

II.

## EL CONTENIDO MORAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES

BERNARDO BOLAÑOS\*

---

\* Profesor-investigador en la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa. Licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y doctor en filosofía por la Universidad de París 1. Sus líneas de investigación comprenden la epistemología y metodología jurídicas, la teoría de la decisión y la filosofía de las ciencias sociales. Es autor de *El derecho a la educación* (ANUIES, México, 1996) y *Argumentación científica y objetividad* (UNAM, México, DF., 2002).

## INTRODUCCIÓN

Una vez aplicada al objeto específico de las decisiones judiciales, la polémica acerca de las relaciones entre la moral y el derecho resulta más abordable. Históricamente, este tema es fértil en aporías, desde el primer libro de *La República* de Platón (en las voces de Sócrates y Trasímaco) hasta el puñado de paradojas que caracterizan a la lógica deóntica contemporánea. Pretendemos mostrar que muchas de las controversias que han provocado el enfrentamiento entre defensores del derecho natural, de un lado, y positivistas jurídicos y realistas políticos, de otro, se disuelven si se especifica mejor el objeto de estudio. Por ello, no nos ocuparemos en este ensayo de "el derecho" o de "la justicia", entidades generales y abstractas, que a falta de una definición estipulativa consensuada, han dado lugar a las citadas controversias filosóficas; abordaremos, en cambio, el tema más restringido de las decisiones de los jueces y tribunales. En particular, mostraremos cómo la historia de los intentos de aplicar la lógica al derecho han fracasado parcialmente y, en la medida de este fracaso, han abierto un

espacio al razonamiento moral en la etapa final de aplicación del derecho: la decisión de los jueces. Al hablarse del derecho en general se suele aludir tanto a las leyes escritas como a las costumbres obligatorias, a las decisiones de los parlamentos como al funcionamiento de las burocracias; de manera semejante, si nos referimos a "la justicia" puede tratarse de cosas tan diferentes entre sí como la distribución de bienes o a la aplicación de castigos corporales. A diferencia de conceptos tan amplios es sencillo estipular una definición de nuestro objeto de análisis: entendemos por decisiones judiciales los fallos o resoluciones de funcionarios profesionales llamados jueces que no son otros sino los especialistas en resolver controversias y que han sido nombrados para ello en un sistema político dado. Nuestra argumentación procederá como sigue: en primer lugar, mostraremos que las decisiones judiciales no pueden depender exclusivamente de la competencia lógica del juez y que, por tanto, éste se enfrenta a la opción de acudir también a razonamientos morales o, en su defecto, a técnicas de decisión arbitrarias (es decir, infundadas, caprichosas, azarasas). Lo anterior no significa, desde luego, negar la existencia del derecho como un subsistema social autónomo y diferente de la moral; implica solamente reconocer que dicho subsistema no es ni exhaustivo, ni completo, ni cerrado. Para concluir, argumentaremos que, a pesar del inconveniente que representa el que los jueces usen razonamientos morales personales o subjetivos para decidir asuntos públicos, esta alternativa es en la mayoría de los casos más conveniente para la sociedad y los interesados que la segunda, es decir, la vía de la ausencia total de justificación normativa. En una frase, tratar de erradicar por completo los razonamientos morales dentro de las decisiones judiciales es tanto como preferir el absurdo y la arbitrariedad en muchos de esos casos.

## I. LOS LÍMITES DEL RAZONAMIENTO LÓGICO EN EL DERECHO

El estudio de la lógica formal y de las matemáticas sigue siendo marginal en la formación de abogados y jueces; en cambio, la lógica juega un papel que

no es despreciable en el trabajo de juristas teóricos y entre especialistas en filosofía analítica. El pensamiento jurídico involucra cuestiones típicamente lógicas, como el carácter correcto o incorrecto de los razonamientos acerca de los derechos y los deberes, la validez de ciertos enunciados aparentemente inferidos a partir de la ley, el razonamiento a partir de reglas generales o de casos particulares, etcétera. A pesar de todo, no existe un consenso acerca de la utilidad que ofrece la lógica formal para la práctica del derecho. Y ni qué decir de los escasos manuales de matemáticas para juristas, más allá del caso particular de las teorías de la prueba jurídica (evidencia) que emplean nociones probabilistas (Shafer, G., 1976, *A Mathematical Theory of Evidence*. Princeton: Princeton University Press). Este panorama es bastante sorprendente si pensamos en el interés que profesaba Georg Henrik von Wright, creador del sistema estándar de lógica deóntica contemporánea, por los estudios sobre probabilidad (Von Wright, G. H., 1940, "On Probability", *Mind New Series* 49 (195): 265-283). Sin embargo, el análisis de las decisiones judiciales y, en general, de las decisiones de los juristas debería estar estrechamente asociado con conocidos resultados matemáticos (recordemos que la teoría de la decisión es una disciplina matemática aplicada, desarrollada en particular en economía, y que existe una *lógica de la decisión* en sentido estricto) (Jeffrey, R. C., 1983, *The Logic of Decision*. Chicago y Londres: University of Chicago Press, segunda edición).

Incluso en los países en los cuales la filosofía analítica del derecho se desarrolló con fuerza (como Inglaterra, Estados Unidos, Argentina, Finlandia o Italia), la utilización de la lógica deóntica es bastante rara en la práctica jurídica. Según el italiano Luigi Ferrajoli, la ciencia jurídica positiva no ha estado ni está todavía lista para aprender las lecciones de la filosofía del derecho, en particular en lo que respecta a la metodología jurídica y al análisis del lenguaje. Las preocupaciones sofisticadas de la filosofía analítica del derecho se sitúan más allá de la competencia actual de los juristas, pues la formación técnica de éstos sigue una tradición milenaria y refractaria al cambio (Ferrajoli, L., 1999, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. Roma: Laterza,

Roma, p. 97). Podríamos decir lo mismo con respecto a la aplicación de la lógica deóntica a la ética aplicada y a la ciencia política. Es quizá todavía muy pronto para que la revolución lógica y filosófica desencadenada a partir del siglo XIX por los trabajos de George Boole, Giuseppe Peano, Gottlob Frege, Bertrand Russell y continuada, entre otros, por Von Wright en el siglo XX, pueda contribuir a mejorar nuestras prácticas jurídicas y políticas, así como nuestros juicios normativos. O quizá los avances técnicos en lógica y en matemáticas no tendrán nunca un impacto positivo en el ámbito social, como lo creía von Wright (pesimista acerca de la existencia del progreso, no acerca del valor de la racionalidad humana) (Von Wright, G. H., 2000, *Le mythe du progrès*, París: L'arche. Traducción al francés de Philippe Quesne y Von Wright, G. H., 1989, "Intellectual autobiography of G. H. von Wright", en Schlipp, P. A. y Hahn, L. E. (editores). *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, La Salle-Illinois: The library of living philosophers, tomo XIX). No podemos atribuirle a las dificultades de aprendizaje de la lógica deóntica toda la responsabilidad por la falta de difusión y de aplicación de la misma entre juristas, filósofos políticos y morales. Desde hace tiempo existe un escepticismo interno en los círculos de lógicos deónticos y juristas analíticos. Una trayectoria semejante que culmina en la duda generalizada puede observarse en tres figuras mayores: Leibniz, Kelsen y Von Wright. En efecto, si al final de su vida Leibniz es un escéptico de la eficacia real del *droit de la raison*, Hans Kelsen luego de haber intentado aplicar la lógica deóntica de Von Wright a la práctica jurídica llegó a la conclusión de la separación radical entre el derecho y la lógica. Von Wright, finalmente, interpreta su propia trayectoria en filosofía del derecho como asimilable a la de Kelsen: un camino hacia el escepticismo.

## II. LEIBNIZ

Gottfried Leibniz es frecuentemente considerado como el precursor de la lógica contemporánea gracias a su proyecto de *lingua characteristica universalis* que anticipa nuestros lenguajes artificiales, de un *calculus ratiocinator* que

anticipa los fundamentos teóricos de la informática del siglo XX y por haber reconocido los límites de la silogística (Blanché, R. y Dubucs, J., 1996, *La logique et son histoire*. París: Armand Colin).<sup>1</sup> Leibniz es con frecuencia calificado como el padre fundador de la lógica deóntica (Kalinowski, G. y Gardies, J-L., 1974, "Un logicien déontique avant la lettre: Gottfried Wilhelm Leibniz", *Archive für Rechts-und Sozialphilosophie* 60 (1): 79—112; Hilpinen, R., 2001, "Deontic Logic", en Goble, L. (editor), *The Blackwell Guide to Philosophical Logic*, Oxford: Blackwell publishers: 159-182), pues él observó la analogía entre, por un lado, los conceptos normativos "justo", "injusto" y "facultativo" y los conceptos modales aléticos "necesario", "posible", "imposible", analogía que será el punto de partida de Von Wright tres siglos después. Leibniz observa que las modalidades aléticas dan lugar a modalidades deónticas cuando se predicán de una persona imaginaria que encarna el ideal normativo, semejante al Juez Hércules de Dworkin:

1. Todo lo que es justo es posible para quien ama a todo el mundo (*amanti omnes*).
2. Lo que es imposible para quien ama a todo el mundo es injusto.
3. Lo que es imposible para quien ama a todo el mundo es facultativo (*omissibile*).
4. Todo lo que es posible para quien ama a todo el mundo es justo.
5. Todo lo que es injusto es imposible para quien ama a todo el mundo.
6. Todo lo que lleva a cabo quien ama a todo el mundo es justo. Porque todo lo que tiene lugar es posible.
7. Todo lo que no es justo no es llevado a cabo por quien ama a todo el mundo.
8. Todo lo que es debido (*debitum*) es necesario para quien ama a todo el mundo.
9. Todo lo que es contingente para quien ama a todo el mundo es facultativo.

---

<sup>1</sup> Sin embargo, no es Leibniz sino el empirista inglés Francis Bacon (1561-1626) el primer crítico moderno de la silogística aristotélica desde el método que llama "inducción".

10. Todo lo que es necesario para quien ama a todo el mundo es debido.
11. Todo aquello necesario para quien ama a todo el mundo es justo.
12. Todo lo que es facultativo es contingente para quien ama a todo el mundo.
13. Todo lo que es injusto es contingente para quien ama a todo el mundo.
14. Todo lo que es debido es realizado por quien ama a todo el mundo. Pues todo lo que es necesario tiene lugar.
15. Todo lo que no es realizado por quien ama a todo el mundo es no debido (*indebitum*) o facultativo. (Leibniz, G., 1671, *Le droit de la raison*, textos reunidos por Sève, R. (1994). Vrin: París, pp. 209-210).

Hijo de un profesor de ciencia moral, Leibniz estaba interesado —como más tarde Hans Kelsen— por el *jus purum*. Según Tarello, la aportación preponderante de Leibniz a la cultura jurídica moderna es el hecho de que las normas del derecho en vigor sean presentadas como *proposiciones*: "las proposiciones, según la tradición lógico-dialéctica a la cual pertenecía Leibniz, son predicaciones, es decir, la unión de un predicado y de una entidad a través de una cópula" (Tarello, G., 2000, *Storia della cultura giuridica moderna*, Boloña: Il Mulino, p. 138). De acuerdo con Russell, "Leibniz, al igual que Spinoza, Hegel y el señor Bradley, sostiene esta teoría" y "si se la rechaza se conmueve la base entera de la metafísica de todos esos filósofos" (Russell, B., 1965, "Atomismo lógico", en Ayer, A. J. (compilador), *El positivismo lógico*, México: Fondo de Cultura Económica: 37-56. Traducción de Aldama L. et al, p. 38).

Hay en el proyecto del filósofo de Leipzig una ampliación de las nociones de cálculo y de matemáticas más allá de números y de cantidades, hacia juicios descriptivos y morales. Su *lingua characteristic universalis*, inspirada en el proyecto del catalán Ramon Llull, pretendía servir a la escritura de manera racional sobre los pensamientos más complejos, entre ellos los jurídicos. El arte combinatorio sería empleado para considerar todas las

situaciones jurídicas posibles y deducir la solución de cada caso siguiendo la ciencia de los actos justos, la jurisprudencia. "De todas las combinaciones posibles, sólo hay que retener aquéllas que son conforme al derecho natural, es decir, a la justicia, o a la definición del hombre bueno. El arte combinatorio es puesto de este modo al servicio de la caridad del sabio, todo en él siendo necesario para determinar el contenido" (Leibniz, *Ibid.*, p. 188).

Los primeros trabajos de Leibniz buscaban la certeza en las ciencias, en el derecho y en las matemáticas. Leibniz pretendía deducir la ciencia jurídica de algunos principios y establecer los "elementos" concisos del derecho romano que permitirían demostrar todas las leyes romanas: "de un solo vistazo, unas pocas reglas, claras, cuya combinación pueda resolver todos los casos" (Leibniz, ... *Ibid.*, p. 205). Así, la jurisprudencia iba a ser enseñada enteramente mediante la enumeración de proposiciones hipotéticas. En cambio, Leibniz rechaza el método casuístico y mediante precedentes:

La llamo ciencia [a la jurisprudencia] aunque sea práctica, porque a partir de la simple definición del hombre bueno todas sus proposiciones pueden ser demostradas y no dependen de la inducción ni de los ejemplos, aun cuando la armonía de leyes diversas y el consenso escrito o no escrito de los hombres prudentes y la voz pública de los pueblos las ilustren de maravilla. (Leibniz, ... *Ibid.*, p. 208).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Leibniz prefiere resignarse a admitir la contradicción entre las decisiones jurídicas del pasado y las del presente (y admitir así la desigualdad entre las personas juzgadas en el presente), antes que darle valor jurídico a los precedentes para resolver los casos. Para él, el deber de un juez de decidir un caso no depende del hecho que "des décisions antérieures de quiconque et même les nôtres soient alléguées. Car nous nions aussi force de loi á celles-ci" ("decisiones anteriores de quien sea, incluso las nuestras, sean alegadas. Porque nosotros negamos también que éstas tengan fuerza") (Leibniz, G., 1671, *Le droit de la raison* textos reunidos por Sève, R. (1994). Vrin: París, p. 216). En su enfoque, la búsqueda de la certeza fundada en la ley se impone por encima de otra certeza, la del trato igual de los individuos involucrados. Al hacer esta observación no queremos defender —desde luego— la conveniencia de repetir un error judicial por un celo de simetría, pero subrayamos el hecho de que la analogía entre precedentes y casos actuales pone en juego la igualdad frente al derecho.

Leibniz confiesa que durante su juventud "me sentía atraído por el trabajo de juez y detestaba las argucias; es por esa razón que jamás quise litigar". Pero Leibniz terminaría ejerciendo como consejero en las cortes reales. Si el Barón von Leibniz buscaba deducir el derecho a partir de un puñado de axiomas seguros, detestando las desordenadas y tramposas pretensiones de los querellantes, al final de su vida ejerce la política y cae en el escepticismo acerca del derecho de la razón. Leibniz se resigna a la separación brutal entre el mundo del deber ser y la política real. Un mes antes de su muerte, el glorioso matemático defendía a través de sus intercambios epistolares con el francés Castel de Saint Pierre la causa del Imperio germánico, partiendo de la más abierta *Realpolitik* y enumerando fríamente las pretensiones imperiales. En su respuesta al proyecto de tratado para la unión europea y la paz perpetua en Europa, de Castel de Saint Pierre, Leibniz opone una propuesta de repartición de territorios entre las grandes potencias. "No hablo del derecho o de la injusticia, sino solamente de los hechos, es decir, de lo que se pueden prometer los ministros" (citado por Robinet, A., 1995, *Correspondance Leibniz – Castel de Saint Pierre*, París: Centre de philosophie du droit, Paris II-CNRS-URA.956, pp. 91-92).

A partir de la tradición leibniziana, una parte de la ciencia jurídica alemana busca caracterizar las normas en vigor como si formasen un sistema. El orden sistemático está constituido por el conjunto de las proposiciones jurídicas, de tal suerte que tengamos, como en la geometría, primero las definiciones generales y los axiomas; enseguida, una serie de inferencias deductivas, demostradas como teoremas (Tarello, G., ... *Ibid.*, p. 153). Leibniz anticipa así el movimiento codificador.

En efecto, al final del siglo XVIII, con el impulso de la Ilustración y de la Revolución Francesa, se comienzan a instaurar soluciones jurídicas más generales, simples y claras. A partir de la herencia de Leibniz y de la escuela francesa de derecho natural, se elabora en 1804 el *Código Civil de los Franceses*. Jean Domat, civilista que en la segunda mitad del siglo XVII había depu-

rado el *Corpus Iuris Civilis*, y Joseph Pothier, que en el siglo XVIII había puesto en orden el derecho de obligaciones y de contratos, ellos establecieron las bases del nuevo Código de 1804 (rebautizado en 1807 *Código Napoleón*). Domat —influenciado por su amigo Pascal— adopta la disciplina de los tratados geométricos, pretendiendo emplear definiciones, principios y demostraciones. Esta técnica se convierte en un modelo para codificaciones posteriores (Arnaud, A-J., 1969, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París: LGDJ).<sup>3</sup> Sin embargo, de la misma manera en que Leibniz, al final de su vida, es escéptico acerca de la eficacia del *droit de la raison* frente a la política real, el legislador francés termina rechazando la idea de un derecho que encarne la razón natural. Si en el libro preliminar del proyecto de Código Civil se afirmaba que "existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas y no es otro que la razón universal en tanto que ella gobierna a todos los hombres", el legislador francés rechaza esta concepción del derecho, "indigna" de figurar en el encabezado del Código Civil (Ewald, F., 1989, *La Naissance du Code civil. La raison du législateur*, París: Flammarion, p. 92).

El movimiento codificador es junto con el positivismo jurídico del siglo XX uno de los grandes proyectos racionalistas de la historia del derecho, pero su concreción positiva quedó muy lejos de satisfacer los estándares de matemáticos y lógicos juristas. O quizá haya que decir, más bien, que la lógica y la matemática jurídica no alcanzaron los estándares exigidos por un legislador pragmático y ávido de solucionar problemas sociales.

### III. KELSEN

Hans Kelsen fue el jurista más influyente del siglo XX. Famoso por sus trabajos acerca de la filosofía del derecho, la teoría del Estado, el derecho

---

<sup>3</sup> Una serie de grandes juristas del *Ancien Régime*, de Domat a Daguesseau pasando por Pothier recibieron la influencia del jansenismo y de la lógica de *Port Royal* (Carbonnier, J. y A-J., 1968, "Réflexions sur l'occupation, du droit romain au droit moderne". *Revue historique du droit français et étranger*: 183-210, pp. 183-210).

internacional, entre otros; Kelsen ejerció el cargo de magistrado constitucional (de la Corte Constitucional que él mismo concibió en el proyecto de Constitución del Estado austriaco, en 1918). A partir de 1940, Kelsen se instala en Estados Unidos, imparte en 1942 las conferencias Oliver Wendell Holmes en la Universidad de Harvard y, en 1945, se convierte en profesor de tiempo completo en la Universidad de Berkeley. Su libro más importante, *La teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*) pretende desarrollar una teoría exenta de toda ideología política y autónoma de consideraciones psicológicas, sociológicas o relativas a las ciencias naturales. Se trata de una teoría *positivista* porque su objeto es el derecho positivo, es decir, el derecho realmente válido y no un derecho ideal (incluso si "validez" se refiere no solamente al hecho de que una norma ha sido emitida por la autoridad, sino también a la condición de que dicha autoridad esté habilitada a hacerlo, condición que puede ser interpretada al mismo tiempo como "empírica" e "ideal"). La primera edición de la *Teoría pura del derecho* se inscribe en la tradición leibniziana que concibe a las normas jurídicas como proposiciones lógicas. Una presuposición básica del proyecto kelseniano inicial es que es posible inferir normas a partir de otras normas, ya sea por deducción o por inducción. Además, Kelsen pretende someter las normas jurídicas al principio de no contradicción. Para él, "una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas pertenecientes a un mismo sistema" (Kelsen, H., 1953, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel: La Baconnière. Primera edición, traducción francesa de Thévenaz, H., p. 134). Kelsen considera que dos normas jurídicas con significados incompatibles no deben considerarse válidas, ni pertenecientes al sistema jurídico, pues al menos una de ellas no será "pertinente desde el punto de vista jurídico". Las relaciones lógicas entre normas son garantizadas gracias a los principios de solución de contradicciones, por ejemplo, el que la ley posterior derogue a la anterior (*lex posterior derogat priori*), la ley específica deroga a la que es más general (*lex specialis derogat legi generali*) o que la ley superior deroga a la inferior (*lex superior derogat legi inferiori*). Estos son considerados por el primer Kelsen como principios lógicos aplicados al derecho. En un viaje a Finlandia

en 1952, Kelsen se muestra entusiasmado por la reciente publicación del artículo *Deontic Logic* (Von Wright, G. H., 1957, "Deontic Logic" en *Logical Studies*, Londres: Routledge and Kegan Paul, pp. 58-74), texto frecuentemente considerado como acta de nacimiento de la lógica deóntica. Las sorprendentes analogías formales entre las concepciones modales y deónticas son el punto de partida de Von Wright para concebir una lógica de las normas o lógica deóntica. Al lado de los conceptos de la lógica modal tradicional (necesidad, posibilidad y contingencia), se hallan las nociones propias a la lógica deóntica (obligatorio, permitido, prohibido). Kelsen aspira entonces a cimentar las ideas de consistencia y completitud del orden jurídico, presentes en su propia teoría, en dicha lógica. En 1953, en su escrito "*Was ist die Reine Rechtslehre*", el jurista vienés se ostenta como el precursor de la "lógica general de las normas".

Ahora bien, Kelsen modificará radicalmente su posición en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, de 1960, afirmando que el principio de no contradicción no se aplica directamente a las normas jurídicas, sino solamente indirectamente gracias a las llamadas "proposiciones de derecho" o "enunciados jurídicos" (*Rechtssätze*).<sup>4</sup> Estas nos permiten enunciar a título descriptivo el contenido de las normas:

Dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones —es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos—, no pueden ser ni verdaderas, ni no verdaderas, aparece la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos, en especial, el principio de no contradicción y las reglas de inferencia, a las relaciones entre normas jurídicas (como la teoría pura del derecho lo ha efectuado siempre), si, conforme con la opinión tradicional, esos principios sólo se aplican a las expresiones que pueden ser

---

<sup>4</sup> La segunda edición de la *Reine Rechtslehre* apareció publicada en Viena en 1960. La traducción francesa de Charles Eisenmann es de 1962 (*Théorie pure du droit*, Dalloz, París). El argentino Roberto Vernengo, quien emplea la expresión "enunciados jurídicos" para referirse a las proposiciones jurídicas, publica su propia traducción al español en 1979, luego impresa bajo el sello de Porrúa en 1991, versión que citaremos (Kelsen, H., 1991, *Teoría pura del derecho*, México, D.F.: Porrúa-UNAM. Traducción de Vernengo, R.).

verdaderas o no verdaderas. La respuesta a este interrogante es la siguiente: los principios lógicos, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas, en tanto y en cuanto esos principios sean aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos. Dos normas jurídicas se contradicen y, por ende, no pueden ser afirmadas como simultáneamente válidas, cuando los dos enunciados jurídicos que las describen se contradicen. (Kelsen, H., 1991, *Teoría pura del derecho*, México, D.F.: Porrúa-UNAM., Traducción de Vernengo, R., p. 88).

En esta segunda edición de su *Teoría pura*, Kelsen afirma que la deducción lógica de las normas jurídicas es una operación indirecta que se efectúa a través de las proposiciones jurídicas que describen el contenido de aquellas. "Una norma jurídica puede ser inferida de otra, cuando los enunciados jurídicos que las describen pueden articularse en un silogismo lógico" (Kelsen, H., 1991, *Teoría pura ... op. cit.*, p. 88). Durante los años posteriores, la posición de Kelsen llega a ser escéptica o, según algunos, "nihilista" acerca de las relaciones entre el derecho y la lógica.<sup>5</sup> En su ensayo sobre la derogación, de 1962, y en su artículo sobre las relaciones entre lógica y derecho, de 1965, Kelsen abandona la aspiración logicista. En el primer caso, afirma que el principio de no contradicción no es aplicable en el derecho. En particular, que los principios de la derogación no son principios lógicos (lo cual no es nuevo en su teoría, porque las normas derogatorias en tanto son normas no pueden ser ni verdaderas, ni falsas), y que los conflictos entre nor-

<sup>5</sup> Von Wright, Weinberger y Losano han utilizado el adjetivo "anti-racionalista". El primero lo emplea junto con el de "nihilista" para calificar tanto la posición de Kelsen como la de Hägerström y la suya propia (Von Wright, G. H., 1997, *Normas, verdad y lógica*, México, D.F., Fontamara, p. 20). Según Losano, Kelsen va del logicismo al irracionalismo (cf. Gianformaggio, L., 1987, *In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Milán, Giuffrè, p. 52). Ota Weinberger ha renunciado a la expresión "irracionalismo" y califica la posición de Kelsen de "escepticismo de la lógica de las normas". Según Weinberger, el "escepticismo en lógica de las normas" de Hans Kelsen en sus últimas conferencias no es sino una trasposición de la opinión del economista y lógico checo Karel Engliš, autor del ensayo "Die Norm ist kein Urteil" (Engliš, K., 1964, "Die Norm ist kein Urteil", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 50, pp. 305-316), según la cual no hay ni relaciones lógicas entre enunciados acerca de las normas, ni inferencias lógicas a partir de premisas normativas (Weinberger, O., 1986, "Der normenlogische Skeptizismus", *Rechtstheorie* 17, pp. 13-81: 13-81 y Weinberger, O., 1986, "Logic and the Pure Theory of Law" en Tur R. y Twining W. (editores), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, pp. 187-199).

mas son insolubles a pesar de que el legislador tenga la atribución de derogar, pues la ciencia del derecho es impotente para eliminar de manera clara las antinomias tanto como lo es para prever los conflictos al momento de legislar:

...los conflictos entre normas permanecen sin solución debido a la ausencia de normas derogatorias expresamente establecidas o tácitamente presueltas, y si la ciencia del derecho es incapaz de resolver mediante interpretación los conflictos existentes entre normas, tanto más lo es para revocar la validez de las normas positivas, de la misma manera que es incompetente tratándose de la promulgación de normas jurídicas (Kelsen, H., 1973, "Law and Logic", en Weinberger, O. *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reide, p. 274).

Y, efectivamente, es cierto que en la práctica legislativa y en la administración pública la derogación explícita o la determinación precisa del conjunto de normas a derogar suele ser una meta ilusoria, porque el legislador no puede saber de manera exhaustiva cuáles de las miles de normas promulgadas en el pasado se oponen a las nuevas. Aparte de un pequeño número de reglas y principios que son claramente sustituidos por los nuevos, el resto pueden o no verse afectados. Recientemente, las nuevas tecnologías han contribuido a mejorar la situación, porque las páginas oficiales de ministerios y parlamentos, que pueden ser consultadas mediante Internet, suelen contener listas razonablemente exhaustivas de leyes positivas vigentes; pero nada impide a un abogado invocar ante los tribunales antiguas leyes que nunca fueron derogadas explícitamente, aunque no estén incluidas en dichas bases de datos oficiales.

Finalmente, en *Recht und Logik*, de 1965, Kelsen responde de manera negativa a la pregunta acerca de la aplicación en el derecho de los principios lógicos en general y, en particular, al uso de la "regla de inferencia" (Kelsen, H., 1973, "Law and Logic", ...*op. cit.*, pp. 228-253). El silogismo "todos los ladrones deben ser sancionados, Schulze es un ladrón, por lo

tanto, Schulze debe ser sancionado" sería inválido por los siguientes motivos: una norma jurídica es siempre una norma jurídica "positiva", es decir, una norma en vigor que ha sido decidida por una autoridad competente. Ahora bien, el acto de voluntad de una autoridad no es solamente una operación intelectual (*Denkoperation*), sino un hecho objetivo. En conclusión, para que la norma individual "Schulze debe ser sancionado" sea válida, es necesario que sea dictada por una autoridad competente. Nada impide que la voluntad de ésta sea que Schulze no debe ser sancionado, pues, mientras los *silogismos descriptivos* hacen referencia al significado implícito en una aserción, los *silogismos normativos* conciernen las decisiones reales de jueces y autoridades competentes (Kelsen, H., 1973, "Law and Logic", ... *loc. cit.*, pp. 228-253). En su *Teoría general de las normas*, Kelsen afirma que el principio de no contradicción y la relación de consecuencia no son aplicables a las normas, pues una relación entre condición y consecuencia supondría preguntarse si una aserción es verdadera y, según él sostiene, no se puede predicar la verdad o falsedad de una norma (Kelsen, H., 1996, *Théorie générale des normes*, París, Presses Universitaires de France).

Como vemos, la tesis según la cual las normas no pueden ser verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas, es central en el positivismo kelseniano. Sin embargo, algunos lógicos deónticos han tratado de escapar a dicha idea. Como pregunta Patrice Bailhache: ¿acaso no tenemos el derecho de afirmar que es verdad que, bajo tales y tales circunstancias, está prohibido robar? Con excepción de las llamadas verdades *a priori*, ni la *lógica de las normas* ni la *lógica clásica* dicen por sí solas lo que es verdad y lo que es mentira, para lo cual es necesario referirse a la experiencia. La *lógica* dice simplemente en qué casos estamos autorizados a deducir que algo es verdad a partir de hipótesis que suponemos verdaderas. Tratándose de las normas, la situación según Bailhache no es diferente. Esta reflexión permite a lógicos deónticos como él preservar cierta economía instrumental, no multiplicar sus herramientas lógicas, pues de seguirse el consejo kelseniano de sumar a la pareja verdadero / falso, la nueva pareja válido / inválido,

se haría necesario emplear conectores proposicionales distintos para uno y otro caso, incrementando así la complejidad en las aplicaciones (Bailhache, P., 1991, *Essai de logique déontique*, París, Vrin).

Durante más de treinta años, el escepticismo del último Kelsen ha suscitado importantes debates entre los filósofos del derecho. Algunos autores han pensado que Kelsen estaba intoxicado por los problemas de la filosofía analítica y de la lógica formal. Entrar en contacto con los lógicos fue fatal para la *Teoría pura* —piensa Letizia Gianformaggio—, pues la alejó de problemas propios, la contagió de otros que le eran ajenos y, peor aún, le impuso tesis comprometedoras como la de la supuesta exhaustividad de la dicotomía descripción / prescripción (Gianformaggio, L., 1994, *Estudios sobre Kelsen*, México, D.F., Fontamara, p. 71). Otros autores han elaborado interpretaciones sutiles según las cuales Kelsen no habría modificado su posición sino mantenido un itinerario filosófico coherente. Las contradicciones lógicas existentes entre los contenidos de las normas positivas serían simplemente resultado del carácter dinámico, en el tiempo, de los órdenes jurídicos.<sup>6</sup>

#### IV. VON WRIGHT

Los fundadores de la lógica deóntica e incluso los especialistas contemporáneos en la misma han debido consagrar muchos esfuerzos no sólo para desarrollarla sino, lo que puede ser más frustrante, para defender el hecho mismo de que tal lógica existe o, al menos, de que es posible (Von Wright, G. H., 1963, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, p. 148 y Von Wright, G. H., 1995, "Y a-t-il une logique des normes?", *Cahiers de philosophie politique et juridique* 27, Caen, Presses Universitaires de Caen (traducido al francés por Jean-Luc Petit del artículo publicado en inglés en 1991: *Ratio Juris* 4 (3), pp. 265-283, pp.

<sup>6</sup> Acerca de la lógica deóntica temporal: (Von Wright, G. H., 1963, *Norm and Action. A Logical Enquiry*. Londres: Routledge & Kegan Paul, Bailhache, P., 1991, *Essai de logique déontique*, París, Vrin; Horty, J. F., 2001, *Agency and Deontic Logic*, Oxford: Oxford University Press).

31-53).<sup>7</sup> Proliferan los argumentos escépticos, tanto de lógicos clásicos que no ven en el programa de investigación de los deónticos una evolución progresiva o que consideran que las paradojas deónticas son irresolubles, como de juristas que —como Kelsen o el legislador francés decimonónico— se rinden ante la evidencia de una práctica jurídica que puede ignorar la lógica. La situación es particularmente cruel cuando las críticas provienen del padre fundador de la disciplina.

En un principio, Von Wright pretendía reflexionar acerca de las analogías entre conceptos deónticos (la permisión, la obligación y la prohibición), los conceptos modales aléticos (lo posiblemente verdadero —o "lo verificado"—, lo indeterminado y lo que se sabe que es falso —o "lo refutado", "falseado"—) y los conceptos modales de existencia (la universalidad, la existencia y —"lo vacío"— *emptiness* en inglés) (Von Wright, G. H., 1957, "Deontic Logic" en *Logical Studies*, Londres, Routledge and Kegan Paul, pp. 58-74). Es interesante observar que el padre fundador de la lógica deóntica contemporánea no tenía como meta resolver problemas de filosofía jurídica o moral, ni estaba guiado al principio por la pregunta de si una lógica de las normas era posible; Von Wright quería, más bien, explorar una analogía formal que le parecía "asombrosa" entre conceptos que a primera vista parecían ser muy distintos.<sup>8</sup> Estimulado por el éxito de su primera tentativa, solamente en una segunda etapa Von Wright se convierte en

---

<sup>7</sup> O, por ejemplo, en el XX *Congrès de l'Association internationale de philosophie du droit et philosophie social* que se llevó a cabo en Amsterdam en junio de 2001, Jaap Hage dedicó su intervención a argumentar en favor de la existencia de una lógica jurídica (Hage, J., 2001, "Legal Logic, its Existence, Nature and Use" en Soeteman, A. (editor), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer; pp. 347-373). En otros autores, más que saber si la lógica deóntica existe, se trata de "probar la racionalidad del deber ser" y "saber si la ciencia del deber ser es parte de la lógica" (Bailhache, P., 1991, *Essai de logique déontique*, París, Vrin, pp. 194-204). Este último autor precisa: "Razones de uso y de costumbre, así como de simplificación, nos han llevado a conservar el título de *Essai de logique déontique*. El de *Eléments de théorie du devoir-être* hubiese sido sin duda más exacto" (Bailhache, P., 1991, *Essai de logique déontique*, París, Vrin, p. 204).

<sup>8</sup> Au départ, le problème philosophique de la 'possibilité' d'une logique des normes ne m'a pas préoccupé. De analogies formelles entre les concepts déontiques et les concepts modaux me paraissaient une garantie suffisante de la possibilité de construire une logique déontique, en tant qu'extension analogique (ou parallèle) de la logique modale traditionnelle. (Von Wright, G. H., 1995, "Y a-t-il une logique des normes?", *Cahiers de philosophie politique et juridique* 27, Caen. Presses Universitaires de Caen, pp. 31-53 (traducido al francés por Jean-Luc Petit del artículo publicado en inglés en 1991: *Ratio Juris* 4 (3), pp. 265-283. p. 31).

filósofo del derecho y en filósofo moral y comienza a discutir con juristas y moralistas célebres, aunque apoyándose siempre en métodos formales, practicando pues lo que hoy se suele llamar la lógica filosófica. Al final de su ambicioso libro *Norma y acción*, Von Wright afirma que la construcción de una lógica deóntica "completamente desarrollada" será una teoría de las expresiones interpretada de manera descriptiva (del tipo "es verdad que una obligación es", "es falso que las condiciones de posibilidad de la permisión sean"). Las leyes (principios y reglas) propias a esta lógica tratarían acerca de propiedades lógicas de las normas mismas, propiedades reflejadas en las propiedades lógicas de lo que Von Wright llamaba normas-proposiciones (*normpropositions*). Von Wright cree en aquel momento, como el primer Kelsen, que es posible elegir como objetos de análisis expresiones de obligación y de permisión y aplicarles la lógica clásica.<sup>9</sup> En la línea de Leibniz, acepta en sus primeros textos la interdefinición de la permisión y de la prohibición ("protestar está permitido" equivaldría a decir que "no está prohibido protestar"). En símbolos:

$$Pp \equiv \neg Pp$$

... donde  $p$  es el nombre del acto "protestar".<sup>10</sup>

Ahora bien, las sorpresas surgieron rápidamente. La interdefinición de la permisión y de la prohibición, aparentemente clara, implica, entre otras cosas, que toda situación esté trivialmente normada, regulada (que

<sup>9</sup>Von Wright, G. H., 1963, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, pp. 133-134.

<sup>10</sup>Tomando la *permisión* como término primitivo, escribimos:  $Pp = \ll \text{Está permitido que } p \gg$ . Como de costumbre en lógica,  $\neg p$  es el nombre de la negación de  $p$ ,  $y \equiv, \supset, \wedge, \vee$  son los símbolos de la equivalencia lógica, la implicación, la conjunción y la disyunción. Sin entrar todavía en los detalles, digamos sencillamente que « $P$ » es una "modalidad", es decir, un functor proposicional cuyo argumento es una proposición. La variable  $p$  en las fórmulas deónticas representada nombres de actos humanos o situaciones. Las otras interdefiniciones de los operadores deónticos según el primer sistema de von Wright de 1951 son:  $Op \equiv \neg P\neg p$ ; es decir, « $o$  es obligatorio que  $p$ » = « $no$  está permitido que  $no$   $p$ ».  $Ip \equiv \neg Pp \equiv Op$ ; « $está$  prohibido que  $p$ » = « $no$  está permitido que  $p$ » = « $es$  obligatorio que  $non$   $p$ ». En un sistema estándar de lógica deóntica, las tautologías de la lógica proposicional son fórmulas válidas del sistema cuando las variables proposicionales son remplazadas por fórmulas deónticas. El único axioma del sistema mínimo es el principio de distribución deóntica  $P(p \vee q) \equiv Pp \vee Pq$ . El otro axioma presente en el sistema de 1951, el principio de permisión,  $Pp \vee P\neg p$  (*Cualquier acto está permitido o su negación está permitida*), no es aceptado unánimemente por los lógicos deónticos.

todo lo que no esté permitido quede prohibido). Pero Von Wright ya no creía que ese resultado fuese correcto, pues la existencia de lo que los juristas llaman "lagunas" le parecía evidente (Von Wright, ... "Y a-t-il une logique." ... *loc. cit.*). En *Norm and Action*, Von Wright rechaza la interdefinición simple de los operadores "permitido" y "prohibido", y presenta un sistema diádico de modalidades deónticas fundado en la lógica temporal (*the logic of change*, que estudia las transformaciones de un estado inicial  $p$  en un estado final  $q$ ; fenómeno simbolizado  $pTq$ ), y en la lógica de la acción (*the logic of action*, según la cual un individuo produce o se abstiene de producir el cambio  $pTq$ ). Ese sistema fue perfeccionado un año después en *A New System of Deontic Logic*.

Ahora, ante la sofisticación de los nuevos sistemas, Von Wright lamenta el sacrificio de la intuición según la cual "permitido" es estrictamente la misma cosa que "no prohibido". En "An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action", de 1968, el filósofo finlandés vuelve a la idea de partida: si vemos los operadores de permisión y de obligación como interdefinibles, todo sistema normativo es, de manera trivial, un sistema cerrado (Von Wright, G. H., 1968, "An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action", *Acta Philosophica Fennica* 21, Amsterdam, North-Holland Publ. Co. Existe traducción de Ernesto Garzón Valdés publicada por el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 85). Esta vez, aunque Von Wright acepta una forma trivial de interdefinición de los operadores de "permisión" e "interdicción", distingue seis tipos diferentes de una y otra.<sup>11</sup> Así, se hace posible hablar de sistemas abiertos (que contienen lagunas), si las especies de permisión y prohibición que se relacionan según el principio de permisión *par défaut* no se corresponden y si no están interdefinidas.

---

<sup>11</sup> En el ensayo de 1968, von Wright desarrolla una teoría de las modalidades diádicas, inspirándose en la noción de probabilidad condicional. Las cinco especies de permiso condicional en su sistema  $P(p/q)$  son el resultado de todas las combinaciones posibles donde  $p$  y  $q$  pueden ser interpretados como enunciados universales o singulares, verdaderos o falsos (Von Wright, G. H., 1968, "An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action", *Acta Philosophica Fennica* 21, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., Existe traducción de Ernesto Garzón Valdés publicada por el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, pp. 24-25).

En particular, la noción intuitiva o común de obligación ( $Op$  leído como "es obligatorio que  $p$  en todas las circunstancias") sería demasiado fuerte y no sería definible a partir de la noción intuitiva de permisión ( $\neg P\neg p$  que se lee: "no está permitido que no  $p$  en todas circunstancias").<sup>12</sup>

En lo que puede considerarse como su última posición acerca de la interdefinición de la permisión y la prohibición, Von Wright afirma que "en un código normativo que adopte el principio de que todo lo que no está prohibido está *ipso facto* permitido, toda situación está deónticamente determinada o posee un 'valor deóntico'. En tal código, no hay 'lagunas de la ley'" (Von Wright, ... "Y a-t-il une ...", *loc. cit.*). Como consecuencia, el principio de permisión *par défaut* ("todo lo que no está prohibido, está permitido") parece ser o bien una tautología, o bien una afirmación contingente. ¿Podría acaso ser ambas cosas al mismo tiempo? En una sociedad disciplinaria, cuyo tipo ideal según Holmes sería Prusia, todo lo que no estuviese permitido estaría prohibido; en una sociedad liberal, que Holmes identifica con Inglaterra, cualquier acto que no esté prohibido estaría permitido. Entre ambos extremos, habría que considerar una infinita variedad de casos intermedios. Según Von Wright, cuando algo no está permitido por las normas actuales, eso puede significar que, para llevarlo a cabo, se debe solicitar al legislador el permiso; una tal meta-norma suele regir las relaciones de autoridad de los padres con respecto a sus hijos o de los educadores con sus pupilos (Von Wright, G. H., 1995, "Y a-t-il une logique ...", *loc. cit.*). Von Wright adopta así una posición convencionalista, según la cual lo que es considerado como tautología normativa depende de la manera de definir la noción de pertinencia de las normas (Von Wright, G. H., 1997,

---

<sup>12</sup> "It is permitted that  $p$ , given that  $q$ ' again means that it is permitted that  $p$  *always* when  $q$ , *i.e.* regardless of what the other circumstances, beside that  $q$ , happens to be. This understanding of permission, tough in a sense analogous to what seems to be the most natural way of understanding obligation, does not make permission and obligation corresponding in the sense of our definitions" (Von Wright, G. H., 1968, "An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action", *Acta Philosophica Fennica* 21, Amsterdam, North-Holland Publ. Co. Existe traducción de Ernesto Garzón Valdés publicada por el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 35).

*Normas, verdad y lógica*, México, D.F., Fontamara, p. 49). Los problemas prácticos de ciertas "reglas de clausura" podrían ser administrados agregando normas cada vez más elaboradas, de acuerdo con este autor. Sin embargo, siendo que el principio de permisión *par défaut* (que podemos representar así:  $lp \vee \neg lp$ ), es solamente un caso particular del principio del "tercero excluido", es sorprendente decir que su carácter tautológico depende de consideraciones convencionales.<sup>13</sup>

¿Cómo es posible que el derecho pueda optar por aceptar o no la validez de un principio necesariamente verdadero como es el principio de permisión *par défaut*? ¿Cómo es posible que una tautología lógica dependa de una convención? Si en la lógica intuicionista no se acepta la validez del principio del tercero excluido, excepto en el caso en el que sea posible verificar efectivamente que la fórmula  $(p \vee \neg p)$  es verdadera, es claro que los principios lógicos pueden ser convencionales en ese sentido. Pero la lógica intuicionista contiene exigencias aún más estrictas que la lógica ordinaria, lo que significa que su contenido "convencional" consiste en reforzar las garantías de precisión y plausibilidad de las inferencias. Por el contrario, pareciera que en lógica deóntica el contenido "convencional" contribuye a flexibilizar las reglas. La logicidad es una convención adoptada en un contexto histórico. En la introducción a *Los métodos de la lógica* (1950), Quine afirma que a pesar de su carácter "necesario", las leyes de la lógica y de la matemática pueden ser abrogadas, suprimidas. Según él, ello no significa negar que tales leyes sean verdaderas en virtud de nuestro sistema conceptual o en virtud del significado de palabras como "+", "=", "si", "y", etcétera.

Dado que las leyes de la lógica y de las matemáticas ocupan una posición central en nuestros sistemas conceptuales, revisarlas equivaldría a

---

<sup>13</sup>  $(\alpha \vee \neg \alpha)$  es una fórmula válida del cálculo proposicional estándar: Si  $\alpha$  significa « la acción está prohibida », leeremos la primera fórmula como "o bien la acción está prohibida, o bien es falso que la acción esté prohibida". Ahora bien, si  $\alpha$  representa  $lp$ , y ésta última es definida como  $\neg Pp$ , la primera fórmula la podemos leer: "o bien la acción está prohibida, o bien la acción está permitida".

cambiar tales sistemas o cambiar el significado de las palabras. En resumen, la lógica y las matemáticas funcionarían como una especie de amortiguadores de la indeterminación, amortiguadores a los que estamos tan acostumbrados que no estamos dispuestos a hacer transformaciones revolucionarias. En la madurez de su itinerario filosófico, Von Wright parece compartir la idea de Quine y deja de ir en busca de la verdad lógica para conformarse con estudiar la justificación normativa. Al cabo de varias tentativas insatisfactorias a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y confrontado a la proliferación de enigmas y de paradojas de la lógica deóntica, la posición de Von Wright se hace más radical. El lógico finlandés adopta expresiones como "irracionalismo" y "nihilismo de valores" para calificar tanto su propia posición como la del último Kelsen y la del jurista sueco Axel Hägerström (interesado en los similitudes entre el derecho y la magia).<sup>14</sup> Para el Von Wright posterior a *Norm and Action*, relaciones lógicas como la contradicción y la implicación ya no debían predicarse de las normas. Como consecuencia, era imposible hablar de una "lógica de las normas". En cambio, la lógica deóntica podía ser considerada como un "estudio de las condiciones a satisfacer en la actividad racional que fija las normas" (Von Wright, G. H., 1985, "Is and Ought" en Bulygin, E. y Niiniluoto, I. (editores), *Law and Modern Form of Life*, Dordrecht, Reidel, pp. 283-281, p. 269). En *Norms, Truth and Logic*, nuestro autor afirma también que las leyes de la lógica deóntica equivalen a "principios de producción legislativa racional".

(Von Wright, G. H., 1997, *Normas, verdad y lógica*, México, D.F., Fontamara, p. 51). La lógica en general sería así entendida no necesariamente como el estudio de los razonamientos que conducen, a partir de premisas verdaderas, a conclusiones verdaderas, sino como el estudio de los razonamientos que llevan, a partir de premisas racionales, a conclusiones

---

<sup>14</sup> « Encuentro divertido pensar que tanto Kelsen en sus últimos años, como yo mismo al final de mi 'itinerario deóntico', hayamos llegado a una concepción 'antirracionalista' o 'nihilista' de la relación con que las normas tienen con la lógica, similar a la que el gran pensador sueco Hägerström había defendido siempre coherentemente » (Von Wright, G. H., 1997, *Normas, verdad y lógica*, México, D.F., Fontamara, p. 20).

también racionales. Según Von Wright, la lógica poseería un contenido más extenso que la verdad. Dicho de otro modo, la racionalidad humana sería más amplia que lo que los lógicos podrían mostrar con ayuda de la lógica veritativo-funcional (la que depende de las condiciones de verdad). Esta conclusión está lejos de ser simple pesimismo filosófico, al menos pesimismo filosófico generalizado. Si Von Wright no es ni un racionalista estándar, ni un platónico creyente en la verdad moral, es, sin embargo, un humanista que cree en la racionalidad humana y en la posibilidad de estudiarla.

## V. DERROTABILIDAD Y PONDERACIÓN

Hemos evocado parte de los itinerarios filosóficos de Leibniz, Kelsen y Von Wright, para dejar sobre la mesa, de manera clara, tanto las dificultades como las oportunidades que ofrece el estudio lógico de las normas. La lección que nos ofrecen Leibniz, Kelsen y Von Wright es que el paradigma del positivismo jurídico moderno pretendió fundarse en la lógica deductiva, pero desembocó, en última instancia, en un libre decisionismo, en el cual lo que contaba era el libre arbitrio del decidor. Ante este panorama, podemos preguntarnos si la inclusión de razonamientos morales en las decisiones judiciales es preferible frente a dicho decisionismo *cuando los razonamientos lógicos resultan insuficientes*. Pero es necesario aclarar que esta pregunta no nos retrotrae al dilema entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Es una perogrullada decir que cuando el derecho resulta suficiente para resolver un caso, la *solución jurídica* del mismo no requiere de apelar a la moral. Aunque Leibniz, Kelsen y Von Wright parecieran negarlo al final de sus vidas, existen casos en los que el derecho resulta suficiente para resolver ciertos casos. Por tanto, el contenido moral de las decisiones judiciales es sólo necesario cuando la lógica resulta insuficiente. Mientras que el iusnaturalista radical pretende reemplazar el razonamiento jurídico por el razonamiento moral, el resto de los juristas suelen apelar al segundo como bombero o urgentista en caso de que la lógica falle. Pero ¿el fracaso de la lógica para abordar contradicciones y lagunas nos conduce necesariamente al dilema entre arbitrariedad o inclusión de la moral? ¿Acaso una cuarta posibilidad

está excluida? Mencionemos las tendencias recientes en filosofía del derecho de estudiar el razonamiento llamado derrotable y la ponderación. De Hart a Fuller, pasando por los especialistas contemporáneos en inteligencia artificial y lógicas no-clásicas, se ha tratado de reconstruir un estilo de razonamiento no deductivo en el derecho. Si veo en un parque un letrero que dice "prohibido ingresar con vehículos", ello no necesariamente me intimida si quiero entrar con una patineta o con un auto de juguete. El contexto puede indicarme que ingresar con estos objetos no está prohibido (por ejemplo, si en el parque hay pistas para patinetas y autos de juguete). De manera similar, la norma legal que establezca que las viudas heredarán el patrimonio de sus esposos muertos no necesariamente me lleva a la conclusión de que las mujeres que asesinan a sus esposos serán herederas legítimas (pues una intuición me dice y le dice a muchas personas que esta última es una especie de excepción natural, dado el principio de que "nadie debe beneficiarse de su propia conducta ilícita"). El ejemplo de los vehículos no parece requerir para su solución de un razonamiento moral, sino de sentido común intrínseco al razonamiento jurídico. De manera análoga, de Dworkin a Fuller, se ha creído que casos como el de la viuda asesina que carece del derecho de heredar se solucionan jurídica y no moralmente. No es posible entrar aquí en la larga discusión acerca de la llamada "textura abierta" del lenguaje jurídico, ni en el estudio de las lógicas no monotónicas que supuestamente darían cuenta de los razonamientos derrotables (Prakken H., y Vreeswijk, G., 2002, "Logics for Defeasible Argumentation", en D. Gabbay y F. Guenther (editores), *Handbook of Philosophical Logic* 4, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, pp. 219-318). Nos basta con señalar que en la decisión de un juez que niega el carácter de heredera de su marido a una viuda asesina existe sin duda un pronunciamiento moral, independientemente de que esta decisión sea también jurídica. La prueba es que otra perspectiva moral (por ejemplo, la que postula que nadie debe ser sancionado dos veces por la misma falta) produciría la decisión contraria: en efecto, si la viuda asesina debe pagar su crimen con prisión, privarla de la herencia equivale a sancionarla dos veces. Incluso si los partidarios de la existencia de un tipo de razonamiento derrotable afirmaran que los dos principios en competencia ("nadie debe beneficiarse de su propia conducta

ilícita" y "nadie debe ser sancionado dos veces por la misma falta") son principios jurídicos, creemos que la selección del principio ganador no está decidida por el derecho. El profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy, ha defendido con enorme popularidad una teoría pluralista del razonamiento jurídico: junto al razonamiento lógico caracterizado por la subsunción, los juristas emplearían la ponderación. Recientemente, Alexy ha incluido una tercera forma de razonamiento jurídico: el estudio de los precedentes. No sería necesario acudir a la moral para resolver, por ejemplo, una contradicción normativa como la que surge de la conjunción de las dos frases siguientes: "El Presidente Bill Clinton no tiene obligación de hablar públicamente de su vida sexual porque tiene derecho a la intimidad" y "El Presidente Bill Clinton tiene obligación de hablar públicamente de su vida sexual porque la sociedad estadounidense tiene derecho a la información y a la transparencia." Las autoridades, según Alexy, están obligadas a optimizar la aplicación de los principios constitucionales involucrados en este caso (Alexy, R., 1997, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Traducido al español por Ernesto Garzón Valdés, pp. 86-101). Es esa operación jurídica lo que llama "ponderación" en su *Teoría de los derechos fundamentales* y en escritos posteriores (Alexy, R., 2002, "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, pp. 13-64; Alexy, R., 2003, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris* 2 (16), pp. 131-140; y Alexy, R., 2003, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris* 4 (16), pp. 433-449). Más específicamente, la ponderación consiste en estimar el "peso" o importancia de una norma y compararlo con el peso de la contraria (se trata tanto del peso abstracto, es decir, su jerarquía legal o constitucional, como del peso concreto o pertinencia en el caso concreto). Por si fuera poco, Alexy ha propuesto una fórmula matemática para responder a las críticas de Habermas que lo acusaban de llamar ponderación a la libre discrecionalidad de los jueces. En dicha fórmula, el peso abstracto de las normas es representado con la letra *W* (*weight*), su peso concreto tomando en cuenta la interferencia de otras normas con *I* (*interference*)

y el grado de confianza de las anteriores estimaciones con  $R$  (*reliability*). Los subíndices corresponden a las normas en conflicto  $i$  y  $j$ :

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

La teoría de Alexy podría parecer una refutación de la idea según la cual las insuficiencias de la lógica en el derecho obligan a los jueces a emplear el razonamiento moral para llenar lagunas y resolver contradicciones. Sin embargo, ello no es así al menos por dos razones. En primer lugar porque Alexy no se considera a sí mismo como un positivista y sí como un *inclusivista* de la moral en el derecho. En particular, Alexy acepta la fórmula de Radbruch según la cual las leyes radicalmente injustas no son derecho (pensemos en leyes decretando genocidios o sometiendo a esclavitud a una población). Pero, más allá de este iusnaturalismo moderado (en el sentido de que no sostiene que cualquier norma injusta sea inválida), su teoría de la ponderación está lejos de ofrecernos un procedimiento mecánico, algorítmico de decisión que pueda aislar al derecho de las opiniones morales de los jueces. Basta decir que las variables  $W$ ,  $I$  y  $R$  carecen de peso objetivo y que éste lo asigna subjetivamente quien toma la decisión. Por ejemplo, si el derecho a la intimidad vale mucho, bastante, poco, muy poco o nada es algo que no está escrito en la Constitución ni dicho de manera unívoca a través de los precedentes judiciales. No es de sorprender que para un juez sexualmente liberal este derecho pudiera ser más importante que el derecho a la información de la prensa, sobre todo tratándose, como caso concreto, de las aventuras sexuales lícitas de un gobernante. A fin de cuentas, aun empleando la fórmula de la ponderación de Alexy, si el Presidente Clinton tiene obligación de hablar públicamente de su vida sexual o si tiene el privilegio de guardar silencio, dependerá en última instancia de las ideas morales del juez que decida el caso. Puede resultar alarmante para

muchos este contenido moral de las decisiones judiciales, pues implica que un juez ultracatólico, de extrema izquierda o radical en cualquier sentido puede imponer sus preferencias axiológicas en algunos casos. Pero además de que este hecho parece inevitable en alguna medida (y no vale la pena lamentarse de lo inevitable), por otro lado no parece tan grave siempre y cuando dicho contenido moral se vuelva explícito. Una vez que las decisiones judiciales y la argumentación que las acompaña se hacen públicas, la sociedad y las autoridades estatales pueden revertir, para casos futuros, los criterios morales que consideren inaceptables. Una viuda asesina podrá heredar el patrimonio de su esposo pero otras ya no lo harán si este hecho atenta contra la moral pública y, por ello, el legislador o la Corte Suprema toman cartas en el asunto. Finalmente, consideraremos una última objeción contra la tesis que sostiene que las decisiones de los jueces resultan, en parte, de razonamientos morales. Existe otro tipo de razonamientos asociados a las decisiones judiciales, como son los argumentos económicos, antropológicos, sociológicos, históricos, estéticos ¿por qué privilegiar entonces el papel de la moral? En particular, el análisis económico del derecho se ha desarrollado ampliamente en las últimas décadas, invitando a los jueces a considerar aspectos de eficiencia, eficacia, fomento del crecimiento económico, conveniencia de simplificar trámites, entre otros, sobre todo en materias fiscal y financiera. Y no es despreciable el peso que, en ciertos contextos, pueden tener para el juez consideraciones que apelan a la cultura o la etnia de las personas o a la belleza de ciertos modelos de decisión tomados de la literatura o de la historia. Pero el peso que el juez dará a estos argumentos tendrá una dimensión normativa y, si no existe una obligación jurídica de adoptar uno u otro criterio, la elección será moral. Si el sistema jurídico no ordena al juez optar por la eficiencia económica, la tradición histórica o la comprensión antropológica, apelar a alguno de estos aspectos y no a los otros será, en última instancia, una decisión moral.

## VI. CONCLUSIONES

Hemos visto que Leibniz, el más grande filósofo jurista de la historia murió siendo, en la práctica, un realista político y jurídico. Kelsen, el líder del positivismo jurídico del siglo XX, llegó a la conclusión de la separación del derecho y de la lógica luego de intentar aplicar la lógica deductiva a la práctica jurídica. Von Wright, por su parte, asimiló su trayectoria a la de Kelsen y de algunos filósofos escandinavos de corte realista. No es de sorprender que lo hiciera, pues pocos dominios de la lógica filosófica son tan fértiles en paradojas como la lógica deóntica. Quienes actualmente postulan la existencia de un tipo de razonamiento derrotable y de técnicas de ponderación jurídica creen que contamos con procedimientos de ayuda a la decisión jurídica adicionales a la lógica deductiva. Entre el razonamiento subjetivo del jurista y la técnica de cálculo que confía ciegamente en la validez de un procedimiento mecánico, existen niveles intermedios. Como hemos visto, la fórmula de la ponderación propuesta por Robert Alexy recomienda someter las valoraciones subjetivas del juez (incluyendo sus juicios morales) a un cálculo aritmético. En ese caso, quien toma la decisión debe acatar la sentencia que pronuncian los números porque éstos sólo combinan las premisas que él reconoce como válidas. Pero, incluso bajo estos modelos sofisticados de razonamiento, la decisión judicial parece operar en buena medida como un dispositivo que limita y combina, entre otras premisas, las intuiciones morales del juez.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R., (1997), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Traducido al español por Ernesto Garzón Valdés.
- \_\_\_\_\_, (2002). "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional* 66: 13-64.
- \_\_\_\_\_, (2003a). "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris* 2 (16): 131-140.

- \_\_\_\_\_, (2003b). "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*.  
4 (16) : pp. 433-449.
- Arnaud, A.-J., (1969), *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, LGDJ.
- Bailhache, P., (1991), *Essai de logique déontique*, París, Vrin.
- Blanché, R. y Dubucs, J., (1996), *La logique et son histoire*, París, Armand Colin.
- Carbonnier, J. y A.-J., (1968), "Réflexions sur l'occupation, du droit romain au droit moderne", *Revue historique du droit français et étranger*: 183-210.
- Engliš, K. (1964), "Die Norm ist kein Urteil", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 50: 305-316.
- Ewald, F. (1989), *La Naissance du Code civil. La raison du législateur*, París, Flammarion.
- Ferrajoli, L., (1999), *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma, Laterza, Roma.
- Gianformaggio, L., (1987), *In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Milán, Giuffrè.
- \_\_\_\_\_, (1994), *Estudios sobre Kelsen*, México, D.F., Fontamara.
- Hage, J., (2001), "Legal Logic, its Existence, Nature and Use", en Soeteman, A. (editor), *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 347-373.
- Hilpinen, R., (2001), "Deontic Logic", en Goble, L. (editor), *The Blackwell Guide to Philosophical Logic*, Oxford, Blackwell publishers, 159-182.
- Horty, J. F., (2001), *Agency and Deontic Logic*, Oxford, Oxford University Press.
- Jeffrey, R. C., (1983), *The Logic of Decision*, Chicago y Londres, University of Chicago Press, segunda edición.
- Kalinowski, G. y Gardies, J.-L., (1974), "Un logicien déontique avant la lettre: Gottfried Wilhelm Leibniz", *Archive für Rechts-und Sozialphilosophie* 60 (1): 79-112.
- Kelsen, H., (1953), *Théorie pure du droit*, Neuchâtel: La Baconnière, Primera edición, traducción francesa de Thévenaz, H.

\_\_\_\_\_, (1962), *Théorie pure du droit*, París, Dalloz, Segunda edición, traducción francesa de Eisenmann, Ch.

\_\_\_\_\_, (1973), "Derogation", en Weinberger, O. *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel.

\_\_\_\_\_, (1973), "Law and Logic", en Weinberger, O., *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel.

\_\_\_\_\_, (1991), *Teoría pura del derecho*, México, D.F., Porrúa-UNAM, Traducción de Vernengo, R.

\_\_\_\_\_, (1996), *Théorie générale des normes*, París, Presses Universitaires de France.

Leibniz, G., (1671), *Le droit de la raison*, textos reunidos por Sève, R., (1994), Vrin: París.

Prakken H., y Vreeswijk, G., (2002), "Logics for Defeasible Argumentation", en D. Gabbay y F.

Guenther (editores), *Handbook of Philosophical Logic 4*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers: pp. 219-318.

Quine, W. V. O., (1950), *Methods of Logic*, Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, Inc.

Robinet, A., (1995), *Correspondance Leibniz–Castel de Saint Pierre*, París, Centre de philosophie du droit, Paris II-CNRS-URA.956.

Russell, B., (1965), "Atomismo lógico", en Ayer, A. J. (compilador), *El positivismo lógico*, México, Fondo de Cultura Económica, Traducción de Aldama L. et al, pp. 37-56.

Shafer, G., (1976), *A Mathematical Theory of Evidence*, Princeton, Princeton University Press.

Tarello, G., (2000), *Storia della cultura giuridica moderna*, Boloña: Il Mulino.

Von Wright, G. H., (1940), "On Probability", *Mind New Series* 49 (195), pp. 265-283.

\_\_\_\_\_, (1957), "Deontic Logic", en *Logical Studies*, Londres, Routledge and Kegan Paul, pp. 58-74.

\_\_\_\_\_, (1963), *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul.

\_\_\_\_\_, (1968), "An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action", *Acta Philosophica Fennica* 21, Amsterdam, North-Holland Publ. Co. Existe traducción de Ernesto Garzón Valdés publicada por el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM.

\_\_\_\_\_, (1985), "A Pilgrim's Progress", en *Philosophers on their ownwork*, vol. 12. Berna: Peter Lang.

\_\_\_\_\_, (1985), "Is and Ought", en Bulygin, E. y Niiniluoto, I. (editores), *Law and Modern Form of Life*, Dordrecht, Reidel, pp. 283-281.

\_\_\_\_\_, (1989), "Intellectual autobiography of G. H. Von Wright", en Schlipp, P. A. y Hahn, L. E. (editores), *The Philosophy of Georg Henrik Von Wright*, La Salle-Illinois: The library of living philosophers, tomo XIX.

\_\_\_\_\_, (1995), "Y a-t-il une logique des normes?", *Cahiers de philosophie politique et juridique* 27, Caen, Presses Universitaires de Caen, pp. 31-53 (traducido al francés por Jean-Luc Petit del artículo publicado en inglés en 1991: *Ratio Juris* 4 (3): pp. 265-283).

\_\_\_\_\_, (1997), *Normas, verdad y logica*, México, D.F., Fontamara.

\_\_\_\_\_, (2000), *Le mythe du progrès*, París, L'arche, Traducción al francés de Philippe Quesne.

Weinberger, O., (1986 a), "Der normenlogische Skeptizismus", *Rechtstheorie* 17, pp. 13-81.

\_\_\_\_\_, (1986 b), "Logic and the Pure Theory of Law", en Tur R. y Twining W. (editores), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, pp. 187-199.