

# **INVESTIGACIONES**



## Inmunidades fuertes y débiles: el imperio contraataca

*María Beatriz Arriagada Cáceres\**

### RESUMEN

*Este trabajo intenta traslapar la distinción entre permisos fuertes y débiles concebida por Alchourrón y Bulygin y parte de la discusión respecto de su relevancia práctica al campo de las inmunidades. Su objetivo principal es introducir la distinción entre inmunidades fuertes y débiles y comenzar a discutir su relevancia práctica.*

Permisos fuertes y débiles; incompetencia; inmunidad

### *Strong and weak immunities: the empire strikes back*

### ABSTRACT

*This paper attempts to overlap the distinction between strong and weak permissions conceived by Alchourrón and Bulygin and part of the discussion on its practical relevance to the field of immunities. Its main objective is to introduce the distinction between strong and weak immunities and begin to discuss their practical relevance.*

Strong and weak permissions; incompetence; immunity

---

\* Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Chile. Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Investigadora del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Universidad de Valparaíso, Chile. Dirección electrónica: mbeatriz.arriagada@gmail.com y maria.arriagada@udp.cl.

Este trabajo corresponde a resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT regular N° 1180894 "Hacia una teoría del *stare decisis*", de la que soy coinvestigadora. Agradezco las observaciones que a un borrador de este trabajo realizaron Riccardo Guastini, Álvaro Núñez y Jorge Rodríguez. También a quienes asistieron al XX Seminario internacional de teoría del derecho de la Universidad Nacional del Sur de Bahía Blanca, Argentina y al Seminario Austral de la Universidad Austral de Chile celebrados, respectivamente, en junio y octubre de 2018. Finalmente, a los miembros del Seminario de lecturas e introducción a la investigación en teoría del derecho de la Universidad Diego Portales: Seren Ataoglu, Tamara Hernández, Almendra Merino, Loreto Navarro, Francisco Pino y Diego Villegas, con quienes discutí varias veces las tesis de este trabajo.

Artículo recibido el 1.3.2019 y aceptado para su publicación el 31.5.2019.

## INTRODUCCIÓN

La distinción entre permisos fuertes y débiles concebida por Alchourrón y Bulygin<sup>1</sup> ha suscitado una discusión cuya importancia resulta difícil de exagerar. Su foco es la pregunta de si esta distinción tiene relevancia práctica o si, en cambio, un permiso conferido por una norma es equivalente a la mera ausencia de prohibición<sup>2</sup>. El objetivo de este trabajo es, haciendo eco a esta distinción y discusión, introducir la distinción entre inmunidades fuertes y débiles y comenzar a discutir su relevancia práctica.

En la primera sección se presenta la distinción entre permisos fuertes y débiles (I.1) y se sistematizan los principales argumentos de la discusión acerca de su relevancia práctica (I.2).

Para justificar la introducción de la distinción entre inmunidades fuertes y débiles, la segunda sección explicita las similitudes que existen entre permisos e inmunidades. Para ello se utiliza el modelo de análisis hohfeldiano de las posiciones jurídicas donde el concepto de privilegio es idéntico al concepto de permiso. Una vez presentado este modelo (II.1), se analiza la ambigüedad con la que Hohfeld utiliza los pares de conceptos correlativos “privilegio/no-derecho” e “incompetencia/inmunidad”: no es claro si ellos describen posiciones adscritas por normas (posiciones fuertes) o si, en cambio, describen la ausencia de estas normas (posiciones débiles) (II.2). Se concluye identificando algunas diferencias entre los permisos y las inmunidades que son relevantes para trazar la distinción entre inmunidades fuertes y débiles y discutir su relevancia práctica (II.3).

En la tercera sección se introduce la distinción entre inmunidades fuertes y débiles (III.1) y la discusión respecto de su relevancia práctica analizando la posibilidad de traslapar los argumentos utilizados en el debate de la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles (III.2).

La discusión pertinente a la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles tiene una secuela. Algunos de quienes asumen que esta distinción es irrelevante, aseguran que las distinciones auténticamente relevantes son las que median entre permisos *prima facie* y permisos concluyentes y la que media entre permisos protegidos y no protegidos<sup>3</sup>. No trataré estas distinciones ni procuraré reconstruirlas en el campo de las inmunidades.

## I. PERMISOS FUERTES Y PERMISOS DÉBILES

1. *La necesidad de distinguir entre permisos fuertes y débiles*

De acuerdo con Alchourrón y Bulygin el término “permitido” es ambiguo: (a) Cuando figura en una proposición normativa que describe la existencia de normas puede expresar

<sup>1</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], pp. 169-199 y 1991 [1984]; BULYGIN, 2010. La distinción fue trazada antes, aunque con un sentido diferente en Von Wright, 1970 [1963], pp. 100-101.

<sup>2</sup> Para un excelente resumen de esta discusión, ver POGGI, 2004a, capítulos 2 y 3 y 2004b.

<sup>3</sup> Así, por ejemplo; RUIZ MANERO, 2010, p. 300 y BAYÓN, 2009, pp. 65-72.

uno de dos conceptos descriptivos de permisión: (a.1) Una conducta  $p$  está *permitida en sentido fuerte* si en el sistema existe una norma que permite  $p$ , y (a.2) Una conducta  $p$  está *permitida en sentido débil* si en el sistema no existe una norma que prohíbe  $p$ . (b) Cuando el término “permitido” figura, no en una proposición normativa, sino en una norma, expresa el concepto prescriptivo de permisión. “Permitido  $p$ ” es un carácter de las normas equivalente a “No prohibido  $p$ ” y a “No obligatorio no  $p$ ”<sup>4</sup>.

Según estos autores<sup>5</sup>, permitido y prohibido, en cuanto caracteres de las normas, son contradictorios. También son contradictorias la permisión débil (la proposición que afirma la inexistencia de una norma que prohíbe  $p$ ) y la proposición que afirma la existencia de una norma que prohíbe  $p$ . Pero no son contradictorias la permisión fuerte (la proposición que afirma la existencia de una norma que permite el estado de cosas  $p$ ) y la proposición que afirma la existencia de una norma que prohíbe  $p$ . Ambas proposiciones podrían ser verdaderas si el sistema fuera inconsistente (si incluyera a la vez las dos normas), por lo que el permiso fuerte no implica el permiso débil. En un sistema consistente, ningún estado de cosas está prohibido y, al mismo tiempo, permitido en sentido fuerte; por consiguiente, no hay estados de cosas permitidos en sentido fuerte que no estén permitidos en sentido débil.

Si, en cambio, ambas proposiciones son falsas (ninguna de las dos normas pertenece al sistema), el sistema es incompleto. En un sistema completo todos los estados de cosas relevantes están regulados, como prohibidos o como permitidos en sentido fuerte; por tanto, no hay estados de cosas permitidos en sentido débil que no estén a la vez permitidos en sentido fuerte. Lo que hace necesario distinguir entre permisos fuertes y débiles es la posibilidad de sistemas normativos inconsistentes e incompletos.

De todo ello resulta el famoso principio en el que todo que no está prohibido está permitido admite diferentes interpretaciones, dependiendo de si es considerado una norma o una proposición normativa que describe la existencia de normas:

- (a) Si el principio es una proposición normativa, puede ser interpretado de dos modos dependiendo del significado que asuma la expresión “permitido”: (a.1) si “permitido” significa permisión fuerte, el principio es una proposición contingente acerca de un sistema normativo que será verdadera si el sistema es completo y falsa si no lo es; y (a.2) si “permitido” significa permisión débil, el principio es analítico y necesariamente verdadero; en cuanto solamente dice que lo que no está prohibido no está prohibido, nada dice sobre ningún sistema normativo.
- (b) Si el principio es, en cambio, una norma positiva, estaríamos frente a una regla de clausura residual cuya existencia es contingente. Dicha regla autoriza a inferir, a partir del solo hecho de que la norma que prohíbe cierta conducta no pertenece al sistema (permisión débil), la pertenencia al sistema de una norma implícita que

<sup>4</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], pp. 173-177 y 1991 [1984], pp. 218-219 y BULYGIN 2010: 284-285.

<sup>5</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], pp. 175 y 1991 [1984], pp. 219-220.

permite esa conducta (permisión fuerte)<sup>6</sup>. La regla de clausura es de segundo nivel: se refiere a los enunciados del sistema que constituyen el primer nivel y no se incluye a sí misma en esa referencia. Además, es una regla supletoria: solo se puede recurrir a ella una vez comprobado que mediante las reglas ordinarias no se infiere ninguna solución para el caso en cuestión<sup>7</sup>.

Observemos lo dicho en la siguiente tabla que muestra cuatro sistemas posibles:

	i. Existe una norma que permite $p$	ii. Existe una norma que prohíbe $p$	Sistema inconsistente respecto de $p$	Sistema incompleto respecto de $p$	Permisión Fuerte de $p$	Permisión Débil de $p$
1	V	V	V	F	V	F
2	F	V	F	F	F	F
3	V	F	F	F	V	V
4	F	F	F	V	F	V

En el sistema 2  $p$  no está permitido ni en sentido fuerte ni débil. En el sistema 3  $p$  está permitido en ambos sentidos. Como ambos sistemas son consistentes y completos respecto de  $p$ , la distinción entre permiso fuerte y débil no es necesaria.

El sistema 1 es inconsistente pero no incompleto respecto de  $p$  porque  $p$  está regulado. El sistema 4 es incompleto, pero no inconsistente respecto de  $p$  porque no hay conflicto de normas. En ambos sistemas la distinción entre permiso fuerte y débil es necesaria. En el sistema 1  $p$  está permitido en sentido fuerte, pero no débil. En el sistema 4  $p$  está permitido en sentido débil, pero no fuerte.

¿Cuál es el efecto que, en este esquema, tiene la existencia de una regla de clausura que autoriza a inferir la existencia de una permisión fuerte a partir de la sola existencia de una permisión débil?

Se suele considerar que los sistemas de derecho penal liberal son completos precisamente porque contienen una regla de este tipo. La famosa regla *nullum crimen sine lege* figura en casi todos los ordenamientos jurídicos liberales y suele interpretarse como una regla que permite todas las conductas no prohibidas por el sistema penal<sup>8</sup>. Pero esto no significa que estos subsistemas sean completos del modo en que lo es el sistema 3 de nuestra tabla.

La regla de clausura autoriza a inferir la permisión de una conducta en un caso dado si del sistema no se infiere ninguna prohibición de esa conducta en ese caso. En este contexto, que una acción esté penalmente permitida solamente significa que su realización

<sup>6</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], pp. 177-179 y 1991 [1984]: 221 y BULYGIN, 2010, p. 285.

<sup>7</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], p. 191.

<sup>8</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971]], pp. 196 y 198.

no acarrea sanciones penales<sup>9</sup>. Pero dicha acción débilmente permitida respecto de la cual el sistema es incompleto (sistema 4), puede ser tipificada como delito, en cuyo caso la regla de clausura no se aplica porque no se verifica su supuesto de aplicación (inexistencia de una norma de prohibición). La acción que estaba débilmente permitida (sistema 4) y que era interpretada como permitida en sentido fuerte para excluir su sanción penal, pasa a estar prohibida (sistema 2).

## 2. *La relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles*

Como Alchourrón y Bulygin reconocen, la objeción más simple y a la vez más fuerte contra la distinción entre permisos fuertes y débiles es la que ataca su relevancia práctica<sup>10</sup>. Echave, Urquijo y Guibourg procuran mostrar que el hecho de que una conducta pase de ser no prohibida a ser permitida por una norma no varía las expectativas de quien piensa realizarla o la ha realizado<sup>11</sup>.

Alchourrón y Bulygin responden a esta objeción argumentando que, si bien ella es correcta mientras limitamos nuestra atención a casos muy simples en los que existe una sola autoridad normativa, la situación cambia cuando aparecen varias autoridades jerárquicamente ordenadas. Si en estos contextos una autoridad normativa dicta una norma permisiva, esta funciona como una limitación de la competencia de las autoridades normativas inferiores. Si una autoridad inferior dicta una norma que prohíbe la conducta permitida por una autoridad superior, tal norma será inválida. Así, solamente las conductas débilmente permitidas, pero no las fuertemente permitidas, podrían ser prohibidas por la autoridad inferior<sup>12</sup>. Este es el primer argumento que apoya la relevancia de la distinción entre permisión fuerte y débil.

En contra de este argumento, Atienza y Ruiz Manero afirman que los permisos concedidos por autoridades de rango superior no son más que prohibiciones (de prohibir o sancionar las conductas mencionadas en las normas permisivas) que, indirectamente expresadas, se dirigen a las autoridades normativas subordinadas<sup>13</sup>. Ruiz Manero ataca

<sup>9</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], pp. 198.

<sup>10</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991 [1984], pp. 235-236.

<sup>11</sup> ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG, 2008 [1980], pp. 155-158.

<sup>12</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991 [1984], pp. 236-237.

<sup>13</sup> Aseguran que Alchourrón y Bulygin entienden las prohibiciones de ejercicio de una competencia como parte de la norma de competencia misma y los critican porque sería preferible ver estas prohibiciones como el contenido de normas regulativas del ejercicio de la competencia. Este es el mismo argumento que dirigen en contra de la interpretación rossiana en donde la garantía constitucional de ciertas libertades es una incompetencia del legislador. A esto puede responderse que, según Alchourrón y Bulygin, las normas permisivas dictadas por una autoridad superior no son normas de incompetencia ni prohibiciones de ejercitar la competencia. La razón por la que funcionan como una limitación de la competencia es que los sistemas jurídicos suelen contener una norma que invalida las normas cuyo contenido contradice el de normas superiores. El argumento de estos autores es más amplio, ya que postula que la relevancia de las normas permisivas siempre puede explicarse en términos de derogación, excepción y definición de normas de mandato o prohibición; ver ATIENZA y RUIZ MANERO, 1994, pp. 817-820 y 830 y 2004, pp. 117-119 y 127-128; RUIZ MANERO, 2005, p. 119 y 2010, pp. 302-303 y ROSS, 2000 [1968], pp. 159-160.

directamente la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles. Argumenta que la situación de una acción que carece de estatus normativo en relación con cierto sistema de normas es equivalente a la situación en la que dicha acción está expresamente permitida por una norma del sistema. Porque, en ambas situaciones, ninguna norma de ese sistema es violada por el sujeto, tanto si realiza la acción como si se abstiene de realizarla. La disponibilidad de la acción para el sujeto, en relación con ese sistema de normas, sería la misma tanto si la acción no está regulada como si la acción está permitida por el sistema<sup>14</sup>

Bulygin aclara que la interdefinibilidad de los operadores deónticos significa que tanto las normas que establecen prohibiciones y obligaciones como las normas permisivas pueden ser formuladas, indistintamente, en términos de prohibición, obligación o permisión. Pero esto no significa ni prueba que las normas permisivas sean reemplazables por (o reducibles a) las normas imperativas<sup>15</sup>.

Salvado así el primer argumento que apoya la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles, Bulygin formula un argumento nuevo. Este afirma que no es lo mismo introducir una norma que prohíbe  $p$  en un sistema en el que  $p$  no está prohibida (permisión débil) que en un sistema en donde existe una norma que permite  $p$  (permisión fuerte). Que en el primer sistema no se produciría ninguna inconsistencia, mientras el segundo se volvería inconsistente, demostraría de modo concluyente que la ausencia de regulación no es pragmáticamente equivalente a la regulación permisiva<sup>16</sup>.

Este argumento se sustenta en la comparación de lo que ocurre cuando se introduce una norma que prohíbe  $p$  en los sistemas 4 y 3 de nuestra tabla. Ninguno de estos sistemas es inconsistente pues no hay conflicto de normas respecto de  $p$  y en ambos  $p$  está permitido en sentido débil. Sin embargo, mientras en el sistema 4  $p$  no está permitido en sentido fuerte, en el sistema 3 sí lo está. El sistema 4 es incompleto y el sistema 3 no es incompleto respecto de  $p$ . En el sistema 4 no se produce ninguna inconsistencia porque  $p$  no estaba permitido en sentido fuerte, pero se modifica porque deja de ser incompleto; se transforma en un sistema 2. El sistema 3 se modifica porque se vuelve inconsistente, pero sigue siendo completo; se transforma en un sistema 1.

Es preciso notar que la discusión reseñada enfrenta a dos perspectivas diferentes. Alchourrón y Bulygin adjudican relevancia práctica a la distinción entre permiso fuerte y débil desde la perspectiva del legislador, mientras Atienza y Ruiz Manero niegan dicha relevancia desde la perspectiva del ciudadano<sup>17</sup>. Esto será comparativamente relevante al analizar la distinción entre inmunidades fuertes y débiles.

<sup>14</sup> RUIZ MANERO, 2005, pp. 118-119 y 2010, p. 300.

<sup>15</sup> BULYGIN, 2010, pp. 287-288 y 290.

<sup>16</sup> BULYGIN, 2010, p. 287.

<sup>17</sup> Agradezco a Sebastián Agüero haber llamado mi atención respecto de este punto.

## II. PERMISOS E INMUNIDADES EN CLAVE HOHFELDIANA

La razón para tematizar la distinción entre inmunidades fuertes y débiles y proyectar en ella la discusión acerca de la distinción entre permisos fuertes y débiles reside en las similitudes que existen entre los permisos y las inmunidades.

Ellos han sido paradigmáticamente puestas de relieve en el modelo explicativo hohfeldiano<sup>18</sup>. En este modelo, el concepto de privilegio (o libertad), cuyo correlativo es el concepto de no-derecho, es idéntico al concepto de permiso<sup>19</sup>. El lugar que el concepto de privilegio ocupa en su respectiva familia es análogo al ocupado por el concepto de incompetencia en su respectiva familia, cuyo correlativo es el concepto de inmunidad.

En cuanto no es adscriptivo sino descriptivo de posiciones jurídicas subjetivas en contextos de sistemas de normas jurídicas, el discurso de Hohfeld se sitúa en el nivel de las proposiciones normativas<sup>20</sup>. Una de sus características salientes es el uso ambiguo de los términos correlativos “privilegio/no-derecho” e “incompetencia/inmunidad”: no es claro si ellos son usados para describir posiciones adscritas por ciertas normas (fuertes) o para describir la ausencia de estas normas (débiles)<sup>21</sup>.

### 1. *El modelo hohfeldiano de las posiciones jurídicas subjetivas*

Hohfeld identifica ocho conceptos jurídicos que considera fundamentales y los analiza conectivamente en un esquema de cuatro relaciones de correlatividad (deber/derecho, privilegio/no-derecho, competencia/sujeción, incompetencia/inmunidad) y cuatro relaciones de oposición (deber/privilegio, derecho/no-derecho, competencia/incompetencia, sujeción/inmunidad)<sup>22</sup>. Desde el punto de vista lógico, su estrategia es mostrar que los correlativos se implican recíprocamente (son equivalentes lógicos) y los opuestos se niegan mutuamente (son contradictorios lógicos)<sup>23</sup>.

Como para Hohfeld “correlatividad” significa mutua implicación, los conceptos correlativos expresan una sola relación desde dos ángulos diferentes y los dos enunciados que pueden referirse a ella son lógicamente equivalentes<sup>24</sup>. Esto se explica porque Hohfeld presupone que toda relación de correlatividad está constituida por una posición jurídica activa y una posición pasiva que funcionan como dos polos de una batería. Una posición es activa si se define por referencia a una conducta de su titular. Una posición

<sup>18</sup> HOHFELD, 2010 [1913] y 2010 [1917].

<sup>19</sup> Por ejemplo, ROSS, 2000 [1968], p. 165; RUIZ MANERO, 2005, p. 124; BAYÓN, 2009, pp. 69-70.

<sup>20</sup> ARRIAGADA, 2018, pp. 6-7.

<sup>21</sup> ARRIAGADA 2018, pp. 16-18.

<sup>22</sup> HOHFELD, 2010 [1913], pp. 35-36 y 64.

<sup>23</sup> Por ejemplo, KRAMER, 2000 [1998], p. 8 y RAINBOLT, 2010, p. 4.

<sup>24</sup> HOHFELD, 2010 [1913], pp. 38-39, 55-60 y 2010 [1917]: 73. Ver WILLIAMS, 1956, pp. 1144-1145; RAINBOLT, 1993, p. 95 y 2010, pp. 2 y 4; KRAMER, 2000 [1998], pp. 8, 24, 26, 30-31, 35, 40; CRUZ PARCERO, 2007, pp. 33-34 (nota N° 19 de ese trabajo). Incluso se sostiene que las expresiones correlativas son sinónimas; ROSS 2005 [1958]: 200.

es, en cambio, pasiva cuando se define, no por referencia a una conducta de su titular, sino por referencia a una conducta del titular de la posición jurídica correlativa. Desde esta perspectiva, los deberes, privilegios, competencias e incompetencias son posiciones activas, mientras los derechos, no-derechos, sujeciones e inmunidades son posiciones pasivas<sup>25</sup>.

Decir que X tiene frente a Y el derecho (pasivo) a que Y realice Z es equivalente a decir que Y tiene frente a X el deber (activo) de realizar Z. Decir que X tiene la competencia (activa) de realizar un acto normativo que cambia la situación jurídica de Y es equivalente a decir que Y está (pasivamente) sujeto a la competencia de X de realizar un acto normativo que cambia su situación. Decir que X tiene frente a Y el privilegio (activo) de hacer Z es equivalente a decir que Y tiene el no-derecho (pasivo) a que X no haga Z. Decir que X es (activamente) incompetente de realizar un acto normativo que cambie la situación jurídica de Y es equivalente a decir que Y se encuentra frente a X en una posición (pasiva) de inmunidad<sup>26</sup>.

Como para Hohfeld “oposición” significa mutua negación, un privilegio es la negación de un deber de contenido o tenor precisamente opuesto al del privilegio en cuestión<sup>27</sup>. Es la negación del deber de hacer algo o la negación del deber de no hacer algo<sup>28</sup>. Por su parte, una competencia ofrece el mismo contraste general con una inmunidad que el que un derecho presenta frente a un privilegio. Una inmunidad es la libertad (privilegio) de una persona frente a la competencia de otro respecto de una relación jurídica.<sup>29</sup> Esto es, la negación de una sujeción del mismo contenido que la inmunidad en cuestión, no de una sujeción de contenido opuesto<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Esta clasificación, fundada en un criterio valorativamente neutral, se opone a la mucho más extendida en donde las posiciones de derecho, privilegio, competencia e inmunidad son activas y las posiciones de deber, no-derecho, sujeción e incompetencia son pasivas. Esta última clasificación es descartada porque, en contra de la distinción hohfeldiana entre las relaciones puramente jurídicas de los hechos físicos y psíquicos que las hacen surgir, se apoya un criterio valorativo en el que las posiciones activas son favorables y las pasivas son desfavorables. Acerca de la distinción referida, ver HOHFELD, 2010 [1913], p. 27. Para un desarrollo de las razones para preferir la clasificación que se propone, ver ARRIAGADA, 2018, pp. 11-13.

<sup>26</sup> Esto explica que Hohfeld defina: (i) el concepto pasivo de derecho como el correlativo invariable del concepto activo de deber u obligación que, en cambio, es definido como aquello que se debe o no se debe hacer; (ii) el concepto pasivo de sujeción como el correlativo del concepto de competencia que, en cambio, es definido como la posición en la que se encuentra el sujeto de cuya voluntad depende la realización de un cambio en la relación jurídica que se encuentra en juego; (iii) el concepto pasivo de no-derecho como el correlativo del concepto activo de privilegio que en cambio, es definido como el opuesto del concepto activo de deber previamente definido y (iv) el concepto pasivo de inmunidad mediante una analogía con el concepto activo de libertad o privilegio, o bien como el correlativo del concepto activo de incompetencia que es, en cambio, definido como el opuesto del concepto activo de competencia previamente definido; ver HOHFELD, 2010 [1913], pp. 37-39 y 50-60 y ARRIAGADA, 2018, pp. 13-16.

<sup>27</sup> HOHFELD, 2010 [1913], p. 39.

<sup>28</sup> WILLIAMS, 1956, pp. 1135-1142 y ROSS, 2000 [1968], p. 165.

<sup>29</sup> HOHFELD, 2010 [1913], p. 60.

<sup>30</sup> Como sostuve en ARRIAGADA, pp. 2018, p. 6. Agradezco a Jorge Rodríguez haber llamado mi atención pertinente a este error.

Decir que alguien tiene el privilegio de no hacer X es equivalente a decir que no tiene el deber de hacer X. Decir que alguien tiene el privilegio de hacer X es equivalente a decir que no tiene el deber de no hacer X. Decir que X tiene una inmunidad frente a Y es equivalente a decir que X no está sujeto a la competencia de Y<sup>31</sup>.

Estas posiciones y relaciones de correlatividad y oposición suelen ser clasificadas en dos familias. Derecho, deber, privilegio y no-derecho se consideran primarias o de primer orden, mientras competencia, sujeción, incompetencia e inmunidad se consideran secundarias o de segundo orden<sup>32</sup>. Esta clasificación se justifica por el uso implícito que Hohfeld hace de dos distinciones: (i) normas regulativas y normas de competencia<sup>33</sup>, y (ii) actos jurídicos no normativos y actos jurídicos normativos<sup>34</sup>.

En extrema síntesis: (i) Los deberes y derechos son instituidos por normas regulativas y pueden tener por objeto actos jurídicos no normativos, en cuyo caso son posiciones de primer orden. Los privilegios y no-derechos que los niegan se refieren al mismo objeto y, en consecuencia, también son de primer orden; (ii) Las competencias y sujeciones son instituidas por normas de competencia que tienen por objeto actos normativos, por lo que son al menos de segundo orden. Las incompetencias e inmunidades que las niegan se refieren al mismo objeto y, por tanto, tienen su misma jerarquía<sup>35</sup>.

Esto explica la afirmación<sup>36</sup> de que las posiciones y relaciones hohfeldianas de la primera familia pueden, aunque no necesariamente, ser primarias y aquellas de la segunda familia no pueden ser primarias sino al menos de segundo orden<sup>37</sup>. Esta explicación, a su vez, presupone que las dos familias son independientes<sup>38</sup> y soslaya la tesis en que las posiciones de segundo orden son lógicamente reducibles a las de primer orden<sup>39</sup>.

<sup>31</sup> ARRIAGADA, 2018, pp. 5-6.

<sup>32</sup> KRAMER, 2000 [1998], p. 20; WENAR, 2005, pp. 230-233; GUASTINI, 2016 [2014], pp. 84-87, RAINBOLT, 2010, p. 3 y ARRIAGADA, 2018, pp. 8-9;

<sup>33</sup> Las normas regulativas son entendidas como aquellas que, en un sistema jurídico, califican la realización o abstención de determinados actos o la consecución de determinados fines, como consecuencia de ello, de su observancia e inobservancia no se sigue la validez y la invalidez. Las normas de competencia son entendidas como aquellas que, en un sistema jurídico, determinan o constituyen la posibilidad de producir, modificar o derogar normas válidas o participar en su producción, modificación o derogación, como resultado de esto, la consecuencia de seguirlas es la validez y la de no seguirlas la invalidez; ARRIAGADA, 2018, p. 9.

<sup>34</sup> Los actos jurídicos no normativos son aquellos cuya realización y las consecuencias que de ella se siguen no han sido determinadas por normas de competencia. Pueden ser realizados, descritos y comprendidos sin referencia a norma alguna, pero pueden ser calificados por normas jurídicas regulativas; por ejemplo, conducir un automóvil. Los actos jurídicos son normativos (crean, modifican o derogan normas) cuando su realización y las consecuencias que de ello se siguen han sido determinadas por normas de competencia, de suerte que solo pueden ser realizados, descritos y comprendidos de acuerdo con ellas; por ejemplo, otorgar un testamento o dictar una ley; ARRIAGADA, 2018, p. 10.

<sup>35</sup> Por supuesto los deberes y derechos instituidos por normas regulativas y los privilegios y no-derechos que los niegan también pueden referirse a actos jurídicos normativos; ARRIAGADA, 2018, pp. 10-11.

<sup>36</sup> De autores como KRAMER, 2000 [1998] y RAINBOLT, 2010, p. 3.

<sup>37</sup> ARRIAGADA, 2018, p. 11.

<sup>38</sup> Un enunciado que afirma o niega una posición en una de ellas no implica un enunciado que afirma o niega una posición en la otra; HOHFELD 2010 [1913], p. 58 y DUARTE D'ALMEIDA, 2016, pp. 558-559.

<sup>39</sup> Esta tesis está en ROSS, 2000 [1968], pp. 153-156 y no será discutida aquí.

El esquema hohfeldiano se grafica en la siguiente tabla<sup>40</sup>. Las relaciones de correlatividad se representan con el símbolo del bicondicional ( $\leftrightarrow$ ). Como cada una de estas relaciones involucra un concepto activo y uno pasivo, el activo es siempre el primero y se marca con negrita. Las relaciones de oposición se representan mediante el símbolo de la contradicción ( $\perp$ ) y todas ellas involucran o dos conceptos activos o dos pasivos.

<i>Relaciones de primer orden</i>			<i>Relaciones de segundo orden</i>		
<i>deber</i>	$\leftrightarrow$	derecho	<i>competencia</i>	$\leftrightarrow$	sujeción
$\perp$		$\perp$	$\perp$		$\perp$
<i>privilegio</i>	$\leftrightarrow$	no-derecho	<i>incompetencia</i>	$\leftrightarrow$	inmunidad

## 2. *La ambigüedad en el uso de los conceptos de privilegio/no-derecho y de incompetencia/inmunidad*<sup>41</sup>

La perspectiva lógica propuesta por Hohfeld sustenta la conclusión de que todos los conceptos hohfeldianos están en el mismo nivel, esto es, no son recíprocamente reducibles, pero son interdefinibles en términos de sus correlativos y opuestos<sup>42</sup>. Los estudiosos de Hohfeld parecen estar, sin embargo, de acuerdo en que los conceptos de privilegio, no-derecho, incompetencia e inmunidad son, a diferencia de los de deber, derecho, competencia y sujeción, puramente negativos. En términos de Guastini, las situaciones de libertad (privilegio), no-derecho, inmunidad e incompetencia carecen de autonomía conceptual en el sentido de que no son otra cosa que la respectiva ausencia de obligación, derecho, sujeción y competencia<sup>43</sup>.

Esto se explica porque tanto Hohfeld como los estudiosos de su trabajo implícitamente aceptan que los conceptos de privilegio/no-derecho y los de incompetencia/inmunidad son derivados, mientras los conceptos de deber/derecho y los de competencia/sujeción son primitivos. Esto no implica negar que todos los conceptos hohfeldianos están en el mismo nivel esgrimiendo que algunos son lógicamente reducibles a la negación de otros<sup>44</sup>. La diferenciación entre conceptos primitivos y derivados no se funda en el esquema hohfeldiano de relaciones lógicas, sino en la posibilidad de que este sea útil para quienes pueden utilizarlo.

Si dicho esquema tuviera como punto de partida los conceptos de privilegio/no-derecho e incompetencia/inmunidad, sus potenciales usuarios quedarían desconcertados.

<sup>40</sup> Una tabla semejante puede verse en ARRIAGADA, 2018, p. 25.

<sup>41</sup> Esta sección reproduce parte del análisis realizado en ARRIAGADA, 2018, pp. 16-25.

<sup>42</sup> Ver, por ejemplo, SPAAK, 2003, p. 90, LINDHAL, 1977, p. 203 y ARRIAGADA, 2018, p. 6.

<sup>43</sup> GUASTINI, 2016, pp. 85-86.

<sup>44</sup> Así, por ejemplo, según HALPIN 1958: 443, los conceptos de privilegio y no-derecho son superfluos porque son reducibles a la negación de los conceptos de deber y derecho. Lo que, en cambio, se podría decir que los conceptos que he llamado derivados no son otra cosa que las clases complementarias de los conceptos que he llamado primitivos; acerca de los conceptos y sus clases complementarias, ver STRAWSON, 1952, pp. 7-9.

La razón es que, desde la perspectiva de cómo funcionan los ordenamientos jurídicos reales, la comprensión de estos conceptos presupone la respectiva comprensión de los conceptos primitivos de deber/derecho y competencia/sujeción. Los conceptos de privilegio/no-derecho y de incompetencia/inmunidad son derivados en el sentido de que su significado jurídico no puede ser comprendido sin referencia respectiva a los conceptos de deber/derecho y competencia/sujeción. Estos últimos son, en cambio, primitivos porque su significado jurídico puede ser comprendido sin referencia a los cuatro primeros. Esta diferenciación es, así, un presupuesto de la utilidad práctica del aparato conceptual de Hohfeld<sup>45</sup>.

Lo que, sin embargo, Hohfeld no explicita es qué significa, en el contexto de la descripción de un orden jurídico, que: (i) una relación de privilegio/no-derecho sea la negación de una relación de deber/derecho de contenido opuesto y (ii) una relación de incompetencia/inmunidad sea la negación de una relación de competencia/sujeción del mismo contenido.

Desde una primera perspectiva, se sostiene que las relaciones hohfeldianas de privilegio/no-derecho y de incompetencia/inmunidad connotan la ausencia respectiva de normas regulativas y normas de competencia<sup>46</sup>. Se trataría, como sugiere Hart, de casos negativos donde no hay norma que interfiera si el individuo opta por realizar o por omitir alguna acción (libertad) o por conservar su posición jurídica inalterada (inmunidad)<sup>47</sup>.

Desde una segunda perspectiva, se considera que las relaciones de privilegio/no-derecho e incompetencia/inmunidad son instituidas por normas que establecen excepciones a relaciones precedentes de deber/derecho y competencia/sujeción. Si el dueño de una propiedad autoriza a un no propietario a entrar en ella liberándolo de su deber de no entrar, se constituye una relación de privilegio/no-derecho que es una excepción a la relación de derecho/deber que generalmente existe entre ellos. De modo semejante, la legislatura tiene la competencia general de alterar las posiciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos, pero no tiene la competencia de eliminar su derecho a no ser torturados. Respecto de este estatus normativo, los ciudadanos tienen una inmunidad frente a la competencia de la legislatura a la que normalmente se encuentran sujetos<sup>48</sup>.

Desde esta óptica, las posiciones de privilegio y no-derecho son adscritas por normas permisivas que autorizan a ciertos sujetos la realización de ciertos actos liberándolos del cumplimiento de obligaciones previas y correlativamente niegan a otros sujetos derechos previamente conferidos. Por su parte, las posiciones de incompetencia e inmunidad son

---

<sup>45</sup> ARRIAGADA, 2018, pp. 22-25. La distinción entre conceptos primitivos y derivados podría rastrearse en los intentos de mostrar que las permisiones solo tienen sentido en relación con las obligaciones y prohibiciones; ver, por ejemplo, ROSS, 2000 [1968], p. 155 y ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG, 2008 [1980], pp. 157-158. Del mismo modo, las incompetencias e inmunidades solo tienen sentido en relación con las competencias y sujeciones; ARRIAGADA, 2018, p. 23.

<sup>46</sup> ARRIAGADA, 2016, p. 157.

<sup>47</sup> HART, 1962 [1953], pp. 118-119 y nota N° 14 del mismo trabajo.

<sup>48</sup> Por ejemplo, WENAR 2005, pp. 226-227 y 232.

adscritas por normas que revocan los poderes previamente conferidos a ciertos sujetos y correlativamente liberan a otros sujetos de sujeciones precedentes<sup>49</sup>.

La discusión acerca de cuál es la forma correcta de entender el carácter puramente negativo de las relaciones hohfeldianas de privilegio/no-derecho e incompetencia/inmunidad no ha sido zanjada<sup>50</sup>. De hecho, se puede admitir, como Guastini, que los términos privilegio, no-derecho, inmunidad e incompetencia son ambiguos porque pueden ser usados tanto para describir el contenido de normas positivas que instituyen estas situaciones jurídicas como para describir la ausencia de estas normas<sup>51</sup>. Nada en el trabajo de Hohfeld indica que la existencia o inexistencia de una norma sea un criterio para distinguir dos diferentes relaciones de privilegio/no-derecho y dos diferentes de relaciones de incompetencia/inmunidad.

Una interpretación posible es que el análisis de Hohfeld presuponga que los sistemas jurídicos que adscriben las situaciones que analiza son completos y consistentes. Completos, en el sentido de que contienen una regla de clausura que autoriza a inferir: (i) a partir de la ausencia de normas adscriptivas de deberes/derechos, la existencia de normas adscriptivas de privilegios/no-derechos y (ii) a partir de la ausencia de normas adscriptivas de competencias/sujeciones, la existencia de normas adscriptivas de incompetencias/inmidades. Consistentes, en el sentido de que: (i) no puede existir una norma que instituye una relación de deber/derecho y, a la vez, una norma que instituye una relación de privilegio/no-derecho que sea contradictoria con la primera y (ii) no puede existir una norma que instituye una relación de competencia/sujeción y, al mismo tiempo, una norma que instituya una relación de incompetencia/inmunidad que sea contradictoria con la primera. Si Hohfeld presupone sistemas completos y consistentes, la distinción de dos diferentes relaciones de privilegio/no-derecho y dos diferentes relaciones de incompetencia/inmunidad no sería necesaria<sup>52</sup>.

Otra interpretación disponible es que el análisis de Hohfeld asuma que las relaciones de libertad/no-derecho e incompetencia/inmunidad que tienen su origen en la ausencia respectiva de normas regulativas prohibitivas y normas competencia son pragmáticamente equivalentes a las que son adscritas, respectivamente, por normas permisivas y normas de incompetencia. La existencia o inexistencia de una norma no implicaría ninguna diferencia en la posición normativa del titular del privilegio o inmunidad.<sup>53</sup>

Otra interpretación admisible es que Hohfeld no haya advertido las dudas y problemas que produce la ambigüedad con la que utiliza los términos considerados puramente negativos. Esta interpretación es probablemente la más verosímil porque el trabajo es muy anterior a la discusión respecto de si existe o no diferencia y de qué tipo entre las posiciones no normadas y las instituidas por normas permisivas o de incompetencia.

<sup>49</sup> GUASTINI, 2016 [2014], pp. 85-87.

<sup>50</sup> Más detalles de las dos interpretaciones de este carácter negativo y sus problemas se pueden ver en ARRIAGADA, 2018, pp. 16-19.

<sup>51</sup> GUASTINI, 2016 [2014], pp. 85-87.

<sup>52</sup> Ver *supra* sección I.1.

<sup>53</sup> Así lo sostiene, respecto de las libertades o privilegios, DUARTE D'ALMEIDA, 2016, p. 562.

### 3. *Diferencias relevantes entre permisos e inmunidades*

Las similitudes entre los permisos y las inmunidades constituyen la base para introducir la distinción entre inmunidades fuertes y débiles y discutir su relevancia práctica. Pero esta tarea no se puede realizar sin considerar que entre permisos e inmunidades hay al menos cuatro diferencias relevantes.

La primera diferencia consiste en que mientras los permisos pueden, aunque no necesariamente, ser de primer orden, las inmunidades son al menos de segundo orden. Las inmunidades (y las incompetencias), a diferencia de los permisos (y no-derechos), no pueden tener por objeto actos no normativos. El objeto de estas relaciones está constituido por posiciones jurídicas, estatus normativos<sup>54</sup>.

La segunda diferencia consiste en que mientras los permisos pueden ser indirectos o no relacionales, las inmunidades son siempre directas o relacionales. Es posible que haya deberes sin derechos correlativos<sup>55</sup> y, por tanto, permisos (privilegios) sin no-derechos correlativos. Pero no puede haber competencias sin sujeciones correlativas ni incompetencias sin inmunidades correlativas. Potestad y sujeción son dos conceptos relacionales<sup>56</sup>.

La tercera diferencia consiste en que mientras el concepto de permiso es activo, el de inmunidad es pasivo<sup>57</sup>. Por ello estos dos conceptos no ocupan exactamente el mismo lugar en su respectiva familia. El concepto activo de permiso es el opuesto del concepto activo de deber en la familia de posiciones primarias. El concepto que ocupa el mismo lugar del permiso (privilegio) en la familia de posiciones secundarias es el concepto activo de incompetencia que es el opuesto del concepto activo de competencia. El concepto pasivo de inmunidad, correlativo de incompetencia, es el opuesto del concepto pasivo de sujeción, por lo que ocupa el mismo lugar que el concepto de no-derecho en su respectiva familia<sup>58</sup>.

La cuarta diferencia consiste en que mientras los permisos pueden ser positivos o negativos, las inmunidades son siempre positivas. Un permiso positivo es la autorización para realizar una acción y se opone al deber de no realizar la acción (prohibición). Un permiso negativo es la autorización para no realizar una acción y se opone al deber de realizar la acción (obligación). Como una competencia es siempre positiva porque es la

---

<sup>54</sup> Ver *supra* sección II.1.

<sup>55</sup> KELSEN, 1991 [1960], p. 141, ROSS 2000 [1968], p. 165 y GUASTINI, 2016 [2014], p. 86. Hohfeld no dice nada acerca de la posibilidad de que existan deberes sin derechos correlativos y, por tanto, de si es posible considerar que las obligaciones indirectas o absolutas, como las que generalmente impone el derecho penal, son correlativas a derechos; HART, 1982, pp. 183-185. Esto se explica porque su aproximación es estipulativa o definicional; KRAMER, 2000 [1998], p. 23, RAINBOLT, 2010, p. 3. De acuerdo con las estipulaciones de Hohfeld, todas las posiciones de su esquema son directas o relacionales; WELLMAN, 2002, p. 174. Como consecuencia, se puede concluir que los conceptos hohfeldianos no son comprensivos; DUARTE D'ALMEIDA, 2016, pp. 560-561.

<sup>56</sup> Por ejemplo, GUASTINI, 2016 [2014], p. 87. De hecho, el cambio de la situación propia implica un cambio en la situación de otro; HOHFELD, 2010 [1913], p. 51.

<sup>57</sup> Ver *supra* sección II.1.

<sup>58</sup> Ver la tabla que resume el esquema hohfeldiano en la sección II.1.

posibilidad de alterar válidamente un estatus normativo, la incompetencia también es positiva porque es la imposibilidad de realizar válidamente ese acto de alteración. No hay competencia de no alterar un estatus normativo<sup>59</sup>.

### III. INMUNIDADES FUERTES Y DÉBILES: LA RUTA DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN

#### 1. *La necesidad de distinguir entre inmunidades fuertes y débiles*

Considerando las semejanzas y diferencias entre los permisos y las inmunidades, la distinción entre permisos fuertes y débiles de Alchourrón y Bulygin puede traslaparse al campo de las inmunidades.

Comenzaré por decir que el término “inmunidad” es ambiguo. (a) Cuando figura en una proposición normativa que describe la existencia de normas, puede expresar uno de dos conceptos descriptivos de inmunidad: (a.1) Un individuo Y se encuentra en una posición de *inmunidad fuerte* en relación con otro individuo X respecto de determinado estatus normativo *p*, si en el sistema existe una norma que, dictada por una autoridad superior a X, instituye la incompetencia de X para alterar *p* y correlativamente la inmunidad de Y.<sup>60</sup>, y (a.2) Un individuo Y se encuentra en una posición de *inmunidad débil* en relación con otro individuo X respecto del estatus normativo *p*, si en el sistema no existe una norma que adscriba a X la competencia para alterar *p* ni a Y la sujeción correlativa. La *inmunidad fuerte* expresa la existencia de una norma de incompetencia/inmunidad. La inmunidad débil expresa la ausencia de una norma de competencia/sujeción.

(b) Si el término “inmunidad” figura, no en una proposición normativa, sino en una norma, expresa el concepto normativo de inmunidad. La inmunidad de Y frente a X respecto del estatus *p* es equivalente a la no sujeción de Y frente a X en relación con *p*, así como la incompetencia de X respecto del estatus *p* de Y es equivalente a la no competencia de X respecto del estatus *p* de Y.

En cuanto posiciones adscritas por normas, inmunidad y sujeción, como competencia e incompetencia, son contradictorias. También son contradictorias la inmunidad débil (la proposición que afirma la inexistencia de una norma que adscribe a un individuo X la competencia para alterar *p* y a otro individuo Y la sujeción correlativa) y la proposición que afirma la existencia de una norma que adscribe a un individuo X la competencia para alterar *p* y a otro individuo Y la sujeción correlativa. Pero no son contradictorias la inmunidad fuerte (la proposición que afirma la existencia de una norma que adscribe una inmunidad a un individuo Y y la incompetencia correlativa de otro individuo X en

<sup>59</sup> Algo distinto es que el ejercicio de una competencia para alterar el estatus normativo de otro u otros sea facultativo (permitido ejercitarla y no ejercitarla).

<sup>60</sup> La incompetencia de X y la inmunidad de Y pueden ser instituidas por una norma que así lo declare o una norma que reserve a otro individuo Z la competencia para alterar *p* e instituya la sujeción correlativa de Y. La reserva de competencia en favor de Z y la correspondiente limitación de la competencia de X depende de que sea dispuesta por una autoridad superior a X y a Z; GUASTINI, 1999, p. 440.

relación con  $p$ ) y la proposición que afirma la existencia de una norma que adscribe a un individuo X la competencia para alterar  $p$  y a otro individuo Y la sujeción correlativa.

Ambas proposiciones podrían ser verdaderas si el sistema fuera inconsistente (si incluyera a la vez las dos normas); por consiguiente, la inmunidad fuerte no implica la débil. Si el sistema es consistente, respecto de ningún estatus normativo podría existir, al mismo tiempo, una relación de competencia/sujeción y una relación de incompetencia/inmunidad; por tanto, no habría inmunidades fuertes que no sean débiles.

Si, en cambio, ambas proposiciones son falsas, el sistema es incompleto (ninguna de las dos normas pertenece al sistema). Si el sistema es completo, todos los estatus normativos estarían definidos, como sujetos a competencia o como amparados por inmunidades fuertes. Lo que haría necesario distinguir entre inmunidades (incompetencias) fuertes y débiles es la posibilidad de sistemas normativos inconsistentes e incompletos.

Examinemos la siguiente tabla que muestra cuatro sistemas posibles:

	i. Existe una norma que instituye una relación de incompetencia/inmunidad entre dos individuos (X e Y) respecto del estatus normativo $p$	ii. Existe una norma que instituye una relación de competencia/sujeción entre dos individuos (X e Y) respecto del estatus normativo $p$	Sistema inconsistente respecto de $p$	Sistema incompleto respecto de $p$	Incompetencia/inmunidad fuerte respecto de $p$	Incompetencia/inmunidad débil respecto de $p$
1	V	V	V	F	V	F
2	F	V	F	F	F	F
3	V	F	F	F	V	V
4	F	F	F	V	F	V

En el sistema 2 no hay inmunidad ni en sentido fuerte ni débil respecto del estatus normativo  $p$ . En el sistema 3 hay inmunidad en sentido fuerte y débil respecto de  $p$ . Como en ambos casos el sistema es consistente y completo respecto de  $p$ , la distinción entre inmunidad fuerte y débil no es necesaria.

El sistema 1 es inconsistente, pero no incompleto respecto de  $p$ . El sistema 4 es incompleto, pero no inconsistente respecto de  $p$ . Ambos se asemejan en que la distinción entre inmunidad fuerte y débil es necesaria. En el sistema 1 hay inmunidad en sentido fuerte, pero no en sentido débil respecto de  $p$ . En el 4 hay inmunidad en sentido débil, pero no en sentido fuerte respecto de  $p$ .

El principio análogo al que, en el campo de las posiciones primarias, afirma que lo que no está prohibido está permitido se formula “naturalmente” en sentido inverso en el ámbito de las posiciones secundarias: “las autoridades normativas son incompetentes para realizar actos normativos que no hayan sido expresamente sometidos a su

competencia por autoridades superiores”<sup>61</sup>. Enunciado de otro modo, “todo individuo cuyo estatus normativo no está sujeto a la competencia de una autoridad normativa por una autoridad normativa superior, tiene una inmunidad frente a la primera”.

El examen de la relevancia práctica de la distinción entre inmunidades fuertes y débiles permitirá discutir el significado de este principio, en adelante “PL”, así como el “natural” punto de vista desde el que se formula.

Siguiendo la ruta de Alchourrón y Bulygin, preliminarmente habría que decir que este principio admite diferentes interpretaciones dependiendo de si es considerado una norma o una proposición normativa que describe la existencia de normas: (a) Si se trata de una proposición normativa, podría interpretarse de dos modos dependiendo del significado que asuma la expresión “inmunidad”: (a.1) si “inmunidad” significa inmunidad fuerte, el principio sería una proposición contingente acerca de un sistema normativo que será verdadera si el sistema es completo y falsa si no lo es; y (a.2) si “inmunidad” significa inmunidad débil, el principio sería analítico y necesariamente verdadero; en cuanto solamente dice que el estatus normativo de un individuo que no está sujeto a la competencia de otro individuo no está sujeto a la competencia de ese otro individuo, nada dice acerca de ningún sistema normativo.

(b) Si el principio es, en cambio, una norma positiva, estaríamos frente a una regla de clausura residual, cuya existencia es contingente. Dicha regla autorizaría a inferir, a partir del solo hecho de que la norma que sujeta el estatus normativo de un individuo a la competencia de otro individuo no pertenece al sistema (inmunidad débil), la pertenencia al sistema de una norma que instituye la incompetencia para alterar ese estatus y la inmunidad correlativa (inmunidad fuerte).

## 2. *La relevancia práctica de la distinción entre inmunidades fuertes y débiles*

Para poder discutir la relevancia práctica de la distinción entre inmunidades fuertes y débiles, es preciso asumir, siguiendo a Bulygin, que la interdefinibilidad de los conceptos de competencia/sujeción e incompetencia/inmunidad no significa que las normas que instituyen incompetencias e inmunidades sean reemplazables por (o reducibles a) las normas que instituyen competencias y sujeciones.

El paso siguiente es reconstruir la objeción formulada a la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles para que pueda ser analizada en el campo de las posiciones jurídicas de segundo orden y dirigida a la distinción entre inmunidades fuertes y débiles. La objeción consiste en afirmar que el paso de una situación en la que un estatus normativo  $p$  de un individuo  $Y$  no está sujeto a la competencia de otro individuo

---

<sup>61</sup> Aunque la autoridad soberana debe estar exenta de esa limitación. La naturalidad de este punto de vista es captada por Von Wright, al margen de que considere a las normas que regulan la actividad normativa como permisivas. Por esta razón, el punto de vista se formula como la prohibición de dar normas que no tenga permiso explícito de dar; VON WRIGHT, 1970 [1963], pp. 199-200. En el mismo sentido, MAZZARESE, 2012 [2000], p. 45.

X por ninguna norma del sistema a otra situación en la que la incompetencia de X y la inmunidad correlativa de Y son instituidas por una norma no varía las expectativas de Y cuyo estatus normativo es inmune frente a X.

Las situaciones que se comparan son las siguientes: (i) un individuo Y cuyo estatus normativo no puede ser alterado por X porque no hay norma de competencia que adscriba a este la competencia para alterarlo y adscriba a Y la sujeción correlativa, y (ii) un individuo Y cuyo estatus normativo no puede ser alterado porque una norma expresamente instituye la incompetencia de X para alterarlo y la inmunidad correlativa de Y. Habría que decir que la inalterabilidad del estatus normativo de Y, en relación con el sistema de normas, es la misma, tanto si dicho estatus no está sometido a la competencia de X, como si dicho estatus ha sido expresamente excluido de la competencia de X por una norma que instituye su incompetencia y la inmunidad correlativa de Y.

Lo primero que es admisible observar es que, frente a esta objeción, no puede trasladarse el primer argumento esgrimido en apoyo de la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles. La razón es que es lo mismo que un individuo X introduzca una norma que altera el estatus normativo  $p$  de un individuo Y si en el sistema no existe una norma que adscribe a X la competencia para alterar el estatus  $p$  y adscriba a Y la sujeción correlativa (incompetencia/inmunidad débil) que si en el sistema existe una norma de jerarquía superior que instituye la incompetencia de X para alterar el estatus de Y y la inmunidad correlativa de Y (incompetencia/inmunidad fuerte). El acto y la norma producida por X serán inválidos, sin importar si su falta de competencia se debe a que no hay norma que la haya conferido (incompetencia débil) o a que hay una norma jerárquicamente superior que expresamente la excluye o la reserva a otro individuo (incompetencia fuerte).

Frente a la pregunta de por qué la distinción entre incompetencias/inmunidades fuertes y débiles es irrelevante pueden darse al menos dos respuestas.

La primera es que los sistemas jurídicos competenciales o dinámicos son completos en el mismo sentido que los sistemas de derecho penal liberal. Esto significa que contienen una regla de clausura residual que autoriza a inferir la existencia de normas que instituyen incompetencias/inmunidades a partir de la sola ausencia de normas de primer nivel que instituyen competencias/sujeciones.

Lo afirmado no implica que los sistemas de normas jurídicas de competencia sean del tipo 3. Si un individuo X carece de competencia para alterar el estatus normativo  $p$  de otro individuo Y (incompetencia/inmunidad débil), el sistema es del tipo 4 y, por tanto, es incompleto respecto de X e Y en relación con  $p$ . La regla de clausura permite concluir que X no puede modificar válidamente dicho estatus (cualquier acto en esta dirección es inválido). Sin embargo, esto no significa que una autoridad superior no pueda conferir a X la competencia para alterar el estatus  $p$  de Y. Desde que es introducida la norma que instituye esa relación de competencia/sujeción entre X e Y respecto de  $p$ , la regla de clausura no se aplica porque no se verifica su supuesto de aplicación (inexistencia de una norma que instituye la relación de competencia/sujeción respecto de  $p$ ). La relación de incompetencia/inmunidad débil que existía entre X e Y respecto de  $p$  (sistema 4) y que era interpretada como una relación de incompetencia/inmunidad

fuerte para excluir la validez de los actos normativos de X sobre el estatus  $p$  de Y pasa a ser una relación de competencia/sujeción (sistema 2).

De acuerdo con esta interpretación, “PL” es una regla de clausura análoga a la de los sistemas de derecho penal liberal. El “natural” punto de vista desde el que este principio se formula se explicaría porque se suele considerar que esta regla de clausura forma parte de todos los sistemas competenciales que conocemos.

La segunda respuesta posible a la irrelevancia de la distinción entre incompetencias/inmунidades fuertes y débiles es que los sistemas competenciales son necesariamente cerrados o clausurados. Esta razón de orden conceptual es la misma que justificaría que las competencias/sujeciones e incompetencias/inmунidades no puedan ser primarias y sean necesariamente relacionales. El objeto de estas relaciones está constituido por actos normativos cuya realización de acuerdo con las normas de competencia que los constituyen hace posible que determinados individuos alteren válidamente los estatus normativos de otros individuos también determinados. Por consiguiente, ningún individuo puede alterar válidamente el estatus de otro sino de acuerdo con las normas que definen su realización y las consecuencias que de ella se siguen.

Según esta interpretación, PL es analítico y esto explicaría el “natural” punto de vista desde el cual se formula. Los actos normativos dirigidos a modificar estatus normativos que no están expresamente sujetos a la competencia de un individuo son inválidos, no por la existencia de una regla de clausura, sino porque forma parte del concepto de sistema normativo competencial o dinámico que ninguna autoridad puede modificar válidamente el estatus normativo de un individuo si no existe una norma que expresamente le confiera competencia para ello.

La razón para descartar que, en el señalado principio, el término “inmunidad” signifique “inmunidad fuerte” es que aquel sería una proposición contingente probablemente falsa porque su verdad dependería de que las reglas de primer nivel del sistema referido lo sitúen en el caso 3 de nuestra tabla. Esto significa que cada vez que no existe una norma de primer nivel que instituye una relación de competencia/sujeción entre dos individuos respecto de determinado estatus normativo (incompetencia/inmunidad débil), existe una norma de primer nivel que instituye, entre esos dos individuos y respecto de ese estatus, una relación de incompetencia/inmunidad (incompetencia/inmunidad fuerte).

Cualquiera sea la respuesta que se dé a la irrelevancia práctica de la distinción entre inmунidades fuertes y débiles, se debe observar que cuando advertimos dicha irrelevancia no es posible distinguir las perspectivas del legislador y del ciudadano, ya que ambas colapsan: tanto si la relación de incompetencia/inmunidad entre dos individuos es fuerte como si es débil, los actos normativos del primero no pueden ser válidos y, por lo mismo, el estatus normativo del segundo es inmune a la alteración.

¿Significa esto que la distinción entre incompetencias/inmунidades fuertes y débiles es completamente irrelevante?

Como ningún individuo puede alterar válidamente el estatus normativo de otro si no existe una norma que instituya la correspondiente relación de competencia/sujeción, la única vía es que se introduzca tal norma en el sistema. En tal supuesto, la relación de incompetencia/inmunidad débil que existía entre dos individuos, X e Y respecto

de  $p$  (sistema 4) y que permitía afirmar la invalidez de los actos normativos de X sobre el estatus  $p$  de Y pasa a ser una relación de competencia/sujeción sin que se produzca ninguna inconsistencia (sistema 2). Si, en cambio, la norma que instituye la relación de competencia/sujeción entre X e Y respecto de  $p$  se introduce en un sistema en que, no solo no existe dicha norma (incompetencia/inmunidad débil), sino que también existe una norma que instituye una relación de incompetencia/inmunidad entre X e Y respecto de  $p$  (sistema 3), el sistema se vuelve inconsistente (sistema 1). Estamos frente al segundo argumento que, formulado por Bulygin, apoya la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles.

La relevancia de la distinción entre inmunidades fuertes y débiles se muestra, así, si se compara lo que ocurre al introducir, no una norma que altera el estatus  $p$  de un individuo Y, sino una norma que instituye una relación de competencia/sujeción entre dos individuos X e Y respecto del estatus  $p$  en un sistema del caso 4 y en un sistema del caso 3. No es lo mismo que una autoridad Z, superior a X, introduzca una norma que instituye una relación de competencia entre X e Y respecto del estatus  $p$  en un sistema donde  $p$  no está sometido a la competencia de X (caso 4) que en un sistema en el que existe una norma que instituye una relación de incompetencia/inmunidad entre X e Y respecto del estatus  $p$  (caso 3). Mientras en el primer sistema no se produciría ninguna inconsistencia (se transformaría en el caso 2), el segundo sistema se volvería inconsistente (se transformaría en el caso 1).

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 1975 [1971]: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 1991 [1984]: "Permisos y normas permisivas", en Alchourrón, C. y Bulygin, E, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 215-238.
- ARRIAGADA, María Beatriz, 2016: "Conceptos de derecho subjetivo", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* (Universidad Carlos III de Madrid), N° 11.
- ARRIAGADA, María Beatriz, 2017: "Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas. *Revista Doxa*, N° 40.
- ARRIAGADA, María Beatriz, 2018: "Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad: tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión", *Revista Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. In print, already online <https://journals.openedition.org/revus/4095>.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan, 1994: "Sobre permisos en el derecho". *Revista Doxa*, N° 15-16.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan, 2004: *Las piezas del derecho*, Barcelona: Ariel.
- BAYÓN, Juan Carlos, 2009: "Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas", En Bulygin, E, Atienza, M y Bayón, J.C, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 27-73.
- BULYGIN, Eugenio, 1991 [1988]: "Sobre las normas de competencia", en Alchourrón, C y Bulygin, E, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 485-498.

- BULYGIN, Eugenio, 2010: "Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición". *Revista Doxa*, Nº 33.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, 2007: *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid: Trotta.
- DUARTE D'ALMEIDA, Luis, 2016: "Fundamental Legal Concepts: The Hohfeldian Framework". *Philosophy Compass*, Nº 11/10.
- ECHAVE, Delia; URQUIJO, María Eugenia y GUIBOURG, Ricardo, 2008 [1980], *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires: Astrea.
- GUASTINI, Riccardo, 1999 [1996]: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Trad. de Jordi Ferrer). Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, Riccardo, 1999: "Lagunas y antinomias", *Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Nº 29.
- GUASTINI, Riccardo (2016) [2014]: *La sintaxis del derecho*. Madrid, Marcial Pons (Trad. de Álvaro Núñez Vaquero).
- HALPIN, A. K. W. 1858: "Hohfeld's conceptions: From eight to two". *The Cambridge Journal* (1958), Vol. 44. Nº 3.
- HART, H.L.A, 1962 [1953]: "Definición y teoría en la ciencia jurídica", en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (Trad. de Genaro Carrió). Buenos Aires: Depalma, pp. 93-130
- HART, H.L.A., 2009 [1961]: *El concepto de derecho* (Trad. de Genaro Carrió), Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HART, H.L.A, 1983: "Legal Rights", en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, New York; Oxford University Press, pp. 162-193.
- HESSE, Conrado, 2001 [1994]: "Significado de los derechos fundamentales", en Benda (et.al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Evap-Marcial Pons.
- HOHFELD, Wesley, 2010 [1913]: "Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning I", en Walter Wheeler Cook (Ed.), *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. New Heaven/London, Yale University Press, pp. 23-64.
- HOHFELD, Wesley, 2010 [1917]: "Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning II", en Walter Wheeler Cook (Ed.), *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. New Heaven/London, Yale University Press; pp. 65-114.
- KELSEN, Hans, 1991 [1960]: *Teoría pura del Derecho*, (2ª edición) (Trad. de Roberto Vernengo) México D.F: Porrúa.
- KRAMER, Mathew, 2000 [1998]: "Rights without trimmings", en Mathew H. Kramer (et al.), *A debate over rights*, New York: Oxford University Press, pp 7-111.
- LINDHAL, Lars, 1977: *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Dordrecht: Springer.
- MAZZARSE, Tecla, 2012 [2000]: "Permiso fuerte y permiso débil. Notas al margen", en *Lógica, derecho, derechos* (Trad. De María Cristina Redondo), México D.F, Fontamara, pp. 39-64.
- POGGI, Francesca, 2004a: *Norme permissive*, Torino: G. Giappichelli.
- POGGI, Francesca, 2004b: "Sobre las normas permisivas" (Trad. de Hernán Bouvier). *Revista Escuela de Derecho*, Nº 5; pp. 11-32.
- RAINBOLT, George, 1993: "Rights as Normative Constraints on Others", *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 53, Nº 1.
- RAINBOLT, George, 2010: *The concept of rights*, Dordrecht: Springer.
- ROSS, Alf, 2005 [1958]: *Sobre el derecho y la justicia* (Trad. de Genaro Carrió), Buenos Aires: Eudeba.
- ROSS, Alf, 2000 [1968]: *Lógica de las normas* (Trad. de José Hierro), Colmares: Granada.
- RUIZ MANERO, Juan 2005: "Algunas concepciones del derecho y sus lagunas" en Atria, Bulygin, Navarro, Rodríguez y Ruiz Manero, *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons, pp. 103-126.

- RUIZ MANERO, Juan, 2010: “Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho”. *Revista Doxa*, N° 33.
- SPAAR, Torben, 2003: “Norms that Confer Competence”, *Ratio Juris*, Vol. 16, N° 1.
- VON WRIGHT, Georg, 1970 [1963]: *Norma y acción. Una investigación lógica* (Trad. de Pedro García Ferrero), Madrid: Tecnos.
- STRAWSON, Peter, 1952: *Introduction to logical theory*, London: Methuen & LTD.
- WELLMAN, Carl, 2002: “Legal rights”, en Wellman, C (Ed.), *Rights and Duties. Conceptual Analyses of Rights and Duties*, New York/London, Routledge, pp. 171-179.
- WENAR, Leif, 2005: “The nature of rights”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol.33, N° 3.
- WILLIAMS, Glanville, 1956: “The Concept of Legal Liberty”, *Columbia Law Review*, Vol 56, N° 8.

