

Algunos límites del silogismo judicial

Julio GAMBÁ*
RVLJ, N.º 15, 2020, pp. 101-133.

SUMARIO

Introducción **1. La creación judicial de premisas** *1.1. El empleo del modus tollens* *1.2. La creación o alteración de premisas por razones valorativas* **2. Las premisas inexistentes y las premisas inoperativas, consideradas como metanormativas o conductas indiferentes** *2.1. El principio de prohibición* *2.2. Los derechos sin obligaciones correlativas* *2.3. Las permisiones como metanormas que describen normas inexistentes* *2.4. Las libertades como actos indiferentes* *2.5. La aplicación de una norma de clausura positiva junto con la exigencia de decidir* **3. Algunas dificultades con la inferencia** *3.1. Hechos y obligaciones* *3.2. El problema de las implicaciones derrotables* **4. Las diferencias entre el silogismo indicativo y el razonamiento con las normas** **5. Notas para una lógica jurídica heterogénea: una propuesta** *5.1. Los tipos de enunciados jurídicos* **Conclusiones**

Introducción

El silogismo es un modelo de razonamiento judicial que expresa el ideal de separación de poderes; garantiza la igualdad de soluciones al limitar la

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *Summa Cum Laude*; profesor de Introducción al Derecho. **Universidad de Buenos Aires**, Especialista en Normas Jurídicas y Magíster en Filosofía del Derecho.

intervención judicial solo a la aplicación de reglas establecidas democráticamente; y aporta seguridad, permitiendo conocer anticipadamente los pronunciamientos adjudicativos¹. Se ha pretendido que la sustitución o complemento de la subsunción silogística, debido a la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, incorporó los principios que se aplican mediante la ponderación –que atenúan su fuerza y conservan su campo de aplicación– o la especificación –que conservan la fuerza de los principios y reducen su campo de aplicación–², son una amenaza para el Estado de Derecho³. Con independencia de ese debate, la subsunción silogística enfrenta sus propias dificultades que atentan contra su autosuficiencia y viabilidad y, por lo tanto, contra su capacidad para sostener por sí sola el tipo ideal del Estado de Derecho clásico, evitando la creación judicial de normas que lo excedan. Sin pretender representar ningún aporte respecto al tema se revisarán someramente solo algunos inconvenientes detectados, aquellos que son de más sencilla exposición, con la intención de facilitar su acceso con fines didácticos. También se esbozará tentativamente una posible solución, parcial, a la más grave de las dificultades: la imposibilidad de una lógica normativa, por carecer las normas de valores de verdad.

1. La creación judicial de premisas

Para que un sistema normativo⁴ pueda funcionar silogísticamente, mediante la subsunción, debe contar con todas las premisas válidas y pertinentes que sean necesarias. Y no siempre es el caso. Además hay inconvenientes en las

¹ ALCHOURRÓN, Carlos: «Sobre Derecho y lógica». En: *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Marcial Pons. Madrid, 2010, Capítulo v, p. 160.

² MORESO, Juan José: «*Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism*». En: *Ratio Juris*. Vol. 25, N.º 1. Blackwell. Londres, 2012, p. 36.

³ Cercana a esta posición está la tesis de FERRAJOLI, Luigi: «Constitucionalismo principista y constitucionalismo garantista». En: *Doxa*. N.º 34. Universidad de Alicante. Alicante, 2011, pp. 15-53.

⁴ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1974, lo define como un conjunto de casos a los que corresponde un conjunto de soluciones.

interpretaciones de las formulaciones normativas para transformarlas en normas. Estas dificultades, también presentes en el silogismo proposicional, no lo invalida como forma de control del razonamiento, aunque impide considerarlo como el único método que interviene en la producción de decisiones judiciales⁵.

La lógica sirve de método para garantizar la corrección de una inferencia, pero no suministra la creatividad para establecer las premisas con las que opera dicha inferencia. Además, «no dice en rigor nada sobre cómo pasar de las premisas a la conclusión, sino que únicamente da criterios sobre si un determinado paso está o no autorizado; digamos, no tiene valor heurístico sino de prueba, no opera en el contexto de descubrimiento sino de justificación»⁶.

1.1. *El empleo del modus tollens*

No todas las normas que los jueces aplican están expresamente consagradas en textos provenientes de una autoridad normativa con funciones regulatorias. VON WRIGH⁷ empleó al *modus tollens* como mecanismo válido para derivar normas. Se compara la negación de una norma que se estima implícita, con un conjunto de normas expresas, y si esta resulta incompatible, se infiere la implícita. Encontrar tal incompatibilidad depende de la creatividad y talento del operador jurídico, por lo que es posible que una norma no se considere implícita, a pesar de serlo, y también es posible derivar distintas normas implícitas de un mismo conjunto. Lo único que la lógica puede garantizar es que no se admitan aquellas que sean contradictorias con las explícitas.

Si bien el método del *modus tollens* es viable, su uso irregular ha disfrazado la creación judicial de premisas, pretendiendo que provienen analíticamente de las que se encuentran formuladas. Un caso se presenta con la aplicación de la llamada interpretación *a contrario*. De la disposición de una Constitución

⁵ ATIENZA, Manuel: *Contribución a la teoría de la legislación*. Civitas. Madrid, 1997, p. 85, «necesitamos ampliar –si se quiere debilitar– el concepto de inferencia de la lógica deductiva clásica: argumentar –argumentar racionalmente, esto es, pasar fundamentalmente de unas proposiciones a otras– no es lo mismo que –o no es solo– deducir».

⁶ *Ibíd.*, p. 83.

⁷ VON WRIGHT, George Henrick: *Norma y acción. Una investigación lógica*. Tecnos. Madrid, 1979.

que consagra que los ciudadanos tienen el derecho de reunión pacífica y sin armas, se pretende «concluir» que los extranjeros no pueden hacerlo. El razonamiento tiene la siguiente estructura:

- i. «solo si F1 entonces G», equivale a $F1 \equiv G$ (inferencia inmediata, no hay ningún caso en que F1 y G tengan valores distintos⁸);
- ii. si F1 entonces G, y si G, entonces F1 (equivalencia material de 1);
- iii. Si G, entonces F1 (simplificación de 2);
- iv. si no F1 entonces no G (trasposición material de 3)⁹.

Antes de comenzar el razonamiento, la interpretación de la formulación normativa introduce un elemento (se agrega el término «solo» a «si F1, entonces G»). A partir de allí, se llega necesariamente a «Si no F1, entonces no G». GUASTINI advierte que «este punto de vista se funda sobre la idea de que allí donde la ley no dice nada existe no una laguna, sino una norma implícita de contenido opuesto al de la disposición que está interpretándose. Y ese es precisamente el uso productor del argumento *a contrario*»¹⁰.

Para que esta inferencia sea posible, sería necesario contar con una norma de clausura que brinde solidez al eslabón introducido por la interpretación —la adición del término «solo» en la primera premisa—. Pero la formulación de una norma de clausura inversa al conocido principio de prohibición, que será posteriormente tratado en su versión positiva, es insostenible, porque, como apuntó VON WRIGHT, la prohibición no puede cumplir el papel de cierre de un sistema prescriptivo, ya que lleva a una incoherencia al impedir, simultáneamente, hacer y omitir cualquier conducta que no esté explícitamente contemplada como permitida¹¹. Este descubrimiento de VON WRIGHT introdujo una curiosa inconsistencia lógica en el conocido principio de legalidad. Al Estado le estaría prohibido omitir y también le estaría prohibido hacer cualquier acción que no esté expresamente consagrada. Una posible solución es

⁸ COPY, Irving: *Introducción a la lógica*. EUDEBA. Buenos Aires, 2008, pp. 181 y 316.

⁹ *Ibíd.*, p. 336.

¹⁰ GUASTINI, Riccardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*. UNAM. México D. F., 1999, p. 30.

¹¹ VON WRIGHT: *ob. cit.*, p. 199.

introducir una distinción entre normas prescriptivas y normas de competencia, consideradas disposiciones conceptuales o configurativas¹² que no se aplican mediante la subsunción.

1.2. La creación o alteración de premisas por razones valorativas

Otro caso de creación judicial de normas se presenta cuando las premisas del sistema resultan irrelevantes para encontrar una solución normativa. Supongamos que una norma establece que si no es A, y si no es B, está prohibido C (se puede simbolizar así: $\neg A \cdot \neg B \rightarrow \neg C$); y otra dispone que si es A, y si es B, está permitido C ($A \cdot B \rightarrow C$). ¿Qué sucede cuándo la conducta juzgada combina A y no B ($A \cdot \neg B$) o viceversa?

En algunas ocasiones, el sistema normativo que no contempla la situación relevante debería ajustarse a un nivel más fino, introduciendo distinciones. En otras, la solución puede consistir en construir un sistema menos fino, eliminando distinciones¹³. Estas son decisiones en las que intervienen elementos valorativos, que no son controlables por el modelo del silogismo, más allá de eventuales consecuencias negativas. Alterar el «grosor» de una de las normas del sistema en forma lógicamente inadecuada, puede provocar lagunas, inconsistencias o redundancias.

La valoración no solo lleva a completar un sistema normativo para adaptarlo a un caso no regulado, sino a encubrir cambios en la base del sistema o en las reglas de inferencia, pero en forma encubierta. Se trata de sistemas lógicamente completos que, por razones valorativas, se entienden erradamente como incompletos.

El aborto por razones médicas fue considerado por la doctrina alemana como una laguna normativa, cuando en realidad se trataba de una laguna axiológica. El ordenamiento jurídico tenía una tesis de relevancia distinta de la hipótesis de relevancia que los operadores jurídicos consideraban valiosa, al

¹² ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel. Barcelona, 1996.

¹³ ALCHOURRÓN y BULYGIN: ob. cit., pp. 151 y 152.

no distinguir entre aborto común y el practicado para salvar la vida de una embarazada. La norma regulaba expresamente, en forma similar, cosas que se percibían distintas, tipificando como criminal una conducta que posteriormente se denominó «aborto terapéutico», pasando a no ser sancionada¹⁴. Así, el operador jurídico puede creer que llena vacíos, actuando en forma supletoria, cuando en realidad procede en forma derogatoria, legislando sin saberlo o admitirlo.

La jurisprudencia alteraba el contenido de las normas mucho antes de la aparición del principismo o especificacionismo constitucional. Esta variación puede ser entendida como un cambio en la base normativa del sistema, o como una alteración de las reglas de inferencia con las que se producen las consecuencias normativas del sistema. ALCHURRÓN y BULYGIN prefieren entender a las variaciones de interpretación como alteraciones en la base, porque así preservan la idea de que en un sistema normativo no se admiten cambios en las reglas de inferencia¹⁵. La exigencia de preservar el silogismo judicial con un solo tipo de inferencia, la subsunción, es lo que fuerza tal elección.

La penalización inicial del hurto de electricidad por parte del Derecho Penal, aplicándole normas sobre objetos corporales a objetos incorporeales, pudo deberse a una variación en la base del sistema, mediante la interpretación extensiva de «bien mueble»; pero también pudo obedecer a un cambio en las reglas de inferencia, al admitir la analogía entre la apropiación de una cosa corporal y el aprovechamiento de una energía, lo que es un razonamiento distinto a la subsunción. VERNENGO advierte que, si bien por razones ideológicas se aceptó unánimemente la primera solución, «ambas alternativas son posibles y pragmáticamente equivalentes»¹⁶. Pero la que sostiene la subsunción interpretó que la electricidad, que emplea conductos fijos y está necesariamente adherida a un inmueble, es, sin embargo, un bien mueble.

¹⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN: ob. cit., p. 163.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 143.

¹⁶ VERNENGO, Roberto: *La interpretación jurídica*. UNAM. México D. F., 1977, p. 54.

2. Las premisas inexistentes y las premisas inoperativas, consideradas como metanormativas o conductas indiferentes

Más graves aún resultan las dificultades producidas por la inexistencia de normas que, sin embargo, se pretende que actúan en la producción de la decisión judicial, lo que conduce al tema de las normas de clausura, ya mencionado, pero ahora considerado en forma positiva; o a la existencia de normas explícitas que, empero, no pueden operar adecuadamente para lograr una decisión judicial. Estas últimas normas, que no son operativas mediante la subsunción, algunos las consideran metanormas o conductas indiferentes.

2.1. *El principio de prohibición*

Existe la opinión extendida de que todo sistema normativo siempre se cuenta con una respuesta porque, si una conducta no está prohibida, está implícitamente permitida, al menos para el caso de los súbditos o ciudadanos particulares. Es lo que se conoce como el «principio de prohibición». No es compatible con la aceptación de una regla de clausura inversa –todo lo no permitido, está prohibido– que, según lo visto, es lo que fundamenta, a veces, la interpretación *a contrario*. Sin embargo, los que abogan por una versión de la regla de clausura, no siempre rechazan la otra.

Judicialmente, el principio de prohibición significa que si la omisión que se le reprocha al demandado resulta ser una conducta expresamente obligatoria, o si la acción reprochada está expresamente prohibida en una norma, se le debe condenar; y si no es ninguno de los dos casos, se debe desechar la demanda. Se piensa que la ausencia de ley regulatoria no debería afectar la decisión. Esta es la conocida tesis de, entre otros, ATRIA¹⁷. Pero de ser así, los extranjeros, según la Constitución –en el ejemplo visto–, podrían reunirse porque no hay una prohibición expresa en contrario. Además, está el conocido caso, real, de la acción reivindicatoria de un bien inmueble, intentada por su legítimo propietario, frente al poseedor de buena fe que adquirió de buena fe de un tercero, mediante título oneroso. Se suscitó una larga e irresoluble controversia

¹⁷ ATRIA, Fernando *et al.*: «Sobre las lagunas». En: *Las lagunas en el Derecho*. Marcial Pons. Madrid, 2005, Capítulo 1, pp. 15-28.

en la doctrina argentina porque el Código Civil de VÉLEZ, entonces vigente, no tenía suficientes elementos de relevancia en su sistema normativo. Solo mencionaba que se facultaba la reivindicación cuando el enajenante era de mala fe o si la cosa fue obtenida a título gratuito. No aclaraba el resto de las situaciones posibles. Unos autores sostenían que la reivindicación resultaba improcedente si no estaba expresamente autorizada, y otros sostenían que resultaba procedente si no estaba expresamente prohibida. Para sostener su posición, cada bando completaba su sistema normativo con disposiciones distintas¹⁸.

ALCHURRÓN y BULYGIN han objetado el fundamento del principio de prohibición con atendibles razones. Si bien se puede considerar a la obligación de sentenciar como una disyunción entre condenar o desechar la demanda [O (p v q)], plantean que en los enunciados normativos, a diferencia de los proposicionales, el operador deóntico obligatorio (O) no es distributivo respecto a la disyunción (es decir, O (p v q) no es traducible a Op v Oq)¹⁹. «De la obligación de juzgar [obligatorio o condenar o no condenar] y de la ausencia de la obligación de condenar [no obligatorio condenar], no se infiere en modo alguno la obligación de rechazar la demanda»²⁰.

La plausibilidad intuitiva del argumento de ATRIA –cuestionado por ALCHOURRÓN y BULYGIN–, y la plausibilidad del principio de prohibición en general, se asienta en la ambigüedad de la expresión «no debe», que puede interpretarse en sentido fuerte, o en sentido débil. En sentido fuerte, el «no debe» condenar significa una prohibición consagrada en el ordenamiento jurídico mediante una norma. Forzaría al juez a rechazar la demanda. Pero en el sentido débil, «el “no debe” surge de la mera ausencia de una norma que obligue al juez a condenar, lo cual no es suficiente, por supuesto, para constituir una prohibición»²¹.

¹⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN: ob. cit., pp. 50 y 51. Ver también BULYGIN, Eugenio: «Creación Judicial del Derecho». En: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*. Capítulo III. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, pp. 89 y 90.

¹⁹ ECHAVE, Delia Teresa et al.: *Lógica, proposición y norma*. Astrea. Buenos Aires, 1999, p. 140, «Si es obligatorio realizar un acto o es obligatorio realizar otro, entonces será obligatorio realizar el uno o el otro. La inversa, en cambio, no es válida».

²⁰ ALCHOURRÓN y BULYGIN: ob. cit., p. 217.

²¹ Ídem.

Es posible distinguir entre los que entienden al principio de prohibición «como un presupuesto pragmático de la teoría normativa, y no como una “norma de clausura” contingente»²² y los que exigen interpretarlo de la segunda forma. Los «pragmáticos» sostienen que no tiene sentido la formulación expresa de un permiso autónomo que no se relacione con una prohibición u obligación previa. Como norma explícita –de carácter fuerte–, la permisión solo tiene utilidad cuando se ha establecido previamente una prohibición u obligación explícita, que debilita o extingue²³. Nadie autoriza aquello que no ha sido impedido. Este presupuesto pragmático, intuitivamente válido, lleva a la admisión de una permisión débil, no consagrada expresamente en una norma.

ALCHOURRÓN y BULYGIN destacan que KELSEN entendió inicialmente al principio de prohibición como una permisión fuerte, explícitamente consagrada. Aunque considerar a la ausencia de prohibición como un derecho permisivo efectivamente establecido por el ordenamiento jurídico, es tomar por promulgada una norma que no ha sido promulgada. Sin embargo, la solución alterna, aceptar la existencia de permisiones débiles o tácitas, también conlleva un inconveniente. Se aprecia cuando al intentar ejercitar dicho permiso débil o tácito, su presunto titular tropieza con la ausencia de una norma expresa que sirva para oponerse a los obstáculos que provengan de otros. Un sujeto desea hacer A y otro sujeto interviene con su actuación haciendo no A, los dos están igualmente autorizados –porque ninguna de las conductas está expresamente prohibida–. El principio de prohibición que acepta la existencia de permisiones débiles que no están expresamente formuladas, no resuelve el problema y termina siendo, por lo tanto, contrario a un punto de vista pragmático que pretende sostener.

Si bien es difícil negar la existencia del principio de prohibición como presupuesto extranormativo, tanto desde el punto de vista pragmático –es absurdo pretender que se necesite una norma permisiva para realizar cualquier acto–, como parcialmente desde el punto de vista lógico –sería contradictorio

²² ECHAVE *et al.*: ob. cit., p. 158.

²³ *Ibid.*, pp. 155 y 156.

considerar la situación inversa, que implicaría que ante la ausencia de permiso expreso, estarían prohibidas, conjuntamente, la acción y la abstención—, normativamente, en cambio, el principio de prohibición no puede aspirar a ser más que una permisión débil. Y como permisión débil, resulta insuficiente para resolver un conflicto de intereses, lo que lo hace frecuentemente inadecuado para su aplicación en un razonamiento judicial.

2.2. *Los derechos sin obligaciones correlativas*

Frecuentemente, los permisos fuertes —explícitos— se establecen en forma insuficiente. Para operar en un silogismo, algunos permisos deben considerarse como una prohibición, dirigida a terceros, de interferir en su ejercicio. Otros requieren ser interpretados como un mandato, también dirigido a terceros, de facilitar su ejercicio. Los permisos se traducen, entonces, interpretativamente, en prohibiciones y obligaciones y, por lo tanto, dejan de ser permisos propiamente dichos.

Sostiene VON WRIGHT que el permiso fuerte también puede presentarse en forma independiente o no relacionada con una prohibición u obligación. Consiste en una promesa, por parte de la autoridad normativa, de no prohibir una conducta, comprometiéndose así a tolerarla²⁴. Funciona como una prohibición tácita dirigida a las autoridades normativas inferiores de no contradecir el mandato del superior. Fuera de ese contexto, carece de operatividad²⁵. Si el permiso independiente es solo una promesa de no prohibir, que la autoridad máxima se hace a sí misma, y no a los subordinados, ¿qué sucede si se incumple?

Pero al no existir una consecuencia clara por su inobservancia, el permiso independiente entendido como obligación o prohibición de terceros, sigue siendo de nula aplicación en un silogismo judicial, al menos en algunos casos. Esto es frecuente en algunos «derechos» defectuosamente consagrados, sin vínculos con prescripciones sancionatorias, a pesar de tener la apariencia de normas aplicables mediante subsunción. VON WRIGHT pone el conocido ejemplo de una Constitución que expresa que todo ciudadano tiene «derecho a trabajar»:

²⁴ VON WRIGHT: ob. cit., p. 104.

²⁵ *Ibíd.*, p. 106.

Supongamos que ningún patrono tiene trabajo para el señor X. No se les puede acusar de impedir que el señor X obtenga un empleo. Pero el señor X, no obstante, no puede ejercer su derecho. Puede entonces argüirse que el derecho conferido constitucionalmente es «vacuo» si no es un derecho en el sentido fuerte de una acción. La acción podría, por ejemplo, instituirse de forma de un mandato dirigido a todos los patronos disyuntivamente (o colectivamente), encargándoles de suministrar empleo a todo el que quiera trabajar²⁶.

Si se establece tal acción, el permiso fuerte se transforma en una verdadera obligación. Solo los permisos fuertes, que sean dependientes de una prohibición u obligación previa –que deroguen–, o que sean obligaciones o prohibiciones con destinatarios y sanciones, son aptos para el funcionamiento del silogismo judicial. Para superar este escollo, se introduce otra distinción entre normas que regulan una conducta y normas que le indican a la autoridad que debe proveer los medios posibles, según las circunstancias, para obtener un resultado. Las segundas no se aplican mediante el silogismo, que queda así limitado en su campo de aplicación. Esta dificultad, a diferencia de las anteriores, solo es posible en un ordenamiento constitucional que consagre tales derechos imperfectos.

2.3. Las permisiones como metanormas que describen normas inexistentes

La dificultad con el principio de prohibición puede entenderse mejor desde un análisis lógico que compare el discurso indicativo con el normativo. La permisión se parece –sin llegar a ser idéntica– a lo que Ross llamó la negación externa de una proposición, según se entienda en forma aislada –lo que lo hace equivalente a la permisión débil– o a la negación interna, que está conectada con otras normas –lo que lo hace equivalente a la permisión fuerte–.

La semejanza –no igualdad– entre la permisión débil normativa y la negación externa de una proposición en forma aislada, según Ross, está en que ambas son enunciados sobre otros enunciados. «La negación externa expresa

²⁶ *Ibíd.*, p. 104.

que rehúso aceptar que las cosas están en el mundo de tal manera que p forma parte de su descripción. Mi actitud se manifiesta por medio de una proposición de segundo orden al pronunciar la cual rechazo p como falsa»²⁷. Esto también se puede decir respecto a la negación de la presencia de una norma, que no ha sido promulgada, ni se infiere de otras normas promulgadas. Sin embargo, la negación interna de una proposición, en cambio, es distinta a la normativa, ya que, en el caso del discurso indicativo, es «una proposición de primer orden que expresa que las cosas están en el mundo de un cierto modo, a saber, de tal modo que Pedro está no-está en casa, que está fuera»²⁸. No es posible dar ese paso en el discurso normativo.

En los enunciados indicativos, las negaciones externa e interna expresadas por proposiciones de segundo o primer orden, se pueden comunicar. La negación externa -i (T)²⁹ significa que se rechaza la proposición «i (T)». Por negación interna, se equipara a la aceptación de su complemento: equivale a i (-T). Y viceversa: siendo la proposición i (-T), su negación externa es -i (-T), que por la identidad entre negación interna y externa, conduce al complemento: -i (-T) ≡ i (- - T) ≡ i (T)³⁰.

En relación con las normas, no hay la comunicabilidad presente entre la negación externa de una proposición y la afirmación por negación interna de la proposición complementaria, porque no hay un trasfondo común, la referencia a un estado de cosas en el mundo, que permita dicho paso. «Mientras que la negación externa de una proposición es a su vez una proposición, la negación externa de una directiva no es a su vez un directiva, sino que es, aisladamente considerada, una sentencia vacía»³¹. «Si pregunto ¿está Pedro en casa? Y me responden “No”, he recibido cierta información, a saber, que Pedro no está en casa, que está fuera, y ello se debe a que en este caso la

²⁷ Ross, Alf: *Lógica de las normas*. Editorial Comares. Granada, 2000, p. 187.

²⁸ Ídem.

²⁹ La letra «i» simboliza la aceptación de la proposición, la letra «T», simboliza el tema o contenido de una proposición.

³⁰ *Ibíd.*, pp. 189 y 190.

³¹ *Ibíd.*, p. 198.

negación externa es equivalente a la negación interna»³². Las cosas cambian cuando nos referimos a normas. «Si pregunto ¿Tengo la obligación de quedarme en casa? Y me dan una respuesta negativa [negación externa aislada, sin relación con otra norma], no he recibido información alguna de cuál es mi deber, y especialmente no se me ha informado que sea mi deber salir [negación interna del deber de quedarse en casa, que equivale a la afirmación de su complemento]; y ello porque en este caso la negación externa no es equivalente a la negación interna»³³.

Por lo tanto, solo sirve para rechazar un directivo a partir de constatar la presencia de un directivo de contenido contrario, conforme propuso VON WRIGHT mediante el *modus tollens*, pero no se puede aceptar una norma a partir de la ausencia de la directiva contraria.

Otro uso normativo válido de la negación externa vinculada con la interna se presenta al considerarla dentro de un sistema normativo. Las negaciones externas de una norma «adquieren significado cuando se las considera, no aisladas, sino como parte de un todo coherente. Indican permisos, esto es, restricciones (excepciones, anulaciones parciales) de otras directivas, que crean obligaciones positivas (mandatos, normas)»³⁴. Esta visión relacionada o dependiente de la permisión se remonta hasta BENTHAM, quien consideró que «el permiso (*licence*) presupone bien una prohibición, bien un mandato, y tiene por efecto la remoción de uno o de otro, en el caso concreto y en beneficio del individuo al que se dice que se autoriza»³⁵.

2.4. Las libertades como actos indiferentes

Mientras una permisión expresa y dependiente implica la derogación de una prohibición u obligación anterior, en el caso de una libertad expresa, advierte Ross, no hay ninguna norma previa con la que se relacione. «Si C es una libertad, entonces no C también es una libertad. Ambas fórmulas dicen lo mismo,

³² *Ibíd.*, pp. 198 y 199.

³³ *Ídem.* Los corchetes son míos.

³⁴ *Ibíd.*, p. 199.

³⁵ BENTHAM, Jeremy: *Nomografía o el arte de redactar leyes*. CEPC. Madrid, 2004, p. 112.

a saber, que no hay ningún deber ni con respecto a C, ni con respecto a no C»³⁶. Para Ross, que un acto sea una libertad equivale a decir que cae fuera de la esfera de las normas jurídicas, que es jurídicamente indiferente. Sin embargo, «ciertas libertades son frecuentemente mencionadas por su nombre, pues aparecen como excepciones»³⁷, lo que las vuelve permisiones dependientes.

Una razón para mencionar explícitamente a las libertades es ponerle coto al poder legislativo, en forma similar a como entiende VON WRIGHT a las permisiones independientes fuertes. Estas excepciones no son derogaciones de mandatos previos, sino que operan limitando el ejercicio de las facultades normativas de la autoridad, su competencia. Son normas conceptuales. El acto normativo que las contradiga es nulo.

Si se interpretan prescriptivamente, no siempre, como advirtió VON WRIGHT y ya se mencionó, garantizan los medios para remover los impedimentos que provengan del ejercicio de otra libertad similar. Para ello deben asumir interpretativamente el carácter de una prohibición o de un mandato, respaldado con consecuencias adversas por su vulneración, dirigidas a terceros, para su empleo silogístico mediante subsunción.

Ross distingue entre una libertad común y otra especial. Tener una libertad común solo significa que nadie puede ejercer ninguna pretensión en contra de su ejercicio. Aunque tampoco otorga pretensiones frente a otros obligándolos a que me faciliten actuar. «Tengo la libertad para sentarme en un banco de Hyde Park, pero esta libertad no me sirve de nada si el banco está ocupado. No tengo ninguna pretensión contra los demás»³⁸. Se trata del derecho regulando el marco de la libre competencia entre los ciudadanos. Solo cuando la libertad es especial, constituye un privilegio que, como tal, no es compartido por todos. Entonces, sí comporta un derecho a la acción explícito, por contener una prohibición u obligación hacia terceros, que no tienen dicho privilegio, el que es aplicable mediante el silogismo judicial.

³⁶ Ross: ob. cit., p. 166.

³⁷ *Ibid.*, p. 167.

³⁸ *Ídem.*

2.5. *La aplicación de una norma de clausura positiva junto con la exigencia de decidir*

El rechazo del principio de prohibición como cierre tácito de un ordenamiento jurídico, lleva a la exigencia de que una norma de clausura deba tener una formulación «fuerte», es decir, que sea efectivamente expresada en una disposición de aplicación general, que además sea operativa y tenga un contenido cierto. En el moderno Derecho Penal liberal, el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege* cumple esa función. No es un permiso que derogue una prohibición anterior. Tampoco debe entenderse como una libertad que no resulta oponible a otra libertad. No puede entenderse prescriptivamente, por cuanto no vincula un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica sancionatoria. La forma más plausible de comprenderlo es considerarlo como una norma conceptual, no prescriptiva, que consagra la nulidad de toda actuación sancionatoria que se salga de los márgenes de la tipicidad. Es una disposición que regula el ejercicio de una competencia en forma analítica, no prescriptiva. Aunque su aplicación sí tiene consecuencias prescriptivas e, indirectamente, cierra de esa forma el sistema.

Si se carece de la norma de clausura expresa y con contenido cierto, ALCHOURRÓN y BULYGIN piensan que la única manera de llenar una laguna es que el juez produzca la prescripción correspondiente comportándose como legislador, tal y como lo establece el artículo 1 del Código Civil suizo. Se podría objetar que, si bien este planteamiento tiene validez abstracta, falla en su aplicación concreta porque todo ordenamiento jurídico contemporáneo tiene, además del *nullum crimen* –que vale solo en el ámbito penal–, una norma de clausura procesal general que impide que el juez tenga dificultades al aplicar un ordenamiento con lagunas. Se trata de la presunción de inocencia contenida en el debido proceso, que favorece a todo demandado –excepto en materia laboral–. Puede decirse que, al ser una norma contingente –el debido proceso no es un atributo necesario de todo sistema jurídico–, confirma la teoría. O puede aceptarse que el planteamiento carece de vigencia, porque actualmente tiene aceptación generalizada –excepto, se insiste, en el área laboral–.

Sin embargo, la realidad normativa y la práctica también apuntan a lo contrario. En el caso del ejercicio de dos libertades opuestas, con pretensión de ejercicio simultáneo, considerar que el Derecho no regula todos los conflictos posibles, puede ser una solución socialmente costosa. Ante una controversia, la ausencia de decisión puede llevar a la violencia particular. Se debe por tanto crear judicialmente una norma.

Se han visto dos posibilidades. O se admite el principio de prohibición, que genera los inconvenientes revisados –no brinda ninguna protección–, o se acepta una regla de clausura explícita, que es contingente y aun así, no puede solucionar todos los casos –las libertades enfrentadas–. Una tercera alternativa es establecer una norma que faculte a la autoridad a producir normas, *ad hoc* y *a posteriori*, al menos para dirimir conflictos entre libertades y, ante un vacío normativo, para resolver también los problemas con los derechos. Esta es la razón por la que el artículo 43 de la Constitución de 1961 y el artículo 20 de la Constitución de 1999 –de casi idéntico contenido– eliminaron el requisito de la ley previa para poder limitar el ejercicio de un derecho o libertad que puede entrar en conflicto con otro derecho o libertad, a diferencia de lo establecido en el artículo 29.2 de la Declaración de los Derechos Humanos.

Esta primera parte de la norma busca superar el límite lógico de los sistemas normativos, «... que ya ha sido señalado.» Las autoridades de adjudicación del Estado de Derecho clásico o eran indiferentes –lo que no siempre resultaba posible–, o producían una norma en forma encubierta, ante derechos defectuosamente consagrados, obligaciones que chocasen con valoraciones predominantes o libertades que debían ser protegidas más allá de los resultados de la libre competencia.

La otra parte de la norma –también se puede limitar un derecho o libertad, sin necesidad de una norma previa, por razones de «orden público y social»–, agrega poco a la solución del problema, al punto de resultar tal vez innecesaria porque el orden público y social puede ser reconducido a los derechos y libertades –individuales y colectivos– de los demás. A menos que sea, precisamente, una cosa distinta. Visto así, y siguiendo el postulado del legislador racional

—si la norma añade, significa que se extiende y no que reitera—, una interpretación plausible de esta formulación es que la disposición que supuestamente consagra el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, en realidad lo deja en suspenso dependiendo del criterio de lo que la autoridad entienda por dichos «órdenes». Un corolario también lleva a reinterpretar el principio de legalidad hasta considerarlo de contenido mínimo. Los órganos del Poder Público no deberían tener ningún inconveniente en sujetarse a la Constitución y a la ley, como indica el artículo 117 o 137 constitucional (de 1961 o de 1999), porque esa «sujeción» faculta a la autoridad a limitar derechos y libertades sin habilitación legislativa previa, fundamentándose en conceptos jurídicos muy indeterminados —¿qué será el orden social, el estado de cosas existente, un estado de cosas ideal, una mezcla ambos?—.

3. Algunas dificultades con la inferencia

Además de las dificultades con la creación de premisas, las premisas inexistentes, las premisas existentes pero no operativas, y los inconvenientes vistos con la regla de clausura y con la opción normativa que lleva a superarlos, se presentan problemas con la inferencia jurídica derivados de la confusión entre hechos y obligaciones, lo que también se manifiesta en las llamadas implicaciones derrotables.

3.1. *Hechos y obligaciones*

VON WRIGHT creó la primera lógica deóntica reconocida como tal, denominada Sistema de Lógica Deóntica (SDL, por sus siglas en inglés), a partir de la semejanza entre los operadores deónticos prohibido, permitido y obligado, con los operadores modales imposible, posible y necesario. Esta lógica especial tenía fallas. Aquí se revisará solo una de ellas. VON WRIGHT se percató que el fenómeno de los imperativos contrarios al deber mostraba algunos límites de su modelo.

El silogismo práctico normativo, según VON WRIGHT, admite solo dos variedades. Puede ser un modo de razonamiento en el que las premisas sean normas y la conclusión otra norma inferida. Y además, «por silogismo práctico se

puede también entender un esquema en el cual de una premisa normativa y una premisa fáctica se sigue una conclusión normativa. Por ejemplo: Todos los ladrones deben ser colgados. Este hombre es un ladrón. Este hombre debe ser colgado. Este esquema también puede ser relegado al ámbito de la lógica deóntica»³⁹. Pero hay casos que conectan dos obligaciones contrarias, relacionadas con un mismo hecho.

ALARCÓN CABRERA ilustra el problema mediante el siguiente ejemplo: 1. debe ser el caso de llevar al hospital a todo accidentado; 2. debe ser el caso de que si cumplimos con la norma anterior, se ignoren las señales de tráfico; y 3. si no cumplimos con (1), no se ignoran las señales de tránsito. Por lo tanto, 4. no se cumple con (1) para no ignorar las señales de tránsito. La simbolización de esto, es (1) O_p , (2) $O(p \rightarrow q)$ (3) $\neg p \rightarrow O\neg q$ (4) $\neg p$. Por uno de los postulados del SDL llamado «ley del compromiso» ($[OA \ \& \ O(A \rightarrow B)] \rightarrow OB$), de (1) y (2) se obtiene (5): Oq (obligatorio ignorar las señales de tránsito). Por *modus ponens* de 3 y 4, se produce entonces (6) $O\neg q$ (obligatorio no ignorar las señales de tránsito). Como (5) y (6) son contradictorios, debe haber defectos en el razonamiento que provocaron algunas inferencias indebidas⁴⁰.

CASTAÑEDA soluciona el problema reformulando las premisas. Entiende que la dificultad se origina porque en el ejemplo expuesto, (2) se encuentra mal simbolizado. En vez de formalizarse « $O(p \rightarrow q)$ », debería formalizarse « $p \rightarrow Oq$ ». Si bien en el primer enunciado p (ayudar a otro) forma parte de una obligación, desde la perspectiva del segundo enunciado no se presenta como una obligación, sino como un hecho, que funciona como antecedente de otra obligación. Según CASTAÑEDA, la nueva formalización impide llegar a conclusiones contradictorias⁴¹.

³⁹ VON WRIGHT, George Henrick: *La diversidad de lo bueno*. Marcial Pons. Madrid, 2010, p. 186.

⁴⁰ ALARCÓN CABRERA, Carlos: *Lecciones de lógica jurídica*. Editorial Mad. Sevilla, 2000, pp. 52 y 53.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 59 y 60.

Ross también advirtió que la confusión entre hechos y obligaciones lleva a dos casos de silogismo hipotético viciado: cuando un hecho asume indebidamente el papel de una obligación, o cuando una obligación es tomada equivocadamente por un hecho. Ejemplo de lo primero es el error de pretender que, a partir de un enunciado que contiene la implicación entre dos obligaciones y su relación con otro enunciado que expresa un hecho, se puede inferir una conclusión normativa. No se puede conectar «si has de amarte a ti mismo, has de amar a tu prójimo» –que contiene una obligación que implica otra, y se formaliza $O(p) \rightarrow O(q)$ –, con «Te amas a ti mismo» –que hace referencia a un hecho, que se simboliza «p»–, para llegar al resultado «Has de amar a tu prójimo», que contiene una obligación, simbolizada $O(q)$. Tampoco se puede proceder en el sentido inverso. Partir de «debes amar a tu prójimo como a ti mismo», que establece una obligación condicional, supeditada al hecho de que uno se ame para tener la obligación de amar así al prójimo, que se simboliza $O(p \rightarrow q)$; y pretender conectarla con «debes amarte a ti mismo», que no es un hecho, sino una obligación, que se simboliza O_p ; para concluir con «has de amar a tu prójimo»⁴², que es otra obligación y se simboliza O_q ⁴³.

Estas dificultades en la inferencia podrían considerarse resueltas mediante ajustes en la formulación de las premisas, inobjetables si no alteren la base del sistema, y si se procuran relacionar premisas de contenido similar, sin confundir obligaciones y hechos. Sin embargo, la solución propuesta por CASTAÑEDA implica un inconveniente mayor.

3.2. *El problema de las implicaciones derrotables*

La distinción entre hechos y obligaciones dentro de un silogismo, y entre obligaciones enfrentadas, se relaciona con lo que ALCHOURRÓN denomina «el problema de las obligaciones derrotables». Para superar esta limitación, postula una noción «puente» de la implicación deóntica, que opone a la

⁴² Ross: ob. cit., p. 213.

⁴³ Ross emplea una manera de formalizar distinta a la de VON WRIGHT, CASTAÑEDA o ALCHOURRÓN, lo que se advierte para evitar confusiones que no deben afectar a sus planteamientos.

formulación «insular», propia de la implicación del discurso indicativo. Así impide en el silogismo deóntico, que emplea un condicional sujeto a restricción, la presencia conjunta del *modus ponens* y el refuerzo del antecedente.

Una implicación proposicional (Si es A, entonces B: se simboliza $A \rightarrow B$) resulta falsa solo y solo si el antecedente (A) es verdadero y el consecuente (B) es falso, con independencia de cualquier otro factor distinto a los considerados. La validez del vínculo se mantiene si se le agrega otra variable a la implicación, sin interesar cuál sea $[(A \rightarrow B).C \rightarrow (A.C \rightarrow B)]$. Tal adición se denomina refuerzo del antecedente. La implicación se considera un razonamiento monótono, porque no cambia con cualquier agregado de premisas. Se aplica en el *modus ponens*, que consiste en tomar como premisas una implicación y la afirmación del antecedente de la implicación, para concluir con el consecuente. Traducido al simbolismo de la lógica deóntica, el refuerzo del antecedente se representa: $O(A \rightarrow B) \rightarrow O(A.C \rightarrow B)$; y el *modus ponens* se representa $O(A \rightarrow B) . A \rightarrow OB$.

Pero, a diferencia de las proposiciones, no todos los enunciados condicionales deónticos tienen carácter monotónico. Algunos son derrotables, porque un elemento ajeno a su formulación puede invalidarlos –alguien que mate, puede que no deba ir preso, si actuó en legítima defensa–. Estas obligaciones derrotables no admiten el refuerzo del antecedente y, por ende, no permiten la aplicación del *modus ponens*.

Hay, por lo tanto, dos tipos de implicación deóntica, las derrotables y las no derrotables, que requieren de distinta simbolización. ALCHOURRÓN incorpora un nuevo símbolo que denomina *corner* (\triangleright) en representación de la conectiva del condicional derrotable, y otro que denomina «función de revisión» (f) para simbolizar que en circunstancias normales, se produce la implicación. Así, se puede definir un condicional derrotable, en términos de uno no derrotable: $(A \triangleright B) = \text{def } (fA \rightarrow B)^{44}$.

⁴⁴ MORESO, Juan José y RODRÍGUEZ, José Luis: «Carlos Alchourrón y la máxima de la mutilación mínima», estudio introductorio al libro de ALCHOURRÓN, Carlos: *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Marcial Pons. Madrid, 2010, pp. 19 y 20.

ALCHOURRÓN introduce otro cambio más relevante, para hacer viable la simbolización de implicaciones que pueden ser afectadas por hechos: el operador deóntico –obligatorio, prohibido o permitido– pasa a influir solo en el consecuente y no en toda la implicación, lo que se representa así: $A \rightarrow OB$. Aquí vemos cómo lo que antes era parte de la obligación (A), ahora se convierte en un hecho formalizado fuera de la obligación (OB). ALCHOURRÓN afirma que «debemos abandonar, desde el comienzo, la representación de las normas condicionales como “ $O(A \rightarrow B)$ ”⁴⁵ o cualquier otra expresión donde tanto el antecedente como el consecuente se ubiquen dentro del alcance de un operador deóntico»⁴⁶. Esta forma tradicional es lo que denomina la presentación insular de las normas condicionales que «valida, dentro del sistema D, demasiado (refuerzo del antecedente) como para representar a las normas derrotables, y demasiado poco (*modus ponens* deóntico) para representar a las normas inderrotables»⁴⁷. Por ello propone lo que denomina la concepción puente: «en ella las normas condicionales son como puentes que vinculan lo que es (o podría ser) el caso con lo que debe ser (hecho)»⁴⁸.

ZULETA acepta desde el punto de vista formal la interdefinibilidad de un condicional derrotable en términos de uno inderrotable, tras verificarse la correspondiente función de revisión. Esto permitiría que «una norma derrotable, digamos $p > Oq$ pueda ser reducida –al menos en principio– a una norma condicional inderrotable, al agregar al antecedente p todas sus suposiciones asociadas. De esta manera, una vez efectuada la revisión del antecedente, la norma resultante valida la ley de refuerzo del antecedente y el *modus ponens*»⁴⁹.

⁴⁵ Al ser una cita textual se debe advertir que se alteró la simbolización original, que representa a la implicación con la letra «U» acostada hacia la izquierda. Además se indica que ALCHOURRÓN simboliza los términos de la implicación al revés, B es el consecuente y A es el antecedente, de allí que el *modus tolens* deóntico se simbolice $A \mid B . B \rightarrow A$.

⁴⁶ ALCHOURRÓN: ob. cit., p. 144.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ ZULETA, Hugo: «Fundamentación de las sentencias judiciales». En: *Normas y justificación, una investigación lógica*. Marcial Pons. Madrid, 2010, Capítulo IV, p. 136.

Sin embargo, ZULETA considera que esto lleva a consecuencias destructivas para la concepción deductivista y, por ende, para la posibilidad del silogismo jurídico. Una premisa mayor que deba atender a todas las circunstancias del caso para revisar el antecedente, pierde universalidad y con ello la capacidad de fundamentar deducciones. «La norma debería seguir siendo general después de la revisión, pues de lo contrario la sentencia no sería una aplicación de normas generales a casos particulares»⁵⁰. Estas y otras observaciones, lo llevan a rechazar la concepción puente y a preferir la insular.

4. Las diferencias entre el silogismo indicativo y el razonamiento con las normas

ROSS sostiene que una proposición –que describe un hecho– no puede funcionar dentro de un silogismo jurídico, en sustitución de una norma. Critica el intento de HEDENIUS orientado a permitir que la lógica se pueda aplicar al razonamiento judicial, traduciendo un silogismo deóntico, construido con mandatos, a uno elaborado con proposiciones sobre la existencia de mandatos.

ROSS analiza el ejemplo de HEDENIUS: 1. se ha ordenado a B que lleve todas las cajas a la estación, 2. esta es una de las cajas, 3. se ha ordenado a B que lleve esta caja a la estación. ROSS señala que el vínculo entre el hecho del segundo enunciado y el hecho del primero, resulta una cuestión empírica y no lógica. El contenido de la premisa mayor del razonamiento de HEDENIUS es que una norma ha sido formulada en un momento dado, lo que se conecta con otro hecho contenido en la menor. Pero de dos hechos individuales no se puede inferir una conclusión. ROSS señala que «si no aceptamos una inferencia deóntica al efecto de que del directivo general se deduce el directivo particular, no hay conexión lógica sobre la cual basar la inferencia indicativa paralela, es decir, no hay conexión lógica que dependa exclusivamente del significado de los términos empleados en las dos sentencias»⁵¹.

⁵⁰ Ross: ob. cit., p. 182.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 183.

Ross considera que para que el silogismo anterior funcione en forma de proposición, la premisa mayor debe reescribirse así: «Todas las cajas tienen la propiedad de que han de ser llevadas a la estación». Detrás de este aparente enunciado descriptivo general, habría un directivo expresado crípticamente. Sin embargo, al formular el mandato como enunciado general, surge el problema de que altera lo que pretende significar. «Han de ser llevadas a la estación» no es un enunciado fáctico que describa una propiedad de una realidad externa al sujeto, sino el contenido de la voluntad de quien emite esa orden.

Las diferencias entre normas y proposiciones sobre hechos normativos, y la imposibilidad de relacionarlas en un mismo razonamiento, son tal vez una dificultad insalvable para la aplicación del silogismo proposicional al razonamiento judicial. Es el escollo central que debe enfrentar la lógica deóntica. Se resume en el denominado «dilema de JORGENSEN», que contiene cuatro elementos: 1. el lenguaje normativo emplea conectivos y realiza inferencias en forma similar al lenguaje descriptivo; 2. solo las expresiones verdaderas pueden ser estudiadas por la lógica; 3. las normas carecen de valor de verdad; por lo que 4. no es posible una lógica de normas. Para salir del dilema, se debe o bien encontrar una teoría del razonamiento normativo sustitutiva de la lógica; o aceptar que puede haber lógica sin valores de verdad; o sostener que la lógica jurídica contiene valores de verdad⁵².

La estrategia más aceptada y sencilla⁵³ parece ser evitar el punto 3, tratando de fundamentar que el discurso normativo puede adoptar una dimensión que contenga valores de verdad mediante el salto de las normas, que no son verdaderas ni falsas, a las proposiciones que describen la existencia o inexistencia de normas, que sí tienen valores de verdad⁵⁴. Es la solución de VON WRIGHT. Propone entender a la lógica deóntica como un sistema de expresiones normativas interpretadas descriptivamente –como proposiciones–,

⁵² BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel: *Normas y sistemas normativos*. Marcial Pons. Madrid, 2005, p. 27.

⁵³ ZULETA adopta la perspectiva de una lógica deóntica análoga a la de los valores de verdad, por la consideración de mundos posibles.

⁵⁴ ECHAVE *et al.*: ob. cit., p. 122.

pero que, sin embargo, refleje las propiedades lógicas de las expresiones normativas —que denomina «formulaciones normativas»—⁵⁵.

BULYGIN y MENDONCA niegan que sea posible asentar la lógica deóntica en proposiciones que reflejen las propiedades de las normas, porque las normas y las proposiciones normativas son diferentes, debido a que i. mientras las proposiciones normativas son relativas a un sistema, las normas, en cambio, son absolutas, no están referidas a un sistema; ii. la distinción entre permisión positiva (fuerte) y negativa (débil) no se da en las normas, sino en las proposiciones normativas; iii. los operadores prescriptivos obligatorio y permitido son interdefinibles, mientras que solo la permisión negativa (débil) es interdefinible con el operador obligatorio; y iv. la negación de los operadores deónticos descriptivos es más compleja que la de los prescriptivos, por la posibilidad de sistemas normativos incoherentes o incompletos⁵⁶. Si el sistema no es perfecto, una proposición cuyo contenido es la negación de una norma, no necesariamente lleva a la proposición que contiene la afirmación de la proposición con un contenido contrario. Así, mientras que en la dimensión normativa o prescriptiva, una proposición y su negación son mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas, en la dimensión proposicional o descriptiva, esto no es necesariamente cierto.

Una posible salida consiste en diferenciar los razonamientos que se aplican sobre prescripciones, de los que operan sobre reglas diferentes a las prescripciones. Esto supone asumir una concepción heterogénea de las normas jurídicas, alejada del modelo prescriptivo, que considera a los enunciados jurídicos no prescriptivos solo como accesorios o auxiliares.

⁵⁵ BULYGIN y MENDONCA: ob. cit., p. 24.

⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 31-33. No tomé en cuenta la cuarta distinción entre normas y proposiciones normativas, que destaca que las definiciones de los operadores descriptivos suponen relaciones lógicas entre las normas, porque entiendo que más bien es un punto que fundamenta las semejanzas.

5. Notas para una lógica jurídica heterogénea: una propuesta

5.1. Los tipos de enunciados jurídicos

VON WRIGHT estableció tres tipos principales de normas –reglas, prescripciones y directrices– y tres tipos menores –las costumbres, las normas morales y los tipos ideales⁵⁷. Su lógica deóntica se basó en un núcleo común a todas, compuesto del carácter, el contenido y la condición de aplicación. No consideró otros aspectos relevantes en las prescripciones. Entendió que prescindir de la autoridad, el sujeto, la ocasión y la sanción constituía una limitación que se debería superar⁵⁸. Esto da pie para distinguir entre una lógica normativa general y una lógica deóntica o prescriptiva especial. Esta diferencia también sirve a una concepción heterogénea de los enunciados jurídicos que conduzca a la admisión de lógicas normativas diferentes.

Además del silogismo práctico normativo que relaciona prescripciones con prescripciones y hechos con prescripciones, con algunas de sus dificultades y limitaciones inventariadas en este trabajo, es posible postular la existencia de un silogismo práctico técnico.

En *La diversidad de lo bueno*, VON WRIGHT menciona un tipo de razonamiento práctico, cuya estructura muestra con el siguiente ejemplo: i. x quiere tomar un tren (premisa mayor); ii. a menos que x corra, no llegará a tiempo (premisa menor); iii. x ha de correr (conclusión). El énfasis está en captar la necesidad técnica que lleva a una acción, empleando la relación entre medios y fines.

VON WRIGHT resalta su peculiaridad: a pesar de que resulta impecable, no podemos entenderlo a partir de la lógica proposicional, que es la lógica deóntica aplicada a las prescripciones. «Su esquema no es, por supuesto, el de un silogismo categórico o modal. Tiene cierto parecido con el *modus ponens*,

⁵⁷ VON WRIGHT: ob. cit. (*Norma y acción...*), p. 34.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 144, «la lógica de las normas, que vamos a esbozar, es un estudio formal de esa “parte” de las normas solamente que llamamos los núcleos normativos. Esta es una limitación de nuestra lógica de las normas que la investigación futura en la materia tendrá que remediar».

o quizá más bien con el argumento *modus tollens*. Pero, sin duda, no es ni un *modus ponens* ni un *modus tollens* ordinario»⁵⁹. Es posible superar la dificultad invocando premisas implícitas. «¿Hemos de tratar de completarlo con premisas entimemáticas y de esta forma hacerlo concluyente de acuerdo con las leyes de la lógica ordinaria? En mi opinión, esto sería un callejón sin salida»⁶⁰. VON WRIGHT considera que para entenderlo se requiere de una lógica distinta. En vez de basarse en una inferencia deductiva, se debe mostrar «cómo los deseos y las necesidades naturales generan necesidades prácticas para la acción»⁶¹, brindando un fundamento distinto a la solidez en la ilación de los enunciados.

El razonamiento práctico técnico relaciona un primer enunciado que expresa un deseo, un segundo enunciado que expresa una necesidad natural, y un tercer enunciado que da cuenta de una necesidad práctica, a partir de la relación entre los otros dos. Este tercer enunciado tiene cierto parecido con un mandato. La conclusión de un silogismo práctico puede considerarse una norma autónoma que expresa «necesidades de la voluntad de actuar bajo la influencia conjunta de los fines deseados y las creencias acerca de las necesidades naturales»⁶².

El silogismo práctico técnico funda la obligación en el imperativo causal que integra la premisa menor, y no en el deseo de los fines que se encuentran en la premisa mayor. Esta variación le permite a VON WRIGHT vincular las normas con valores. «Mostrar que algo es una obligación basada en un interés no consiste en mostrar que es algo que nosotros (realmente, en lo más íntimo) queremos hacer, sino que es algo que tenemos que hacer para conseguir aquello que queremos (ser, hacer, tener) que suceda»⁶³. La acción contemplada en las reglas técnicas no se lleva a cabo porque se «quiera» realizar, sino porque se «tiene» que realizar. «Nos vemos compelidos a ella por la necesidad natural

⁵⁹ VON WRIGHT: ob. cit. (*La diversidad de lo bueno*), p. 185.

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ Ídem.

⁶² *Ibíd.*, p. 194.

⁶³ *Ibíd.*, p. 193.

y por los objetos remotos de nuestros deseos y preferencias»⁶⁴. La fuerza de la necesidad práctica se muestra claramente cuando esta necesidad práctica obliga a una acción que es rechazada por sí misma.

La relación entre la necesidad técnica y los mandatos se da en el caso de las normas prescriptivas que VON WRIGHT denomina «bien fundadas», en las que las acciones normativas son consideradas por la autoridad como necesidades prácticas para la consecución de sus fines.

Así concebido, el silogismo práctico técnico resulta de difícil aplicación por parte del razonamiento judicial. Es problemático trasladar a la perspectiva del aplicador de normas, la reconstrucción de las razones que llevaron a la autoridad normativa a promulgar una norma, al menos si se quiere preservar el núcleo de su necesidad práctica que se asienta, en definitiva, en el entendimiento de que la primacía de determinados fines obliga a la escogencia de los respectivos medios. Son conocidas las dificultades de intentar averiguar cuáles son los propósitos de las normas⁶⁵.

Para que el juez experimente la norma como una necesidad práctica compartida, debería remontarse a los bienes perseguidos y evaluar los medios planteados, para considerar, en atención a las circunstancias del caso, si la norma constituye expresión de una auténtica exigencia técnica, o si es conveniente sustituirla por otra mejor. El juez dejaría de ser un aplicador, para pasar a ser un evaluador de normas. Además, el modelo tendría problemas para operar en el caso de normas distintas a las bien fundadas. Por último, no evalúa acciones a la luz de las normas, sino a las normas en relación con fines sociales. El silogismo técnico así planteado culmina con la demostración de que una norma está o no está bien fundada, con independencia de su aplicación a un caso determinado. El intento de VON WRIGHT por vincular el razonamiento técnico con las prescripciones parece fracasar como propuesta alternativa a una lógica deóntica, que fundamente el razonamiento judicial.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 195.

⁶⁵ Ver FULLER, Lon: *El caso de los exploradores de cavernas*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2002, p. 39.

GIANFORMAGGIO también considera al pretendido silogismo técnico como distinto del silogismo deductivo, pero lo entiende como un mecanismo retórico de argumentación. Muestra cómo puede darse su eventual empleo por las partes y por el aplicador de la norma, en una controversia jurídica real. Pone como ejemplo la discusión doctrinaria que se presentó, en Italia, tras la reforma en 1982 del Código Penal, que incluyó un artículo, el 416 *bis*, orientado a la represión de la mafia. El inconveniente se dio porque, mientras el artículo anterior a la reforma, el 416, establecía el castigo de la asociación para delinquir, con independencia de que los delitos se lleven a cabo o no, la nueva norma (el 416 *bis*) definía a una asociación como mafiosa «cuando quienes formen parte de ella se valen de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo»⁶⁶. Mientras un sector de la doctrina entendió que «se valen» incluía también a la tentativa, siendo un delito de peligro, otro consideró que se requería, para la aplicación del tipo, de la efectiva realización de una acción ilícita intimidatoria que resultase provechosa.

Uno de los tres argumentos que se esgrimieron en la disputa se vinculó con la *ratio legis*. Los que abogaban por una interpretación extensiva que incluyese a la tentativa, alegaban que la razón de la disposición era incluir delitos que no se podían castigar mediante la aplicación del artículo 416 del Código Penal, por lo que no debería tener un ámbito de aplicación más restrictivo que la norma anterior que penaba la tentativa. Los que defendían la lectura gramatical y por ende exigían la efectiva realización de la conducta para aplicar el tipo, invocaban que la razón de la norma era castigar más severamente el delito consagrado en artículo el 416 *bis*, orientado a reprimir la asociación mafiosa, para lo cual debía necesariamente restringir su ámbito de aplicación respecto al artículo 416, a fin de mantener una distinción entre ambas normas. GIANFORMAGGIO advierte que «ni uno, ni otro argumento, son formalmente válidos»⁶⁷. El argumento que respalda una lectura literal no se asienta en un silogismo deductivo, sino en una analogía de proporción, pero aun así falla al intentar relacionar valores cualitativos, es decir, no

⁶⁶ GIANFORMAGGIO, Letizia: «Lógica y argumentación en la interpretación jurídica». En: *Doxa*. N.º 4. Universidad de Alicante. Alicante, 1987, p. 107.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 108.

cuantitativos. El argumento que pretende una interpretación extensiva, fracasa desde el punto de vista de la lógica deductiva, «porque no hay ninguna inferencia necesaria, es decir, formalmente válida, que parta de “Se debe perseguir el fin F” y llegue a “se deben disponer los medios adecuados para perseguir el fin F”»⁶⁸. La autora concluye que una argumentación no tiene validez lógica, ni tampoco suficiente fuerza retórica, para vencer a la otra, por lo que «no tenemos razones para escoger entre las dos: entre una y otra concepción de la *ratio* del artículo 416 *bis* del Código Penal»⁶⁹.

BULYGIN, por su parte, si bien reconoce la validez de un razonamiento que opere sobre oraciones de necesidades prácticas, que admiten valores de verdad, no comprende cómo una necesidad práctica puede a su vez transformarse en una obligación⁷⁰.

Una alternativa para adaptar el silogismo técnico es introducir en el mundo jurídico lo que VON WRIGHT denomina «proposiciones anankásticas naturalísticas», descriptivas de regularidades observadas en el mundo, que en conjunción con los deseos que dependen de dichas proposiciones anankásticas, sirven para elaborar los imperativos técnicos. Esto implica separar el ámbito técnico totalmente del prescriptivo y pasar a tratar de actos normativos válidamente creados, en vez de las normas prescriptivas bien fundadas. Una tarea de identificación del Derecho válido y no de aceptación de normas obligatorias o prohibitivas.

La premisa anankástica funciona en el siguiente razonamiento, que por la combinación de una premisa teleológica y otra fáctica, se llega a una necesidad práctica (anankástica) contenida en la conclusión: 1. Quiero hervir el agua. 2. El agua hierve a 100 grados centígrados. 3. Tengo que calentar el agua a 100 grados centígrados. De igual forma, una norma que establece el procedimiento para hacer un testamento válido se transforma en una exigencia técnica para

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ BULYGIN, Eugenio: «El papel de la verdad en el discurso normativo». En: *Doxa*. N.º 26. Universidad de Alicante. Alicante, 2003, pp. 83-85.

quien desee esa finalidad. Algunos enunciados que establecen la competencia de un sujeto y los enunciados que establecen los procedimientos para la producción de un acto válido se aplicarían, según esta interpretación, mediante un razonamiento distinto al de la lógica deóntica prescriptiva, en el caso de que esta sea posible.

Como apunta GIANFORMAGGIO, no hay una inferencia deductiva entre querer un fin y emplear los medios adecuados para lograr ese fin, por lo que no se trataría de un caso de aplicación de la lógica proposicional. Como apunta VON WRIGHT, no opera con las reglas del silogismo corriente, constituye un tipo de razonamiento con validez distinta, que funciona con parámetros diferentes que aún no han sido debidamente explicados. A diferencia de GIANFORMAGGIO, BULYGIN y VON WRIGHT, aquí se propone relacionar este razonamiento no con enunciados prescriptivos, sino con enunciados anankásticos propios del mundo jurídico, que construye el sujeto destinatario de la norma, cuyos motivos para la acción son lograr el éxito, en lograr validez del acto intentado o impedir el fracaso que implica su nulidad.

La diferencia con los enunciados anankásticos referidos a la naturaleza está en que las regularidades anankásticas del mundo jurídico no describen fenómenos externos al discurso, sino situaciones constituidas o creadas en el interior de ese discurso. La semejanza más adecuada, por tanto, es comparar al Derecho con las reglas de un juego, y a un contrato válido con, por ejemplo, un enroque válido.

Todo lo que no es válido es forzosamente inválido, por lo que el paso de la negación externa a la interna, conforme reclamaba Ross, ahora resulta posible. Como no se trata de una dimensión prescriptiva, los inconvenientes que VON WRIGHT descubrió para una norma de clausura negativa no se presentan. Ya no se trata de que una omisión y una acción que no estén permitidas, están igualmente prohibidas –lo que es contradictorio–, sino que una acción es o no es posible, y solo respecto a las acciones posibles se puede plantear la omisión, también como posible. Los hechos que cuentan para la validez, si bien son normativos, también son físicos, por lo que resultan describibles.

No se presentarían dificultades para relacionar los hechos y las obligaciones, puesto que los enunciados jurídicos solo se refieren al reconocimiento de actos válidos, como consecuencia de la ocurrencia de los hechos contemplados en el procedimiento constitutivo.

Al menos algunas dificultades vistas con las permisiones aisladas y las libertades también podrían superarse, entendiéndolas no como prescripciones, sino como la aplicación técnica de enunciados que otorgan competencias para actos válidos, cuyo incumplimiento conlleva la invalidez.

El derecho a reunión, que algunas Constituciones reconocen solo a los ciudadanos, deja de ser interpretado como una permisión que supone una prohibición tácita a los extranjeros, para pasar a ser entendido como un enunciado que faculta a la realización de un acto válido y por tanto protegido y con consecuencias que deben ser atendidas, el que no tiene reconocimiento jurídico cuando se lleva a cabo por sujetos incompetentes, como los extranjeros. La reunión de extranjeros no estaría prohibida, pero tampoco se encuentra protegida. Queda fuera del ordenamiento jurídico. Y desde el punto de vista complementario, solo las reuniones válidas de ciudadanos permiten realizar acciones válidas, como formular peticiones grupales o colectivas.

Una regla de clausura explícita, como el *nullum crimen*, se puede interpretar como un indicador de que se trata de un ordenamiento técnico que regula las competencias sancionatorias, que indirectamente tiene efectos sobre la dimensión prescriptiva. Violar el *nullum crimen* lleva a producir un acto nulo.

Este punto de vista también permite superar las diferencias entre las proposiciones normativas y las normas. Las proposiciones descriptivas de orden técnico se refieren a los actos válidos o inválidos según su conformidad con las normas procesales y constitutivas. Al construirse sobre disposiciones que establecen competencias o procedimientos, las proposiciones descriptivas de los actos normativos válidos e inválidos mantienen un contenido similar, que posibilita su empleo conjunto en un mismo razonamiento.

Esta solución propuesta, sin embargo, tal vez enfrenta tantas dificultades como soluciones intenta aportar. No está claro cuál sería el contenido y sobre todo la utilidad de una lógica distinta a la prescriptiva. Además, las normas de competencia están, a su vez, sometidas a obligaciones y prohibiciones, por lo que no escapan a las dificultades de una lógica deóntica.

Sin dar ese complicado rodeo, es posible admitir que los jueces, al identificar el Derecho, describen normas y tienen en cuenta las relaciones lógicas que son posibles entre las proposiciones normativas. Solo que el juez, al sentenciar, no describe, sino que ordena. Acudir al punto de vista de una segunda instancia, que revisaría la validez o incorrección de la sentencia, y que por lo tanto, describiría las normas que la instancia inferior aplicó al sentenciar, podría salvar el escollo, pero resulta artificial y muy limitado.

Conclusiones

Con independencia de la posibilidad de su fundamentación, y a pesar de sus numerosas limitaciones o dificultades, el discurso normativo resulta intuitivamente apto para ser aplicado mediante un silogismo que establece una subsunción entre los términos de la premisa mayor y la menor. A más de 80 años de la formulación del Dilema de JORGENSEN (1938), este sigue sin resolverse, aunque esto no representa una carencia que haya impedido la aplicación silogística del Derecho.

El silogismo judicial tiene un alcance limitado. Solo sirve en un contexto de justificación o de prueba negativa, para rechazar las inferencias inválidas, resulta dependiente de opciones valorativas y su empleo inadecuado ha encubierto cambios judiciales en el sistema jurídico. Por lo tanto, por sí mismo, no ha garantizado el Estado de Derecho clásico.

Sin embargo, la reflexión lógica puede prestar al menos cuatro servicios: i. el ya señalado –fundamenta el rechazo de inferencias inválidas–; ii. ayudar a despertar la crítica de nuestra lectura del Derecho, como es el caso de la pretendida compatibilidad entre el principio de prohibición y algunos casos

de interpretación *a contrario*; iii. enriquecer nuestra comprensión de las formulaciones normativas, como es el caso de los cambios introducidos en el libre desenvolvimiento de la personalidad en la Constitución venezolana, en relación a su manifestación original contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y iv. explorar las diferencias entre las normas competencia y las prescripciones.

* * *

Resumen: El autor se detiene a examinar el silogismo judicial y los límites que presenta. Para ello divide su exposición en cinco partes, a saber: i. la creación judicial de premisas, ii. las premisas inexistentes y las premisas inoperativas, consideradas como metanormativas o conductas indiferentes, iii. algunas dificultades con la inferencia, iv. las diferencias entre el silogismo indicativo y el razonamiento con las normas, v. notas para una lógica jurídica heterogénea: una propuesta. **Palabras clave:** silogismo judicial, límites. Recibido: 29-10-19. Aprobado: 29-03-20.