

Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido»

Por VICTORIA ITURRALDE SESMA

Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. *Defensa del principio de permisión*: 1. Perspectiva de la lógica deóntica: 1. 1. Interdefinibilidad de los operadores Prohibido y Permitido. 1. 2. Negación de la distinción entre Permisión débil y Permisión fuerte. 2. Perspectiva de la teoría de la norma y del Ordenamiento jurídico: 2. 1. Teoría imperativista de las normas. 2. 2. La plenitud del ordenamiento jurídico.-II. *Crítica principio de permisión*: 1. Perspectiva de la lógica deóntica. Distinción entre Permisión débil y Permisión fuerte. 2. Perspectiva del ordenamiento jurídico. 3. Limitación del principio al ámbito sancionador (penal y administrativo).-III. *Bibliografía citada*.

El Principio de Permisión según el cual «Lo no prohibido está permitido» es admitido en nuestra cultura jurídica a modo de metanorma del ordenamiento jurídico (en la medida en que estos sólo no pueden restringir nuestra libertad natural si lo hacen de manera expresa). En virtud del mismo, la importancia de los eventuales vacíos del ordenamiento se desvanece puesto que cualquier acción no regulada resulta (en aplicación de dicho principio) permitida. El Principio de Permisión, a la vez de responder a un razonamiento intuitivo, se apoya en una determinada concepción de la norma y del ordenamiento jurídico, de un lado, y en una determinada interpretación de los principios de la lógica deóntica, de otro. El objeto de estas líneas es, en primer lugar, mostrar las razones que justifican dicho principio, y en un segundo momento exponer los motivos por los que el mismo no puede mantenerse más que en un ámbito limitado como es el del derecho sancionador.

I. DEFENSA DEL PRINCIPIO DE PERMISIÓN

1. Perspectiva de la lógica deóntica

1. 1. *Interdefinibilidad de los operadores Prohibido y Permitido*

Desde la perspectiva de la lógica deóntica la defensa de este principio ¹ se basa en la interdefinibilidad (a través de la negación) de los operadores deónticos «Prohibido» y «Permitido». Como señala Von Wright (1981, p. 4) «La interdefinibilidad significa que uno puede tomar *uno* de los conceptos como básico o primitivo y a través de un proceso de «doble negación» definir o engendrar los otros conceptos de la tríada. El concepto que de los tres se considere como *Grundbegriff* es indiferente».

Después de que Leibniz estableciera las relaciones de interdefinibilidad entre las tradicionales modalidades aléticas, von Wright establece, del siguiente modo, las analogías entre las modalidades aléticas y las deónticas: ²

es posible, M
 es imposible, I = -M
 es necesario, N = I - = -M-
 está permitido, P
 está prohibido, F = -P
 es obligatorio, O = F- = -P-

De acuerdo con una extendida opinión extendida se considera que el concepto de «obligación», o los de «obligación» y «prohibición», son los conceptos deónticos fundamentales o primarios, mientras que la permisión puede definirse en función de los anteriores operadores, lo que la convierte en una categoría derivada ³ (hasta el punto de que la lógica

¹ Este principio es denominado de manera diversa: así, GIOIA, A. L. 1954 y ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1974, p. 177, y se refieren a él como Principio de Prohibición; MOORE, R. 1973 y ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 216, como Tesis Refleja, y Von WRIGHT, G. H. 1951 a), p. 9, como Principio de Permision.

² Cfr. los primeros sistemas de lógica dándose (Von WRIGHT 1951 a) y 1951 b) y las analogías entre los operadores modales aléticos de posibilidad y necesidad (M y N) los operadores deónticos permitido y obligatorio (P y O), y lo mismo vale para muchos sistemas posteriores. Cfr. ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 51; OPALEK, K. y WOLENSKI, J. 1973, p. 169.

³ Así, ROSS, A. 1971, p. 114, señala que: «Entre estas cuatro modalidades (se refiere a obligación, permiso, pretensión y no pretensión), distinguimos la modalidad de obligación como fundamental, pues expresa de modo inmediato el operador directivo específico que, cuando el directivo es una norma, tiene su base existencial en el sentimiento de validez. La especial posición de la modalidad de obligación resulta del hecho de que, mientras que es concebible un sistema que contenga solamente normas afirmativas de obligación, no podemos decir otro tanto respecto de la modalidad de permiso... De lo cual se sigue que, en un lenguaje formalizado necesitamos sólo un símbolo, irreducible, para el elemento directivo de las normas, y que es natural que ese símbolo represente la obligación».

deóntica ha sido denominada lógica de la obligación (Castañeda, H. N. 1950, pp. 62-75). En cualquier caso se acepta la interdefinibilidad de los operadores «prohibido» y «permitido», de forma que «no prohibido» significa «permitido», estableciéndose las siguientes equivalencias:

$$\begin{aligned} Op &= - P - p. \\ Pp &= - O - p. \\ Fp &= - Pp = O - p. \end{aligned}$$

De otro lado, uno de los axiomas de la lógica deóntica estándar es el Principio de Permisión (genéricamente Principio del tercero excluido) según el cual:

$$Pp \vee P - p$$

esto es, para todo acto p , o p o $-p$ está permitido ⁴.

Este principio implica que todo acto (estado de cosas) está normado (como permitido o como prohibido) y todo sistema es cerrado (carente de lagunas). Según Von Wright (1968) todo sistema normativo sería trivialmente cerrado, pues todas las conductas son deónticamente caracterizadas por todo sistema normativo ⁵. Así, Von Wright (1981, p. 25), refiriéndose a la ausencia de propiedades F , O y P , señala lo siguiente: «Que a una acción *le falte* la propiedad de estar prohibida significa que no está prohibida pero es u obligatoria o (en el sentido fuerte) permitida. Que a una acción *le falte* la propiedad de ser obligatoria significa que no es obligatoria pero es o permitida o prohibida. Que a una acción *le falte* la propiedad de estar permitida, por ultimo, significa que no está permitida pero es o prohibida u obligatoria. Así, tenemos las siguientes identidades:

En este sentido, por ejemplo, Opalek y Wolenski sostienen: «En particular, permisión tratado como no prohibición o no obligación es suficiente para definir otros operadores. Lo mismo se aplica para obligación y prohibición. Por tanto, dentro del fin del análisis lógico sólo los conceptos interdefinibles pueden ser tratados en pie de igualdad. De otro lado, de acuerdo con una opinión extendida, obligación y prohibición son conceptos más naturales y primarios que permisión. Ésta es la razón por la que permisión resulta una categoría normativa derivada e incluso superflua». Como consecuencia de esto, señalan que: «toda concepción de la lógica en la que se acepta que la permisión tiene un carácter normativo en el mismo sentido que obligación y prohibición implica una confusión entre el uso y la mención de las normas», OPALEK, K. y WOLENSKI, J. 1973, pp. 169, 182.

En el primer sistema de lógica dándose de Von WRIGHT, G. H. 1951 *a*), la permisión es la noción dándose primitiva; *Cfr.* también Von WRIGHT, G. H. 1968, pp. 82-85, y FOLLESDAL, D. e HILPINEN, R. 1981, pp. 1-35.

CONTE, A. G 1962, pp. 1-27, por su parte asume como modalidad primitiva la Permision.

⁴ *Cfr.* Von WRIGHT 1951 *a*), p. 9; 1981, p. 5; 1997, p. 49; FOLLESDAL, D. e HILPINEN, R. 1981, pp. 9-13; BULYGIN, E. 1995, p. 138.

⁵ *Cfr.* también ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1974, p. 172, y 1991, p. 216.

$$[- F] x = df - [F] x \& ([O] x \vee [P] x)$$

$$[- O] x = df - [O] x \& ([P] x \vee [F] x)$$

$$[- P] x = df - [P] x \& ([F] x \vee [O] x)$$

Para Von Wright lo actos que no han sido sometidos a norma han de considerarse permitidos puesto que siempre habrá un gran número de actos de cuyo *status* normativo jamás se ocupará. «Por eso es razonable, dada una autoridad de normas, dividir los actos humanos en dos grupos principales; a saber, actos que han sido y actos que no han sido (todavía) sometidos a norma por esta autoridad. De los actos que han sido sometidos a norma, algunos son permitidos, otros prohibidos, otros mandados. Aquellos actos que no han sido sometidos a norma son *ipso facto* no prohibidos. Si un agente hace tal acto, el legislador no puede acusarle de violar la ley. *En este sentido*, tal acto puede decirse que está 'permitido'»⁶.

Ross, por su parte, señala que las normas de permiso tienen la función normativa de indicar, dentro del sistema, cuáles son las excepciones a las normas de obligación de aquél; de lo cual infiere que en un lenguaje formalizado, necesitamos solamente un símbolo, irreducible, para el elemento directivo de las normas, y que es natural que este símbolo represente la obligación. «Hablando formalmente es un problema de definición. Tal y como en la tabla precedente he definido 'permiso' esta expresión es idéntica a la negación de obligación... El permiso en sentido débil es idéntico a nuestro concepto de permiso; significa simplemente que el acto no está prohibido (porque el legislador no ha decidido su actitud hacia él)»⁷. Como justificación de lo anterior Ross señala: «Nunca he oído de ninguna ley que se apruebe con el propósito de declarar una nueva forma de conducta (por ejemplo, escuchar la radio) permitida. Si un legislador no encuentra razón para interferir produciendo una prescripción obligatoria (mandato o prohibición) simplemente guarda silencio. No conozco ninguna regla jurídica permisiva que no sea lógicamente una excepción modificativa de una prohibición y, por tanto, interpretable como la negación de una obligación»⁸.

Alchourrón y Bulygin (1991, pp. 233-234) reconstruyen el argumento de Ross como sigue:

- 1) Si no hay normas permisivas no hay permisos fuertes.
- 2) Todas las normas permisivas son reducibles a normas que establecen obligaciones.
- 3) Normas de permisión sólo tienen la función de indicar, dentro de algún sistema, cuáles son las excepciones de las normas del sistema.
- 4) No hay normas permisivas.

⁶ Von WRIGHT, G. H. 1970, p. 101.

⁷ Ross, A. 1971, p. 115.

⁸ Ross, A. 1971, pp. 115-116.

- 5) No hay permisos fuertes.
- 6) Todos los permisos son permisos débiles, esto es, no prohibiciones.

1.2. Negación de la distinción entre Permisi6n d6bil y Permisi6n fuerte

El mantenimiento del mencionado principio lleva consigo negar la distinci6n entre permisi6n fuerte y permisi6n d6bil ⁹.

1. 2. 1. Una de las cr6ticas a esta distinci6n gira en torno a la idea de que todos los permisos pertenecen a la esfera normativa. Estas premisas son las que llevan a Opalek y Wolenski (1973, pp. 180-181) a sostener que la distinci6n entre el permiso fuerte y el permiso d6bil est6 basada en dos supuestos: (a) la existencia de normas permisivas como una categor6a diferente de las normas de prohibici6n, y (b) la divisi6n del universo de actos humanos en dos esferas: la normativa y la extranormativa. Para los fil6sofos polacos ambos supuestos carecen de justificaci6n. Respecto del primero sealan que siendo el permiso fuerte una contrapartida l6gica de las normas permisivas «la introducci6n de la esfera del permiso fuerte en el universo de la regulaci6n normativa da por resultado que el permiso fuerte se convierte en algo as6 como una indiferencia fuerte... Desde este punto de vista el concepto de permiso fuerte es in6til. Respecto del segundo, rechazan la idea de una esfera extranormativa sobre la base de que este concepto es derivado del de sistema normativo, por lo que el concepto de «esfera extranormativa» deber6a sustituirse por el concepto (normativo) de «indiferencia» ¹⁰.

1. 2. 2. Una segunda v6a para rechazar la distinci6n entre la permisi6n fuerte y d6bil se basa en la falta de distinci6n de fuerza normativa entre ambos tipos de permisiones ¹¹. Raz (1991, p. 98), despu6s de sealalar que la distinci6n es de gran importancia y que no est6 claro ni el significado ni la relevancia de la misma, afirma que la distinci6n

⁹ Como refieren ALCHOURR6N, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 217, esta distinci6n fue introducida por primera vez por Von WRIGHT, G. H. 1959, pp. 26-27. Alchourr6n, C. E. y Bulyigin, E. comienzan empleando estas expresiones para sustituirlas despu6s por permisi6n positiva y permisi6n negativa. Sobre las razones de este cambio de denominaci6n *vid.* BULYGIN 1995, p. 13, nota 7.

La distinci6n realizada por Cossio, C. 1944, entre permisi6n originaria y permisi6n normativa corresponde a la distinci6n que hace Von Wright entre permisi6n fuerte y permisi6n d6bil, *Cfr.* ALCHOURR6N, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 247.

¹⁰ *Cfr.* la cr6tica que realizan ALCHOURR6N, C. E. y BULYGIN, E. 1991, pp. 227-231.

¹¹ RAZ, J. 1991, p. 98, define ambos tipos de permisi6n como sigue: «Se dice a menudo que un acto est6 permitido en sentido fuerte s6lo si su permisi6n est6 implicada por una norma. Est6 permitido en el sentido d6bil si la permisi6n no est6 implicada por ninguna norma existente sino que es simplemente una consecuencia de que no haya normas que prohiban la realizaci6n de la acci6n».

(entre permisiones fuertes y débiles) tal y como se traza generalmente tiene poco sentido. «Parece razonable conjeturar, sin embargo que al menos algunos de los filósofos interesados en la distinción han sido motivados por la opinión de que las permisiones basadas en normas son un tipo de permisión diferente de las permisiones 'débiles', y en particular que las primeras tienen una mayor fuerza normativa (Esto es muy claro en el caso de Von Wright en *Norm and Action*, pp. 85-89). Pero estos filósofos no han logrado identificar la manera en que una permisión fuerte difiere de una permisión débil en lo que respecta a su fuerza normativa. En un análisis final las permisiones fuertes y débiles son permisiones exactamente en el mismo sentido que difieren únicamente en su fuente. Los intentos de encontrar la diferencia en las normas sobre lagunas o en los poderes de las autoridades subordinadas están necesariamente abocados a fracasar, puesto que dependen de la existencia contingente de diversas normas que distingan entre diversas permisiones. Pero éstas son normas adicionales, cuyas condiciones de aplicación dependen de la existencia de permisiones de una clase u otra. Estas normas no afectan al carácter normativo de las propias permisiones.

Es parcialmente porque no se ha establecido una distinción sustantiva entre permisiones fuertes y débiles por lo que es difícil saber qué norma establece una permisión fuerte y cuál no. Dado que no hay diferencia entre la fuerza normativa de las permisiones uno se ve forzado, para trazar la distinción, a apoyarse en criterios lingüísticos y formalistas carentes de cualquier fundamento racional. Una vez que se establece el diferente sentido de los diferentes tipos de permisión la cuestión de si una norma establece uno u otro tipo de permisión se transforma en un problema ordinario de interpretación; esto es, si hay razones para considerar que el Derecho pretende alcanzar el resultado que se trata de obtener por medio de una permisión débil o por medio de una permisión fuerte. Con frecuencia será difícil de decidir. Pero al menos se sabrá cuál es el problema, y por qué es importante» (Raz, J. 1991, p. 101).

Sin embargo, el mismo autor (1991, p. 101) sostendrá que sí hay un sentido en el que se puede considerar a algunas permisiones como basadas en normas que conceden permisiones, y que es diferente del sentido de todas las permisiones débiles mencionadas antes: las permisiones excluyentes. Este sentido de permisión señala «es muy diferente del sentido generalmente asignado a las permisiones fuertes, pero puede ser que explique una de las intuiciones fundamentales que hay detrás de muchos de los escritos sobre permisiones fuertes, a saber, que hay normas permisivas (es decir, normas que confieren permisiones) y que las permisiones basadas en tales normas difieren de las otras permisiones en cuanto a su fuerza normativa»¹².

¹² Las permisiones excluyentes son permisiones fuertes. «No son meramente el resultado de ausencia de razón en contrario. Dado que permiten no tomar en cuenta razones concluyentes para abstenerse de una acción, no pueden darse por concedidas. Requieren siempre una justificación» (RAZ, J. 1991, pp. 102-103).

1. 2. 3. Una tercera manera de justificar la irrelevancia de la distinción entre permisos fuertes y débiles es entender, como Alchourrón y Bulygin (1991, pp. 121-154), que el concepto de permisión fuerte puede ser sustituido por el de cancelación o derogación de una prohibición. Así, estos autores señalan que los actos que consisten en otorgar un permiso para realizar la acción *p* pueden explicarse de dos maneras: (a) describiéndolos como una derogación de la prohibición de *p*, o (b) aceptando un nuevo tipo de acto normativo, el acto de permitir u otorgar un permiso; esto último sería tanto como admitir que hay dos tipos de normas, normas imperativas y normas permisivas. Pues bien, los iusfilósofos argentinos se preguntan: «¿son estos dos análisis realmente distintos? ¿Cuál es la diferencia, si hay alguna, entre promulgar una permisión y derogar una prohibición? (...) Uno tiene la impresión de que los dos análisis son sustancialmente equivalentes en el sentido de que representan dos distintas descripciones de la misma situación... El concepto de norma permisiva resultaría teóricamente superfluo: se podría prescindir de él. Esto justificaría la posición de aquellos expresivistas que sólo aceptan normas imperativas, con la condición de que acepten la noción de derogación» (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1991, pp. 146-149) ¹³.

2. Perspectiva de la teoría de la norma y del ordenamiento jurídico

2.1 Teoría imperativista de las normas

El Principio de Permisión es asimismo mantenido por la teoría imperativista de las normas ¹⁴ para la cual sólo hay un tipo de acto normativo, el de ordenar, y por consiguiente sólo hay normas imperativas que establecen obligaciones y prohibiciones. La permisión es una noción puramente negativa; se trata de la ausencia de prohibición. *Las permisiones son reducibles a normas de obligación (por lo que no figuran entre las entidades asumidas como primitivas por la teoría de la norma)* (Capella, J. R. 1970, p. 243) ¹⁵; de ahí que todo ordenamiento normativo puede ser expresado de manera que las normas de comportamiento contenidas en él tengan todas carácter obligatorio (Scarpelli, U. 1959, p.

¹³ Cfr. el comentario de ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. R. 1994, p. 827.

¹⁴ Cfr. AUSTIN, J. 1885; THON, A. 1951; JHERING, R. von 1961; CARNELUTTI, F. 1946; VECCHIO, G. Del 1953; BOBBIO, N. 1979, pp. 213-230; SAN MIGUEL, L. G. 1962, pp. 190-195; GAVAZZI, G. 1993, pp. 324-330. Basten como ejemplo de la referida teoría las palabras de Del VECCHIO (1953, p. 230) según las cuales: «Importantísimo y carácter esencial de la norma jurídica es la imperatividad. No podemos concebir una norma que no tenga carácter imperativo, aunque sea bajo determinadas condiciones. El mandato (positivo o negativo) es un elemento integrante del concepto de derecho porque... pone siempre enfrente a dos sujetos, atribuyendo a uno una facultad o pretensión, e imponiendo al otro un deber, una obligación correspondiente».

¹⁵ La tesis de la eliminabilidad de las permisiones –dice Capella– se afirma respecto de la teoría general de la norma, no respecto de especialidades como la teoría de la norma jurídica o la teoría de la norma moral. Lo que vale para lo general, empero, vale

205). Ello no excluye que pueda haber estados de cosas permitidos, pero no hay ni actos de permitir ni normas permisivas (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1991, p. 216).

En consonancia con lo anterior, se consideran excluidos del concepto de norma los enunciados no imperativos, como por ejemplo, las normas declarativas y permisivas (Austin, J. 1885; Del Vecchio, G. 1953)¹⁶. Así, «para atribuir permisos no son necesarias normas jurídicas permisivas expresas, en cuanto que el Ordenamiento jurídico se basa en el postulado fundamental según el cual *está permitido todo lo que no está obligado ni prohibido*» (Bobbio, N. 1979, p. 220); o en palabras de Del Vecchio (1969, pp. 348-349) «el permiso de por sí, no requiere ser pronunciado por el Derecho, porque por regla general es jurídicamente lícito todo aquello que no está jurídicamente prohibido. Por ende, una norma jurídica permisiva, no tiene razón de ser, ni es pensable *por sí misma*: mas puede en cambio tener sentido con respecto a otras normas de carácter imperativo, cuya esfera de aplicación restrinja o limite en cierto modo»¹⁷.

En consonancia con la mencionada teoría, las normas permisivas son «normas» dependientes de las normas de obligación y prohibición; concretamente se trata de normas cuya función es excluir, limitar o excepcionar normas obligatorias. Esta postura es compartida, entre

también para lo particular; sin embargo, si quisiéramos incluir la tesis dentro de la teoría general del derecho habría que decir aún que las normas jurídicas de obligación tienen por contenido descripciones de acción más generales que las descripciones contenidas en normas formuladas permisivamente, bien que el cuerpo de normas jurídicas es de algún modo heterónomo respecto de alguna otra entidad (CAPELLA, J. R. 1970, p. 244). No obstante, en otro lugar (CAPELLA, J. R. 1968, p. 225) parece sostener el carácter prescriptivo de las permisiones fuertes, al decir que: «Las permisiones tienen carácter prescriptivo, al parecer, en el caso de que sus contenidos sean descripciones a satisfacer por acciones que satisfacen también descripciones más generales contenidas en normas de obligación. No queda decidido si cabe atribuirles carácter prescriptivo cuando las acciones que satisfacen la descripción en ellas contenidas no satisfacen ninguna otra descripción contenida en normas».

¹⁶ La presencia de normas permisivas no se considera un argumento contra la imperatividad del derecho (BOBBIO, N. 1958 a), pp. 154-155; 1979, p. 220). Ello porque la función de las normas permisivas es restringir un imperativo en determinadas circunstancias o con referencia a determinadas personas, y por tanto las normas permisivas presuponen las normas imperativas. Allí donde no se presupone un sistema normativo imperativo, las acciones permitidas son aquellas que no requieren ninguna norma para ser reconocidas, desde el momento que vale el postulado «todo lo que no está prohibido está permitido». Donde intervienen normas permisivas es signo de que existe un sistema normativo imperativo que sufre excepciones en determinados casos y que por tanto el postulado del que se parte es el opuesto al precedente: «Todo está prohibido u obligado excepto aquello que está (expresamente) permitido» [BOBBIO, N. 1958 a), p. 152].

«Sólo las expresiones llamadas en la tradición teórica legal obligaciones y prohibiciones deben considerarse normas. Expresiones del tipo 'está libre (permitido) que p' (en el sentido de p está no-prohibido) no son normas» (OPALEK, K. y WOLENSKI, J. 1973, p. 169). Cfr. en sentido crítico SAN MIGUEL L. G. 1962, pp. 190-195.

¹⁷ «La expresión 'norma permisiva' es superflua -dice ZIEMBINSKI, Z. 1976, p. 176- porque uno puede, sin especial dificultad, eliminar dicha expresión, formulando de una manera más precisa normas prohibitivas, o formulando más explícitamente normas obligando al destinatario a someterse a la competencia (poder) de alguien (OPALEK, K. y WOLENSKI, 1973, p. 169. Cfr. también ZIEMBINSKI, Z. 1976, p. 172).

otros, por Del Vecchio (1969, p. 350), Ross (1971, p. 114), Bobbio (1958 a) p. 153), Scarpelli (1959, p. 128) y Kelsen (1985, p. 162).

La función de las normas permisivas se circunscribe a: a) restringir una norma precedente en el tiempo (*norme abrogante*), b) restringir un imperativo contemporáneo (*norme deroganti*) (Bobbio [1958 a], p. 153], y c) impedir la promulgación en el futuro de normas obligatorias (Scarpelli (1959), p. 204)¹⁸. Para Bobbio (1980, p. 892) una prueba de la subsidiariedad de las normas permisivas es que son posibles sistemas normativos compuestos sólo por normas imperativas o positivas o negativas, mientras no hay sistemas normativos compuestos sólo por normas permisivas. Ello depende del hecho de que los sistemas del primer tipo no excluyen comportamientos que no sean ni obligatorios ni prohibidos porque vale siempre la máxima general de que todo lo que no está prohibido ni es obligatorio está permitido (en el sentido débil de la palabra); y esta máxima vale siempre porque no se da el hecho, y es difícil concebir, de un sistema normativo en el que todos los comportamientos posibles sean obligatorios o prohibidos... «Un ordenamiento –dice– en el que todo lo que no está prohibido es obligatorio o viceversa, es el ideal límite (negativo) del Estado omnipotente, omnicompreensivo, total, objeto de sátira o de triste conjetura por su absurdidad... Para que se pudiera dar un sistema normativo compuesto sólo de normas permisivas haría falta imaginar un Ordenamiento en el que la norma general exclusiva fuese más bien «Está permitido todo lo que no está prohibido», «Está prohibido todo lo que no está permitido»... Si existiera un Ordenamiento de este tipo, al lado de la distinción entre permiso fuerte y permiso débil, existiría también la distinción entre obligación fuerte y obligación débil. Pero esta distinción no se ha hecho nunca y nunca será hecha porque no es necesaria. No es necesaria porque las obligaciones son siempre fuertes, es decir existen sólo si están previstas expresamente por una norma. La cuestión puede ser planteada también en estos términos: mientras, como se ha dicho, la función principal de las normas permisivas es de anular o limitar normas imperativas, no vale la afirmación inversa de que la función principal de las normas imperativas sea la de anular o limitar las normas permisivas. Aun cuando se pueda dar el caso de que una norma sea introducida para desarrollar esta función, se trata de una función secundaria (Bobbio, N. 1980, p. 893).

¹⁸ «Para que la clasificación sea exhaustiva [se refiere Scarpelli a la clasificación de Bobbio], a las dos clases hay que añadir la de las normas permisivas con la función de impedir que las normas de obligación existan en el futuro (*norme precludenti*). Tales son por ejemplo las normas permisivas contenidas en una Constitución, dirigidas a impedir que en un Ordenamiento jurídico entren normas obligatorias restrictivas de ciertas libertades. La función de las normas permisivas es en general la de negar normas obligatorias: se conecta con esta función que puedan ser canceladas de todo discurso normativo en el que figuran, modificando convenientemente las normas de carácter obligatorio. Una vez eliminada la norma obligatoria la norma permisiva puede caer...» (SCARPELLI, U. 1959, p. 204).

Una perspectiva diferente en el análisis de este tipo de normas lo realizan Alchourrón y Bulygin (1991, pp. 146-149) al cuestionarse de qué manera puede esta teoría (imperativista) dar cuenta de los actos que consisten en otorgar un permiso o una autorización. Los autores señalan dos vías. Una consiste en describir ese acto como un acto de levantar una prohibición, es decir como una derogación de la prohibición de p ; lo que implica aceptar un nuevo tipo de acto normativo: el acto de rechazo. La segunda vía es, aceptar un nuevo tipo de acto normativo, el acto de permitir u otorgar un permiso. Si se acepta esta segunda vía, entonces ha de ser aceptado también que hay dos tipos de normas (en el sentido en que un expresivista usa el término «norma»), normas imperativas y normas permisivas. «Una norma permisiva es –como la norma imperativa– una oración significativa en su uso particular, esto es, uso permisivo. De tal manera, el acto de otorgar un permiso, puede ser descrito como el acto de promulgar una norma permisiva» (1991, p. 146).

Pues bien, la postura de Alchourrón y Bulygin no es del todo clara a este respecto. Así, sostienen que ambos análisis son equivalentes pues no hay diferencia entre promulgar una permisión y derogar una prohibición. «Cuál es la diferencia entre el acto de permitir p y el acto de rechazar $-p$?». En su opinión, «ambos análisis son sustancialmente equivalentes en el sentido de que representan dos distintas descripciones de la misma situación», y que «el concepto de norma permisiva resultaría teóricamente superfluo: se podría prescindir de él. Esto justificaría la posición de aquellos expresivistas que sólo aceptan normas imperativas, con la condición de que acepten la noción de derogación» (1991, pp. 148-149).

Sin embargo, afirman a la vez que «la función que cumplen los actos de permisión no se agota en la eventual derogación de prohibiciones anteriores: puede tener perfecto sentido el acto de permitir una acción que no está prohibida», y que sin la distinción entre permisión originaria y permisión normativa (o sobreviviente) este agregado no se puede dar cuenta de muy importantes fenómenos normativos como la derogación de normas o la realización de actos permisivos (o, si se quiere, la existencia de normas permisivas). «Sólo a costa de dejar fuera de consideración estos fenómenos puede mantenerse la ilusión de un único concepto de permisión. Pero una teoría general de las normas no puede dejar de lado estos temas y para su tratamiento la distinción entre permisión fuerte y permisión débil o, si se quiere, entre permisión originaria y permisión normativa es de capital importancia» (1991, pp. 242-247).

2.2 *La plenitud del Ordenamiento jurídico*

Los autores que sostienen el Principio de Permisión parten de que los ordenamientos jurídicos son completos, ya sea porque regulan todas las acciones posibles, o porque aquéllas no reguladas son indiferentes

para el derecho. En uno u otro caso las acciones no reguladas están permitidas, ya se trate de una permisión jurídica o una permisión de hecho (indiferencia, libertad, etc.).

El sostenimiento del Principio de Permisión se ha basado, ya en consideraciones de índole ontológico, ya en su consideración como principio del derecho.

2. 2. 1. Para algunos autores dicho sistema constituye un *prius*, que refleja la libertad natural del hombre que, en principio, el derecho debe respetar, y que sólo puede ser limitada por normas jurídicas. Ésta es en el fondo la idea que subyace a la teoría del espacio jurídico vacío¹⁹.

Para Cossío (1944, p. 213 y 1947, p. 351), el principio «todo lo que no está prohibido está permitido», que es sintético y necesario (*a priori*) «expresa que la libertad metafísica del hombre es un *prius* en la experiencia jurídica, en el sentido que enuncia una juridicidad natural de la libertad como base de toda ulterior determinación jurídica y como punto de partida de una sistematización integral del derecho»; «es una norma necesaria; su contenido es así y no puede ser de otra manera, hasta el punto de que sin semejante norma el Ordenamiento jurídico resulta algo impensable».

García Máynez por su parte (1977, pp. 237-238) sostiene que el principio según el cual «lo no prohibido está permitido» es un principio de la ontología formal del derecho y de la lógica jurídica. «En diversos trabajos hemos sostenido que no se trata de *normas* – explícitas o implícitas – sino de enunciados que expresan determinadas conexiones de orden formal entre lo jurídicamente prohibido y lo jurídicamente permitido y, *eo ipso* asumen el mismo carácter *analítico* de todos los integrantes de la ontología formal del derecho y de la lógica jurídica. Se trata de principios que no son normas, pese a los cuales se imponen a los legisladores y a los jueces, en la medida en que expresan una serie de conexiones necesarias entre las diversas clases de comportamiento jurídicamente regulado y los preceptos integrantes de cada sistema. En tanto que los normativos confieren derechos o estatuyen obligaciones, los otros dan expresión a verdades universales de naturaleza apriorística. Por ello hemos sostenido que la forma en que se imponen al legislador o al magistrado «no es la de las reglas normativas, sino la peculiar e irresistible de las verdades de razón» (García Máynez, E. 1977, p. 240 y 1959, pp. 279-299)²⁰.

¹⁹ Vid. BOBBIO, N. 1958 a) p. 158, 1958 b), pp. 142-148; SEGURA ORTEGA, M. 1989, pp. 290-293; ITURRALDE SESMA, V. 1989, pp. 152-159.

²⁰ GARCÍA MÁYNEZ, E. 1977, p. 240, distingue así los principios generales de la ontología formal del derecho y de la lógica jurídica de los principios axiológicos de que el juez puede servirse para la integración de lagunas. La diferencia reside en que los últimos tienen carácter normativo, en tanto que los primeros son *enunciados* que expresan conexiones de índole formal entre las diversas especies de la conducta regulada por el derecho. Mientras los de índole axiológica se hallan *implícitos* en las disposiciones vigentes o pueden ser *incorporados*, como pautas integradoras, a los Ordenamientos legales, los *ontológico-jurídicos* y *lógico-jurídicos*, precisamente porque no son normas, no forman parte de esos Ordenamientos, pese a lo cual se imponen a los legisladores y a los jueces.

Estas ideas han sido expresadas como indiferencia normativa (doble libertad de hacer y no hacer). La indiferencia –escribe Ziembinski 1976, p. 177– es una cualificación deóntica «natural» de todo acto humano antes de promulgar o antes de aceptar de otra forma una norma prohibiendo u ordenado este acto. La libertad no necesita ser probada –se debe probar que hay una norma en vigor imponiendo un deber de hacer o no hacer algo–. No es necesario formular una «norma permisiva» para probar la libertad ²¹.

2. 2. 2. Para otros, se trata de un principio deducible del ordenamiento. Así, se ha dicho que es una «una regla general negativa que por sí misma se sobrentiende sin necesidad de expresarla, y según la cual, con excepción de los casos especialmente aludidos, todos los actos están libres de castigo e indemnización» (Zitelmann, E. 1922, pp. 554-555), o que del complejo de disposiciones particulares que prevén determinados casos y establecen para ellos la existencia de determinadas limitaciones, se deriva una norma de este contenido «en todos los demás casos no hay ninguna limitación» (Donati, D. 1910, pp. 35-36).

S. Romano (1969, pp. 171-185, *vid.* Chiassoni, L. 1997, pp. 333-334) utiliza el siguiente argumento:

- 1) los comportamientos humanos, antes de que intervenga alguna reglamentación jurídica, son libres: se trata, no obstante, de «una simple libertad de hecho, no permitida, y por tanto, ni lícita ni ilícita».
- 2) toda norma jurídica limita dicha originaria libertad de hecho, puesto que vincula a un comportamiento alguna consecuencia o cualificación jurídica.
- 3) el derecho es intrínsecamente limitado: no pretende regular todos los posibles comportamientos humanos, todas las posibles situaciones relevantes para los individuos, sino sólo disciplinar aquellos comportamientos y aquellas situaciones sobre las que versan, expresa o implícitamente, las normas jurídicas: el derecho positivo «es aquel que es, comprende en su ámbito las materias que comprende, sin que por tal exclusión pueda decirse incompleto».
- 4) el derecho estatal –todo derecho estatal– entendido como «sistema de normas» es, por tanto, necesariamente completo, en virtud del «principio» según el cual todo lo que no está expresa o implícitamente regulado, es jurídicamente irrelevante.

Por último, para Kelsen, se trata de un «principio técnico de derecho positivo». Kelsen sostiene que «el principio consiste en que el legislador permite un determinado comportamiento humano sólo con no prohibirlo, sin necesidad de expedir una disposición constitutiva de la permisión o, lo que es igual, sin necesidad de enlazar a ese compor-

²¹ Como señala BOBBIO N. 1958 a), p. 155, a muchas de estas concepciones subyace la idea del paso del estado de naturaleza al estado liberal, transición que sólo puede hacerse a través de la limitación de la esfera de libertad natural del hombre.

tamiento ninguna conducta sancionadora. Este 'hallarse permitido' tiene la misma significación de un 'no hallarse prohibido'. La permisión jurídica de una conducta no puede describirse por referencia a una función permisiva del derecho; sólo se puede describir negativamente por referencia a la función ordenadora y prohibitiva, esto es, prescriptiva de éste. Como el 'estar permitido' es idéntico al 'no estar prohibido' la conducta no prohibida está permitida, y la no permitida está prohibida» (Kelsen, H. 1953, p. 174)²². En el caso de que el ordenamiento no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado, ésta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida. Cuando el Ordenamiento jurídico obliga a una conducta, no sólo contiene la proposición de que se está obligado a la misma sino también aquella según la cual «se es libre de hacer u omitir aquello a lo que no se está obligado». «Frente aquel que pretende de otro una conducta no estatuida por el orden jurídico vigente, tiene este último un «derecho» concedido el orden jurídico a la omisión de esa conducta; «derecho» en el sentido de libertad jurídicamente garantizada» (Kelsen, H. 1981, pp. 138-139)²³.

II. CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE PERMISIÓN

1. **Perspectiva de la lógica deóntica. Distinción entre permisión débil y permisión fuerte**

La elaboración de la lógica deóntica se ha llevado a cabo en base a las analogías, puramente formales, con la lógica modal. Pues bien, el énfasis puesto en dicha analogía, a menudo ha hecho olvidar que los principios lógicos no son aplicables sin más al terreno jurídico.

En la literatura jurídica es frecuente la apelación a «la lógica» para mostrar el carácter avalorativo de la «ciencia» del derecho y la neutralidad de cualquier operador jurídico excepción hecha del legislador. Consecuencia de lo anterior ha sido la utilización (con un significado

²² Aunque para Kelsen «permitir» tiene dos sentidos: *a*) no prohibido, y *b*) autorizar o facultar a alguien para producir una consecuencia jurídica. Para que haya permisión en el sentido (*b*) es indispensable una determinación positiva del legislador, lo que no ocurre en el sentido (*a*). De otro lado, a este sentido de permisión no le es aplicable el postulado «lo que no está prohibido está permitido».

²³ En sentido similar a Zitelmann y Donati, Kelsen 1985, pp. 204-205, señala que «Si se distingue (...) una reglamentación positiva y una negativa del comportamiento humano por parte del Ordenamiento jurídico, todo comportamiento humano, sometido a un Ordenamiento jurídico, está regulado jurídicamente sea de manera positiva o negativa. En este sentido se puede hablar de una completitud (*Geschlossenheit*) del Ordenamiento jurídico», e indica que un comportamiento puede estar permitido por el derecho de manera negativa, en cuanto que jurídicamente no está ni prohibido ni prescrito, y por tanto es jurídicamente libre».

eminentemente emotivo) del término «lógica»²⁴ a análisis que poco tenían que ver con ésta, así como la aplicación indiscriminada de sus principios al ámbito jurídico.

Como señala Vernengo (1989, p. 299), ha sido una idea reciente en la teoría jurídica que la lógica puede actuar como una especie de piedra de toque universal acerca de la corrección o adecuación de teorías en derecho. Es generalmente admitido que la lógica –o alguna de sus múltiples variantes– es una condición necesaria de la validez teórica de cualquier (toda) teoría, jurídica o no, una creencia que puede parecer más bien trivial ya que las teorías deben parecer lógicas *ex principio*, como condición de su aceptabilidad. Sin embargo, hoy en día parece más bien absurdo discutir si una teoría u otra depende, para su validez teórica, de la aceptación de unos u otros principios lógicos, especialmente desde que hay muchas propuestas lógicas disponibles.

Pues bien, los principios de la lógica deontica estándar no siempre pueden ser aplicados al derecho. Una muestra de ello es que los juristas que defienden el principio «Lo no prohibido está permitido» en criterios de orden lógico, no están dispuestos, aplicando esos mismos principios lógicos, a aceptar el principio inverso («Lo no permitido está prohibido»)²⁵.

Si partimos de las definiciones de Obligación, Permisión y Prohibición:

$$\begin{aligned} Pp &= - O - p. \\ Fp &= - Pp = O - p. \end{aligned}$$

y del principio del tercero excluido ($Pp \vee P - p$; $Op \vee O - p$; $Fp \vee F - p$), por el cual todo comportamiento tiene que estar deónticamente determinado. Si a esto añadimos el hecho de existencia de una laguna en el derecho²⁶ (esto es, que hay comportamientos (p) que no son ni obligatorios, ni están permitidos ni prohibidos), llegamos a las conclusiones siguientes:

²⁴ «Si volviéramos sobre la literatura filosófica sobre el derecho anterior a 1950..., nos encontraríamos con abundantes referencias a la lógica y al derecho. Sin embargo, tanto han cambiado las ideas y las palabras que apenas veríamos algo de común entre lo que Kelsen entendía entonces por lógica, o lo que, en nuestros países, C. Cossío, E. García Máynez, L. Legaz y Lacambra o L. Recaséns Siches escriban bajo esa denominación, con los asuntos que preocupan hoy a las lógicas normativas» (VERNENGO, R. J. 1987, p. 304).

²⁵ Cfr. ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 216.

²⁶ Dada la pluralidad de significados del término laguna [vid. BOBBIO N. 1958 b) pp. 157-165; SEGURA ORTEGA, M. 1989, pp. 287-290, CHIASSONI, L. 1997, pp. 336-346; ITURRALDE SESMA, V. 1989, pp. 147-151], entiendo por laguna: (a) la ausencia de una norma cuya validez dé la condición de eficacia de otra (es lo que CONTE, A. G. 1962 p. 43, denomina laguna técnica), lo que se produce en aquellos supuestos en que falta la regulación global de una determinada materia, como (b) la ausencia en el ordenamiento de una norma que establezca una solución o regulación para un determinado caso individual (éste es, ampliado, el concepto de laguna normativa de ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1974, pp. 37-38, 48-49 y 58). Concepto que coincide en lo fundamental con el de SEGURA ORTEGA, M. (1989, p. 289) cuando señala que «una laguna es la ausencia de regulación por parte del Derecho (podría decirse mejor del Ordenamiento jurídico... de una situación o caso determinado que requiere imperiosamente una respuesta concreta que no se halla especificada o explicitada en dicho ordenamiento jurídico...».

- Fp = Pp (Lo no prohibido está permitido).
- Pp = Fp (Lo no permitido está prohibido).

La aproximación modal estándar a la lógica deóntica ha sido criticada porque sobrevalora la analogía entre los modos aléuticos y los modos deónticos y tiende a desconocer los rasgos peculiares que distinguen los modos deónticos de los otros modos (Hilpinen (1981, p. XI). Aquí voy a limitarme al operador deóntico Permitido, poniendo de relieve la necesidad de distinguir dos conceptos de Permision, pero también (como se verá en el apartado siguiente) dos conceptos de Obligación y Prohibición.

La distinción entre Permision débil y fuerte fue iniciada por Von Wright y ha sido desarrollada posteriormente por los iusfilósofos Alchourrón y Bulygin.

Von Wright modifica su posición inicial respecto de la identificación entre «Prohibido» y «no Permitido», y señala la necesidad de introducir dos conceptos de permision. «La opinión de que un permiso de hacer un determinada cosa –escribe– es lo mismo que la ausencia o falta de prohibición de hacer dicha cosa es bastante común. Yo mismo la he aceptado en anteriores publicaciones. Me parece, sin embargo, que esta opinión es un serio error por varias razones. Aquí expondré sólo una de ellas» (Von Wright, G. H. , 1970, p. 101).

Para evitar la interdefinibilidad de prohibido y permitido distingue dos tipos de permiso (permiso débil y permiso fuerte) que define como sigue:

df 1 = «Un acto se dirá que está permitido en el sentido fuerte, si no está prohibido, pero ha sido sometido a norma. Los actos que están permitidos en sentido fuerte lo están también en sentido débil pero no necesariamente viceversa», a lo que añade:

df 2 = «Un acto está permitido en sentido fuerte si la autoridad ha considerado su estado normativo y decide permitirlo. Pero esto no debe entenderse que significa que la autoridad es necesariamente de haber permitido el acto. El permiso puede también ser una *consecuencia lógica* de las normas que ha emitido» (Von Wright, G. H. 1970, p. 101)²⁷. A su vez distingue varias especies de permiso fuerte: permiso

²⁷ Von WRIGHT, G. H. (1981, p. 25), define también la permision fuerte como sigue: «El operador «fuertemente permitido» lo podemos definir como sigue: «La (en sentido fuerte) acción individualmente permitida no cae bajo ninguna clase de acción prohibida pero cae al menos bajo una (en sentido fuerte) permitida».

ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. (1991, pp. 215-238) critican la duplicidad de definiciones dadas por Von WRIGHT en la medida en que ambas no son equivalentes, por lo que se plantean la pregunta de cuál de las dos ha de ser considerada como la definición de permiso fuerte. En efecto la *df 1* requiere dos condiciones: (a) un acto no ha de ser prohibido y (b) debe estar «sometido a norma», esto es, debe ser o bien permitido o bien obligatorio. En cambio la *df 2* exige una sola condición: el acto debe ser (expresa o implícitamente) permitido. Esta segunda condición es idéntica a (b). «Supongamos ahora –prosiguen los autores– que una autoridad normativa decide permitir un acto que está prohibido (tal vez sin haberse percatado de este hecho). ¿Sería este acto considerado como permitido en el sentido fuerte? Conforme a (i) la respuesta sería negativa, pues el acto está prohibido; de acuerdo a (ii) la respuesta sería positiva, pues el acto está explícitamente permitido» (p. 217).

como tolerancia, permiso como derecho en relación con los sujetos de la prohibición, y permiso como habilitación (Von Wright, G. H., 1970, pp. 104).

Para Von Wright la razón de que el permiso no se pueda definir en términos de obligación y prohibición radica en que hay un elemento en los permisos que no es reducible a los otros caracteres normativos, elemento que denomina «tolerancia». «Para ver si un permiso es un carácter irreducible de las normas o no debemos examinar la noción de tolerancia». «... si hay un elemento en los permisos que no es reducible a los otros caracteres normativos, este elemento es idéntico a lo que llamamos tolerancia. Así, lo que es característicamente «permisivo» de los permisos sería la declaración por la autoridad de la norma de su tolerancia de una determinada conducta por parte del sujeto o sujetos de la norma (Von Wright, G. H. 1970, p. 105).

Alchourrón y Bulygin abundan en la distinción realizada por el lógico finés partiendo de la distinción entre normas y proposiciones normativas y poniendo de relieve el diferente significado de la permisión en uno y otro caso ²⁸.

En la terminología de estos iusfilósofos las *normas* son enunciados prescriptivos que se usan para ordenar, prohibir o permitir conductas humanas. Las *proposiciones normativas* son enunciados descriptivos que se usan para informar acerca de las normas o acerca de las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas por las normas (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1974, p. 173).

La interdefinibilidad de los tres caracteres normativos (obligatorio, prohibido, permitido) significa que las *normas* «Permitido *p*», «No prohibido *p*» y «No obligatorio *no p*», son lógicamente equivalentes y significan lo mismo. También son lógicamente equivalentes las normas «Prohibido *p*», «No permitido *p*» y «Obligatorio *no p*».

En el plano de las proposiciones normativas son necesarios dos conceptos de permisión ²⁹: la permisión débil y la permisión fuerte, que se definen como sigue:

- Definición de *permisión fuerte*: *p* está permitido en sentido fuerte en el caso *q* en el sistema *a* = Df. De *a* se infiere una norma que permite *p* en el caso *q*.

²⁸ Cfr. ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1996, pp. 140-143.

²⁹ «Es precisamente la posibilidad de sistemas normativos incoherentes e incompletos lo que hace necesario distinguir entre los permisos fuertes y débiles. Con respecto a sistemas completos y coherentes la distinción se esfuma: si un sistema es completo todos los estados de cosas relevantes están regulados, sea como prohibidos, sea como permitidos en sentido fuerte, de manera que no existen estados de cosas permitidos en el sentido débil (es decir, no prohibidos) que no están a la vez permitidos en el sentido fuerte» (ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 220. Vid. también BULYGIN, E. 1995, pp. 129-141).

Cfr. la crítica que ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991, p. 237, realizan a la historia que relatan ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG (1980) según la cual no tendría sentido distinguir entre permisos fuertes y débiles.

- Definición de *permisión débil*: p está permitido en el sentido débil en el caso q en el sistema $a = \text{Df.}$ Entre las consecuencias de a no existe una norma que prohíba (= no permita) p en el caso q .

Si bien permitido y prohibido como caracteres de las normas son dos conceptos contradictorios (permitido equivale a no prohibido y viceversa); la permisión fuerte y la prohibición fuerte, en cuanto caracteres de las conductas, no son contradictorias pues cabe una tercera posibilidad, a saber, que del sistema no se pueda inferir ni la permisión ni la prohibición de la conducta p . Así, ocurre justamente cuando entre las consecuencias del sistema no figura ninguna norma que permita y tampoco hay una norma que prohíba p (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1974, p. 175).

Para Alchourrón y Bulygin la *versión fuerte* del Principio de Permisión (denominado por ellos Principio de Prohibición) según la cual «para toda conducta p y para todo caso q , vale que si de a no se infiere la prohibición de p en q , entonces de a se infiere la permisión de p en q (o lo que es lo mismo, «Todo lo que no está prohibido en el sentido fuerte, está permitido en el sentido fuerte), no es verdadera (a menos que todos los sistemas normativos sean (absolutamente) cerrados, es decir, completos respecto de cualquier Universo de Casos y en cualquier Universo de Soluciones). En efecto, «del solo hecho de que una cierta norma (la que prohíbe p) no pertenezca al sistema, no se puede inferir que otra norma distinta (la que permite p) forme parte del mismo, a menos que el sistema contenga una regla de clausura, es decir, una regla que autorice a efectuar la inferencia» (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1974, p. 179).

De otro lado, las definiciones anteriores no son circulares porque los términos «permitido» y «prohibido» tienen distintos significados en el *definiendum* y en el *definiens*. Así, los términos, «permite» y «prohíbe» que figuran en el *definiens* se refieren a los *caracteres de las normas*; mientras que cuando dichos términos figuran en el *definiendum* son caracteres de las conductas reguladas por la norma. «Los *caracteres de las conductas* son elementos de las proposiciones normativas en el mismo sentido que los caracteres normativos son elementos de las normas» (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1974, p. 174). «La distinción entre los caracteres de las normas y los caracteres de las conductas es fundamental, pues gran parte de las dificultades que surgen de la interpretación del Principio de Prohibición se deben precisamente a la confusión de estos conceptos». (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1974, p. 175).

Los filósofos argentinos resumen su posición llamando la atención sobre la ambigüedad del principio «Lo que no está prohibido está permitido»; ambigüedad que ponen de manifiesto mostrando las tres maneras en que el mismo puede interpretarse:

a) Si «permitido» expresa el concepto prescriptivo, entonces el principio es una norma, a saber, «una norma permisiva con un contenido especial» (Von Wright, p. 87). Esta norma permite todos los

actos o estados de cosas que no han sido prohibidos por otras normas del sistema; si una norma de tal tipo es agregada a un conjunto de normas, el sistema resultante es completo o cerrado. Pero la cuestión de saber si una norma de clausura de este tipo pertenece o no a un sistema es una cuestión contingente, que nada tiene que ver con la lógica.

b) Si «permitido» significa «permiso fuerte», entonces el principio es una proposición contingente acerca de un sistema normativo. Ser verdadero si el sistema en cuestión es completo y falso, si no lo es. Por lo tanto, en esta versión el principio no puede ser invocado como una razón para sostener que todos los sistemas normativos son completos.

c) Si «permitido» significa «permiso débil», entonces el principio es analítico (respecto de la definición de «permiso débil»), pero como tal es vacío y nada dice de ningún sistema normativo. Por consiguiente no excluye la posibilidad de que haya lagunas, esto es, estados de cosas no regulados, porque un estado de cosas no regulado es justamente el que no está prohibido (es decir, permitido en sentido débil y no permitido en el sentido fuerte) (*cf.* Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1991, p. 221).

En el sentido *a)* «permitido» expresa el concepto prescriptivo de permisión, mientras que en las acepciones *b)* y *c)* «permitido» expresa conceptos descriptivos (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1991, p. 219).

Partiendo de la importancia y necesidad de distinguir entre estos dos conceptos de permisión hay que señalar lo siguiente. De un lado, el concepto de Permiso débil no es un concepto descriptivo sino valorativo, puesto que (a diferencia de la permisión fuerte) implica una determinada valoración del Ordenamiento jurídico según la cual a falta de una norma que otorgue una cualificación normativa a una conducta ésta debe entenderse permitida.

De otro lado, los iusfilósofos argentinos no llevan el argumento hasta sus últimas consecuencias, esto es, a admitir, los conceptos de Obligación y Prohibición débiles. Puesto que, cuando definen los mismos lo hacen en un plano teórico, sin considerar que aquéllos puedan tener alguna virtualidad en los Ordenamientos jurídicos. Así, Alchourrón y Bulygin escriben que la noción de prohibición débil es muy poco usada: «sólo en circunstancias muy especiales una conducta se calificaría como prohibida por el mero hecho de que no estuviera expresamente permitida. Menos usual todavía es la noción de obligación débil» (Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. 1974, p. 177, nota 12).

2. Perspectiva del Ordenamiento jurídico

Las razones en contra del mantenimiento en nuestro Ordenamiento, con alcance general, del principio según el cual «Lo no prohibido está permitido», pueden reconducirse a las siguientes:

1) No hay en nuestro Ordenamiento jurídico una norma expresa ni implícita que exprese dicho principio general ³⁰.

Para que una norma forme parte de un Ordenamiento jurídico o bien tiene que haber sido emanado por algún órgano competente para ello (norma expresa), o tiene que ser consecuencia de otras normas (norma implícita) ³¹. Pues bien al menos en el derecho español no hay una norma de ese tipo. En palabras de Ruíz Miguel (1983, p. 252 y 1993, p. 162), «tampoco es posible encontrar la norma general excluyente permisiva en un hipotético derecho general a la libertad de carácter jurídico, pues, que yo sepa, ni está reconocido legal y judicialmente en toda su extensión en parte alguna, ni sería razonable reconocerlo».

De otro lado, tampoco constituye una condición *sine qua non* de los actuales ordenamientos jurídicos, puesto que (como veremos más adelante) en aquellos ámbitos en que el legislador ha querido establecer dicha norma de clausura lo ha realizado expresamente.

2) La aplicación de este principio puede dar como resultado un conflicto de derechos.

A diferencia de lo que ocurre en la lógica deóntica donde suele afirmarse que los permisos nunca se contradicen entre sí ³², en el ámbito jurídico la permisión concedida a una persona puede excluir la permisión de otra cuando ambas tiene por objeto la realización simultánea de una misma acción o estado de cosas ³³. Veamos algunos ejemplos.

- El Código Civil no establece nada respecto a la duración de la pensión compensatoria que, en virtud del artículo 90 E) del Código Civil uno de los cónyuges debe abonar al otro en caso de nulidad, separación o divorcio. En un determinado proceso judicial en que se discute esta cuestión, aplicando el principio de permisión resultaría que ante la pretensión del cónyuge A (deudor

³⁰ El concepto de laguna (en cuanto ausencia en un Ordenamiento jurídico de respuesta a un determinado caso), remite al problema de la identificación de dicho ordenamiento, esto es, a la determinación de las fuentes de derecho, cuestión que va más allá de este trabajo.

Únicamente tengo que precisar que cuando utilizo la expresión «norma jurídica» lo hago en un sentido amplio como «todo enunciado que, independientemente de su forma y de su objeto, es reconocible como perteneciente a un sistema normativo» (cfr. GUASTINI, R. 1987, p. 4, y TARELLO, G. 1980, pp. 61-62). De otro lado, utilizo «norma» como equivalente a «enunciado normativo» (a diferencia de enunciación normativa y de proposición normativa).

³¹ GUASTINI, R. 1982, pp. 11-13, y 1990, pp. 122-124, emplean la expresión «norma implícita»; ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1974, p. 396, así como Von WRIGHT, G. H. 1970, pp. 165-168, «normas derivadas»; WROBLEWSKI, J. 1984, pp. 7-9, y PRIETO SANCHÍS, L. 1992, p. 141, «principios implícitos». Más allá de la terminología lo importante es la idea de que, en palabras de PRIETO SANCHÍS, «es una norma que no puede ser considerada como el significado de una determinada disposición normativa, sino que se supone constituye casos de aplicación o especificación de dicho principio».

³² Von WRIGHT, G. H. 1970, p. 155. No obstante hay quienes, como PEÑA, L. y AUSÍN, F. J. 1995, pp. 228-232, reconociendo la posibilidad de conflicto entre permisiones aceptan el Principio de Permision.

³³ Cfr. A. RUIZ MIGUEL 1983, pp. 254-255.

de la pensión) de limitar su alcance durante por ejemplo cinco años la respuesta sería afirmativa, como lo sería también ante la demanda del cónyuge B (acreedor de la pensión) acerca de si puede cobrar la pensión indefinidamente. Resulta obvio que ambas soluciones («Al cónyuge A le está permitido pagar la pensión sólo durante cinco años» y «Al cónyuge B le está permitido cobrar la pensión indefinidamente») son incompatibles.

- El artículo 122. 3 CE dejó una laguna al no indicar a propuesta de quién o qué órgano debían ser elegidos los doce miembros del Consejo General del Poder Judicial de procedencia judicial. Desde la entrada en vigor de la Constitución hasta la aprobación en 1980 de la Ley del Consejo General del Poder Judicial había una laguna. Pues bien si nos atenemos al principio «Lo no prohibido está permitido», tenemos que:

«Está permitido que los doce miembros sean nombrados a propuesta de los Jueces y Magistrados».

«Está permitido que los doce miembros sean nombrados a propuesta del Parlamento».

Pues bien, es patente que ambas permisiones no pueden llevarse a cabo simultáneamente.

- En aplicación del artículo 61 de la Ordenanza Laboral para la Pesca Marítima de Buques Arrastreros al Fresco (aprobada por Orden de 31 de julio de 1976, y legislación válida y aplicable al caso) el 9 de diciembre de 1986 J. A. N. es cesado en su empleo sin indemnización alguna puesto que la norma citada no reconoce dicho derecho. Supongamos (aunque sería discutible) que estamos en presencia de una laguna. ¿Tiene J. A. N. derecho a indemnización en la medida que la Orden citada no lo prohíbe? ¿Tiene el empresario derecho a despedir a J. A. N. sin indemnización? (por la misma razón que antes).

Aplicando el principio de permisión, las respuestas a ambas cuestiones tendrán que ser afirmativas («A J. A. N. le está permitido cobrar una indemnización» y «Al empresario le está permitido despedir a J. A. N. sin indemnización»), lo que resulta contradictorio.

3) La aplicación de dicho principio conduce a soluciones no contradictorias pero jurídicamente inviables.

Una vez renovado en Congreso (art. 99 CE) ¿qué plazo hay para que el Rey, a través del Presidente del Congreso, proponga un candidato a la presidencia del Gobierno? ¿Qué plazo tiene el Rey para promulgar y ordenar la inmediata publicación de las leyes, una vez aprobadas por el Parlamento»? (art. 62 CE).

En casos como éstos nada se resuelve con la aplicación del principio de permisión, pues resulta absurda la interpretación según la cual el Rey puede (en tanto que no está prohibido) emplear tanto cinco o veinte días, como cinco o veinte años.

4) Hay ocasiones en que la solución de un caso no regulado se resuelve por aplicación de la analogía, los principios generales del derecho, los principios constitucionales, etc. Esto puede conducir a que una conducta no prohibida resulte prohibida como consecuencia de la aplicación de dichos medios de integración.

- En la STC 123/1992, de 28 de septiembre se planteó la cuestión de si el empresario puede sustituir a los trabajadores en huelga por otros de la misma empresa que no la secundan, situación no contemplada expresamente por norma alguna. Pues bien, aunque las normas referidas a la materia parecían sugerir una respuesta afirmativa ³⁴, el Tribunal Constitucional estableció que «no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, sin que pueda ser incluida esta conducta entre las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el artículo 37 de la Constitución» ³⁵.
- En la STC 103/1990 de 4 de junio (en la que se resuelve el ejemplo antes citado) el Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de que a pesar de no estar prevista la indemnización en caso de despido en la Ordenanza de Trabajo de 31 de julio de 1976 aplicable al caso, la conducta del empresario de despedir sin indemnización está prohibida, puesto que, «en nuestro actual

³⁴ Pues el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 señala que: «En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que *no estuviesen vinculados a la empresa* al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado siete del presente artículo», y el artículo 8.10 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, tipifica como infracción grave «los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores por otros *no vinculados al centro de trabajo* al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el Ordenamiento».

³⁵ El Tribunal Constitucional (S 103/1990, de 4 de junio), decidió la cuestión en el sentido de que: «La interpretación *a contrario sensu* de esta prohibición [la del art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977 y del art. 8.10 de la Ley 8/1988] parece sugerir que, en cambio, se permite la sustitución interna por personal ya perteneciente a la empresa, conclusión que a su vez es reforzada si el problema se contempla desde la perspectiva de la libertad, uno de cuyos criterios rectores dice que lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido. Esto es lo que en definitiva han dicho y hecho no sólo la Administración, sino también, y sobre todo, el extinguido Tribunal Central de Trabajo en la sentencia que es objeto de este proceso (FJ 2)», para continuar señalando que el derecho de huelga (art. 28 CE) goza de una situación de preeminencia respecto al derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE), así como que «la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*..., desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el Ordenamiento jurídico». «En consecuencia –concluye el Alto Tribunal–, desde la perspectiva de los principios constitucionales más arriba analizados, en su proyección sobre la situación concreta que es objeto de este proceso, no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, sin que pueda ser incluida esta conducta entre las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el artículo 37 de la Constitución» (FJ 5).

derecho positivo, existe una *regla general* mediante la cual a falta de una norma que expresamente disponga lo contrario, el cese del empleo por voluntad del empresario sin justa causa lleva consigo, como mínimo, el abono de una indemnización, cualquiera que sea la naturaleza, común o especial de la relación laboral» (FJ 4) (la cursiva es mía).

- La misma solución (de prohibición) ha dado el Tribunal Supremo, por ejemplo a la cuestión de la *inmisio in alienum*. ¿Está en nuestro ordenamiento prohibido cualquier tipo de inmisión perjudicial o nociva?, teniendo en cuenta que la única prohibición existente es la establecida en el artículo 1908 del Código Civil relativa a supuestos concretos. Pues bien, el Tribunal Supremo ha establecido la prohibición general de todo tipo de inmisiones ³⁶.
- Otro tanto puede decirse del enriquecimiento sin causa, supuesto no contemplado con carácter general en nuestros textos legales (la única mención se encuentra entre las normas del derecho internacional privado del Título Preliminar del Código Civil), respecto del cual la jurisprudencia ³⁷ ha establecido su prohibición.

5) Un caso genérico no regulado, puede tener como solución la prohibición o la permisión según el caso individual al que se aplique.

- A este respecto resulta significativo el problema de la admisión o no en nuestro ordenamiento del «derecho al suicidio». La conclusión a que llegó el Tribunal Constitucional (S 120/1990, de 27 de junio) al hilo del recurso del amparo planteado por tres miembros de los GRAPO mientras cumplían condena, fue (en lo que a nosotros nos interesa) que hay que distinguir entre «quien asume el riesgo de morir en una situación que sólo a él afecta», en cuyo caso se trata de acto de libertad y respecto del cual sería ilícita la asistencia médica obligatoria; y «la decisión de quienes, hallándose en una relación de sujeción especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le con-

³⁶ El razonamiento del TS (S 12 de diciembre de 1980) es el siguiente: «si bien el C. C. no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina jurisprudencial y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 y de las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtiene por generalización analógica de los artículos 590 y 1908, pues es regla fundamental que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina, a lo que cabe añadir disposiciones de otra índole como son el Reglamento de 30 de noviembre de 1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y el artículo 5, número 2, de la ley de 19 de noviembre de 1975, sobre desechos y residuos sólidos».

³⁷ STS 23 de marzo de 1966, 27 de enero de 1975, 1 de diciembre de 1980, 12 de diciembre de 1984, 25 de noviembre de 1985, 12 de marzo de 1987 y 30 de marzo de 1988.

fiere el Ordenamiento jurídico» en cuyo caso es lícita la asistencia médica obligatoria.

Como puede apreciarse en este caso el suicidio está prohibido o permitido según la situación en la que se encuentre el sujeto.

- En nuestro derecho no está regulada con carácter general la autocontratación (esto es la posibilidad de que el mismo sujeto establezca una relación obligatoria entre su patrimonio y otro sobre el que acta por representación legal o voluntaria, o bien entre dos patrimonios ajenos de los que es administrador). Imaginemos que el representante, encargado de vender una finca, quiere comprarla para sí y el representado se opone. Aplicando el principio de «Todo lo que no está prohibido está permitido» tendríamos que responder afirmativamente a la pregunta de si el representante, encargado de vender una finca, puede comprarla para sí. Pues bien, la jurisprudencia, lejos de establecer esta libertad general, ha señalado que la respuesta es positiva o negativa en función de la existencia o no de conflicto de intereses entre representante y representado. Así, la respuesta negativa se ha basado en los supuestos contemplados en los artículos 1459, 1 y 2, 163, 299, 1 del Código Civil y 267 del Código de Comercio. De ellos puede inferirse lógicamente –dice la jurisprudencia– una prohibición de la autocontratación, dado que tienden a evitar el conflicto de intereses que se produce entre los propios y personales del afectado y los de los otros por los que ha de velar en virtud de la posición jurídica que ostenta. En aquellos casos en que no exista colisión de intereses porque, por ejemplo, ha sido superada por el propio titular del interés afectado dando licencia para el autocontrato, está permitida (SSTS de 5 de noviembre de 1956, 27 de octubre de 1966 y 30 de septiembre de 1968).
- Otro tanto se puede decir respecto de la admisión de la objeción de conciencia. Ante el silencio de la CE el Tribunal Constitucional se pronunció no en el sentido de admitirla con carácter general (lo que sería consecuencia del principio de «Lo no prohibido está permitido»), ni de su total exclusión (en razón de que el art. 30. 2 CE sólo la reconoce en un determinado supuesto), sino que estableció en un determinado supuesto (la objeción de conciencia de los médicos a realizar abortos) está permitida (STC 53/1985, 11 abril, FJ 14), mientras en otros (la objeción de conciencia fiscal) está prohibida (STC 161/1987, 27 octubre, FJ. 3)³⁸.

³⁸ La STC 53/1985 reza así «... cabe señalar, por lo que se refiere a la objeción de conciencia [de los médicos a realizar abortos] que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas

Las anteriores razones muestran que no puede mantenerse como principio general (esto es, aplicable a todo el Ordenamiento) el Principio de Permisi3n.

As3, y frente a lo que es opini3n com3n ³⁹, paralelamente a los conceptos de Permisi3n fuerte y Permisi3n d3bil puede hablarse de Obligaciones fuertes y d3biles y Prohibiciones fuertes y d3biles. Los ejemplos indicados muestran c3mo conductas no expresamente prohibidas ni obligatorias, pueden estar prohibidas o ser obligatorias en sentido d3bil. De aqu3 que las normas permisivas tengan un lugar tan importante en el sistema jur3dico como las obligaciones y prohibiciones (Ruiz Miguel, A, 1988 a), p. 290).

3. Limitaci3n de dicho principio al 3mbito sancionador (penal y administrativo)

Indicadas las razones por las que en nuestro derecho no es v3lido con alcance general el Principio de Permisi3n, hay quienes han intentado justificarlo reduciendo su 3mbito de aplicaci3n. As3, Bobbio [1958 a), pp. 159-160] considera que la aplicaci3n o no de dicho principio est3

ocasiones, la Constituci3n es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales»; y la STC 161/1987, se3ala: «La objecci3n de conciencia con car3cter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no est3 reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significar3a la negaci3n misma del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto. Y esto es lo que hizo el constituyente espa3ol, siguiendo el ejemplo de otros pa3ses, al reconocerlo en el art3culo 30 de la Norma suprema, respecto al deber de prestar el servicio militar obligatorio».

³⁹ Cfr., p. ej., BOBBIO, N. 1980, p. 893: «Esta distinci3n (entre obligaci3n fuerte y obligaci3n d3bil) no ha sido nunca hecha y nunca ser3 hecha porque no es necesaria. No es necesaria porque las obligaciones son siempre obligaciones fuertes, s3lo existen si son expresamente previstas por la norma»; SOETEMAN, A. 1989, p. 150: «En el caso de ausencia de normas jur3dicas es posible hablar de permisi3n en sentido d3bil»; ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. 1994, p. 832, despu3s de negar la existencia de conductas indiferentes se3alan: «aqu3 cabr3a decir que –en virtud de la competencia materialmente ilimitada que los sistemas jur3dicos como tales reclaman para s3– todo lo no prohibido est3 permitido»; «En forma an3loga podr3amos definir tambi3n la noci3n de prohibici3n d3bil, como la ausencia (en *a*) de una norma que permita *p*. Pero esta noci3n es muy poco usada: s3lo en circunstancias muy especiales una conducta se calificar3a como prohibida por el mero hecho de que no estuviera expresamente permitida. Menos usual todav3a es la noci3n de obligaci3n d3bil» (ALCHOURR3N, C. E. y BULYGIN, E. 1974, p. 177, nota 12); «Para asegurar la regulaci3n de todas las conductas posibles, es suficiente con incluir entre sus normas una cl3usula de cierre del sistema, o norma de cierre por la cual se prev3 por adelantado el r3gimen aplicable a las conductas no expresamente previstas. El principio de prohibici3n puede ser justamente una norma de este tipo. Mejor, puede hacerse que este principio sea la 3nica norma aparentemente justa y bastante simple con la que es posible clausurar un sistema normativo: basta observar que una norma alternativa simple, como el principio: «Todo lo que no est3 permitido est3 prohibido», no s3lo parece injusta e irrealizable por razones practicas, sino a3n no ser3a de ninguna utilidad para la clausura l3gica del sistema, puesto que la no permisi3n

en función de la esfera del derecho (privado o público). En todo Estado –señala– hay situaciones que corresponden a la primera fórmula (Todo está permitido excepto lo que está prohibido) en la que el presupuesto es la libertad natural y situaciones correspondientes a la segunda (Todo está prohibido excepto lo que está permitido) en la que el presupuesto es la falta de libertad. «Esta diferencia de situaciones corresponde *grosso modo* a la tradicional distinción entre la esfera del derecho privado y la del derecho público. Cuando leemos el Código Civil lo leemos teniendo en mente el presupuesto de que todo lo que no está previsto en él está permitido; cuando leemos el texto de una Constitución leemos teniendo *in mente* que todo lo que no está expresamente autorizado está prohibido. Diremos, en otras palabras, que en la esfera de la reglamentación de la autonomía privada vale el postulado de que todo está permitido excepto aquello que está prohibido, mientras que en la esfera de la reglamentación de los órganos públicos vale el postulado opuesto de que todo está prohibido excepto lo que está expresamente permitido. La distinción no tiene valor puramente teórico: en caso de laguna, si un sistema imperativo se rige por el primer postulado deriva que el comportamiento no previsto debe considerarse permitido, si se rige por el segundo el comportamiento no previsto debe considerarse prohibido». Para Kelsen (1934, p. 290) la diferencia reside en el sujeto, así «El hombre puede hacer todo lo que no le está prohibido por el Estado, es decir, por el orden jurídico; pero el Estado, o mejor, el hombre investido de la calidad de órgano estatal, sólo puede hacer lo que le está permitido jurídicamente».

En mi opinión dicho principio es válido en nuestro ordenamiento únicamente respecto de aquellas actos o estados de cosas cuya consecuencia es una sanción penal, administrativa, o medida de seguridad ⁴⁰,

de una acción y de su omisión implicaría la prohibición de una y otra conducta, lo que sería contradictorio» (RUIZ MIGUEL, A. 1988 b), p. 325; «... las permisiones tienen un *status* normativo distinto de las obligaciones y de las prohibiciones. La permisón de *p* está dada por la ausencia de un cierto acto (ausencia del acto de prohibir *p...*), mientras que la prohibición (u obligación) requiere la existencia de ciertos actos normativos» (ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. 1991, p. 131. *Cfr.* también PRIETO SANCHÍS, L. 1990, pp. 153-166).

⁴⁰ En este sentido se pronuncia RUIZ MIGUEL, A. (1983, p. 252) para quien «en efecto, como norma jurídica no suele existir más que en Derecho penal y el intento de encontrarla para todo el Derecho está abocado al fracaso. No puede hallarse en la prohibición general de las coacciones porque el hecho de que una conducta no pueda ser coactivamente exigida no siempre significa que está permitida». En otro lugar la extiende al ámbito tributario: «Hay dos sectores, sin embargo, en los que los principios de legalidad formal y de prohibición de analogía *in malam partem* convalidan la existencia constitucional de una norma general excluyente en relación con las acciones de los ciudadanos: el Derecho penal y el tributario. «La operatividad de la norma general excluyente en estos sectores procede no tanto de esa norma como tal, sino, de un lado, de su rango constitucional y, de otro, de la reserva legal y de la exigencia de taxatividad o concreción que la acompañan, que permite formularla como «Lo que está *legal* y *taxativamente* prohibido está permitido para el ciudadano» o «Lo que no está establecido expresa y concretamente por ley como tributo no obliga al ciudadano» (RUIZ MIGUEL, A. 1993, p. 163).

y podría formularse como «Toda acción u omisión cuya consecuencia no constituya delito, falta, medida de seguridad o infracción administrativa según la legislación vigente en el momento de su comisión, no puede ser sancionada con ninguna de esas consecuencias».

Ello se infiere de una interpretación conjunta de los artículos 25. 1 de la CE, 1. 1 y 2, 2. 1 y 10 del Código Penal, artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y artículo 129. 1 y 2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; así como de la prohibición de analogía de los artículos 4.1 del Código Penal y 129. 4 de la Ley 30/1992 citada ⁴¹.

El Tribunal Constitucional interpreta la garantía de legalidad del artículo 25. 1 CE (aplicable tanto de las sanciones penales como de las administrativas) en el siguiente sentido: *a)* prohibición de sancionar a un individuo por comportamientos no previstos como tales en el momento de producirse éstos, *b)* prohibición de imponer sanciones no previstas, *c)* prohibición de irretroactividad de las normas desfavorables, *d)* prohibición aplicación analógica, y *e)* obligación de taxatividad tanto de los comportamientos como de las sanciones correspondientes. A diferencia de lo que ocurre con las cuatro primeras garantías, la exigencia de esta última es más laxa desde el momento que se hace com-

⁴¹ Constitución: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento» (art. 25.1).

Código Penal: «1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no está prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley» (art. 1); «1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración» (art. 2); «Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley» (art. 10); «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas» (art. 4. 1).

Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: «1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley». «4. Las normas definitorias de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica» (art. 129).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...» (art. 15. 1).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional...» (art. 7).

Por lo que se refiere al ámbito militar, el principio de legalidad está plasmado en el artículo 1 del Código Penal Militar («Sólo serán castigadas como delitos militares las acciones y omisiones previstas como tales en este Código»).

Respecto de las sanciones administrativas *vid.* DOMÍNGUEZ VILA, A. (1997), SUAY RINCÓN, J. (1989), GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (1994), CID MOLÍN, J. (1996).

patible con la inclusión de expresiones valorativas y con tipos penales en blanco ⁴².

El problema reside en la interpretación del término «sanción», pues el Tribunal Constitucional, si bien parte de un concepto formal, se ve necesariamente abocado a darle un contenido material con el fin de excluir de su extensión determinados supuestos. En principio dicho término lo entiende el Tribunal Constitucional en un sentido formal: «sanción penal» equivale a sanción punitiva impuesta por jueces o tribunales penales y «sanción administrativa» a sanción punitiva impuesta por la Administración. Así, es el criterio del órgano el que el Tribunal Constitucional utiliza como prioritario para establecer las garantías en uno y otro caso ⁴³. Dicho esto, el Tribunal Constitucional excluye del concepto de sanción la denominada expropiación sanción, las multas coercitivas, los tributos con función extrafiscal y los recargos tributarios. El Alto Tribunal define el concepto de sanción en función de algo tan impreciso como el fin represivo, retributivo o de castigo. Así, por ejemplo, señala que «El recargo no tiene un verdadero sentido sancionatorio porque carece de finalidad represiva, retributiva o de castigo» y que «el hecho de que el recargo impugnado pueda tener una finalidad disuasoria del pago impuntual no lo convierte en una sanción» (STC 164/1995 (FJ. 4), que «la *intentio legis* del tributo [se está refi-

⁴² En cuanto a la garantía de legalidad penal *vid.* SSTC 160/1986, 122/1987, 3/1988, 29/1989, 61/1990, 127/1990, 182/1990, 207/1990, 111/1993, 372/1993, 102/1994, 265/1994 y 120/1996.

Respecto a la aplicación (aunque con matices), de los principios inspiradores del derecho penal sancionador al ámbito administrativo, *cfr.* STC 77/1983, 42/1987, 3/1988, 219/1989 y 89/1993. El Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de imponer sanciones e infracciones administrativas por normas de rango reglamentario (*cfr.* SSTC 42/1987, 101/1988 y 29/1989).

En cuanto a la prohibición de irretroactividad *vid.* STC 8/1981 y 15/1981. Por lo que a la prohibición de aplicación analógica de las normas desfavorables respecta, *vid.* STC 74/1984. Respecto de la constitucionalidad (con ciertos requisitos), de las leyes penales en blanco, *cfr.* SSTC 127/1990 y 118/1992.

⁴³ Como señala Cid Molán, J. (1996, p. 135, nota 4), la expresión «sanción penal» es ambigua pues puede utilizarse para designar a aquellas sanciones que imponen los jueces o tribunales penales, con independencia de su contenido o para referirse a aquellas sanciones que, con independencia del órgano que las impone, tienen una determinada gravedad.

Podría haberse adoptado un criterio material o de contenido distinguiendo el tipo de sanción (penal o administrativa) en función de la gravedad de ésta. En este sentido, PRIETO SANCHÍS, L. (1982, pp. 100-101) señala que no hay una diferencia conceptual entre el Derecho penal y el Ordenamiento administrativo sancionador fuera de la competencia en cada caso: «El Derecho Comparado y el histórico ponen de relieve que lo considerado en un Ordenamiento como acción criminal en otro es tratado como delito administrativo..., es una idea quimérica suponer que existen notas internas distintivas para ambos tipos y, con ello, para la demarcación de las esferas respectivas, 'de modo que el Derecho positivo, al repartir la competencia ente los Tribunales y las autoridades administrativas, no haría sino dar satisfacción a una necesidad derivada del hecho sometido, en cada caso, a la sanción penal».

A este respecto, hay que poner de relieve que otro tipo de sanciones (civiles o laborales, por ejemplo) pueden tener más gravedad que una sanción penal.

riendo a tributos con función extrafiscal] no es crear una nueva fuente de ingresos públicos con fines estrictamente fiscales o redistributivos sino disuadir a los titulares de propiedades o de empresas agrícolas del incumplimiento de las obligaciones a la función social de la propiedad de la tierra que la propia ley define» (STC 37/1987 FJ. 13); que «las multas coercitivas no se inscriben en el ejercicio «de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración» (STC 239/1988 (FJ. 2), y respecto de la expropiación-sanción que «no estamos ante 'sanciones', sino ante un instrumento de acción pública en pro del cumplimiento de la función social de la propiedad».

Para finalizar hay que destacar dos aspectos importantes de este tema. De un lado, que en este ámbito sancionatorio la permisión no lo es respecto a los *comportamientos*, sino a las *consecuencias* de los mismos. Con esto quiero decir que el hecho de una acción u omisión no tenga una sanción penal ni administrativa no excluye una consecuencia de otro tipo (civil, laboral, etc.).

De otro lado, lo dicho hasta ahora no significa que el derecho penal (ni el administrativo sancionador) sean sectores del ordenamiento sin lagunas. Así, por ejemplo, nada dice el Código Penal en cuanto a cómo opera la prescripción cuando estamos ante delitos conexos (¿se aplica por separado a cada uno de ellos o deben considerarse como una unidad?) o, desde cuándo comienza a correr el plazo de prescripción si no se conoce el día en que se cometió la infracción punible?, etc.

Escribe Von Wright (1997, p. 33) que «la cuestión de las lagunas no es una cuestión de lógica. Es más bien una cuestión de aceptación o no aceptación de determinadas metanormas». La cuestión es que en los estados de derecho en los que el principio de legalidad es una de las piedras de toque difícilmente pueden aceptarse metanormas (mientras sólo sean esto).

III. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E.: (1974): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- (1991): *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1996): «Norma jurídica», Grazón Valdés, E. y Laporta, F. J. (eds.) *El derecho y la justicia*, Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pp. 133-147.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. R.: (1994): «Sobre permisos en el derecho», *DOXA*, 15-16, pp. 815-843.
- AUSTIN, J. (1885): *Lectures on Jurisprudence*, John Murray, London.
- BOBBIO, N.: (1958): *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino.
- (1960): *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino.
- (1979): *Il Positivismo Giuridico*, Giappichelli, Torino.
- (1980): «Norma», en *Enciclopedia Einaudi*, vol. 9, pp. 876-907.

- BULYGIN, E. (1995): «Lógica deóntica», ALCHOURRÓN, C. E. (ed.) *Lógica*, Trotta-Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, pp. 129-141.
- CAPELLA, J. R.: (1968): *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona.
- (1970): «Una investigación acerca de la ontología presupuesta por la teoría de la norma: la cuestión de la norma permisiva», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XV, pp. 219-247.
- CARNELUTTI, F. (1946): *Teoria generale del diritto*, Foro italiano, Roma.
- CHIASSONI, L. (1997): «Lacune nel diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXVII, núm. 2, pp. 321-363.
- CID MOLINÉ, J. (1996): «Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», *Revista de Administración Pública*, núm. 140, pp. 131-172.
- CONTE, A. G. (1962): *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino.
- COSSÍO, C.: (1944): *Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (1947): *La plenitud del Ordenamiento jurídico*, Losada, Buenos Aires.
- DOMÍNGUEZ VILA, A. (1997): *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Pons, Madrid.
- DONATI, D. (1910): *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società Ed. Libreria, Milano.
- ECHAVE, D. T., URQUIJO, M. E. y GUIBOURG, R. A. (1980): *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires.
- GAVAZZI, G. (1993): *Studi di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino.
- GARCÍA MÁYNEZ, E.: (1959): *Ensayos filosófico-jurídicos 1934/1959*, Universidad Veracruzana, México.
- (1977): *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México.
- GIOJA, A. L. (1954): «El postulado jurídico de la prohibición», *Ideas para una Filosofía del Derecho*, Ed. Sucesión de A. L. Gioja, Buenos Aires.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (1994): *Las sanciones administrativas en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia*, Actualidad Editorial, Madrid.
- GUASTINI, R.: (1982): *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino.
- (1987): «In tema di abrogazione», en C. LUZZATI (ed.) *Labrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, Giuffrè, Milano, pp. 3-31.
- (1990): *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino.
- FOLLESDAL, D. e HILPINEN, R. (1981): «Deontic logic: An Introduction», Hilpinen, R. (ed.) *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Reidel, Dordrecht, pp. 1-35.
- HILPINEN, R. (1981): «Introduction to the second edition», Hilpinen, R. (ed.) *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Reidel, Dordrecht, pp. XI-XV.
- ITURRALDE SESMA, V. (1989): *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Tecnos, Madrid.
- JHERING, R. Von (1961): *El fin del derecho*, 2 vols., Cajica, Puebla.
- KELSEN, H.: (1934): *Teoría General del Estado*, Labor, Barcelona.
- (1981): *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Editora Nacional, México.
- (1985): *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino.
- MOORE, R. (1973): «Legal Permisión», *ARSP*, 3, pp. 327-346.

- OPALEK, K.-WOLENSKI, J. (1973): «On weak and strong permissions», *Rechtstheorie*, 2, pp. 169-182.
- PEÑA, L. y Díez, F. J. (1995): «Quantificational Entitlements and Relevant Deontic Logic», *Logique et Analyse*, núms. 150-151-152, pp. 209-238.
- PRIETO SANCHÍS, L.: (1982): «La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el estado de derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, pp. 99-121.
- (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.
- (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RAZ, J. (1991): *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ROMANO, S. (1969): «Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale» (1925), en *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, pp. 171-185.
- ROSS, A. (1971): *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid.
- RUIZ MIGUEL, A.: (1983): *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1988a): «Permissivité», Arnaud, A. J. (Dtor.) *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, LGLJ, Paris, pp. 287-291.
- (1988 b): «Prohibition», Arnaud, A. J. (Dtor.) *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, LGLJ, Paris, pp. 323-325.
- (1993): «La autonomía individual y derecho a la propia vida», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, pp. 135-165.
- SAN MIGUEL, L. G. (1962): «El problema de la norma permisiva como presupuesto para el estudio del derecho subjetivo», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IX, pp. 178-195.
- Scarpelli, U. (1959): *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Academia delle Scienze, Torino.
- SEGURA ORTEGA, M. (1989): «El problema de las lagunas en el derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VI, pp. 285-312.
- SOETEMAN, A. (1989): *Logic in Law*, Kluwer, Dordrecht.
- SUAY RINCÓN, J. (1989): *Sanciones administrativas*, Colegio Real de España, Bolonia.
- TARELLO, G. (1980): *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
- THON, R. (1951): *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Cedam, Padova.
- VECCHIO, G. Del (1953): *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano.
- VERNENGO, R. J.: (1987): «Derecho y lógica: un balance provisorio», *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 303-329.:
- (1989): «About an Empowerment Theory of Legal Norms and Some Related problems», *Ratio Juris*, vol. 2, n.º 3, pp. 299-303.
- WRIGHT, G. H. von: (1951a): «Deontic Logic», *Mind*, vol. 60, pp. 1-15.
- (1951b): «An Essay in Modal Logic», North-Holland, Amsterdam.
- (1959): «On the Logic of Negation», *Societas Scientiarum Fennica. Commentationes Physico-Mathematicae*, XXII, 4, Helsingfors.
- (1968): «An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action», *Acta Philosophica Fennica*, XXI, Helsinki-Amsterdam.
- (1970): *Norma y Acción*, Tecnos, Madrid.
- (1981): «On the logic of norms and actions», Hilpinen R. (ed.) *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht, pp. 3-35.
- (1997): *Normas, Verdad y Lógica*, Fontamara, México.

- WROBLEWSKI, J. (1984): «Le role des principes du droit dans la théorie et l'ideologie de l'interpretation juridique», *Archivium Iuridicum Cracoviense*, vol. 17, pp. 5-27.
- ZIEMBINSKI, Z. (1976): «On So-Called 'Permissive Norms'», *Archivium Iuridicum Cracoviense*, vol. IX, pp. 169-178.
- ZITELMANN, E. (1922): «Las lagunas del derecho», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 140, pp. 540-559.