

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 25 / 2007



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2007

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 25
2007

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 25 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2007, el cual contiene la totalidad de las ponencias hechas en comisiones con ocasión de la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Las ponencias se presentan según orden alfabético de sus autores.

Dicha Jornada tuvo lugar en 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y fue precedida, en 2004, por la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires.

El número 24 de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reprodujo la ponencia inaugural de la mencionada primera Jornada, así como las 12 ponencias que fueron hechas en sus sesiones plenarias. En ese mismo número 24 se contienen las nuevas normas editoriales del Anuario.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social agradece a la Universidad Diego Portales por haber acogido la Jornada cuyas ponencias se presentan en este volumen. Agradece, asimismo, a las facultades de derecho del país que colaboraron con el presente número de nuestro Anuario, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, *Edeval*, fue impresa esta obra.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

cia, fuertemente vinculada con la igualdad y la fraternidad, como dice Chaliel⁹. La ciudadanía es pensada en su vínculo primario con "el hecho original de la fraternidad" y con la "copresencia en pie de igualdad, como ante un tribunal"¹⁰. La libertad es sospechosa de indiferencia por la suerte o destino del otro; estaría demasiado interesada en conceder prioridad en todo al yo, y por ello debe estar sometida a las exigencias de la justicia y la bondad. De esta manera, la legitimidad de un Estado en el que "la subjetividad es ciudadano" no estriba en un acto de libertad, sino en el respeto de la fraternidad y la igualdad, de la justicia y de la paz.

Mi tesis, para terminar, es que, sobre la base del sistema lévinasiano, existen instrumentos conceptuales para pensar que cabría formular una justificación o fundamentación no exclusivamente formal de los derechos humanos, sino dotada por el contrario de una cierta materialidad universal, a partir de las ideas de ética y responsabilidad que derivan en la justicia como una "cuestión de conciencia" en base a la igualdad. Esto sería relativamente inédito dentro de las éticas post-heideggerianas o aquellas denominadas post-estructuralistas; de allí su valor e interés metodológico.

Desde luego, la formalización argumental de ese camino es un trabajo que se encuentra, por el momento, en vías de configuración; pero los argumentos anteriores concitan, en mi opinión, razones suficientes para emprender un trabajo que arroje luces sobre la viabilidad de una fundamentación desde el modelo lévinasiano.

9. Catherine Chaliel, *Lévinas. La utopía de lo humano*, Riopiedras, Barcelona, 1995, pp. 98-9.

10. Lévinas, *De otro modo...*, p. 237.

KELSEN Y LA CONTROVERSIA SOBRE LA LÓGICA NORMATIVA

MANUEL MANSON

Hay, o más bien debe haber, una *lógica de la voluntad*, así como existe otra del *entendimiento*: las operaciones de aquella no son menos susceptibles ni menos dignas de ser regladas que las de éste.

[Jeremy Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*].

SUMARIO: A. Kelsen y los precursores de la lógica normativa. B. El segundo Kelsen: distinción entre 'normas' y 'reglas de derecho'; inferencias normativas. C. Razones de la visita de Kelsen a von Wright en Finlandia. D. El último Kelsen. E. Kelsen y el expresivismo.

A. Kelsen y los precursores de la lógica normativa

1. Kelsen se preocupó por participar en discusiones sobre la aplicabilidad de la lógica formal a imperativos y normas a mediados del siglo XX.

El 15 de mayo de 1959 remitió a Ulrich Klug un trabajo sobre lógica de las normas, haciendo uso, en mayor o menor medida, de desarrollos sobre la lógica normativa expuestos por lógicos como Walter Dubislav (en "Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze"), K. Grue-

Sörensen (en "Imperativsätze und Logik"), Jørgen Jørgensen (en "Imperatives and logic"), Ernst Mally (en *Grundgesetze des Sollens. Elemente der Logik des Willens*) y Rose Rand (en "Logik der Forderungssätze") —a quienes presenta Georges Kalinowski, en su libro *La logique des normes* (pp. 57-78), entre los precursores de la lógica de las normas—.

Kelsen envió este trabajo a Klug mediante una carta de fecha 6 de marzo de 1959, en la que expresaba (*Normas jurídicas y análisis lógico*, p. 29):

Al leer su libro *Juristische Logik* (1951) se me han presentado algunas preguntas; por sus respuestas le quedaría muy agradecido.

Las reglas de la Lógica, ¿se aplican en su opinión al Derecho considerado como conjunto de normas, a la Ciencia Jurídica como conocimiento de ese objeto o a ambas? Si se aplican al Derecho, es decir, a normas, prescripciones de deber ser, imperativos, órdenes, pretensiones y cosas semejantes, que no pueden ser ni verdaderas ni falsas, surge la cuestión de cómo es posible esto si los principios de la Lógica son aplicables sólo a proposiciones (juicios), que pueden ser verdaderos o falsos. Dubislav y Jørgensen, a los cuales usted se refiere en la pág. 150, tratan ese problema. Pero, por lo que veo, usted no toma posición al respecto en su libro.

2. Para todos esos precursores de la lógica normativa las 'normas' no admiten ser calificadas como verdaderas o falsas.

Kelsen, en cambio, por mucho tiempo pensó que las 'normas' jurídicas eran 'juicios' (enunciativos) —expresiones del intelecto y no de la voluntad—, susceptibles de ser verdaderos —como lo son las tesis de la sociología o de la biología—. Así, en *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, afirmó (p. 225):

La norma que dice: 'Quien robe será castigado por el Estado con pena de prisión' es, en cuanto *juicio*, tan verdadera y tan general, es decir, tan verdadera para todos los casos, como las tesis que se expresan en las siguientes palabras: 'El Estado es grande y poderoso' o 'El caballo es un mamífero'.

Según un primer Kelsen, sería "de todo punto inadmisibile identificar los conceptos de norma e imperativo". A su entender, la "característica psicológica del imperativo", a diferencia del juicio, "consiste en

ser la expresión *inmediata* de una *voluntad* dirigida a un comportamiento ajeno, mientras que el juicio representa una función del *intelecto*" (*op. cit.*, p. 181).

3. Hasta principios de la cuarta década del siglo pasado no altera Kelsen su concepción primitiva. Como ésta justificaba atribuir a las 'normas' la propiedad de ser verdaderas, no se hizo antes la pregunta que en 1959 formuló a Klug: ¿cómo podrían estar afectas a la lógica "normas, prescripciones de deber ser, imperativos, órdenes, pretensiones y cosas semejantes, que no pueden ser ni verdaderas ni falsas"?

B. *El segundo Kelsen: la distinción entre 'normas' y 'reglas de derecho'; las inferencias normativas*

1. Sólo a partir del ensayo en que compara su doctrina con la de Austin (1941), dirá Kelsen que los 'juicios' (enunciativos) corresponden a la ciencia del derecho, mientras que el objeto de ésta "podría ser denominado una orden 'despsicologizada'" (*cf.* "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", en Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, p. 222).

Desde la década de los cuarenta del siglo XX, Kelsen llamará uniformemente 'Rechtssatz' a un enunciado relativo a lo dispuesto por una norma jurídica. El término es traducido, con su aprobación, mediante la expresión 'regla de derecho' (en sentido descriptivo).

En *Teoría general del derecho y del estado* afirmará (p. 53):

Las normas jurídicas formuladas por los órganos legislativos son prescriptivas; las reglas del derecho que la ciencia jurídica establece son puramente descriptivas.

2. Muchos, como Jorge Millas en Chile —cuya *Filosofía del derecho* apareció a mediados de la quinta década del siglo pasado—, no conocieron oportunamente el cambio realizado por Kelsen. Éste también lo expuso en la versión en francés de su *Reine Rechtslehre* —publicada en 1953 por Éditions de la Ba-connière (Neuchâtel)—.

En la traducción al castellano de la mencionada versión, efectuada en Argentina por Moisés Nilve —*Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*—, podemos leer (pp. 47-48):

La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético [...] Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada.

3. En la primera edición de *Hauptprobleme* Kelsen distinguía entre 'estado' y orden normativo-jurídico. Entonces sostuvo que el estado era "ante todo, *personalidad* jurídica y, como tal, voluntad", mientras que el orden jurídico sería "algo *impersonal*, una suma de juicios y, concretamente, de juicios hipotéticos, acerca de esta voluntad o, lo que es lo mismo, el conjunto de las normas jurídicas vigentes" (*Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, p. 181).

Más tarde planteará que el 'estado' es un orden jurídico —según hace presente en el prólogo a la segunda edición de *Hauptprobleme* (*Problemas capitales*, p. XLIX)—. Sin embargo, continuó adhiriendo a la tesis de que las normas jurídicas son 'juicios'. En "El profesor Stone y la teoría pura del derecho" reconoce (p. 58):

Es verdad que en mi *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, que apareció en 1911, defendí la tesis de que las normas jurídicas generales son juicios hipotéticos, y que continué sosteniendo ese punto de vista en mi *Allgemeine Staatslehre* (1925) y también en la primera edición de mi *Reine Rechtslehre*.

Como hacemos presente en *Filosofía, derecho y lógica* (pp. 653-654), un 'derecho' que sea una 'suma de juicios', sobre una 'voluntad' concebida como 'un punto de construcción normativa', está tan fuera del acaecer real como un 'derecho' que resulte ser una 'suma de juicios' sobre sí misma —siendo el 'estado' y su 'voluntad' orden jurídico (conjunto de las 'normas' jurídicas vigentes)—.

4. El Kelsen que distingue entre 'normas' y enunciados sobre normas primero afirmará que "la validez de una norma puede inferirse de otra norma". Así lo manifiesta, por ejemplo, en el trabajo remitido a Klug el 15 de mayo de 1959 (*Normas jurídicas y análisis lógico*, p. 37). En él también declara (p. 48):

Cuando por la vía de un procedimiento lógico o 'logoide' se infiere una norma de otra —una norma individual a partir de una norma general válida— aquella es una norma válida, aunque no se dé un acto volitivo del cual ella sea su sentido.

Sólo en su última época expresará que la 'validez' de una norma "no puede resultar lógicamente" de la 'validez' de otra (*Teoria geral das normas*, pp. 295-296).

5. En la misma revista que él dirigiera —la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*—, Rose Rand planteó en "Logik der Forderungssätze" (1939) que el principio de (no) contradicción es aplicable en la lógica de los requerimientos *per analogiam* (p. 317).

Y Kelsen expresó en su trabajo de mayo de 1959 (*op. cit.*, pp. 37-38):

La Teoría Pura del Derecho justifica esta aplicación [...]

6. El propio Kelsen asevera en dicho trabajo (*op. cit.*, pp. 53 y 54):

A un enunciado sobre una conducta efectiva, que puede ser tanto verdadero como falso, son aplicables principios lógicos. La sustitución de la norma por un enunciado sobre la conducta efectiva correspondiente a la norma parece ser la transformación (en el sentido de Dubislav y Jørgensen) que, también según Klug, se hace para aplicar —indirectamente o por analogía— los principios lógicos a las normas del Derecho positivo. [...] Pero para llegar a ese resultado, empero, no hace falta el desvío a través de enunciados que se refieren a conducta efectiva ajustada a las normas. Basta con tomar en cuenta las proposiciones de deber ser que describen las normas jurídicas, es decir, las proposiciones jurídicas formuladas por la Ciencia del Derecho, que presentan en verdad una "imagen" del sistema normativo de un orden jurídico, ya que enuncian una conducta que tiene la propiedad de deber realizarse, aun en el caso que de hecho no se realice.

Más tarde, cuando comprendiera que era inadecuado este enfoque —según el cual serían contradictorios los enunciados que 'describiesen' 'normas que se contradicen' (*op. cit.*, pp. 38-39)—, optará por declarar —en su última época— que "los dos principios lógicos más

importantes" no son aplicables a las relaciones entre normas de un derecho positivo.

7. Kelsen sostuvo asimismo que "el análisis de un imperativo o de una norma (*imperative sentence*) no puede dar un factor indicativo al lado de uno imperativo", argumentando que normas y juicios (enunciados) "se contraponen mutuamente" (pp. 41-42). Al respecto aseveró (p. 42):

La afirmación de que un imperativo (una norma) contiene un juicio es una contradicción en sí misma. El imperativo —la norma— no "describe" lo que es ordenado, lo que se establece como debido, ya que, precisamente, el imperativo o norma no representa una descripción, sino una prescripción.

Sin embargo, como plantearan Dubislav y Jørgensen, lo que hay que analizar son sentencias imperativas o normativas. Y no puede negarse que en una oración normativa como $D(x) \rightarrow Ax$ [Debe ser que todos no asesinan] puede distinguirse entre el operador normativo 'D' ('debe ser') y la oración declarativa ' $(x) \rightarrow Ax$ ', que significa que todos no asesinan —así como en el enunciado deóntico ' $O(x) \rightarrow Ax$ ' se distingue ese indicativo del operador deóntico 'O' ('es obligatorio')—.

La distinción entre un factor imperativo y otro indicativo es parecida a la que se efectúa en la lógica de las preguntas entre el factor indicativo y el interrogativo. Nuel D. Belnap, Jr. y Thomas B. Steel, Jr., en *The logic of questions and answers*, aseveran (p. 121):

Una pregunta es, en parte, un enunciado, o sea, tiene —como diremos— un 'contenido proposicional'. Precisamente en virtud de este contenido puede una interrogación tener relaciones semánticas que, según se piensa frecuentemente, estarían reservadas a los enunciados.

C. Razones de la visita de Kelsen a von Wright en Finlandia

1. Von Wright recuerda en "Ser y deber ser" (p. 96):

Cuando en 1952 Kelsen realizó su primera y única visita a Finlandia estaba muy entusiasmado con las perspectivas que la lógica deóntica parecía

abrir para justificar algunos de los principios básicos de su propia teoría 'pura' del derecho. En especial buscaba apoyo en la lógica para su idea de que un orden jurídico es necesariamente cerrado, es decir, que no existen 'lagunas' en el derecho, y para la idea de que un orden jurídico debe estar libre de 'contradicciones'.

Más tarde Kelsen publicó su estudio "Was ist die reine Rechtslehre?" (1953), en el cual habla de "la lógica desarrollada por la teoría pura del derecho" (*¿Qué es la teoría pura del derecho?*, p. 25).

2. En la traducción castellana de "Was ist die reine Rechtslehre?" podemos leer (p. 24):

La lógica que, por así decirlo, ha descubierto por primera vez la teoría pura del derecho, es una *lógica normativa general*, es decir, una lógica del deber ser, la lógica de un conocimiento dirigido a normas y no a la realidad natural.

Kelsen declara asimismo (pp. 20-22):

Dentro del campo de sus investigaciones lógicas constata la teoría pura del derecho (y es la primera que lo ha constatado) que en las proposiciones del deber ser de la ciencia del derecho, el principio lógico que excluye la contradicción, encuentra la misma aplicación que en las proposiciones del ser [...]. Uno de los problemas lógicos de la teoría pura del derecho es la cuestión de saber qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas [...]. Para la contestación de esta cuestión la teoría pura del derecho utiliza la idea de *norma fundamental* [...]. La teoría pura del derecho investiga (lo que antes de ella no había sido investigado) la estructura lógica de los órdenes jurídicos dados y llega de esa manera a la concepción de la *construcción escalonada* del orden jurídico [...]. Por último, la teoría pura del derecho estudia la relación que lógicamente es posible entre dos o más órdenes jurídicos [...]. De esta manera llega al postulado metodológico de la *unidad de la concepción jurídica*.

Pero de antiguo se sabe que el principio de (no) contradicción rige para los enunciados científicos. ¿Cómo podría entonces ser Kelsen el primero en 'constatar' su aplicación en la ciencia jurídica? En realidad, él no aporta nada a una 'lógica del deber ser'. Ni la idea de 'norma fundamental' es lógico-formal, ni sus desarrollos sobre los órdenes jurídicos resuelven problemas lógicos.

3. Según sostuvo Kelsen, una de las tareas principales del jurista "consiste en presentar de manera congruente el material con que trata" (*Teoría general del derecho y del estado*, p. 446). Al respecto añadió:

Como ese material es presentado por medio de expresiones lingüísticas, resulta posible *a priori* que tal material contenga contradicciones. La función específica de la interpretación jurídica es eliminar tales contradicciones, revelando que sólo son aparentes. El material jurídico es transformado en un sistema de derecho en virtud de la interpretación jurídica.

Y en *¿Qué es la teoría pura del derecho?* afirmó (p. 22):

El derecho positivo, una ley o contrato de derecho internacional pueden contener normas contradictorias entre sí, una ley puede estar en contradicción con la constitución o con el derecho internacional. Pero el conocimiento del derecho tiene que eliminar mediante la interpretación estas contradicciones; así lo hace siempre de una u otra manera.

4. Todavía en su manuscrito sobre la lógica de las normas, remitido a Klug en mayo de 1959, el autor asevera (*Normas jurídicas y análisis lógico*, pp. 37 y 38-39):

Aplicando principios lógicos a las normas de un orden jurídico, la Teoría Pura del Derecho afirma que dos normas, de las cuales una prescribe que se debe obrar de cierta manera y la otra que no se debe obrar de esa manera, se contradicen y, en consecuencia, no pueden ser vistas simultáneamente como válidas [...].

A las normas de un orden moral o jurídico se les pueden aplicar principios lógicos en la medida en que ellas son descritas en la Ética y Ciencia del Derecho mediante proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas. Dos normas que sólo puedan describirse mediante dos proposiciones de deber ser que se contradigan lógicamente entre sí no podrán ser vistas simultáneamente como válidas, porque dos proposiciones de deber ser que describen normas y que se contradicen entre sí no pueden ser al mismo tiempo verdaderas.

Se comprende entonces que en *Teoría pura del derecho* (trad. de la 2ª ed.) afirme (p. 215):

Mas como el conocimiento del derecho, como todo conocimiento, tiene que pensar conceptualmente su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de describirlo en oraciones no contradictorias, parte del supuesto de que los conflictos normativos que aparezcan dentro del material normativo que le es dado (o más correctamente: que le es propuesto) pueden y deben ser disueltos por vía de interpretación.

Tardíamente admitirá Kelsen que los conflictos normativos "desempeñan un importante papel tanto en la moral como en el derecho, especialmente en las relaciones entre ambos" (*Teoria geral das normas*, p. 159). Él dice (p. 127):

En verdad, una y la *misma norma* que prohíbe una conducta determinada no puede imponer esa misma conducta, pero es perfectamente posible que una y la misma conducta, prohibida por una norma válida existente, sea impuesta por otra norma simultáneamente existente. Entonces existe un *conflicto de normas*, y la existencia de los conflictos de normas no puede ser negada.

5. Por otra parte, en *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, refiriéndose a la distinción entre ser y deber ser, Kelsen expresó (p. 8):

La contraposición que los separa tiene un carácter lógico-formal y, mientras nos mantengamos dentro de este terreno de lógica formal, podemos estar seguros de que no se tiende ningún puente entre esos dos campos, separados entre sí por un abismo profundo [...] un deber ser concreto sólo puede desembocar lógicamente, una vez y otra, en un deber ser, del mismo modo que el problema del ser conduce siempre, necesariamente, como solución a un ser.

Kelsen declaró estar en deuda, al respecto, con el neokantiano Kitz, según el cual 'del hecho de que algo sea no se sigue que algo deba ser' (*cf. Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, p. 7). Pero la tesis es dependiente de una concepción superada, que reducía la lógica a la silogística de términos aristotélica. De acuerdo con ella, si en la conclusión del silogismo aparece un término de 'deber ser' también ha de figurar éste en una de las premisas.

Más tarde, en *Teoría pura del derecho* (trad. de la 2ª ed., p. 20, n. 2), invocará Kelsen el parecer de Arthur N. Prior, quien había afirmado en *Logic and the basis of ethics* (p. 18):

Es imposible deducir una conclusión ética a partir de premisas completamente no-éticas.

Pero el mismo Prior abandonará esta tesis. Según él observó en "The autonomy of ethics" (pp. 88 y ss.), si 'Q' es una oración ética, 'P' es no-ética y se discute que sea ética 'P o Q' —oración que se infiere de 'P', de acuerdo con 'Si p, entonces (p o q)', ley de la lógica proposicional (sentencial)—, cabe replicar: de 'no-P' (premisa no-ética) y de 'P o Q' se infiere 'Q', una conclusión ética, en conformidad con 'Si no-p y (p o q), entonces q', otra ley de la lógica proposicional.

Como advirtiera Georges Boole, "no es verdad que toda deducción sea reducible a las formas particulares del silogismo y la conversión" (*An investigation of the laws of thought*, p. 10).

6. Otra defectuosa concepción kelseniana es su doctrina sobre la unidad de los ordenamientos jurídicos —calificada por Herbert Hart como una de las "más sorprendentes que Kelsen haya expuesto" ("La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", p. 383)—.

Kelsen criticó a quienes —de acuerdo con la experiencia jurídica— conciben al derecho internacional y al nacional como sistemas diferentes y afirmó que no era posible "sostener que normas válidas simultáneamente pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí" (*Principios de derecho internacional público*, p. 346).

Pero, sin revisar expresamente la concepción monista, en sus últimos escritos el propio Kelsen admitirá que "es perfectamente posible que una y la misma conducta, prohibida por una norma válida existente, sea impuesta por otra norma simultáneamente existente" (*Teoria geral das normas*, p. 127).

No se incurre en vicio lógico alguno al decir, por ejemplo: 'La situación de conducta A, prohibida por la norma n_1 , vigente en el sistema normativo N_1 , es obligatoria según la norma n_2 , vigente en el sistema N_2 '.

Y no existe, como creyera Kelsen, una "exigencia gnoseológica de considerar todo el Derecho en un sistema, es decir, de considerarlo desde un mismo punto de vista como un todo en sí cerrado" (*Teoría pura del derecho*, trad. de la ed. en francés de 1953, p. 178).

D. El último Kelsen

1. El viraje final de Kelsen se manifiesta, por ejemplo, en su carta a Klug del 4 de julio de 1960.

En esa carta, después de afirmar que "el valor de la validez no corresponde al valor de verdad", declara —sin haber examinado a cabalidad todas las posibles fundamentaciones de una lógica normativa— que "ni el principio lógico de contradicción ni el de tercero excluido son aplicables a la relación entre normas positivas" (*op. cit.*, p. 79). Y asevera asimismo, enmendando con razón planteamientos anteriores, que atribuían a la ciencia jurídica la tarea de disolver por interpretación los conflictos normativos (p. 80):

En cuanto al principio de derogación, no hay en el campo de la lógica nada análogo. No es ningún principio lógico, sino —en la medida en que entran en consideración normas jurídicas positivas— un principio jurídico-positivo; no es tampoco ningún principio del pensamiento jurídico, y que sería análogo al lógico, ningún principio de interpretación. Sólo puede ser aplicado por la interpretación si es un principio jurídico-positivo, es decir, una norma jurídica positiva que vale dentro de un orden jurídico.

2. A juicio del último Kelsen, "en el ámbito de la lógica proposicional no hay nada análogo a la eficacia de una norma o a la derogación de su validez" ("Law and logic", p. 235).

Sin embargo, podemos hablar, por ejemplo, de la analogía entre la verdad de una oración declarativa y la plena eficacia (cumplimiento, satisfacción) de una norma-expresión, y también de la analogía entre la derogación de la validez de una norma-expresión y la privación de la condición de teorema de una oración —mediante una modificación de las reglas de un cálculo—.

3. Considerando como ejemplos de dos normas generales en conflicto a una que exige que los robos entre parientes sean castigados

y a otra que requiere que no lo sean, Kelsen argumentará, en favor de su tesis de que no existe real analogía “entre la verdad de un enunciado y la observancia de una norma” (“Law and logic”, p. 239):

Uno y el mismo juez, sin duda, puede en una ocasión observar la primera norma y así no observar la segunda, mientras que, a la inversa, en otra ocasión puede observar la segunda y así no la primera. Luego cada norma en conflicto puede ser tanto observada como no observada, y ambas pueden así ser operantes hasta cierto grado.

Pero él no pensó en términos de eficacia plena. Es imposible que, habiendo robos, se satisfagan completamente ambas normas, por mucho que las dos puedan ser “operantes hasta cierto grado”.

4. Como Kelsen asevera en su carta a Klug de fecha 28 de julio de 1965, para él “el problema consiste en lo siguiente: si los principios de la Lógica, en especial el de no contradicción y las reglas de inferencia, son aplicables a la validez de normas positivas, es decir, aquellas que son puestas por los actos de voluntad de los órganos de derecho competentes” (*Normas jurídicas y análisis lógico*, p. 128).

A esta cuestión da una respuesta negativa, argumentando que:

(a) “el valor de la validez no corresponde al valor de verdad” (carta a Klug de 4 de julio de 1960, en *op. cit.*, p. 79).

(b) “De las dos normas que se encuentran en conflicto, no es una de ellas válida y la otra inválida, sino que ambas son normas válidas” (*op. cit.*, p. 75).

(c) “un conflicto normativo no puede ser comparado con una contradicción lógica, sino con una situación en la cual actúan dos fuerzas en dirección opuesta. Y así como la descripción de esa situación no encierra contradicción lógica alguna, tampoco la encierran los enunciados de deber ser sobre dos normas que están entre sí en conflicto (*A debe ser —no— A debe ser*), las proposiciones de deber ser en las cuales se dice que dos normas que están una con otra en conflicto son válidas” (p. 79).

(d) “Un conflicto normativo, o sea, la validez de dos normas, de las cuales una establece como debido un determinado comportamiento y la otra su omisión, es posible” (p. 76).

(e) “la validez de una norma significa su existencia específica” (p. 79).

(f) “La validez de una norma positiva está condicionada por su establecimiento. Para valer, la norma tiene que ser puesta por un acto de volun-

tad. [...] Pero la verdad de un enunciado no está condicionada por el hecho de que se le formule en un acto de pensar, hablar o escribir; dicho con otras palabras: la verdad de un enunciado es independiente de la realidad del acto del cual él es su sentido” (p. 78).

(g) “Pero cuando se trata de la cuestión sobre la aplicabilidad de principios lógicos a normas positivas de la moral o del derecho, no puede prescindirse del acto de voluntad cuyo sentido son esas normas. La norma individual “el ladrón Schulze debe ser puesto en prisión” sólo podría estar implicada en la norma general “todos los ladrones deben ser puestos en prisión” si el acto de voluntad, cuyo sentido es la norma individual, estuviera implicado en el acto de voluntad, cuyo sentido es la norma general. Pero el legislador, que quiere que todos los ladrones sean puestos en prisión, puede en ese momento no querer que Schulze, que ha robado un caballo a Meier, sea puesto en prisión, puesto que no puede saber que existe un ser humano Schulze y que éste ha de robar un caballo a Meier. Ya que, en efecto, no se puede querer lo que no se conoce, y la voluntad cuyo sentido es la norma, que dice que Schulze debe ser puesto en prisión, es la condición de validez de esa norma como norma positiva. Sólo el tribunal, que ha comprobado que Schulze robó un caballo a Meier, puede querer que el ladrón Schulze sea puesto en prisión. Y el juez es una persona diferente del legislador. Su acto de voluntad no puede estar implicado en el acto de voluntad de otro” (manuscrito sobre derecho y lógica, de 9 de junio de 1965, en *Normas jurídicas y análisis lógico*, p. 110).

(h) “Pero aun en el caso en el que el legislador sea al mismo tiempo juez, su decisión concreta no se inferirá con necesidad lógica a partir de la norma general aplicada, que ha sido establecida por él; la validez de esa norma individual no está implicada en la validez de la norma general. Es perfectamente posible que, actuando como juez, un legislador, sin cambiar la ley por él dictada —lo que sólo podría hacerse mediante un nuevo acto de voluntad—, tome una decisión judicial concreta que no concuerde con la norma general estatuida por él en la ley. Esta decisión individual vale sólo cuando ella aparece como sentido de un acto de voluntad, que es distinto del acto de voluntad cuyo sentido es la norma general. Y esto también sucede cuando el legislador, actuando como juez, toma una decisión judicial individual sobre la base de la norma general por él establecida” (manuscrito sobre derecho y lógica, pp. 110-111).

5. Kelsen argumenta como si la suerte de la lógica de las normas estuviere atada a su noción de ‘validez’ de las normas positivas.

Una lógica normativa puede construirse, sin embargo, basándose en otras ideas.

Según Jerzy Sztykgold, por ejemplo, a las normas “se aplican los criterios de la justeza y la no-justeza”, los cuales “corresponden estrictamente a los criterios de la verdad y de la falsedad” (“La negación de la norma”, en Amedeo G. Conte y Carlos Alarcón Cabrera, *Deontica de la validez*, p. 115). De acuerdo con esta concepción, Sztykgold afirma (p. 116):

Todas las tesis del cálculo de enunciados (lógica proposicional) son, entonces, aplicables también a las normas.

6. Hay que tener presente, asimismo, que la lógica formal no es una rama de la psicología.

El mismo Kelsen habló de “la antinomia general entre el *logismo* y el *psicologismo*, tal como aparece expuesta de un modo clásico en la obra de Husserl, *Logische Untersuchungen*” (*Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, “Prólogo a la segunda edición”, p. XLIII). Y afirmó —en el prólogo de *Teoría general del estado* (p. VIII)— que una de las directrices de su método era el “paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva”.

7. Como Kelsen admitiera, “el concepto ‘causar la muerte de otro por medio de un disparo’ está contenido en el concepto ‘causar la muerte de otro mediante conducta propia’” (*Teoría geral das normas*, pp. 319-320). Pero esto es así aun cuando el legislador no haya efectivamente pensado que el primero está contenido en el segundo.

Nadie puede pretender que el legislador sepa que el ladrón Schulze robará un caballo a Meier. Pero sí cabe entender que el legislador, al establecer que todos los que roben deben ser puestos en prisión, establece implícitamente que si Schulze roba un caballo a Meier, debe ser puesto en prisión. Y se justifica pensar que el derecho vigente implícitamente requiere que Schulze sea condenado a una pena de presidio si ordena que todos los que roben sean condenados a esa pena y se declara que Schulze ha robado un caballo a Meier.

Gottlob Frege, en “El pensamiento: una investigación lógica” —en Frege, *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, ed. de Luis M. Valdés Villanueva—, advierte (p. 220):

Ni la lógica ni la matemática tienen como tarea investigar las mentes y el contenido de la conciencia del que el hombre individual es portador.

Según expresara Frege, “siempre hay que separar rigurosamente lo psicológico de lo lógico, lo subjetivo de lo objetivo” (*The foundations of arithmetic*, p. X).

8. En su carta a Klug de 28 de julio de 1965, Kelsen admite que “las reglas de la inferencia son aplicables a *proposiciones de deber ser*”, pero niega que “lo sean a la *validez de normas jurídicas positivas*” (*Normas jurídicas y análisis lógico*, p. 127).

Reconoce que una computadora “dice al órgano competente para establecerla qué norma individual corresponde a la norma general a aplicar”. Pero observa que “la computadora no suministra la norma jurídica individual que vincula a la parte”, aduciendo que “su *validez*, que vincula a la parte, no puede alcanzarse mediante una operación mental lógica ni tampoco mediante una operación de la computadora” (*op. cit.*, pp. 128-129).

9. Para el último Kelsen, la ‘validez’ de una norma jurídica “está siempre condicionada por la existencia del acto de voluntad del cual es su sentido” (“On the practical syllogism”, p. 258). En otro tiempo había hablado de ‘normas pensadas’ y ‘normas supuestas’. En el manuscrito sobre lógica de las normas, que remitiera a Klug el 15 de mayo de 1959, aseveró (*Normas jurídicas y análisis lógico*, p. 48):

Pero también se dan normas sin que se den esos actos volitivos que establecen normas. Cuando por la vía de un procedimiento lógico o “logoide” se infiere una norma de otra —una norma individual a partir de una norma general válida—, aquella es una norma válida, aunque no se dé un acto volitivo del cual ella sea su sentido. También lo que se llama norma fundamental, que —en definitiva— se *presupone* cuando se interpreta el sentido subjetivo de ciertos actos de voluntad como su sentido objetivo, es una norma aunque no haya un acto que la establezca; es decir, un acto de *voluntad* del cual ella sea su sentido.

10. Sin embargo, como el propio Kelsen reconoce, “establecemos que el juez ha ‘seguido’ o no el imperativo general determinando

si el contenido del imperativo individual que formula está o no de acuerdo con el del imperativo general que tiene que aplicar” (“On the practical syllogism”, p. 259).

Él añade (p. 260):

Lo que es esencial es que la norma individual puesta por el juez esté de acuerdo con la norma general puesta por el legislador. Es esto, en verdad, lo que ‘funda’ la validez de la primera en la segunda.

11. Entre normas se dan, pues, relaciones lógicas —susceptibles de explicarse mediante el concepto semántico de implicación lógica o el sintáctico de derivación—. El mismo Kelsen, en el manuscrito sobre derecho y lógica, declara (p. 114):

no se ha dicho que no se den en absoluto relaciones lógicas entre normas. Mencionemos, por ejemplo, la relación entre dos normas generales que se diferencian sólo por el grado de su generalidad, una relación que hay que distinguir de la que se da entre una norma general y la individual que a ella corresponde. Pero también en la relación entre una norma general y la norma individual a ella correspondiente, establecida por el órgano de aplicación del derecho, se da una conexión lógica, en cuanto que el hecho comprobado *in concreto* por el tribunal puede ser subsumido bajo el hecho determinado *in abstracto* en la norma general. Esta subsunción, desde el punto de vista lógico, es del mismo tipo que la subsunción de una representación concreta bajo un concepto abstracto. [...] Si la norma general prevé como pena para el homicidio la muerte en la horca, y si el juez condena a Meier a morir en la horca, la norma individual concuerda con la general. Esta relación de concordancia es una relación de subsunción, y en la medida en que la subsunción aquí existente es una conexión lógica, entre la norma general y la norma individual que la aplica a un hecho concreto se da una conexión lógica.

Y, en la versión definitiva del manuscrito, afirmará (“Law and logic”, p. 244):

Si la norma individual puesta por el tribunal está de acuerdo con la norma general que tiene que aplicar, la validez de la norma individual puede ser justificada por la de la general.

12. Refiriéndose a estos juicios de Kelsen sobre las relaciones de concordancia entre normas, Bulygin asevera: “esta doctrina entra en

crasa contradicción con su expresivismo” (“Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho”, p. 25).

Como Kelsen no adhiere al expresivismo, mal pueden sus planteamientos entrar “en crasa contradicción con su expresivismo”.

E. Kelsen y el expresivismo

1. Kelsen sería, según Bulygin, “un claro expresivista” (“Normas y lógica”, p. 250). Para él y Alchourrón, constituiría uno de “los casos más claros y destacados” (“La concepción expresiva de las normas”, p. 126).

Caracterizando dos concepciones —denominadas ‘expresiva’ e ‘hilética’— Alchourrón y Bulygin escriben en “La concepción expresiva de las normas” (pp. 122-123):

Para la *concepción hilética* las normas son entidades parecidas a las proposiciones, esto es, significados de ciertas expresiones, llamadas oraciones normativas. [...] Una norma es, en esta concepción, una entidad abstracta, puramente conceptual. [...] En este sentido los operadores normativos son similares a los operadores aléticos modales y una norma es una proposición modal como *Np* se dice que es una proposición. [...]

Para la *concepción expresiva*, en cambio, las normas son el resultado del *uso prescriptivo* del lenguaje. Una oración que expresa una misma proposición puede ser usada en diferentes ocasiones para *hacer cosas* distintas: para aseverar (afirmar), interrogar, ordenar, conjeturar, etc. El resultado de esas acciones será una aseveración, una pregunta, una orden o una conjetura. Sólo en el nivel pragmático del uso del lenguaje surge la diferencia entre aseveraciones, preguntas, órdenes, etc. No hay tal diferencia en el nivel semántico.

Sin embargo, Kelsen es, en realidad, un representante de la llamada ‘concepción hilética de las normas’. Así lo prueba su permanente insistencia en afirmar que las ‘normas’ son, a diferencia de las oraciones que las expresan, sentidos o significados.

2. El último Kelsen, aunque revisa sus planteamientos anteriores sobre las relaciones entre derecho y lógica, acentuando una posición voluntarista, no altera su idea de que las ‘normas’ son ‘sentidos’. Él afirma (*Teoria geral das normas*, p. 34):

correctamente se dice: la norma es un sentido, en vez de: la norma tiene un sentido. El acto de voluntad, como acto del ser, 'tiene' el sentido de un deber-ser. Este deber-ser es la norma.

Según Kelsen, decir "un deber-ser se dirige a un ser" constituye "un falso uso del lenguaje"; a su juicio, "el deber-ser no se dirige a nada más que a sí mismo: el deber-ser" (*Teoria geral das normas*, p. 72).

Claramente sitúa Kelsen a las 'normas' en el mismo plano de los correlatos de las oraciones enunciativas —a los cuales Kelsen denomina 'enunciados'—.

Kelsen asevera (*Teoria geral das normas*, p. 34):

la norma no es ningún enunciado [...] el enunciado es el sentido de un acto de pensamiento, y la norma, como se ha observado, es el sentido de un acto de voluntad intencionalmente dirigido a una cierta conducta humana.

3. No es atendible, entonces, la alegación de Bulygin, según la cual "la definición kelseniana de la norma como 'sentido de un acto de voluntad' [...] es bastante oscura" ("Normas y lógica", p. 253).

Y no es cierto que el que no haya relaciones lógicas entre actos implique lógicamente que "tampoco las hay entre normas", según plantea Bulygin en "Normas y lógica" (p. 250). No hay, por ejemplo, ninguna oración-suceso enunciativa sin un acto de formulación. Pero esta conexión no impide que —como sostuviera Roberto Holkot en "Utrum Deus posset scire plura quam scit?"— sean aplicables a tales enunciados el principio de (no) contradicción y las reglas de inferencia —siempre que existan, por cierto, las oraciones correspondientes—.

OBRAS CITADAS

- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., "La concepción expresiva de las normas", en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BELNAP, N. D., Jr., y STEEL, T. B., Jr., *The logic of questions and answers*, Yale University Press, New Haven, 1976.

- BENTHAM, J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, Hafner, Nueva York, 1948.
- BULYGIN, E., "Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho", en H. Kelsen/U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*.
- "Normas y lógica"; "Validez y positivismo": en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*.
- DUBISLAV, W., "Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze", *Theoria* 3, 1937, 330-342.
- FREGE, G., *The foundations of arithmetic*, Blackwell, Oxford, 1959, 2ª ed. rev.
- "El pensamiento: una investigación lógica", en Frege, *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, ed. de Luis M. Valdés Villanueva, Tecnos, Madrid, 1998.
- GRUE-SØRENSEN, K., "Imperativsätze und Logik", *Theoria* 5, 1939, 195-202.
- HART, H. L. A., "La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", en P. Casanovas y J. J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994.
- HOLKOT, R., "Utrum Deus posset scire plura quam scit?", en E. A. Moody, *Studies in medieval philosophy, science, and logic*, University of California Press, Berkeley, 1975.
- JØRGENSEN, J., "Imperatives and logic", *Erkenntnis* 7, 1937-1938, 288-296.
- KALINOWSKI, G., *La logique des normes*, P.U.F., París, 1972.
- KELSEN, H., *La teoría pura del derecho*, trad. de la 1ª ed. en alemán por J. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1941.
- ¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1958.
- Principios de derecho internacional público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965.
- Teoría general del derecho y del estado*, UNAM, México, 1969, 3ª ed.
- Teoría pura del derecho*, trad. de M. Nilve de la ed. en francés (1953), Eudeba, Buenos Aires, 1970, 9ª ed.

"Law and logic"; "On the practical syllogism": en Kelsen, *Essays in legal and moral philosophy*, ed. Ota Weinberger, Reidel, Dordrecht, 1973.

Teoría general del estado, Editora Nacional, México, 1979, 15ª ed.

"La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", en Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1979.

Teoría pura del derecho, trad. de la 2ª ed. en alemán por R. J. Vernengo, UNAM, México, 1981, reimp.

Teoria geral das normas, trad. de José Florentino Duarte, Fabris, Porto Alegre, 1986.

Problemas capitales de la teoría jurídica del estado, trad. de W. Rocces, Porrúa, México, 1987.

KELSEN, H./KLUG, U., *Normas jurídicas y análisis lógico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

MALLY, E., *Grundgesetze des Sollens. Elemente der Logik des Willens*, Leuschner-Lubensky, Graz, 1926.

MANSON, M., "Kelsen and the logic of law", en S. Panou, G. Bozonis, D. Georgas y P. Trappe (eds.), *Theory and systems of legal philosophy*, Steiner, Stuttgart, 1988.

Filosofía, derecho y lógica, Terranova, Santiago de Chile, 1996.

MILLAS, J., *Filosofía del derecho*, Universitaria, Santiago de Chile, 1958.

PRIOR, A. N., *Logic and the basis of ethics*, Clarendon Press, Oxford, 1949.

"The autonomy of ethics", en Prior, *Papers in logic and ethics*, University of Massachusetts Press, Amherst, 1976.

RAND, R., "Logik der Forderungssätze", *Revue Internationale de la Théorie du Droit* 1, 1939, 308-322.

SZTYKGOLD, J., "La negación de la norma", en Amedeo G. Conte y Carlos Alarcón Cabrera, *Deóntica de la validez*, Tecnos, Madrid, 1995.

WRIGHT, G. H. von, "Ser y deber ser", en A. Aarnio, E. Garzón Valdés y J. Uusitalo (comps.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.

LA RELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE INTENCIÓN DIRECTA E INTENCIÓN INDIRECTA. LOS ARGUMENTOS DE PHILIPPA FOOT Y JOHN L. MACKIE

ALEJANDRO MIRANDA MONTECINOS *

I. INTRODUCCIÓN

En las líneas que siguen nos proponemos analizar la relevancia moral y jurídica de la distinción, ya tradicional en la Ética y en la Filosofía del Derecho, entre intención directa e intención indirecta. Esta distinción ha sido recogida explícitamente como una distinción relevante por buena parte de la tradición central de la ética occidental. Ha sido invocada, por ejemplo, en la defensa que esta tradición ha mantenido sobre el derecho a la vida, como la manera adecuada de distinguir aquellas acciones que son verdaderamente homicidas de las que no lo son.

Los moralistas de la tradición central elevaron la distinción incluso al nivel de los principios morales, y es así como formularon y desarrollaron el denominado «principio del doble efecto»: una regla moral que permite guiar la deliberación práctica en aquellos casos en que el curso de acción que debemos seguir para alcanzar un determi-

* Profesor de Filosofía del Derecho Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Católica de Chile.