

# PARA UNA REFUNDACIÓN EPISTEMOLÓGICA DE LA TEORÍA DEL DERECHO \*

For an Epistemological Reconstruction of Legal Theory

Luigi FERRAJOLI

Universidad de Roma Tre (Italia)

## RESUMEN

El autor expone sumariamente las líneas epistemológicas y los principios metodológicos de la teoría que ha desarrollado en *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. En particular, se analiza el *método* adoptado, el *objeto* o *universo* del discurso teórico y los *finés* perseguidos en este trabajo, proyectado por el autor ya desde los años sesenta del siglo pasado. El resultado es una teoría articulada en dos partes: por un lado, una teoría del derecho elaborada con el uso del método axiomático y, por otra, una teoría de la democracia constitucional, que es una interpretación empírica y normativa de la primera, conectadas ambas por una relación de isomorfismo que une a la democracia y al paradigma constitucional del Estado de derecho.

**Palabras clave:** teoría del derecho, sociología del derecho, filosofía política, democracia constitucional.

## ABSTRACT

The author briefly explains the epistemological lines and methodological principles of the theory he develops in *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. The author has been working on this subject from the 1960s and in this article he briefly sets out the method adopted, the object or universe of the theoretical discourse and the aims pursued by his theory. This theory is articulated in two parts: the theory of law developed using an axiomatic method and the theory of constitutional democracy, which is an empirical and normative interpretation of the former, both connected by the isomorphic relationship that joins democracy and the constitutional paradigm of the rule of law.

**Key words:** legal theory, sociology of law, political philosophy, constitutional democracy.

## 1. PRELIMINAR

Expondré sumariamente las líneas epistemológicas y los principios metodológicos de la teoría que he desarrollado en *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*<sup>1</sup>: una teoría articulada en dos partes, la teoría del derecho elaborada

---

\* Traducción de Mariano Maresca.

1. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vols.; vol. 1, *Teoria el diritto*; vol. 2, *Teoria della democrazia*; vol. 3, *La sintassi del diritto* (publicado también en un c.d. con el vol.

con el uso del método axiomático y la teoría de la democracia constitucional, que es una interpretación empírica y normativa de la primera, conectadas ambas por una relación de isomorfismo que une a la democracia y el paradigma constitucional del estado de derecho.

De este trabajo, proyectado desde los años sesenta del siglo pasado<sup>2</sup>, expondré sumariamente el *método* adoptado, el *objeto* o *universo* del discurso teórico y los *finés* perseguidos. Se trata de las tres cuestiones metateóricas —*cómo se construye, de qué habla y para qué sirve* una teoría (del derecho)— que se corresponden con las tres dimensiones clásicas del lenguaje distinguidas por Charles Morris: la (meta-teoría) *sintáctica*, dedicada a las relaciones sintácticas entre los signos de la teoría tal y como resultan del método axiomático utilizado en la formación de sus conceptos y afirmaciones; la (meta-teoría) *semántica*, dedicada al contenido empírico e informativo de la teoría en torno al derecho positivo, la (meta-teoría) *pragmática*, dedicada a los fines explicativos de la teoría y al papel crítico y proyectivo sugerido por ella a propósito del derecho, sobre la base del derecho mismo<sup>3</sup>.

## 2. LA DIMENSIÓN SINTÁCTICA DE LA TEORÍA DEL DERECHO. EL MÉTODO AXIOMÁTICO

Hablaré muy brevemente de la *dimensión sintáctica*, es decir, del método axiomático que he adoptado en la construcción del discurso teórico, aunque el uso de dicho método represente el aspecto más singular y llamativo de la teoría y haya requerido el trabajo más largo y fatigoso.

Según este método, no se admite en una teoría ningún concepto que no haya sido *definido* mediante otros términos teóricos sobre la base de reglas de formación previamente establecidas, y no es aceptable ninguna tesis que no haya sido *demonstrada* a partir de otras tesis de la teoría sobre la base de reglas de transformación también ellas previamente establecidas. Para evitar un retroceso al infinito, algunos

---

1), Laterza, Roma-Bari, 2007 (en adelante, PiI, PiII y PiIII). Está próxima la salida de la traducción española en la Editorial Trotta de Madrid.

2. Mi primer libro, escrito bajo la guía de Norberto Bobbio, se titula *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970, y es un esbozo absolutamente rudimentario del futuro trabajo. De algunos años antes es el todavía más embrionario *Saggio di una teoria formalizzata del diritto*, en "Rivista Internazionale di Filosofia del diritto", fasc. III, mayo-junio 1963, pp. 320-362.

3. Ch. Morris, *Foundations of the Theory of Signs*, (1938), trad. italiana, *Lineamenti di una teoria dei segni*, Paravia, Torino, 1954, cap. II, § 3, pp. 18-20: "Se pueden estudiar las relaciones de los signos con los objetos a los que son aplicables. Llamaremos a esta relación *dimensión semántica de la semiosis*; el estudio de esta dimensión se conocerá como *semántica*. O bien el sujeto de estudio puede ser la relación de los signos con los intérpretes. Llamaremos a esta relación *dimensión pragmática de la semiosis*; el estudio de esta relación tendrá el nombre de *pragmática*"; existe, en fin, otra "importante relación en la que pueden encontrarse los signos: la relación formal entre los mismo signos... Esta se llamará *dimensión sintáctica de la semiosis*; y su estudio tendrá el nombre de *sintáctica*".

conceptos son, sin embargo, asumidos como indefinidos en forma de *primitivos* y algunas tesis son asumidas como indemostradas en forma de *postulados* o de *definiciones*. Naturalmente, la aplicación de este método la hace posible el específico estatuto teórico de los conceptos y las afirmaciones de la teoría. A diferencia de los conceptos de la dogmática —como “mutuo”, “arriendo”, “hurto”, “homicidio”, vinculados al lenguaje legal y, por tanto, definidos mediante redefiniciones léxicas arraigadas en los usos lingüísticos del legislador—, los conceptos teóricos, como “norma”, “obligación”, “prohibición”, “validez” y similares, son, en efecto, el fruto de definiciones “estipulativas” o de “asunciones” o “convenciones”, es decir, de opciones respecto de las cuales no tendría sentido predicar la verdad o la falsedad, sino tan sólo su mayor o menor capacidad explicativa<sup>4</sup>.

Está claro que la construcción de la teoría con el método axiomático sirve para satisfacer una elemental exigencia científica: la de conferir, gracias a la formalización el lenguaje teórico, el máximo rigor y la máxima claridad y precisión a los conceptos jurídico-teóricos. Todos los términos de la teoría del derecho, aunque sólo sea por la tradición milenaria de la ciencia jurídica, son términos fuertemente polisémicos e imprecisos —piénsese en términos como “norma”, “derecho subjetivo”, “validez”, “sanción”, “responsabilidad”— sobre los que se han acumulado múltiples significados que, a veces, conviven en la obra de un mismo autor y dentro de un mismo discurso. De ahí deriva una indeterminación conceptual que no cabe encontrar en ninguna otra disciplina científica.

---

4. Está claro que la teoría es analítica y no valorativa en la derivación de los teoremas, mientras es fruto de opciones en la formulación de sus tesis primitivas e indemostradas. Estas opciones son normalmente opciones de carácter teórico, justificadas por la mayor capacidad explicativa demostrada por ellas en el curso mismo de la teoría frente a posibles opciones alternativas. A veces, sin embargo, se trata de opciones a las que no son ajenas opciones de carácter ético-político, dictadas por los específicos fines reconstructivos perseguidos por el teórico en función de las implicaciones prácticas sugeridas por estas. Tomemos como ejemplo el concepto de “ilícito”. La definición que yo propongo en *Pil*, § 9.4, p. 498, de “acto (informal) *prohibido*” (D9,4) no es ciertamente más “verdadera” que la definición kelseniana de “ilícito” como cualquier acto al cual el ordenamiento conecta una *sanción* (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, [1960], trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, § 6, let. a), pp. 43-44; Id., *General Theory of Law and State* (1945), trad. it., *Teoria generale del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1959, parte I, cap. III, pp. 51-56). Pero son muy distintos las implicaciones teóricas generales de las dos definiciones y los efectos prácticos admitidos o sugeridos por ellas. Sobre la base de la definición kelseniana, un comportamiento prohibido para el que no estén previstas sanciones no es un acto ilícito: la guerra no defensiva, por ejemplo, aunque prohibida por el derecho internacional y por muchas constituciones estatales, al no estar sancionada ni por uno ni por las otras no es configurable como ilícita en su propio sentido, antes al contrario, en algunos casos es concebida por el mismo Kelsen ella misma como una sanción (H. Kelsen, *Teoria*, cit., parte II, cap. VI, pp. 332-337, 349 s., 360-361; Id., *Law and Peace in International Relations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1952, pp. 36-55; Id., *La dottrina pura*, § 42, let. A), pp. 352-354). Por el contrario, sobre la base de la definición de “ilícito” como acto prohibido, también la guerra es calificable como ilícito, mientras que la ausencia de sanciones queda configurada como una laguna de garantías que requiere ser colmada. Un discurso análogo puede hacerse con las nociones de “derecho subjetivo”, de “derechos fundamentales” en cuanto “universales”, de “validez” o similares.

La formalización del lenguaje teórico es el único camino que permite superar estas aporías. Y no sólo eso. Si es verdad que el lenguaje de la teoría del derecho —a diferencia del lenguaje de las disciplinas jurídicas particulares que llamo *dogmático* en cuanto está dogmáticamente vinculado al léxico del lenguaje legal<sup>5</sup>— es un lenguaje “artificial” o “convencional”, construido por el mismo teórico sobre la base de reglas estipuladas por él, no sólo podemos, sino que debemos construirlo de la manera más rigurosa y desarrollar el discurso teórico de forma absolutamente coherente: estableciendo y explicitando tanto sus reglas de formación como las reglas de transformación. De ahí se siguen una serie de ventajas: a) la *univocidad* semántica de todos los términos teóricos, asegurada por su definición sobre la base de reglas de formación preestablecidas; b) la *coherencia* interna del discurso teórico, asegurada por la demostración de todas sus tesis no primitivas sobre la base de reglas de transformación (las de la lógica de los predicados, de los enunciados y de la lógica modal) a su vez previamente establecidas; c) la *transparencia* de las opciones que están detrás de la teoría y que se refieren únicamente a las asunciones (postulados y definiciones) establecidas, siendo todas las demás tesis lógicamente verdaderas respecto a aquellas; d) la *fecundidad* del procedimiento seguido, que no es sólo un método de control, sino, incluso antes, un método de descubrimiento que permite identificar como verdaderas (obviamente, respecto de las premisas estipuladas) tesis no intuitivas y rechazar como falsas (respecto de las premisas) tesis intuitivas.

Pero la formalización de la teoría permite, en mi opinión, satisfacer también una segunda exigencia: la de la superación del actual divorcio, que viene consumándose desde el siglo XIX, entre ciencia jurídica, filosofía política y sociología del

---

5. En este sentido, la expresión “dogmática” (y “dogmático”) diverge ampliamente de su uso corriente. En su significado predominante, el término “dogmática”, y mucho más “alta dogmática”, incluye conceptos y tesis teóricas. Este uso fue introducido por Rudolf von Jhering, en el título y en el ensayo introductorio de la revista fundada por él en 1857 “*Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*”, justamente para designar la construcción sistemática del conjunto de los conceptos jurídicos. Véanse, sobre los orígenes y la historia de los términos “dogma”, “dogmática” y “dogmatica”, R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino 1963, cap. II, §§ 8 y 9, pp. 229-250; V. Piano Mortari, *Dogmatica giuridica. Premessa storica*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XIII, 1964, pp. 671-678, y E. Paresce, *Dogmatica giuridica*, ivi, pp. 678-712. Sin embargo, el término se utiliza aquí en un sentido por un lado más amplio, en la medida en que incluye todas las tesis sobre las normas del ordenamiento estudiado, y, por otro, más restringido, porque no incluye los términos y las tesis teóricas: como sinónimo, en suma, de la expresión “disciplinas jurídicas positivas” o “particulares”. Respecto de esta expresión, me ha parecido preferible por dos razones: en primer lugar, porque también la teoría del derecho es una disciplina de derecho positivo, y se opone a la dogmática no tanto por la “generalidad” o “no particularidad” de su objeto, sino más bien, como diré en la nota siguiente, por su carácter “formal”, es decir, por el específico nivel de abstracción de sus conceptos y afirmaciones y por el método con el que estos son elaborados; en segundo lugar, porque la expresión alude eficazmente al carácter de “dogmas” de que se revisten las normas frente a los discursos empírico-observadores de los juristas obligados a su interpretación, y expresa por eso el reflejo epistemológico de aquel postulado teórico y meta-teórico del positivismo jurídico que es el principio de legalidad.

derecho. La teoría axiomatizada del derecho es, en efecto, una teoría “formal”<sup>6</sup>, que no dice nada, sin su adecuada interpretación empírica, sobre los contenidos normativos de los ordenamientos jurídicos concretos ni sobre su justicia o injusticia ni sobre su grado de efectividad o ineffectividad. Dicha teoría —formal en cuanto formalizada y formalizable porque formal— se limita a asumir o a definir conceptos, a instituir entre ellos relaciones sintácticas, a desarrollar sus implicaciones y así analizar la forma lógica y la estructura normativa de los ordenamientos actuales y, en particular, de su “paradigma constitucional”. Pero justamente este carácter formal, como intentaré demostrar, hace de esta teoría, y esta es la tesis aparentemente paradójica que pretendo sostener, el mejor terreno de encuentro entre los diversos enfoques disciplinares al estudio del derecho —los enfoques jurídicos, los filosófico-políticos y los sociológicos— que representan otras tantas interpretaciones empíricas o semánticas de la teoría.

### 3. LA DIMENSIÓN SEMÁNTICA DE LA TEORÍA DEL DERECHO. TRES DIFERENCIACIONES DEÓNTICAS

Llegamos así a la dimensión semántica de la teoría. La hipótesis metateórica que he puesto en la base de mi trabajo es que la teoría del derecho, precisamente por su carácter formal y formalizado, admite una *triple dimensión empírica o semántica*: a) la interpretación ofrecida por la investigación sobre los comportamientos regulados por las normas, como la desarrolla la *sociología del derecho*; b) la interpretación ofrecida por el análisis de las normas jurídicas, como la desarrollan la *ciencia* y la *dogmática jurídicas*; c) la interpretación expresada por la valoración y la perspectiva de proyecto del derecho, como la propuesta por la *filosofía política*.

---

6. Esta es la caracterización de la teoría del derecho avanzada por Norberto Bobbio, según el cual “la teoría general del derecho es una teoría *formal* del derecho en el sentido de que estudia el derecho en su estructura normativa, o sea, en su forma independientemente de los valores a que esa estructura sirve y del contenido que encierra” (N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1955, p. VI). “Inútil decir que esta idea”, añade Bobbio, “fue elaborada en la forma en que es más conocida, por Kelsen”, cuya “doctrina” o “teoría pura” es, por eso, “formal” en el sentido aquí asumido y sugerido por Bobbio. La misma caracterización de la teoría del derecho como “formal” la retoma Bobbio en los *Studi* cit., pp. 3-7, 34-40 y 145-147. Sobre el carácter “formal” de todas las tesis teóricas, remito a las aclaraciones desarrolladas repetidamente a propósito de mi definición de “derechos fundamentales” en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma 2001, cit., I, § 1 pp. 5-9; II, §§ 1 y 5, pp. 123-145 y 150-151; III, §§ 1 y 4, pp. 279-288, 298-309, trad. esp., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001. El carácter “formal” de la teoría, por lo demás, no implica, en efecto, como sostienen Bobbio y Kelsen, su naturaleza descriptiva y no valorativa, excluida por cuanto se ha dicho en la nota 4. Véase, sobre este disenso respecto de la concepción de Kelsen y de Bobbio de la teoría del derecho, *PiI*, Introduzione, 5-7, pp. 21-38, y *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, en “Diritto pubblico”, 2009, n. 1, § 4, pp. 14-22.

Pues bien, estas tres interpretaciones se configuran como otros tantos puntos de vista sobre el derecho expresados por otras tantas categorías fundamentales de la teoría del derecho —el punto de vista de la *efectividad*, el punto de vista de la *validez* y el punto de vista de la *justicia*—, el segundo en relación de deber ser con el primero y el tercero en relación de deber ser con el segundo, en virtud de otras tantas diferenciaciones deónticas entre deber ser y ser del derecho positivo mismo.

La primera diferenciación deóntica es la elemental entre *validez* y *efectividad* de las normas, o si se quiere entre derecho y realidad, entre norma y hechos, entre el “deber ser jurídico” (o *de* derecho) y la experiencia jurídica concreta. El punto de vista de la ciencia jurídica contempla los fenómenos jurídicos identificándolos con las *normas jurídicas*. El punto de vista de la sociología del derecho contempla los mismos fenómenos identificándolos, en cambio, con los comportamientos *humanos* regulados por las normas jurídicas. Estos dos distintos acercamientos o concepciones del derecho expresan —como escribió Hans Kelsen en 1915, en su célebre polémica con Eugen Ehrlich— la alternativa epistemológica fundamental, “por lo que se refiere a objeto y método” que se presenta a la teoría del derecho y, en general, a la ciencia jurídica<sup>7</sup>. La primera concepción es la que caracteriza la teoría del derecho como teoría *normativista* y la ciencia jurídica como ciencia normativa, cuyo objeto está constituido por las normas jurídicas y cuyo método es la interpretación, o sea el análisis del lenguaje legal. La segunda es la que caracteriza la teoría del derecho como teoría *realista* y la ciencia del derecho como ciencia sociológica, cuyo objeto es lo que de hecho ocurre y cuyo método es la indagación de los hechos. Según la conocida distinción de Herbert Hart, una contempla el derecho vigente (*law in books*) desde el “punto de vista interno”; la otra contempla el derecho vivo (*law in action*) desde el “punto de vista externo”<sup>8</sup>. Son, por tanto, distintas —por un lado las *normas*, por otro los *hechos*— las

7. “El contraste fundamental”, escribió Kelsen en 1915 en polémica con Eugen Ehrlich, “que amenaza con romper la ciencia jurídica, por lo que se refiere a objeto y método, en dos tendencias diferentes ya desde el fundamento, nace mediante el doble modo de consideración al que se cree que se puede someter el fenómeno jurídico. Se puede considerar el derecho como *norma*, es decir, como una determinada forma del *deber*, y en consecuencia constituir la ciencia jurídica como una ciencia *normativa* y *deductiva de valores*, como la ética o la lógica. Sin embargo se pretende concebir también el derecho como una parte de la *realidad* social, como hecho o proceso cuya *regularidad* debe ser entendida de manera *inductiva* y *explicada* causalmente. Aquí el derecho es una *regla del ser* de un determinado comportamiento humano, la ciencia jurídica es una ciencia de la *realidad* que trabaja según el modelo de las ciencias naturales” (H. Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, [1915], trad.it., *Una fondazione della sociologia del diritto*, en E. Ehrlich, H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cura di A. Carrino, Esi, Napoli, 1992, pp. 67-68).

8. H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, (1961), trad.it., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, IV, § 1, pp. 62-74; V, § 2, pp. 105-108 e VI, § 1, pp. 120-124. Uberto Scarpelli ha propuesto fundamentar, en esta distinción entre “punto de vista externo” y “punto de vista interno”, la diferencia, en el acercamiento al estudio del derecho positivo, entre la sociología del derecho y la ciencia jurídica de orientación iuspositivista aquí denominada “dogmática” (*Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, cap. VII, pp. 53-58).

referencias y las condiciones de uso del término “verdadero” a propósito de las proposiciones jurídicas de la dogmática y de las proposiciones fácticas de la sociología del derecho.

Está claro que esta primera diferenciación deóntica entre normas y hechos está ligada al carácter no ya descriptivo, sino normativo de las primeras frente a los segundos, generado por la traslación al derecho escrito del derecho puramente consuetudinario propio de los sistemas jurídicos primitivos. De ahí se sigue una irreductible divergencia entre tesis dogmáticas y tesis sociológicas. Si en el plano jurídico podemos afirmar que “(de acuerdo con el art. 624 del código penal italiano) todos los hurtos están castigados con la reclusión hasta de tres años”, en el plano sociológico debemos afirmar, por el contrario, que a causa de la inevitable cifra negra de la delincuencia “(ocurre en Italia que) *no* todos los hurtos (sino sólo una parte de estos) están castigados con penas de reclusión hasta de tres años”. Obviamente, las dos tesis opuestas, aunque ambas verdaderas, no son contradictorias, dado que hablan de cosas distintas: una del “deber ser” normativo del castigo del hurto, la otra de su “ser” o “no ser” efectivo. Y está igualmente claro que, en ordenamientos elementales dotados de un único nivel normativo, como son los del viejo *estado legislativo de derecho*, la diferencia entre enfoque normativista y enfoque realista no crea ningún problema, dado que normas y hechos pertenecen unívocamente a universos distintos. Respecto a estos, la relación entre dogmática y sociología del derecho, entre interpretación jurídica y observación sociológica, puede ser resuelta por la rígida *actio finium regundorum* sugerida por Kelsen: las dos aproximaciones y sus correspondientes discursos están totalmente separados, como disciplinas distintas e independientes, siendo diversos y alternativos entre sí los correspondientes universos y modelos semánticos.

La segunda diferenciación es la que se da entre *justicia* y *validez*, es decir, entre el “deber ser externo” o ético-político (o *del* derecho) y el “ser” de los sistemas jurídicos en su conjunto. También esta refleja dos puntos de vista distintos y dos diversas interpretaciones o modelos semánticos de la teoría: el punto de vista descriptivo interno de la *ciencia jurídica*, que contempla y describe el derecho positivo “que es”, y el punto de vista axiológico externo de la filosofía de la justicia, tanto política como moral, que contempla y valora el derecho vigente y las instituciones jurídicas de los distintos ordenamientos como productos históricos, políticos y sociales, a construir (o demoler), a defender (o criticar) y a conservar (o transformar). Bajo este aspecto, la relación entre discursos filosófico-políticos y derecho positivo es, de nuevo, una relación de “deber ser” respecto del “ser”: entre el “deber ser ético-político” o axiológico, formulado por el punto de vista ético-político externo, y el “ser” del derecho en su conjunto, tal y como ha sido descrita por los dos niveles de observación antes indicados de la dogmática y de la sociología jurídica.

Se trata de la clásica separación entre derecho y moral, o entre justicia y validez, generada por el cambio de paradigma de la experiencia jurídica producido por la afirmación del principio de legalidad como meta-norma de reconocimiento del derecho positivo. A causa de esta separación, que es un corolario del *positi-*

*vismo jurídico*, la moralidad (o la justicia) predicable de una norma no implica su juridicidad (o su validez) y, al contrario, su juridicidad (su validez) no implica su moralidad (su justicia)<sup>9</sup>. De aquí la autonomía del punto de vista crítico externo, excluida en cambio por la confusión entre derecho y moral en sus dos opuestas versiones: por la confusión del derecho con la moral hecha por las distintas versiones del iusnaturalismo; y por la confusión de la moral con el derecho operada por las versiones del legalismo ético, incluida la extendida hoy en gran parte del actual “neo-constitucionalismo”, el constitucionalismo ético.

Finalmente, la tercera diferenciación, más importante aún para la ciencia jurídica, es la que se ha producido dentro de la misma estructura del derecho, a causa de un cambio posterior de la norma de reconocimiento de la validez jurídica: el cambio sobrevenido con la estipulación en constituciones rígidas de límites y vínculos sustanciales a la producción legislativa, como son especialmente los derechos fundamentales. Si la diferenciación producida por el iuspositivismo consistió en la disociación entre justicia y validez, esta segunda diferenciación, producida por el *iusconstitucionalismo*, ha consistido en la disociación (*en el*) derecho entre *validez y vigencia*, o sea entre el “deber ser constitucional” y el “ser legislativo” del derecho. Sobre esta base, una ley es válida no ya simplemente porque esté vigente, es decir, haya emanado en las formas que permiten reconocerla como perteneciente a un ordenamiento dado, sino sólo si, además, es coherente, en cuanto a sus contenidos, con las normas constitucionales de un nivel superior a ella.

Gracias a esta tercera diferenciación, la distinción entre normas y hechos se ha transferido al interior del mismo sistema normativo. Esta es la extraordinaria innovación producida en los ordenamientos modernos por la estipulación de constituciones rígidamente situadas por encima de las leyes como normas de un nivel superior a ellas. En efecto, en tales ordenamientos todos los fenómenos normativos pueden ser contemplados simultáneamente como normas y como hechos; como normas respecto de los hechos regulados por ellas, pero también como hechos respecto de las normas constitucionales por las que ellos mismos están regulados. Es, por tanto, posible que, dentro del mismo discurso de la ciencia jurídica, sobre un mismo fenómeno se puedan afirmar tesis opuestas y, sin embargo, verdaderas las dos: que, en un ordenamiento dado, por ejemplo, todas las manifestaciones de pensamiento estén permitidas por una norma constitucional y que, al mismo tiempo, no todas lo estén, al estar algunas prohibidas como delitos de opinión por el código penal; o bien que todos los derechos subjetivos, según otra norma

---

9. En este sentido, escribe Hart: “la separación de origen utilitarista entre derecho y moral es considerada un hecho concreto, que permite a los juristas tener mayor claridad de ideas” (H.L.A.Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), trad.it., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, § 1, en Id., *Contributi all’analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Giuffrè, Milano 1964, p. 16). Recuérdese asimismo la definición de “positivismo jurídico” de Hart: “entenderemos por positivismo jurídico la sencilla tesis según la cual en ningún sentido es una verdad necesaria que las leyes reproduzcan o satisfagan ciertas exigencia de la moral, aunque en la realidad lo hayan hecho con frecuencia” (H.L.A.Hart, *Il concetto di diritto*, cit., cap. IX, § 1, p. 217).



constitucional, sean accionables en juicio y, al mismo tiempo, que no todos lo sean al no haber sido establecidas para alguno de ellos, como, por ejemplo, el derecho a la salud, las normas sobre su justiciabilidad procesal. Está claro que, en este caso, la solución de Kelsen de la nítida *actio finium regundorum* entre el enfoque sociológico y realista que contempla los hechos y el enfoque jurídico y normativista que contempla las normas, no es posible. Tanto los discursos que afirman como los que niegan que todas las manifestaciones del pensamiento son lícitas o que todos los derechos son accionables en juicio pertenecen, de hecho, al discurso sobre el derecho que es propio de la ciencia jurídica. Pero esto quiere decir que el constitucionalismo rígido, al introducir esta tercera diferenciación entre el deber ser jurídico o constitucional de las normas y su ser legislativo pero igualmente jurídico, ha creado el espacio del *derecho ilegítimo* —auténtica contradicción en los términos, según Kelsen— asignando a la ciencia jurídica un papel crítico y de proyecto: la tarea, en el primer caso, de registrar una “*antinomia*”, es decir, la indebida contradicción entre normas, y, en el segundo, de evidenciar una “*laguna*”, es decir, la carencia o el carácter incompleto de las normas, igualmente indebidos.

#### 4. LA DIMENSIÓN PRAGMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DERECHO. ‘*PRINCIPIA IURIS ET IN IURE*’ Y ‘*PRINCIPIA IURIS TANTUM*’

Así, como rasgos distintivos de ese complejo universo que es el objeto de la teoría del derecho, he identificado las tres separaciones entre “deber ser” y “ser” del derecho respectivamente expresadas e investigadas por la sociología del derecho, la dogmática jurídica y la filosofía política<sup>10</sup>: tres tipos de discurso distintos en cuanto a los contenidos informativos, el papel crítico frente a la experiencia jurídica y los métodos de formación de sus conceptos y afirmaciones, y que sin embargo tienen en común el mismo objeto, en tanto que son otras tantas interpretaciones semánticas de la teoría del derecho.

Y precisamente, de estas tres posibles interpretaciones semánticas de la teoría y de las tres diferenciaciones deónticas que aquellas permiten reconocer, es de donde provienen otras tantas *dimensiones pragmáticas* de la teoría. Estas tres diferenciaciones requieren, en efecto, otros tantos tipos de juicios y de valoraciones críticas en torno al derecho y a la práctica jurídica: el papel crítico frente a las prácticas jurídicas, desempeñado por la *sociología del derecho* desde el punto de vista externo de la *efectividad*; el papel crítico de las leyes vigentes, desempeñado por las *disciplinas jurídicas positivas* desde el punto de vista interno de la

---

10. Esta tesis de la diferenciación o separación entre el “ser” y el “deber ser externo” o *del* derecho, y entre el “ser” y el “deber ser interno” o *en el* derecho, son justamente identificadas como las tesis metodológicas y las rasgos característicos del garantismo por M. Gascón Abellán, *La teoría general del garantismo: rasgos principales*, en M. Carbonell, P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 22-26, conectando con las mismas el papel crítico del derecho positivo asignado a la ciencia jurídica.

*validez* constitucional; el papel crítico, en fin, frente a todo el derecho positivo desempeñado por la *filosofía política* desde el punto de vista axiológico externo de la *justicia*<sup>11</sup>.

La primera dimensión pragmática es la que deriva de la diferenciación empírica y fáctica entre *vigencia* y *efectividad*, y que se manifiesta en la no efectividad del derecho. Podrá tratarse de una falta de efectividad generada por la no “factibilidad” o por la “infelicidad” de las normas jurídicas, es decir, de su intrínseca incapacidad regulativa<sup>12</sup>; en tal caso, la crítica se dirigirá a las normas en cuanto inadecuadas por sí para los fines normativos perseguidos por ellas. Pero normalmente, como es obvio, la crítica y la denuncia de la no efectividad se referirán a los comportamientos humanos, que constituyen otras tantas violaciones de las normas. En el estado de derecho, por lo demás, la no efectividad resulta no sólo de los comportamientos de los individuos particulares, sino también de los poderes públicos, resolviéndose en el funcionamiento ilegal o extralegal de las instituciones. Se trata de un fenómeno cada vez más amplio y visible que mina las raíces de nuestras democracias y se manifiesta sobre todo en la ilegalidad que marca ya de manera sistemática —piénsese en las guerras, los crímenes impunes contra la humanidad, el crecimiento de las desigualdades, las violaciones masivas de los derechos humanos— las relaciones internacionales. Es una diferenciación que corre el riesgo de desacreditar todo el paradigma de la democracia constitucional y cuyo análisis no puede ser ignorado por la teoría y por la ciencia jurídica, a las que exige no sólo la crítica de las ilegalidades institucionales, sino también la tarea de proyectar garantías e instituciones de garantía idóneas para reducir las, si no para eliminarlas.

La segunda dimensión pragmática de la teoría es la que deriva de la diferenciación entre *validez* y *vigencia*, ciertamente la más importante para la ciencia jurídica y que, por ello, merece un análisis más profundo, aunque sólo sea porque la escolástica kelseniana la ha ignorado. Está conectada con la doble dimensión ya señalada de “norma” y “hecho”, a su vez regulado por normas, asumida por la

---

11. Recuérdese la análoga distinción entre “justicia”, “validez” y “eficacia” como criterios de valoración independientes entre sí, formulada por N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica* (158), cap. II, ahora en Id., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 23-44. A estos tres criterios Bobbio hace corresponder los tres problemas —el “deontológico”, el “ontológico” y el “fenomenológico”— pertenecientes respectivamente a la “teoría de la justicia”, la “teoría del derecho” y la “sociología jurídica”. El segundo de estos tres problemas ha sido atribuido aquí, en cambio, a las disciplinas jurídicas positivas de los ordenamientos concretos, sobre la base del concepto de “validez” definido, al igual que el de “efectividad”, por la teoría del derecho. La teoría del derecho, en efecto, como afirmó recientemente el mismo Bobbio en el pasaje citado en la nota 6, es una “teoría formal”, “dedicada al estudio de la estructura normativa” del derecho, y no ya de los “contenidos normativos” (incluidas las condiciones de validez de los distintos tipos de actos normativos) estudiados en cambio por la jurisprudencia y la dogmática jurídica (N. Bobbio, *Studi*, cit., pp. 96-98).

12. En *Pil* § 8.9, pp. 452-453, he identificado la “infelicidad” o “infelicidad” de una norma o de un sistema de normas en la correspondencia o no con los efectos (jurídicos) perseguidos y los efectos conseguidos de hecho.

legalidad en el estado constitucional de derecho. En esta diferenciación interna del derecho en tres niveles normativos distintos es donde reside el rasgo distintivo del paradigma constitucional, caracterizado precisamente por la sujeción a la ley de la ley misma, no sólo en cuanto a la forma de los actos que la producen, sino también en cuanto a los contenidos producidos por estos. Esta sujeción ha sobrevenido a través de la incorporación en las constituciones rígidas de principios ético-políticos —como la separación de poderes, el principio de igualdad y los distintos derechos fundamentales— transformados así de fuentes de legitimación *política* o *externa* en fuentes de legitimación (y, en el caso de ser violados, de deslegitimación) también *jurídica* o *interna*.

La principal implicación metateórica de esta diferenciación se refiere a la relación entre la lógica y sus usos en la teoría del derecho por un lado, y el derecho mismo por otro. En un sistema nomodinámico de derecho positivo —dentro del cual las normas no son deducidas de otras normas, sino producidas por las autoridades competentes— no siempre los principios lógicos son satisfechos por el derecho. En éste, antinomias y lagunas estructurales no sólo existen de hecho, sino que no pueden no existir entre normas de distinto nivel a causa de la diferencia que necesariamente siempre subsiste entre deber ser normativo y ser efectivo del derecho<sup>13</sup>. Coherencia y plenitud, exigidas por la lógica a la teoría como condiciones de consistencia de cualquier discurso sobre el derecho que enuncie relaciones lógicas entre figuras deónticas, no son, por tanto, ni pueden ser, en el paradigma constitucional, caracteres intrínsecos del derecho que es objeto de la teoría; ya que este derecho es un sistema nomodinámico, articulado en varios niveles, cada uno de los cuales es normativo respecto del inferior y siempre es, por eso, virtualmente violado y contradicho. Dicho brevemente, la lógica es propia del discurso *sobre el* derecho, mientras que no lo es, aun si debiera serlo, del discurso *del* derecho positivo, frente al cual tiene un papel no ya descriptivo sino prescriptivo.

Esto quiere decir que los principios de la lógica deóntica y todos los de la teoría que usan figuras de la lógica deóntica —como la contradicción entre permitido y prohibido, o la implicación entre expectativa positiva y obligación correspondien-

---

13. Uso “antinomia” y “laguna” en un sentido más restringido que el de su uso corriente. Con estos términos, que se han revelado centrales en la teoría de la democracia constitucional, designo solamente las antinomias y las lagunas relevantes respecto de normas de rango superior y, por tanto, configurables —de modo diferente a las antinomias y las lagunas entre normas del mismo nivel, resueltas por el intérprete con el recurso, en el primer caso, al criterio cronológico y al de especialidad y, en el segundo, con el recurso a la analogía— como “violaciones” de las normas de nivel superior: esto es, como “vicios” del ordenamiento, no solubles por el intérprete, que comportan la no aplicabilidad, si esos vicios no se superan, de la norma de nivel superior respecto de la cual son predicables, en el primer caso, por la presencia y la aplicación de una norma de grado inferior que choca con ella y que requiere ser expulsada, y, en el segundo, por la ausencia y la no aplicabilidad de sus normas de actuación que requieren ser introducidas. Sobre estos tipos de “antinomia” y de “laguna”, que he llamado “estructurales”, en oposición a las antinomias y las lagunas “aparentes” en cuanto solubles por el intérprete, cfr. *Pil*, § 10.19, pp. 684-691 (definiciones D10.43 y D10.44).

te— son en efecto principios *del* derecho, pero no principios *en el* derecho. No consisten, en otras palabras, en principios *internos* del derecho positivo, es decir, en aquellos que podemos llamar *principia iuris et in iure*, al no estar expresados ni explícita ni implícitamente por normas jurídicas. Sí son *principia iuris tantum*, que imponen al derecho positivo, como principios *externos* al mismo, la lógica que éste no tiene de hecho pero que, de derecho, debe tener<sup>14</sup>. Expresan, en un ordenamiento positivo y nomodinámico, el “deber ser” del derecho establecido por el derecho mismo, y la normatividad, en relación con sus fuentes, de los *principia iuris et in iure* establecidos en las de nivel superior<sup>15</sup>.

De aquí el papel normativo conferido a la teoría formal del derecho por el paradigma de la democracia constitucional, estructurado en más grados o niveles normativos: porque, dentro de tal paradigma, los principios teóricos axiomatizados por ella como *principia iuris tantum* son, por un lado, principios analíticos lógicamente verdaderos, descriptivos del modelo teórico; pero, por otro lado, son principios normativos que imponen al derecho (de la misma manera que los principios de la lógica o de la matemática respecto de los discursos que los utilizan) coherencia y plenitud respecto de los *principia iuris et in iure* estipulados por las normas constitucionales.

El paradigma constitucional, caracterizado por desniveles normativos y, por eso mismo, por la virtual presencia de antinomias y de lagunas entre normas de distinto nivel, postula en suma, si se le toma en serio, una ciencia jurídica no meramente de reconocimiento, sino también crítica y normativa; es decir, una teoría del derecho y una dogmática jurídica que ya no pueden limitarse a decir, según una clásica tesis de Bobbio, “lo que el derecho es”<sup>16</sup>: porque tampoco pueden no decir

---

14. Merece ser recordado este lúcido pasaje de N. Bobbio, *Formalismo giuridico e formalismo etico* (1954), en Id., *Studi*, cit. Cap. VII, p. 153: “un sistema jurídico, en cuanto está basado en el principio de legalidad, no debe ser contradictorio. Este punto ha sido particularmente ilustrado por Kelsen y García Máynez. Pero eso significa que el principio de no contradicción es una verdadera y auténtica regla jurídica contenida implícitamente en todo ordenamiento. Y si antes he mostrado que el principio de legalidad tiene en un sistema normativo la misma función que el principio lógico de no contradicción en un sistema teórico, ahora me doy cuenta de que el principio de no contradicción funciona en el mismo sistema normativo como regla jurídica. Lo que también podría decirse así, con una fórmula sintética: en una concepción legalista de la justicia están presentes al mismo tiempo una tendencia a la logicización del derecho y una tendencia hacia la juridificación de la lógica o, en otras palabras, un reconocimiento del valor lógico del derecho y, al mismo tiempo, del valor jurídico de la lógica”. “El principio de no contradicción”, escribió a su vez Kelsen en el pasaje aludido por Bobbio, “es, en efecto, igualmente válido para el conocimiento en el campo de la validez normativa como en el de la realidad empírica” (H. Kelsen, *Teoria generale del diritto*, cit., Apéndice, III, A, p. 415).

15. En este sentido, por ejemplo, son *principia iuris et de iure* del modelo teórico del garantismo penal, explícita o implícitamente dictados por el derecho positivo de los ordenamientos avanzados, los diez axiomas o principios penales o procesales que componen el sistema *SG* elaborado en *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari (1989), IX ed. 2008, cap. II, § 2, p. 69 y *passim*.

16. N. Bobbio, *Aspetti del positivismo giuridico* (1961), en Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, § 3, pp. 105-106: “Como modo de acercarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico se caracteriza por la nítida distinción entre derecho real y

“lo que el derecho debe ser” y que también forma parte, en un nivel normativo superior, del “derecho que es”, así como “lo que el derecho no debe ser” y sin embargo “ilegítimamente es”. Al explicitar las relaciones lógicas de la coherencia y la plenitud satisfechas solamente por la observancia de las normas constitucionales por parte de todas las normas subordinadas a ellas, la teoría, como afirmó Leticia Gianformaggio, asume un papel garantista frente al derecho mismo<sup>17</sup>.

Sobre esta base es posible hacer, en el segundo volumen de mi *Principia iuris*, una interpretación semántica de la teoría del derecho que, tomando en serio el “deber ser” del derecho tal y como está formulado en las constituciones rígidas de los ordenamientos avanzados, se configura como una teoría no ya formal, sino empírica y normativa, de la democracia constitucional. En este “deber ser” jurídico del derecho mismo, estipulado con la constitucionalización de principios ético-políticos como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, es donde reside el nexo entre democracia y derecho que caracteriza al paradigma garantista del constitucionalismo rígido. También la democracia, lo mismo que el derecho, es, de hecho, una construcción artificial: un sistema de instituciones, de funciones y de prácticas disciplinadas por reglas, no sólo formales sino también sustanciales, a las que están subordinados todos los poderes para garantía de la paz y de las diversas clases de derechos fundamentales. Precisamente, la democracia constitucional es un sistema institucional complejo que he articulado en cuatro dimensiones —la dimensión política, la civil, la liberal y la social— cuyas normas de reconocimiento consisten en otras tantas clases de derechos fundamentales constitucionalmente establecidos: los derechos políticos o de autonomía política, los derechos civiles o de autonomía negocial, los derechos de libertad y los derechos sociales. La teoría diseña el paradigma normativo de este modelo, analiza la distancia que siempre hay entre el modelo y el funcionamiento práctico de las instituciones, identifica los distintos tipos de garantías idóneas para asegurar el máximo de efectividad del mismo y traza sus múltiples posibilidades expansivas: frente a los poderes privados, además de frente a los poderes públicos, para garantía de los derechos sociales y de los bienes fundamentales, además de los tradicionales derechos de libertad; en el nivel del derecho internacional, además de en el derecho nacional<sup>18</sup>.

---

derecho ideal, o dicho con otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho tal y como es y el derecho tal y como debería ser; y por la convicción de que el derecho del que debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo. Si se quiere utilizar una sola palabra para designar esta forma de *approach*, se le podría llamar ‘científico’... En esta primera acepción de positivismo jurídico, por tanto, positivista es el que asume frente al derecho una actitud no valorativa”.

17. L. Gianformaggio, *Diritto e ragione tras essere e dover essere*, en Id. (ed.) *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 35-39.

18. Sobre estas tres expansiones, remito a *PiII*, §13-16, pp. 82-86 y, recientemente, a *Il costituzionalismo e il suo futuro*, conferencia pronunciada en Santa Fe, el 18 de mayo de 2010, en curso de publicación.

Está, finalmente, la tercera dimensión pragmática de la teoría del derecho, que proviene de una tercera diferenciación deontológica entre el deber ser y ser del derecho: la diferenciación axiológica o filosófico-política entre *validez* y *justicia*, o entre derecho y moral, como consecuencia de la afirmación del principio de legalidad como fundamento del derecho existente, exige la reflexión sobre la tarea de proyectar y sobre la producción positiva, y, por tanto, sobre los fundamentos axiológicos del paradigma del constitucionalismo democrático tal y como lo elabora la teoría del derecho. Gran parte de los principios constitucionales positivizados en las constituciones rígidas —libertad, igualdad, persona, derechos humanos, representación, separación de poderes, esfera pública y similares— son exactamente los mismos que fueron elaborados por el pensamiento filosófico-político de tradición ilustrada. Sólo que éstos, una vez constitucionalizados, dejan de ser solamente principios axiológicos externos de filosofía política y pasan a ser también principios jurídicos internos del derecho —*principia iuris et in iure*—, que están por encima de cualquier poder y son, por tanto, jurídicamente vinculantes para todos los ordenamientos vigentes.

De ahí derivan dos consecuencias. La filosofía política, en la que aquellos principios hunden sus raíces, no puede ser ignorada por la ciencia jurídica, como ha ocurrido hasta hoy en honor del llamado método técnico-jurídico; en efecto, ya no es sostenible la tesis, expresada, por ejemplo, por Santi Romano en un célebre ensayo de hace más de un siglo, de la irrelevancia de sus principios y sus conceptos para la teoría de la democracia constitucional<sup>19</sup>. Pero tampoco puede ser moldeada a la medida de los valores expresos en la constitución, según el tendencial constitucionalismo ético que, como ya se ha dicho, caracteriza a las actuales doctrinas neoconstitucionalistas. La filosofía política —al igual que la política y la moral— conserva, en efecto, un espacio autónomo, externo al derecho y a la ciencia jurídica, y un punto de vista propio autónomo frente al derecho mismo. En esta autonomía es donde reside su dimensión pragmática, conectada con el punto de vista axiológico externo, crítico y de proyecto, desde el que contempla los sistemas jurídicos.

---

19. S. Romano, *L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), ahora en *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1950, vol. I, p. 108: si “nuestro estudio quiere ser jurídico” afirma Santi Romano, deben ser ajenos a él “aquellos viejos problemas que tanto gustaban a los constitucionalistas del periodo doctrinario”: como “la teoría del llamado Estado o Gobierno legítimo; la controversia sobre si el pueblo tiene o no el derecho de darse el derecho que cree mejor para él; la admisibilidad del llamado derecho de resistencia colectiva o a la revolución; los problemas del origen y, en especial, de la justificación de la soberanía; y como consecuencia de todo esto el examen de las doctrinas que basan el Estado en la fuerza, en elementos contractuales y demás”, hasta los temas y los problemas de los “derechos naturales” y del “poder constituyente”.

## 5. UN MODELO INTEGRADO DE CIENCIA JURÍDICA: TEORÍA DEL DERECHO, DOGMÁTICA, FILOSOFÍA POLÍTICA Y SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Así es como la teoría del derecho, y específicamente del estado constitucional de derecho, con las diferenciaciones hechas explícitas por ella entre principios ético-políticos, principios de derecho y práctica jurídica, puede proponerse hoy, gracias a su carácter formal, como el lugar de encuentro en el que es posible recomponer las muchas fracturas disciplinares —entre ciencia del derecho, sociología jurídica y filosofía política— que han marcado la historia de la cultura jurídica moderna.

Hay un aspecto de nuestro saber jurídico y político sobre el que deseo detenerme. Las relaciones entre los diversos puntos de vista y los correspondientes enfoques disciplinares al estudio del derecho que he distinguido más arriba —la ciencia jurídica, la filosofía política y la sociología del derecho—, aun contemplando los mismos fenómenos, esto es, el derecho y las instituciones jurídicas y políticas, se caracterizan por una sustancial incomunicabilidad a causa de la mayor de las ignorancias recíprocas. Normalmente, los juristas leen sólo libros de derecho y sus libros son leídos solamente por juristas. A su vez, los filósofos —incluidos los filósofos de la política— ignoran totalmente el derecho: sus categorías conceptuales elementales, las estructuras constitucionales de los ordenamientos, el funcionamiento de las instituciones. Salvo pocas excepciones, la situación actual de las dos culturas parece caracterizarse por un sustancial analfabetismo jurídico de los filósofos y por un menor analfabetismo filosófico de los juristas<sup>20</sup>.

Esta recíproca ignorancia e incomunicabilidad son tanto más sorprendentes en la medida en que entre filosofía y ciencia del derecho hubo, entre el siglo XVII y el XVIII, una relación estrechísima. Excepción hecha del derecho civil, que tiene una tradición milenaria que se remonta al derecho romano, todas las disciplinas jurídicas principales —el derecho público, el derecho penal, el derecho internacional— son hijas de la gran tradición filosófico-política de los citados siglos. Tienen su origen, precisamente, en el nacimiento del Estado moderno, cuyos padres constituyentes fueron los clásicos del iusnaturalismo racionalista e ilustrado —de Hobbes a Locke, de Montesquieu y Rousseau a Beccaria y a Kant— que teorizaron sus principios de justificación y de legitimación, sus fundamentos racionales, las formas y las reglas de organización de los poderes públicos; de la doctrina del contrato social, que es una especie de metáfora de las futuras constituciones como pactos de convivencia civil, a las teorizaciones de los derechos naturales; de la teoría de la soberanía a la de la separación de poderes; de la refundación garantista del derecho penal al nacimiento de la ciencia jurídica internacional.

---

20. Sobre este punto, remito a mi libro *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, trad. esp. *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México D.F., 2006, pp. 169-299.

Pues bien, este nexo profundo entre cultura jurídica y cultura filosófico-política se disolvió hacia la segunda mitad del siglo XIX. Desde entonces, los estudios jurídicos y los estudios filosófico-políticos han estado siempre, por la formación de base y por la organización académica y disciplinar de los saberes, distantes y separados. Separados e incomunicados a causa de una doble impermeabilidad: de un lado, por la autorreferencialidad y, en el fondo, el aislamiento cultural de la ciencia jurídica, que siempre ha defendido, en nombre de su tradición milenaria, su autonomía respecto de las otras ciencias sociales, sean estas sociológicas o politológicas; del otro, por la inaccesibilidad del saber jurídico para los no juristas, a causa de su carácter técnico y especializado, que siempre ha inhibido el conocimiento de las categorías elementales del derecho por parte de los filósofos de la política, dotados normalmente de una cultura esencialmente histórica, filosófica y humanística.

Sería oportuno hablar detenidamente sobre la organización académica de nuestros estudios. Si es verdad que los juristas sólo leen normalmente libros de derecho, por otro lado la enseñanza del derecho está ausente no sólo de la escuela secundaria sino también de las facultades de filosofía, donde ni siquiera existe una enseñanza de Derecho público. Ocurre así que juristas y filósofos se ocupan exactamente de las mismas cosas: el poder, las libertades, las instituciones, las relaciones entre autoridad y libertad y entre Estado-mercado, la esfera pública, la administración de la justicia, la redistribución de la riqueza y las formas de la democracia. Pero se ocupan de ellas con lenguajes, puntos de vista y modos de aproximación distintos —distintos y al mismo tiempo divididos por un diafragma implícito— y, por tanto, ignorándose total y, a veces, ostentosamente entre sí.

Más detenido aún tendría que ser el discurso sobre las razones de esta fractura. Me limitaré a recordar que en la base de este divorcio entre las dos culturas ha estado una consciente, voluntaria y, en gran parte, consensuada operación meta-teórica y metodológica de carácter anti-ilustrado, que se remonta al XIX. El divorcio, en Alemania y en Italia, fue abiertamente declarado, entre finales del XIX y principios del XX, sobre todo por los juristas, que desterraron toda reflexión filosófica sobre los fundamentos axiológicos y racionales del derecho y promovieron, en nombre de la “autonomía” y de la “cientificidad” de las disciplinas jurídicas, su aislamiento y su autorreferencialidad epistemológica. En Italia, concretamente, los principales líderes —de Vittorio Emanuele Orlando a Vittorio Scialoja, de Arturo Rocco a Vincenzo Manzini— estigmatizaron, con la teorización del método técnico-jurídico como único método científico, toda contaminación filosófico-política o sociológica de la ciencia jurídica. De forma aparentemente paradójica, en el momento mismo en que la filosofía iusnaturalista y racionalista que se desarrolló de Hobbes en adelante, realiza con el nacimiento del Estado moderno su proyecto jurídico, precisamente la afirmación de esa misma filosofía proyectada por el principio de legalidad como norma exclusiva de reconocimiento del derecho existente decreta su exclusión del horizonte científico del jurista. Y, lo que es más grave, al mismo tiempo se hace desaparecer de la ciencia jurídica,



con la afirmación del método técnico-jurídico, todo punto de vista crítico externo de tipo axiológico y de proyecto.

Pues bien, inmediatamente después de la segunda posguerra se producen dos factores de crisis de la orientación técnico-jurídica y de ruptura del aislamiento de la ciencia jurídica: uno en el plano epistemológico y metodológico, y otro en el plano teórico.

El primer factor estuvo determinado por la conversión de al menos una parte de la filosofía del derecho, orientándose hacia los estudios de teoría general del derecho, de lógica y epistemología de la ciencia jurídica, de teoría de la argumentación y de la interpretación. Es una conversión que tiene lugar en el mismo plano de la metodología de la ciencia del derecho gracias a dos acontecimientos en parte conectados entre sí: en primer lugar, el nacimiento de la teoría general del derecho como enfoque metodológico distinto y autónomo de las disciplinas jurídicas particulares, llevado a cabo por Hans Kelsen, Herbert Hart y Norberto Bobbio y sus escuelas; en segundo lugar, la emancipación de una parte relevante de la filosofía del derecho de sus viejas tradiciones iusnaturalistas e idealistas y su refundación como teoría y epistemología de la ciencia jurídica, marcada por el encuentro con las nuevas orientaciones de la filosofía del conocimiento: de la lógica al análisis del lenguaje, de la metodología de la ciencia a la teoría de la argumentación. Concretamente, la orientación filosófica analítica italiana formula el proyecto más ambicioso: el de la refundación epistemológica de la ciencia jurídica en sintonía con la nueva filosofía de la ciencia, promovido por Norberto Bobbio con aquel verdadero manifiesto programático que fue su clásico ensayo *Scienza giuridica e analisi del linguaggio* de 1950<sup>21</sup>.

El segundo y mucho más importante factor de crisis del método técnico-jurídico y un segundo terreno de encuentro entre ciencia jurídica y filosofía fue el auténtico cambio de paradigma que se produjo, en casi todos los países del continente europeo, con la introducción de las constituciones rígidas y consiguientemente la afirmación del paradigma de la democracia constitucional. En efecto, las constituciones incorporaron principios y valores en gran parte correlativos con los elaborados por la tradición filosófico-jurídica ilustrada: el principio de igualdad, la dignidad de la persona, los derechos de libertad, a los que se añaden los derechos sociales, la representación política, la separación de poderes. Estos principios, que la orientación técnico-jurídica había excluido de la reflexión iuspublicística, gracias al grado superior respecto de la ley otorgado a las constituciones por su rigidez, pasan de ser, principios ético-políticos para convertirse en principios jurídicos que la ciencia jurídica ya no puede ignorar por su carácter vinculante respecto de la legislación ordinaria. De otro lado, la tarea del proyecto político de las instituciones democráticas y de sus garantías no sólo no está ya

---

21. *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en “Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile”, 1950, 2, pp. 342-367, ahora en U. Scarpelli (ed.) *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunita, Milano, 1976, pp. 287-324.

prohibida a la ciencia del derecho, sino que, al contrario, viene impuesta por el proyecto constitucional, que ya no es un proyecto político externo al derecho, sino el proyecto jurídico diseñado por las constituciones que exige la producción de leyes de realización del mismo.

Sobre esta base es como la teoría general del derecho puede convertirse en el terreno de un nuevo encuentro entre los diversos enfoques del estudio del derecho, a los que ofrece un aparato conceptual en gran parte común e indispensable para su misma función crítica, además de explicativa: entre el doble punto de vista jurídico interno propio de las disciplinas dogmáticas positivas, el punto de vista empírico externo de la filosofía política, correspondientes cada uno a las otras tantas interpretaciones semánticas de la teoría formal. Dogmática jurídica, sociología jurídica y filosofía política siguen siendo, en todo caso, enfoques distintos entre sí, rigurosamente distintos en cuanto a los fundamentos, el método de formación de sus conceptos y sus afirmaciones y a los puntos de vista desde los cuales miran al mismo objeto. Pero es la teoría formal la que permite a estos diversos enfoques, que tienen en común el mismo universo de discurso, beneficiarse uno de las aportaciones de otro. Dando cuenta de las ya mencionadas diferenciaciones deónticas —entre justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y efectividad— la teoría permite, en efecto, distinguir y, al mismo tiempo, conectar los distintos niveles del discurso, uno normativo y crítico respecto del otro, y así escapar a las distintas y frecuentes falacias ideológicas —iusnaturalistas, ético-legalistas, normativistas y realistas— que se derivan tanto de su confusión como de su recíproca ignorancia<sup>22</sup>. Pero permite, sobre todo, el desarrollo de una teoría de la democracia que tome en serio las constituciones y sus promesas normativas, desarrollando el sistema de garantías capaz de conferir el máximo de efectividad a los principios de justicia y a los derechos fundamentales estipulados por aquellas como condiciones de validez y de legitimidad del derecho existente.

---

22. Sobre estas falacias, remito a *PiI*, Introducción, § 8, pp. 42-43; a *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, § 4.2, pp. 69-74; y a *Principia iuris. Una discusión teórica*, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n.º 31, 2008, § 1.2, pp. 402-406.