parece ser aquel que se recoge en la intuición de que sistemas jurídicos liberales modernos dejan un espacio “libre de derecho” tanto en el sentido de la calificación deóntica de conductas como en el de inmunidad (fuerte) ante una posible modificación de esa calificación por parte de la autoridad judicial, el segundo, en cambio, admite dicho espacio a nivel del subsistema de reglas regulativas, mas —al contener un subsistema cerrado de reglas secundarias de competencia de la autoridad judicial— quienes detentan posiciones de privilegios negativos bilaterales detentarán igualmente la posición de sujeción a la competencia de la autoridad judicial, la que será competente para modificar esa posición de privilegio.

Tal como sucede en el caso del poder legislativo, que suele tener potestades constitucionalmente instituidas para modificar posiciones deónticas de los súbditos por la vía de instaurar nuevas reglas regulativas referidas a conductas cuya ejecución u omisión no se encontraba de forma previa deónticamente modulada por regla alguna perteneciente al sistema; en este segundo sistema el poder judicial tendría una potestad similar para alterar el estatus normativo de los sujetos (no a nivel general, como el legislador, pero sí a nivel particular) ante cualquier conflicto de intereses puesto en su conocimiento. A pesar de que en este caso todavía es posible reconocer que existirían conductas que se encuentran fuera de los límites del derecho, la especial volatibilidad con la que éstas podrían pasar a formar parte del sistema jurídico, mediante la modificación de la calificación jurídica de esa conducta con respecto a un individuo que pasa, por ello, a detentar un deber o un derecho, no sólo hace que se trate de un sistema contraintuitivo, sino de uno con una “vocación expansiva” que parece desafiar, en la práctica, la existencia misma de ese espacio libre de derecho (Atria *et al.*, 2005, p. 53),<sup>21</sup> en especial cuando el sistema jurídico otorga potestades a particulares para

---

21 Sistemas jurídicos propios de Estados totalitarios, que se caracterizan precisamente por reducir al mínimo aquel “espacio libre de derecho” son precisamente sistemas que, además contener un extendido catálogo de reglas regulativas que prohíben o requieren conductas, incluyen reglas secundarias que instauran amplias potestades para que sus autoridades modifiquen las posiciones jurídicas de los súbditos a su arbitrio.

modificar sus posiciones deónticas como ocurre en el derecho de contratos, pues ¿cuál sería el sentido de conceder a los particulares esas facultades si de todas formas los jueces tienen la competencia para cambiar esas posiciones a su arbitrio?

Lo anterior muestra la importancia que tiene no restringir el análisis al subsistema de reglas regulativas para el estudio de los límites de los sistemas jurídicos. Más aún, ya que la pertenencia o no de una regla de clausura es una cuestión contingente, la pregunta acerca del carácter de un sistema jurídico en particular requerirá no sólo que se determine si pertenece al sistema una regla regulativa de clausura residual, sino también se deberá determinar si pertenece al sistema una regla constitutiva de clausura residual que elimine toda inmunidad débil ya sea por la vía de establecer posiciones de inmunidad fuerte o de sujeción. Esta última será una ardua tarea pues, a diferencia del establecimiento de posiciones jurídicas primarias, para lo que podrá bastar con una regla que establezca la prohibición de ejecución u omisión de una conducta, el establecimiento de posiciones jurídicas secundarias requerirá de un entramado de reglas secundarias de diversas clases.<sup>22</sup> En efecto, la regla general no será “una regla: un poder”; los poderes son conferidos a partir de un conjunto de reglas secundarias (piénsese en la cantidad de reglas de las que depende que una persona tenga poder para contratar o para casarse).<sup>23</sup>

Sólo a partir de un acabado estudio de estos subsistemas de poderes detentados por diversas autoridades en referencia a un sistema jurídico específico será posible responder de forma más acabada a la pregunta acerca de sus límites.

---

22 En este sentido, que la determinación de posiciones de deber y derecho correlativas resulte relativamente más simple que la determinación de posiciones de poder y sujeción correlativas no debería resultar sorprendente pues la función de reglas prohibitivas o de requerimiento es la protección de bienes jurídicos por la vía de fungir como razón para la acción u omisión de determinadas conductas, función que se vería debilitada si la determinación de cuál es el concreto deber que de ellas deriva fuese particularmente compleja. Las reglas secundarias, en particular aquellas que establecen poderes, por su parte, simplemente abren una posibilidad antes inexistente para los súbditos. Que la determinación de los requisitos para ejercer tales potestades sea relativamente compleja no resulta problemático en tanto se establecen en su exclusivo interés.

23 En este mismo sentido Mañalich (2021, p. 13).

### 3. Dos concepciones de sistema jurídico

Hasta ahora se ha estado analizando, utilizando las distintas clases de posiciones jurídicas hohfeldianas primarias y secundarias, la categoría de conductas no reguladas por el derecho, adoptando la caracterización que hace Navarro de ellas y que permite diferenciarlas de lagunas normativas a partir de la distinción entre acciones (conductas) y propiedades relevantes, por una parte, y ordenamiento jurídico y microsistema, por otra. De esta forma, para la identificación de casos irrelevantes será necesario observar al ordenamiento jurídico en su totalidad y concluir que la conducta en cuestión no se encuentra modulada deónticamente por norma alguna que pertenezca al sistema. Para la identificación de lagunas normativas, en cambio, el análisis deberá enfocarse en un microsistema normativo dentro del ordenamiento jurídico, microsistema compuesto por un conjunto de normas que pertenezcan al universo de discurso elegido por quien esté efectuando el estudio. Si en ese microsistema existe un caso del universo de casos no correlacionado con una solución normativa, significa que se está ante una laguna y no simplemente ante una ausencia de regulación en relación con la conducta, pues, si bien *un caso* (conjunción de una acción — conducta— del universo de acciones con una o más propiedades del universo de propiedades) dentro del sistema no se encuentra correlacionado con una solución, la misma acción unida a otra u otras propiedades pertenecientes al universo de propiedades (un caso distinto) sí encontrará solución dentro del microsistema, lo que significa que “la acción R es relevante ya que, aun cuando las lagunas son casos sin regular, R está normativamente determinada por el sistema normativo en otros casos del universo de casos” (Navarro, 2022, p. 164).

Navarro está en lo correcto cuando de esto concluye que las lagunas normativas constituyen una forma de indeterminación *interna* a un microsistema normativo, mientras que los casos irrelevantes constituyen un problema *externo* al ordenamiento jurídico. En tanto problema externo al ordenamiento jurídico, la pregunta por sus límites es una que supone una noción de sistema jurídico dinámico, que asume como criterio de pertenencia a éste, uno de legalidad según el cual una norma pertenece al sistema si ha sido creada en conformidad con normas secundarias que confieren poderes de creación de normas (Rodríguez, 2006, pp. 255-262; Navarro y

Rodríguez, 2014, pp. 143-149). Se trata de una comprensión del sistema jurídico como una sucesión de conjuntos que se van reemplazando en el tiempo (Rodríguez, 2006, p. 247), que permite comprender la continuidad de un determinado ordenamiento jurídico a pesar de la modificación de sus componentes (mediante derogación o creación de nuevas normas) que determinan que un conjunto reemplace a otro. En este sentido, la interrogante referida a si alguna conducta se encuentra o no deónticamente modulada por un ordenamiento, se responde a través de la indagación del ordenamiento jurídico en tanto conjunto de normas válidas en un tiempo y lugar determinados, cuya validez se encuentra determinada a partir de un criterio de legalidad.

Por cierto, en la medida en que se esté ante un ordenamiento jurídico cuya complejidad sea equivalente a aquella de ordenamientos jurídicos como el de la república de Chile o la república de Argentina, la tarea de revisión de normas válidas que pertenezcan a éste, con la finalidad de determinar si un comportamiento es o no es relevante, es una que difícilmente puede considerarse de interés para la teoría del derecho y la comprensión del ordenamiento analizado. Semejante labor, en palabras de Alchourrón y Bulygin (2015, p. 115), sería “digna de Ireneo Funes”.<sup>24</sup> Justamente porque se trata de conductas definidas negativamente, a saber, conductas que *no* se encuentran deónticamente moduladas por una norma vigente que pertenezca al sistema en un determinado tiempo y lugar, es que lo que caracteriza al grupo de conductas irrelevantes es que consisten en una *clase nominal*, “nominal” en el sentido de que, en tanto clase, su única naturaleza está dada por la etiqueta común ligada a sus distintos ejemplares (Moore, 1992, p. 206). Así, lo único que tienen en común los “casos irrelevantes” es el nombre que se usa para reconocerlos como una clase (Moore, 1997, p. 19).

Así, a partir de una noción dinámica de sistema jurídico, de lo que puede darse cuenta es de la reconstrucción de la estructura institucional de un ordenamiento jurídico. Se trata de indagación que tiene sentido si el interés cognitivo tras ella consiste en la caracterización político-institucional de

---

<sup>24</sup> Requeriría examinar cada una de las reglas regulativas del ordenamiento jurídico preguntándose si “mencionan” la conducta en cuestión. Además de fútil, cabría preguntarse si de hecho el criterio para determinar si una conducta es relevante es exclusivamente su “mención” por alguna norma jurídica y, ulteriormente, si ello puede hacerse de manera objetiva (no-valorativa).

un determinado ordenamiento jurídico en un momento específico, lo que se logra por la vía del examen no sólo de las reglas primarias de conducta sino también de las reglas secundarias. Así, como tristemente nos ha enseñado la pandemia, la “vocación expansiva” del ordenamiento jurídico chileno para la limitación de ciertos privilegios y derechos, como el de libre desplazamiento, resulta considerablemente mayor que la del ordenamiento jurídico del Reino Unido.<sup>25</sup>

El análisis referido a las lagunas normativas, por su parte, y en tanto problema *interno* al sistema jurídico, requiere de la elección de un universo de discurso que permita reconocer un microsistema normativo de carácter estático, cuyos componentes normativos se determinan según el criterio de la deductibilidad. Consiste en el “conjunto de las normas que un juez debe tomar en consideración para resolver un cierto problema” (Rodríguez, 2006, p. 260) que descansa, entonces, en que ya se ha seleccionado ese conjunto a partir del hilo conductor en que consiste el universo de discurso que permite, a su vez, determinar el universo de acciones, de propiedades y de soluciones dentro de dicho conjunto. El reconocimiento de lagunas normativas, por ello, supone que se ha contestado afirmativamente a la pregunta acerca de la relevancia jurídica de la conducta en cuestión, toda vez que depende de que haya sido posible conformar el microsistema de normas *aplicables*, lo que sólo es posible si se reconoce que una o más normas regulan la conducta bajo ciertas circunstancias.

Lo anterior permite distinguir entre estos dos planos de discusión, planos que no han sido cabalmente distinguidos en el debate referido a las lagunas normativas. El primero está referido a la caracterización de ordenamientos jurídicos en tanto tarea de indagación político-institucional, que requerirá del estudio del diseño de uno o más ordenamientos que analice no sólo su sistema de reglas regulativas sino además los distintos conjuntos de reglas constitutivas a partir de las cuales pueda determinarse cuáles son los límites (si los hay) del sistema, lo que a su vez permite definir aquel “espacio

---

25 Los detalles de las restricciones vigentes en Chile se encuentran en: <https://www.gob.cl/coronavirus/pasoapaso/>. Los detalles de las restricciones vigentes en Reino Unido se encuentran en: <https://www.gov.uk/guidance/covid-19-coronavirus-restrictions-what-you-can-and-cannot-do>.

libre de derecho”. En esta medida difícilmente tendrá sentido intentar dar contenido a la clase nominal de casos irrelevantes por la vía de intentar identificar cada uno de sus componentes.<sup>26</sup>

El segundo, por su parte, supone que ya se ha seleccionado un universo de discurso a partir del cual es posible conformar un microsistema de normas aplicables (ya sea que pertenezcan al sistema jurídico o que, en tanto sistema abierto, sean aplicables a pesar de no pertenecer a éste, por existir reglas secundarias que las hagan aplicables) a la conducta en cuestión.<sup>27</sup> En este punto, la posibilidad de lograr una selección de normas que conformen el microsistema aplicable *sin* la utilización de criterio evaluativo alguno es lo que distintivamente separa a Alchourrón y Bulygin de Atria y Ruiz Manero.

Ahora, de esto nada se sigue acerca de si tanto la caracterización de un sistema jurídico a partir de la concepción dinámica, como la selección del universo de discurso para la resolución de un caso y la correspondiente selección del microsistema jurídico, sean tareas que puedan llevarse a cabo sin apelar a criterios valorativos o si ello no es posible. Lo primero dependerá crucialmente de la solidez de la tesis de las fuentes sociales como método no-valorativo de la identificación del contenido de un sistema jurídico. Lo segundo, por su parte, dependerá de que la identificación de normas aplicables a un problema de relevancia jurídica a partir de un universo de discurso pueda hacerse igualmente de manera “a-valorativa”.<sup>28</sup> A esto habría que agregar la importante conexión entre una y otra noción de sistema jurídico, conexión que se manifiesta, entre otras cosas, en la eventual dependencia que presente la selección del conjunto de normas que conformará el microsistema aplicable a un determinado problema jurídico, de la forma en que se caracterice el diseño institucional del ordenamiento en jurídico en cuestión. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el caso

---

26 Es en este plano, como reconoce Atria et al. (2005, pp. 51-52) donde tiene sentido la disputa de la caracterización de la función de las cortes como la de “establecer que ciertos hechos han ocurrido, y que a esos hechos deben (o no) aplicarse ciertas reglas, y que, como consecuencia de la aplicación de esas reglas a esos hechos, ciertos hechos o posiciones institucionales existen desde el punto de vista jurídico” o como “[...] a solución de los conflictos de intereses” (Alchourrón y Bulygin, 2015, p. 204).

27 Se trata acá acerca de la diferencia entre la pregunta acerca de la clausura de un ordenamiento jurídico (que se plantea tanto en el nivel de reglas regulativas como de reglas constitutivas, cabría añadir) y la pregunta sobre la completitud de un microsistema seleccionado a partir de un universo de discurso (Redondo, 2000, p. 37).

28 Siendo crucial para el debate la pregunta acerca de si es posible identificar normas a partir de disposiciones (o formulaciones normativas) de manera a-valorativa (Rodríguez, 1999, p. 360). Fundamental al respecto, Black (1962, pp. 95-102). En este sentido, Ruiz Manero (Atria et al., 2005, p. 115, nota 15; Ruiz Manero, 2015, pp. 55-57).

“Arancibia Clavel” (Rodríguez, 2006, pp. 257-259) donde se da cuenta acerca de una controversia referida al microsistema aplicable a un caso, microsistema cuya determinación dependía, entre otras cosas, de cuál se consideraba que era la base normativa no-perteneciente al derecho argentino que la corte tenía competencia para aplicar.

Sobre este punto, posturas tales como la defendida por Alchourrón y Bulygin o la defendida por Navarro se encontrarán con las dificultades propias de intentar defender que es posible determinar qué conductas se encuentran reguladas por un ordenamiento jurídico en un determinado momento simplemente observando cuáles son *mencionadas* por ese ordenamiento (Atria *et al.*, 2005, p. 183) o que es posible determinar cuáles son los poderes de los órganos aplicadores de derecho a través de la observación no-valorativa de las reglas secundarias de adjudicación, sin que influya cuál se considera que es la mejor caracterización del rol del órgano aplicador en un determinado ordenamiento jurídico. Pues, como arguye Ruiz Manero:

La existencia y el modo de operar del derecho son hechos dependientes de creencias compartidas. Y, por ello, cualquier teoría del derecho que pretenda ser epistémicamente objetiva ha de corresponderse con las creencias (subjetivas, naturalmente) compartidas por los participantes en la institución, o en la práctica social, a la que llamamos derecho. (Atria *et al.*, 2005, p.118)

## BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2015). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. (2ª ed.). Astrea.

Arriagada, B. (2021). La clausura de los sistemas de normas jurídicas de competencia. Episodio I: Los poderes normativos de las autoridades públicas. *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (43), 1-23. <https://doi.org/10.4000/revus.6801>

Arriagada, B. (2020). Inmunidades fuertes y débiles: el imperio contraataca. *Revista de derecho* (Valdivia), Vol. XXXIII(1), 9-29. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502020000100009>

Arriagada, B. (2018). Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión. *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (35), 1-37. <https://doi.org/10.4000/revus.4095>

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ed. Planeta.

Atria, F., Bulygin, E., Moreso, J. J., Navarro, P., Rodríguez, J., Ruiz Manero, J. (2005). *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Marcial Pons.

Black, M. (1962). Models and metaphors. *Studies in language and philosophy*. Cornell University Press.

Hart, H. L. A. (1990). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot..

Hurd, H. y Moore, M. (2018). The Hohfeldian Analysis of Right. *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 63(2), 295-354. <https://doi.org/10.1093/ajj/auy015>

Kramer, M. (2000). Rights Without Trimmings. En M. Kramer, N. E. Simmonds y H. Steiner (Eds.), *A debate over rights*. Oxford University Press.

MacCormick, N. y Raz, J. (1972). Voluntary Obligations and Normative Powers. *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, Vol. 46(1), 59-102.

Mañalich, J. P. (2021). La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas. *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (44) <https://doi.org/10.4000/revus.7473>

Mañalich, J. P. (2014). Normas permisivas y deberes de tolerancia. *Revista chilena de derecho*, Vol. 41(2), 473-522. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200005>

Moore, M. S. (1992). Law as a functional kind. En G. Robert (ed.) *Natural Law Theory. Contemporary Essays* (pp. 188-242). Oxford University Press,

Moore, M.S. (1997). *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford University Press.

Navarro, P. (2011). Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (34), 109-139. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i34.201>

Navarro, P. (2020). Lagunas en el Derecho y casos irrelevantes. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 43, pp. 159-187. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.07>

Navarro, P. y Rodríguez, J. L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*. Cambridge University Press.

Orunesu, C. y Rodríguez, J. L. (2018). Una revisión de la teoría de los conceptos jurídicos básicos. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (36), 81-110. <https://journals.openedition.org/revus/4481>

Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/877-el-concepto-de-sistema-juridico>

Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford University Press.

Redondo, C. (2000). Lógica y concepciones del derecho. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (13), 35-54. <https://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/537>

Rodríguez, J. L. (2015). Sistemas normativos, lagunas jurídicas y clausura lógica. *Anuario de filosofía del derecho*, (31), 11-34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5229876>

Rodríguez, J. L. (2006). La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos: Estudio en homenaje a Carlos Eduardo Alchourrón. *Análisis filosófico*, Vol. 26(2), 242-276. <https:// analisisfilosofico.org/index.php/af/article/view/185>

Rodríguez, J. L. (1999). Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (22), 349-269. <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.16>

Ruiz Manero, J. (2015). Sistema jurídico: lagunas y antinomias. En D. González Lagier (coord.), *Conceptos básicos del derecho* (pp. 47-65.). Marcial Pons.

Vilajosana, J. M. (2010). *El derecho en acción*. Marcial Pons.

Von Wright, G. H. (1963). *Norm and action*. Routledge & Kegan Paul Ltd.

Documentos consultados:

Corte Suprema (14 de diciembre de 2007). *Auto acordado sobre principios de ética judicial y comisión de ética. Texto refundido*. Acta núm. 262-2007.