

LA IMPORTANCIA DE LA DISTINCION ENTRE NORMAS Y PROPOSICIONES

NORMATIVAS

por Eugenio Bulygin

1. Una distinción casi trivial.

La distinción entre normas y proposiciones normativas no es nueva. No pocos juristas y filósofos del derecho la han reconocido y formulado en términos más o menos imprecisos. Cabe mencionar a Jeremy Bentham¹, Ingemar Hedenius, quien habla de enunciados normativos genuinos y espurios² y a Hans Kelsen, con su distinción entre *Rechtsnorm* (norma jurídica) y *Rechtssatz* (proposición jurídica)³. La idea central parece ser clara: las normas son usadas prescriptivamente para ordenar, prohibir o permitir una determinada conducta (en ciertas circunstancias) y como tales carecen de valores de verdad: no son ni verdaderas ni falsas. Las proposiciones normativas son afirmaciones acerca de (la existencia de) las normas; son descriptivas y, por ende, verdaderas o falsas.⁴ Como señala Georg Henrik von Wright⁵, tanto unas como otras pueden ser formuladas usando las mismas expresiones lingüísticas, lo cual puede dar lugar a algunas confusiones y dificultades de interpretación en casos particulares. Así, por ejemplo, el cartel "Prohibido fumar", colocado en una pared, puede ser interpretado como la formulación de una norma que prohíbe fumar o como una proposición normativa que informa acerca de la existencia de una norma que prohíbe fumar. Pero hecha esta aclaración, no parece haber grandes dificultades en reconocer de que se trata de dos entidades diferentes: las normas pueden ser obedecidas o no, pueden ser calificadas como justas, válidas o eficaces, pero no son ni verdaderas ni falsas, mientras que las proposiciones normativas son verdaderas o falsas, pero no prescriben nada y en consecuencia no son ni válidas ni inválidas y no pueden ser obedecidas ni violadas.

Sin embargo, no son pocas las ocasiones en las que se encuentran graves confusiones debidas a la falta de una clara distinción entre estas dos entidades. El mismo von Wright reconoce que "It has taken me nearly thirty years to see its full significance. And not all logicians and philosophers have seen it even now."⁶ En lo que sigue analizaré algunos ejemplos de tales confusiones.

2. Kelsen y las lagunas.

Como se sabe, Hans Kelsen sostuvo durante mucho tiempo la tesis de que todo derecho es un sistema completo y consistente, es decir, que por razones lógicas no puede haber situaciones

¹ J. Bentham, *Of Laws in General* (ed. por H.L.A. Hart), Athlone, London 1970.

² I. Hedenius, *Om rätt och moral*, Stockholm 1941.

³ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien 1960.

⁴ Cfr. E. Bulygin y D. Mendonca, *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, 15-24.

⁵ G.H. von Wright, *Norm and Action*, Rourledge and Kegan Paul, London 1963.

⁶ G. H. von Wright, "Value, Norms, and Action in My Philosophical Writings" en G. Meggle (ed.), *Actions, Norms and Values. Discussions with Georg Henrik von Wright*, de Gruyter, Berlin-New York, 1999, 11-33.

no reguladas por el derecho (esto es, no hay lagunas normativas⁷), ni tampoco contradicciones entre normas o conflictos normativos. Esta última tesis fue abandonada por Kelsen en 1962,⁸ pero la primera la mantuvo firmemente hasta el final.

El principal argumento de Kelsen en apoyo de la tesis de completitud del derecho está basado en el famoso principio de que todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido, que llamaré el *principio de prohibición*. Kelsen cree que este principio forma parte de todo orden jurídico; su idea básica es que el derecho consiste de normas que prohíben ciertas conductas y permiten todas las demás, en virtud del mero hecho de no prohibirlas. De ahí se sigue que no hay conductas no reguladas por el derecho, ya que o bien están prohibidas o bien están permitidas: todas tienen un *status* normativo conferido por el derecho, cualquiera que sea el contenido de este último. Por lo tanto las lagunas normativas no existen y todo orden jurídico es siempre completo.

No es difícil mostrar que este argumento está basado en la confusión entre normas y proposiciones normativas.⁹ Kelsen nunca se plantea la pregunta que es fundamental en este contexto: ¿Es el principio de prohibición una norma o una proposición normativa? Si es una norma que permite todas las conductas no prohibidas, entonces es contingente y no puede pertenecer necesariamente a todo orden jurídico, salvo que se sostenga que no es una norma positiva, sino una norma del derecho natural, camino que le está vedado a Kelsen, quien enfáticamente niega que exista derecho natural. Normas positivas que permiten las conductas no prohibidas por otras normas pueden existir; un ejemplo es la regla *nullum crimen* del derecho penal liberal, pero esta regla es claramente contingente, sólo existe en un orden jurídico si ha sido incorporada por un acto creador del derecho.

Si se trata de una proposición normativa caben dos posibilidades: si “permitido” significa que existe una norma que permite la conducta en cuestión (permiso positivo o fuerte¹⁰), entonces el principio es claramente falso: del hecho de la inexistencia de una norma prohibitiva no cabe inferir la existencia de una norma permisiva. Pero Kelsen y los autores que le siguen en este punto¹¹ podrían alegar que “permitido” significa “no prohibido”; esto es verdad: el término “permitido” se usa frecuentemente en este sentido. Es lo que hemos llamado permiso negativo o débil. Pero en tal caso, el principio “Lo que no está prohibido, está permitido” se convierte en “Lo que no está prohibido, no está prohibido”, lo cual es una tautología. En esta interpretación el principio es necesariamente verdadero, pero vacío, pues nada dice sobre el derecho y es perfectamente compatible con la existencia de lagunas, si por “laguna” se entiende una conducta que no está prohibida, ni permitida en sentido fuerte, es decir, no está regulada por el derecho. Cabe concluir que el principio de prohibición como norma es contingente y como proposición normativa es, o bien falso, o bien necesario, pero vacío. Nunca puede cumplir el papel que Kelsen y sus seguidores le atribuyen: ser necesariamente verdadero y eliminar las lagunas.

3. Raz y el silencio del derecho.

⁷ Sobre la distinción entre diversos tipos de lagunas cfr. C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien-New York, 1971, en adelante NS y la versión castellana *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, en adelante IMCJS; lagunas normativas 20-21 [48-49], lagunas de conocimiento y de reconocimiento 31-34 [61-65] y lagunas axiológicas 106-110 [157-161].

⁸ H. Kelsen, “Derogation”, 1962.

⁹ Cfr. NS, 116-144, IMCJS, 169-199.

¹⁰ Sobre permisos positivos o fuertes y negativos o débiles véase NS, 119-125.

¹¹ Por ejemplo Cossio. Cfr. Carlos Cossio, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, 1947.

La posición de Joseph Raz respecto del problema de las lagunas (o de la completitud del derecho) es muy similar a la de Kelsen. Si bien él usa una terminología muy distinta y sus argumentos parecen ser diferentes, en el fondo se trata de lo mismo. He analizado las ideas de Raz expuestas en su conocido artículo "Legal Reasons, Sources, and Gaps"¹² respecto de las lagunas en algún detalle en varios lugares,¹³ de modo que me limitaré aquí a una breve síntesis.

La conclusión a la que llega Raz después de una larga discusión del tema es que puede haber lagunas provenientes de conflictos no resueltos ("cuando el derecho habla con dos voces") o de la vaguedad de ciertos términos ("cuando el derecho habla con voz incierta"). Pero

"Contrariamente a mucha imaginación popular, no hay lagunas cuando el derecho guarda silencio. En tales casos las reglas de clausura, que son verdades analíticas y no reglas jurídicas positivas, entran a operar y previenen la posibilidad de lagunas."¹⁴

De qué manera las verdades analíticas pueden eliminar las lagunas debidas al silencio del derecho es un misterio que Raz prefiere no revelar. Su ejemplo de una regla de clausura tal es su fórmula (31)¹⁵, que - despojada de su pomposo ropaje simbólico - sólo dice que la inexistencia de una razón jurídica para hacer p equivale a la existencia de un permiso concluyente para omitir p. Esto suena bien, pero basta una mirada un poco más atenta para disipar esta impresión. El permiso concluyente para omitir p no es más que la ausencia de una razón para hacer p¹⁶; por consiguiente, la fórmula (31) es una mera tautología (cosa que Raz admite al decir que es una verdad analítica). Si el permiso concluyente para omitir p es la mera ausencia de una razón para hacer p, esto implica que no hay una norma jurídica que obligue a hacer p. Para Raz hay una estrecha relación entre razones y normas: hay una razón concluyente para hacer p cuando hay una norma jurídica (legislada, consuetudinaria o jurisprudencial) que requiere o exige hacer p.¹⁷ Pero así como la ausencia de una norma no es una norma, la ausencia de una razón no es una razón.¹⁸

Raz admite expresamente que la fórmula (31) es "la regla de clausura conocida de que todo lo que no está jurídicamente prohibido es jurídicamente permitido y viceversa."¹⁹ De ahí se sigue que esta regla de clausura sólo dice que todo lo que no es requerido o exigido por el derecho, no es requerido o exigido por el derecho, o (en términos de prohibición) "lo que no está prohibido, no está prohibido". Exactamente como en Kelsen, esta regla de clausura no clausura nada y no prueba lo que Raz pretende probar: la ausencia de lagunas cuando el derecho guarda silencio.

El error de Raz se debe, nuevamente, a la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas. Sus enunciados de razón son claramente proposiciones normativas, pues son verdaderos o falsos. Sólo una norma puede convertir una conducta en autorizada (es decir, en permitida en el sentido positivo o fuerte), pero su regla de clausura no es una norma,

¹² Publicado en J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon, Oxford 1979, 53-77 (en adelante TAL).

¹³ E. Bulygin, "On Legal Gaps", *Analisi e Diritto 2002-2003*, 21-28, "El silencio del derecho", *Analisi Filosofico*, vol. XXII, No.2 (2002), 103-114 y *El positivismo jurídico*, Distribuciones Fontamara, México, 2006, 88-95.

¹⁴ TAL, 77.

¹⁵ (31) $\vdash (\neg LR_c x, \phi) \leftrightarrow (LPer, x, \neg\phi)$

¹⁶ "Intuitively, the negation of a legal reason is nothing more than the absence of a legal reason. TAL, 67.

¹⁷ Raz dice expresamente: "Los enunciados de la forma $LR_{x,\phi}$ significan lo mismo que "jurídicamente x debe hacer ϕ " o "conforme al derecho x debe hacer ϕ ". " TAL, 65.

¹⁸ Raz admite implícitamente que lo que llama "permiso concluyente" no es una razón, al reconocer que los permisos concluyentes, a diferencia de permisos explícitos, nunca se basan en fuentes. TA, 64.

¹⁹ TAL, 76.

sino una proposición normativa, para colmo analítica. Se trata pues, como en Kelsen, de una permisión débil o negativa. El mismo Raz admite en dos trabajos anteriores al artículo que estamos considerando que las conductas sólo permitidas en el sentido débil no están reguladas por el derecho:

“Un sistema normativo regula todos los actos regulados por sus normas. Esto significa que un sistema normativo regula todos los actos permitidos por las normas del sistema que otorgan permisos excluyentes. *Pero el sistema no regula los actos que están permitidos en el sentido meramente débil, esto es, los actos permitidos meramente por la ausencia de una norma que exija su omisión.*”²⁰ (El subrayado es mío).

“Un sistema normativo no regula, sin embargo, la conducta que sólo permite en el sentido débil. Un acto es permitido en el sentido débil si el sistema no contiene una norma que lo prohíba. Está permitido en el sentido fuerte si el sistema contiene una norma que lo permita.”²¹

4. Jules Coleman y los enunciados jurídicos.

Otro ejemplo de la ya mencionada confusión se encuentra en el artículo “Truth and Objectivity in Law” de Jules L. Coleman.²² Coleman comienza por afirmar que los enunciados jurídicos (*legal sentences*) tienen la siguiente forma lógica: “El derecho dispone tal cosa en tales circunstancias” (“*The law on such-and-such is so-and-so*”). Este tipo de enunciados tiene, según Coleman, “la sintaxis de juicios declarativos. Los enunciados son asertóricos: afirman la existencia de ciertos hechos. Son verdaderos si los hechos que afirman se dan, falsos (o no decidibles) en caso contrario.”²³ Pero a continuación agrega que su forma sintáctica (es decir, declarativa) es engañosa respecto de su semántica (significado):

“Mientras que los enunciados jurídicos parecen afirmar la existencia de hechos jurídicos, en realidad no afirman ningún hecho. En lugar de afirmar, endosan o prescriben acciones, o bien expresan actitudes del hablante respecto de la deseabilidad o valor de diversos cursos de acción. A diferencia de aserciones, expresiones y prescripciones no son capaces de ser verdaderos o falsos.”²⁴

En consecuencia, se pregunta Coleman, “¿Son las proposiciones de derecho asertóricas o expresivas?”

A esta altura ya debería ser claro que se trata de dos tipos de enunciados diferentes; uno es el enunciado que afirma que el derecho dispone tal o cual cosa, que es una proposición normativa verdadera o falsa y otro muy distinto es el enunciado prescriptivo o expresivo (como lo llama Coleman) que prescribe o dispone algo. La diferencia entre estos dos tipos de enunciados no está en el aspecto sintáctico o semántico del mismo enunciado, sino en el hecho de que se trata de dos enunciados diferentes, hecho que Coleman no advierte. Todo su análisis está viciado por esta confusión entre enunciados que expresan normas y los que se usan para formular proposiciones normativas.

Los tres filósofos del derecho analizados hasta ahora son representantes del positivismo jurídico. Kelsen pertenece a lo que podríamos llamar el *positivismo clásico*. Joseph Raz es

²⁰ J. Raz, *Prectical Reasons and Norms*, Hutchinson, London 1975, 86.

²¹ J. Raz, “The Uniqueness of Law” en *TAL*, 117, nota 4.

²² *Legal Theory*, 1 (1995), 33-68.

²³ Coleman, 33.

²⁴ Coleman, 33-34.

considerado como el más importante representante del llamado *positivismo excluyente* y Coleman pertenece al *positivismo incluyente*. Esto puede crear la impresión de que la confusión entre normas y proposiciones normativas es una característica típica del positivismo jurídico. Sin embargo, esto no es así. Hay muchos positivistas que no incurrir en este error y – como veremos a continuación – algunos antipositivistas sufren de la misma enfermedad. El caso del antipositivista más importante de nuestro tiempo, Ronald Dworkin es muy elocuente en este sentido

5. Dworkin, las proposiciones de derecho y la refutación del positivismo

En las obras de Ronald Dworkin se encuentran casos especialmente ilustrativos de la confusión entre normas y proposiciones normativas. En primer lugar, en su uso de la expresión “proposición de derecho” (*proposition of law*) y en segundo lugar, en su intento de refutar el positivismo jurídico mediante el uso (y abuso) de las fórmulas lógicas.²⁵ Ambos temas fueron analizados en algún detalle en mi *Positivismo jurídico* (74-88), de modo que para no repetirme, me remito a ese texto y sólo agregaré algunas consideraciones complementarias.

En el trabajo citado sostuve que las proposiciones de derecho de Dworkin son un amalgama de normas y proposiciones normativas, pues son prescriptivas y descriptivas a la vez. Efectivamente, por un lado son verdaderas o falsas, lo cual sugiere que son descriptivos de ciertos hechos, aunque Dworkin no es muy claro acerca de la cuestión de saber de qué hechos de trata. No son hechos puramente empíricos, pues en tal caso las proposiciones de derecho serían idénticos a los enunciados externos de Hart, cosa que Dworkin rechaza. En algún momento sugiere que podrían ser hechos morales o “hechos de coherencia normativa” y finalmente dice que en rigor las proposiciones de derecho no son verdaderas, sino sólo aseverables como verdaderas. Por otro lado, tales proposiciones dan lugar a obligaciones (Si una proposición tal es verdadera, entonces los jueces tienen el deber, por lo menos prima facie, de decidir un caso en un sentido y si es falsa, entonces tienen el deber de decidir el mismo caso en el sentido opuesto²⁶). De esta manera las proposiciones de derecho de Dworkin cumplen al mismo tiempo las funciones de proposiciones normativas (pues son verdaderas o falsas) y de normas (establecen deberes). Lo que Dworkin parece pasar por alto es que la obligación del juez de decidir un caso en un determinado sentido no proviene de la proposición normativa, sino de la norma que regula los deberes de los jueces.

El otro ejemplo de confusión entre normas y proposiciones normativas en Dworkin es su pretendida refutación del positivismo jurídico. Uno de los puntos centrales del positivismo jurídico es la llamada *tesis de las fuentes sociales del derecho*, de acuerdo a la cual una norma para ser jurídica tiene que tener una fuente, es decir, tiene que originarse en un hecho social (legislación, costumbre o precedente). Dworkin pretende mostrar que esta tesis lleva a consecuencias insostenibles.

La prueba de Dworkin es bastante compleja, pero se la puede simplificar considerablemente. En lo que sigue usaré la versión de Raz, que reproduce lo esencial de su argumento.²⁷

²⁵ R. Dworkin, “No Right Answer?” en P.M.S. Hacker and J., Raz (eds.), *Law and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon, Oxford, 1977, 58-84, en adelante NRA.

²⁶ NRA, 59.

²⁷ J. Raz, “Legal Positivism and the Sources of Law” en TAL, 37-52.

Sea p una variable de proposiciones de derecho y $F(p)$ una proposición que afirma la existencia de una fuente social para p . Dworkin cree que según la tesis de las fuentes sociales la verdad de p requiere la verdad de $F(p)$, de modo que p y $F(p)$ son por lo menos materialmente equivalentes. Por lo tanto, cabe afirmar:

$$(1) p \leftrightarrow F(p)$$

Por contraposición en (1) obtenemos

$$(2) \sim F(p) \leftrightarrow \sim p$$

Por sustitución de $\sim p$ por p en (1), se obtiene

$$(3) \sim p \leftrightarrow F(\sim p)$$

Siendo idénticos sus primeros términos, (2) y (3) implican la equivalencia de sus segundos términos

$$(4) \sim F(p) \leftrightarrow F(\sim p)$$

La fórmula (4) dice que si no hay una fuente para p , entonces hay una fuente para la negación de p y esto es obviamente falso, pero como se obtuvo a partir de (1) y los pasos lógicos parecen ser correctos, pareciera que hay que rechazar (1). Esto al menos lo piensa Raz, quien hace un extenso análisis de los distintos modos en que se puede eludir esta dificultad. Pero en realidad se trata de una falsa dificultad que sólo radica en la interpretación de la variable p . ¿Representa ésta una norma o una proposición normativa? A juzgar por los ejemplos de proposiciones de derecho de Dworkin (El acuerdo entre Fulano y Mengano es un contrato válido; Fulano es civilmente responsable por el daño causado, Zutano ha cometido el delito de robo) no se trata de normas o reglas, pues no prescriben ninguna conducta como obligatoria, prohibida o permitida. Pero si las proposiciones de derecho son descriptivas, entonces no tiene sentido preguntarse por sus fuentes. Lo que el positivismo sostiene es que las *normas* jurídicas requieren una fuente social, pero no las proposiciones acerca de las normas.

Ciertamente, la verdad de una proposición normativa, por ejemplo, que la conducta q está prohibida por el derecho supone la existencia de una norma que prohíbe q y la existencia de tal norma requiere una fuente social. Si usamos ' $O\sim q$ ' para la norma que prohíbe q , ' D ' para derecho (es decir, el conjunto de normas jurídicas) y ' $(O\sim q) \in D$ ' para la proposición normativa que dice que la norma que prohíbe q pertenece al derecho, la fórmula (1) de Dworkin se convierte en:

$$(1') (O\sim q) \in D \leftrightarrow F(O\sim q),$$

que dice que la norma que prohíbe q pertenece al derecho si y sólo si hay una fuente para esa norma. Por contraposición, obtenemos:

$$(2') (O\sim q) \notin D \leftrightarrow \sim F(O\sim q)$$

que dice que la norma que prohíbe q no pertenece al derecho si y sólo si no tiene una fuente social. Pero decir que la norma que prohíbe q no pertenece al derecho es tanto como decir que q está permitido en sentido débil o negativo (= ausencia de prohibición). Este es *un* sentido de la expresión "permitido", pero como ya sabemos hay otro:

Por sustitución de ' $\sim O\sim q$ ' por ' $O\sim q$ ' en (1') obtenemos:

$$(3') (\sim O\sim q) \in D \leftrightarrow F(\sim O\sim q),$$

que dice que una norma que no prohíbe (es decir, permite) q pertenece al derecho si y sólo si hay una fuente para esa norma. Este es el otro sentido de "permitido": el permiso fuerte o positivo.

Como los primeros términos de (2') y (3') no son equivalentes, no cabe inferir la equivalencia de los segundos términos. Esto muestra que el paso que pretende realizar Dworkin para obtener la fórmula (4) es inválido.

Se ve claramente que decir de una conducta que está permitida es ambiguo, pues puede querer decir (a) que la norma que la prohíbe no pertenece al derecho y (b) que la norma que la permite pertenece al derecho. Estamos nuevamente en presencia de dos viejos conocidos: los dos sentidos de “permitido”: fuerte (positivo) y débil (negativo).

Estos ejemplos tomados de las obras de los filósofos del derecho más importantes de nuestra época muestran claramente la necesidad de distinguir entre normas y proposiciones normativas y el peligro de su confusión.