

SOBRE EL KELSEN DE FERRAJOLI

On Ferrajoli's Kelsen

Juan Ruiz Manero

Resumen

El objeto de este trabajo es el de dar cuenta de las críticas a Kelsen contenidas en el último libro, todavía inédito, de Luigi Ferrajoli, *Diritto e logica. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, y formular algunas críticas a las tesis sostenidas en él por el propio Ferrajoli. Entre las críticas que el autor considera que cabe dirigir a este respecto a Ferrajoli, las principales afectan al carácter exclusivamente interno de la mirada ferrajoliana sobre el derecho, al carácter siempre opinable, y nunca verdadero o falso, que, según Ferrajoli, tienen los enunciados interpretativos, y a la incompatibilidad que, según el autor, se presenta entre las ambiciones de la teoría ferrajoliana y las limitaciones que a la misma impone su anclaje en el no cognitivismo ético.

Palabras clave

Kelsen, Ferrajoli, teoría del sistema jurídico, teoría de la norma jurídica, derecho y lógica

Abstract

The purpose of this paper is to give an account of the critiques that Ferrajoli addresses to Kelsen in his latest –still unpublished– book, *Diritto e logica. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, and to make some criticism of the theses held in it by Ferrajoli himself. Major criticisms that the author believes should be addressed in this regard to Ferrajoli affect the purely internal nature of Ferrajoli's approach to the law, the always debatable character, never true or false that, according to Ferrajoli, interpretive statements have, and the incompatibility which, according to the author, exists between the ambitions of Ferrajoli's theory and the limitations imposed on it by its anchoring in ethical non-cognitivism.

Keywords

Ferrajoli, Kelsen, theory of legal system, theory of legal norm, law and logic

Juan Ruiz Manero. Universidad de Alicante, Facultad de Derecho. Correspondencia: Universidad de Alicante, Ap. de correos, 99, 03080, Alicante, España. juan.ruiz@ua.es

I.

El último libro de Luigi Ferrajoli,¹ todavía inédito cuando escribo estas líneas, viene a ser una mirada de conjunto sobre la teoría del derecho de Kelsen. La pretensión de este último libro de Ferrajoli es identificar diez aporías en la teoría del derecho de Hans Kelsen, aporías que expresan otras tantos déficits de la teoría kelseniana para dar adecuada cuenta de aspectos importantes de la realidad de nuestros sistemas jurídicos. Las aporías que identifica Ferrajoli no sólo expresan, cada una de ellas, déficits centrales de la construcción kelseniana, sino que dan lugar a otros muchos déficits, en muchos casos a mi juicio asimismo centrales, de esa misma construcción. Ferrajoli parece dividir los déficits de la construcción kelseniana en centrales u originarios (las diez aporías que dan título al libro) y periféricos o derivados (todos los demás que presenta como consecuencias de alguna de las aporías citadas o de alguna combinación de varias de ellas). Esta distinción entre déficits centrales u originarios y déficits periféricos o derivados podríamos entenderla de alguna de las dos maneras siguientes (o como la suma de ambas): podríamos entender, en primer lugar, que los déficits que Ferrajoli considera centrales son, frente a los periféricos, más importantes, en el sentido de que afectan a aspectos más decisivos de la comprensión kelseniana del derecho; podríamos entender, en segundo lugar, que, en la construcción kelseniana, los déficits que Ferrajoli considera como derivados aparecen como consecuencia de los déficits que él mismo considera centrales. O, siendo ambas interpretaciones compatibles, podemos entender que ocurre tanto lo uno como lo otro. Pues bien, en mi opinión, no ocurre ni lo uno ni lo otro: ni las diez aporías afectan, en todos los casos, a aspectos más importantes de la comprensión kelseniana del derecho de lo que lo hacen otras tesis kelsenianas que Ferrajoli presenta como menos centrales, ni las adscripciones ferrajolianas de lugares centrales o periféricos a unas u otras tesis constituyen la única reconstrucción posible, o la reconstrucción más fiel, de la estructura conceptual de la teoría kelseniana. Otras reconstrucciones de dicha estructura que mantengan un análogo grado de fidelidad a la obra kelseniana, son, a mi juicio, igualmente posibles. El que Ferrajoli privilegie, de entre las tesis kelsenianas que considera erróneas, a algunas de ellas como centrales y a otras las ubique como periféricas tiene que ver, a mi juicio, no tanto con la estructura conceptual de la obra kelseniana, como con la estructura conceptual de la teoría del derecho del propio Ferrajoli. Y eso es, desde luego, perfectamente legítimo. Entre otras cosas, porque lo que

¹ Luigi Ferrajoli, *Diritto e logica. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen* (en prensa) (en adelante, DL)

este último libro muestra es cómo la teoría de Ferrajoli supone una clara superación de la teoría kelseniana: en el sentido de que la teoría de Ferrajoli explica tanto cuanto explica la teoría kelseniana, y lo explica mejor, y es también capaz de dar cuenta de aspectos de la realidad de nuestros sistemas jurídicos en relación con los cuales la teoría kelseniana se muestra impotente y/o produce explicaciones claramente distorsionadas. Creo que el cotejo entre Kelsen y Ferrajoli, entre quien podemos considerar el iniciador de la contemporaneidad en la teoría del derecho y uno de los máximos exponentes actuales de la misma, muestra que también en estos estudios se puede hablar de progreso. Y el progreso viene posibilitado en este contexto, claro está, porque Ferrajoli, como toda la teoría del derecho postkelseniana, se encuentra montado sobre los hombros de Kelsen.

En lo que sigue voy a presentar, primero, algunos de los principales aspectos de la reconstrucción ferrajoliana de los déficits de la teoría de Kelsen. Cuando hablo de “algunos” y de los “principales aspectos” ya doy a entender que no voy a ser exhaustivo; matizo también que la selección de estos aspectos como “principales” depende, en buena parte, de mis intereses e inclinaciones teóricas. Es posible, desde luego, que otras personas prefirieran otra selección de aspectos como “principales”.

Como se verá, creo que Ferrajoli tiene razón en virtualmente todas sus acotaciones críticas a Kelsen; pero creo también que algunos aspectos del pensamiento de Ferrajoli, en su dimensión de crítica de Kelsen, resultan objetables y lo resultan, a mi juicio, en buena parte precisamente porque la teoría de Ferrajoli no toma suficiente distancia en algunos puntos respecto de los parámetros kelsenianos.

II.

El primer punto de crítica de Ferrajoli a Kelsen afecta a aquello que constituye, según Kelsen, el vínculo de imputación entre antecedente y consecuente que resulta característico de las normas. Como es bien sabido, de acuerdo con Kelsen, lo característico de las normas es la presencia de un vínculo imputativo –si es A (un ilícito) debe ser B (la imposición de una sanción). La presencia de tal vínculo imputativo es lo que diferencia, en el planteamiento de Kelsen, las normas de los enunciados acerca de hechos, de los enunciados que expresan, por ejemplo, leyes de la naturaleza: aquí el vínculo no es imputativo, no es un vínculo de deber ser, sino causal, un vínculo de ser: si es A (agua cuya temperatura alcanza 100°) será B (el agua entrará en ebullición). Pues bien: la crítica de Ferrajoli no

consiste, obviamente, en negar la diferencia entre causalidad e imputación, ni en negar que un nexo de este último tipo sea lo característico de las normas, sino en poner de relieve que la presentación kelseniana simplifica indebidamente el nexo imputativo. En la presentación kelseniana, el nexo se da entre dos actos (la comisión del ilícito y la imposición de la sanción), mientras que, de acuerdo con Ferrajoli, habría que presentar la situación en términos de dos nexos, y no sólo de uno: “Un primer nexo se da, en el caso por ejemplo del ilícito, entre el acto ilícito y la obligación de infligir la sanción por parte del sujeto designado para ello; y un segundo nexo que se da entre la obligación de infligir la sanción y la imposición obligatoria de la sanción misma” (DL, cap. I, ap. 1).

Pues bien, esta descomposición ferrajoliana aporta indudablemente una capacidad explicativa mayor de la normatividad jurídica y evita las insuficiencias generadas por la “elíptica” fórmula kelseniana. De acuerdo con Ferrajoli, las principales de estas deficiencias serían:

(a) En primer lugar, la fórmula kelseniana supone una doble generalización indebida: una generalización indebida en cuanto que asimila todas las normas al modelo de las normas hipotético-deónticas. De acuerdo con Ferrajoli (2007, vol. I, pp. 419 y ss.), las normas pueden ser, de un lado, deónticas (esto es, que imponen obligaciones o prohibiciones o conceden permisos) o constitutivas (esto es, “que constituyen o preconstituyen estatus como calificaciones ónticas de sujetos, de objetos o de otras cosas”); y, de otro, hipotéticas (esto es, condicionales) o téticas (esto es, categóricas o incondicionadas): de la combinación de ambos pares de posibilidades resultan, de acuerdo con Ferrajoli, cuatro tipos de normas: hipotético-deónticas, hipotético-constitutivas, tético-deónticas y tético-constitutivas. La elíptica fórmula kelseniana implicaría una reducción indebida de todas las normas jurídicas al primero de estos tipos.

(b) En segundo lugar, la fórmula kelseniana conduce a una centralidad de la sanción, que resulta incompatible con el positivismo jurídico. Interpretando la fórmula “ $A \rightarrow B$ ” por medio de “la pareja acto ilícito/imposición de la sanción, de su implicación se sigue, que, cuando no exista el deber ser de la sanción B, entonces no puede ni siquiera afirmarse que el comportamiento A sea un acto ilícito” (DL, cap. II, ap. 1). Ello implica, continúa Ferrajoli, una paradójica tesis antipositivista en la teoría del máximo exponente del positivismo jurídico. En contradicción con el postulado del iuspositivismo formulado por el propio Kelsen, según el cual son normas jurídicas todas las normas y solo las normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, la norma que prohíbe

un comportamiento sin que esté prevista una sanción para él sería, aunque puesta, irrelevante, o, peor, inexistente” (*id.*). Un ejemplo importante sería, en este orden de cosas, el de la guerra de agresión que, “al estar expresamente prohibida por la Carta de la ONU, por el Estatuto de la Corte penal internacional, y por algunas constituciones como la italiana, es un acto ilícito, aunque (todavía) no exista la posibilidad de sancionarla” (*id.*).

(c) Algo análogo ocurre con el concepto kelseniano de derecho subjetivo. “Kelsen entiende el derecho subjetivo como un reflejo del deber correspondiente (...) y lo identifica, además, con el poder de activar la imposición de una sanción en el caso de que ese deber sea violado” (*id.*). De esta forma, los derechos subjetivos quedan identificados, en el planteamiento de Kelsen [no con la razón, o el título, que justifica la introducción de lo que Ferrajoli llama garantías], sino con las garantías mismas, tanto primarias (los deberes correlativos al derecho) como secundarias (la obligación de un juez de disponer la anulación o la condena de los actos inválidos o ilícitos en que consisten las violaciones de las garantías primarias). También aquí la posición de Kelsen está, a juicio de Ferrajoli, en contraste con el principio del positivismo jurídico. Pues esa posición implica que un derecho subjetivo establecido positivamente, “allí donde no existan, porque no han sido introducidos por normas de actuación, el deber correspondiente y/o el poder de su titular de activar un remedio judicial a su violación, sería un no-derecho, y la norma que lo establece sería a su vez una norma irrelevante, o, peor, inexistente” (*id.*). Desde una perspectiva positivista, sin embargo, señala Ferrajoli, los derechos subjetivos existen si se han producido las normas que los estipulan, aunque existan también, y también simplemente porque se han producido, normas que configuran situaciones incompatibles con ellos, y aunque no existan, porque no se hayan producido, normas sobre los deberes correspondientes a tales derechos o sobre las sanciones previstas para sus violaciones. En tales casos, el sistema contendrá, en relación con sus normas que estipulan tales derechos, *antinomias* o *lagunas*. Y ello es así porque “en un sistema nomodinámico como es el derecho positivo, una cosa es la correlación lógica, y otra es la necesaria copresencia empírica de derechos y deberes” (DL, cap. III, ap. 1). La primera no implica en absoluto la segunda.

Pues bien, la tesis kelseniana según la cual, si no están establecidas sus garantías primarias y secundarias no existen los derechos correspondientes genera tres consecuencias que aparecen como especialmente inaceptables en el caso de los derechos constitucionalmente establecidos: la primera de estas consecuencias inaceptables es la propia tesis, incompatible, como se acaba de indicar, con el principio de positividad, de que tales de-

rechos, si no se han establecido las correspondientes garantías, “equivaldrían a meros *flatus vocis*” (DL, cap. III, ap. 2); la segunda reside “en la negación de la normatividad de las constituciones y en una inversión paradójica de la jerarquía de las fuentes, es decir, en la subordinación de las normas constitucionales que prevén tales derechos al poder del legislador de frustrar su carácter rígido y vinculante simplemente violándolas, esto es, no dando actuación a las mismas” (*id.*); la tercera de estas consecuencias inaceptables se encuentra en lo que Ferrajoli denomina “una singular falacia realista: la confusión del deber ser tanto lógico como constitucional de la legislación con su ser efectivo” (*id.*).

III.

Una segunda raíz que incide asimismo sobre déficits de la teoría kelseniana que se acaban de señalar y que está también en el origen de otros déficits de la misma, se encuentra en la caracterización, que Kelsen acaba por hacer suya, del sistema jurídico como un sistema puramente dinámico, así como en la inadecuada comprensión, por parte de Kelsen, de las implicaciones de la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos por lo que hace a la relación entre derecho y lógica. En los sistemas estáticos como la moral o el derecho natural –indica Ferrajoli– “las relaciones lógicas –la contradicción entre ‘permitido’ y ‘prohibido’ y ‘permitido que no’ y ‘obligatorio’, y la implicación entre ‘expectativa positiva’ o ‘negativa’ y las correspondientes ‘obligaciones’ y ‘prohibiciones’– son verdades analíticas, en virtud de las cuales las normas pertenecen al sistema porque sus significados o contenidos son deducibles de sus postulados éticos y tienen todas ellas el mismo grado o rango”. De esta forma, al ser los principios lógicos, en estos sistemas, *internos* al sistema mismo e *inviolables*, queda en ellos excluida la posibilidad misma de antinomias o de lagunas. Posibilidad, por el contrario, que nunca puede excluirse en el caso de los sistemas dinámicos, como es el caso del derecho positivo, “en los que las normas, independientemente de sus contenidos, existen si son puestas por actos preceptivos de los cuales tales normas son efectos, mientras que no existen si no son puestas por ningún acto” (DL, cap. II, ap. 2). En estos sistemas, los principios de la lógica, los principios de coherencia y de completitud, son *externos* al sistema, y en cuanto tales *violables*. Son principios normativos que determinan qué normas *deben* pertenecer al sistema (para lo que es preciso que se realicen los correspondientes actos de dictado) y qué normas *deben no* pertenecer al siste-

ma (para lo que es preciso que *no* se realicen los correspondientes actos de dictado). En los sistemas dinámicos, los principios lógicos no identifican *las normas que son*, sino *las normas que*, de acuerdo con las normas superiores del sistema correspondiente, *deben ser o deben no ser*.

Pues bien: en cuanto a las relaciones entre derecho y lógica, Kelsen, a partir de la *Teoría pura del derecho* de 1960, se desplaza de la tesis, sostenida en esta última obra, de que los principios lógicos no son de aplicación directa a las normas, pero sí indirecta a través de las proposiciones normativas que las describen, a la tesis de que los principios lógicos no son de ninguna manera de aplicación a las normas. Las consecuencias tanto de una como de otra tesis sobre la construcción kelseniana resultan inaceptables.

En cuanto a la tesis de la aplicabilidad indirecta de los principios lógicos, no se ve por qué habrían de ser contradictorias entre sí dos proposiciones que describieran, cada una de ellas, una de dos normas antinómicas entre sí. Como no son tampoco contradictorias dos proposiciones que, en algún metalenguaje, describan dos proposiciones formuladas en algún lenguaje objeto. Por poner dos ejemplos: no son de ningún modo contradictorias las proposiciones “en el sistema jurídico SJ existe una norma que prohíbe P en las circunstancias Q” y “en el sistema jurídico SJ existe una norma que permite P en las circunstancias Q”. La suma de estas proposiciones nos informa de que en SJ hay, desde luego, una antinomia, pero ambas proposiciones no son de ningún modo contradictorias entre sí. Y tampoco son contradictorias entre sí las proposiciones “Fulano afirma que él es Napoleón Bonaparte” y “Fulano afirma que él no es Napoleón Bonaparte”. Las proposiciones emitidas por Fulano (“yo soy Napoleón Bonaparte” y “yo no soy Napoleón Bonaparte”) son, desde luego, contradictorias entre sí, pero no lo son de ningún modo las proposiciones mediante las que su eventual psiquiatra nos informa de que Fulano ha emitido dos proposiciones contradictorias.

Esta tesis de la aplicabilidad indirecta de los principios lógicos a las normas está en el origen de una ciertamente muy extraña tesis kelseniana: la tesis de que admitir la presencia de una antinomia en el sistema jurídico implica admitir la presencia de una contradicción en su descripción. Ello lleva a Kelsen a negar que haya antinomias en el derecho, para lo que, ante la evidencia de que las hay, adopta la extrañísima tesis de la cláusula alternativa tácita en virtud de la cual el contenido tautológico de todas las normas utilizables para la producción normativa vuelve a estas necesariamente inviolables. Pero si son necesariamente inviolables es porque, en

virtud de su contenido tautológico, no prohíben ningún contenido posible de las normas a ellas inferiores, por lo que son normativamente irrelevantes. El sistema jurídico deja de aparecer, entonces, como un sistema que regula su propia creación y aplicación para aparecer como un sistema que habilita a sus órganos de producción normativa inferior para dictar normas con cualquier contenido y, especialmente, a sus órganos de aplicación para resolver los casos de cualquier manera que prefieran, o para no resolverlos en absoluto.

Y la tesis, adoptada por el último Kelsen, de que la lógica no se aplica de ningún modo a las normas conduce a la misma consecuencia que la tesis de la aplicabilidad indirecta: si la consistencia lógica de las normas inferiores respecto de las superiores no es un requisito que las primeras deban respetar, los órganos de producción normativa inferior están habilitados para dictar normas con cualquier contenido y, especialmente, los órganos de aplicación están habilitados asimismo para resolver los casos de cualquier manera que prefieran o para no resolverlos en absoluto.

Así pues, con independencia de que se adopte como punto de partida, bien la tesis de la aplicabilidad indirecta, bien la tesis posterior de la no aplicabilidad en absoluto de la lógica al derecho, la incapacidad kelseniana, de las que ambas tesis son manifestación, para dar cuenta adecuadamente de las relaciones entre la lógica y los sistemas normativos dinámicos como el derecho tiene efectos deletéreos, y en buena medida incompatibles con rasgos centrales de la construcción del propio Kelsen, para la imagen del derecho que acaba resultando de la teoría kelseniana. Efectos deletéreos e incompatibilidades que aparecen muy bien puestos de manifiesto en el libro de Ferrajoli y que, en una enumeración que no pretende en absoluto ser completa, vendrían a ser los siguientes:

a) El primero de ellos sería la identificación de la validez de las normas con su existencia, lo que implica “el desconocimiento como impensable de la existencia misma del derecho ilegítimo por violación de las normas sustanciales sobre su producción”, o, en otros términos, “la virtual *divergencia deóntica* entre niveles normativos que se manifiesta en la indebida producción de normas inválidas y en la indebida omisión de normas debidas” (DL, cap. IV, ap. 1). En concreto, Kelsen niega “la posibilidad misma de una ley inconstitucional” (*id.*) o de una sentencia ilegal.

b) La identificación de la validez de las normas con su existencia, junto con la tesis de que la admisión de la posibilidad de antinomias en el derecho, esto es, de una norma contraria a normas implica una contradicción en los términos, conduce a Kelsen a la insostenible tesis de la cláusula al-

ternativa tácita que implica el derrumbe de la imagen del derecho como sistema que regula su propia producción y aplicación.

c) La tesis kelseniana de la inexistencia del derecho inválido o ilegítimo es obviamente incompatible porque contradictoria con la tesis asimismo kelseniana de que “todas las normas son violables, incluidas las normas sobre la producción jurídica” (*id.*).

d) La supuesta contradicción en los términos a que, según Kelsen, “daría lugar la existencia de una norma inválida es resuelta por Kelsen a veces con la tesis de la validez y a veces con la tesis de la inexistencia de leyes inconstitucionales por razones de contenido” (*id.*). Ambas tesis son, desde luego –subraya Ferrajoli–, incompatibles entre sí y, a la vez, ambas falsas.

e) Por último, y en definitiva, la conclusión más general a la que conducen estos planteamientos kelsenianos es que, como se ha puesto repetidamente de manifiesto por diversos autores, “la más ilustre concepción normativista del derecho –por decirlo en términos de Ferrajoli– acaba por desembocar en una concepción realista” (DL, cap. IV, ap. 2) y, añadido yo, en una de las concepciones realistas más radicales.

IV.

Hasta aquí, he expuesto los que considero puntos más importantes de la crítica de Ferrajoli a la teoría del derecho kelseniana. Esta exposición muestra, creo, la verdad del aserto antes enunciado; a saber, que la teoría de Ferrajoli supone una clara superación de la teoría kelseniana, que la primera explica mejor de lo que lo hace la segunda, y evitando las distorsiones de esta última, aspectos centrales de la realidad de nuestros sistemas jurídicos. Ello no quiere decir, sin embargo, que la teoría de Ferrajoli, en su dimensión de crítica de Kelsen, no ofrezca, a su vez, flancos para la crítica. De estos flancos me voy a ocupar en esta última parte de este trabajo.

a) El primero de ellos afecta al carácter exclusivamente interno, que, al igual que ocurre en el caso de Kelsen, tiene la mirada de Ferrajoli sobre el derecho. En el caso de Kelsen, el carácter exclusivamente interno de su mirada se origina en su prescripción metodológica de no mirar jamás al mundo de los hechos para elucidar el sentido de las normas. Esta orientación de atender exclusivamente a la formulación de las normas y no a los hechos consistentes en las actitudes y creencias compartidas respecto de las mismas origina la incapacidad de su teoría para dar cuenta de la dife-

rencia, por ejemplo, entre multas e impuestos. Tan sólo es posible aclarar tal diferencia en virtud de las actitudes compartidas respecto a que las normas de las que decimos que establecen multas implican un elemento de reproche hacia las conductas correspondientes, lo que no ocurre respecto de las normas de las que decimos que establecen impuestos. Algo análogo ocurre, a mi juicio, en relación con el tratamiento ferrajoliano de la distinción entre normas que adscriben derechos fundamentales y normas que simplemente estipulan objetivos a ser perseguidos por los poderes públicos. Dada la generosidad y la falta de rigor del uso, en muchas ocasiones, por parte de los constituyentes, del lenguaje de los derechos, atender a las actitudes compartidas al respecto resulta en muchas ocasiones imprescindible para determinar si, en relación con determinadas disposiciones constitucionales, debemos entender que las mismas expresan derechos subjetivos fundamentales o simples directrices dirigidas a los poderes públicos. Ferrajoli acepta, desde luego, que no basta el empleo del vocablo “derecho”, en un texto constitucional, para entender que nos hallamos ante un derecho subjetivo fundamental. Así, por ejemplo, frente al “derecho al trabajo” proclamado por algunas constituciones, señala que tal cosa es “una directriz –la directriz de políticas dirigidas al pleno empleo– y no un derecho subjetivo, dado que no consiste en una expectativa como garantía de la cual se pueda, en una sociedad capitalista, configurar, frente a alguien, la obligación de procurarle un empleo” (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012, p. 27). Pero hay otros casos en los que la elucidación de si una determinada disposición constitucional expresa un derecho fundamental o una mera directriz puede no ser tan sencilla. Pienso, por ejemplo, en el “derecho a una vivienda digna y adecuada” proclamado por una Constitución como la española en su art. 47: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. No parece que haya nada en este enunciado que impida su lectura como adscribiendo un derecho subjetivo fundamental. Y tampoco parece que haya ningún rasgo de la sociedad capitalista que impida, como sí ocurre en el caso del “derecho al trabajo”, entenderlo como un derecho subjetivo fundamental. Sin embargo, hasta ahora, ha sido leído de manera prácticamente unánime como una mera directriz que estipula la obligación de los poderes públicos de facilitar, en la mayor medida posible, el acceso de los españoles a viviendas dignas y adecuadas. De manera que la propuesta de entender que tal disposición expresa un derecho subjetivo fundamental no pasaría de ser una propuesta prescriptiva de interpretación constitucional (sin duda susceptible de ser apoyada con buenos argumentos), pero como descripción de la norma constitucional hoy vigente en España, sería, en virtud de la interpretación

constitucional dominante, esto es, de las creencias y actitudes compartidas al respecto, hoy por hoy, claramente falsa.

b) Un segundo punto en el que la construcción de Ferrajoli me parece objetable es en su concepción de la verdad de los enunciados acerca de hechos y de los enunciados interpretativos acerca de normas. De acuerdo con Ferrajoli, “es claro que en la práctica jurídica la afirmación de la verdad, tanto jurídica como factual, supone siempre –por su carácter relativo y aproximativo, probabilístico en las cuestiones de hecho y opinable en las cuestiones de derecho– una decisión” (DL, cap. VII, ap. 3). No me ocuparé aquí de las cuestiones de hecho, sino que concentraré mi atención en las cuestiones de derecho, en lo que Ferrajoli llama la ‘verdad jurídica’. En cuanto a esta última, señala Ferrajoli, como punto de partida, que las tesis interpretativas “son susceptibles de ser calificadas como empíricamente verdaderas o empíricamente falsas sobre la base de su ‘correspondencia’ o no con el derecho positivo” (DL, cap. VIII, ap. 3). Pero inmediatamente a continuación añade que “tales tesis son, sin embargo, el producto no de actividades meramente reconocitivas del significado de tales textos, sino de la atribución a los mismos de significados por obra del intérprete, y por tanto de una actividad no sólo cognoscitiva sino también prescriptiva, basada sobre valoraciones y sobre opciones más o menos argumentadas” (*id.*). Pues bien: en mi opinión, los dos textos recién citados –el segundo de los cuales figura en el libro de Ferrajoli inmediatamente a continuación del primero– son incompatibles entre sí. O bien la dirección de ajuste de los enunciados interpretativos va del lenguaje del intérprete al lenguaje del legislador, cuyo significado es independiente de las valoraciones del intérprete y entonces cabe hablar de ‘correspondencia’ o no entre uno y otro y, en consecuencia, de ‘verdad’ o ‘falsedad’ del enunciado interpretativo, o bien al lenguaje del legislador debe atribuírsele el significado que resulte de las valoraciones del intérprete, y en ese caso no cabe, a mi juicio, hablar, ni de ‘correspondencia’ ni de ‘verdad’ o ‘falsedad’. La única manera de cohonestar ambas cosas es sostener –como lo hace precisamente Kelsen– que, por un lado, los enunciados del legislador contienen un marco de significados posible que resulta independiente de las valoraciones del intérprete (y es respecto de este marco de lo que cabe hablar de ‘verdad’ o ‘falsedad’), pero que la elección de uno de esos significados posibles ya depende de las valoraciones del intérprete y aquí no se trata ya de conocimiento, sino de decisión, y no cabe hablar en modo alguno de ‘verdad’ o ‘falsedad’. Pero resulta claro que no es asumir las tesis de Kelsen lo que pretende Ferrajoli, quien insiste una y otra vez en el carácter cognoscitivo de la actividad jurisdiccional y, dentro de ella, de los enunciados in-

terpretativos, como condición de posibilidad de la manera de presentar la contraposición entre legislación y jurisdicción, que Ferrajoli repite una y otra vez, en los siguientes términos: por el lado de la legislación, ‘*auctoritas, non veritas, facit legem*’, por el lado de la jurisdicción, sin embargo, ‘*veritas, non auctoritas, facit iudicium*’.

c) Un tercer punto de crítica a Ferrajoli reside en la incompatibilidad de la tesis del carácter siempre opinable de los enunciados interpretativos (tesis en la que Ferrajoli insiste una y otra vez) con la afirmación de la posibilidad de la operatividad del principio de “estricta legalidad”.² De acuerdo con Ferrajoli, el principio de “estricta legalidad” exige del legislador “el uso de términos claros y precisos” que posibiliten que la legalidad sea capaz de “desarrollar sus funciones regulativas y garantistas: la sujeción de los jueces a la ley, la certeza del derecho, el carácter cognitivo del juicio como aplicación sustancial de la ley [...]” (DL, cap. VII, ap. 3). Pero, según hemos visto, por claros y precisos que sean los términos empleados por el legislador, estos nunca llegan a serlo tanto como para excluir la “opinabilidad” de cualquier enunciado interpretativo referido a los enunciados del legislador. La opinabilidad es, para Ferrajoli, una cuestión de grados: puede ser “una opinabilidad máxima, como por desgracia ocurre cuando el lenguaje legal es vago y oscuro” (DL, cap. VII, ap. 1); en tales casos, “la indeterminación semántica del lenguaje legal llega al extremo de volver arbitraria, y no simplemente opinable” (DL, cap. VII, ap. 3) cualquier tesis interpretativa referida a él”. Pero el carácter siempre opinable de los enunciados interpretativos hace que el principio de estricta legalidad no sea nunca realizable por completo. Como el propio Ferrajoli acepta del modelo garantista del constitucionalismo en su conjunto, también el principio de estricta legalidad viene a ser un modelo, o una idea regulativa, límite, “nunca perfectamente realizable” (*id.*).

d) Un último punto de crítica a las posiciones de Ferrajoli se encuentra en su tesis según la cual la teoría del derecho no es puramente descriptiva ni avalorativa, pero sí es, sin embargo, ideológicamente neutral. La teoría del derecho no es puramente descriptiva ni avalorativa por dos razones principales, en opinión de Ferrajoli: en primer lugar, “por el carácter estipulativo o convencional de sus asunciones, es decir, de sus postulados y de sus definiciones” (DL, cap. VIII, ap. 2). Pues los conceptos de la teoría del derecho se forman, “no con base en definiciones lexicográficas o redefiniciones de los usos lingüísticos del legislador, sino sobre la base de

² Por ejemplo, cap. I, ap. 1; cap. VII, ap. 1; en cuatro ocasiones distintas en cap. VII, ap. 2; cap. VII, ap. 3; cap. VII, ap. 3, cap. VIII, ap. 3.

asunciones estipulativas”. Y “resulta claro que a veces no es extraña a tales opciones la valoración de las implicaciones prácticas que las mismas son idóneas para generar” (*id.*). Sin embargo, añade Ferrajoli, “el carácter estipulativo, y por ello no descriptivo, de las asunciones teóricas no afecta, sin embargo, a su carácter ideológicamente neutral, que es cosa distinta de la avaloratividad, hecha imposible por las opciones inherentes a sus estipulaciones”; “la teoría del derecho es ideológicamente neutral porque tiene la pretensión de valer para cualquier ordenamiento independientemente de los principios que lo informan, sean estos liberales o autoritarios, sociales o antisociales, democráticos o no democráticos” (*id.*). La segunda razón por la que la teoría del derecho no es, de acuerdo con Ferrajoli, avalorativa, es porque, “gracias a su carácter formal y formalizado, diseña la *lógica del derecho* de los ordenamientos multinivel, formulando los *principia iuris tantum* de la coherencia y de la completud” (*id.*). Me parece que la única manera de compatibilizar entre sí las tesis de la avaloratividad y de la neutralidad ideológica de la teoría del derecho reside en entender que la teoría del derecho no es, en efecto, avalorativa, pero sólo en el sentido de que hace suyos los valores de la coherencia y de la completud del *derecho*, esto es, las exigencias de que el sistema no contenga normas inferiores incompatibles con las superiores y sí contenga las normas inferiores cuyo dictado viene exigido por las normas superiores. Pero de este podríamos decir, contenido valorativo mínimo, por lo demás de naturaleza puramente formal, no puede pasarse legítimamente, como sin embargo pretende Ferrajoli, a la afirmación de que el constitucionalismo rígido de la segunda postguerra, con la estipulación de los derechos fundamentales, “ha realizado una especie de milagro: la composición del antiguo y recurrente conflicto entre *razón* y *voluntad*, entre *ley de la razón* y *ley de la voluntad*, entre *derecho natural* y *derecho positivo*, entre *justicia* del primero y *certeza* del segundo, en breve entre Antígona y Creonte” (DL, cap. X, ap. 2). Para poder afirmar todo ello sería preciso que la teoría del derecho asumiera contenidos valorativos ya no puramente formales, sino sustantivos, y los entendiera como racionalmente fundamentables. Y esta asunción de contenidos valorativos sustantivos, entendidos como racionalmente fundamentables y excluyentes de la fundamentabilidad racional de contenidos opuestos, se encuentra mucho más allá de los horizontes de Ferrajoli y exige, obviamente, abandonar la pretensión de neutralidad ideológica.

Referencias bibliográficas

Luigi Ferrajoli, en prensa: *Diritto e logica. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*.

_____, 2007: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma, Laterza.

_____ y Ruiz Manero, Juan, 2012: *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid, Trotta.

Recepción: 18/2/2015

Aceptación: 25/4/2015