

LÓGICA DEL DERECHO, MÉTODO AXIOMÁTICO Y GARANTISMO*

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma III
l.ferrajoli@uniroma3.it

RESUMEN. El autor del artículo aborda cuatro cuestiones de carácter general que fueron planteadas y discutidas en un debate sobre su libro *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*. La primera concierne a la deuda que la teoría del derecho ha contraído con el pensamiento de Hans KELSEN, tanto en el plano metateórico como teórico. La segunda concierne al rol de las tesis de la lógica, ignorado por KELSEN y explicitado gracias a la axiomatización de la teoría del derecho, en la construcción de una teoría garantista del derecho capaz de dar cuenta de la doble dimensión, dinámica y estática, formal y sustancial, de los ordenamientos articulados en varios niveles normativos y, por ello, de la virtual presencia de antinomias y lagunas. La tercera cuestión concierne al rol, no menos decisivo, de la formalización y de la axiomatización del lenguaje teórico en el análisis de la estructura garantista de la democracia constitucional, y en la identificación y en la superación de las aporías que es posible destacar en la obra de KELSEN. Finalmente, la cuarta cuestión concierne al valor científico y pragmático del modelo kelseniano de la teoría del derecho como teoría pura o formal y al sentido de su actual declive, así como al estado actual y las futuras perspectivas de la ciencia jurídica.

Palabras clave: lógica del Derecho, democracia constitucional garantista, formalización, derechos, garantías, disciplinas jurídicas, jerarquía de las fuentes del Derecho, futuro de la teoría del Derecho.

The Logic of Law, the Axiomatic Method and Garantism

ABSTRACT. The author of this paper addresses four general topics all raised and discussed in a debate on his book *The Logic of Law. Ten Aporias in the work of Hans Kelsen*. The first topic concerns how indebt theory of law is, both in its meta-theoretical and theoretical dimensions, with Hans KELSEN's thought. The second concerns the role of the thesis of logic—ignored by KELSEN and made explicit by the axiomatization of the theory of law—in the construction of a «guarantist» theory of law able to give an account of the double dimension, dynamic and static, formal and substantial, of legal orders articulated in several normative levels and, therefore, to give an account of the presence of potential antinomies and loopholes. The third issue concerns the no less decisive role of the formalization and axiomatization of the theoretical language in the analysis of the «guarantist» structure of constitutional democracy (guarantee constitutionalism), as well as in the identification and overcoming of those aporia in KELSEN's work. Finally, the fourth issue concerns the scientific and pragmatic value of KELSEN's model of legal theory as pure or formal theory and the sense of its current twilight, as well as both the sense of current state and future perspectives of legal science.

* Fecha de recepción: 14 de octubre de 2018. Fecha de aceptación: 27 de febrero de 2019.

Este texto es el ensayo introductorio al debate sostenido sobre mi libro *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen* (traducción castellana de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, Madrid, Trotta, 2017), de próxima publicación en el volumen *Il «dover essere» del diritto*, al cuidado de P. DI LUCIA y de L. PASSERINI GLAZEL, Torino, Giappichelli, 2019. Traducción de Félix Morales Luna.

Keywords: logic of law, guarantee-constitutional democracy, formalisation, rights, guarantees, formal validity, legal disciplines, hierarchy of legal sources, future of theory of law.

PRELIMINAR

Afrontaré cuatro cuestiones de carácter general, todas planteadas y discutidas en un debate sobre mi libro *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*. La primera, concierne a la deuda que la teoría del derecho ha contraído con el pensamiento de Hans KELSEN, tanto en el plano metateórico como teórico (§ 1). La segunda, concierne al rol de las tesis de la lógica, ignorado por KELSEN y explicitado gracias a la axiomatización de la teoría del derecho, en la construcción de una teoría garantista del derecho capaz de dar cuenta de la doble dimensión, dinámica y estática, formal y sustancial, de los ordenamientos articulados en varios niveles normativos y, por ello, de la virtual presencia de antinomias y lagunas (§ 2). La tercera cuestión concierne al rol, no menos decisivo, de la formalización y de la axiomatización del lenguaje teórico en el análisis de la estructura garantista de la democracia constitucional, y en la identificación y en la superación de las aporías que es posible destacar en la obra de KELSEN (§ 3). Finalmente, la cuarta cuestión concierne al valor científico y pragmático del modelo kelseniano de la teoría del Derecho como teoría pura o formal y al sentido de su actual declive, así como al estado actual y las futuras perspectivas de la ciencia jurídica (§ 4).

1. LAS RAZONES DE LA PERMANENTE ACTUALIDAD DE KELSEN

En relación con la primera cuestión, hay un posible equívoco que deseo disipar. A lo largo de todo mi trabajo, KELSEN ha sido para mí, de lejos, la referencia teórica más importante y a quien debo gran parte de mi formación. Lorenzo PASSERINI, Mauro BARBERIS y Fabrizio MASTROMARTINO han notado en mi libro sobre las diez aporías en la obra de KELSEN una suerte de «parricidio». Pierluigi CHIASSONI ha visto en él un intento por «desbanicar» como «anacrónico» el paradigma kelseniano, de reponerlo «en las galerías subterráneas de la historia de las ideas» y, además, de «desacreditarlo» en el plano teórico «desde el punto de vista de la coherencia interna» y desde «los efectos negativos, teóricos y prácticos, que sus ideas serían susceptibles de producir».

Rechazo firmemente estas interpretaciones de mi trabajo. Estoy muy lejos de sostener que el pensamiento de KELSEN no haya sido y no deba continuar siendo la referencia obligada de nuestros estudios de teoría del derecho. En cuanto a mí, suscribo cuanto afirma Giulio ITZCOVICH sobre mi «fuerte ligazón con KELSEN», con quien comparto la aproximación iuspositivista, el anticognitivismo ético y el normativismo. Más bien, me considero más kelseniano que la mayor parte de los actuales teóricos del derecho. Ello por dos tipos de razones, una de carácter epistemológico y la otra de carácter teórico.

La primera razón que hace de la obra de KELSEN una referencia central y obligada de nuestros estudios de teoría del derecho es absolutamente obvia. KELSEN ha fundado

la teoría del derecho, inventando su paradigma metateórico como una teoría «pura». La teoría del derecho, según el modelo diseñado por él, no se ocupa ni debe ocuparse de lo que establece el derecho (lo que es tarea de las disciplinas jurídicas positivas), de lo que sería justo que establezca (lo que es tarea de la filosofía política o de la justicia), y ni tampoco de cómo funciona el derecho en concreto (lo que es tarea de la sociología del derecho). La teoría construye un aparato conceptual capaz de dar cuenta de cualquier sistema jurídico —primitivo o avanzado, simple o complejo, liberal o no liberal, democrático o autocrático— precisamente porque se ocupa de las estructuras formales, es decir, de la sintaxis de los ordenamientos, no de sus contenidos normativos. Esto, justamente, porque es una teoría *pura*, como la denominó KELSEN, o *formal*, como la denominó Norberto BOBBIO. Es este el espacio específico de la teoría del derecho creado por KELSEN que, a mi parecer, hoy debe ser defendido y desarrollado.

Lo que me propuse con mi trabajo fue tomar en serio, es decir, explicitar, hacer visible y así reforzar este rasgo epistemológico de la teoría del derecho: su carácter puramente formal que, por otra parte, quizá sea también el aspecto más incomprendido y criticado de la teoría de KELSEN. Precisamente porque *formal*, y solo porque *formal*, la teoría del derecho puede ser *formalizada*, justamente como lo he realizado en *Principia iuris*, mediante la formalización de su lenguaje. Desde esta perspectiva, la teoría axiomatizada del derecho quiere ser, en el plano metodológico, un complemento de la obra de KELSEN y una realización de su proyecto metateórico, como ha escrito Giulio ITZCOVICH. En efecto, el lenguaje de la teoría formal —a diferencia del lenguaje de las disciplinas jurídicas positivas (p. ej., civiles o penales), anclado mediante definiciones lexicales a la interpretación del lenguaje legal de los distintos ordenamientos— es un lenguaje artificial, construido por el teórico mediante asunciones y definiciones estipulativas. Siendo este lenguaje totalmente artificial, *podemos* —y, si podemos, en el plano científico *debemos*— construirlo del modo más riguroso, que es exactamente lo que se torna posible por el método axiomático utilizado en *Principia iuris*, que impone que todos los términos de la teoría sean definidos y todas la tesis sean demostradas sobre la base, respectivamente, de reglas de formación y de reglas de transformación previamente establecidas, a partir de un número limitado de términos y de tesis primitivas.

Gracias a la formalización, la construcción de la teoría puede proceder mediante progresivos incrementos de la intensión y correlativas reducciones de la extensión de su campo de referencia empírica. En *Principia iuris*, por ejemplo, la primera parte del primer volumen, dedicado a la deóntica, sirve para representar cualquier sistema normativo; la segunda parte, introducida a partir del término primitivo «causa», es idónea para dar cuenta de los sistemas de derecho positivo en los que las figuras deónticas —las normas y las situaciones jurídicas— son causadas, es decir, producidas por actos jurídicos; la tercera parte, introducida a partir de la distinción entre formas y significados de los actos jurídicos preceptivos, y desde la sujeción de las primeras a normas formales y las segundas a normas sustanciales sobre la producción jurídica, es capaz de dar cuenta de la estructura en grados de los ordenamientos jurídicos complejos: tanto de la estructura del estado legislativo como aquella, aún más compleja, de la democracia constitucional.

Es precisamente la teorización de la estructura en grados la segunda deuda de carácter teórico que tenemos en relación con la empresa kelseniana, aun cuando KELSEN

no extrajo de ella, o incluso negó, sus extraordinarias implicaciones teóricas. La idea de la estructura en grados de los ordenamientos fue formulada por su discípulo Adolf J. MERKL, pero es sobre todo a KELSEN a quien se debe su desarrollo, como estructura formal, idónea para dar cuenta del paradigma del estado legislativo, e incluso del estado constitucional de derecho, cual fuera que sean sus concretos y contingentes contenidos normativos¹. Más aún, ha sido sobre la base de esta estructura en grados del estado de derecho que KELSEN ha teorizado y promovido lo que ha sido su principal contribución al actual constitucionalismo rígido: el control jurisdiccional sobre la validez constitucional de las leyes mediante su anulación si se consideran contrarias a la Constitución.

Finalmente, es sobre la base del carácter formal de dicha estructura normativa que, a mi parecer, se puede identificar y entender las relaciones isomórficas que en los distintos ordenamientos vinculan el derecho y el sistema político, es decir, las condiciones de la validez jurídica de las normas y las condiciones de legitimidad política de los poderes normativos. Esta relación isomórfica tiene carácter general; así, por ejemplo, en un estado absoluto, el principio *quod principi placuit legis habet vigorem* es la norma de reconocimiento tanto de la validez de las normas como de la legitimidad del sistema político. En democracia, por el contrario, es necesario distinguir: en el estado legislativo de derecho, la dimensión puramente formal de la validez y de la existencia de las normas legales —relativa a las formas, es decir, al «quién» y al «cómo» de su producción— se corresponde con la dimensión solo formal, es decir, política y representativa, de la democracia, consistente en la omnipotencia de las mayorías parlamentarias. En el estado constitucional, en cambio, la dimensión también sustancial, además de la formal, de la validez y de la posible invalidez de las leyes —relativa a los significados, es decir, al «qué cosa» de las normas producidas— se corresponde con la dimensión sustancial, además de la formal, de la democracia, consistente en los límites y en los vínculos de contenido impuestos a las mayorías parlamentarias por los principios sustanciales constitucionalmente establecidos, como la igualdad y los derechos fundamentales.

Ahora bien, la formalización y la axiomatización de la teoría del derecho son capaces de exhibir un rasgo esencial y, por así decirlo, constitutivo de los sistemas jurídicos nomo-dinámicos, no comprendido y más bien negado por KELSEN: la naturaleza lógica, además de formal, de la estructura en grados de tales sistemas, idónea para explicar, en aparente paradoja, la dimensión sustancial y garantista sea de la validez de las normas como de la democracia constitucional. En efecto, esta estructura impone la coherencia y la plenitud de la legislación respecto de la constitución, y de la jurisdicción respecto de la legislación, es decir, los principios de que las primeras no contradigan y que, además, actúen las segundas. Implica, precisamente, el respeto a los *principia iuris et in iure* establecidos por las normas de nivel superior, a los que he denominado los *principia iuris tantum* (para distinguirlos de los principios jurídicos *iuris et in iure*), de no contradicción de las normas producidas y de implicación de los actos normativos

¹ «En el molde de la legalidad», de la legalidad ordinaria así como de la legalidad constitucional, escribió Piero Calamandrei, «se puede vaciar oro o plomo» [Prefacio a C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1766), edición bilingüe al cuidado de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, texto italiano establecido por G. FRANCONI, Madrid, Trotta, 2011, 65].

de nivel inferior. Esto es, de un lado, la prohibición de las *antinomias*, es decir, de la producción legislativa de normas en contradicción con normas constitucionales como el principio de igualdad y los derechos fundamentales; de otro lado, la obligación de colmar las *lagunas*, es decir, la falta e indebida omisión de las leyes de actuación que introduzcan las garantías de las expectativas en las que consisten estos mismos principios y derechos, es decir, las prohibiciones y las obligaciones que les corresponden en el ámbito público. En suma, estos principios lógicos *iuris tantum* imponen el respeto y la actuación, por parte del legislador y más en general de todo el sistema político, de los principios jurídicos establecidos en nuestras constituciones como son los derechos fundamentales (derechos de libertad y derechos sociales).

Estas implicaciones de la estructura en grados de los sistemas jurídicos han sido negadas por KELSEN, a mi parecer, a causa de las aporías que he evidenciado en su teoría. Como sabemos, hay diversas fases en el pensamiento de KELSEN. En mi libro he distinguido cuatro de ellas, sobre la base de sus distintas concepciones del sistema jurídico: la fase vienesa de la concepción íntegramente nomo-estática, iniciada con los *Hauptprobleme*, de 1911; la fase de la concepción aún predominantemente estática, iniciada con la segunda edición de los *Hauptprobleme*, de 1923, en la que tematiza por primera vez la dimensión dinámica, desarrollada luego en la *Allgemeine Staatslehre*, de 1925; la fase de la concepción prevalentemente dinámica, a la que pertenece la primera edición, de 1934, de la *Teoría pura del derecho*, y la *Teoría general del derecho y del Estado*, de 1945; finalmente, la fase de la concepción íntegramente dinámica, que se remonta a la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, de 1960, y la *Teoría general de las normas*, publicada póstumamente en 1979².

Hay, sin embargo, tres aspectos paradójicos en las aporías kelsenianas que ameritan ser evidenciados. El primero consiste en el hecho de que, incluso en el variar de las concepciones del derecho, los elementos de continuidad entre las diversas fases están constituidas precisamente por gran parte de las aporías que he señalado, conectadas lógicamente entre sí, y siempre defendidas tenazmente por KELSEN. El segundo aspecto paradójico consiste en el hecho de que el itinerario intelectual recorrido por KELSEN en sus cuatro fases, desde la enteramente nomo-estática hasta la enteramente nomodinámica, es exactamente opuesto al seguido en la evolución de nuestras democracias, que han pasado, en cuanto a nuestra legislación, desde un fundamento puramente dinámico (la omnipotencia del legislador y la equivalencia de existencia y validez de las leyes en el estado legislativo) a un fundamento también estático (los límites y los vínculos de contenido impuestos en el estado constitucional a la legislación por las normas sustanciales de la Constitución y, por tanto, la disociación entre existencia y validez de las leyes producidas). La tercera paradoja es que, en mi opinión, con estas aporías, empezando por la de la negación de la lógica del derecho, KELSEN ha cometido sobre todo una injusticia contra sí mismo³, contradiciendo algunas de las tesis más relevantes e innovadoras de su teoría: desde aquella de la estructura en grados del ordenamiento

² Reenvío, en cuanto a los argumentos sostenidos en esta periodización a *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, 9-10, § 4.3, 89-97 y, sobre todo, § 6.1, 125-134.

³ Al punto que he titulado *Kelsen contra Kelsen* a mi réplica a la parte milanesa de este debate, que contó con las intervenciones de M. G. LOSANO, M. ZANICHELLI, C. LUZZATI, C. NITSCH y L. PASSERINI, y fue publicada en *Politeia*, XXXIII, núm. 127, 2017, 179-183.

hasta aquella de la regulación de la producción del derecho por parte del derecho mismo, y la violabilidad de las normas jurídicas como una de sus condiciones de sentido.

2. LA LÓGICA DEL DERECHO EXPLICITADA POR LA FORMALIZACIÓN DE LA TEORÍA

Llego así a la segunda cuestión formulada inicialmente, relativa a la lógica del derecho. Considero que las aporías en las que incurre KELSEN, contradiciendo así sus tesis más afortunadas, comenzando por aquella de la estructura en grados de los ordenamientos, se deben justamente a la falta de teorización o, mejor dicho, a la negación de la lógica del derecho. Hay, por tanto, a mi parecer, una tesis metateórica absolutamente obvia pero ignorada por KELSEN, y tras de él por muchos teóricos kelsenianos⁴, que es esencial tanto para evitar tales aporías como para dar cuenta de la normatividad del derecho positivo: la necesidad de tratar la «lógica deóntica» como una parte de la teoría empírica del derecho⁵.

Es lo que he hecho en *Principia iuris*, donde asumí los operadores deónticos —«permitido», «prohibido», «obligatorio», «facultativo», «expectativa positiva» y «expectativa negativa»— como términos teóricos al igual que «norma», «acto», «validez», y similares, y las tesis de la deóntica que hacen uso de ellas ya no como tesis analíticas, sino como tesis teóricas del sistema formalizado que he construido. Así, incorporé la lógica deóntica en la teoría del derecho mediante las tesis desarrolladas en los primeros dos capítulos de *Principia iuris*. Precisamente, en el primer capítulo, he asumido como primer término primitivo el predicado «permitido»; he definido por medio de él los términos «prohibido», «obligatorio» y «facultativo», que forman las modalidades incompatibles entre sí, identificadas en el cuadrado y en el hexágono de las figuras deónticas activas; y he adoptado como primer postulado la tesis P1, $(x)(\neg PERx \rightarrow PER \neg x)$ —de lo que no está permitido la comisión está permitida la omisión— que es una tesis de la lógica deóntica que tiene la cualidad, incluso más que los otros quince postulados, de ser una tesis intuitivamente verdadera. Luego, en el segundo capítulo, he asumido como primitivo el término «expectativa», sea positiva o negativa; he esti-

⁴ He tenido ocasión de destacarlo en *La logica nel diritto. Una risposta a Riccardo Guastini* (de próxima publicación en *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli, 2018) y en *Isonomia*, donde la tesis que será ahora desarrollada ha sido exigida por las críticas que me ha dirigido R. GUASTINI en *Discussendo* (Madrid, Marcial Pons, 2017, cap. IX, titulado «Logica, diritto e scienza giuridica secondo Ferrajoli», 111-122). Críticas similares, análogamente explicables, han sido desarrolladas en nuestro debate por L. BACCELLI, *Alla ricerca della purezza perduta? Il Kelsen di Ferrajoli*.

⁵ He aclarado esta necesidad desde *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 109-115 (traducción castellana de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 3 vols.: vols. I y II, 2016; vol. II, 2011. De ahora en adelante los tres volúmenes —I, *Teoría del derecho*; II, *Teoría de la democracia*; III, *La sintaxis del derecho*— serán citados como *PI*, *PII* y *PIII*, y las definiciones y los teoremas ahí desarrollados con las letras D y T seguidas de numeración progresiva). He insistido además sobre esta necesidad en «Principia iuris. Una discusión teórica», *Doxa*, núm. 31, 2008, § 1.4, 406-407; en *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto*, en P. DI LUCIA (ed.), *Assiomatizza del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, LED, 2011, § 1.4, 25-28; en *La logica nel diritto e nella teoria del diritto*, en L. BACCELLI (ed.), *More geometrico. La teoria assiomaticizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 2012, § 3, 116-118; y en *La logica del derecho*, op. cit., § 2.3, 59-62 y § 8.2, 202-204.

pulado como postulado la tesis P3, $(x)((\exists y')ASP_{y'}x \equiv (\exists y'')(MOD_{y''}x \cdot \neg PER_{\perp}x))$ —si de algo existe la expectativa de la comisión, entonces existe también una modalidad correspondiente en virtud de la cual no está permitida su omisión, y viceversa—; y he instituido las relaciones de implicación recíproca, representadas por el cuadrado de las figuras deónticas pasivas, entre expectativa positiva y obligación en relación con otros, y entre la expectativa negativa y la prohibición en relación con otros del mismo comportamiento.

Esta asunción de la lógica deóntica como parte de la teoría se ha revelado como esencial y, a mi parecer, constitutiva de cualquier teoría del derecho positivo que intenta dar cuenta del valor garantista de la estructura en grados de los ordenamientos jurídicos. Como he explicado en las primeras páginas de *Principia iuris*, ella es necesaria precisamente para la teoría del derecho positivo, en la cual, por ejemplo, la tesis T1.4 («prohibido equivale a no permitido») no es, como en los sistemas estáticos, una simple tesis lógica, sino una tesis teórica necesaria para que en el plano teórico se pueda afirmar, como bien puede suceder en los sistemas nomo-dinámicos, que si un comportamiento está «prohibido» por una determinada norma y «permitido» por otra, entonces las dos normas, aunque ambas existentes, son contradictorias entre sí. Lo mismo se dice de todas las otras tesis desarrolladas en los primeros dos capítulos de *Principia iuris*. Precisamente porque la teoría del derecho no es una teoría de la moral o del derecho natural sino una teoría del derecho positivo, la introducción de las tesis de la lógica deóntica como tesis teóricas —como *principia iuris tantum* externos y no internos al derecho de los ordenamientos articulados en distintos niveles normativos— es necesaria para leer como vicios o violaciones las contradicciones de las normas inferiores respecto a las superiores, y las inactuaciones de las segundas por parte de las primeras; en suma, para dar cuenta de las antinomias y de las lagunas que bien pueden existir en el derecho positivo, precisamente, por su carácter dinámico, es decir, del hecho de que las normas no son deducidas sino producidas por actos preceptivos.

Obviamente, en una teoría no axiomatizada como la kelseniana, la primera tesis T1 y toda la lógica deóntica no son mínimamente explicadas. Son asumidas como tesis implícitas, que se dan por descontadas, obvias, poco importa si de la teoría o de la lógica, de la metateoría o de la metodología. Pero es precisamente su falta de explicación la trampa que ha producido las falacias normativistas y realistas a las que tantas veces me he referido: la concepción del derecho solamente como norma o solamente como hecho, que ignora las posibles divergencias deónticas entre niveles normativos y, por ello, entre la validez y la existencia de las normas, y entre su existencia y su efectividad. En la obra de KELSEN, por ejemplo, como he intentado mostrar, el hecho de que las tesis de la deóntica sean ignoradas o en todo caso no tematizadas como tesis teóricas fundamentales produce, como lamentable resultado, algunas de las más graves aporías que he destacado, como la tesis de la validez de las normas incluso si están en contradicción con otras supraordenadas a ellas, así como la de la inaplicabilidad de la lógica al derecho en virtud de las cuales no son concebibles antinomias ni lagunas⁶.

En una teoría axiomatizada, por el contrario, ninguna tesis fundamental puede ser dejada como implícita, inexpressada o tácita, menos aún aquellas que, como P1 y P3,

⁶ Cfr. *La lógica del derecho*, op. cit., caps. IV-VII.

son necesarias para dar cuenta del rasgo distintivo de los sistemas nomo-dinámicos y de las posibles divergencias deónticas de la estructura en grados determinadas en ellas. Es en este rol de la lógica, explicitado por la formalización de la teoría, que se revela la principal diferencia entre los sistemas dinámicos y los estáticos. En los sistemas estáticos la hipótesis de que un comportamiento esté prohibido por una determinada norma y permitido por otra es simplemente imposible dado que, gracias al estatus puramente lógico que en ellos tiene la contradicción entre permitido y prohibido, si en ellos un comportamiento está prohibido entonces es inconcebible que esté también permitido. Por el contrario, en los sistemas dinámicos, como es típicamente el derecho positivo, la reducción de la lógica deóntica a un capítulo de la teoría del derecho es absolutamente indispensable precisamente para dar cuenta de su propia naturaleza, es decir, de la normatividad de las normas sobre la producción de normas. Es justamente indispensable porque en estos sistemas, precisamente porque dinámicos, pueden ser producidas normas contradictorias entre sí, o no producidas normas implicadas por las normas sustanciales sobre la producción normativa, es decir, antinomias y lagunas, que solo las tesis lógico-deónticas de la teoría hacen reconocibles como violaciones: como violaciones por comisión de las normas supraordenadas por parte de las normas en contradicción con ellas (p. ej., porque limitan o suprimen, y por ello contradicen, derechos fundamentales constitucionalmente establecidos), pero también como violaciones por omisión, es decir, por falta de producción de normas debidas en la medida en que están implicadas por normas igualmente supraordenadas (p. ej., la falta de implementación de las normas que confieren derechos sociales a la salud o a la educación). Por todo esto, el sentido crítico de mi libro en relación con KELSEN se expresa mejor en el título —la lógica del derecho— que en el subtítulo sobre las diez aporías en la obra kelseniana.

En suma, la asunción de la lógica como parte de la teoría ha hecho explícito el carácter tanto lógico como jurídicamente vinculante de los principios de no contradicción y de implicación⁷; por tanto, si un comportamiento está permitido (o prohibido) por una norma supraordenada, entonces no puede estar prohibido (o permitido) por normas subordinadas a ella; y si una norma supraordenada formula la expectativa de la comisión o de la omisión de un comportamiento, entonces existe, a cargo de las fuentes subordinadas a ella, la correspondiente obligación o prohibición. En *Principia iuris* he expresado el primero de estos principios con el conocido cuadrado de las modalidades deónticas activas, y el segundo principio con el cuadrado, formulado por primera vez, de las expectativas deónticas pasivas: facultad, prohibición y obligación, si predicados en relación con los mismos sujetos, son figuras deónticas contradictorias o contrarias

⁷ Esta tesis, en lo sustancial, fue lúcidamente expresada por N. BOBBIO, *Formalismo jurídico y formalismo ético* [1954], ahora en *id.*, *Contribución a la teoría del derecho*, edición de A. RUIZ MIGUEL, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, 105-117: «Un sistema jurídico, en cuanto que está basado en el principio de legalidad, no debe ser contradictorio. Este punto ha sido particularmente ilustrado por KELSEN y GARCÍA MÁYNEZ. Pero eso significa que el principio de no contradicción es una verdadera regla jurídica implícitamente contenida en todo ordenamiento. Y si antes he mostrado que el principio de legalidad tiene en un sistema normativo la misma función que el principio lógico de no contradicción en un sistema teórico, caigo ahora en la cuenta de que el principio de no contradicción sirve en el mismo sistema normativo como regla jurídica. Lo que podría decirse también así, en fórmula sintética: en una concepción legalista de la justicia están presentes, al mismo tiempo, una tendencia a la *logización del derecho* y una tendencia hacia la *juridificación de la lógica* o, en otras palabras, un reconocimiento del valor lógico del derecho y a la vez del valor jurídico de la lógica» (p. 111).

entre sí; expectativas positivas y negativas son figuras que implican, en relación con otros sujetos, las obligaciones y las prohibiciones correspondientes. Y he mostrado que el estado de derecho, sea legislativo o constitucional, no es concebible sin estos dos principios.

3. EL ROL DE LA AXIOMATIZACIÓN EN EL ANÁLISIS DE LAS APORÍAS KELSENIANAS Y DEL VALOR GARANTISTA DE LA ESTRUCTURA EN GRADOS DE LOS ORDENAMIENTOS

Se entiende, entonces, cómo solamente la formalización del lenguaje teórico ha hecho evidente, además que necesaria, la incorporación de la lógica deóntica en la teoría del derecho como su primera parte. Ahora bien, el tercer orden de consideraciones preliminares a nuestra discusión que ahora intento desarrollar concierne al rol desarrollado por el método axiomático no solo como instrumento de construcción del discurso teórico, sino también, gracias al respeto de las reglas que le impone, como método de control de tesis intuitivas, mas no por esto verdaderas, y de descubrimiento de tesis verdaderas mas no por esto intuitivas («verdaderas», se entiende, respecto a las premisas, es decir, a los postulados y a las definiciones).

Mostraré cómo la formalización de la teoría llevada a cabo con el empleo de dicho método es capaz no solo de dar cuenta de la naturaleza lógica del valor garantista de la estructura de las actuales democracias constitucionales, sino también de hacer emerger y de resolver las diez aporías detectadas en la obra de KELSEN. Ella actúa, por así decirlo, como banco de pruebas de la consistencia de las nociones y de las tesis de la teoría, las cuales, si no resultan formalizables como sucede con las antedichas tesis aporéticas, entonces no pueden pertenecer a la teoría formalizada, habiendo además buenas razones para considerarlas como nociones o tesis «mal formadas» también en una teoría no formalizada.

3.1. El *Sollen*

Es el caso de la primera aporía que he señalado, aquella relativa al «deber ser». Como he sostenido en *La lógica del derecho*, esta noción —concebida por KELSEN como «categoría» de «carácter puramente formal [...] aplicable con independencia del contenido que tengan los hechos enlazados [...] epistemológicamente trascendental, en el sentido de la filosofía kantiana»⁸ es precisamente una categoría filosófica que no pertenece a la teoría del derecho «al no ser ni un predicado, ni un conectivo lógico, ni un operador deóntico y, en cuanto nexos entre un antecedente y un consecuente, ni siquiera una tesis teórica»⁹. Tanto es esto verdadero que «ella no es en modo alguno formalizable»¹⁰.

⁸ H. KELSEN. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1.ª ed., Wien, F. Deutricke, 1934. Traducción castellana de G. Robles Morchón y F. F. Sánchez. *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Presentación de G. Robles, Madrid, Trotta, 2011, § 11.b), 56.

⁹ *La lógica del derecho*, op. cit., § 1.1, 18.

¹⁰ *Ibid.*, 18-19.

Ello no impide sino que por el contrario revela el valor metateórico de esta categoría, que sobre el plano filosófico sirve fundamentalmente para entender la normatividad del derecho. En efecto, se puede considerar que es precisamente a partir de ella —como forma «*a priori* para la comprensión del material jurídico empírico»—¹¹ que KELSEN ha creado el espacio autónomo de la teoría del derecho como teoría pura basada en la distinción de las ciencias naturales, incluida la sociología del derecho, a fuerza de la oposición entre normas y hechos, entre normatividad y efectividad, entre artificialidad jurídica y naturalidad fáctica. Pero precisamente por esto la categoría filosófica del *Sollen* no puede ser a su vez una categoría «bien formada» de la teoría del derecho. En efecto, en el plano teórico, la noción kelseniana de norma como relación de «deber ser» entre un antecedente identificado con un acto ilícito, y un consecuente identificado con una sanción, por un lado, se revela como una falsa generalización, capaz de dar cuenta de las normas que he denominado «hipotético-deónticas» mas no así de las normas constitutivas, y ni siquiera de las normas categóricas que he denominado «téticas»¹²; y, por otro lado, se trata de una fórmula elíptica que provee una imagen simplificada de las propias normas hipotético-deónticas mediante una singular implicación entre dos comportamientos como son, precisamente, el acto ilícito y la aplicación de la sanción.

Ahora bien, solo la formalización ha exigido la necesidad de descomponer esta implicación en dos relaciones, la eficacia y la actuabilidad, ambas expresadas mediante tesis verdadero-funcionales, por encima del alcance empírico mucho más amplio de las relaciones ilícito/sanción al que se refiere el *Sollen* de KELSEN¹³. Gracias a esta descomposición, la dimensión deóntica de las normas hipotético-deónticas resulta asociada, en lugar de al signo de implicación, a la situación jurídica —la obligación, la prohibición, la facultad o la expectativa— que figura como consecuente de la primera de las dos antedichas relaciones, y como antecedente de la segunda. En concreto, resulta asociada a la situación que, de un lado, es producida por el acto implicado como su efecto, en virtud de la relación que he denominado «eficacia», y que, de otro lado, califica como obligatorio, como prohibido, como permitido o como pretendido el acto de grado, subordinado al primero, que es implicado por la situación como su posible actuación, en virtud de la relación que he denominado «actuabilidad»¹⁴.

¹¹ H. KELSEN. *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*: «Las leyes de la naturaleza dicen: si A es, entonces tiene que ser B; mientras que la ley del derecho dice: si A es, entonces debe ser B, sin que al decir esto se formule enunciado alguno sobre el valor moral o político de la conexión. El deber es aquí una categoría relativamente apriorística para entender el material jurídico-empírico» (p. 56).

¹² En *PiI*, § 4.6, 225-228 y § 8.3, 403-406, he formulado una división cuatripartita, primero de las reglas (T4.57) y luego de las normas jurídicas (T8.36), en «tético-deónticas», «tético-constitutivas», «hipotético-deónticas» e «hipotético-constitutivas», mediante el cruce de dos distinciones: aquella entre normas deónticas y normas constitutivas, y aquella, no menos importante, entre normas téticas y normas hipotéticas (T4.55, T4.56 y T8.21, T8.26).

¹³ «Eficacia» y «actuabilidad» son definidas en *PiI*; la primera, mediante la definición D5.3, como la relación entre el acto y los efectos que haya dispuesto o que normativamente están predispuestos para él (cap. V, § 5.7, 266-270); la segunda, mediante la definición D6.2, como la relación entre el efecto consistente en una situación jurídica y los actos normativamente previstos como sus posibles actuaciones (*ibid.*, cap. VI, § 6.8, 305-308).

¹⁴ *La lógica del derecho, op. cit.*, § 1.1, 20-24.

3.2. La centralidad de la sanción

Pero la relación kelseniana de deber ser entre ilícito y sanción, en virtud de la cual la previsión de una sanción es condición necesaria para la configuración de un comportamiento como ilícito, genera, a su vez, lo que he identificado como *segunda aporía*: la tesis antipositivista según la cual, en ausencia de sanciones, un comportamiento jurídicamente prohibido (como, p. ej., la guerra) no es un acto ilícito, siendo la norma que lo prohíbe un *flatus vocis*.

También en este caso es la lógica del derecho, como primera parte de la teoría, la que permite captar y superar la aporía: en efecto, por *modus tollens*, si no existen sanciones, se debe admitir que no hay ningún ilícito y que, por tanto, ni siquiera existe la norma que lo prohíbe aunque haya sido formalmente producida, en contradicción con la noción positivista del derecho formulada por el propio KELSEN como aquello que es creado en los modos previstos y regulado por el derecho mismo¹⁵.

3.3. La confusión entre derechos y garantías

La misma tesis antipositivista, por lo demás, está expresada también por la noción kelseniana de «derecho subjetivo» que incorpora, al igual que la noción de ilícito, las respectivas garantías tanto primarias como secundarias, es decir, el deber correspondiente y la sanción en caso de su violación. De aquí la *tercera aporía* que he señalado: si no se han producido sus garantías (es decir, las prohibiciones o las obligaciones correspondientes y las respectivas sanciones), los derechos fundamentales —que, a diferencia de los derechos patrimoniales no son predispuestos por normas hipotéticas conjuntamente con sus garantías (el crédito junto con la deuda, la propiedad junto con la prohibición de afectar su disfrute), sino dispuestas inmediatamente por normas categóricas o téticas— no serían derechos, aunque formalmente hayan sido establecidos, sino también *flatus vocis*, entidades inexistentes.

Así, la falta de garantías, en lugar de ser leída como una indebida omisión, es decir, como una laguna, es legitimada por la negación de la existencia de los propios derechos que, como la prohibición de la guerra, imponen al contrario estar garantizados. De este modo no solo se contradice el principio basilar del positivismo jurídico, sino que son minadas desde sus raíces dos de las principales aportaciones kelsenianas: la normatividad del derecho en relación consigo mismo y la consecuente jerarquía de las fuentes; la primera, negada por el rechazo como «autocontradicción» de la idea misma del derecho ilegítimo¹⁶, y la segunda, invertida por la posibilidad de que las fuentes

¹⁵ La «positividad» del derecho, escribe KELSEN, «consiste en el hecho de que es creado y nulificado por actos de seres humanos» [*Teoría general del derecho y el Estado* (1945). Traducción castellana de E. García Máynez, México, Universidad Autónoma de México, 1979, parte I, cap. X, B, a, 117]; y, más adelante: «El derecho es algo establecido en la forma prescrita por la constitución para la formulación de normas jurídicas» (*ibid.*, D, 126). Como alternativa a la noción restrictiva de ilícito como presupuesto de la sanción formulada por KELSEN, en *PiI* he definido «ilícito», con la definición D9.4, como «todo acto informal prohibido» (§ 9.4, 473).

¹⁶ «Si hubiera algo así como un derecho contrario a derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico quedaría eliminada. Pues «una norma contraria a norma» es una

subordinadas deroguen y, de hecho, dejen en la nada a las normas supraordenadas simplemente con su inercia, es decir, no actuando las obligaciones correspondientes a las expectativas en las que consisten tales normas, como el principio de la paz y los derechos sociales. También aquí la lógica del derecho, precisamente el *principio de implicación*, permite dar cuenta de la normatividad de las normas superiores respecto a las fuentes inferiores, y el *modus ponens*, de la obligación de actuación implicada e impuesta por tales expectativas en las que consisten los derechos fundamentales y, por tanto, de reconocer la ilegitimidad de la omitida producción de sus normas de actuación.

3.4. La identificación de la validez de las normas con su existencia

Pero es toda la fenomenología del derecho, cual fuera que sea, la que resulta apriorística e integralmente legitimada por una tesis aún más general en la que he identificado la *cuarta aporía*, quizá la más grave de la teoría kelseniana: la identificación de la validez de las normas con su existencia. De ahí se sigue, en efecto, la inexistencia de normas inválidas y, por tanto, la preclusión de la comprensión del «derecho ilegítimo» —empezando por la legislación viciada por la comisión de antinomias o por omisiones, como lagunas, de leyes de actuación— que es, en cambio, la novedad más relevante y valiosa del actual constitucionalismo rígido.

Esta idea de la validez como existencia o pertenencia al ordenamiento equivale a una noción simplificada y simplista de ella, que ignora de la validez, y consiguientemente de la democracia, la dimensión sustancial ligada a la coherencia de los contenidos o significados de las normas producidas con los significados de las normas supraordenadas a ellas. Tampoco da cuenta de las posibles divergencias entre el deber ser jurídico y el ser de las normas de derecho positivo, virtualmente inevitables en ordenamientos articulados en distintos niveles normativos según la estructura en grados. Finalmente, también contradice la banal tesis kelseniana según la cual la violabilidad es condición de sentido de las normas, y por ello, también de las normas sobre la producción normativa¹⁷. Al respecto, es el *principio de no contradicción* el que permite entender como vicios o violaciones las normas legales contradictorias con la constitución y las sentencias contradictorias con las leyes, es decir, la invalidez sustancial de las unas y de las otras, no obstante la existencia y la validez formal de ambas.

autocontradicción» (*Reine Rechtslehre*, 2.^a ed. revisada y ampliada, Wien, Franz Deuticke, 1960. Traducción castellana de R. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*. UNAM, México, 1970. § 35, j, α, 274).

¹⁷ «La norma que prescribiera algo que necesariamente, en razón de una ley natural, siempre y por doquier debe producirse, sería tan insensata como la norma que prescribiera algo que, en razón de una ley natural, de ninguna manera puede producirse» (*ibid.*, § 4, c, 24). «La imposición de una norma de esta naturaleza aparece con la condición de que sea posible un ser correspondiente a esta norma, pero también que sea posible un ser no-correspondiente a ella. Porque es inútil establecer en una norma como debido algo que necesariamente tiene que ser aunque no se imponga la norma, o bien algo que no puede ser de manera alguna a pesar de la imposición de la norma, de modo que es imposible en el primer caso una violación a la norma y en el segundo, una obediencia a la misma» (H. KELSEN, *Teoría general de las normas*, cap. XVI, 71). En *Pil* he expresado esta misma tesis con la tesis T2.3, en virtud de la cual las figuras deónticas —sean modalidades activas como las facultades, las obligaciones y las prohibiciones, o expectativas pasivas, positivas o negativas— implican la *posibilidad* del acacimiento de su contenido, del cual excluyen, por ello, tanto la imposibilidad como la necesidad (§ 2.1, 140-141).

3.5. Las diversas referencias empíricas de la validez formal y de la validez sustancial

Ahora bien, nuevamente la formalización y la axiomatización de la teoría han hecho no solo evidente sino necesaria, a efectos del cálculo, esta distinción de las dos dimensiones de la validez. En efecto, una regla de formación impuesta por la formalización del lenguaje teórico impide usar un mismo término para diferentes campos de referencia¹⁸, como sucede en cambio con la *quinta aporía* kelseniana, es decir, con el uso del término «norma» para designar sea el acto normativo como la norma que constituye su significado prescriptivo.

De aquí la necesidad de conectar la *validez*, más allá que al acto normativo, también a otras dos referencias empíricas, más específicas y distintas: a las *formas* del acto, como referencias de la *validez formal* y a la *invalides formal*, que he definido como la *conformidad* y *disconformidad* respecto a las formas predispuestas por las normas formales sobre su producción; y a los *significados prescriptivos*, es decir, a las normas y más en general a las prescripciones producidas por el acto, como referencias de la *validez sustancial* y de la *invalides sustancial*, que he definido como la *coherencia* e *incoherencia* con los significados de las normas sustanciales supraordenadas a ellas. Si las normas formales sobre «quién» y sobre «cómo» de la producción normativa imponen la *conformidad* —que no tiene nada que ver con la lógica— del acto normativo a los requisitos de forma predispuestos por ellas como condiciones de su validez formal o, al menos, de su existencia, las normas sustanciales sobre el «qué cosa» de la producción imponen y a su vez implican la *coherencia* y la *plenitud*, es decir, por un lado la no contradicción con ellas mismas y, por otro lado, la actuación a cargo de las normas producidas¹⁹.

¹⁸ Es la regla formulada por Rudolf CARNAP según la cual a todo predicado debe corresponder, en todas las ocasiones, la misma «clase de individuos», o el mismo tipo o «dominio de objetos» [R. CARNAP, *Introduzione alla logica simbolica* (1954), Florencia, La Nuova Italia, 1978, § 11, 72-75 y § 25a, 148-156]. He adoptado y motivado esta regla en *PiI* (*Introducción*, § 11, 53, y *Preliminares*, § 5, 98-99). Es claro que solo la formalización del lenguaje teórico puede garantizar —con el respeto de la mencionada regla y, por tanto, con la neta distinción expresada en el empleo de diversas variables subjetivas, entre los distintos campos o dominios de la teoría— que no se incurra en las ambigüedades sintácticas y semánticas responsables de tantos equívocos y aporías presentes en la teoría kelseniana.

¹⁹ *Vid.* en *PiI* la definición D9.1 de «forma» como conjunto de los requisitos y de las condiciones, predispuestas por las normas sobre la producción de los actos jurídicos lingüísticos, para que produzcan válidamente como efectos los significados expresados por ellos, y la definición D9.2 de «acto formal» como todo acto dotado de forma (cap. IX, §§ 9.1-9.3, 461-472). Asimismo, la definición D9.9 de «decisión» como acto formal preceptivo habilitado a producir como efectos las situaciones o las normas prescritas por él como significados, siempre que se observen las normas, formales y sustanciales, sobre su producción (§ 9.6, 481-487), y la definición D9.17 de acto «válido» como el acto formal cuyas formas son todas conformes con las normas formales sobre su formación y que admite al menos un significado coherente con todas las normas sustanciales sobre su producción (§ 9.9, 500). Para mostrar la pluralidad de las referencias empíricas de la noción de «validez» predicable de las decisiones —con referencia a sus formas en lo que respecta a su dimensión «formal» y a sus significados en lo que respecta a su dimensión «sustancial»— obtengo seguidamente la definición D9.17 de validez en el lenguaje formalizado: $(x)(VALx \equiv (AFOx \cdot (r)((f)(FORfx \rightarrow (COFfr \cdot NFORx)) \cdot (\exists y)(NSORx \rightarrow (SIGyx \cdot COEyr))))))$, donde la variable x se refiere al acto, la variable f se refiere a su forma, y la variable y se refiere a su significado.

3.6. Dinámica y estática de los sistemas de derecho positivo

Dos son, entonces, las dimensiones de la validez, correspondientes con las dos dimensiones de la fenomenología del derecho positivo, consiguientes, a su vez, de su naturaleza lingüística: la *forma* y el *significado*, el *acto* y la *norma* que precisamente la regla de designación recién recordada impone distinguir como diferentes referencias empíricas de la teoría de las normas.

Los actos normativos y sus formas integran la *dinámica* que es propia del derecho positivo: no por nada la segunda parte de *Principia iuris*, dedicada al derecho positivo, se inicia con la introducción del término primitivo «causa», con la definición de «efecto» como aquello de lo que algo es causa, y con la definición de «acto» como comportamiento productor de efectos²⁰, es decir, con tres tesis que forman otras tantas premisas esenciales del principio positivista de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente. Por el contrario, las normas en cuanto significados integran la *estática* de los ordenamientos, que por tanto no puede ser olvidada ni menos aún removida, como sucede en cambio con la *sexta aporía* kelseniana. Dinámica y estática de los ordenamientos estructurados sobre diversos niveles son, en efecto, las dos dimensiones conectadas entre sí —los actos lingüísticos de la producción jurídica (las leyes, las sentencias, los actos administrativos y los negocios privados) y sus significados (las normas, las situaciones, las prescripciones y las obligaciones producidas)— necesarias para dar cuenta, la primera de la *positividad* y la segunda de la *normatividad* del derecho.

3.7. La lógica del derecho y la lógica en la teoría del derecho

Es, pues, evidente que la lógica se aplica solamente a las normas, es decir, a la dimensión estática del derecho, y no a los actos. Llego así a la *séptima aporía* kelseniana, aquella central de la no aplicabilidad de la lógica al derecho. Una tesis tan contraintuitiva es claramente un corolario de todas las otras aporías: en primer lugar, de la exclusión, del léxico de la teoría, de la idea misma de normas categóricas o téticas, respecto a las cuales puede hablarse sobre todo, a propósito de las normas inferiores, de contradicción o de implicación; en segundo lugar, de que los derechos fundamentales, es decir, los derechos con forma universal en tanto que están dispuestos por las «normas téticas», resultan ajenos al aparato teórico kelseniano y, por ello, también resultan ajenos los límites y los vínculos implicados por ellas e impuestos a la legislación; en tercer lugar, de la tesis de que las normas son válidas por el mero hecho de existir, por lo que resulta insostenible la idea misma de «norma inválida» y queda totalmente excluida la dimensión estática de los ordenamientos.

Pero es de nuevo la formalización la que explicita y, sobre todo, hace jurídica y a la vez lógicamente vinculantes a las normas supraordenadas con respecto a las subordinadas. Ella ha permitido aclarar, mediante los dos cuadrados deónticos —el

²⁰ Se trata del postulado P10 y de las definiciones D5.1 y D5.2 presentadas en *Pil* (cap. V, §§ 5.1-5.4, 247-259).

de las modalidades activas y el de las expectativas positivas recordadas en el § 2— la aplicabilidad de la lógica al derecho: en primer lugar, del *principio de no contradicción* entre las modalidades activas de la obligación, de la prohibición y de la facultad de un mismo comportamiento a cargo de un mismo sujeto; en segundo lugar, del *principio de implicación* entre las expectativas pasivas, positivas o negativas, y las correlativas modalidades activas de la obligación o de la prohibición a cargo de otros sujetos, relacionados entre sí deóntica o jurídicamente. Lo extraordinario es que la tesis opuesta de la inaplicabilidad es sostenida por KELSEN tanto más firmemente cuanto en su teoría más se afirma como categoría central la estructura en grados, que extrañamente conecta solamente con la dimensión dinámica y no también con la dimensión estática de los ordenamientos. Es claro que esta concepción solamente dinámica de la estructura en grados depende del hecho de que KELSEN ignora la naturaleza lógica, además de jurídica, de tal estructura. En efecto, es en cuanto y solo en cuanto estructura lógica, que la estructura en grados es normativa en relación con la dimensión estática, consistiendo dicha dimensión en aquellos particulares significados lingüísticos que son las normas, las cuales respetan, o por el contrario violan, las normas sustanciales sobre su producción en cuanto y solo en cuanto son coherentes con estas o, por el contrario, incompatibles.

La idea que está detrás de esta extraña tesis de la inaplicabilidad de la lógica es evidentemente que la lógica rige solamente al derecho natural, en el cual, en efecto, las normas son deducidas y no producidas, y no también al derecho positivo en el que, en cambio, las normas son producidas y no deducidas. Pero es precisamente por esto que la lógica, con la modernidad iuspositivista, se impone *normativamente* al razonamiento jurídico. Solo con el positivismo jurídico, en un primer momento en las formas del estado legislativo y, luego, más aún, en las del estado constitucional, la deducción lógica se formaliza y se procedimentaliza en la práctica jurídica y se vuelve el principal criterio de control de la validez de las leyes y de los pronunciamientos judiciales, además de las tesis de la ciencia del derecho. Precisamente con el primer cambio de paradigma producido con el primer positivismo jurídico, aquel que dio vida al estado legislativo de derecho caracterizado por normas sustanciales de nivel legislativo sobre la producción jurisdiccional, la lógica opera en el silogismo judicial y, más en general, en toda aplicación de la ley, en cuanto *principio de implicación*. Con el segundo cambio de paradigma ocurrido en el siglo pasado, con el que nació el estado constitucional caracterizado por normas sustanciales de rango constitucional sobre la producción legislativa como son los derechos fundamentales, la lógica colma la dimensión estática de todo el derecho, incluso su nivel normativo más importante: el de la legislación, al cual impone tanto el *principio de no contradicción*, que no admite normas legales incoherentes con las normas constitucionales, como el *principio de implicación* que de estas mismas normas, en particular de los derechos sociales establecidos en ellas, impone las leyes de actuación, es decir, la introducción de sus garantías.

3.8. El estatuto de las disciplinas jurídicas positivas

Son precisamente estos principios lógicos y a la vez teóricos los que hacen insostenible, en el plano metateórico, la tesis kelseniana del carácter puramente descriptivo de

las disciplinas jurídicas positivas, en la que he identificado la *octava aporía*. En efecto, tales principios imponen la lógica al derecho positivo, es decir, la coherencia y la plenitud respecto a las constituciones rígidas tomadas en serio, que no siempre las tienen de hecho pero que debería tenerlas de derecho. Y confieren, por ello, a tales disciplinas un rol crítico y proyectivo en relación con el derecho ilegítimo: la tarea de criticar las antinomias y las lagunas, es decir, las violaciones por comisión o por omisión de los derechos y de los principios estipulados en ellas, y de proyectar las técnicas de garantías implicadas e impuestas por ellos.

Solo gracias a tales principios la ciencia jurídica puede dar cuenta de las imperfecciones —las antinomias y las lagunas— que inevitablemente existen en cualquier sistema dinámico con varios niveles, como es típicamente el derecho de nuestras democracias constitucionales²¹. En otras palabras, coherencia y plenitud son el «deber ser» y no el «ser» del derecho, virtualmente ilegítimo y, por ello, imperfecto. Son perfectos, es decir, carentes de antinomias y de lagunas, solamente los sistemas estáticos y, por otro lado y por razones opuestas, los sistemas dinámicos de un solo nivel, ocupados además por un solo productor de normas, a la vez legislador, juez y administrador —en suma, un déspota, que no delega ningún poder— y, por tanto, capaz de contradecirse a placer sin generar imperfecciones.

3.9. La jerarquía de las fuentes y su cambio en la teoría de Kelsen

De otro lado, la sujeción al derecho del ejercicio de los poderes normativos y, por ello, el paradigma garantista del estado de derecho, consiste en la conformidad de los actos normativos y la coherencia y plenitud de sus significados con respecto a las normas sobre su producción. Ello tanto en el estado legislativo de derecho, caracterizado por la sujeción a la ley de todos los poderes infralegales empezando por el jurisdiccional, como en el estado constitucional de derecho, caracterizado por la sujeción a la constitución, incluso por parte del último residuo del gobierno de los hombres, que estaba constituido por la omnipotencia del poder legislativo ejercido por el Parlamento.

De aquí lo insostenible del singular cambio de la jerarquía de las fuentes que de hecho resulta de la negación por parte de Kelsen de la idea misma del derecho ilegítimo y, en particular, de la concepción de la jurisdicción como actividad volitiva, creadora de nuevo derecho. Es esta la *novena aporía* que la lógica del derecho, asumida como parte esencial de la teoría, permite destacar y superar: la tesis de la validez, de todos modos, de las normas producidas, y en particular de las sentencias, incluso si no se basan en

²¹ Cabe recordar que en *PII*, § 10.19 (644-6519), he utilizado los términos «antinomias» y «lagunas» en un sentido más restringido en relación con el adoptado en los usos corrientes: para designar solo aquellas que existen entre normas de distinto grado y, por tanto, no solubles por el intérprete —como lo son las denominadas antinomias y lagunas entre normas del mismo grado, solubles las primeras con el criterio cronológico o con el de especialidad, y las segundas con el recurso a la analogía—, sino solo con actos, jurisdiccionales o legislativos, de expulsión de la norma indebidamente producida o de introducción de la norma indebidamente ausente. Precisamente he definido, con las definiciones D10.43 y D10.44, «antinomía» como «el vicio sustancial producido por la indebida adopción de una norma en contraste con una norma sustantiva sobre la producción, cuya aplicación supone la anulación de la norma en contraste», y «laguna» como «el vicio producido por la indebida omisión de la adopción de una norma requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma ausente» (p. 646).

las leyes que están encargadas de aplicar²². Como ha escrito Eugenio BULYGIN, «si no hubiera relaciones lógicas entre normas jurídicas y fuese imposible la derivación de una norma individual de una norma general, entonces las normas generales estarían privadas de sentido y la legislación, es decir, la creación de normas generales sería una empresa vana»²³. Lo sería la legislación en relación con la jurisdicción, y lo sería la constitución en relación con la legislación.

3.10. La concepción solo formal y no también sustancial de la democracia

Finalmente, la *décima aporía*, también revelada y resuelta por los principios de la lógica incorporados en la teoría del derecho: la concepción puramente formal o política de la democracia, basada solamente sobre formas representativas de la producción legislativa. Es claro que esta concepción formal o procedimental de la democracia, no por casualidad correlativa a la concepción solo formal de la validez de las normas, no es capaz de dar cuenta de la dimensión sustancial, sea de la validez como de la democracia, implantada en nuestros ordenamientos por los límites y los vínculos implicados e impuestos por los derechos fundamentales establecidos en constituciones rígidas.

Aquella concepción puramente formal de la democracia era sostenible en el primer positivismo jurídico, aquel del estado legislativo de derecho en el cual la ley votada por el Parlamento era la fuente suprema del derecho, donde no tenía sentido hablar de invalidez de las leyes y no existían límites ni vínculos a la voluntad legislativa de las mayorías. Mientras en el segundo positivismo jurídico, el del estado constitucional de derecho, en el que han sido positivizados los principios sustanciales que el legislador no puede contradecir y debe actuar, dicha concepción de la democracia debe ser integrada, además, por el reconocimiento de una dimensión sustancial, en virtud de la cual la validez de las leyes y la voluntad de las mayorías son condicionadas ya no solo por las formas de producción, sino también por el respeto y por la actuación de los derechos fundamentales y de los otros principios constitucionalmente establecidos.

²² Es una tesis que precisamente el joven Kelsen criticó duramente, en polémica con la escuela del derecho libre y en particular con las tesis de Herman U. KANTOROWICZ, en *Sulla sociologia del diritto* (1912), tr. it. en H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, al cuidado de A. Carrino, Napoli, Esi, 1988, 184-185: «Ninguna concepción del derecho, ni siquiera la más moderna, puede renunciar al postulado según el cual entre aplicación del derecho y ordenamiento jurídico existe una lógica, en virtud de la cual la decisión singular se representa como una conclusión cuya premisa mayor es una norma jurídica general contenida en la ley. Esta relación *estática* vale independientemente del hecho de si, según la *dinámica* de la exigencia del juicio, la decisión se ha extraído de la ley o se ajusta a ella. El vínculo lógico en cuestión entre ordenamiento jurídico y actividad judicial o cualquier otra actividad estatal es por eso necesario, al ser el único criterio para que exista una actividad estatal, es decir, *imputable* al estado, y no una acción arbitraria de individuos particulares [...]. En el moderno estado de derecho no existe ninguna actividad jurisdiccional y en general ninguna actividad estatal *sine lege*, en el auténtico sentido de la palabra [...]. Considérese la siguiente situación: A afirma que B no ha cumplido una obligación jurídica. Si no se puede comprobar la pretendida obligación de B con una interpretación racional y conforme al fin de las normas jurídicas existentes, ningún juez en el mundo y ningún método jurídico pueden autorizar al aparato jurídico a exigir el cumplimiento de esa obligación jurídica. La acción deberá ser rechazada». Esta es una tesis exactamente opuesta a la de la jurisdicción como actividad volitiva y creativa que Kelsen sustentará en las fases siguientes de su pensamiento, junto con su declarada sintonía, precisamente, con el movimiento del derecho libre tan duramente criticado en su juventud.

²³ E. Bulygin, *Observaciones a Kelsen, «Validez y eficacia del derecho»* (2002), en H. Kelsen, E. Bulygin, y R. Walter, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, § 4, 78-79.

4. EL ESTADO ACTUAL DE LA CIENCIA JURÍDICA Y EL FUTURO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

En este punto podemos responder a la cuarta y última cuestión planteada inicialmente, aquella de la actualidad y, a su vez, de los límites de la obra de KELSEN, así como del estado actual de la ciencia jurídica y de sus perspectivas futuras. Como he sostenido en el primer párrafo, la actualidad está ligada, además que al espacio abierto por ella a la teoría formal del derecho, a la tesis según la cual, en virtud de la estructura en grados de los ordenamientos avanzados, el derecho positivo regula su propia producción. Pero un corolario de esta tesis es precisamente la virtual existencia del derecho ilegítimo, debido a que es condición del sentido de toda regla, como el propio KELSEN nos enseñó, la posibilidad de su violación y, por tanto, la posible existencia de derecho ilegítimo por violación de las normas, formales y sustanciales, sobre su producción. La limitación de KELSEN consiste en no haber tematizado estas posibles violaciones del derecho por parte del derecho mismo, que es en cambio el problema central, en mi opinión, de la actual teoría del derecho junto con el problema de las técnicas de garantía capaces de impedir las o, por lo menos, reducirlas. Por esto, siempre he concebido la teoría de la democracia constitucional como una teoría del garantismo: porque el garantismo no es sino la otra cara —la cara de las técnicas dirigidas a asegurar la efectividad— del constitucionalismo, así como las garantías son la otra cara de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, es decir, sus condiciones normativas de efectividad.

Hoy estamos asistiendo a la crisis profunda del estado constitucional de derecho en sus dos dimensiones: en su dimensión formal o representativa y en su dimensión sustancial o garantista. Quiero entonces plantear, como conclusión de esta reflexión sobre la actualidad y los límites de la teoría del derecho de Hans KELSEN, una cuestión de fondo, que concierne al estado de nuestras disciplinas. La teoría pura del derecho como teoría pura o formal en el sentido de KELSEN —en mi opinión, la teoría del derecho *tout court*— también debido a la influencia ejercida por importantes filósofos muy distintos entre sí como Uberto SCARPELLI, Giovanni TARELLO, Ronald DWORKIN, Carlos NINO, Robert ALEXY, Manuel ATIENZA, Juan RUIZ MANERO y José Juan MORESO, está ocupando un espacio siempre más marginal en los actuales estudios de filosofía del derecho, incluso de filosofía iusanalítica. Sin embargo, la filosofía analítica del derecho nació en Italia —piénsese tan solo en las enseñanzas de Norberto BOBBIO— de la opción conjunta por la filosofía del lenguaje y por la teoría general del derecho de Hans KELSEN. Hoy, por el contrario, la filosofía del derecho de las actuales generaciones está orientada en una dirección totalmente distinta, principalmente relacionada con la jurisdicción y con la metaciencia del derecho: con la teoría de la interpretación, la teoría de la argumentación, el análisis del lenguaje legal, de los jueces y de los juristas, el razonamiento moral y el jurídico, las relaciones entre derecho y moral.

Naturalmente no intento subestimar la enorme importancia de estos temas y sectores de investigación, los cuales por lo demás forman el objeto de disciplinas fundamentales —como la teoría de la interpretación, la teoría de la prueba, la teoría de la argumentación, el análisis de los usos lingüísticos de los juristas y de los operadores

del derecho— que, sin embargo, en mi opinión, son distintas y diferentes a la teoría del derecho en el sentido aquí ilustrado, es decir, como aparato conceptual capaz de dar cuenta de las estructuras formales de cualquier ordenamiento y del cual también estas distintas disciplinas pueden favorecerse. Mi preocupación es que esta mutación de los intereses y del objeto de estudio de la filosofía del derecho sea un reflejo de la más amplia crisis de la cultura jurídica y de su relación con la política y con nuestros sistemas políticos.

No se trata de una cuestión académica. En efecto, en mi opinión, la teoría del derecho constituye una premisa necesaria de la teoría de la democracia, precisamente gracias a las relaciones isomórficas a las que me he referido inicialmente entre las estructuras formales del derecho analizadas por ella y las estructuras institucionales de los sistemas políticos; en particular, entre las expectativas en las que consisten los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y las funciones y las instituciones de garantía implicadas e impuestas por ellas; entre las condiciones de validez de las normas y las condiciones de legitimidad democrática de los poderes públicos. Mi impresión es que el actual desempeño teórico y el sustancial desinterés de nuestros estudios por la teoría del derecho sea en parte provocado por la crisis actual de nuestras democracias constitucionales; que ello sea el signo y el efecto de la caída de la relevancia política de las ciencias jurídicas; que reflejan, en suma, el ocaso de la teoría del derecho como instrumento de construcción del artificio jurídico-institucional. Por lo demás, cada vez menos el lenguaje del poder y de la política es el lenguaje del derecho, reemplazado cada vez más por el lenguaje de la economía. Tengo, en suma, el temor de que esta marginalización de la teoría del derecho se corresponda con una abdicación a sus funciones críticas y proyectivas respecto al funcionamiento efectivo de nuestras democracias.

BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, C., 2011: *De los delitos y de las penas* [1766], trad. de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- BOBBIO, N., 1990: «Formalismo jurídico y formalismo ético» [1954], *Contribución a la teoría del derecho*, edición de A. Ruiz Miguel, Valencia: Fernando Torres Editor.
- CARNAP, R., 1978: *Introduzione alla logica simbolica* [1954], Florencia: La Nuova Italia.
- FERRAJOLI, L., 2008: «Principia iuris. Una discusión teórica», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31.
- 2011: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel (vol. I, *Teoría del derecho*, vol. II *Teoría de la democracia*, vol. III *La sintaxis del derecho*), Madrid: Trotta.
- 2011: *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto*, en P. DI LUCIA (ed.).
- 2011: *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano: LED.
- 2011: *La logica nel diritto e nella teoria del diritto*, en L. BACCELLI (ed.).
- 2012: *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Torino: Giappichelli.
- 2017: *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, trad. al español de P. A. Ibáñez, Madrid: Trotta.

- KANTOROWICZ, H. U., 1988: *Sulla sociologia del diritto* (1912), en H. KELSEN, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, trad. de A. Carrino, Napoli: Esi.
- KELSEN, H., 1979: *Teoría general del derecho y el Estado* [1945], trad. de E. García Máynez, México: Universidad Autónoma de México.
- 2011: *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid: Trotta.
- 2011: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Primera edición, Viena: F. Deutricke, 1934, trad. de G. Robles Morchón y F. F. Sánchez. *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Presentación de G. Robles, Madrid: Trotta.
- KELSEN, H.; BULYGIN, E., y WALTER, R., 2005: *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- LOSANO, M. C.; ZANICHELLI, M.; LUZZATI, C.; NITSCH, C., y PASSERINI, L., 2017: «Kelsen contra Kelsen», *Politeia*, XXXIII, núm. 127.