

D

O

X

A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<https://doxa.ua.es>

Concepciones del Derecho

Luigi Ferrajoli:

Lógica del Derecho, método axiomático y garantismo

The Logic of Law, the Axiomatic Method and Guarantism 15

Pilar Zambrano:

Convencionalismo jurídico e inteligibilidad del Derecho. El uso como espejo de las fuentes sociales en la teoría jurídica de Andrei Marmor

Legal Conventionalism and Intelligibility of the Law. The Use of Law as a Mirror to the Sources of Law in Andrei Marmor's Legal Theory 35

Andityas Soares de Moura Costa Matos:

Revolución, violencia y Derecho: Hans Kelsen y el surgimiento de la Constitución Federal Brasileña de 1934

Revolution, Violence and Law: Hans Kelsen and the Emergence of the Brazilian Federal Constitution of 1934 63

Josep Aguiló Regla:

En defensa del Estado constitucional de Derecho

In defense of the Constitutional Rule of Law 85

Problemas de la aplicación del Derecho

Rafael Hernández Marín:

Sobre el razonamiento principal de una sentencia judicial

On the Main Reasoning of a Judicial Judgment 103

Victoria Iturralde:

La igualdad en la aplicación de la ley: análisis de algunas objeciones iusfilosóficas

Equality Before Law: Analysis of Some Objections From Legal Philosophy 131

Pedro A. Caminos: Derecho y jurisdicción. Una respuesta política al problema del particularismo jurídico <i>Law and Jurisdiction. A Political Answer to the Challenge of Legal Particularism...</i>	149
Juan José Iniesta: Aplicación del Derecho cambiante <i>Applying Changing Law.....</i>	165
Carmen Vázquez: Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios <i>The legislative technique in the femicide and its evidential problems.....</i>	193

Artículos

Benjamín Rivaya: Una biografía intelectual de Felipe González Vicén (1908-1991) <i>An intellectual biography of Felipe González Vicén (1908-1991).....</i>	223
Carolina Fernández Blanco: Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas <i>Social norms and problems of efficacy and effectiveness of legal norms.....</i>	259
Francesca Poggi: Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho <i>The concept of gender violence and its legal relevance</i>	285
Ricardo García Manrique: Venta de órganos y desigualdad social <i>Organ sales and social inequality</i>	309

Notas

José Calvo González: «La Casa», metáfora edilicia constitucional. Variaciones literarias de diseño y crisis constructiva en Poe, Cortázar y Borges <i>«The House», Constitutional Building Metaphor. Literary Variations of Design and Constructive Crisis in Poe, Cortázar and Borges</i>	335
María Jimena Sáenz: Derecho y literatura: el proyecto de Martha Nussbaum <i>Law and Literature: the Project of Martha Nussbaum.....</i>	361

Javier Cigüela Sola:

Injusticia social y derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo

Social Injustice and Criminal Law: on the political illegitimacy of punishment 389

Entrevista

Manuel Atienza:

Entrevista a Michel Troper

Interview to Michel Troper 415

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 las 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 deontica, 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 deonticas —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 *Discutendo* (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.), *Assiomatica 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 lógica 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.