

## LÓGICA FORMAL Y LÓGICA RAZONABLE EN LA LÓGICA JURÍDICA

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA,  
Universidad de Madrid,  
España

En el universal proceso de canonización en favor de una nueva lógica, distinta de la tradicionalmente imperante en el pensamiento de los juristas, asumiré por un momento el papel de abogado del diablo. En este caso, el diablo será la denostada lógica formal. No trato, por supuesto, de proponer su beatificación en lugar de la otra, y sólo pretendo exonerarla de algunas culpas de las que es imputada como consecuencia del imperio creciente de esas tendencias, que contribuyen a crear un ambiente general que se caracteriza por una hostilidad muy justificada contra el logicismo mucho tiempo dominante en la ciencia jurídica. No voy, pues, a tomar partido *contra* la nueva lógica —lo que sería incongruente con mi modo de pensar— sino a tratar de contribuir a la clarificación del tema de la lógica jurídica, no tanto ante los doctos y expertos en la materia, que no la necesitan, como ante el público menos especialista —y, por ello, “alérgico” ante el complicado simbolismo lógico que sí la ha menester.

En este tema, decididamente polémico, ha intervenido con suprema autoridad el maestro Luis Recaséns Siches, cuya posición antiformalista es bien conocida. Me apresuro a decir que, en esto como en tantas cosas, la comparto fundamentalmente. Por eso, cuando parezca que difiero de ella, no es porque la rechace, sino porque advierto que el asunto puede matizarse desde alguna otra perspectiva. Para mí, también el que “argumenta” hace, *vellis nolis*, lógica formal y su esquema mental puede expresarse simbólicamente. Lo que sucede es que la lógica formal no agota su argumentación ni es lo que la caracteriza como jurídica, y lo “importante” (jurídicamente) no es ni esa dimensión lógico-formal ni la posibilidad de formularla en un simbolismo lógico. La lógica jurídica, en efecto, no es tanto la lógica de los lógicos en cuanto que los juristas no pueden dejar de usarla, cuanto el estudio de los procesos mentales objetivados en formas de pensamiento —de las que las más características serían las que clásicamente se llamaban “sentencias de los doctores”, pero que también lo son las sentencias de los jueces— en las que cristaliza la actividad intelectual de los juristas, la cual obedece a razones que no son siempre solamente las de la lógica formal. Esta afirmación previa explicará el sentido de cuanto expongo a continuación.

1. Partiré de un famoso ejemplo popularizado por Recaséns Siches:<sup>1</sup> en la estación de un pueblo polaco apareció un letrero prohibiendo el acceso a los andenes a las personas acompañadas de perros. Llega un campesino con un oso y se indigna cuando no se le permite pasar a tomar el tren, pues alega que el veto se refiere exclusivamente a los perros. Con plena razón dice Recaséns que, con la lógica de Aristóteles en la mano, se puede retar en vano a que se justifique la validez de esta prohibición de pasar acompañado de un oso, si la "norma" hace referencia exclusivamente a los perros. Sin embargo, parece difícil poner en duda que la prohibición está perfectamente justificada, o sea que es "razonable". Cabe pensar, pues, que hay que recurrir a criterios distintos de la lógica formal para llegar a una solución válida del caso, pues la lógica formal no funcionó en este caso para proporcionar lo que realmente importa, esto es, una decisión admisible. La formalización de esta constatación es la crítica a la teoría, mucho tiempo mantenida, del silogismo judicial, de la sentencia como silogismo, del juez como máquina de subsunciones, que formula el silogismo "el robo debe ser castigado con  $x$  años de prisión;  $S$  ha robado, luego  $S$  debe ser castigado con  $x$  años de prisión", con la misma naturalidad y facilidad con la que puede formularse este otro: "Todos los hombres son mortales; Sócrates es hombre, luego Sócrates es mortal."

Pero las cosas no son tan sencillas, y el poder decir que " $S$  ha robado" es el resultado de una operación, quizá complicada, en la que entran en juego muchos factores. No hay duda: "dictar sentencia" es algo más difícil que hacer un silogismo. Pero tampoco está claro que esto último sea cosa fácil. Pues hacer un silogismo significa, ciertamente, la operación lógica de inferir de unas premisas unas consecuencias, y toda la cuestión está en que la inferencia sea correcta. Pero también significa "sentar las premisas", y esto implica el tener que buscarlas, mediante operaciones que no son puramente lógicas, sino extralógicas (psicológicas y de otro orden), de acuerdo con finalidades que pueden ser lo mismo verificativas como imaginativas y creativas, siendo idéntica en ambos casos la posible corrección lógica de la inferencia; pero en el primero, el establecimiento de las premisas y, particularmente, el de la premisa menor, ofrece dificultades que no se resuelven con la inferencia, por cuanto que a la premisa mayor no se llega realmente

<sup>1</sup> "Unicidad en el método de interpretación del derecho", en *Estudios jurídico-sociales en homenaje a L. Legaz y Lacambra*, Santiago, 1960, t. I, p. 227. "The Logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational", en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*. Indianapolis, 1962, p. 255. Cfr. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México, 1956. El ejemplo procede de Jhering y Petrachiski y ya había sido citado entre nosotros por J. Dualde, *Una revolución en la lógica del derecho*. Barcelona, 1933, quien dijo que, a puro de pintoresco, ha rodado por tantos libros de metodología extranjeros (cita, por ejemplo, a Oertman, *Gesetzesanwendung und Richterfreiheit*, 1908) hasta el punto de que ha llegado a perderse la noción de su origen (p. 91), presentándolo no como un problema de analogía, que es lo que suele hacerse, sino de interpretación extensiva, o sea, de pensamiento mal expresado (p. 92).

sino cuando ya ha sido establecida la menor, y sólo entonces aparece que ésta individualiza a aquélla y, como cosa natural, fluye la inferencia que es la conclusión.

Pero en presencia de un caso jurídico parece que es posible o preciso decir: bien, pero la premisa mayor ya está dada, no hay que buscarla, pues es la norma jurídica vigente, es la ley. Pero ocurre que la norma aplicable que funciona como premisa es aquella norma que es debido aplicar en función precisamente del caso concreto, o sea, en función de la premisa menor; pues se aplicará la norma que castiga el robo o el asesinato si se trata, efectivamente, de robo y asesinato y no de hurto u homicidio simple, y esto se sabe no por pura inferencia de las normas respectivas, aunque necesitemos de ellas para orientarnos en el mundo de los hechos; de modo que es sólo después de haber sentado la premisa menor, apreciando por los más variados procedimientos todas las circunstancias del caso, cuando podemos dar por establecida la premisa mayor. Una vez que la tenemos, es cuando todo este proceso aparece como una mera y fácil operación lógica, es cuando la sentencia nos ofrece la estructura de un silogismo. Es claro que el silogismo lo hay siempre, incluso en el caso de llegar a una conclusión “razonable”, como si del estudio de las circunstancias del caso llegásemos a justificar una decisión consistente en prohibir el acceso a los andenes de una estación a una persona acompañada de un oso, aunque exista una prohibición que sólo mencione a los perros. Pues esta decisión sería la conclusión de un silogismo cuya premisa mayor diría algo así como: “Se prohíbe el acceso a los andenes de una estación a toda persona que vaya acompañada de animales que puedan molestar o asustar a los viajeros.” Evidentemente, interpretada una norma referida a perros con criterios de pura lógica formal, no puede darse por válida la formulación de una norma más amplia que dé cabida a una decisión “razonable”. Esto es una cuestión, pero es una cuestión distinta que también hay una inferencia lógica (o sea, lógica formal) en la conclusión partiendo de esa otra norma de contenido más amplio. Lo que importa subrayar es que *la lógica formal no dice ni impone nada acerca de cuál haya de ser la premisa mayor*, o sea, la norma aplicable, ni de cómo haya de ser interpretada ésta una vez establecida, porque esto puede ser objeto de prescripción por la misma norma jurídica, y aquello, en definitiva, es el fruto de un razonamiento que no tiene que ver de suyo con la lógica formal, porque es razonamiento acerca de lo que es el derecho, o sea, un razonamiento filosófico sobre el derecho, de acuerdo con el cual puede considerarse que todo el ser del derecho se agota en el sistema de las normas legales establecidas, las cuales deben ser interpretadas según un determinado criterio y no según otro, y cabe incluso disponer que se haga tal o cual uso de la lógica formal. Pero en modo alguno es ésta la que prescribe el concepto que haya de tenerse del derecho o los derroteros que hayan de seguirse en su interpretación. La lógica es prescriptiva sólo de las reglas de la corrección de sus operaciones, pero no prescribe el mate-

rial con el que éstas hayan de realizarse; y, sobre todo, describe la estructura lógica de toda operación mental, particularmente en su fase final de objetivación en enunciados, proposiciones y juicios. La lógica opera, pues, sobre supuestos que le son dados por una determinada forma de razonar y de pensar. En este sentido, la lógica es siempre lógica del razonamiento, y como razonar es argumentar, toda lógica es lógica de la argumentación, aunque por ahora no usaremos este término, que ha adquirido un sentido muy preciso en la polémica de los juristas con la lógica formal. Polémica que sería preciso entender rectamente y situarla en sus verdaderos términos, porque no hay duda que el esquema formal de la argumentación podría ser mostrado, e incluso expresado simbólicamente, como en la placa de una radiografía. La verdadera antítesis no sería para mí la de lógica formal y lógica de la argumentación, sino la de razonamiento logicista-apodíctico y razonamiento retórico-razonable. El logicismo jurídico es un estilo de pensar y, sobre todo, de argumentar jurídicamente, en el que la lógica formal constituye el “modelo” al que debe ajustarse todo el razonamiento jurídico. La lógica no es sólo un proceso inseparable del razonar jurídico (o de cualquier otro) como garantía de su corrección, sino que se constituye en finalidad del mismo, incluso en finalidad única y excluyente de cualquiera otra. Pero esto no puede hacerlo sino en virtud de otros supuestos que no son lógicos sino filosóficos, ideológicos, o también, sociológicos,<sup>2</sup> que facilitan y refuerzan la posición logicista, vg. la creencia de que el derecho agota su realidad en el nivel normativo, y la norma es una entidad puramente lógica, o bien la reificación en que incurre el derecho de la sociedad burguesa cuyo contenido y estructura obedece en gran parte a exigencias de la infraestructura económica, para dar lugar a una normatividad genérica y abstracta que se aleja de las mismas, en el sentido estudiado por Poulantzas.<sup>3</sup>

Este estilo logicista de la argumentación tiene muy diversas proyecciones: hay el deductivismo del derecho natural clásico (racionalista), o el de la jurisprudencia conceptualista —al que, sin embargo, no es ajena la idea de la función creadora del jurista científico, subrayada acusadamente por Savigny—, o el logicismo kelseniano, cuya obra de depuración de la ciencia jurídica obedece sobre todo a exigencias de rigor lógico. Y hay, por supuesto, la famosa teoría del silogismo judicial, a la que antes me referí, la cual, sin embargo, no sería posible, como ya indiqué, sin unos supuestos ideológicos previos que llevan a considerar obligatoria la identificación de la premisa mayor con la norma de la ley, interpretada a su vez con arreglo a un gramaticalismo estricto o, en todo caso, no con un sentido finalista y que tenga en

<sup>2</sup> Me remito al espléndido estudio de F. Gómez Arboleya, “Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 54, 1950, y recogido en el volumen póstumo: *Estudios de teoría de la Sociedad y del Estado*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pp. 411 y ss.

<sup>3</sup> *Nature de chose et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*. Paris, 1965, especialmente, pp. 256 y ss.

cuenta los intereses y valores en juego. Pero, entonces, se está no ya sólo en presencia de un estilo logicista de pensar, sino de una teoría del derecho que impone la obligatoriedad de tomar el ajustamiento a una determinada figura lógica como único criterio válido de interpretación del derecho. Con razón la teoría jurídica viene reaccionando contra esto desde hace muchos años; y con toda clarividencia Recaséns Siches viene propugnando una “nueva filosofía de la interpretación del derecho”, que configura como una “lógica de lo razonable”.<sup>4</sup>

Ahora bien, no toda forma de logicismo en el pensamiento jurídico se vincula necesariamente a este criterio de interpretación puramente lógico-formal. Así, por ejemplo, Stammler entiende que interpretar un querer jurídico es comprenderlo en su particularidad frente a otro, lo que sólo puede lograrse a través de una consideración finalista o teleológica,<sup>5</sup> a diferencia de la “conclusividad jurídica”, que consiste en poner una proposición jurídica, como premisa mayor, bajo otra proposición, que sería la premisa mayor, y extraer la consecuencia, pero advierte que esto no es fácil,<sup>6</sup> porque en primer lugar hay que “elegir” la premisa mayor y aun en los casos en que ésta parezca claramente establecida, la subsunción tampoco se desprende siempre de modo exacto, y es preciso recurrir al arbitrio judicial;<sup>7</sup> y en uno y otro caso, el jurista tiene que guiarse por la *idea del derecho*,<sup>8</sup> para

<sup>4</sup> *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México, 1956; “El ‘logos’ de lo razonable como base para la interpretación jurídica”, en *Diánoia*. México, 1955; “La nueva filosofía de la interpretación del derecho”, tres conferencias en la Universidad de Panamá, 1957; *Tratado general de filosofía del derecho*. México, 1959, 3ª ed., 1965, c. 21; “Unicidad en el método de interpretación del derecho”, en *Estudios Jurídico-Sociales en Homenaje a Luis Legaz y Lacambra*, 1960, t. I; “Rivoluzione teorica e pratica nell’interpretazione del Diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1962, 4; “The Logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational”, *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, 1962; “La lógica de los problemas humanos”, *Diánoia*, 1964; “The material Logic of the Law: a new Philosophy of Juridical Interpretation”, *ARSP*. Beiheft 41, 1965; “La experiencia jurídica”, *Diánoia*, 1965; “Logos de lo humano, experiencia jurídica y derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid, 1965; “Nueva filosofía de la técnica jurídica”, *Diánoia*, 1969; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*. México, 1971. David H. Moskowitz, *The Legal System in the Legal Philosophy of Luis Recaséns Siches*, ARSP, 1965, LI/1; *A critical Study of the Legal Philosophy of Dr. Luis Recaséns Siches*, 1966; Benito de Castro Cid, *La filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*. Universidad de Salamanca, 1974, pp. 211 y ss, 257 y ss, 264 y ss.

<sup>5</sup> *Rechtsphilosophie*, 3ª ed. Berlin-Leipzig, 1928, § 129 (hay edición española).

<sup>6</sup> Ob. cit., § 140: “Die Einordnung des Untersatzes ist jedoch nicht immer in voller Exaktheit möglich. Denn es werden hier besonders Rechtsvorstellungen nebeneinander gestellt, von denen jeden in ihrer bedingten Eigenart Halt macht und diese nun mit der anderen auswählend vergleicht: so entfällt jeder innere Grund der notwendigen Deckung des einen durch den anderen, und es bleibt nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit, die durch die Formung der auf langer Erfahrung ruhenden Obersätze verhältnismässig sicher angreift.”

<sup>7</sup> Ob. cit., §§ 143, 154.

<sup>8</sup> Ob. cit., § 142; *cfr.* §§ 91 y ss., 100 y ss. *Cfr. Die lehre von dem richtigen Rechte*. Berlin, 1902, pp. 196 y ss., 276 y ss., 281-85 y ss.

crear un derecho justo, sin perjuicio de que en Stammler, la idea del derecho tenga en cierto modo un sentido lógico-formal; pues al ser una reformalización del imperativo categórico kantiano (universalización del motivo del querer), no representa otra cosa que una aplicación al campo ético del principio de no contradicción. Y en Kelsen, su normativismo formalista radical y su grandiosa construcción lógica del sistema del derecho no le impiden expresar que la interpretación es un acto de la voluntad, y que no existe ninguna interpretación que pueda aspirar a monopolizar el calificativo de la “lógicamente correcta”.<sup>9</sup>

No sólo, pues, conviene distinguir entre distintas formas del logicismo jurídico, que encubre orientaciones intelectuales que pueden ser muy distintas entre sí, sino que tampoco el cultivo de la lógica formal en el campo jurídico implica sin más una actitud necesariamente logicista-formalista en materia de interpretación del derecho. Hacer lógica formal es como mostrar el “esqueleto” del razonamiento, de *todo* razonamiento, también, por tanto, del argumentativo. Pero sólo algunas formas de razonamiento (el matemático y el lógico) son expresadas en su plenitud con esa mostración. Reducir el razonamiento jurídico a esa dimensión “esquelética”, es decir, pretender que sólo sea eso, no depende del hecho de que se hace lógica jurídica formal, sino de una argumentación fundada en motivaciones extralógicas. Por lo demás, es perfectamente comprensible que quien cultiva esa dimensión propenda, encariñado con ella, no sólo a mostrar a qué leyes no puede escapar ese razonar, sino a presentarlas como “modelo” al que éste debe ajustarse y en el que debe agotarse. Lo primero es totalmente válido. Lo segundo ya es abusivo.

La lógica formal es, pues, como una radiografía del razonar: hacer lógica formal es hacer la radiografía del razonamiento.<sup>9 bis</sup> Con ella en la mano sabemos cuándo éste es correcto o incorrecto, como con la placa radiográfica sabemos si el pulmón o la pierna están en condiciones de funcionar correctamente. Pero así como el saber del médico no se agota en la interpretación de la radiografía, sino que ha de *tratar* al enfermo, al que debe conocer en todos sus aspectos para procurar curarla, también el razonar del científico no se agota en el estudio de la lógica formal de la que consciente

<sup>9</sup> “Versteht man unter Interpretation die Feststellung des Sinnes der zu vollziehenden Norm, so kann das Ergebnis dieser Tätigkeit nur die Feststellung des Rahmens sein, den die zu interpretierende Norm darstellt, und damit die Erkenntnis mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind. Dann muss die Interpretation eines Gesetzes nicht notwendig zu einer einzigen Entscheidung als der allein richtigen, sondern möglicherweise zu mehreren führen, die alle —sofern sie nur an der anzuwendenden Norm gemessen werden— gleichwertig sind, wenn auch nur eine einzige von ihnen im Akt des richterlichen Urteils positives Recht wird” (*Reine Rechtslehre*. Leipzig-Wien, 1934, p. 94; *cfr.* pp. 95-99; *La teoría pura del derecho*, edición resumida española. Madrid, 1933, pp. 157 y ss; 126 y ss. de la edición de Buenos Aires, 1941. *Vid.* L. Legaz, *Filosofía del derecho*, 3ª ed., Barcelona, 1972, pp. 559 y ss).

<sup>9 bis</sup> Me parece que esto es lo que aparece subrayado sobre todo en R. Schreiber, *Lógica del derecho*, Berlín, 1962, ed. española, Buenos Aires, 1967.

o inconscientemente usa y en la presentación de sus leyes en un sistema formalizado, pues esto no vale ni siquiera en las ciencias de la naturaleza (la física, la biología, etcétera), pese a que con razón se dice que esa lógica es apta sobre todo (o exclusivamente según algunos) para el estudio de los fenómenos naturales, y mucho menos por tanto en las ciencias del hombre y particularmente en aquellas que, como la ética y el derecho, tienen una dimensión práctica. Es lícito, pues, e incluso puede resultar obligatorio, hacerse una radiografía: pero no tendrá sentido imponer al hombre que aparezca en la vida social vestido o disfrazado de tal guisa que se parezca a una radiografía.

Repito, con todo, que la lógica formal no es responsable del “estilo logicista” de pensar y razonar<sup>10</sup> sino, a la inversa, un estilo logicista de pensamiento puede ser responsable de que toda una forma de razonamiento práctico considere que el único ideal válido para el mismo consista en trazar un “sistema de conceptos lógicamente coherente”, vea en la interpretación del derecho también *sólo* su dimensión lógico-formal o considere que el hacer lógica formal referida al dominio de que se trata (concretamente el jurídico) es la única forma posible de hacer ciencia (por ejemplo, ciencia del derecho).

2. Contra estas pretensiones ha reaccionado el pensamiento jurídico y, en relación con la teoría de las normas de Kelsen, comenzó a hablarse de una “lógica del deber ser”,<sup>11</sup> que vendría a contraponerse a la lógica del ser,

<sup>10</sup> Todos los cultivadores de la lógica jurídica formal son conscientes de sus limitaciones. Ulrich Klug subraya que el análisis lógico ha de completarse con el teleológico, porque la lógica es uno de los elementos de lo jurídico, pero no su único principio de explicación: *Juristische Logik*, 1951, 3ª ed. 1966, p. 137 (cfr. la resección que hicimos de la primera edición en *Anuario de Filosofía del Derecho*, II, 1954: “El problema de la lógica jurídica en algunas obras recientes”; hay edición española de J. D. García Bacca, *Lógica jurídica*, Caracas, 1961). Klug separa claramente los problemas de lógica jurídica de los de teoría de la interpretación y afirma que, frente a los axiomas del derecho positivo, hay unos axiomas teleológicos, cuya formulación es la tarea propia de la filosofía del derecho. A la cabeza del sistema, no calculizados, están los sistemas de derecho natural, que tratan de aportar los axiomas teleológicos de los que puede inferirse si un sistema jurídico positivo está justificado teleológicamente. Cfr., también, del mismo autor *Problemas de filosofía del derecho*, trad. de E. Garzón Valdés. Buenos Aires, 1966, pp. 7 y ss, 61-62. G. Kalinowski (*Le raisonnement juridique. État actuel de la question*, ARSP, Beiheft Neue Folge, 1972, p. 21) precisa que “personne ne tient le raisonnement juridique pour exclusivement ou purement déductif”. Pero, con referencia a Klug, reconoce que “le rôle des facteurs non déductifs et extralogiques, bien que signalé en passant, n’est pas étudié plus en détail et plus à fond. Or ceci fausse un peu l’optique et fait qu’en définitif l’aspect déductif du raisonnement juridique paraît excessivement accentué, ce qui provoque en fin de compte les réactions bien connues —et pour une part justifiées— des antiformalistes”.

<sup>11</sup> Principalmente por Carlos Cossio, quien en su estudio “Hans Kelsen, el jurista de la época contemporánea”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata*, y aparte, Buenos Aires, 1941, sostuvo que Kelsen es “el descubridor de la lógica jurídica, de una lógica que no tiene contacto con la lógica tradicional y que, sin embargo, ha pasado inadvertida ante el estrépito formidable de la lógica aristotélica”

la lógica de la naturaleza, que tiene como cópula de sus juicios el verbo ser, mediante la cual se representa la identidad total o parcial entre el sujeto y el predicado que contiene todo juicio; mientras que con la cópula del deber ser podemos representar la libertad que se hace efectiva en una conducta. Éste fue el punto de vista desarrollado por la concepción egológica del derecho del profesor argentino Carlos Cossio, el cual, sin embargo, considera que la lógica jurídica, en cuanto lógica del deber ser, es lógica formal, pero no en el sentido de la lógica tradicional, que es lógica del ser, incluso en la logística. Esta lógica jurídica formal, que es lógica del deber ser, es lógica de las normas, porque la cópula correspondiente es no enunciativa sino imputativa, y sus juicios son normas, o sea, conceptos que representan acciones.<sup>12</sup> El mismo Kelsen declaró que, en sus años mozos, habló también alguna vez de lógica del deber ser, pero a la larga no ha concedido demasiada importancia a este “descubrimiento” porque para él no hay otra lógica que la de Aristóteles.<sup>13</sup> Inicialmente, la escuela egológica consideró que uno de los grandes méritos de Kelsen había sido precisamente haber abierto este nuevo campo de la lógica; pero tras la primera etapa de entusiasmo, esto mismo

(p. 9); es la lógica del deber ser, pues siendo el derecho un deber ser de conducta, “la lógica del ser es inadecuada como lógica jurídica”, y así como “la lógica del ser nos da conceptos neutros respecto de las existencias que investigan las ciencias correspondientes”, así también “Kelsen reclama una lógica del deber ser cuyos conceptos sean neutros respecto del deber ser axiológico (Orden, Justicia, etcétera) que aparece como contenido de las normas jurídicas positivas..., una metodología cuyos conceptos sean a su vez un deber ser lógico..., un deber ser que exprese como relación la desnuda y neutra relación de lo que debe ser” (pp. 13-14).

<sup>12</sup> Cfr. C. Cossio, *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Santa Fe, 1951, pp. 51 y ss; *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed. Buenos Aires, 1964, pp. 329 y ss. El concepto cossiano de “lógica jurídica formal” no coincide con lo que usualmente se entiende como lógica formal aplicada al derecho y trasciende con mucho el plano de la logística. La lógica jurídica es algo “radicalmente nuevo” que, en la esfera del deber ser de la conducta, ha de representar, por obra de Kelsen, algo similar en valor a lo que la lógica aristotélica ha representado en la esfera del ser (*Hans Kelsen, el jurista de la época contemporánea*, p. 20). Kelsen ha ofrecido, pues, un modelo de lógica jurídica formal. Pero la concepción egológica va más allá, y sin alterar el contenido, “transforma profundamente el alcance y papel de la teoría kelseniana” (*Panorama de la teoría egológica del derecho*. Buenos Aires, 1949, p. 23); pues al interpretar la teoría pura como lógica jurídica, se da cuenta de que aquélla no tiene como objeto el derecho, sino el pensamiento jurídico que lo mienta. Por eso, la egología hace lógica jurídica formal como exigencia de una concepción filosófica, o científica, en la que aquélla aparece como uno de los temas —el de la validez— de la filosofía del derecho, que ha de completarse con el de la positividad, que es el objeto de la lógica jurídica trascendental, en el que la lógica jurídica formal esclarece su sentido y encuentra su fundamento; ésta, pues, se refiere a cómo conoce el jurista, así como la lógica jurídica trascendental versa sobre cuándo conoce en verdad (temas que, además, presuponen el ontológico —lo que conoce el jurista— y culminan en el axiológico —el sentido puro de lo que conoce).

<sup>13</sup> Vid. el volumen Kelsen-Cossio, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*. Buenos Aires, 1952, pp. 57-58, 72. Cfr., también, Kelsen, “Law and Logic”, en el volumen *Essays in Legal and Moral Philosophy*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1973.

se ha convertido en motivo de enfrentamiento con Kelsen, el cual rechaza abiertamente la concepción cossiana según la cual la teoría pura del derecho es lógica jurídica formal (como lógica del deber ser), pero no la verdadera ciencia jurídica, que es ciencia de experiencia y cuyo objeto no son las normas sino la conducta.<sup>14</sup>

Seguramente no tiene conexión ninguna, directa al menos, con este movimiento, pero el caso es que desde los primeros años cincuentas ha ido apareciendo como un brote epidémico —dicho sea sin ironía— una modalidad de la logística —esto es, de la lógica formal, matemática y simbólica contemporánea—, una dirección peculiar que, desde los escritos de Von Wright recibe el nombre de “lógica deóntica”, que es precisamente la lógica del deber ser que se venía propugnando.<sup>15</sup> Los nombres representativos de esta tendencia que se manifiesta en diversos países son, entre otros, los de Anderson, Castañeda, García Máynez, Gardies, Jorgensen, Hintikka, Kalinowski, Lemmon, Newell-Smith, Prior, Ross, Tammelo, Tarello, Weinberger, Von Wright, Ziembinski, etcétera.<sup>16</sup> De von Wright, como hemos dicho, procede el nombre de “lógica deóntica”, que utilizó en el artículo así titulado, aparecido en 1951 y en el libro del mismo año publicado con el título “Un ensayo de lógica modal”.<sup>17</sup> La lógica deóntica aparece ahí como un caso de la más amplia lógica modal. Las nociones modales habían sido excluidas deliberadamente del cálculo de la nueva lógica tanto por Frege como por Russell y de ese modo la logística constituía un sistema lógico perfectamente adaptado para expresar el pensamiento matemático, pero desconocía por entero

<sup>14</sup> Vid. obra citada en la nota anterior y Kelsen, en su artículo publicado originalmente en la *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1953, y traducido por L. Legaz en la *Revista de Estudios Políticos*, 1953, “Teoría pura del derecho y teoría egológica”, en el que rechaza abiertamente la tesis de Cossio y la interpretación que da éste a la teoría pura del derecho. Sobre esto, de nuevo, vid. Cossio, *La teoría egológica del derecho*, 2ª ed., pp. 356 y ss, donde habla de una “absorción egológica” de la teoría pura del derecho.

<sup>15</sup> Sobre la relación entre la lógica deóntica de Von Wright y la lógica cossiana del deber ser, cfr. Cossio, *La teoría egológica del derecho*, pp. 334 y ss.

<sup>16</sup> Para la bibliografía de estos autores me remito a la que aporta G. Kalinowski en *Études de logique déontique*, Paris, LGDJ, 1969, a la que sólo añadiremos las siguientes menciones; J. L. Gardies, “Vingt ans de logique déontique. A propos des ‘Études de logique déontique’ de G. Kalinowski”, *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1973; “Logique déontique et théorie générale des fonctions complétives”, en *Logique et Analyse*, 1973; I. Tammelo, *Outlines of Modern Legal Logic*, Wiesbaden, 1969; G. Tarello, “Il problema dell’interpretazione: una formulazione ambigua”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966, I; “Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell’interpretazione giuridica”, en *Rivista trim. di Diritto e Procedura Civile*, 1971, I; “Sur la spécificité du raisonnement juridique par rapport au raisonnement théorique et pratique”, *ARSP*, Beiheft Neue Folge, n. 7, 1972; O. Weinberger, *Rechtslogik*, Viena, 1970; Von Wright, *Deontic logic and the ontology of norms*, en las actas del XIV Congreso Mundial de Filosofía, Viena, t. II, 1968. Z. Ziembiński, “Lawyers Reasoning Based on the Instrumental Nexus of legal Norms”, en *Logique et Analyse*, 1969, n. 45.

<sup>17</sup> “Deontic logic”, en *Mind*, 1951, n. 60 (y en *Logical Studies*, Londres, 1957); *An Essay in Modal Logic*, Amsterdam, 1951.

el lenguaje del derecho, de la moral y de toda la vida práctica en general.<sup>18</sup> Dirigir su atención a este dominio en lo que tiene de específico, desde los planteamientos de la lógica, constituyó la originalidad de von Wright. Pero, en las obras citadas, la lógica deóntica viene aún en cierta manera a ser “lógica modal alética”, porque las normas son para el autor verdaderas o falsas y la lógica deóntica resultaba una simple transposición del cálculo proposicional en el dominio de las normas y las acciones. Y al limitarse al estudio de las relaciones entre funtores deónticos o entre éstos y los de la lógica clásica de las proposiciones o los de la lógica modal, dejaron de lado, como dice Kalinowski, todo el vasto dominio de la silogística normativa,<sup>19</sup> cuya aplicación es especialmente importante en los razonamientos morales y jurídicos. En 1963 se realiza un viraje en el pensamiento de von Wright. En su obra *Norma y acción*<sup>20</sup> niega expresamente los dos puntos fundamentales a que me he referido, a la par que lleva a cabo otras rectificaciones que dan un carácter mucho más maduro a su construcción. En esta obra, la lógica deóntica se constituye claramente como una lógica de las normas, dentro de las cuales distingue entre las prescripciones, las reglas y las directivas, las costumbres, los principios morales y las reglas ideales, o más exactamente, como una lógica de las proposiciones normativas, distinción en la que aquí no podemos entrar ahora, pero que en von Wright alcanza particular relieve. En rigor, el autor, que elabora una teoría de las normas, no construye una lógica de éstas en el sentido estricto del término; la lógica de las normas no sería más que una construcción paralógica o cuasilógica de expresiones (normas-prescripciones) que no poseen valor lógico sino “logoidal”.<sup>21</sup> Las normas quedan ahora fuera de los valores de verdad y falsedad y en este sentido salen del ámbito de la lógica, y lo que von Wright llama lógica de las normas es una lógica de las proposiciones normativas que, como todas las proposiciones lógicas, poseen el valor lógico de la verdad y la falsedad.

En cambio, Kalinowski quiere hacer verdadera lógica de las normas, o sea, llevar a cabo la hazaña de construir esa lógica del deber a que nos hemos referido, pero no en la dirección marcada por Carlos Cossio, sino con las armas de la lógica simbólica moderna. Ahora bien, Kalinowski no es sólo un eminente lógico deóntico, sino un filósofo del derecho de orientación tomista y, de acuerdo con sus presupuestos filosóficos, asigna a las normas los valores de lo verdadero y lo falso, y en este punto insiste con tanta rotundidad como nitidez. Sin embargo, termina por reconocer que, desde el punto de vista meramente lógico-deóntico, la cuestión es irrelevante, porque no afecta a la estructura deductiva del proceder lógico, el cual opera con la distinción entre normas primeras y normas segundas que derivan de aquéllas.

<sup>18</sup> R. Blanché, “Préface” a los *Études de logique déontique* de Kalinowski, p. x.

<sup>19</sup> Kalinowski, ob. cit., p. 82.

<sup>20</sup> *Norm and Action*, Londres, 1963 (hay trad. española, Madrid, 1973).

<sup>21</sup> Ob. cit., p. 104.

“Y que las normas morales y jurídicas entren en la categoría de lo verdadero y lo falso, que sean productos del conocimiento, expresiones de emoción o imperativos de la voluntad, que sean en suma racionales o irracionales, no cambia nada al hecho de que se dividen en primarias y secundarias. Las normas primarias lo son por ser evidentes o por una opción inicial de orden volitivo o emocional; las normas segundas derivan de ellas. Pues bien, sólo una época que no ha tomado plena conciencia de la formalización en lógica, puede poner en duda la posibilidad de deducir normas en la hipótesis voluntarista o emocionalista. Hoy, que la formalización nos es familiar, sabemos que el razonamiento es deductivo cuando es conforme a una regla lógica de razonamiento. Ésta es lógica cuando se funda en una tesis lógica. Y toda tesis lógica de la teoría de las proposiciones supone, en la lógica bivalente, dos valores que permiten la construcción de las matrices de los funtores proposicionales de esta teoría. Se interpreta frecuentemente, con razón, 0 y 1, signo de los valores lógicos en cuestión, como los signos de lo verdadero y lo falso. Pero nada esencial cambiaría en el cálculo proposicional formalizado y, por tanto, en las partes de la lógica que funda, si con esos signos se hiciese referencia a otros valores que los de verdad o falsedad, por ejemplo, a los de utilidad e inutilidad o los de validez o invalidez. Pues el fenómeno del razonamiento en general y del deductivo en particular no está ligado exclusivamente a las categorías de lo verdadero y lo falso; y sean o no verdaderas las normas jurídicas y morales, habrá derecho a ver un razonamiento deductivo en el sentido estricto del término, en el lazo discursivo que enlaza a las normas morales o jurídicas segundas a las normas primarias correspondientes.”<sup>22</sup>

La lógica deóntica es, pues, lógica deductiva, lógica de la inferencia, aunque para su validez resulta irrelevante que sus premisas y conclusiones sean normas, así como es posible utilizar reglas fundadas en el cálculo proposicional o en el cálculo funcional. Pero hay razonamientos específicamente normativos, cuya corrección está garantizada, en cuanto que se basen en leyes lógicas que muestren relaciones constantes determinadas total o parcialmente por la naturaleza específica de los *estados de cosas* designados por las dos proposiciones normativas, o sea, las proposiciones que significan normas. Kalinowski<sup>23</sup> pone dos ejemplos: 1) el que habla debe decir la verdad; luego el que habla tiene el derecho de decirlo; 2) todo comerciante debe inscribirse en el registro mercantil; todo vendedor ambulante es comerciante, luego todo vendedor ambulante debe inscribirse en el registro mercantil.

El primer ejemplo representa un tipo de razonamiento que obedece a reglas lógicas fundadas en tesis que revelan relaciones necesarias entre los funtores proposicionales deónticos específicamente normativos, como *debe hacer* y *puede hacer*; el segundo presenta ejemplos de reglas lógicas fundadas en tesis que tienen en cuenta la estructura sintáctica de las normas y pueden

<sup>22</sup> Ob. cit., pp. 171-172.

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 173.

llamarse “silogismos normativos”, que forman un grupo especial dentro de la lógica deóntica.

Estamos, como se ve, en un plano de lógica formal, cuyo contenido se ha ensanchado y enriquecido hasta constituir una rama específica. Pero lo importante es que su estructura sigue siendo idéntica. Esto se advierte claramente sobre todo en los sistemas menos formalizados, como el de García Máynez,<sup>24</sup> en los que se destaca la sustitución de los valores de verdad y falsedad por los de validez e invalidez y, en general, de todas las proposiciones expresadas por un *es* por otras en las que la cópula es un deber ser, en el sentido de obligatoriedad o de licitud, con sus recíprocas implicaciones estructurales. Pero todo esto pierde relevancia aparente o apariencial a medida que la formalización aumenta y ésta, sin perjuicio de basarse en un análisis cada vez más minucioso de los contenidos deónticos, se convierte en finalidad última o predominante del sistema. Afirmarlo así no constituye una crítica a la elaboración de tales sistemas, los cuales representan una aportación intelectual de primer orden y únicamente cabe señalar el riesgo que ello entraña de pensar que todo el estudio de las realidades normativas y de los razonamientos prácticos se agota en esta formalización. La cual, volviendo a nuestro símil, es ver unas y otros a través de los rayos X y estudiar la radiografía obtenida. Para el pensamiento jurídico, podríamos decir, la lógica deóntica constituye una posibilidad tentadora, y aunque en modo alguno podemos considerar pecaminoso caer en esa tentación, conviene desde luego precaverse enérgicamente contra el riesgo de pensar que la *lógica jurídica* es sólo la lógica deóntica, en la medida que, en cuanto lógica, es lógica formal. Es decir, la lógica deóntica es lógica que busca constituirse como auténtica lógica del deber ser y que ha conseguido en efecto incrementar el contenido y las perspectivas de la lógica clásica —incluida la logística moderna— para tratar de captar y expresar también las realidades “egológicas” y sus implicaciones normativas, desde las exigencias propias de éstas, pero con el aparato de la lógica formal.<sup>25</sup> Pero, con todo eso, no deja de ser un *divertimento* intelectual —dando a la palabra su sentido más noble

<sup>24</sup> En este sentido, L. Legaz, “El problema de la lógica jurídica en algunas obras recientes”, *Amario de Filosofía del Derecho*, 1954, II; Cossio, *Teoría egológica del Derecho*, pp. 330 y ss. (también con referencia a Von Wright y Miró Quesada, *La lógica del deber y su eliminabilidad*, Comunicación al Congreso de Filosofía de Lima, 1951); en cambio, Recaséns Siches (*Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*, pp. 504-505) considera que la lógica jurídica de García Máynez —como la de Von Wright, Becker, Kalinowski y Miró Quesada— no son meras aplicaciones de la lógica formal referente a lo enunciativo, sino que pretenden constituir una lógica especial y autónoma de lo normativo. El problema es si se trata de una pretensión plenamente lograda o, más bien, en qué sentido ha existido esa pretensión.

<sup>25</sup> En este sentido J. L. Gardies —dice de Kalinowski— ha sabido ponerse “à l’écoute de toutes les formes connues et non encore formalisées de raisonnement pratique, avec le souci de *capter* ces rationalités, qui échappent encore aux formalisations qui s’étaient pourtant avérées suffisantes pour capter la rationalité mathématique” (“A propos des ‘Études de logique déontique’ de G. Kalinowski”, cit., p. 423).

y plausible— que, en sí mismo, no responde más que en parte a las demandas acuciantes en favor de una “nueva” lógica, distinta de la lógica aristotélica del ser, por parte de un gran sector del pensamiento jurídico. Pues el sentido de esas demandas es el de una reacción contra el predominio de la lógica formal en el derecho; y la lógica deóntica es, en definitiva, lógica formal. Conviene, sin embargo, tener presente que esta reacción contra la lógica formal no se da tanto o no sólo contra el uso de la moderna lógica (que es la expresión actual de la lógica formal) aplicada al derecho, como contra la presencia de un estilo logicista y formalista en la construcción de un sistema de conceptos jurídicos.

La cuestión no está, pues, sólo en construir una “lógica del deber ser”, que puede expresarse en sistemas formalizados, sino en presentar una forma de razonamiento, el razonamiento del jurista, no sólo en su estructura lógico-formal (en el sentido tradicional y lógico), sino también en toda la amplia dimensión, que sería la verdaderamente esencial y más característica, que no es lógica formal, sin dejar ser lógica.

Es de justicia reconocer que el eminente lógico deóntico que es Kalinowski, cuando trata de modo específico el tema de la lógica jurídica, no se limita a su función de “radiólogo” del razonamiento. La significación de la lógica deóntica para la moral y el derecho, dice, es la de constituir una fuente de medios lógicos que sirven para la justificación racional discursiva de las normas segundas. Esa significación le viene del hecho de que las tesis de la lógica deóntica fundan las reglas lógicas de razonamiento a las que deben ajustarse los razonamientos específicamente deónticos para ser correctos y, por tanto, concluyentes. Y de ahí que ciertas reglas lógicas de los razonamientos deductivos deónticos se encuentren subordinadas a reglas de elaboración, interpretación y aplicación de derecho que, en cuanto tales, son extralógicas.

3. La lógica jurídica, para Kalinowski,<sup>26</sup> es la lógica del razonamiento jurídico en cuanto obediente a las reglas de la lógica formal (razonamientos de coacción intelectual). Pero admite que hay otros razonamientos, unos de *persuasión*, como el *retórico*, y otros de *argumentación* puramente jurídica basados en presunciones, prescripciones, ficciones, etcétera, establecidas por la ley, los cuales son *extralógicos*, al paso que los razonamientos jurídicos lógicos se distinguen en razonamientos normativos y no normativos. Estos últimos son jurídicos sólo *per accidens*, por razón de su contenido o de la persona que los usa. Pero son exactamente del mismo tipo metodológico que los razonamientos que intervienen en cualquiera otra actividad humana. Algunos razonamientos normativos, sin embargo, están también regidos, exclusiva o parcialmente, por reglas extralógicas de interpretación del Derecho, reglas que pertenecen de modo implícito o explícito al sistema del dere-

<sup>26</sup> *Introduction à la logique juridique*, Paris, 1965, pp. 139 y ss; *vid.*, también, “Raisonnement juridique et logique déontique”, en *Logique et Analyse*, 1970, 13; “Le raisonnement juridique. État actuel de la question”, *ARSP*, 1972.

cho, pero cuya función es semejante a la de las reglas lógicas usuales. Y hay en Kalinowski un párrafo que me parece muy esclarecedor para comprender cómo entiende la lógica jurídica y que por eso puede servir de punto de partida para una confrontación con la “nueva retórica” y la “teoría de la argumentación” de Perelman o la “lógica de lo razonable” propugnada por Recaséns Siches:

“En los tres casos que representan las reglas de razonamiento —deductivas o no—, las reglas extralógicas (por relación a las precedentes) de interpretación del Derecho dictadas por el legislador y las reglas de argumentación retórica, estamos en presencia de reglas cuya estructura general se puede reducir a esta fórmula: el que admite tal(es) o cual(es) proposición o proposiciones, tiene derecho a admitir tal(es) o cual(es) otra(s). En esto, las reglas de los tres tipos son idénticas. Pero difieren al mismo tiempo por las *razones* por las que nos autorizan a admitir la nueva proposición y por el *valor noético* que por ello les es conferido (verdad, probabilidad o aun simple oportunidad). Mientras estas razones sean *motivos racionales*, estamos en el terreno de la lógica, al menos en el sentido analógico de la palabra. Pero en ciertas circunstancias es racional no sólo reconocer lo que nos autorizan a admitir las *reglas de razonamiento* deductivo, reductivo, analógico, inductivo o estadístico (reglas lógicas en sentido amplio), sino también lo que nos dictan el sentimiento (por ejemplo de *piedad*) o la norma jurídica que establece tal o cual *ficción* o *presunción jurídica*. Pues para el hombre, *animal razonable*, es racional dejarse guiar, según los casos, tanto por el *sentimiento* o la *voluntad* —cuando estos poderes, irracionales en el sentido de que son distintos de la razón, han adquirido sin embargo una disposición de colaboración armoniosa con ésta— como por la *razón* misma. Es por lo que la lógica en sentido propio no agota el dominio de lo racional y, por otra parte, la retórica y la argumentación en Derecho (comprendida la de interpretación jurídica) no están orientadas hacia lo irracional (si bien deben poner atención en no caer en ello). Por consiguiente, habida cuenta del carácter analógico del concepto de la lógica y, por tanto, del nombre que la significa, se puede, siguiendo respectivamente el ejemplo de Perelman y de Gregorowicz, extender el nombre de lógica jurídica al estudio de la argumentación jurídica de carácter retórico, así como al de las reglas *extralógicas* de interpretación del Derecho”.<sup>27</sup>

Y confiesa que la meditación sobre las posiciones de estos dos autores, últimamente citados, le llevó a entrever el carácter analógico del concepto de lógica y a modificar su opinión original sobre el sentido y lo bien fundado del término “lógica jurídica”.<sup>28</sup>

En definitiva, pues, Kalinowski ensancha el concepto de la lógica jurídica para incluir en ella, por supuesto, la lógica formal (deontica), pero también otras dimensiones que trascienden el ámbito de la lógica formal. Y, en

<sup>27</sup> *Introduction à la logique juridique*, pp. 38-39.

<sup>28</sup> *Introduction à la logique juridique*, p. 39, nota 13.

cambio, considera que es un tanto estrecha la concepción que los antiformalistas tienen del razonamiento jurídico, que queda reducido, en la fórmula de Perelman, “al razonamiento del juez tal como se manifiesta en un juicio o sentencia que motiva una decisión”,<sup>29</sup> noción de razonamiento que debiera contrastarse con la mucho más amplia que los modernos metodólogos han elaborado. Es dudoso que el razonamiento de aplicación judicial sea el razonamiento jurídico por excelencia. Precisamente los casos de aplicación extrajudicial del derecho carecen del aspecto controversial y dialéctico que presenta la aplicación del derecho judicial. Por otra parte, la vida jurídica no se limita a la aplicación del derecho, pues antes de aplicarse una norma debe ser elaborada y, luego, conocida por los teóricos y por los prácticos del derecho formados por aquéllos. Por su estructura formal, ningún razonamiento jurídico —sobre la elaboración, el conocimiento o la aplicación del derecho— tiene nada de “específicamente” jurídico; y, por respecto a su materia, todos esos razonamientos son “jurídicos”. A la luz de una teoría general del razonamiento podrá verse que todos ellos son parte de razonamientos más vastos y complejos, que constituyen tareas intelectuales dirigidas, tales como “qué comportamientos humanos son susceptibles de dañar gravemente la vida social si no son jurídicamente regulados” o “cuál es la mejor regulación jurídica de tal comportamiento” o “cómo debe resolver el juez para que su sentencia sea conforme a la legislación vigente y a las exigencias de la vida (comprendida la justicia)” o “qué medio de interpretación debe reputarse preferible”, “qué norma será preciso aplicar a tal caso concreto”, etcétera. La respuesta a estas preguntas mostrará, en unos casos, que es preciso poner en juego un proceso de demostración compuesto de varias inferencias, proceso deductivo en principio, aunque puede contener a título subsidiario inferencias no deductivas; en otros, habrá que verificar la admisibilidad o inadmisibilidad de las consecuencias de una hipótesis desde el punto de vista de la legislación o de las exigencias de la vida y del sentido de la justicia, lo que introduce un irremediable matiz subjetivo; y, en todo caso, hay que integrar en una teoría del razonamiento jurídico todas las teorías de la controversia y la argumentación, porque las premisas de cualquier razonamiento jurídico pueden ser elegidas —y de hecho lo son en la mayor parte de los casos— en un diálogo, o sea, en el curso de una controversia regida entre otras cosas por la dialéctica y la retórica.<sup>30</sup>

No tiene nada de sorprendente que Kalinowski llegue a estas conclusiones. Al fin y al cabo, él no ha descendido al campo jurídico desde el de la lógica formal, sino al revés, pues su modo de proceder, como ha subrayado R. Blanché,<sup>31</sup> es comparable al de los fundadores de la logística, para los cuales

<sup>29</sup> Perelman, “Le raisonnement juridique”, en *Les études philosophiques*, 1965, 20, p. 133; “Le raisonnement juridique”, ARSP, Beiheft Neue Folge 7, 1972, pp. 6, 8; Kalinowski, en ARSP, 1972, p. 22.

<sup>30</sup> Kalinowski, “Le raisonnement juridique”, ARSP, pp. 33-40.

<sup>31</sup> “Préface” a *Études de logique déontique* de Kalinowski, pp. x-xi.

la lógica no era un fin sino un medio de introducir más rigor en el discurso matemático, y lo que busca nuestro autor es encontrar la estructura del discurso jurídico y expresarla por un formalismo que cumple, respecto de ese discurso, una función análoga a la que el formalismo de Frege y Russell aseguraba para el lenguaje matemático.

4. Los partidarios de la teoría de la argumentación y de una concepción de la lógica jurídica como teoría de la argumentación jurídica proceden, en todo caso, de modo completamente distinto. No hacen lógica formal ni tampoco lógica deóntica (que es una modalidad de la lógica formal); descartan toda proclividad hacia un estilo logicista de pensamiento; sus obras presentan, pues, una apariencia enteramente diferente, porque no se encontrará en ellas ninguna fórmula lógica, ninguna simbolización, y ya por eso sólo su lectura resulta más grata y accesible al profano. Esto, por supuesto, no implica ningún detrimento en la calidad intelectual, y tampoco se trata de que exista una oposición a *toda* lógica, sino sólo al dominio de una determinada forma de lógica. La argumentación jurídica tiene así, para Perelman,<sup>32</sup> una estructura lógica propia, una racionalidad immanente que hay que saber descubrir y mostrar, porque no “está ahí”, como la del pensamiento matemático, pero no lo está porque no se la ha buscado, porque sobre todo desde Descartes se ha considerado axiomático que debe considerarse falso lo que sólo es verosímil e, inspirado en este ideal, el lógico no se ha sentido cómodo más que en el estudio de las pruebas que Aristóteles llamaba analíticas; de ahí que los razonamientos extraños al dominio puramente formal parecen escapar a la lógica y, por tanto, a la razón. Pero, se pregunta Perelman, ¿se debe extraer de esta evolución de la lógica y de los progresos innegables que ha realizado, la conclusión de que la razón es incompetente en los dominios que escapan al cálculo y que allí donde ni la experiencia ni la deducción lógica pueden suministrarnos la solución de un problema, no nos queda más que abandonarnos a las fuerzas irracionales, a nuestros instintos, a la sugestión o a la violencia? La argumentación trata de acrecer la adhesión de los espíritus a las tesis que se presentan a su asentimiento; pero no hay por qué limitarse a ese grado particular de adhesión que es la evidencia e identificar la evidencia con la verdad. La argumentación trata también de provocar una acción; pero la acción sobre el entendimiento no usufructúa la racionalidad, y la acción sobre la voluntad no es necesariamente irracional, pues estas dos facultades del hombre no están enteramente separadas y la acción fundada en una opción humana es racionalmente justificable, pues de lo contrario el ejercicio de la libertad sería absurdo.

<sup>32</sup> *Traité de l'argumentation* (en colaboración con L. Olbrechts-Tyteca, Paris, 1958; 2ª ed., Bruxelles 1970. *Vid.*, también, de Perelman *Droit, moral et philosophie*, Paris, 1968; “Logique formelle, logique juridique”, en *Logique et Analyse*, 1950, así como los estudios agrupados en el volumen *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, 1970 y su *rapport* citado (al Congreso de Bruselas de la IVR, que versó sobre el tema “La argumentación jurídica”), “Le raisonnement juridique”, en *ARSP*, 1972.

Perelman quiere completar, dentro de la lógica, la teoría de la demostración con una teoría de la argumentación, imitando los métodos que han dado tantos triunfos a la lógica formal, pero rechazando para las ciencias humanas los modelos suministrados por las ciencias deductivas o experimentales. Lo que importa es analizar con rigor los medios de prueba de que se sirven estas ciencias del hombre, el derecho y la filosofía, examinando el tipo de argumentación que usan los publicistas en sus periódicos, los políticos en sus discursos, los abogados en sus defensas, los jueces en sus sentencias y los filósofos en sus tratados.

En una línea semejante a la de Perelman se mueve Alessandro Giuliani.<sup>33</sup> Para el profesor italiano, la lógica jurídica, entendida como teoría de la controversia, lleva necesariamente al terreno de aquella lógica *more iuridico*, que durante siglos estuvo representada por la tradición tópica. Convergen en ésta tres disciplinas que son la retórica, la sofística y la dialéctica, entre las cuales no cabe ni una identificación que ignore sus diferencias ni una distinción que desconozca sus conexiones. Su objeto es el dominio de la opinión (derecho, política, moral), donde el recurrir a procedimientos rigurosos y demostrativos representaría un abuso de la razón; en los problemas prácticos —relativos a valores y opciones— el consenso es el único criterio de una verdad probable (contrapuesta a la verdad necesaria de las ciencias demostrativas). Bajo esta perspectiva, el discurso sofístico, como el retórico, representa una auténtica forma de razonamiento; pero un razonamiento persuasivo no siempre es correcto. Sólo el discurso dialéctico va en busca de la verdad; a través de una confutación permanente demuestra la inviabilidad lógica de ciertos recursos argumentativos y regula la discusión con el fin de asegurar la igualdad de los participantes en el diálogo y hacer correcta la adhesión. Desde un punto de vista general se puede afirmar que la retórica corresponde al momento de la invención y la dialéctica al momento del juicio. La retórica se ocupa sobre todo de los aspectos persuasivos y de las técnicas de presentación de los datos argumentativos; asume, por tanto, el punto de vista del abogado, mientras que la dialéctica se inspira en el punto de vista de un juez imparcial y, en cuanto teoría de la impugnación y metodología de la relevancia, va estrechamente ligada a la sofística, entendida en sentido lógico, como el capítulo relativo a la patología de la argumentación en el ámbito de la dialéctica.

A juicio de Giuliani,<sup>34</sup> la teoría de la argumentación escapa a la posibilidad de un tratamiento sistemático, porque no puede prescindir de opciones y preferencias en el plano de las premisas filosóficas más generales; y la

<sup>33</sup> *La controversia: contributo alla logica giuridica*, Pubblicazioni dell'Università di Pavia, 1966; "La logique juridique comme théorie de la controverse", en *Archives de Philosophie du droit*, 1966; "La théorie de l'argumentation", en *Logique et Analyse*, 1963, 21-24; "Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica", Milano, 1961; "Logica del diritto (Teoria dell'argomentazione)", estr. del volumen 25 de la *Enciclopedia del diritto*. Milano, 1974.

<sup>34</sup> *Logica del diritto*, p. 14.

primacía concedida a uno de sus capítulos termina por reaccionar sobre los otros, que aceptan no sólo sus técnicas, sino también sus inclinaciones filosóficas. Por eso prefiere el autor la perspectiva “dialéctica” a la “retórica” y, por tanto, los aspectos lógicos a los persuasivos de la teoría de la argumentación. Una dialéctica jurídicamente comprometida es, en realidad, lógica jurídica o lógica del razonamiento de los juristas y supone una renuncia al complejo de inferioridad frente al “sistema” que se patentiza incluso en algunas tentativas recientes de revalorización de la dialéctica, como la de Viehweg, que siguen atadas por una interpretación tradicional de la misma como “lógica menor”.<sup>35</sup> Pero, de acuerdo con Perelman, Giuliani sostiene el carácter antiformalista de la lógica jurídica, cuyas pruebas son argumentativas y justificativas y, por tanto, las nociones de “auditorio” y de “justificación” tienen importancia decisiva. Y al revalorizar un uso práctico de la razón, se liga al ideal secular de la filosofía como amor de la sabiduría y como un conocimiento que conduce a la felicidad y a la virtud, ideal que es irreductible a una racionalidad reducida a cálculo; sólo una razón práctica puede ofrecer criterios de valoración de las acciones independientes de los fines tal vez irracionales y a menudo opuestos.<sup>36</sup>

La teoría de la argumentación ha sido interpretada por algunos en sentido formalista y analítico, considerando que no es incompatible con la lógica (formal) sino más bien un compromiso e integración con ella.<sup>37</sup> La evolu-

<sup>35</sup> Giuliani, *Logica del diritto*, p. 14. Cfr. Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953 (hay traducción española); 3ª ed. revisada, 1965. Esta obra, como se sabe, ha sido considerada como pionera en la reivindicación de la tópica, la retórica y la dialéctica clásicas y en la oposición a la idea de “sistema” en la ciencia jurídica, que debe ser considerada como pensamiento de problemas. Cfr. L. Legaz, *Filosofía del derecho*, p. 87. También es muy importante, en el mismo sentido, la aportación de M. Villey, “Questions de Logique Juridique dans l’Histoire de la Philosophie du Droit”, en *Études de Logique Juridique*, 1961, vol. II; *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957. Vid. la exposición que de estos autores hace Recaséns en *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, pp. 424 y ss, 433 y ss.

<sup>36</sup> Giuliani, *loc. cit.*; del mismo: “La filosofía retórica de Vico e la nuova retorica”, estr. de *Atti dell’Accademia di Scienze Morale e Politiche di Napoli*, Libr. Scientifica Editrice, Napoli, 1974, p. 160.

<sup>37</sup> Vid. los estudios de A. Bayaert, P. Gochet, M. Loreau, J. Ruytinx y P. Verstraeten en los *Essais dans l’honneur de Ch. Perelman*, 1963. En contra de esta interpretación, A. Giuliani, “Il campo dell’argumentazione”, *RIFD*, 1972, pp. 100 y ss, a propósito del libro citado de Perelman, *Le champ de l’argumentation*. Con todo, me parece digno de atención lo que piensa el colaborador de mi cátedra señor Rosiñol de Zagrana, quien en una tesina inédita presentada en la Universidad de Salamanca dice que en el *Traité de l’argumentation*, de Perelman, ha podido observar un claro estudio de elementos y operaciones típicamente matemáticos que podrían encajar perfectamente en cualquier intento de relacionar con los conceptos jurídicos esa nueva y pujante rama de la matemática que conocemos por “teoría de juegos”: las técnicas de argumentación que analiza Perelman en la obra indicada podrían servir, entonces, como base para las “estrategias” que considerar desde el punto de vista de dicha “teoría de juegos” en el desarrollo de estudios como el que, bajo el título “Game Theory and the Interpretation of Deontic Logic”, en *Logique et Analyse*, 1960, 3, llevó a cabo Leo Apostel, por ejemplo.

ción del pensamiento de Perelman no parece, a juicio de Giuliani, dar por válida esta interpretación, que en un primer momento pudo estar justificada por el predominio de las técnicas formales de persuasión ante el “auditorio universal” que patentiza una sabiduría colectiva, un sentido común, y por eso tiene una pretensión de verdad, porque comprende a todos los hombres razonables y competentes en las cuestiones controvertidas.<sup>38</sup> Pero cada vez más se acentúa en Perelman el carácter filosófico de la teoría de la argumentación y no puramente “lógico” en el sentido de la lógica formal, aunque sí como una lógica de los valores, ligada por un lado a la ética y por otro a la psicología,<sup>39</sup> que define la empresa filosófica, desde la perspectiva retórica, en función de una racionalidad que supera la idea de verdad.<sup>40</sup> El “auditorio universal” no es un principio formal y tampoco se resuelve en un registro de las opiniones aceptadas. La nueva retórica participa en el renovado interés por los problemas del lenguaje, característico de la filosofía contemporánea, pero no cae en la trampa analítica, porque el reconocimiento de un valor cognoscitivo al lenguaje ordinario (comprendido el metafórico) lo vincula a la más auténtica tradición dialéctica, de Aristóteles a Vico. “A través de la profundización de los problemas del lenguaje, ha venido pensando su orientación no sólo antirracionalista sino también antipositivista; pues ningún positivista estaría dispuesto a reconocer implicaciones lógicas a las figuras estilísticas y a la misma metáfora.”<sup>41</sup> La revalorización del valor cognoscitivo de la metáfora acontece a través de una distinción entre metáforas “explicativas” y metáforas “expresivas”:<sup>42</sup> el uso filosófico de las metáforas es diferente tanto del uso poético como del científico y se limita a las que están basadas en una analogía que supone una axiología y aun una ontología; el trabajo filosófico es en cierto sentido corrección del material analógico que es peculiar de una determinada cultura.<sup>43</sup> Es, pues, una filosofía retórica, una dialéctica, que es lógica, pero no es “la lógica”, y que rompiendo cada vez más con las tentaciones irracionistas y existencialistas, propende a vincularse, reinterpretándola, a la dialéctica hegeliana y a la lógica de Peirce.<sup>44</sup> Ahora bien, una dialéctica, sea la del filósofo o la del jurista, tiene que renunciar a una claridad absoluta; las nociones confusas tienen una función en cuanto permiten una división del trabajo y del conocimiento.

<sup>38</sup> Perelman, “Opinions et vérité”, en *Justice et Raison*, Bruxelles, 1963, p. 96; “Considérations sur la raison pratique”, en *Le champ de l’argumentation*, p. 181.

<sup>39</sup> Giuliani, *Il campo dell’argomentazione*, loc. cit., p. 102.

<sup>40</sup> Perelman, “Rétorique et Philosophie”, en *Le champ de l’argumentation*, p. 227.

<sup>41</sup> Giuliani, *Il campo dell’argomentazione*, p. 103.

<sup>42</sup> Perelman, “Analogie et métaphore en science, poésie et philosophie” en *Le champ de l’argumentation*, p. 271.

<sup>43</sup> Giuliani, “La filosofía retórica de Vico”, cit., pp. 159-60; *Logica del diritto*, p. 28.

<sup>44</sup> Perelman considera que el proceso de la tesis, la antítesis y la síntesis de la dialéctica de Hegel puede compararse a un juez razonable que mantiene la parte válida de las antilogías. Cfr. “The new Rethoric: A Theory of Practical Reason”, en *The Great Ideas Today, Encycl. Britannica*, 1971, p. 306; cita de Giuliani, en *RIFD*, p. 110 y “La filosofía retórica de Vico”, p. 160.

Claridad y precisión son cualidades indispensables del lenguaje científico; pero cuando se trata de prescripciones legales, pueden tal vez representar un obstáculo o un límite.<sup>45</sup>

En suma, la teoría de la argumentación tiene su modelo en el razonamiento judicial. El derecho es “un modelo de razonamiento digno del interés del lógico”.<sup>46</sup> Las técnicas jurídicas de la racionalidad y la justificación de las decisiones son revalorizadas en el plano más general de la argumentación filosófica; la controversia filosófica se modela sobre la controversia jurídica y el disenso está en la misma naturaleza de la empresa filosófica, en la que no se puede recurrir ni a la demostración ni a la verificación empírica, sino a la justificación y a la impugnación de las objeciones. Verdad y justicia aparecen así estrechamente vinculadas, tanto en el proceso filosófico como en el jurídico. Lo verdadero parece coincidir con una orientación moral enderezada a eliminar lo falso y lo irrelevante. Buscar la verdad es en cierto modo buscar la justicia, pero nunca se llegará a valores absolutos; luchar contra los argumentos engañosos es luchar contra el error pero también contra el abuso y la injusticia.<sup>47</sup>

5. Recaséns Siches se sitúa también abiertamente en el campo de los partidarios de expulsar la lógica formal del tratamiento de los problemas humanos y, concretamente, de los jurídicos. Prolongando la línea antiformalista que se ha patentizado, a partir de Jhering, en tantas tendencias del pensamiento jurídico, el egregio jusfilósofo hispanomexicano propugna una “nueva filosofía de la interpretación del derecho” cuyo sentido radical se expresa en la famosa fórmula del “*logos* de lo razonable” o “lógica razonable”.<sup>48</sup>

Esta doctrina, que recoge motivos diltheyanos y de la *Gestaltpsychologie* y a la que en modo alguno es ajena la concepción de la “razón vital” expuesta por Ortega y Gasset, parte del principio de que la vida humana no puede ser conocida, comprendida ni analizada manejando las categorías y métodos que se usan para la aprehensión y explicación de los fenómenos de la naturaleza ni, por el contrario, la de las ideas puras. El hombre no es naturaleza, es lo diferente de la naturaleza, pero tiene naturaleza y vive en ella y con ella y, por tanto, sus leyes condicionan lo humano e influyen sobre ello; pero no sirven para dar cuenta de lo humano como tal ni para acercársele suficientemente. Pues el hombre y su conducta poseen algo que le falta a la naturaleza: un sentido o significación. Los fenómenos naturales son explicables, pero incomprensibles; sólo pueden comprenderse las conductas del hombre, sus obras y sus resultados objetivados (y también, ciertamente, las ideas puras, las leyes lógicas, las conexiones matemáticas, etcétera).<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Perelman, “Droit, logique et argumentation”, en *Le champ de l'argumentation*, p. 143; cfr. Giuliani, *RIFD*, p. 103; *Logica del diritto*, p. 23.

<sup>46</sup> Perelman, “Le raisonnement juridique”, en *Le champ de l'argumentation*, p. 188.

<sup>47</sup> Giuliani, *Logica del diritto*, p. 25.

<sup>48</sup> *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, pp. 325 y ss.; vid. obras citadas en la nota 14 de este estudio.

<sup>49</sup> *Experiencia jurídica...*, pp. 523 y ss.

La vida humana es esencialmente un hacerse a sí misma, es tarea, quehacer, proyecto. Resuenan aquí ideas claramente orteguianas<sup>50</sup> cuando el autor nos dice que el sujeto se encuentra ante un número plural de posibilidades y de potencialidades, entre las cuales tiene que elegir, decidiéndose por alguna de éstas en cada uno de los sucesivos momentos de su existencia, sea deliberada y explícitamente, sea continuando a crédito de una decisión anterior con propósito de alcance duradero. Por eso, no es que el hombre *tenga* (como dicen los indeterministas) o *no tenga* (según los deterministas) libre albedrío, sino que *es* libre albedrío. Con esta frase se expresa vigorosamente la situación o inserción del hombre en su circunstancia, en su contorno, es decir, en su mundo; pero se trata de una inserción con un margen o ámbito de holgura. En este hueco tiene el hombre que optar por alguna de las posibilidades a su alcance, pues no está forzosamente predeterminado a seguir una sola de ellas y evitar las demás.

Pues bien, la razón pura de tipo físico-matemático opera o bien con ideas claras y distintas, intrínsecamente válidas, o con hechos forzosamente determinados por leyes de inexorable causalidad; pero en todo problema humano, o sea, en toda cuestión de conducta práctica, figura un coeficiente de indeterminación en virtud de que el hombre es libre albedrío dentro de una zona, aunque ésta se encuentre limitada por el contorno concreto, por la circunstancia particular.

Los problemas humanos, en efecto, implican relaciones sociales y, frecuentemente, conflictos de intereses entre diversas personas y diferentes grupos. Y en la conducta humana interviene una enorme y complicadísima multitud de componentes heterogéneos que hacen casi impracticable poderlos abarcar mentalmente en su conjunto y en sus recíprocas influencias. Y en presencia de una situación social concreta hay que proceder no sólo a la interpretación y valoración de los sentidos y significaciones en juego, sino que hay que contar con el acatamiento que las gentes de un grupo prestan a unas determinadas pautas sociales o al grado de repudio de las mismas con ánimo de sustituir por otra mejor la realidad presente.

Una consideración de la experiencia jurídica debe ser para Recaséns el punto de arranque de la teoría del *logos* de lo razonable.<sup>51</sup> A esta experiencia la presenta<sup>52</sup> como una conciencia caliente, la conciencia de un drama, conciencia de conflictos, de aspiraciones, de entusiasmos por ciertos ideales, de ímpetus de determinadas aspiraciones, de determinados deseos, así como también de protestas. Y se trata al mismo tiempo de la conciencia dolorosa de penurias, de desvalimientos, de dolores, de desajustes, de inquietudes y del dato de un afán de certeza que vengan a aquietar la ansiedad de la incer-

<sup>50</sup> Ob. cit., pp. 525-26; *cfr.* de Ortega y Gasset, por ejemplo, *¿Qué es filosofía?*, Obras inéditas, Madrid, 1958, pp. 254 y ss; y el prólogo a la edición de sus *Obras*. Madrid, 1932.

<sup>51</sup> *Experiencia jurídica...*, pp. 325 y ss.

<sup>52</sup> "Logos de lo humano, experiencia jurídica y derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, xi, pp. 32 y ss.

tidumbre y a aliviar el dolor de la inseguridad; pero todo eso no de cualquier manera, sino precisamente de acuerdo con lo que se considera como exigencias de justicia. Es, pues, una experiencia de datos muy variados, pero íntimamente enlazados: datos de realidades sociales, datos dentro de esas realidades, que consisten en sentimientos de escasez, a veces de carencia, en apuros, en dolores, en protestas, en anhelos, en programas, en conflictos de intereses, en el choque de aspiraciones; de ideas contrapuestas de justicia, de intereses a veces incompatibles, de hechos de la naturaleza humana real, en sentido empírico, biológico y psicológico; en suma, se trata de la experiencia de problemas prácticos de convivencia y de cooperación interhumanas, erizados de dificultades; problemas que demandan un tratamiento adecuado y una solución, al menos relativa, de acuerdo con pautas de justicia, conforme a criterios de valor. Parece, pues, que el pensamiento jurídico no ha de partir de primeros principios como premisas para extraer consecuencias, sino del análisis de problemas prácticos suscitados por la vida social, analizándolos en todos los factores y dimensiones que contienen, ponderándolos mediante el examen de los diferentes argumentos contrarios que las partes interesadas aducen, valorándolos a la luz de criterios de derecho natural y de justicia, pero también de prudencia, buscando la solución posible y relativamente más justa, más prudente y más viable, habida cuenta de todas las circunstancias que concurren en tales problemas y que son diversas y cambiantes en cada situación social. Reconoce, no obstante, Recaséns,<sup>53</sup> que en una determinada realidad social concreta figura también la presencia o influencia de algunos esquemas racionales, pues aunque los valores básicos son conocidos mediante una intuición intelectual, la adecuación de unos medios para conseguir ciertos fines sí que puede ser objeto de ciencia racional y susceptible de verificación empírica; pero siempre está expuesta a la interferencia de factores no racionales y aun irracionales, cuya influencia explica la desviación de la línea de conducta que pudiera esperarse en el supuesto de que estuviesen determinados racionalmente del todo los comportamientos por los que se pondrían unos medios al servicio de unos fines.

Para entender el pensamiento de Recaséns, conviene no olvidar que éste distingue claramente entre lo que llama lógica (y ontología) formal del derecho y lógica material del derecho, que es el *logos* de los contenidos de las normas jurídicas. Su lucha por una "lógica de lo razonable" se centra en este segundo ámbito; pero admite expresamente que la lógica formal tiene "sólido fundamento y entera justificación dentro de su propia área",<sup>54</sup> aunque limitada por su significación y función específicas.<sup>55</sup> Este ámbito

<sup>53</sup> *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, p. 528.

<sup>54</sup> Ob. cit., pp. 501 y ss.

<sup>55</sup> Recaséns señala que, por lo demás, también en el pensamiento físico y matemático la lógica formal muestra muchas insuficiencias y que algunos lógicos contemporáneos como Gödel, Dugarle y Quine sostienen que la lógica pura de la inferencia requiere para su fundamentación una metalógica, la cual, a su vez, tiene que apoyarse en argumentos retóricos (*Experiencia jurídica...*, pp. 518 y ss). Con relación a la

es el de los conceptos *a priori*, esto es, universales y constantes, necesarios, esencias intrínsecamente válidas de carácter formal, que constituyen la trama de toda realidad jurídica y, por lo tanto, también las condiciones de la posibilidad de todo conocimiento jurídico. De estos conceptos se derivan axiomas y nexos regidos por las leyes de la lógica formal, tal como ha sido estudiado por las obras de García Máynez y de los lógicos deónticos, que han puesto en claro las inferencias formales y las modalidades deónticas, las relaciones necesarias entre los varios axiomas esenciales de índole formal, manejando no la oposición entre lo verdadero y lo falso sino entre lo válido y lo inválido.<sup>56</sup> Pero todos estos estudios tienen a juicio de Recaséns un alcance limitadísimo para las funciones creadoras de derecho, lo mismo al nivel legislativo que en el plano jurisprudencial. Este papel consiste en poner en evidencia lo que el jurista *no puede hacer*, pues si lo hiciese caería en contradicción con la esencia misma del derecho. Pero no suministra en abso-

lógica jurídica se la ha querido fundar en una lógica "intuicionista" construida en relación con una matemática intuicionista, por L. Philipps, "Rechtliche Regelung und formale Logik", en *ARSP*, 1964, 50, pp. 317 y ss., y "Sinn und Struktur der Normlogik", *ibid.*, 1966, 52, pp. 195 y ss, fundándose en Heyting, "Die intuitionistische Grundlage der Mathematik", en *Erkenntnis*, 1931, 2. En contra, G. Kalinowski, "L'intuitionisme en logique déontique", en *Rechtstheorie*, 1970, 2, pp. 157 y ss. La posibilidad de un fundamento incluso "retórico" de la lógica formal, de un fundamento intuicionista de la matemática, etcétera, me parece el complemento de la posibilidad de descubrir la estructura lógico-matemática del razonamiento dialéctico, tal como lo ha mostrado, por ejemplo, Asenjo, "Dialectic Logic. Dialectic as a Chapter of Mathematical Logic", en *Logique et Analyse*, 1965, pp. 321 y ss, y en *Teorema*, marzo 1971, pp. 7 y ss. Hoy parece bastante generalizada la idea de que la lógica en general y, en particular, la lógica simbólica, es el estudio sistemático del proceso de razonamiento preciso, pero no un *sustituto* del mismo, porque manipular símbolos no es lo mismo que pensar y la finalidad de la lógica simbólica no es otra que la de reducir procedimientos verbales complicados a simples dispositivos de letras y símbolos (cfr. la *Logica* del "National Council of Teachers of Mathematics USA.", trad. esp. de F. Velasco Coba y E. L. Riera. México, 1970, p. 11). El propio Viehweg admite que la lógica matemática puede rendir buenos servicios a la lógica formal en su aplicación al derecho, en cuyo campo puede apuntarse éxitos positivos. "La 'logique moderne' du droit", en *Archives de Philosophie du droit*, 1966, pp. 207 y ss).

<sup>56</sup> *Experiencia jurídica...*, p. 503. La obra llevada a cabo por García Máynez le parece a Recaséns superior y más certera que la realizada en el campo de la lógica deóntica por otros autores como Kalinowski o Von Wright. La obra lógica de García Máynez se desarrolla en los siguientes estudios: *Introducción a la lógica jurídica*. México, 1950; *Los principios de la ontología formal del derecho y su expresión simbólica*, México, 1953; *Lógica del juicio jurídico*. México, 1955; *Lógica del concepto jurídico*. México, 1959; *Lógica del raciocinio jurídico*, México, 1964. De la primera de estas obras nos ocupamos ampliamente en *Anuario de Filosofía del Derecho*, II, 1954. El hecho de que hayamos mostrado alguna duda sobre la pretensión de construir una "nueva" lógica, o el de que Carlos Cossio considere la obra de García Máynez como representativa del punto de vista más tradicional en materia de lógica (*Teoría egológica del Derecho*, pp. 330-31, nota 28; *vid.*, también, *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires, 1954, pp. 125 y ss), no afecta lo más mínimo a su elevado valor científico: sus estudios son una perfecta radiografía de la norma y del pensar del jurista, que deja libre todo lo que en su razonar hay *además* de lo que aparece radiográficamente.

luto ninguna orientación positiva ni al legislador ni al funcionario administrativo, ni al juez, ni al abogado para orientarlos sobre *lo que deben hacer* en cuanto a la producción de los contenidos de las normas jurídicas, ni pueden proporcionar criterios para la determinación material de lo que se considere que deba ser normado o como lícito, o como obligatorio, o como potestativo o como lícito. Por otra parte, las inferencias entre normas o imperativos y las modalidades deónticas podrán funcionar sólo después de haber sentado la interpretación material de las normas, o sea, la interpretación del sentido, alcance y consecuencias de los contenidos de aquéllas, en relación con los casos o conflictos similares que se planteen. Entonces, resulta que esas leyes formales válidas se aplican a la interpretación ya producida mediante el *logos* de lo razonable, de la prudencia o de la equidad.<sup>57</sup>

El contenido fundamental del *logos* de lo razonable aplicado al derecho consiste en una discriminación, por de pronto, entre los valores que en ningún caso pueden servir de criterio para la elaboración de normas jurídicas y aquellos otros que sí son válidos para esta finalidad, tanto aquellos que dan lugar a criterios ideales de carácter universal, aplicables a todo caso y a toda situación, como aquellos otros —de carácter económico, científico, técnico, pedagógico, etcétera— que valen para determinados casos y supuestas ciertas circunstancias, o bien todos los que tradicionalmente pueden ser englobados dentro de lo que se llama *prudencia*.<sup>58</sup>

El legislador opera con valoraciones sobre tipos de situaciones reales o hipotéticas en términos genéricos y relativamente abstractos. Lo esencial en su obra no consiste nunca en el texto de la ley, sino en los juicios de valor que el legislador adoptó como inspiración de su ley.<sup>59</sup>

El proceso productor del derecho continúa en la obra del órgano jurisdiccional, el cual, en lugar de valorar, en términos generales, unos *tipos* de soluciones, tiene que valorar, debe hacerlo, en términos concretos, situaciones individuales. Para eso, tiene que valorar la prueba, valorar los hechos del caso planteado, comprendiendo su singular sentido, calificándolos jurídicamente y estimando cuál sea la norma pertinente. El conjunto de esas operaciones, trabadas recíproca e indisolublemente entre sí, es el proyecto de solución más justa dentro del orden jurídico positivo.

Claro que, mientras que el legislador dispone de un ámbito de libertad relativamente amplio para elegir las finalidades o los propósitos, en cambio el juez debe atenerse a los criterios adoptados por el orden positivo vigente. Ahora bien, el juez debe atenerse no tanto al texto de la ley —lo cual frecuentemente le llevaría a disparates o injusticias— sino, sobre todo y principalmente, a las valoraciones positivas sobre las cuales la ley está de hecho inspirada —más o menos correctamente— y aplicar esas mismas estimaciones al caso singular. La solución estimativa o valoradora no está reservada ex-

<sup>57</sup> *Experiencia jurídica...*, p. 505.

<sup>58</sup> Ob. cit., pp. 518 y ss.

<sup>59</sup> Ob. cit., pp. 531-532.

clusivamente al legislador, sino que penetra y empapa todos los grados en la producción del derecho. La función del órgano jurisdiccional, en este sentido, aun manteniéndose, como debe hacerlo, dentro de la obediencia al orden jurídico positivo, es siempre creadora, pues se alimenta de un rico complejo de valoraciones particulares sobre lo singular, las cuales pueden ser llevadas a cabo con autoridad solamente por el órgano jurisdiccional. Lo que equivocadamente se llama "aplicación del derecho" no es algo que le sobrevenga a una norma después de haber sido emitida; antes bien es una parte integrante de esta norma. Y es una parte tan necesaria, que en algunos casos podemos saber lo que en efecto *es* el derecho sólo en la medida en que hemos aprendido cómo opera y cuáles son los efectos que produce en las realidades humanas existentes. Una norma jurídica es lo que ella hace. Si una norma jurídica no opera real y efectivamente, no puede ser llamada derecho, pues se reduce a ser un mero pedazo de papel o unas voces en el desierto.

En toda esta actividad, a juicio de Recaséns,<sup>60</sup> la lógica formal —la lógica de la razón pura, de lo racional, de la inferencia— tiene muy poco que hacer. Esa lógica sólo tiene aplicación al estudio de las formas *a priori* o esenciales de lo jurídico, pero carece de ella respecto a la materia o contenido de las normas jurídicas. Y también puede tener alguna intervención, pero muy limitada y simplemente incidental, cuando en un asunto humano se halle incrustado un problema de tipo matemático, como, por ejemplo, el de medir un predio, el de calcular unos réditos, o bien el problema de determinar la igualdad de dos situaciones. Pero la determinación de los contenidos del derecho, tanto de las normas generales como de las particulares, es función propia del *logos* de lo humano y de lo razonable.

6. Parece absolutamente evidente que en todo razonar sobre asuntos humanos hay que contar con la índole propia de los mismos, para hacerlo de la manera adecuada. Razonar es usar de la razón y usar de la razón es "discurrir" con arreglo a un modelo determinado. La razón es única: varían los modelos de discurso; elegir uno u otro obedece a "razones" que, para que lo sean, para que no sean "sinrazones", han de estar justificadas, esto es, han de obedecer a criterios "razonables". Razonable es todo aquello en lo que se puede convenir —al menos como hipótesis de trabajo— por los hombres doctos y entendidos en la materia, bien por razón de su evidencia probada, de su demostrabilidad, su probabilidad, su plausibilidad, por todas las razones que la razón no conoce —*les raisons du coeur*— pero que se imponen con fuerza de convicción irresistible, porque captan lo esencial de una situación.

Pues bien, lo razonable está en la base de todo pensar, de todo discurrir, y como éste siempre transcurre, en la medida en que es correcto, en una forma lógica, la "lógica de lo razonable" tiene la primacía absoluta, en el

<sup>60</sup> Ob. cit., p. 536.

sentido de que la elección de un modelo u otro de discurso es una cuestión de razonabilidad. Sin duda, el matemático y el físico tienen que usar de una “razón” y una “lógica” que respondan al modelo matemático y, en la medida en que actúen como tales, ése será necesariamente su comportamiento. La lógica de su lenguaje-objeto no puede ser otra. Pero esto es una proposición de un metalenguaje que se refiere a ese lenguaje-objeto, y en ese metalenguaje podrá decirse también que eso es lo más razonable, que es así como deben proceder el físico y el matemático; y se podrá decir además que la determinación de los primeros principios en que se conviene en la física y la matemática o en cualquier ciencia tienen carácter convencional, pero no pueden —no deben— ser arbitrarios porque lo arbitrario es lo irrazonable, aquello en lo que no es posible convenir.

Pero si lo razonable es en esos casos hacer uso del modelo matemático, en otros casos lo razonable es lo que precisamente debe convertirse en modelo del razonar, porque sería irrazonable servirse del discurso matemático. A la lógica de lo razonable se abre, pues, todo el ámbito propio del discurrir sobre los asuntos humanos. El *logos* es, de suyo, *logos* de lo razonable, y dentro de éste se acota el sector de la racionalidad de tipo matemático, con el que hace *pendant* el campo específico de la razonabilidad, que es el que también puede llamarse campo de la argumentación.

Por distintos que sean uno y otro, no deben considerarse como radicalmente excluyentes e incompatibles entre sí, salvo en la medida en que la misma “naturaleza de la cosa” hace irrazonable el uso de un modelo que no es el adecuado. Obviamente, no tiene sentido decir que a un problema matemático hay que buscarle una solución razonable. A la inversa, una solución de tipo matemático no es, en principio, la adecuada para zanjar un problema de interpretación de una norma o para dar una solución justa a un litigio humano. Y, sin embargo, puede ser perfectamente razonable recurrir en este último caso a soluciones matemáticas. Al fin y al cabo, desde Aristóteles se habla de “progresión aritmética” y “progresión geométrica” para caracterizar dos tipos de justicia. Si la lógica matemática es lógica formal, se puede plantear y resolver la oposición entre “lógica formal” y “lógica material” a favor de ésta, como propia para encontrar soluciones justas y razonables a las controversias humanas. Pero no se podrá prescindir del todo del ingrediente matemático que hay en ellos ni renunciar, por tanto, del todo a un tipo de razonamiento matemático. Importa, pues, una interpretación de la “naturaleza de la cosa” y, singularmente, de la naturaleza de esa cosa que es el derecho, tal como se individualiza en cada caso, para tener idea clara del modelo de discurso a que debe ajustarse *in concreto* el razonar sobre el mismo y para darse cuenta del tipo de lógica de que debe hacer uso, del que efectivamente usa y del que no puede dejar de usar.

Surge así el problema de la lógica jurídica, el problema de una lógica que sea una “posibilidad del pensamiento jurídico” y que no sea sólo “la

lógica” aplicada *telle quelle* al razonamiento de los juristas. Ahora bien, la expresión “lógica jurídica” tiene alguna ambigüedad.

Podríamos comenzar por una distinción tan sutil que puede parecer un bizantinismo. ¿Es lo mismo “lógica del derecho” que “lógica jurídica”? Nicolai Hartmann<sup>61</sup> habló de una “lógica del pensamiento” y una “lógica del objeto”. Una y otra no las veía como “partes” distintas de un tratamiento sistemático de la lógica, sino como dos orientaciones o maneras de entenderla. La lógica, en efecto, puede ser entendida como “ciencia del pensar”, y entonces las leyes lógicas son leyes del pensamiento, las conexiones lógicas son conexiones mentales, las formaciones lógicas son funciones del pensar, y la esfera lógica en general es una esfera del pensar puro. Para Hartmann, por el contrario, la esfera lógica está constituida por la estructura y las relaciones de dependencia de lo objetivo en sí mismo, de un “ser en sí” lógico ideal, cuyas leyes son las leyes lógicas. Una lógica del pensar, dice, tiene con la lógica del ser ideal la misma relación que la psicología del conocimiento con la teoría del conocimiento, a la que no puede ni modificar ni agregar nada nuevo.

No se trata ahora de trasplantar sin más a nuestro tema esta distinción, que podría hacernos caer en una tosquedad imperdonable. En Hartmann se trata de dos filosofías, que llevan a dos modos distintos de entender la lógica. Para nosotros se trata de dos dimensiones de la lógica: la lógica del objeto que el derecho es y la lógica del pensar de los juristas, la estructura lógica de su razonamiento. También aquí se trata de dos orientaciones, que pueden ser divergentes, en cuanto a la manera de enfocar el planteamiento lógico de los problemas del derecho. Pero la diferencia está en que la “lógica del objeto” no debe eliminar la “lógica del pensar”, porque no se trata tanto de alternativas filosóficas ante las que es preciso optar, como de posibilidades diversas pero complementarias y, por lo mismo igualmente válidas en su respectivo dominio, el del objeto y el del razonar sobre él. Y excusado decir que la “lógica del pensar” (la “lógica jurídica” propiamente dicha) carece de todo matiz subjetivista y no tiene que ver con la psicología a que alude Hartmann cuando la contrapone a la “lógica del objeto”.

Así, pues, la lógica jurídica es, en una primera dimensión, lógica del derecho, lógica del objeto-derecho, leyes de su ser en sí, estructuras esenciales que estarán presentes en todas las manifestaciones de su realidad empírica. En este sentido, la lógica del derecho es “ontología formal del derecho”,<sup>62</sup> y, por tanto, lógica, “la lógica” pura y simplemente aplicada al derecho, ya en su formulación aristotélica,<sup>63</sup> ya en las versiones de la moderna lógica, si bien se sustituye el valor de verdad por el de validez, y ya esto da

<sup>61</sup> *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*, 4ª ed. Berlin, 1949, pp. 24-26.

<sup>62</sup> *Cfr.*, sin embargo, las observaciones críticas de Hartmann a esta expresión “ontología formal” y su aplicación a la ontología del ser real, *ob. cit.*, pp. 31 y ss.

<sup>63</sup> Indebidamente calificada de “formal”, porque su orientación es ontológica, según N. Hartmann, *ob. cit.*, p. 23.

lugar al nacimiento de una “lógica nueva”, la lógica del deber ser en que consiste el ser auténtico del derecho, que se configura como “lógica deóntica”, o sea como lógica de las normas, de las estructuras formales de las mismas y de los sistemas normativos y de la estructura formal de todo pensamiento jurídico en cuanto tiene que ser lógicamente correcto desde su especificidad jurídica; <sup>64</sup> pero entonces se tratará en realidad de una mera transposición de la lógica formal y sus categorías al campo de lo jurídico, o sea, de un cambio de variables en el seno de una estructura lógica idéntica, y la formulación de un simbolismo capaz de expresar adecuadamente todo ese ámbito de la realidad.

Lógica jurídica podrá ser también la “lógica de la formación de conceptos jurídicos”, porque toda formación de conceptos tiene su lógica propia: y pienso que, en este terreno, la lógica formal y la lógica de lo razonable tienen que ir estrechamente unidas. Me parece que en la formación de los conceptos puros y *a priori* no entra en juego sólo la lógica formal, así como no hay sólo lógica de lo razonable en la formación de los conceptos de las instituciones jurídicas, porque, en cuanto actividad mental, necesariamente está sometida como cualquiera otra a las leyes de “la lógica”, que le son inherentes si es correcta, aunque, por darse por sobrentendidas, no son lo verdaderamente “importante” ni aquello que la caracteriza. Pero, en realidad, no veo por qué tiene que haber más lógica formal en la formación del concepto de derecho subjetivo o en el de norma jurídica que en el de hipoteca o el de compraventa. A mi juicio, es perfectamente posible un concepto formal de la hipoteca: de no haberlo, sólo habría distintas regulaciones que, por puro azar, serían designadas con una palabra idéntica; y sólo porque no es ese hecho un azar, es posible hablar de “hipoteca” en el derecho español, en el francés o en el alemán. Evidentemente, no significa “formal” en ese caso, lo mismo que “esencial”: sin duda, al derecho no es “esencial” que exista la hipoteca, mientras que sería una *contradictio in adjecto* hablar de un derecho sin normas. El concepto de hipoteca no es, pues, un concepto puro, apriorístico. Con todo, dada la existencia de un régimen de propiedad privada, se puede inferir con bastante lógica la necesidad de un régimen hipotecario. En todo caso, es cierto que cabe igualmente afirmar que es “razonable” que tal régimen exista y que éste debe configurarse de acuerdo con las conveniencias del sistema económico-social existente en cada momento y situación. Pero esta razonabilidad no quita la dosis de lógica formal subyacente. Y por otra parte, es verdad que tendría poco sentido decir que es razonable que existan normas o derechos subjetivos, pues los hay por necesidad lógica, supuesto que existe derecho. Pero, a su vez, en el concepto del derecho no entran sólo ingredientes lógico-formales, sino precisamente tam-

<sup>64</sup> También N. Bobbio dice que por lógica jurídica puede entenderse la lógica de las proposiciones normativas y la lógica del razonamiento de los juristas (“Sul formalismo giuridico”, en la *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 1959, p. 977); *cfr.*, también, Legaz, *Filosofía del derecho*, pp. 50 y ss.

bién ingredientes de razonabilidad, que se transfunden a los conceptos inmediatamente derivados de aquél (o sea, a los conceptos puros, apriorísticos). No es que sea razonable que haya normas, pero en una teoría de las normas el *logos* de lo razonable exigirá que éstas sean lo más justas posible, adecuadas a las convicciones sociales dominantes y a las circunstancias de tiempo y de lugar, etcétera. No es que sea razonable que haya derechos subjetivos, porque los hay con necesidad lógica, pero el *logos* de lo razonable intervendrá para señalar que su contenido debe ser lo más rico posible y que su reparto entre los sujetos jurídicos ha de tener la máxima amplitud. Sin duda, en la construcción de su concepto destacará sobre todo la dimensión formalizada, que permite abarcar cualquier contenido, pero esto es posible, como hemos indicado, respecto de cualquier concepto jurídico<sup>65</sup> y lo que diferencia a unos conceptos de otros es el grado de “inferencia” lógicamente necesaria (que en algunos es inmediata y por eso presenta carácter apriorístico y *fundamentalmente* formal) del concepto superior que se da por supuesto, o el grado de “razonabilidad” que “lógicamente” entra en su construcción (pues el ser “razonable” puede pertenecer a la dimensión lógico-formal de un pensamiento).

Y, por último, la lógica jurídica —la que en un sentido estricto puede llamarse así y hacia la cual se orientan las nuevas tendencias antiformalistas— es la lógica de la argumentación jurídica, en las diversas formas que adopta según el tipo de argumentadores: el abogado y el fiscal, el creador y el aplicador o intérprete del derecho, el juez y el jurisconsulto que emite respuesta o dictamen; teoría de la prueba y teoría de la interpretación, sofisticada, retórica, tópica, dialéctica, presentan argumentos válidos, convincentes, al menos en el sentido de que son los mejores que uno puede presentar, pero que es preciso confrontar con otros que se alegan con pretensión análoga: eso es lo que siempre han hecho el jurista, el jurisconsulto romano y el pretor, el glosador y el comentarista medieval, el legista, el pandectista, el partidario del derecho libre, el logicista, el sociologista. En la medida en que todos ellos son “juristas”, y separando lo que hay en su actividad de juristas de la “teoría” filosófica que puedan profesar, cabe destacar una dimensión común que es a la vez estructural e intencional, a saber, el proceder con cierta “lógica”. Evidentemente, ésta no se agota ni de hecho ni intencionalmente en la lógica formal, porque, explícita o implícitamente, el jurista la supera y trasciende. No sería razonable pensar otra cosa y sería irrazonable del todo pensar que lo único importante para el jurista es hacer lógica (jurídica) formal. No: una radiografía completa del razonar de los juristas no sólo nos muestra que hay un esqueleto, sino también unos múscu-

<sup>65</sup> *Vid.*, no obstante, el conocido pasaje de Max Scheler sobre la relatividad de los conceptos de lo “formal” y lo “material”, en *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 2ª ed. Halle, 1921, pp. 43 y ss, 49; Legaz, *Filosofía del derecho*, pp. 52 y ss. *Vid.*, también, Recaséns, ya en las *Adiciones a la Filosofía del derecho* de Del Vecchio. Barcelona, 1935, I, pp. 53 y ss, 66.

los y unos órganos con funciones específicas y específicamente importantes, y cuyas condiciones de funcionamiento precisa conocer. Pero hay también el esqueleto. El esqueleto del razonamiento es la lógica formal. La lógica formal pertenece, pues, lógico-formalmente, o sea, por necesidad lógica, al razonamiento jurídico. Pero no lo agota y es conveniente y razonable llamar lógica jurídica no sólo a lo que en el razonar jurídico hay de lógica formal —precisamente porque es “lógica” pura y simple con escasa dosis de especificidad jurídica— sino a todo lo demás que hace el jurista que busca, por medios intelectuales adecuados o no, una solución justa y razonable a los conflictos y controversias humanas, para evitar el riesgo de que el viejo prestigio de la lógica (formal) grave absorbentemente sobre la actividad del jurista, hasta convertirse en finalidad única y última; pero también para evitar que el desprestigio del logicismo arrastre hacia lo irracional la actividad interpretativa y argumentativa de los juristas. La lógica formal no puede, pues, ser expulsada, sino sólo contenida en sus justos límites, en los límites de lo razonable, que impone no traspasarlos, pero también mantenerse en ellos.