

¿Para qué sirve la teoría?

Por MARINA GASCÓN ABELLÁN
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Este trabajo se ocupa de responder a la pregunta ¿para qué sirve la grandiosa construcción teórica de Principia Iuris?, ¿cuáles son sus fines? Se expone así cómo esta teoría, que atendiendo a su dimensión semántica puede ser caracterizada como elástica, formal y constructiva, sirve a un fin teórico ambicioso: la minuciosa reconstrucción del paradigma del estado constitucional de derecho en todas sus dimensiones. Pero en segundo lugar, y atendiendo a su dimensión pragmática y normativa que se proyecta sobre el derecho, está movida también (y de manera prioritaria) por un importantísimo fin ético-político: hacer bien visibles los aspectos de ilegitimidad de las actuales democracias constitucionales y facilitar así su crítica y superación. Incluso la axiomatización, que es el rasgo más novedoso e inédito de la teoría, está al servicio de ese fin. La teoría, en pocas palabras, su construcción hiperracional, se vincula a un programa más amplio de lucha por la justicia que descansa en la filosofía política del garantismo. Aquí reside su singularidad y su enorme valor. Es ese fuerte compromiso filosófico político lo que aproxima la teoría al positivismo pero, al mismo tiempo, la separa del mismo.

Palabras clave: *Teoría del Derecho, Constitucionalismo, Hiperracionalismo, Garantismo, lucha por la justicia.*

ABSTRACT

This paper addresses the question of what the purposes of the impressive theoretical construction of Principia Iuris are. Firstly, it is stated that this theory (when considered under its semantic aspect) serves an ambitious theoretical purpose: the reconstruction of the constitutional rule of law paradigm in all its dimensions. Secondly, and most importantly, the theory (when considered under its pragmatic aspect) is also driven by a very important ethical and political purpose: making the illegitimate aspects of the current constitutional democracies highly conspicuous, thus making them easier to criticize and overcome. Even the axiomatization, which is the most novel and unprecedented feature of the theory, allows to that purpose. Briefly, the hyper-rational construction of the theory linked to a wider program of struggle for justice which relies on the political philosophy of garantism. Herein lies its uniqueness and enormous value. Moreover, it is such strong philosophical-political commitment that approximates the theory to positivism but at the same time separates it therefrom.

Key words: *Theory of Law, Constitutionalism, Hyper-rationalism, garantism, struggle for justice.*

SUMARIO: 1. *PRINCIPIA IURIS: CARACTERIZACIÓN DE LA TEORÍA.* 1.1 *La semántica de la teoría.* 1.1.1 La extensión de la teoría: su elasticidad. 1.1.2 La intensión de la teoría: su carácter integrativo. 1.1.3 La distinción de la teoría frente a la dogmática, la sociología jurídica y la filosofía de la justicia: su carácter formal y constructivo. 1.2 *La pragmática de la teoría: su papel normativo y no meramente descriptivo. El rol crítico y proyectivo de la teoría.* 1.3 *La sintáctica de la teoría: su axiomatización.*-2. ¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA?

Si *Derecho y Razón* representa una defensa del paradigma teórico del constitucionalismo como la expresión más completa y acabada del proyecto garantista, *Principia Iuris* constituye ahora la grandiosa construcción teórica de ese paradigma. De lo que me voy a ocupar aquí es de responder a la pregunta ¿para qué sirve esta teoría?, ¿cuáles son sus fines? Para responder articuladamente a esta pregunta me serviré de la caracterización de la teoría que hace el propio Ferrajoli desde las perspectivas metateóricas semántica, pragmática y sintáctica. Intentaré exponer a partir de ahí cómo esta teoría, que atendiendo a su dimensión *semántica* puede ser caracterizada como universal y elástica, integrativa, formal y constructiva, sirve a un *fin teórico* ambicioso: la minuciosa reconstrucción del derecho del paradigma constitucional en todas sus dimensiones. Pero en segundo lugar, y atendiendo a su importante dimensión pragmática y normativa que se proyecta

sobre el derecho, sirve sobre todo a un importantísimo *fin crítico y proyectivo* de carácter ético-político: crítica de las divergencias entre el ser y deber ser del derecho y promoción de su superación. La teoría, en pocas palabras, se presenta vinculada a un programa más amplio de lucha por la justicia que descansa en la filosofía política del garantismo. La axiomatización de la teoría, por último, se vincula también a este fin, en la medida en que sirve (o esta es su pretensión) para hacer más claras las divergencias y facilitar los controles.

1. PRINCIPIA IURIS: CARACTERIZACIÓN DE LA TEORÍA

La teoría del derecho que Luigi Ferrajoli nos presenta en *Principia Iuris* puede ser caracterizada –como hace el autor en el Prefacio– por tres rasgos: por el *objeto* sobre el que versa (o sea, por su dimensión *semántica*); por su *finalidad u objetivo* (o sea, por su dimensión *pragmática*); y por el *método* que utiliza para su construcción (esto es, por su dimensión *sintáctica*). Muy resumidamente, puede caracterizarse por el modo en que responde a estas tres preguntas: ¿de qué habla la teoría?; ¿a qué fin sirve la teoría o cómo se justifica?; y ¿cómo se construye? La configuración de la teoría del derecho que deriva de estas tres posiciones metateóricas muestra cuáles son sus fines, o si se quiere, qué es lo que le confiere sentido y la justifica.

1.1 La semántica de la teoría

Si se atiende al *objeto* de la teoría, es decir, a aquello de lo que la teoría habla, ésta puede ser caracterizada, en primer lugar, como *amplia* y *elástica*, atendiendo a su extensión, y como integrativa, atendiendo a su intensión. Pero también puede ser caracterizada, en segundo lugar, y como una teoría *formal* y *constructiva*.

1.1.1 LA EXTENSIÓN DE LA TEORÍA: SU ELASTICIDAD

El anhelo de toda teoría jurídica mínimamente ambiciosa –y la de Ferrajoli sin duda lo es– es poder dar cuenta no de uno sino de muchos (o de todos los) sistemas jurídicos, y ello, naturalmente, sin restarle capacidad explicativa de los fenómenos más característicos y complejos de los sistemas jurídicos más evolucionados. Es evidente, sin embargo, que la aspiración teórica a la máxima extensión plantea un problema: una teoría cuyos conceptos estén dotados de una gran extensión será aplicable a un mayor número de sistemas jurídicos pero su capacidad explicativa de los sistemas jurídicos más complejos será menor; y a la inversa, una teoría cuyos conceptos sean complejos y/o estén dotados de una gran intensión tendrá una gran capacidad explicativa de los sistemas jurídicos muy evolucionados, pero será aplica-

ble a menos sistemas jurídicos. Para superar este escollo Ferrajoli proporciona una solución talentosa: opta por una teoría que comienza introduciendo conceptos elementales, dotados de poca intensidad (como permiso, obligación, prohibición, norma jurídica, etc.) y que permitirían reconstruir los sistemas jurídicos primitivos e incluso sistemas normativos no jurídicos; y continúa introduciendo conceptos complejos, dotados cada vez de mayor intensidad (como derechos fundamentales, acto constituyente, constitución, separación de poderes, garantías, etc.), que permitirían reconstruir, sucesivamente, los sistemas jurídicos positivos y los sistemas jurídicos del estado legal de derecho y del estado constitucional de derecho¹. Por eso no tiene demasiado sentido hablar del alcance empírico *global* de esta teoría del derecho sino que habría que hablar más bien del alcance más o menos *amplio* de sus particulares conceptos, tesis y subteorías². Y por eso la teoría del derecho de *Principia Iuris* puede calificarse, a mi juicio, no sólo como amplia sino también y sobre todo como *elástica*, pues permite reconstruir e interpretar, a medida de las necesidades, sistemas jurídicos en distinto grado de evolución y complejidad, desde los más primitivos hasta el Estado constitucional de derecho, que es la manifestación más compleja y evolucionada del derecho y desde luego el objeto preferente de la teoría.

1.1.2 LA INTENSIÓN DE LA TEORÍA: SU CARÁCTER *INTEGRATIVO*

Por otro lado, desde el punto de vista de la intensidad de la teoría se plantea la cuestión (metateórica) de si el objeto de la misma es la dimensión normativa del derecho o su dimensión fáctica. Ferrajoli resuelve esta cuestión imponiendo la «integración» de las dos dimensiones del derecho mencionadas: si la teoría ha de ser apta para reconstruir también (y sobre todo) el estado de derecho constitucional, entonces es necesario que dé cuenta de la eventual e inevitable divergencia entre el ser y el deber ser *en el* derecho que constituye la

¹ *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), trad. esp. de Perfecto Andrés, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, vol. I, *Teoría del derecho*, pp. 6 y 18-19. La teoría del derecho elaborada aquí –precisa FERRAJOLI– «pretende ser una teoría del derecho positivo moderno y, al mismo tiempo, de las formas jurídicas de la democracia. Su tercera parte está dedicada al “estado de derecho” (...) Su cuarta parte se dedica finalmente a la explicación de las complejas formas y garantías de la “democracia constitucional” (...) La primera parte de la teoría, dedicada a la deontica, y una parte de la segunda tienen no obstante un alcance empírico bastante más extenso, pudiendo valer también para sistemas jurídicos premodernos y hasta para sistemas normativos de carácter no jurídico» (pp. 6-7).

² «Una teoría del permiso y de la obligación, por ejemplo, pudiendo valer para todos los ordenamientos jurídicos posibles, tiene un alcance empírico más amplio que una teoría de los derechos subjetivos, que histórica y espacialmente resulta bastante más circunscrita; y ésta, a su vez, tendrá un alcance más extenso que una teoría de los derechos fundamentales o sólo de los derechos sociales» (*Principia Iuris*, I, p. 6).

columna de ese paradigma, y por consiguiente es necesario que dé cuenta tanto de la dimensión normativa del derecho como de su dimensión fáctica. Si puede decirse así, la teoría es *integrativa* de las dos dimensiones. La divergencia entre el «ser» y el «deber ser», que la teoría del garantismo (o del estado constitucional) había llevado hasta la esfera misma del derecho³, es llevada ahora también a la teoría del derecho, superándose de este modo la aproximación al derecho puramente normativista y la puramente realista.

En los sistemas complejos que la teoría debe poder explicar, como son los estados constitucionales de derecho, no basta con una aproximación al derecho puramente normativista o puramente realista, porque ambas aproximaciones ofrecen una representación del derecho que resulta parcial y en esta medida falaz. La aproximación normativista es parcial o incompleta porque da cuenta del derecho que (normativamente) «debe ser» pero ignora el derecho que es; o sea, su práctica efectiva. Ignora por tanto las posibles lagunas jurídicas que expresan los márgenes de ineffectividad de las normas de nivel superior. La aproximación realista, por su parte, es también parcial o incompleta porque da cuenta del derecho que (efectivamente) «es» pero ignora el derecho que debe ser. Ignora por tanto las posibles antinomias jurídicas que expresan los márgenes de ilegitimidad de las normas de nivel inferior. En otras palabras, en el estado constitucional de derecho siempre subsiste una virtual divergencia entre el «deber ser» constitucional del derecho y su «ser» legislativo, y la teoría del derecho debe estar en condiciones de dar cuenta de las antinomias y de las lagunas expresadas por esa virtual divergencia.

En el planteamiento de la metateoría semántica del derecho de *Principia Iuris*, la divergencia entre el ser y el deber ser *en el* derecho ha de ser, pues, explicitada y tematizada por la teoría del derecho. Es más, esta divergencia es el «objeto privilegiado de la teoría»⁴. Por eso la teoría del derecho integra estas aproximaciones sólo parciales al derecho (la normativista y la realista) y para ello introduce, junto a la distinción entre los conceptos de vigencia o existencia y efectividad (*del* derecho), también la distinción entre los conceptos de vigencia y validez (*en el* derecho).

La distinción entre *vigencia* y *efectividad* es la que media entre derecho y realidad, entre normas y hechos, entre el deber ser jurídico o *de* derecho y el ser no jurídico o de hecho. Se manifiesta en la ineffectividad del derecho y traduce, por consiguiente, la diferencia entre la perspectiva normativista y la realista. Por su parte, la distinción entre *vigencia* y *validez* es la que media entre el «ser» y el «deber ser» de las normas *en el* derecho, y se vincula al constitucionalismo por cuan-

³ Me refiero a la teoría del garantismo desarrollada por L. FERRAJOLI en *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel, J. Terradillos, Madrid, Trotta, 1995.

⁴ *Principia Iuris*, I, p. 14.

to sistema que incluye límites y vínculos (formales y sustanciales) a la producción legislativa. Se manifiesta en la invalidez del derecho, o sea en la inefectividad de las normas que imponen tales límites. Por eso la validez (o invalidez) de las normas de nivel inferior equivale a la efectividad (o inefectividad) de las normas de nivel superior, y por lo tanto a la conformidad (o disconformidad) –en cuanto a la forma– o a la coherencia (o incoherencia) –en cuanto al significado– de las primeras respecto a las segundas.

Resulta claro, pues, que una teoría del derecho construida conforme a estas categorías (vigencia o existencia, validez y efectividad) es al mismo tiempo normativista y realista, pues está en condiciones de explicar la doble naturaleza, normativa y fáctica, de los fenómenos jurídicos. Se supera así la tradicional identificación kelseniana y hartiana entre validez y existencia jurídica de las normas, que se muestra incapaz de dar cuenta del fenómeno de la *existencia* de normas *inválidas*. En el caso de Kelsen porque las normas se asumen como válidas (mientras no sean declaradas inválidas por un procedimiento de anulación) sólo porque son existentes. En el caso de Hart porque, al identificar igualmente la validez de las normas con su existencia y hacerla depender del respeto por los límites a la competencia normativa, las normas se asumen como inexistentes sólo porque son inválidas. En ambos casos se descuida la doble vinculación, formal pero también sustancial, de los poderes normativos en el estado constitucional de derecho, y en consecuencia se impiden la comprensión y la crítica de ese fenómeno central en este modelo de estado que es el derecho inválido o ilegítimo⁵. La distinción entre existencia o vigencia y validez permite tal comprensión y tal crítica, y ofrece así una imagen más completa y compleja del fenómeno jurídico.

1.1.3 LA DISTINCIÓN DE LA TEORÍA FRENTE A LA DOGMÁTICA, LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y LA FILOSOFÍA DE LA JUSTICIA: SU CARÁCTER *FORMAL* Y *CONSTRUCTIVO*

Es evidente que la duplicidad de puntos de vista que asume la teoría del derecho (el normativista y el realista) constituye su rasgo específico frente a la dogmática jurídica y a la sociología del derecho⁶, la primera de las cuales sólo adopta la perspectiva normativista que asume como referente empírico las normas mientras que la segunda sólo adopta la perspectiva realista que asume como referente empírico los hechos. Pero existe otra diferencia esencial entre el discurso de la teoría del derecho y los discursos de la dogmática y la sociología jurídicas; una diferencia que se da también frente al discurso de la filosofía política y que puede resumirse así: mientras que la teoría del dere-

⁵ *Principia Iuris*, I, pp. 498-499.

⁶ *Principia Iuris*, I, p. 11.

cho tiene carácter puramente *formal* los otros tres discursos tienen carácter *crítico*.

Aunque todos estos discursos comparten un mismo objeto (el derecho) y gran parte del aparato conceptual teórico, hay en efecto una diferencia entre la teoría del derecho, por un lado, y la dogmática jurídica, la sociología del derecho y la filosofía política, por otro. Estas tres últimas son discursos que desempeñan un papel *crítico* en relación con el derecho: crítica de los eventuales perfiles de *injusticia* del derecho en su conjunto, en el caso de la filosofía política; crítica de los eventuales perfiles de *invalidéz* de las normas jurídicas, en el caso de la dogmática jurídica; y crítica de los perfiles de *inefectividad* del derecho, en el caso de la sociología jurídica. Frente a estos discursos críticos, la teoría del derecho se presenta como una «teoría formal que se limita al análisis de los conceptos teórico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas», o si se quiere, al «análisis de las formas y estructuras del derecho positivo»⁷. Sus tesis y definiciones, por tanto, nos dicen *qué son* las normas, las prohibiciones, la validez, las obligaciones, la nulidad, etc., pero no nos dicen *cuáles son* en cada sistema concreto, ni *cuáles deben ser*, ni *cómo son (o no son) de hecho* realizadas. Son tesis y conceptos, en este sentido, ideológicamente neutrales, independientes de cualquier sistema de valores⁸.

Esta caracterización de la teoría del derecho –discutible en lo que se refiere a su neutralidad⁹– tiene la indudable virtud de configurarla como un sistema de conceptos y de aserciones teóricas interpretable, bien por el discurso de la dogmática jurídica (si se toman como referencias empíricas de tales conceptos y aserciones las normas jurídicas que regulan los comportamientos humanos), bien por la sociología del derecho (si se toman como referencias empíricas de la teoría del dere-

⁷ *Principia Iuris*, I, pp. 18 y 4.

⁸ *Principia Iuris*, I, p. 19.

⁹ Algunos de sus conceptos, en efecto, parecen «construidos» o «reconstruidos» con el propósito de poder derivar a partir de ellos tesis valorativas concretas. Considérese, por ejemplo, la definición de «acto ilícito» como «acto informal prohibido» a la que nos referiremos en el siguiente epígrafe. Qué duda cabe que el «pragmatismo» de esa redefinición no depende sólo de su mayor capacidad explicativa y reconstructiva del fenómeno jurídico, sino también (y diría que sobre todo) de su mayor aptitud para realizar ciertos ideales. Tal opción es la única que permite afirmar el carácter prescriptivo (y en este sentido la relevancia) de muchas obligaciones y prohibiciones constitucionales e internacionales para las que no se han previsto sanciones para su incumplimiento e identificar la falta de las normas sancionatorias como un vicio (una laguna indebida) del ordenamiento. El propio Ferrajoli confirma la dimensión valorativa de estas «elecciones» conceptuales: calificar como ilícitos la guerra y las violaciones de derechos fundamentales cometidas por los estados «es el presupuesto jurídico de la construcción de una democracia internacional; del mismo modo que la configuración de las sanciones para tales ilícitos (...) como técnicas de garantía de los principios violados por ellos permite concebir su ausencia como “lagunas” que la comunidad internacional tiene la obligación de colmar». Y aún más explícitamente: a veces, en tales elecciones, están presentes «opciones de carácter ético-político» (*Principia Iuris*, I, pp. 477 y p. 22).

cho los comportamientos humanos regulados por las normas), o bien por el discurso filosófico político (si se valora y/o proyecta el derecho desde el punto de vista de un sistema axiológico dado). La «indudable virtud», pues de este modo Ferrajoli ofrece un *modelo integrado de ciencia jurídica* en el que la teoría del derecho representa la columna vertebral. En palabras del autor: la teoría del derecho tiene carácter *formal*, pero, en el plano intensional, «es susceptible de una interpretación semántica de tipo realista, esto es, desde el punto de vista descriptivo externo de la *efectividad*, llevada a cabo por la sociología del derecho; de una interpretación semántica de tipo normativista, es decir, desde el punto de vista jurídico interno de la *validez*, llevada a cabo por la dogmática jurídica; y finalmente de una interpretación semántica de tipo axiológico, o sea, desde el punto de vista prescriptivo externo de la *justicia*, llevada a cabo por la filosofía política»¹⁰. La teoría del derecho, en suma, es el lugar de encuentro de las diversas aproximaciones al estudio del derecho, a las que ofrece un aparato conceptual en gran medida común. La teoría, además, al dejar bien claros los diferentes niveles de discurso y las relaciones entre ellos, ayuda a evitar las confusiones que están en la base de la comisión de falacias: la *iusnaturalista*, que impide reconocer la existencia de normas válidas, aunque injustas; la *legalista*, que impide reconocer la existencia de normas injustas, aunque válidas; la *normativista*, que impide reconocer la existencia de normas vigentes, aunque inválidas; y la *realista*, que impide reconocer la existencia de normas válidas o vigentes pero inefectivas.

Por lo demás, además de formal, la teoría de *Principia Iuris* es en sentido estricto *constructiva* de su objeto, al modo del iusnaturalismo racionalista: aspira a la reconstrucción del derecho como un orden racional dotado de una lógica interna. Por eso su singularidad frente a los otros discursos jurídicos reside en la *elaboración artificial de un lenguaje propio* (el lenguaje de la teoría) que permita esa reconstrucción racional del universo jurídico. Y también por eso, la singularidad de esta teoría, frente a las teorías jurídicas del positivismo que han aspirado a la neutral descripción de las formas y relaciones jurídicas, reside en su importantísima *dimensión pragmática y normativa*. Este es sin duda su rasgo más característico.

1.2 La pragmática de la teoría: su papel *normativo* y no meramente *descriptivo*. El rol *crítico* y *proyectivo* de la teoría

Hasta aquí se ha dicho que la *finalidad u objetivo* central de la teoría (que es elástica, integrativa, formal y constructiva) es reconstruir minuciosamente el paradigma teórico y normativo del Estado constitucional de derecho. Ahora bien, como ya se adelantó esa reconstruc-

¹⁰ *Principia Iuris*, I, p. 19. Vid. también pp. 36-40.

ción no está movida sólo por un fin *teorético* y *explicativo*, sino también –y de manera prioritaria– por el objetivo (de carácter *ético-político*) de hacer más visibles los aspectos de ilegitimidad de las actuales democracias constitucionales y facilitar así la crítica y superación de los mismos. Ese rol *crítico* o *proyectivo* de la teoría es lo que la dota de sentido, y se vincula a su carácter pragmático y normativo y no puramente formal.

La teoría formal del derecho, en efecto, elaborada como una disciplina autónoma y sistemática sobre todo a raíz de la obra de Kelsen, se asentaba sobre una serie de presupuestos metateóricos que hasta hace poco han coincidido con las características estructurales del derecho positivo moderno (el principio de legalidad como norma de reconocimiento y fuente de legitimación del derecho vigente; el monopolio estatal y legal de la producción jurídica; la separación de los poderes públicos, etc.). En los últimos tiempos, sin embargo, tales presupuestos han cambiado. Por muchos factores: por la ruptura del viejo nexo entre derecho y Estado, que ha destruido la unidad e incrementado la incoherencia de los sistemas; por la ampliación de los asuntos en los que el derecho interviene; por el surgimiento de nuevas desigualdades ligadas a la nacionalidad y ciudadanía; por la crisis de la razón jurídica y política y de la capacidad regulativa del derecho, etc. Pero que los presupuestos de la teoría del derecho hayan cambiado no significa que ésta haya dejado de tener sentido. Más bien al contrario: ha aumentado su necesidad como espacio autónomo para repensar y redefinir las categorías jurídicas teniendo en cuenta las nuevas formas del poder y las nuevas funciones del derecho¹¹. *Principia Iuris*, precisamente, pretende reconstruir el modelo teórico y normativo del estado constitucional de derecho a fin de que resulten muy claros sus principios y bien visibles las divergencias entre las prácticas jurídicas y dichos principios. En cumplir este papel cifra la teoría su principal justificación.

La oportunidad de la teoría del derecho se muestra, por otra parte, en su dimensión pragmática o normativa. En efecto, aunque la teoría del derecho es *pura o formal*, en el sentido de que no dice nada sobre lo que los concretos sistemas jurídicos dicen o es justo que digan, esto no significa que no tenga un valor normativo y pragmático que se vincula al *carácter artificial* o convencional del derecho. Este es uno de los presupuestos metateóricos centrales de *Principia Iuris*: el derecho no es un objeto natural del que quepa dar cuenta con un discurso meramente descriptivo y avalorativo. Es un universo simbólico de creación humana, y en su *construcción* o «*recreación*» juegan un papel importante la teoría y la reflexión filosófica. El horizonte del jurista –dice Ferrajoli– «no es el del mero espectador. Formamos parte del universo que describimos y contribuimos a producirlo con nues-

¹¹ Precisamente con un repaso de todos estos fenómenos de crisis que acentúan hoy la necesidad de una nueva teoría del derecho se abre la Introducción de *Principia Iuris* (vid. pp. 3 y 4).

tras propias teorías»¹². Esta dimensión pragmática de la teoría constituye una de las claves de su razón de ser.

La dimensión pragmática de la teoría se refleja en varios aspectos:

a) En primer término, los conceptos y tesis primitivas de la teoría son estipulados y asumidos por el teórico, en definitiva «elegidos» o «decididos», en función de criterios pragmáticos: naturalmente en función de su capacidad para explicar y reconstruir el derecho de las democracias constitucionales, pero también en función de su fecundidad crítica y proyectiva.

Tomemos un ejemplo que resulta bien expresivo de lo que se acaba de decir. La definición de «acto ilícito» como «acto informal prohibido», como alternativa a la definición kelseniana que entiende por ilícito el acto al que se conecta una sanción, no es gratuita sino que obedece a las diferentes implicaciones sobre el plano teórico y a los diferentes efectos sobre el plano práctico que tienen ambos conceptos. Si se opta por definir «acto ilícito» como «acto informal prohibido» es porque tal opción es la única que permite configurar como ilícitos las violaciones por parte de los Estados de los derechos humanos establecidos por las cartas internacionales y desde luego la guerra, que no puede ser configurada como ilícito según la definición kelseniana si no es sosteniendo la extraña tesis de que «el *bellum iustum*, esto es la guerra como respuesta a una violación previa del derecho internacional, constituye ella misma una sanción»¹³. Como también permite identificar la falta de las normas sancionatorias para esas acciones como una laguna indebida del ordenamiento que la comunidad internacional tiene la obligación de colmar. En este sentido, pues, la reformulación de los términos primitivos de la teoría no es totalmente neutral, sino que está guiada por criterios pragmáticos. Y más exactamente por criterios que, en el fondo, están al servicio de la afirmación del paradigma constitucional y de la filosofía política que le sirve de base.

b) El valor pragmático de la teoría (y por tanto no puramente descriptivo) se muestra, en segundo término, en el papel *normativo* de los principios teóricos desarrollados por ella. La lógica de la teoría se impone sobre su objeto. La teoría explícita y reconstruye los principios lógicos que reflejan la estructura normativa del derecho (unidad, coherencia y plenitud) y en esta medida *imponen* al derecho la satisfacción de tales principios¹⁴. Más exactamente, estos principios permiten (e imponen) a la dogmática denunciar las antinomias y lagunas e instar su superación, y de este modo la teoría desempeña un papel garan-

¹² *Principia Iuris*, I, p. 36.

¹³ *Principia Iuris*, I, pp. 476 y 22.

¹⁴ Son principios «descriptivos del modelo teórico, pero al mismo tiempo normativos, en el mismo sentido en que lo son los principios de la lógica o de las matemáticas respecto a los discursos que hacen uso de ellos», *Principia Iuris*, I, p. 27.

tista en relación con el derecho. Puede decirse en este sentido que las relaciones lógicas elaboradas por la teoría la hacen normativa en relación con el derecho¹⁵, aunque ese carácter normativo no comporta un compromiso ideológico o valorativo.

c) Por lo demás, los paradigmas jurídicos son en gran parte el producto de las teorías y, en general, de las doctrinas jurídicas y políticas. Es decir, precisamente porque el derecho es esencialmente un universo simbólico, la teoría *produce imágenes* y concepciones globales del derecho como «es», pero también, y sobre todo, del derecho como «debe ser». En este sentido la teoría desempeña un papel por así decir *constituyente o constructivo*.

La teoría del derecho de *Principia Iuris*, en suma, no es una teoría descriptiva que pretenda dar cuenta del derecho realmente existente. Si esta fuera su pretensión sería –al menos en algunos aspectos– manifiestamente falsa. Es una teoría formal que pretende reconstruir, redefinir o recrear ese constructo artificial que es el derecho positivo, y fundamentalmente el derecho positivo de las actuales democracias constitucionales. Bajo este aspecto *reconstructivo de su propio objeto* (no simplemente descriptivo) la teoría tiene una incuestionable dimensión pragmática que se proyecta en la elección apropiada de sus conceptos y tesis primitivas y en el papel normativo o proyectivo que desempeñan sus principios teóricos en relación con el derecho.

1.3 La sintáctica de la teoría: su axiomatización

«Este libro contiene una teoría del derecho construida con el método axiomático». Con esta clara y contundente afirmación se abre el Prefacio de *Principia Iuris*.

La utilización del método axiomático constituye sin duda la novedad radical de *Principia Iuris*. Axiomatizar la teoría supone reelaborar todo el lenguaje jurídico y fundamentar sus aserciones. Más precisamente, supone, primero, *asumir* conceptos primitivos y tesis primitivas (postulados o definiciones) que –como se ha dicho– deben ser justificados en función de criterios pragmáticos; y, después, *definir* todos los demás conceptos a partir de otros conceptos teóricos y mediante reglas de formación previamente establecidas, y *demostrar* todas las demás tesis a partir de otras tesis teóricas y mediante reglas de transformación también preestablecidas¹⁶. La teoría, por consiguiente, estará justificada desde el punto de vista sintáctico si puede demostrarse, mediante operaciones lógicas controlables, que todas las tesis derivadas (teoremas) se deducen de las tesis primitivas (postulados o definiciones) o de otras tesis a su vez derivadas.

¹⁵ *Principia Iuris*, I, p. 32.

¹⁶ *Principia Iuris*, Prefacio, p. VIII.

Que el libro se abra con una afirmación como la más arriba transcrita sobre la sintaxis de la teoría no es baladí. Al contrario, pone de relieve que la axiomatización de la teoría es uno de sus rasgos centrales, si no incluso el más importante. Ello es así porque el método axiomático, el cálculo, hace el discurso prolijo y farragoso, pero tiene la virtud de que permite una mayor transparencia o control lógico de las tesis que contiene; y no se olvide que la transparencia y el control están al servicio del rol crítico y proyectivo de la teoría. Es más, la teoría –como dice su autor– es justamente (y sólo) la expresada por las fórmulas, por el cálculo. El resto es traducción y comentario¹⁷.

Este trabajo de axiomatización ha supuesto un esfuerzo admirable y titánico que expresa el afán de Ferrajoli por construir una ciencia jurídica *more geometrico demonstrata*. Obviamente podrá discutirse el mayor o menor rendimiento de este esfuerzo. Por ejemplo, cabría cuestionar la función práctica que el autor atribuye a la axiomatización, y en particular se podría poner seriamente en duda –en contra de lo que se afirma¹⁸– que la axiomatización mediante la reconstrucción de todo el lenguaje teórico haga que la teoría también resulte accesible a los no expertos en derecho. De lo que no cabe duda, sin embargo, es de que tras este esfuerzo se vislumbra el compromiso con la herencia ilustrada, que se muestra en la aspiración –como afirma el autor en el Prefacio– a «la simplificación del lenguaje teórico; la claridad y univocidad de los conceptos y las tesis asumidas; la exposición de todas las deducciones al control lógico y de todas las asunciones a la valoración y a la crítica extra-lógica; la coherencia interna y la sistematicidad del conjunto; y, en fin, la superación de las ambigüedades y de las muchas aporías y paralogismos que resultan inevitables en cualquier discurso formulado en lenguaje ordinario»¹⁹. Estas son las virtudes teóricas de la formalización de la teoría, y desde luego no parece que puedan ser seriamente cuestionadas.

Naturalmente toda teoría del derecho, y también por tanto la de *Principia Iuris*, puede ser construida sin recurrir a su formalización. De hecho –como el mismo autor reconoce– el empleo del método axiomático es el aspecto más llamativo e insólito de la teoría que desarrolla. Por eso, y dado que el propio Ferrajoli confiesa que –desde el punto de vista metateórico– la teoría formalizada refleja una aspiración de la filosofía de la ciencia del neopositivismo lógico presente aún en los años Sesenta del pasado siglo, que es cuando *Principia Iuris* fue proyectado, cabría preguntarse si el autor, en el caso de tener que proyectar hoy esa teoría, la hubiese concebido también como una teoría axiomatizada o formalizada.

¹⁷ *Principia Iuris*, I, Prefacio, pp. IX-X.

¹⁸ *Principia Iuris*, I, Prefacio, p. IX.

¹⁹ *Principia Iuris*, I, Prefacio, pp. VIII-IX.

2. ¿PARA QUÉ SIRVE LA TEORÍA?

Tras esta caracterización de la teoría volvemos ahora a la pregunta inicial: ¿Para qué sirve la teoría? ¿Qué objetivo persigue o a qué fines sirve? La respuesta a estas preguntas me parece que está implícita en la afirmación con la que abría esta presentación: *Principia Iuris* representa en cierto modo la continuación lógica de *Derecho y Razón* y está por ello al servicio de la misma filosofía política que anima el proyecto garantista.

La filosofía política del garantismo contempla el Estado y las instituciones como artificios humanos que sólo se justifican en la medida en que se ponen al servicio de los naturales derechos. En conexión con ello, y frente a algunas teorizaciones de gran predicamento en los últimos tiempos que ven en el Derecho una obra colectiva y cooperativa y que parecen asumir implícitamente una gran confianza en la bondad del poder o de la anomía, la teoría general del garantismo arranca de la idea –presente ya en Locke y en Montesquieu– de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso²⁰ que es preciso neutralizar haciendo del Derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos. Por eso el garantismo se opone al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad; y también por eso el estado constitucional de derecho es visto como el producto de la mejor ingeniería jurídica²¹. *Principia Iuris* es ahora la argamasa teórica que cimenta esa visión, y su reconstrucción racional del estado constitucional de derecho está comprometida con esa potente filosofía política.

Con este compromiso como telón de fondo, la teoría, pese a su carácter formal y a su inédita presentación axiomatizada, está guiada por un doble fin. Desde luego por un fin *teórico* consistente en proporcionar la reconstrucción y explicación más ajustada del paradigma constitucional, para lo cual debe *dar cuenta* de la teoría de la divergencia que constituye el nervio de ese paradigma. Pero está guiada también, y muy principalmente, por un fin *ético-político* que se vincula a la comentada filosofía política y que consiste en facilitar la *crítica* de las eventuales divergencias entre el ser y el deber ser en los distintos niveles y *las propuestas de superación* de las mismas.

²⁰ «La libertad política... –escribía MONTESQUIEU– aparece... solo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él», *Del espíritu de las leyes* (1748), trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1972, Libro XI, cap. IV, p. 150.

²¹ He analizado con más detalle la filosofía política del garantismo en «La Teoría General del Garantismo. Rasgos Principales», M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el Pensamiento Jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.

Precisamente porque ha de servir a ese fin ético-político, la teoría no puede ser neutral o descriptiva sino ideológica y normativa. La pragmática de la teoría, su rol crítico y proyectivo, es lo que le confiere todo su sentido.

Incluso la axiomatización, que es el rasgo más novedoso e inédito de la teoría, está al servicio de esa potente filosofía política. Esto es así porque la formalización de la teoría no sólo permite una *mayor transparencia y control* lógico de las tesis que contiene, sino que además, y como consecuencia de ello, contribuye también a *hacer más visibles las divergencias entre ser y deber ser*, entre efectividad y normatividad, que como se ha dicho constituyen el objeto privilegiado de la teoría y se conectan a esa visión negativa del poder, que ha de ser siempre controlado y sus desviaciones eventualmente denunciadas. La desconfianza hacia el poder, en otras palabras, es lo que justifica la apuesta por el modelo del estado constitucional de derecho, como ya quedaba claro en *Derecho y Razón*. La teoría del derecho expresada en *Principia Iuris* reconstruye ahora ese modelo de modo hiperracionalista no sólo por las virtudes teoréticas que ello supone sino también para poder medir mejor la distancia que separa la realidad del modelo e instar –en su caso– a la transformación de la misma.

Por lo demás, es también el compromiso de Ferrajoli con la filosofía política del garantismo lo que aproxima su teoría al positivismo pero, al mismo tiempo, la separa del mismo.

Por una parte, la teoría es *positivista* (y se aparta del neoconstitucionalismo) en dos aspectos básicos. En primer lugar, su obsesión por la *separación entre derecho y moral*, que es lo que permite la permanente crítica al poder: ninguna concesión en este sentido al legalismo ético pero tampoco al constitucionalismo ético. En segundo lugar, y al servicio también de esa separación entre derecho y moral, su débil confianza en la aplicación directa de los principios constitucionales y en las virtudes de la argumentación jurídica, y el consiguiente empeño por defender una *visión cognoscitivista de la interpretación*²².

Es verdad que este es uno de los aspectos más criticados no sólo desde el no-positivismo sino también desde las filas del propio positivismo, que hoy sostiene predominantemente la tesis de la discrecionalidad interpretativa. Pero también es verdad que Ferrajoli no es un ingenuo que ignore la insuprimible discrecionalidad o subjetividad que entraña todo juicio interpretativo, en particular cuando de interpretar los imprecisos y abiertos preceptos constitucionales se trata. No participa de la tesis (teórica y descriptiva) del juez como «boca muda» de la ley tal y como fue consagrada en el paleopositi-

²² Estos dos aspectos que separan a la teoría jurídica de *Principia Iuris* de las construcciones más frecuentes del neoconstitucionalismo han sido destacados por Luis PRIETO en «*Principia Iuris*: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional», en *DOXA*, 31 (2008), pp. 325 ss.

vismo, pero sí recoge el significado primigenio de la misma: la acoge como tesis (ideológica o prescriptiva) que reconstruye cómo debe ser la actividad interpretativa. Muy simplemente, el Juez de *Principia Iuris* es un operador que *debe constatar*, y raramente valorar o decidir. Y para mantener esto Ferrajoli –sobre los pasos también del programa ilustrado– formula una *denuncia* y plantea una *exigencia al Legislador*: la culpa de los márgenes de irracionalidad y con ello de ilegitimidad de la acción judicial es, en la mayoría de los casos, consecuencia de una mala legislación; una legislación clara, coherente y precisa estrecha los márgenes de discrecionalidad judicial y permite mantener la interpretación en sus estrictos términos de actividad de constatación. La teoría jurídica de *Principia Iuris* exige, si puede decirse así, a cada uno lo suyo: al Juez, ejercer un poder cognitivo y de mera constatación (un no poder o, como dice Guastini, un poder en cierto modo nulo²³); al Legislador, hacer que eso sea viable mediante una legislación que reduzca al mínimo la discrecionalidad y valoración judicial.

Pero por otro lado, la *dimensión pragmática o normativa* de la teoría, que se refleja fundamentalmente en la elección apropiada de sus conceptos y tesis primitivas (apropiada por su fecundidad explicativa pero también por su adecuación ético-política) y en el papel normativo o proyectivo que desempeñan sus principios teóricos en relación con el derecho, *la separa de las construcciones teóricas del positivismo*. No en vano este es uno de los aspectos más criticados. En este punto central, sin embargo, Ferrajoli tiene las ideas claras: el empeño de muchos positivistas de seguir fieles al método descriptivista y avalorativo del derecho obedece a la ilusión paracientífica de que el derecho puede ser estudiado como un objeto natural, autónomo frente a la política y a la reflexión teórica y filosófica. Superada esta ilusión aparece inevitablemente la aludida dimensión pragmática de la teoría y de la ciencia del derecho: el derecho –dice el autor– no es ajeno a nuestras reflexiones, «es como lo pensamos, teorizamos, proyectamos, producimos, interpretamos, defendemos y transformamos, de manera que todos tenemos una parte de responsabilidad en cómo es»²⁴.

Principia Iuris representa, en suma, un titánico esfuerzo teórico que se vincula a un proyecto global de *lucha por la justicia*, un proyecto que se manifiesta incluso en la propia trayectoria personal de Ferrajoli, en su compromiso vital²⁵. Es la hiperracionalización al servicio de un programa ideológico que hunde sus raíces en la Ilustración jurídica. Por eso se ha podido afirmar que esta teoría constituye «la

²³ Ricardo GUASTINI, «I fondamenti teorici e filosofici del garantismo», en L. GIANFORMAGIO (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Turín, Giappichelli, 1993, p. 53.

²⁴ *Principia Iuris*, I, p. 36.

²⁵ Remito a la excelente entrevista de Juan RUIZ MANERO a FERRAJOLI en *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.

expresión más ambiciosa y acabada que del racionalismo jurídico, formal, matematizante y constructivo se ha intentado en las últimas centurias». E igual que en el iusnaturalismo racionalista la razón especulativa se transformó en razón práctica y en «energía para la acción», también ahora la reconstrucción teórica de *Principia Iuris* se pone al servicio de la crítica y de la reforma²⁶. Aquí reside a mi juicio su singularidad y desde luego enorme valor: Ferrajoli inserta la lucha por la justicia en el propio seno de la teoría.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012.

²⁶ Luis PRIETO, «La teoría del derecho de Principia Iuris», en Gema MARCILLA (ed.) *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Universidad del Externado, 2009, esp. p. 44.