

# ¿EXISTEN NORMAS NEGATIVAS?\*

---

Mizhael Nápoles\*\*

## Resumen

El estudio aborda una explicación acerca del aspecto negativo de regulación, así como cuestiones importantes, tales como: ¿Existen normas negativas?, ¿qué son?, ¿cuál es su función? y ¿qué significan para Hans Kelsen en su teoría?

*Palabras clave:* Regulación negativa, norma negativa, lagunas, permisión, prohibición.

## Abstract

This research deals with an explanation of the negative aspect of regulation, as well as important issues such as: Are there negative norms?, what are they?, what is their function?, and what do they mean for Hans Kelsen in his theory?

*Keywords:* Negative regulation, negative norms, gaps, permission, prohibition.

**E**l objetivo de este trabajo radica en intentar una reinterpretación parcial de la teoría de Hans Kelsen, con el fin de analizar la existencia de normas negativas en el ordenamiento jurídico. Para poder desarrollar este estudio con claridad y consistencia me apegaré en estricto al marco explicativo de la *Teoría Pura del Derecho*, obra cumbre del profesor austriaco.

Es prudente considerar, que el tema referente a las lagunas ha sido afrontado por varios filósofos del derecho con capaz rigor analítico, pero este trabajo, sin embargo, no se encauza directamente al estudio del concepto de laguna, sólo prepara un enfoque que ciertamente dejamos pasar inadvertidamente en cuanto a la descripción del postulado kelseniano, en tanto se refiere al proceso de creación de normas jurídicas y que explica en alguna medida el fenómeno de las lagunas en el derecho.

## I. Regulación negativa

En la posición de Hans Kelsen, el derecho es un producto inteligente del ser humano, su propósito consiste en regular la conducta del hom-

\* Agradezco profundamente las observaciones que hicieron a este trabajo los profesores Rogelio Larios y Lucila Caballero.

\*\* Universidad de Sonora, Departamento de Derecho. Correo electrónico: mnapoles.uson@hotmail.com

bre.<sup>1</sup> En este sentido, las normas son expresiones volitivas del individuo en tanto ordenan comportamientos, obligando, prohibiendo o facultando conductas.<sup>2</sup>

Esta regulación de la conducta, afirma Kelsen, puede darse en dos ciclos conjuntos: positiva y negativamente.<sup>3</sup> Según la concepción del jurista austriaco, la regulación positiva se constituye por actos determinados exigiendo la realización o la omisión de ciertas conductas.<sup>4</sup> En tanto un comportamiento sea exigido mediante una norma válida, indica afirmar que el individuo se encuentra obligado jurídicamente con relación a esa conducta.<sup>5</sup> Cuando una conducta es impuesta objetivamente en el orden jurídico, entonces estamos frente al tipo de regulación positiva.<sup>6</sup> Actos que establecen normas determinadas en un sentido objetivo, configuran regulaciones positivas.

En un sentido negativo, la conducta del individuo se encuentra regulada por el orden jurídico cuando dicho comportamiento no es objeto de regulación positiva, es decir, no está exigida por el orden normativo jurídico y no está positivamente permitida por una norma que limite el dominio de validez de una norma obligatoria, en consecuencia, está permitida sólo en un sentido negativo.<sup>7</sup> Según Kelsen, esta función negativa tiene que distinguirse de la positiva en tanto la permisón que se contiene en la formula normativa constituye un acto positivo, un hecho objetivo en la realidad del derecho válido; en el otro caso, el permiso es negativo sólo cuando no existe norma en el orden jurídico en relación a una conducta.

<sup>1</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 1960, p. 18.

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> En lo referente al estudio del derecho, es importante destacar el carácter positivista de la doctrina kelseniana, dando cuenta que ella no supone conceptos o procesos metafísicos en la explicación de tal fenómeno. En palabras del profesor Dante Cracogna en relación a la obra de Kelsen: "...el Derecho es una creación exclusivamente humana que nada tiene que ver con ideas trascendentes como dios o la Naturaleza, entonces las "formas de creación normativa" revisten una significación muy especial, que justifica plenamente una elaboración teórica capaz de explicarlas y analizarlas." Véase: Cracogna, Dante, *Cuestiones fundamentales de la teoría pura del Derecho*, Fontamara, México, 1998, p.44.

<sup>4</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 28-29.

<sup>5</sup> *Idem.*

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> *Idem.*

El carácter positivo de una permisión se califica según la autoridad u órgano comunitario estatuido con esos fines,<sup>8</sup> otorgándole facultad para emitir dicha norma en sentido positivo. Esto indica primordialmente que ambas funciones quedan ligadas en lo esencial a obligar o permitir en relación a ciertos comportamientos. Y sobre esta circunstancia Kelsen es cabal, al mencionar que únicamente dentro de un orden jurídico que exige conductas pueden permitirse determinadas acciones humanas.<sup>9</sup> Esto significa en cierto sentido, que sólo las conductas determinadas objetivamente en el derecho pueden constituir obligaciones y permisos legítimos, avalados por el orden jurídico en vigencia. Hasta este punto, todo pareciera indicar que la regulación negativa se refiere concretamente a una ausencia de normación, conductas no significativas en el orden jurídico a diferencia de los actos expresos por las autoridades normativas constituyendo regulación en sentido negativo.

Ciertamente y hablando en relación al entorno práctico cotidiano, el legislador no se percata de esta situación, de hecho, generalmente su actividad se constituye en actos positivos, creando, modificando o extinguiendo normas, no piensa siquiera que existan normas negativas, mucho menos que las produzca sin intención alguna. La posición de regular negativamente es irrelevante en materia legislativa, sin embargo, en la teoría pura de Hans Kelsen, esta situación es de suma importancia puesto que la regulación negativa cumple una función crucial en el orden jurídico, misma actividad que abordaremos en puntos posteriores. Por ahora podemos percatarnos que el legislador kelseniano, partiendo de esta postura, regula en ambos sentidos su producción de normas y por lo tanto, tienen significado en el ámbito jurídico.

## II. La condición de libertad jurídica

El derecho como sistema social regula comportamientos del ser humano y esta actividad puede ser no sólo en un sentido positivo, es posible concebirla también en sentido negativo. Agregando un carácter coactivo a los actos positivos en tanto constituyen normas, la regulación positiva liga un acto coactivo a la violación de lo impuesto en tan-

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 30.

to objeto de la obligación perteneciente al orden jurídico. La regulación negativa por el contrario, no liga acto coactivo alguno a una forma de comportamiento específico, por lo tanto, el derecho no prohíbe ni permite en un sentido positivo tal conducta.<sup>10</sup> En este contexto, el comportamiento que no está jurídicamente prohibido, en sentido negativo está permitido.<sup>11</sup> Aparentemente, puede aseverarse que la conducta se permite sólo por ausencia de normación, es decir, una actitud negativa de la autoridad legislativa. Sin embargo, para Kelsen esta actitud tiene un significado y por consecuencia relevancia jurídica;<sup>12</sup> no porque el legislador deje de normar en relación a determinadas conductas deja de producir derecho, sino que además regula negativamente lo que no es positivamente relevante para el orden jurídico.<sup>13</sup> El jurista austriaco, todo parece indicar, no hizo de menos esta situación en su teoría incluyéndola con un objetivo en específico, garantizar un margen de libertad.

La libertad, según Kelsen, consiste en que una específica conducta que está permitida a causa de que el orden jurídico no la ha prohibido, es decir, no hay una norma positiva que califique dicho comportamiento en el orden jurídico, y puesto que su no prohibición es una circunstancia del efecto negativo de normación, la conducta es libre jurídicamente, es decir, está permitida.<sup>14</sup> Además, es prudente mencionar lo

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> Según los planteamientos teóricos de Kelsen, la validez de una norma se adquiere con su existencia y de ésta se obtiene el carácter positivo. En este caso, ciertamente especial, no podemos hablar de normas negativas concretas, sino únicamente de una regulación negativa implicada en la actividad legislativa de la autoridad normativa. No obstante ello, aclarar esta interrogante resulta ser complicada desde la perspectiva de tomar en consideración de que pueden existir normas que no podemos apreciar en base a la observación directa. Sobre un desarrollo especializado acerca de la validez en la tesis kelseniana. Véase: Moreso, Juan José, *Normas jurídicas y estructura del Derecho*, Fontamara, México, 1997, pp. 61-72.

<sup>13</sup> Mendonça menciona algo importante en relación al concepto de validez de las normas al desarrollar la existencia abstracta de la norma como un presupuesto de validez. Dice el autor: "...la existencia de las normas depende, pues, única y exclusivamente, de la posibilidad de que sean formuladas lingüísticamente. Esta condición hace que las normas sean concebidas como el contenido conceptual de posibles actos de prescribir y, por lo tanto, como entidades abstractas, puramente ideales." Véase: Mendonça, Daniel, *Exploraciones normativas*, Fontamara, México, 1995, p. 30. En este sentido, la posibilidad de que exista una norma es un criterio suficiente para su validez. Vale considerar por supuesto, si esa es la línea que pretendía seguir Kelsen al formular un concepto negativo de regulación, al referirse a posibles normas dentro de un género regulativo negativo.

<sup>14</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 55.

que manifiesta el profesor Kelsen, acerca de la libertad negativa cuando la misma es garantizada sólo en el caso especial de que el orden jurídico prohíba la conducta que pudiese impedir ese estado de libertad, sólo entonces, dice el autor, esa conducta no prohibida vale como contenido de un derecho reflejo y por lo tanto, es justificada.<sup>15</sup> Pero no obstante ello, pueda ser que esta situación no se logre y el permiso negativo no tenga esa protección como contenido de una obligación jurídicamente establecida.<sup>16</sup>

Sobre este particular vale comentar lo siguiente; estas aseveraciones manifestadas por el jurista en comento, denotan en definitiva dos categorías que distinguen la libertad del individuo frente al marco del derecho positivo, puesto que por un lado se tiene una libertad garantizada por el orden jurídico que en suma, trata de proteger ciertos derechos que conceden libertades estrictamente jurídicas, y sobre la otra perspectiva concede una libertad independiente del derecho, donde ciertos comportamientos están permitidos en sentido negativo. Señalado lo anterior, estamos en condiciones de expresar que las normas negativas conceden permisos o libertades que se encuentran fuera del orden jurídico, pero que son producto del legislador y por lo tanto poseen un sentido normativo negativo.

Quizá la presentación más apropiada para la justificación lógica de la tesis negativa de Kelsen, sea que «  $Pp \equiv \sim Php \square a$  », que describe a la permisión de la conducta  $p$ , si y sólo si la no prohibición de  $p$ , no pertenece al orden jurídico. Sólo en ese sentido está permitida la conducta con modalidad débil.

Pero esta anterior concepción, sólo puede acompañarse de una decisión jurídica que la respalde, si y sólo si una autoridad judicial ampara tal situación al declarar la libertad de ciertos comportamientos no regulados por el derecho. En esto hay que ser precisos, puesto que la libertad que juega un rol independiente al derecho, sólo puede garantizarse por un juicio del juez que confirme dicha independencia, al declarar que las situaciones que no están prohibidas son permitidas negativamente, de otra manera considero, no tendría sentido. Si lo anterior se encuentra ligado estrictamente al principio de autoridad que indica que los órganos del Estado no pueden realizar actos que estén más allá

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>16</sup> *Idem.*

de lo que dictan las normas positivas, en consecuencia, las autoridades tanto judiciales como administrativas tienen que acatar los lineamientos de la ley en estricto sentido; esto es así, puesto que la idea que se sostiene en la salvaguarda de la seguridad jurídica estaría en un severo riesgo.

Esta misma cuestión es abordada por Hans Kelsen con más júbilo al introducirse en materia de lagunas. Esta posición netamente radical defendida por nuestro autor, empieza a tornar el panorama hacia una clausura del sistema jurídico<sup>17</sup> al solventar aquellas situaciones no previstas por el derecho, pero advertidas por el legislador permitiéndolas negativamente.

### III. Kelsen y su concepción de laguna en el ordenamiento jurídico

La teoría pura del derecho, supone una aplicación del orden jurídico por los tribunales en casos concretos, incluso cuando en la opinión y criterio de los juzgadores esto no puede ser posible.<sup>18</sup> En este último caso, dicha opinión sólo puede ocuparse en concluir que no existe una norma regulada positivamente y que una determinada conducta ha quedado excluida del ámbito normativo positivo. Entonces, manifiesta Kelsen, la conducta se encuentra regulada en un sentido negativo por el orden jurídico, es decir, no exigida jurídicamente y en consecuencia se encuentre permitida.<sup>19</sup> Para el jurista austriaco, la necesidad de normas positivas y negativas es una función complementaria en la producción legislativa, al igual que en la decisión judicial.

<sup>17</sup> Sobre esto, Jorge Luis Rodríguez indica: "Muchos filósofos del derecho han sostenido la idea de completitud de los sistemas jurídicos, esto es, que no existen lagunas en el derecho en el sentido indicado. Hans Kelsen puede tomarse como un buen ejemplo de este punto de vista. El principal argumento empleado por Kelsen para justificar la tesis de que no existen lagunas en el derecho se basa en el principio de que todo lo que no está prohibido por el derecho está permitido [...] de manera que, en la perspectiva de Kelsen, para todo sistema jurídico  $\alpha$ , para toda acción  $p$  y para todo caso  $q$ , si  $p$  no está prohibida en el caso  $q$  por  $\alpha$ , entonces  $p$  está permitida en  $q$  por  $\alpha$ ." Véase: Rodríguez, Jorge Luis, "Lagunas axiológicas y relevancia normativa", *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 22, México, ITAM, 1999, p. 350.

<sup>18</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 254.

<sup>19</sup> *Idem.*

En una postura radical, Kelsen se encamina a criticar la teoría de las “lagunas auténticas” insistiendo en su contenido errático, ello debido a que se fundamenta en la misma ignorancia del hecho que justifica la circunstancia de que cuando una conducta no está prohibida, dicha acción está permitida.<sup>20</sup> La tesis “errónea”, según el maestro de Viena, concluye en la producción de una norma por parte de la juzgadora y con ello, colma lo que en su opinión considera como una laguna auténtica; además, manifiesta el autor, esta teoría justifica su argumento en indicar que la aplicación del derecho válido no es posible, puesto que falta la premisa mayor del silogismo que emplea la autoridad jurisdiccional, es decir, la norma general. Por esta circunstancia, el juzgador se vea en la necesidad lógica de producir la norma que estructure correctamente su razonamiento jurídico.

Kelsen asimismo, estimula una posibilidad en dicha teoría al argumentar que también es posible aplicar el derecho cuando se supone una “laguna”, en esta situación, menciona el jurista, es posible el empleo del orden jurídico<sup>21</sup> y ello también constituye aplicación del derecho. Sin embargo, vale decir que este intento de interpretación del enunciado kelseniano puede entenderse en dos sentidos; por una parte la aplicación del orden jurídico supone una aplicación total de las normas que lo componen en relación a un caso específico, lo cual lógicamente es inaceptable. Por otro lado, existe el hecho de que el juzgador al suponer una laguna normativa tenga que acudir a todo el ordenamiento vigente para buscar la norma que estructure el silogismo jurídico correctamente y, con ello, la autoridad aplique lógicamente el derecho. En nuestra posición, consideraremos sólo la segunda interpretación, por ser la primera un impedimento lógico y sistemático de la aplicación de la norma jurídica. Pero como ya se ha comentado, esto es parte fundamental en la crítica que esboza Kelsen en contra de la tesis tradicional referente al problema de las lagunas. Además –continúa el profesor austriaco–, que exista una laguna supone un criterio subjetivo en el cual la falta de norma es considerada por el órgano juzgador como una circunstancia indeseable desde una postura jurídico-política,<sup>22</sup> siendo por esta razón que el órgano aplicador haga de lado los lineamientos jurídicos (normas) que le otorga el derecho válido, pues considera como injusta o

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 255.

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> *Idem.*

inadecuada dicha situación. Esta eventualidad en donde el órgano de aplicación tiene que dejar de lado el derecho válido para decidir, menciona Kelsen, puede ser contemplado desde una visión meramente subjetivista, puesto que la suposición de una laguna deviene de un juicio de valor que es relativo y al cual puede surgir uno contrapuesto.<sup>23</sup>

La crítica de Kelsen hacia esta tradición teórica y judicial, se desenvuelve en un ámbito de justificación donde el juez antepone al derecho válido un juicio de carácter subjetivo. Para nuestro autor, este hecho es una posibilidad que debe ser remota en la decisión judicial, de otra manera la objetividad y la imparcialidad en este sector se verían sumamente afectadas.

Siguiendo con esa misma propensión crítica, Kelsen afirma que dicha teoría de las lagunas auténticas ha influido sobremanera en la técnica legislativa contemporánea, donde los códigos integran a sus contenidos disposiciones que dan la alternativa al órgano aplicador de decidir conforme a su juicio,<sup>24</sup> es decir, que ante la falta de norma general o del derecho consuetudinario, el juez puede resolver mediante la regla o juicio que crea prudente. Al respecto, nuestro autor expone que este tipo de disposiciones no permiten la aplicación lógica del derecho a un caso concreto;<sup>25</sup> pero lo anterior, dice Kelsen, no es posible puesto que un orden jurídico siempre puede ser aplicado, y esto es así debido a que la juzgadora tiene que rechazar la demanda con base en que el orden normativo válido no contiene una norma general que exija al sujeto demandado la obligación que es pretendida por el demandante, lo cual nos lleva a concluir que el supuesto del cual parten ciertos ordenamientos jurídicos es una mera ficción<sup>26</sup> y con ello, que la conducta exigida en la demanda se encuentre permitida negativamente.

En la teoría pura se considera a esta invención legislativa como un punto en contra de la fragmentación del poder político,<sup>27</sup> en tanto otorga a los órganos judiciales una facultad extensiva y que en cierta medida incrementa su poder político e institucional. Esto hace suponer, que los jueces estarían facultados para emitir resoluciones a discreción en momentos cruciales donde la norma general brilla por su ausencia.

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 256.

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Idem.*



Igualmente y aunado a lo anterior, tenemos que la apreciación meramente subjetiva del juez en tanto dicha situación sea injusta o indeseable y por ello la aplicación del derecho válido sea insatisfactoria, constituye una justificante para que la autoridad aplicadora opte por decidir según su criterio, lo que indica evidentemente que el aparato legislativo ha delegado una facultad muy específica en manos del poder judicial. Asimismo, la suposición que se resguarda en la concepción de que el juez repare lo que el legislador olvidó o no contempló o que según a su juicio fue su intención, constituye una conjetura indemostrable<sup>28</sup>, puesto que dicha intención del aparato legislativo sólo puede ser factible precisamente en el material que produce: el derecho.

En consecuencia, el jurista austriaco defiende la posición de que el derecho siempre puede ser lógicamente aplicable, y la existencia de las denominadas “lagunas” es sólo una mera suposición que sirve para justificar una disposición tal y como la que se ha venido comentando. Sin embargo, el efecto ficticio de dicha norma puede ser concedido si efectivamente la autoridad de aplicación hace suponer una laguna<sup>29</sup> y con ello, justifique su decisión discrecionalmente.

A pesar de que Hans Kelsen hace referencia a cierto “tipos de lagunas”, en su teoría es determinante al negar su existencia, o por lo menos las presupone al emplear un proceso de clausura del sistema jurídico.

#### **IV. Aspectos importantes de la teoría pura**

Esta reinterpretación del paradigma del maestro de Viena, supone destacar el concepto de regulación negativa y determinar teóricamente cual es el papel fundamental que representa en la tesis de Hans Kelsen.

En este contexto, la regulación negativa supone una tarea del legislador que implica además, normar positivamente determinadas conductas. La autoridad normativa ejerce su función política regulando positiva y negativamente la conducta humana. Esto equivale a afirmar que hay conductas –y no normas en el sentido estricto de la palabra–, que

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>29</sup> *Idem.*

son justificadas negativamente, es decir, con la permisión negativa de conductas del individuo. Aquí adquiere relevancia la expresión que indica “lo que no está prohibido está permitido” o en su caso “lo que está permitido no está prohibido”. Estas formulaciones tienen varias funciones en la teoría de Kelsen y una de ellas consta precisamente en proteger las conductas no reguladas positivamente.<sup>30</sup>

Estas funciones pueden identificarse como sigue: a) Aceptar la idea de que existe una regulación negativa en el orden jurídico, implica que prácticamente toda conducta o hecho se encuentra bajo una modalidad normativa válida; b) Que el orden normativo se clausura y todo caso queda solucionado, por ende, el juez siempre puede invocar una decisión fundamentada en el marco del derecho; c) Que no existen concretamente normas negativas, sino una regulación negativa implícita en la legislación positiva dirigida a un número indeterminado de conductas no reguladas positivamente; d) No es necesario que el principio de clausura se encuentre positivizado, la regulación negativa cumple esa función normativa; e) Que la regulación negativa concede una libertad conjunta a la que es objeto de garantía por el orden jurídico positivo.

La regulación negativa constituye un concepto substancial para comprender la tesis kelseniana, tanto para la descripción del derecho positivo en su fase de creación así como en el paradigma de la decisión judicial.

Si partimos de la definición propuesta por el filósofo Von Wright, podemos identificar la clausura de un sistema normativo en tanto toda

<sup>30</sup> En relación con este punto, otros autores como Echave, Urquijo y Guibourg, sostienen que el mencionado principio de prohibición constituye un presupuesto pragmático de la teoría normativa. Dicen los juristas: “Antes de la introducción de un sistema normativo no existes conductas permitidas, pero esta afirmación es meramente lingüística. Sólo señala el hecho de que, a falta de una idea de limitación, no es posible calificar su ausencia. Así, no se concibe la permisión sin la prohibición, como no hay silencio sin sonido ni tío sin sobrino [...] antes de la primera norma todas las conductas dejan de ser ingenuas para ser permitidas [...] los argumentos expuestos permiten comprender cuál es la línea de razonamiento –llamada imperativismo– que lleva a postular el principio de prohibición como un presupuesto pragmático de la teoría normativa, y no como una ‘norma de clausura’ contingente.” Esta reflexión de los lógicos argentinos, puede detenernos a repensar el campo de la conducta antes y después de la norma, puesto que no se puede hablar de permisos en un ámbito donde no se prohíben comportamientos, de otro modo ello deviene un sin sentido. Véase: Echave, Delia Teresa –Urquijo, María Eugenia–Guibourg, Ricardo A., *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires, 1980, pp. 157-158.

acción puede ser determinada deónticamente.<sup>31</sup> La regulación negativa es una suerte de este tipo de proceso hermético, mismo que se basa en la interdefinibilidad de las modalidades de permisión<sup>32</sup> y prohibición, formula mejor conocida como el “principio de prohibición”. Para Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, el denominado principio de prohibición constituye una verdad analítica.<sup>33</sup> Sin embargo, en la postura de los mencionados autores, dicho principio guarda una ambigüedad<sup>34</sup> que oscurece la forma de comprender la fórmula hermética en el proceso de aplicación de la norma jurídica y presupone que no todos los sistemas normativos son cerrados.

Para lograr tal distinción conceptual, Alchourrón y Bulygin identifican entre enunciados prescriptivos y descriptivos. Un enunciado de la primera clase se emplea con la función de expresar ordenes, prohibiciones o permisiones, normas referidas a la conducta humana. Un enunciado descriptivo de las normas constituye una proposición normativa, en tanto informa algo acerca de las obligaciones, prohibiciones o permisiones impuestas por dichas normas.<sup>35</sup>

El problema, exponen los autores argentinos, se encuentra en los niveles del lenguaje. Puesto que el principio aludido atiende a una permisión débil<sup>36</sup> que sólo indica la inexistencia de una norma que prohíba una determinada conducta,<sup>37</sup> dicho principio no expresa una norma,

<sup>31</sup> Wright, G.H. von, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Acta Philosophica Fennica XXI, Helsinki-Amsterdan, 1968, p. 83.

<sup>32</sup> Alchourrón y Bulygin exponen que el carácter deóntico de la permisión es el único modelo que puede calificar una acción y su negación sin que se produzcan incoherencias. Por ello que la regla de clausura haga referencia a una permisión que cumple con las condiciones de completitud y coherencia de los sistemas normativos. Véase: Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1971, p. 190.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> El concepto de permisión débil, atiende a una ausencia de normas y actitudes, así lo manifiestan Pablo Navarro y Cristina Redondo al explicar: “... $P_1$  no correlaciona normas y actitudes sino la ausencia de normas y la ausencia de actitudes [...]  $P_1$ )  $Pwp = \notin CnA$ . Esto significa que la conducta  $p$  está permitida si y sólo si  $\neg p$  no pertenece al sistema  $CnA$ , y este sistema esté compuesto sólo por normas de obligación.” Ver: Navarro, Pablo y Redondo Cristina, *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, 1994, pp. 14-15. Apuntado esto, es necesario manifestar que para Kelsen existe una actitud normativa, sin embargo, no se tiene expresamente una normación específica contenida en la regulación negativa, indicando con ello que se dirija a una pluralidad de comportamientos no regulados positivamente.

<sup>37</sup> Alchourrón y Bulygin, *op. cit.*, p. 177.

sino una proposición normativa desarrollada en un metalenguaje. Esto es así –dicen los autores–, porque la permisión débil indica un carácter de la conducta y no de la norma, en contraste con el permiso fuerte que alude a un hecho positivo, la existencia de una norma; en tanto la permisión débil sólo expone un hecho negativo, la inexistencia de una norma prohibitiva.<sup>38</sup> Esta versión débil del principio de prohibición, de acuerdo con los autores no clausura el sistema y deja abierta la posibilidad de que existan lagunas.<sup>39</sup>

Este planteamiento de Alchourrón y Bulygin,<sup>40</sup> constituye una de las críticas fuertes en referencia al postulado hermético que expone Kelsen en la obra que hemos venido tratando. Sin embargo, vale comentar que la interpretación que realizan Alchourrón y Bulygin,<sup>41</sup> se sostiene en una descripción frágil, e incluso sencilla de la tesis que defiende Hans Kelsen, al no señalar la función que guarda la regulación negativa.

El problema reside efectivamente en considerar ahora, que el principio de prohibición que se contiene en la *Teoría Pura del Derecho*, no representa una proposición normativa, sino un auténtico resultado del proceso de regulación legislativa, una actitud normativa<sup>42</sup> que determina deónticamente ciertos estados de cosas o acciones. Aquí la situación es variablemente distinta a la simple concepción que se viene comentando, pues denota una posibilidad que lógicamente es advertida por Kelsen al proponer un sistema legislativo positivo y negativo. En esto, la fórmula que expresa que todo lo que no está prohibido, está permitido, es una expresión con significado en el postulado kelseniano y que simultáneamente cierra o clausura el orden jurídico.

En este sentido, no podemos hablar de normas negativas específicas y objetivas a merced de identificación directa del operador del derecho,

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>40</sup> El postulado de Alchourrón y Bulygin respecto al concepto de laguna, afirman importantes juristas, consiste en que "...existe una laguna en un sistema jurídico si y sólo si una determinada acción no está prohibida ni permitida en sentido fuerte por las normas de ese sistema". Véase: Moreso, Juan José, Navarro, Pablo y Redondo, Cristina, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, Fontamara, México, 2002, p. 49. Hay que precisar, no obstante, que no se discute aquí la tesis de Alchourrón y Bulygin en relación a lagunas normativas, sino que es prudente considerar que para los lógicos argentinos el sentido fuerte de la modalidad permisiva es una variable determinante al momento de la sistematización de normas.

<sup>41</sup> Alchourrón y Bulygin, *op. cit.*, pp. 187-188.

<sup>42</sup> En este sentido, la actitudes normativas relevantes se manifiestan calificando deónticamente determinadas acciones o estados de cosas. *Cfr.* Navarro y Redondo, *op. cit.*, p. 13.

sino únicamente de un acto de la autoridad normativa que desvincula del ordenamiento jurídico ciertos estados de cosas al igual que una pluralidad de acciones, permitiéndolas.

Si el maestro de Viena no hubiese previsto esta situación ligada al principio de prohibición, éste carecería de sentido y su aplicación sería tal y como lo afirman Alchourrón y Bulygin, sólo materia de un enunciado descriptivo del sistema normativo en cuestión e implicaría con ello la presencia de lagunas. Empero, el principio aludido, como ya se ha venido explicando, cumple una función complementaria al derecho positivo, permitiéndole al juez fundamentar su decisión en base a este régimen negativo de regulación.

Un aspecto muy característico lo constituye el hecho de que el legislador kelseniano cumple una función de regulación total con respecto a la conducta,<sup>43</sup> y sus actos propiamente institucionales proponen una fase de la actividad legislativa que comúnmente no se aprecia en el derecho positivo que vivimos. Además, la presencia de lagunas en un sistema de regulación que se rige por ambos ciclos es una situación virtualmente imposible.

Hans Kelsen, indudablemente, desarrolló una visión del derecho que cubre aspectos más allá del ámbito de los actos positivos del hombre, calificando incluso aquellos en donde su pasividad constituye un elemento de configuración normativa. Este nuevo enfoque relacionado con el proceso de creación y decisión en el derecho posiblemente traiga a colación de nueva cuenta el referente kelseniano a estudios sobre lagunas e interpretación jurídica y, sobre todo, origine la discusión científica.

## V. ¿Incompletitud del derecho o de la ciencia?

Si bien en el presente trabajo me he limitado a exponer sólo algunos aspectos kelsenianos, es prudente agregar algunos breves comentarios en torno a una reciente obra con tratamiento exclusivo al fenómeno de

<sup>43</sup> Esto es denominado también como completitud absoluta, misma que es considerada como un postulado ideal y exigente en tanto todos los casos estén solucionados en referencia a un sistema jurídico determinado. Véase: Bulygin, Eugenio, "Sistema deductivo y sistema interpretativo", en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, México, octubre, 2000, p. 56.

las lagunas en el derecho, donde intervienen varios juristas. Me refiero a *Lagunas en el Derecho. Una Controversia sobre el Derecho y la Función Judicial* (2005).

A raíz de un enfrentamiento teórico entre Atria y Bulygin muchas opiniones se han visto en escena, pero las vertidas en dicho trabajo son exquisitas debido a la colaboración de Moreso, Ruiz Manero, Rodríguez y Navarro.

La primera impresión y creo la más sólida concierne a Eugenio Bulygin, quien sostiene y defiende la concepción de *Normative Systems*, y no es para menos, el aparato conceptual con el que cuenta es estable y además fructífero. Atria, por su parte, argumenta a favor de una tesis donde la discrecionalidad del juez en casos de laguna queda en tela de juicio. Tanto Atria como Ruiz Manero sostienen que el juez en caso de laguna debe rechazar la pretensión de una de las partes, lo que implica aceptar, quizá parcialmente, la tesis asumida por Kelsen; sin embargo, esto nada dice acerca de la completitud del derecho, aceptando por necesidad el fenómeno de las lagunas.

A pesar de que Atria expone que la tesis de sistemas normativos no ofrece una sólida distinción entre casos regulados y no regulados, advirtiendo un problema desde la perspectiva del razonamiento jurídico para inclinarse entre formalismo o escepticismo, no se aprecia un ataque directo al concepto de laguna normativa esgrimido en *Normative Systems*, centrando únicamente el eje de ataque en la discrecionalidad del juez al momento de resolver. El mismo Bulygin a manera de réplica argumenta que la crítica asumida por Atria en referencia a Raz (no diferencia entre casos regulados y no regulados) no es aplicable a su teoría, quizá se ajuste al modelo de Raz pero no al de *NS*.<sup>44</sup> Lo anterior en razón de que la noción de laguna normativa defendida por Alchourrón y Bulygin radica en una relación entre tres tipos de conjuntos: un conjunto de normas, un conjunto de casos y un conjunto de soluciones, mismos que se derivan de un universo del discurso con base a ciertas propiedades que el legislador ha considerado relevantes. En todo caso, sería un punto crítico a Raz pero no a *NS*.

A partir de lo anterior, considero necesario ahondar en dos aspectos que posiblemente no procuren acuciosa revisión, pero creo son intere-

<sup>44</sup> Cfr. Atria, Fernando, *et al.*, *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005, p. 38.

santes: me refiero a las diversas nociones de «laguna» que imperan en diversas teorías del derecho y a la forma en que el juez resuelve los casos donde hay presencia de lagunas, siendo este segundo tema el punto donde los juristas crean provechosas discusiones. Admito que la sola aceptación de «lagunas» dentro de una teoría del derecho es un problema que el jurista adopta según su inclinación metodológica. La cuestión de qué debe hacer el juez ante una laguna es un problema aun mayor.

Evidentemente, la labor de Alchourrón y Bulygin al brindar un modelo para la identificación de lagunas normativas es un complejo metodológico muy sólido, y que en cierta medida se adecua perfectamente a la noción del derecho que ellos defienden (deductiva). Si Atria, por ejemplo, hace suya esa noción de “laguna normativa” al tipo *NS*, su teoría está destinada a aceptar la presencia de lagunas irremediablemente. No sólo esto ocurriría con Atria y Ruiz Manero, sino con cada teórico que acoja una concepción del derecho deductiva como lo es la desarrollada por Alchourrón y Bulygin. Juristas del calibre de Rodríguez,<sup>45</sup> incluso el propio Ruiz Manero<sup>46</sup> no me dejarían mentir al advertir la base teórica con la que opera *NS*.

Como un ejemplo de lo anterior, en física actual existen dos teorías bastante conocidas y que han sido igualmente corroboradas en el marco experimental: la teoría relativista de la gravitación y la teoría cuántica. Sustancialmente ambas resultan ser incompatibles, ya que la primera no opera en el mundo cuántico, pero ambas describen con suma precisión algunos aspectos de la realidad. Quizá algo semejante suceda con la noción de laguna que cada teoría del derecho sustenta.

<sup>45</sup> Dice al respecto Rodríguez: “Interpretar al derecho como un sistema requiere seleccionar cierta relación entre sus normas como definitoria de su estructura. En Normative Systems esa relación es básicamente la relación de consunción lógica: el derecho es concebido como un sistema porque se lo reconstruye como un sistema deductivo, esto es, como un conjunto de enunciados clausurado bajo la noción de consecuencia lógica”. Rodríguez, Jorge L., “La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos. Estudio Homenaje a Carlos Eduardo Alchourrón”, en *Análisis Filosófico XXVI*, núm. 2, noviembre, 2006, p. 246.

<sup>46</sup> Menciona Ruiz Manero: “Lo que hay en la base de tratamiento de Alchourrón y Bulygin del problema de las lagunas es una concepción de la dimensión regulativa del derecho que a éste exclusivamente como un conjunto de unidades –las diversas reglas jurídicas– que correlacionan, cada una de ellas, otros casos genéricos con alguna solución normativa. Estas unidades o reglas pueden ser, bien el producto directo de una fuente, bien consecuencias lógicas de las unidades producto de una fuente”. Ver: Atria, Fernando, *et al., op. cit.*, p. 105.

No obstante, vale señalar que la *Teoría Pura del Derecho* no es a la forma supuesta de *NS*, lo que admite aplicar criterios de análisis diversos, respectivamente. Kelsen, por decir, no expuso en la teoría pura que las consecuencias lógicas de las normas fueran parte del derecho, situación que efectivamente sucede en la postulación teórica de sistemas normativos. Lo mismo sucedería no sólo con Kelsen, sino además con Hart, Ross y otros juristas.<sup>47</sup>

Por otra parte, resulta muy conveniente el comentario que realiza Navarro en la citada obra, al mencionar que la actitud de un juez en caso de laguna es contingente; de esta manera dimensiona la teoría con la realidad jurídica. Dice el autor que en Argentina no existe la obligación directa de que el juez rechace la demanda en caso de laguna, lo que según a su criterio hace falsa, por lo menos en ese país, la tesis sostenida por Atria.<sup>48</sup> Entonces, cabría mencionar también que en la Constitución del Estado de Sonora, en el artículo segundo se dispone el principio de prohibición de forma muy clara, y, consecuentemente, por lo menos en dicha entidad federativa no hay lagunas normativas.<sup>49</sup> En este sentido, posiblemente el trabajo de Kelsen explicaría mejor el funcionamiento y la aplicación de las leyes en dicho Estado que *Normative Systems*. No obstante lo anterior, no concibo una teoría del derecho a la forma de *NS*, y en esto concuerdo con juristas como Schmill<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Esta misma consideración es compartida por C. Redondo, al decir que: "Por ejemplo, autores como Kelsen, Hart o Raz aceptarían sin lugar a dudas un ideal de reconstrucción 'sistemática' y, efectivamente, piensan o reconstruyen el derecho como un sistema. No obstante, ninguno de ellos aceptaría que se trate de un sistema deductivo". Véase: Redondo, María Cristina, "Sobre la completitud de los sistemas jurídicos", en *Análisis Filosófico XXVI*, núm. 2, (noviembre, 2006) p. 301.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>49</sup> "En Sonora la investidura de los funcionarios públicos emana de la Ley y está sujeta a ella. Las prescripciones legales constituyen el único límite a la libertad individual. En este concepto, las autoridades sólo pueden obrar ejercitando facultades expresas de la Ley y los particulares pueden hacer todo lo que ésta no les prohíba". Ruibal, Corella, Juan A. *Constitución Política del Estado de Sonora (Antecedentes históricos y comentarios a su articulado)*, Porrúa, México, 2006, p. 44.

<sup>50</sup> Asevera Schmill: «Lo que tenía en mente o intentaba explicar es que "el contenido normativo" [...] sí pueden tener relaciones lógicas, –estar en contradicción, por ejemplo–, o su contenido ser deducible de otro, lo cual no significa, ni puede significar, que la validez de las normas que tienen esos contenidos o significados, etc., dependa de la satisfacción de un postulado de la lógica, ni que la validez de una norma dependa de que su contenido normativo sea deducible, de manera pura semántica, del contenido de otra norma.» Véase en: Schmill, Ulises, "Derecho y Lógica", en *Isonomía*, núm. 4, abril, México, 1996, p. 78.



al no admitir el carácter o propiedad deductiva de los sistemas jurídicos.<sup>51</sup> Sin embargo, muestro acuerdo en el modelo de *NS* en cuanto a la reconstrucción de sistemas normativos. Posiblemente la intuición de Alchourrón y Bulygin de engendrar una teoría lógica del derecho está muy lejana a las concepciones usuales del derecho como institución, y quizá sea también por esta razón que supera todas las expectativas hasta el momento.

Una segunda impresión, y quizá no sea de mayor relevancia, es que la obra citada en párrafos anteriores –por lo menos parcialmente–, arroja un indicador que parece ser insuperable: el hecho de que algunos juristas se han sometido a la aceptación de un concepto tan complejo como es el de «laguna» y, que en todo caso, sólo nos proyecta la debilidad del derecho como institución para resolver los diversos conflictos sociales, atenuando uno de los principios fundamentales en la operación del orden jurídico: la seguridad jurídica.

### Bibliografía

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1971.
- Atria, Fernando, *et al.*, *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.
- Bulygin, Eugenio, "Sistema Deductivo y Sistema Interpretativo", en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 13, ITAM, México, octubre, 2000.

<sup>51</sup> Sobre la implicación de la lógica en el derecho, Guarinoni expone lo siguiente: "La lógica sólo puede dar cuenta de verdades formales, y a ella le tiene sin cuidado cuál sea la forma de verificar premisas de las cuales parten los razonamientos. Sólo es un método formal para garantizar la verdad de determinadas conclusiones a partir de ciertas premisas, cuya verdad o falsedad es establecida fuera de la Lógica[...] Por otra parte, dos de los problemas fundamentales que aparecen cuando se quiere ver a un conjunto de normas como un sistema, son problemas lógicos; el de la derivación o consecuencia de un grupo de enunciados, y el de las contradicciones normativas". Consultese: Guarinoni, Ricardo, V., *Derecho, Lenguaje y Lógica*, Lexis Nexis, Argentina, 2006, p. 224.

- Cracogna, Dante, *Cuestiones fundamentales de la teoría pura del Derecho*, Fontamara, México, 1998.
- Echave, Delia Teresa, Urquijo, María Eugenia, Guibourg, Ricardo A., *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 1960.
- Mendonça, Daniel, *Exploraciones normativas*, Fontamara, México, 1995.
- Moreso, Juan José, *Normas jurídicas y estructura del Derecho*, Fontamara, México, 1997.
- Moreso, Juan José, Navarro, Pablo y Redondo, Cristina, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, Fontamara, México, 2002.
- Navarro, Pablo y Redondo Cristina, *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, 1994.
- Redondo, María Cristina, "Sobre la completitud de los sistemas jurídicos", en *Análisis Filosófico XXVI*, núm. 2, (noviembre, 2006).
- Rodríguez, Jorge Luis, "Lagunas axiológicas y relevancia normativa", en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 22, México, ITAM, 1999.
- \_\_\_\_\_, "La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos. Estudio homenaje a Carlos Eduardo Alchourrón", en *Análisis Filosófico XXVI*, núm. 2, noviembre, 2006.
- Ruibal, Corella, Juan A. *Constitución Política del Estado de Sonora (Antecedentes históricos y comentarios a su articulado)*, Porrúa, México, 2006.
- Schmill, Ulises, "Derecho y Lógica", en *Isonomía*, núm. 4, abril, México, 1996.
- Wright, G. H. von, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Acta Philosophica Fennica XXI, Helsinki-Amsterdan, 1968.

Recepción: 08/10/2010

Aceptación: 23/07/2011