

La lógica en el derecho. Una respuesta a Riccardo Guastini

Logic in law. A response to Riccardo Guastini

Luigi Ferrajoli¹

Universidad Roma Tre. Italia

luigi.ferrajoli@uniroma3.it

Resumen: Este ensayo, motivado por una crítica de Riccardo Guastini, ilustra el papel de la lógica en el derecho y precisamente: a) en la construcción de la teoría del derecho, b) en el razonamiento y en los discursos desarrollados por las disciplinas jurídicas positivas y c) en los razonamientos y en las operaciones de operadores jurídicos y en particular de los jueces.

Palabras clave: lógica deóntica, teoría del derecho, razonamiento judicial, Riccardo Guastini.

Abstract: This paper, originated from a criticism by Riccardo Guastini to my views about law and logic, concerns the role of logic in law, namely: a) in the construction of legal theory; b) in the reasoning of legal science; c) in the reasoning and operations of legal practitioners, particularly judges.

Keywords: deontic logic, legal theory, judicial reasoning, Riccardo Guastini.

I. Una observación crítica sorprendente y reveladora

Siempre me ha sido difícil comprender plenamente el sentido de las críticas que Riccardo Guastini ha dirigido, en diversas ocasiones, a mi trabajo. Indudablemente, las críticas más radicales son las que él ha formulado en un capítulo de su último libro, *Discutendo* (Guastini, 2017, pp. 111-122): un texto que, primero, leí con estupor; pero luego con el placer debido al descubrimiento, finalmente, de las razones profundas de nuestros disensos. Hay un pasaje, aparentemente marginal, que me hizo estremecer y que reveló la medida y naturaleza de las incomprensiones: considerando que “las normas no tienen valores de verdad” –escribe Guastini– “por desgracia Luigi Ferrajoli no aclara qué otros valores lógicos tienen las normas, de manera que su lógica deóntica queda sin fundamento conceptual”(Guastini, 2017, p. 112, nota 5).

Partiré de esta observación crítica que me ha parecido ser el indicio de diversas incomprensiones, para discutir el rol de la lógica en el derecho y específicamente: a) en la construcción de la teoría del derecho, b) en el razonamiento y en los discursos

de los regímenes jurídicos positivos y c) en los razonamientos y en las operaciones de los operadores jurídicos y, en especial, de los jueces. En el último párrafo hablaré de la doble valencia –al mismo tiempo, normativista y realista– que, en mi opinión, la asunción como tesis teóricas de tesis elementales de lógica deóntica asocia a la teoría del derecho, poniéndola en condiciones de dar cuenta de la virtual divergencia deóntica entre los niveles normativos en los que se articulan los ordenamientos complejos y, en específico, los del estado constitucional de derecho; por último, criticaré el realismo de Guastini, al menos en la versión ilustrada en su reciente escrito antes referido.

II. La lógica en la teoría del derecho

Comencemos por el rol de la lógica en la construcción de la teoría del derecho: “[mi] lógica deóntica” quedaría “sin fundamento conceptual” –dice Guastini– dado que yo no aclaro “qué valores lógicos tienen las normas”. Sin embargo, yo en absoluto no tengo una “lógica deóntica (propia)”. Como he tratado de aclarar varias veces, en especial en el § 1.3 del primer capítulo de *Principia iuris* (Ferrajoli, 2007a, pp. 114-120) y luego en los diversos debates que le han sucedido (Ferrajoli, 2008, pp. 406-407; 2011a, pp. 25-28; 2012, pp. 116-118), he tratado lo que comúnmente se entiende por “lógica deóntica” no como una lógica, sino como una parte de la teoría empírica del derecho, asumiendo a los operadores deónticos (permitido, prohibido, obligatorio, facultativo, etc.) como términos teóricos primitivos o indefinidos, y las tesis de la deóntica no como tesis analítica, sino como tesis teórica del sistema formalizado construido por mí.

En virtud de esta operación, ‘norma’, ‘permiso’, ‘deber’, ‘prohibición’ y después ‘expectativa positiva’ y ‘expectativa negativa’, son términos teóricos como todos los demás, y las tesis que los emplean son tesis teóricas y no tesis puramente lógicas. La operación, como he explicado en las páginas de *Principia iuris* que acabo de citar, es esencial específicamente a la teoría del derecho positivo; dentro de 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 sobre el plano teórico se pueda afirmar que si un comportamiento, como perfectamente puede ocurrir en los sistemas nomodinámicos, es prohibido por una determinada norma y permitido por otra, entonces ambas normas son contradictorias entre sí. Lo mismo se debe decir del resto de las tesis desarrolladas en los primeros dos capítulos de *Principia iuris*. Guastini (2017, p. 113) escribe que “estos principios elementales de la lógica deóntica valen, según Luigi Ferrajoli, para los sistemas estáticos: no así para los dinámicos y, por tanto, no para los ordenamientos *jurídicos*”. Esto no es cierto, antes bien, he sostenido lo contrario. La diferencia entre los sistemas estáticos y los dinámicos radica en que en los primeros la hipótesis de que un comportamiento sea prohibido por determinada norma, y permitido por otra, simplemente es imposible,

dado que, gracias al estatuto puramente lógico que la contradicción entre permitido y prohibido tiene en ellos, si un comportamiento es prohibido en ellos, entonces es inconcebible que también sea permitido.

Por esto, la reducción de la lógica deóntica a un capítulo de la teoría del derecho es absolutamente indispensable para dar cuenta precisamente de la naturaleza de los sistemas nomodinámicos, como es típicamente el derecho positivo: ya que estos sistemas, precisamente porque son dinámicos, pueden contener normas contradictorias, que las tesis deónticas de la teoría permiten identificar como tales. Aquí el derecho natural evocado por Guastini en absoluto guarda alguna relación, como tampoco lo hace la idea del “legislador racional” de von Wright o la del “buen legislador” de Bobbio (Guastini, 2017, pp. 114-116). Aquí, simplemente, se trata de la noción teórica de *validez sustancial*, que he definido como *coherencia* o compatibilidad, y de *invalidéz sustancial*, que he definido como *incoherencia* o incompatibilidad de las normas producidas con los significados expresados por normas supraordinadas a ellas, en adición a la noción de *validez formal* y de *invalidéz formal*, definidas en cambio como *conformidad* o *disconformidad*, respectivamente, de los actos normativos con relación a las formas predispuestas para ellos por normas igualmente supraordinadas.²

Así, se entiende que el hecho de que las normas carezcan, como es obvio, de valores de verdad (no menos que los actos, bienes, sujetos u ordenamientos, vale decir, de los demás términos de la teoría referidos a otros géneros y campos empíricos) no guarda absolutamente ninguna relación con su estatuto como términos teóricos, ni mucho menos con el estatuto de la teoría. El valor de verdad de las tesis de la teoría –sea que hablen de normas o de actos normativos, de deberes o de prohibiciones y específicamente de situaciones jurídicas, o de validez o vigencia, de cosas o de bienes, de poderes o de competencias, de sujetos o de ordenamientos– no guarda ninguna relación ni con el valor lógico de las normas, ni con el valor lógico de las proposiciones normativas, es decir, de las tesis que interpretan normas. Y esto por la simple razón de que la teoría del derecho –aquella “pura” de Kelsen, aquella “formal” de Bobbio y con mayor razón la elaborada en *Principia iuris*, que además es formalizada– no habla ni debe hablar de lo que dicen las normas, de lo que dicen los juristas cuando interpretan las normas o de lo que hacen los operadores jurídicos cuando producen, aplican o argumentan normas. Esta consiste simplemente –aun cuando Guastini tiene una concepción singularmente diferente, de la que hablaré más adelante– en un aparato conceptual idóneo para dar cuenta de nuestros sistemas jurídicos complejos y de las imperfecciones inevitablemente consecuentes al hecho de que ellos se articulan en diversos niveles normativos. De hecho, perfectos, es decir, carentes de antinomias y lagunas,³ solo son los sistemas estáticos y, por otra parte, y por razones opuestas, los sistemas dinámicos de un solo nivel, en general ocupado por un solo productor de

normas, al mismo tiempo legislador, juez y administrador –en breve, un déspota que no delegue ningún poder– y, por tanto, en condiciones de contradecirse a voluntad sin generar imperfecciones.

En su respuesta epistolar, Guastini ha afirmado que “la idea de que la lógica deóntica sea una ‘parte de una teoría empírica’ [le] parece un sinsentido”. Por ello, es necesario recordar que en una teoría axiomatizada la elección de los axiomas o tesis primitivas o indemostradas (en *Principia iuris*, los 16 postulados y las 270 definiciones) es totalmente confiada, no menos que la de los términos indefinidos (en *Principia iuris*, los 16 términos primitivos) a la libre elección del teórico. Naturalmente, su bondad depende de su capacidad de dar lugar a un sistema de conceptos y afirmaciones concatenadas dentro de una sintaxis rigurosa y dotados de capacidad explicativa y de alcance empírico. Ahora bien, asumiendo como primer término primitivo al predicado “permitido”, entre los axiomas he adoptado el postulado P1 $-(x)(\neg \text{PER}x \rightarrow \text{PER}^+x)$: si no está permitida la comisión de alguna cosa, entonces su omisión está permitida– que es claramente una tesis de la lógica deóntica, asumida simplemente como primera tesis de la teoría. Esta tiene el valor, mucho más que el resto de los 15 postulados, de ser una tesis intuitivamente verdadera, que es la primera cualidad que obviamente se exige a todo sistema de tesis primitivas. En este caso, además, es una tesis analítica, tomada de una rama de las lógicas modales, precisamente de la lógica modal aplicada al lenguaje preceptivo. ¿Por qué –pregunto– sería un “sinsentido” asumirla como postulado de una teoría empírica como lo es la teoría del derecho?

El “sentido” de su asunción como primera tesis teórica es el expresado en las páginas de *Principia iuris* anteriormente referidas, que por otra parte Guastini dice compartir. Precisamente porque la teoría en la que es asumida como tesis primitiva no es una teoría de la moral sino del derecho positivo, su introducción es absolutamente necesaria para leer como vicios o violaciones las contradicciones entre normas, que en el derecho positivo pueden existir –y que de hecho existen– a causa, precisamente, de su carácter dinámico, vale decir, del hecho de que las normas no son deducidas sino producidas por actos preceptivos. Debo añadir que en absoluto no se ha tratado de una operación descontada. Hablé de ello reiteradamente con Bobbio y discutí de ello ampliamente con muchos colegas y en especial con el difunto Carlo Dalla Pozza, que concordó sobre su absoluta necesidad dentro de una teoría formalizada, que no puede dar nada por implícito, así como sobre la extraordinaria relevancia práctica con ella conferida a la lógica deóntica. Obviamente, en una teoría no axiomatizada, como por ejemplo en la de Kelsen, aquella primera tesis P1 y la entera lógica deóntica no son mínimamente explicitadas. Son asumidas como tesis implícitas, descontadas, obvias, poco importa si de la teoría, de la lógica, de la metateoría o de la metodología.⁴ No obstante, es precisamente su falta de explicitación la insidia que muy a menudo han producido las falacias normativistas y realistas de las que he hablado en diversas

ocasiones: la concepción del derecho solo como norma o solo como hecho, que ignora las posibles divergencias entre niveles normativos y, por ello, entre validez y vigencia, y entre vigencia y efectividad. En la obra de Kelsen, por ejemplo, como he tratado de demostrar (Ferrajoli, 2016, cap. IV-VII), el hecho de que las tesis de la deóntica sean ignoradas o, de cualquier forma, no tematizadas como tesis teóricas fundamentales produce, como resultado deplorable, algunas de las más graves aporías que he evidenciado en ella –como la tesis de la validez de las normas no obstante en contradicción con aquellas supraordinadas a ellas y la tesis sobre la inaplicabilidad de la lógica al derecho– en virtud de las cuales, en estricto, no podrían evidenciarse ni antinomias ni lagunas.

Por el contrario, en una teoría axiomatizada, ninguna tesis fundamental puede ser dejada implícita, inexpressa o sobreentendida, mucho menos aquellas que, como P1, son necesarias para dar cuenta del carácter distintivo de los sistemas nomodinámicos. Es esta la enorme ventaja de la axiomatización. “¿De qué se está hablando” –pregunta Guastini (2017, p. 113)– con relación a la cuestión de si la lógica se aplica al derecho: “¿De las normas jurídicas, que constituyen el contenido de sentido de los enunciados normativos del ‘legislador’ (en sentido genérico o material)? ¿O, en cambio, de los actos legislativos?”. La respuesta a esta pregunta la brinda la teoría de la validez desarrollada en el capítulo IX de *Principia iuris*, en donde he identificado las dos dimensiones de todo fenómeno normativo, la dinámica de los actos jurídicos normativos y la estática de las normas expresadas y producidas por ellos. En consecuencia, obviamente se está hablando de las normas: por tanto, no de la validez formal o de la invalidez formal de los actos normativos, que he definido como conformidad o disconformidad de sus formas respecto a las predispuestas por las normas formales sobre su formación, sino de la validez sustancial y de la invalidez sustancial de las normas producidas, definidas en cambio en base a su “coherencia” o “incoherencia” con los significados de las normas sustanciales supraordinadas a ellas.

En conclusión, las dimensiones de la validez son dos, correspondientes a las dos dimensiones de la fenomenología del derecho positivo: la forma y el significado, el acto y la norma, la nomodinámica y la nomoestática. Es claro que la lógica solo se aplica a las normas, es decir, a la dimensión estática del derecho, y no a los actos. Pero son los actos los que determinan la dinámica que es propia del derecho positivo: no es casualidad que la segunda parte de *Principia iuris*, titulada “El derecho positivo”, se abre con la introducción del primitivo “causa”, con la definición de “efecto” como aquello de lo cual alguna cosa es causa y con la definición de “acto” como comportamiento productivo de “efectos”,⁵ en otras palabras, con tres tesis que forman diversas premisas esenciales del principio iuspositivista de legalidad como norma de reconocimiento, en virtud de los actos de producción normativa, del derecho existente.

De este modo, configurando la clase más importante de los actos jurídicos – los actos lingüísticos que he denominado “formales”, porque reconocibles por la “forma” (el “quién” y el “cómo”) de su producción– como productivos de efectos consistentes, cuando se trate de “decisiones”, en situaciones jurídicas singulares o en normas,⁶ he podido dar cuenta de la positividad y conjunto de la normatividad del derecho en términos, en mi opinión, más rigurosos y dotados de mayor capacidad explicativa de la entera fenomenología del derecho, que la relación kelseniana del “deber ser” entre un ilícito y una sanción. Precisamente, gracias a la utilización como términos y tesis teóricas de los términos y de las tesis de la (lógica) deóntica, he asociado la normatividad del derecho dentro de un sistema nomodinámico no, como en Kelsen, al nexo de implicación que vincula elípticamente un acto antecedente y un acto consecuente, sino a las situaciones o a las normas que, por una parte, son producidas (o expresadas) por los actos decisionales por las que son implicadas como sus efectos en virtud de la relación que he denominado “eficacia” y, por la otra, califican como obligatorios, prohibidos o permitidos a los actos de grado subordinado a los primeros que son implicados por las situaciones como sus actuaciones en virtud de la relación que he denominado “actuabilidad”.⁷ Así, dinámica y estática de los ordenamientos, estructurados sobre diversos niveles normativos, han sido vinculadas a los actos lingüísticos de la producción jurídica (leyes, sentencias, actos administrativos, negocios privados) y a las situaciones o a las normas producidas por ellos, respectivamente.

III. La lógica en los regímenes jurídicos positivos y en el razonamiento de los juristas

Todo esto vale para aclarar en qué sentido la teoría del derecho así construida sugiere y promueve, como he sostenido en diversas ocasiones, un rol crítico y proyectual de los regímenes jurídicos positivos: un rol crítico de las antinomias y de las lagunas, así como un rol de proyección de su superación.

En sí misma, la teoría, más allá de las elecciones realizadas con la estipulación de sus tesis primitivas, vale decir, de los postulados y definiciones, es un conjunto de tesis puramente asertivas. No prescribe nada, no está en condiciones de criticar o proyectar nada, sobre todo porque –siendo “pura” en el sentido de Kelsen o “formal” en el sentido de Bobbio, y en *Principia iuris* además formalizada– no habla ni puede hablar de ningún sistema jurídico concretamente determinado. No obstante, la lógica expresada por las tesis deónticas gobierna los juicios de validez o invalidez, de legitimidad o ilegitimidad formulados por los regímenes jurídicos de los ordenamientos concretos, en orden a las relaciones entre normas de diferente nivel. De aquí su máxima relevancia

pragmática en aquellos ordenamientos complejos y multinivel que son las modernas democracias constitucionales.

“A falta de una aclaración sobre los valores lógicos de las normas (¿carácter satisfactorio, fuerza vinculante?)” –escribe sin embargo Guastini (2017, p. 112, nota 8)– “no se ve en qué sentido una conducta no pueda ser al mismo tiempo permitida y prohibida, ni permitida ni prohibida”. La respuesta es simple: el “sentido” normativo o deóntico en el que “una conducta no puede ser al mismo tiempo permitida y prohibida” –aunque perfectamente pueda serlo fácticamente– es expresado por la teoría del derecho positivo y, en específico, por sus tesis deónticas necesarias para dar cuenta de su carácter dinámico. Son estas las tesis que no solo permiten, sino imponen a los regímenes jurídicos positivos afirmar que contradicciones e incumplimientos, antinomias y lagunas son vicios de las normas producidas, en violación, comisiva u omisiva, de las normas sobre su producción o, lo que es lo mismo, de los principios de no contradicción o de implicación que las normas producidas en base a dichas normas deben satisfacer.

Precisamente, las tesis deónticas formuladas en base al clásico cuadrado de las modalidades deónticas analizado en el primer capítulo de *Principia iuris* –del “permitido que” en contradicción al “prohibido”, del “permitido que no” en contradicción al “obligatorio”, del “prohibido” en relación de contrariedad con “obligatorio”–⁸ permiten evidenciar las *contradicciones* y por ello las violaciones por comisión o “antinomias”: dado el permiso de la comisión y/o de la omisión de un comportamiento, está en contradicción a él la prohibición o el deber del mismo comportamiento, cuya producción integra una violación o una laguna indebida. Por otra parte, las tesis deónticas formuladas en base al cuadrado de las expectativas deónticas elaborado por mí en el segundo capítulo –de las “expectativas positivas” que implican el deber correspondiente y de las “expectativas negativas” que implican las prohibiciones correspondientes–⁹ permiten, en cambio, evidenciar las *implicaciones* y por ello las violaciones por omisión o “lagunas”: dada una expectativa, positiva o negativa, esta implica, o impone, el deber o la prohibición correspondiente a ella, cuya falta de producción integra a su vez un incumplimiento o una laguna.

Podemos expresar estas tesis reconociendo que la estructura en grados de los ordenamientos complejos –el estado legislativo, articulado en el nivel legislativo y en los infraniveles judiciales, administrativos y negociales, y con mayor razón el estado constitucional de derecho, articulado además en el nivel constitucional y en el legislativo– es una estructura normativa y, al mismo tiempo, lógica; que la normatividad sustancial de las normas superiores sobre la producción de normas por obra de actos normativos de nivel subordinado es al mismo tiempo jurídica y lógica; y que, en suma, las normas sobre la producción de normas, supraordinadas a las normas producidas, imponen a estas coherencia y plenitud, una y otra, obviamente,

jamás satisfechas por completo. Efectivamente, no vivimos, y jamás viviremos en un mundo deónticamente perfecto. En todo ordenamiento dinámico siempre existirán antinomias y lagunas. De aquí la extrema importancia, que estoy muy lejos de menospreciar, del enfoque realista, atento a lo que de hecho ocurre, en adición al enfoque normativista, atento a lo que normativamente está dispuesto que ocurra. Coherencia y plenitud –principio de no contradicción y principio de implicación, vale decir, aquellos que he denominado *principia iuris tantum*– son modelos normativos límite, respecto a los cuales sus violaciones, vale decir las antinomias y las lagunas, son fisiológicas, pero que no obstante pueden tornarse patológicas.

Por tanto, las tesis que evidencian antinomias y lagunas no consisten en propuestas políticas: propuestas de *sententia ferenda*, como escribe Guastini (2017, p. 120), dirigidas a la Corte Constitucional para que elimine las antinomias declarando, por ejemplo, la invalidez sustancial de las leyes en contradicción con la constitución; o propuestas de *lege ferenda* dirigidas al legislador para que colme la laguna produciendo, por ejemplo, las leyes de actuación de los derechos sociales constitucionalmente establecidos. Por el contrario, estas son tesis jurídicas, científicamente requeridas, cuando se tome al derecho en serio, por el análisis del lenguaje de las leyes y de la constitución. Obviamente, tanto la tesis doctrinal de las antinomias como la de las lagunas son tesis cuestionables, a causa del carácter cuestionable de las premisas, que siempre son el fruto de la interpretación y en cuya argumentación consiste el grueso del trabajo del jurista. Por ejemplo, dependen de la interpretación de las normas en discusión las tesis según las cuales, en el ordenamiento italiano, es una antinomia la existencia de delitos de opinión por contrariedad del art. 21 de la Constitución y es una laguna la falta de actuación legislativa del derecho a “medios adecuados a las exigencias de vida en caso de... desempleo involuntario” establecido por el art. 38, 2° párrafo Const. it. Sin embargo, el resultado de esta actividad interpretativa y argumentativa es, evidentemente, la instancia, el control, la crítica y la proyección de las operaciones lógicas y normativas que el ordenamiento confía a la legislación y a la jurisdicción.

IV. La lógica en la práctica jurídica, en especial en el razonamiento de los jueces

Llego así al tercer nivel de discurso, el operativo del derecho mismo, sobre el cual se manifiesta el rol de la lógica. Coherencia y plenitud, hemos dicho, no son el *ser*, sino el *deber ser* del derecho positivo. Es este deber ser, diseñado por la jerarquía jurídica y conjunto lógico de las normas, que la doctrina jurídica tiene la tarea científica de controlar y promover pidiendo, por parte de la jurisdicción y la legislación, la expulsión de las normas en contradicción con las normas superiores a ellas y la introducción de las normas implicadas por estas. Por ello, se entiende cómo es, sobre todo con relación

a las patologías del funcionamiento fáctico del derecho, que en la práctica jurídica son aplicados operativamente los *principia iuris tantum* de la coherencia (o de no contradicción) y de la plenitud (o de implicación) a través de su actuación operativa.

Con relación a la *coherencia*, Guastini (2017, p. 115) encuentra “bastante bizarra” la tesis según la cual “sea la lógica, y no simplemente la constitución, la que impone al legislador no contradecir la constitución”. No obstante, es el mismo Guastini quien afirma, en esta misma frase suya, que ambas cosas son exactamente idénticas: la tesis que le parece bizarra, vale decir, que la lógica impone “no contradecir la constitución” de hecho es idéntica, dado que la no contradicción es una relación lógica, a la tesis según la cual la constitución impone a la legislación no ser contradicha, vale decir, violada. Por otra parte, ¿en qué otra cosa puede consistir la violación de normas, como las constitucionales, sobre la producción de aquellos actos lingüísticos que son los actos legislativos, a su vez normativos? Es claro que, cuando no consista en la no conformidad del acto normativo con las formas predispuestas para él por las normas sobre su formación, esta no puede sino consistir en la incoherencia de las normas producidas con relación a los significados de las normas supraordinadas a ellas.

Son precisamente estas incoherencias, las que he denominado “antinomias” entre normas de diferente grado, que la ciencia jurídica tiene la tarea de analizar y determinar. La misma tarea es desarrollada por todos los *juicios de legitimidad*, en especial, por los juicios de casación y por los juicios de (in)constitucionalidad, los cuales consisten siempre en la determinación o no de una contradicción entre las situaciones o las normas sometidas al juicio y las normas supraordinadas a ellas, obviamente como resultado y en base a la interpretación argumentada y motivada de unas y otras. Los dispositivos con los que se concluyen los razonamientos judiciales en materia de ilegitimidad (o de legitimidad) de las normas sometidas al juicio –tal sentencia es (o no es) contraria a la ley, tal ley contradice (o no contradice) la constitución– consisten siempre en la afirmación o en la negación de una contradicción. Entonces, es evidente que, como en las tesis análogas de la doctrina jurídica, el juicio operativo de contradicción formulado por los jueces solo es la conclusión del razonamiento judicial, cuya parte predominante consiste en la motivación y argumentación, probatoria e interpretativa, de las premisas fácticas y normativas.

Un discurso análogo puede hacerse para la aplicación del principio de implicación y para la cuestión de la *plenitud*. Con relación a la cual, Guastini (2017, p. 117) polemiza con una tesis que yo jamás he sostenido: “Luigi Ferrajoli sostiene que, si bien se dan relaciones de implicación lógica entre normas, no obstante las normas implícitas no pertenecen al ordenamiento mientras no sean expresamente formuladas por una autoridad normativa”. No entiendo de cuál de mis escritos Guastini ha podido inducir la idea absurda de que no admitiría la existencia de normas implícitas del tipo “aquellos que tienen dieciocho años de edad tienen derecho de voto” implicada por las normas

“los mayores de edad tienen derecho de voto” y “aquellos que tienen dieciocho años de edad son mayores de edad” (Guastini, 2017, p. 118). Es claro que las normas implícitas, en ocasiones fruto de interpretaciones y de argumentaciones mucho más cuestionables que la anteriormente ejemplificada, no solo existen, sino que existen inevitablemente.

En realidad, como he precisado anteriormente,¹⁰ cuando hablo de lagunas hablo de una cosa totalmente distinta: no de la falta de explicitación de normas implícitas, sino de la falta de producción de normas de actuación que impiden aplicar normas supraordinadas. Serían lagunas, por ejemplo, la omisión de la ley sobre el servicio sanitario público garantizado a todos, en actuación del derecho a la salud establecido por el art. 32 Const. it. que habría resultado, en su ausencia, inaplicable; o la omisión de la legislación sobre la escuela pública inferior, gratuita y obligatoria, garantizada a todos en actuación del derecho a la educación establecido por el art. 34, que igualmente habría resultado, en su ausencia, inaplicable e inefectivo. No obstante, constituye una laguna la falta de introducción de una ley de actuación del art. 36 Const. it. en la parte en que establece el “derecho que se prevean y aseguren medios adecuados a las exigencias de vida” no solo “en caso de infortunio, enfermedad, invalidez y vejes”, sino también en caso de “desempleo involuntario”.¹¹

Tanto las antinomias como las lagunas, tal como han sido anteriormente definidas –que he denominado “estructurales”, porque predicables con relación a niveles normativos inferiores respecto a normas de nivel superior, por ejemplo al nivel legislativo respecto al constitucional– en suma no son solubles por vía de interpretación, como lo son en cambio aquellas entre normas del mismo nivel, sino solo mediante un nuevo acto normativo: de anulación o de abrogación en el caso de antinomias; de actuación legislativa en el caso de las lagunas.¹² El aspecto problemático de las lagunas consiste en el hecho de que su solución no puede ser confiada a la jurisdicción sin lesionar el principio de la separación de los poderes. Sin embargo, tomar a los derechos en serio de cualquier forma equivale a leer como ilegítimas sus faltas de actuación, es decir, las lagunas consistentes en la falta de introducción de aquellas que he denominado las garantías primarias de los derechos establecidos: por ejemplo, la escuela pública o el servicio sanitario gratuito correlativos a los derechos a la educación y a la salud. Agrego que nada impide que dichas garantías sean formuladas explícitamente en las constituciones, transformando de este modo las lagunas o violaciones por omisión en antinomias o violaciones por comisión censurables en vía secundaria por la justicia constitucional: es lo que ha ocurrido en la Constitución brasileña, que introdujo los vínculos de presupuesto, es decir, la obligación de destinar cuotas mínimas del gasto público a la satisfacción de los derechos sociales y, en especial, del derecho a la salud y del derecho a la educación.¹³

Luego, hay una última aplicación del principio de implicación, la más clásica pero también la más discutida y controvertida: el silogismo judicial a través del cual, en

los juicios de mérito, se verifica la aplicación de la ley al hecho sometido al juicio. Existe un equívoco que en muchas ocasiones es asociado a la idea del silogismo: su “configuración” simplemente como “deducción a partir de normas” (Barberis, 2017, p. 194);¹⁴ cuando la deducción es solo el último momento, el más obvio y simple, del razonamiento judicial, consistente, sobre todo, reitero, en la argumentación de sus premisas: tanto de las fácticas, objeto de prueba, como de las jurídicas, fruto de interpretación.

En síntesis, normatividad jurídica y normatividad lógica, toda vez que el objeto de las normas está formado por otras normas, son exactamente la misma cosa. Por otra parte, la lógica –o mejor la teoría que ha asumido las tesis de la lógica deóntica como tesis teóricas– impone a los jueces y juristas, en términos más claramente vinculantes que la normatividad jurídica, tomar al derecho en serio.

V. Normativismo y realismo: una falsa alternativa. El realismo de Riccardo Guastini

Finalmente, una última cuestión, relativa a la concepción de la teoría del derecho. Hasta ahora he hablado de la dimensión y de la fuerte valencia pragmática de la teoría del derecho y precisamente de sus tesis deónticas. Es la teoría la que está en condiciones de evidenciar, gracias a la incorporación como tesis teóricas de las tesis analíticas de la lógica deóntica, el deber constitucional de la coherencia impuesto al legislador, bajo pena de invalidez de las normas ilegítimamente producidas, así como el deber impuesto a la jurisdicción de la determinación de las antinomias y de la anulación o desaplicación de las normas legales inválidas por contradicción con las normas constitucionales sustanciales sobre su producción. Con relación a las lagunas, estas no pueden ser removidas por vía jurisdiccional, sino solo, en virtud de la separación de los poderes, por vía legislativa. Empero, esto no quita que de nuevo sea la teoría la que permite evidenciar, gracias a la relación de implicación instituida por ella entre las expectativas positivas en las que consisten los derechos sociales constitucionalmente establecidos y los deberes de prestación correspondientes a ellos, el deber constitucional de la plenitud impuesto al legislador, es decir de la producción de las garantías de dichos derechos mediante adecuadas leyes de actuación. En suma, es la estructura lógica y normativa de su propio objeto de investigación la que impone a la ciencia jurídica determinar y señalar como ilegítimas tanto las antinomias como las lagunas, en otras palabras, las violaciones por obra del legislador, por comisión u omisión, de las normas constitucionales y de recomendar su remoción.

Guastini (2017, p. 118) afirma que mi “teoría de la ciencia jurídica es decididamente (i) normativista y (ii) anti-realista”. Por más de treinta años he venido criticando como enfoques parciales y, si asumidos como exclusivos, fuentes de falacias ideológicas,

tanto al enfoque puramente normativista como al enfoque únicamente realista: el primero porque solo mira a las normas, pasando por alto la posible ineffectividad; el segundo porque solo mira a los hechos, pasando por alto su posible invalidez.¹⁵ En ambos casos, lo que siempre he criticado de ambos enfoques es el hecho de que ambos pasan por alto la divergencia deóntica, virtual pero inevitable, entre normas y hechos, entre el deber ser del derecho y su ser efectual: una divergencia que es debida claramente a la normatividad del derecho y que, en mi opinión, forma el tema central y de mayor interés de la reflexión teórica y de la investigación empírica, sea esta jurídica o sociológica.

Por ello, mi teoría no es ni normativista ni realista, siendo normativista y realista al mismo tiempo.¹⁶ Esta no solo define a la validez, sino también a la invalidez, formal y sustancial, y a la vigencia, así como a la efectividad e ineffectividad, tanto de las situaciones singulares como de las normas, identificando, de todas estas figuras de calificación, las condiciones tanto normativas como fácticas. En breve, permite comprobar tanto cómo son las normas de un determinado ordenamiento, cuanto cómo deben ser en base a las normas sobre su producción. De allí que no es puramente normativista, dado que se ocupa también de la invalidez de las normas producidas generada por la ineffectividad de las normas sobre su producción. Tampoco es puramente realista, al menos en el sentido de “realismo” indicado por Guastini. “La verdad –escribe Guastini (2017, pp. 121-122)– es que los realistas”, aunque sea “simplemente falso” que “consideran válida toda norma vigente, no tienen ningún interés por la validez: no existe ninguna teoría de la validez en la literatura realista”; y más adelante: “El realismo jurídico no tienen nada que decir sobre lo que ‘debe ser’ (...). El programa científico del realismo solo es la descripción empírica de las normas vigentes, no de las normas válidas”. Y añade, en nota, con la intención de aclarar esta rareza, una frase dictada por su singular concepción de la teoría del derecho como investigación sobre los usos lingüísticos de los juristas: “una ‘teoría de la validez’, naturalmente, es totalmente diferente de la reconstrucción meta-jurisprudencial de la teoría de la validez propia de los juristas” (2017, p. 121, nota 52)¹⁷. Pregunto: ¿los teóricos del derecho no son quizá juristas? ¿Realmente la teoría del derecho debe delegar a los no mejor precisados “juristas” (¿los constitucionalistas? ¿o quizá los jueces constitucionales?) la teorización de las condiciones de validez, es decir de aquello que constituye el corazón de toda teoría del derecho digna de este nombre? Y, en todo caso, ¿esta “teoría de la validez propia de los juristas”, cuya “reconstrucción meta-jurisprudencial” es la única cosa que según Guastini compete a la teoría del derecho, tendrá que distinguir entre el deber ser constitucional de las leyes y su ser efectivo, o también esta, en honor al “programa científico del realismo” que “solo es la descripción empírica de las normas vigentes, no tiene nada que decir sobre lo que ‘debe ser’”?

El “resultado” de un realismo como tal, asegura Guastini (2017, p. 120-121), no es “una apología del derecho vigente –concretamente de las leyes inconstitucionales– tal como “la astronomía” no es “una apología del movimiento de los planetas” y la “descripción sociológica de la desigualdad” no es “una apología de la desigualdad”.¹⁸ Es cierto: no es una apología, solo es un ocultamiento de las antinomias y lagunas, en las que el realismo guastiniano no está interesado y en orden a las cuales no tiene nada que decir. Sin embargo, es un ocultamiento contrastante con la tarea científica del jurista. Ya que el objeto de la ciencia jurídica no solo está constituido por hechos –como el movimiento de los planetas para la astronomía o las desigualdades sociales para la sociología– sino también, precisamente, por normas: en especial, por aquellas normas que regulan los hechos normativos y cuya violación por parte de estos no puede ser ignorada como carente de interés.

Referencias bibliográficas

Barberis, Mauro, 2017: *Una filosofía del derecho per lo Stato costituzionale*. Turín, Giappichelli.

Bobbio, Norberto, 1995: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, Giappichelli.

Ferrajoli, Luigi, 1967: “Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo”. *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, vol. 3 pp. 514-545.

_____, 1983: “La semantica della teoria del diritto”, en Scarpelli, Uberto (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*. Milán, Comunità.

_____, 1993: “Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su Diritto e ragione”, en Gianformaggio, Letizia (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*. Turín, Giappichelli.

_____, 1997: “Filosofía analítica e dimensión pragmática de la ciencia jurídica”, en Gianformaggio, Letizia y Jori, Mario (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*. Milán, Giuffrè.

_____, 1999: *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. Roma-Bari, Laterza.

_____, 2007a: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1. Roma-Bari, Laterza.

_____, 2008: “Principia iuris. Una discusión teórica”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, pp. 406-407.

_____, 2011a: “Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto”, en Di Lucia, Paolo (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*. Milán, Universitarie di Lettere Economia Diritto, pp. 15-32.

_____, 2011b: “Intorno a Principia iuris. Questioni epistemologiche e questioni teoriche”, en Di Lucia, Paolo (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica*

del diritto in Luigi Ferrajoli. Milán, Universitarie di Lettere Economia Diritto, pp. 235-292.

_____, 2012: “La logica nel diritto e nella teoria del diritto”, en Baccelli, Luca (ed.), *More geometrico. La teoria assiomaticizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*. Turín, Giappichelli.

_____, 2013: *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo come modello teorico e come progetto político*. Roma-Bari, Laterza.

_____, 2016: *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*. Roma-Bari, Laterza.

_____, 2018: “Fonti e norme nell'opera di Riccardo Guastini. Le insidie del realismo”, en Chiassoni, Pierluigi - Comanducci, Paolo - Ratti Giovanni Battista (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. I. Madrid, Marcial Pons, pp. 179-202.

Guastini, Riccardo, 2017: *Discutendo*. Madrid, Marcial Pons.

Renteria Diaz, Adrian, 2011: “Normativismo e giusrealismo nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli”, en Di Lucia, Paolo (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*. Milán, Universitarie di Lettere Economia Diritto, pp. 199-222.

Notas

- 1 Traducción por César E. Moreno Monroe (Universidad Privada de Tacna, Perú) de “La logica nel diritto. Una risposta a Riccardo Guastini”, *Analisi e diritto*, Madrid, Marcial Pons, núm. 2, 2018, pp. 159-174.
- 2 Véanse las definiciones D9.14-D9.22, en Ferrajoli 2007a, Cap. IX, §§ 9.8-9.11, pp. 519-542. Véase también Ferrajoli, 2016, Cap. IV, § 4.1, pp. 69-74.
- 3 Es útil recordar que los términos “antinomias” y “lagunas” han sido utilizados, en *Principia iuris*, en un sentido más restringido que los usos corrientes: para designar solo aquellas que se presentan entre normas de diferente grado y, por tanto, no solubles por el intérprete como aquellas entre normas del mismo grado, unas con el criterio cronológico o con el de especialidad, las otras con el recurso a la analogía, sino solo con actos de expulsión de la norma inevitablemente producida o de introducción de la norma indebidamente faltante. Precisamente, he definido (Ferrajoli 2007a, § 10.19, pp. 685-686), con D10.43 y D10.44, “antinomia” como el “vicio sustancial producido por la producción indebida de una norma en conflicto con una norma sustancial sobre la producción, cuya aplicación supone la anulación de la norma contraria”, y “laguna” como “el vicio producido por la omisión indebida de la decisión de una norma requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma faltante”.
- 4 Sin embargo, ciertamente no se trata de principios jurídicos o de derecho, como en cierto punto Guastini (2017, p. 114) extrañamente me reprocha: “que la constitución [una constitución cualquiera] incorpore los principios de la lógica es algo, obviamente, no

plausible”. Siempre he hablado de estos principios como de *principia iuris tantum*, pero no *iuris et in iure*, vale decir, como de principios teóricos “externos” al derecho, que explicitan la lógica interna de los ordenamientos complejos, articulados en diversos grados o niveles normativos.

- 5 Se trata del postulado P10 y de las definiciones D5.1 y D5.2 introducidas en Ferrajoli, 2007a, Cap. V, §§ 5.1-5.4, pp. 259-273.
- 6 Véanse en Ferrajoli, 2007a, Cap. IX, §§ 9.1-9.3, pp. 485-498 y § 9.6, pp. 507-514, las definiciones D9.1 y D9.2 de “forma” como conjunto de los requisitos predispuestos por las normas sobre la producción de los actos jurídicos lingüísticos, denominados por ello “formales”, como condiciones para que produzcan válidamente como efectos los significados expresados por ellos, y la definición D9.9 de “decisión” como acto formal preceptivo habilitado para producir como efectos las situaciones o las normas expresadas por él, cuando se observen todas las normas, formales y sustanciales, sobre su producción.
- 7 “Eficacia” y “actuabilidad” son definidos, una por la definición D5.3, en Ferrajoli, 2007a, Cap. V § 5.7, pp. 280-284, como relación entre el acto y los efectos previstos normativamente por este, la otra por la definición D6.2, en Ferrajoli, 2007a, Cap. VI, § 6.8, pp. 321-324, como relación entre el efecto consistente en una situación jurídica y los actos normativamente previstos como sus posibles actuaciones.
- 8 Son las tesis T1.10, T1.13 y T1.9 en Ferrajoli, 2007a, § 1.4, pp. 121-122.
- 9 Son las tesis T2.60 y T2.61 en Ferrajoli, 2007a, § 2.3, pp. 154-155.
- 10 *Supra*, en la nota 3.
- 11 Contra esta tesis Guastini (2017, p. 116) menciona, como ejemplo de derecho social, al derecho al trabajo previsto por el art. 4 de la Const. it.. En base a la manifiesta inactuabilidad y al carácter no vinculante de este presunto “derecho”, por tanto, él extiende a todos los derechos sociales establecidos por constituciones rígidas la tesis de su carácter de “normas programáticas” (p. 116, nota 31), volviendo a proponer así una categoría inventada en 1948 por las *Sezioni Unite* de la Corte de Casación italiana y archivada por la Corte Constitucional desde su primera sentencia (la n.º 1 de 1956). En realidad, el presunto “derecho” al trabajo, como he sostenido en diversas ocasiones (últimamente en Ferrajoli, 2013, § 3.5, pp. 120-122), diversamente de los demás derechos sociales constitucionalmente establecidos como por ejemplo los derechos a la salud y a la educación, no es, propiamente, un derecho subjetivo, no siendo configurable, en una sociedad capitalista, el deber correspondiente, exigido en cambio para todos los derechos de prestaciones positivas (por los D10.20 y D10.21, en Ferrajoli, 2007a, §§ 10.11 y 10.12, pp. 639-645). Por otra parte, la norma que lo prevé no es una regla, sino un principio directivo, o si se quiere programático, entendiéndose con “regla” solo las normas de las que sean configurables, como ocurre para todos los demás derechos, los actos cuya comisión integra su actuación y cuya omisión integra su inactuación (así en Ferrajoli, 2013, § 3.4, pp. 111-112). Más en general, formulé la tesis de la actuabilidad de toda figura deóntica como condición de su consistencia en Ferrajoli, 2007a, § 2.1, pp. 143-146 (con el postulado PM y con los teoremas T2.2 y T2.3) e, incluso antes, en Ferrajoli, 1967, pp. 514-545.
- 12 De esta forma, he invertido la tesis de Bobbio, quien considera como “aparentes” a las antinomias solubles con el criterio jerárquico, las cuales en cambio, en mi opinión, son “reales”.

porque no son solubles por el intérprete sino solo por una intervención jurisdiccional que modifique el derecho vigente con la anulación de las normas inválidas; mientras que denomina “reales” a las antinomias “en las que el intérprete es abandonado a su suerte, por la falta de un criterio o por el conflicto entre criterios” y que, en cambio, en mi opinión, son “aparentes” porque son solubles mediante la interpretación, aun cuando, como dice Bobbio, en base a una sustancial “libertad del intérprete” (Bobbio, 1995, §§ 17 y 18, pp. 218 y 224).

- 13 El art. 212 de la Constitución brasileña dispone que “la Unión aplicará, anualmente, no menos del 18%, y los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, no menos del 25% de la recaudación de impuestos [...] al mantenimiento y desarrollo de la educación”. En cambio, el art. 198, §§ 2 y 3 en materia de salud establece que “La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios aplicarán, anualmente, en acciones y servicios públicos de salud, recursos mínimos” cuya determinación es remitida anualmente a una ley complementaria.
- 14 En realidad, el silogismo judicial solo es la forma de la conclusión del razonamiento judicial, consistente sobre todo en la argumentación probatoria e interpretativa de las premisas, vale decir, en la prueba de los hechos sometidos a juicio y en la identificación de las normas aplicables a ellos: dos actividades cognitivas que implican ambas igual cantidad de decisiones, la primera sobre la verdad jurídica (siempre cuestionable) y la segunda sobre la verdad fáctica (siempre probabilística). Sobre la lógica de la jurisdicción, tal como resulta del principio de no contradicción en los juicios de legitimidad y del principio de implicación en los juicios de mérito, reenvío a Ferrajoli, 2016, § 7.1, pp. 148-154.
- 15 Desde Ferrajoli, 1983, §§ 6 y 7, pp. 115-130; véase además Ferrajoli, 1997, pp. 353-372, reimp. como parte segunda en Ferrajoli, 1999, en especial pp. 110-113. Sobre la doble interpretación semántica, normativista y realista, admitida por la teoría del derecho, véase además Ferrajoli, 2007a, *Introduzione*, I, § 3, pp. 12-15; Ferrajoli, 2013, § 3.8, pp. 131-133. Véase también, sobre la cuestión, Rentería Díaz, 2011, pp. 199-222, y mi réplica, Ferrajoli, 2011b, § 14.1.3, pp. 239-248.
- 16 Como escribí en Ferrajoli, 1993, pp. 477-478, la teoría del derecho “no es ni puramente normativista, ni puramente realista, no teniendo como objeto ni exclusivamente a las normas ni exclusivamente a los hechos, sino a las normas y a los hechos junto a los distintos niveles del ordenamiento, unas asumidas como parámetros de validez (o de invalidez), los otros como parámetros de efectividad (o de inefectividad)”.
- 17 Sobre esta concepción de la teoría del derecho, según la cual esta debería limitarse a describir las prácticas lingüísticas de los juristas, vale decir, reducirse a una suerte de sociología del conocimiento, y sobre la relativa obsesión acerca de la naturaleza únicamente descriptivista del conocimiento, jurídico y no jurídico, reenvío a Ferrajoli (2018).
- 18 Como sustento de la “descripción empírica, neutra (“wertfrei”, diría Weber) del derecho existente”, Guastini, 2017, p. 120, invoca la tesis de Bentham sobre la libertad de la crítica política externa de la ley, sin perjuicio de su validez y obligatoriedad interna sean cuales fueren sus contenidos, en cuanto tales objetos de descripción neutra (recordemos su célebre máxima “Obedecer puntualmente, criticar libremente”). Sin embargo, Bentham escribía con relación al modelo legislativo del estado de derecho, en donde, en efecto, validez y existencia de las leyes se identificaban, ya que en ellos no existía ninguna norma positiva supraordinada a las leyes;

por el contrario, en el modelo del estado constitucional, en el que las leyes son sometidas a constituciones rígidas, no solo con relación a las formas de su producción, sino también con relación a sus contenidos normativos, validez y existencia se disocian y se genera la figura del derecho sustancialmente ilegítimo, objeto de censura y desaplicación o anulación por parte de los jueces.

Recepción: 17 agosto 2018
Aceptación: 17 diciembre 2018