

FERRAJOLI SOBRE KELSEN: ¿APORÍAS O COMPARACIÓN DE PARADIGMAS?

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

MATERIALES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Nº 2017 / 01

ISSN: 2531-0240

SEMINARIO PERMANENTE GREGORIO PECES-BARBA

GRUPO DE INVESTIGACIÓN

“Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia”

Serie: Materiales de Filosofía del Derecho

Número: 2017/01

ISSN: 2531-0240

Dirección de la serie: Rafael de Asís
Francisco Javier Ansuátegui

Editor: Seminario Gregorio Peces-Barba
Grupo de investigación “Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia”

Serie disponible en <http://hdl.handle.net/10016/24630>

Dirección: Seminario Gregorio Peces-Barba
Avd. de Gregorio Peces-Barba Martínez, 22
28270 Colmenarejo (Madrid)

Web: <http://www.seminario-gregorio-peces-barba.es>

Correo electrónico: info@seminario-gregorio-peces-barba.es



Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 España ([CC BY-NC-ND 3.0 ES](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/))

FERRAJOLI SOBRE KELSEN: ¿APORÍAS O COMPARACIÓN DE PARADIGMAS?

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: Este trabajo es un comentario sobre el libro de Luigi Ferrajoli, *La lógica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen* (Laterza, Roma-Bari, 2016). Se analiza, en primer lugar, hasta qué punto las aporías que el autor italiano identifica en el pensamiento de Kelsen pueden ser consideradas auténticas aporías. Se señala que el sentido general de la crítica de Ferrajoli tiene que ver más bien con la comparación de dos modelos de consideración del Derecho, en donde los derechos fundamentales y la labor del juez, entre otras cosas, son entendidos de modo diverso.

PALABRAS CLAVE: lógica, aporía, norma, constitucionalismo, jurisdicción.

1.- Sobre el sentido de las aporías

La primera cuestión a plantear es que posiblemente el libro de Ferrajoli no nos presenta tanto aporías, en el sentido que el término tiene en el pensamiento filosófico – contradicción, argumentación sin sentido o sin salida-, sino más bien la comparación de dos teorías del Derecho, la de Kelsen y la de Ferrajoli. Son dos teorías del Derecho que, en ambos casos, destacan por su coherencia interna y por su sistematicidad. Y también por el alto nivel estipulativo que tienen los conceptos y las relaciones entre los elementos de las mismas.

En este sentido, me parece que el libro de Luigi Ferrajoli no es sino el intento de analizar la teoría del Derecho kelseniana no en su sentido interno, sino a la luz del paradigma garantista diseñado por él mismo. Tanto Kelsen como Ferrajoli han diseñado un universo conceptual con determinados significados estipulados. En este sentido, lo que creo que hay que plantear es si las aporías a las que se refiere Ferrajoli son auténticas aporías internas del pensamiento kelseniano (contradicciones internas) o contradicciones entre dos teorías del Derecho que, aunque comparten muchos elementos, están referidas a paradigmas jurídicos diferentes. Lo primero parece más relevante que lo segundo.

Kelsen presenta dos coherencias: la primera, con su mundo, con el universo cultural y político en el que vive; la segunda, es la interna a su teoría. Creo que la posición de Ferrajoli es la de negar la segunda coherencia, pero no necesariamente la primera. Si interpreto bien el análisis de Ferrajoli, en Kelsen hay un incorrecto uso de las reglas de formación de los conceptos (con una violación, entre otras cosas, de la regla de designación, según la cual “*un medesimo termine non può essere usato, entro una medesima teoria, come predicato di classi di argomenti diversi, cioè con riferimento a campi o domini eterogenei*” -91-) lo cual lleva a constatar la existencia de contradicciones, de aporías. Pero frente a esta posición cabe señalar también que la propuesta de Kelsen tiene una lógica y una coherencia interna y que lo que para Ferrajoli son insuficiencias o incluso contradicciones, no lo serían en un sistema, como el kelseniano, en el que los conceptos tienen un significado y una función previamente estipulados.

2.- Sobre el sentido de la crítica de Ferrajoli

Conviene hacer una reflexión general sobre el sentido de la crítica que Ferrajoli dirige a Kelsen. Y para ello tomaré como referencia las reflexiones que Rawls hace sobre la manera en la que desarrolló la docencia en sus cursos de Historia de la Filosofía política y de la Filosofía moral. En efecto, en un escrito de 1997 señala que cuando disertaba sobre autores como Locke, Hobbes, Rousseau, Kant, Mill, siempre trató de hacer dos cosas: en primer lugar, plantear los problemas tal y como ellos los consideraban, en el contexto de su propio tiempo. En segundo lugar, presentar el pensamiento del autor en su mejor versión, en su forma más robusta: “No decía, al menos no intencionadamente, lo que yo mismo pensaba que un escritor debería haber dicho, sino más bien lo que el escritor de hecho decía, sobre la base de lo que yo consideraba la interpretación más razonable del texto. Era menester conocer y respetar el texto y presentar su doctrina en su mejor forma”¹. Yo creo que de las palabras de Rawls es posible derivar dos enseñanzas: a) a un autor hay que interpretarle en su contexto. Si no fuera así, y por ejemplo no

¹ RAWLS, J., “Burton Dreben: A Reminiscence”, en FLOYD, J., SHIEH, S., (comps.), *Future Pasts: Perspectives on the Place of the Analytic Tradition in Twentieth-Century Philosophy*, New York, OUP, 2000 (tomo la referencia de RAWLS, J., *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, trad. de A. de Francisco, Paidós, Barcelona, 2007, p. 21).

contextualizáramos las referencias que John Locke hace a los católicos y a los ateos en su Carta sobre la Tolerancia, no podríamos considerarlo hoy como un referente en la construcción de la moderna teoría de la tolerancia religiosa; b) además, hay que intentar centrarse en lo que ha de considerarse la mejor versión del pensamiento del autor. A partir del convencimiento de que es un autor sobre el que vale la pena detenerse, se trata de centrarse en la interpretación de su teoría que la entienda como más razonable, dotada de un mejor sentido.

Pues bien, asumiré las consideraciones de Rawls y las tomaré como referencia para analizar no sólo algunos puntos de la crítica que Ferrajoli hace a Kelsen, sino también el propio discurso de Ferrajoli.

El libro de Ferrajoli contiene una magnífica guía de lectura de Kelsen. Prácticamente todas las dimensiones relevantes del Kelsen teórico del Derecho están presentes. Las nutridas notas bibliográficas permiten conocer de primera mano los planteamientos de Kelsen, y también su evolución. Más allá del acuerdo o disenso con los planteamientos de Ferrajoli, el libro permite conocer a Kelsen a través de toda la información ofrecida.

En el análisis que voy a hacer a continuación, me va a ser complicado diferenciar netamente mi consideración de la crítica de Ferrajoli a Kelsen, del análisis de lo que son aspectos propios de la Teoría del Derecho de Ferrajoli.

Pero antes de continuar, me interesa hacer una observación. El libro de Ferrajoli puede ser entendido como una crítica a la totalidad del modelo kelseniano. La afirmación de la insuficiencia de la propuesta de Kelsen para analizar y comprender la configuración y el funcionamiento del modelo constitucionalista podría ser entendida en este sentido. Pero lo cierto es que Ferrajoli reconoce que Kelsen es el creador de la Teoría del Derecho entendida como disciplina autónoma a partir de su carácter “puro” (181), ofreciendo una idea del Ordenamiento jurídico basada en la unidad, la coherencia y la completezza cuya comprensión dinámica deben constituir la base de la integración legislativa y la corrección jurisdiccional que permitan construir la democracia constitucional, en una llamada al optimismo con la que Ferrajoli termina el libro (246-247). Y todo ello, siendo al mismo tiempo “*il massimo teorico della democrazia rappresentativa*” (211). Creo que es en este punto, en el de la defensa de la kelseniana del papel de la democracia como estrategia de mediación, de composición de los conflictos (247), en el que existe una contextualización histórica y política del pensamiento kelseniano por parte de Ferrajoli.

3.- Dos modelos

Algunos elementos del discurso de Ferrajoli nos permiten comprobar que en realidad estamos frente a un ejercicio de comparación entre dos modelos. Para Ferrajoli, Kelsen sería un ejemplo del modelo paleo-positivista, que se caracteriza frente al constitucionalismo, por una teoría simplificada de la validez de las normas, por su incapacidad para teorizar el derecho ilegítimo y por una infravaloración del papel de la lógica en el funcionamiento del Derecho, entre otras cosas (VII-VIII). Es decir, el modelo kelseniano sería incapaz de considerar la *divaricazione deontica* que se produce en el modelo constitucionalista y la virtual ilegitimidad de todos los poderes. Si lo anterior es cierto, estamos frente a dos modelos diferentes, con lógicas diferenciadas.

En realidad, la crítica de Ferrajoli a Kelsen podría ser considerada como la crítica de un formalista a otro formalista. Es cierto que el modelo en el que está pensando Ferrajoli es el del constitucionalismo, un modelo jurídico con una alta densidad normativa sustancial o material. Desde esa perspectiva, Ferrajoli critica el formalismo kelseniano que, en muchos de sus aspectos, es una derivación de la concepción de la norma jurídica que la entiende como imperativo hipotético, excluyendo la consideración tanto de las normas téticas –aquellas que establecen situaciones o status– como de las constitutivas (21). La consecuencia de ello sería que Kelsen ofrece, de un lado, un fundamento estructural a la distinción entre reglas y principios (son conocidos los problemas que esta distinción y el consiguiente desarrollo de las técnicas de ponderación tienen para Ferrajoli como consecuencia de la disminución de la fuerza normativa de la Constitución que provocan); y, de otro, una base filosófica a la consideración de las norma no hipotéticas (las normas de derechos fundamentales) como normas morales (20-21). En este punto, Ferrajoli asume una caracterización de las normas morales exclusivamente estructural y/o formal, en donde no se hace consideración alguna a los contenidos. De la misma manera que en el Derecho cabe incluir cualquier cosa, también cabe en la moral. Lo cual parece perfectamente coherente con el concepto formal de derecho fundamental defendido por el propio Ferrajoli.

Ferrajoli señala que el concepto de derecho fundamental es extraño a la teoría del Derecho kelseniana (59). Ello parecería lógico desde el momento en que, como el propio Ferrajoli reconoce, Kelsen no trabaja con un concepto formal de derecho fundamental, al

contrario de lo que hace Ferrajoli. Aquí puede ser interesante recordar hasta qué punto la misma noción de derecho fundamental es extraña a una teoría del Derecho formal, como la que creo que comparten Kelsen y Ferrajoli, siendo el derecho fundamental el ámbito en el que confluyen consideraciones de Teoría del Derecho con consideraciones de Filosofía política y Filosofía moral. Trabajar con un concepto no formal de derecho fundamental obliga a considerar que los derechos fundamentales no se encuentran en todos los ordenamientos jurídicos, lo cual nos obliga a plantear la cuestión del ámbito y estatuto de la Teoría del Derecho y el lugar que, en su caso, tendría el concepto de derecho fundamental en ese ámbito. Pero esta cuestión ya ha sido suficientemente discutida en otros lugares.

En todo caso, confieso que me genera una cierta perplejidad la posición de Luigi Ferrajoli en relación con el lugar que ocupan los derechos fundamentales en su propuesta. Como es sabido, por una parte, ocupan un lugar esencial en lo que él denomina en *Diritto e Ragione*, “la estructura normativa del Estado de Derecho”²; en la caracterización de la Constitución del paradigma garantista; en la conformación de los criterios materiales de validez y por tanto en la distinción entre validez y vigencia; y, en definitiva, en el establecimiento del ámbito de lo no decidible (por cierto, puede ser interesante reflexionar sobre hasta qué punto es compatible afirmar que los derechos fundamentales forman parte del núcleo de lo no decidible y al mismo tiempo señalar su estricto carácter formal: ¿las razones sustantivas tienen algo que ver con la identificación de lo no decidible o por el contrario son razones no solo formales (constitucionales)?). Pero, por otra parte, señala que la posición que la noción –no formal– de derecho fundamental ocupa en la literatura jurídica (que por cierto parece ser la noción relevante cuando se piensa en la conversión de los criterios de legitimación externa en criterios de legitimación interna), está asociada a un desarrollo antipositivista a partir de la consideración de los derechos fundamentales bien como derechos morales, bien como principios (62).

Al mismo tiempo, Ferrajoli está reivindicando la relevancia de la dimensión estática y sustancial del ordenamiento. El desconocimiento de dicha dimensión constituiría la sexta aporía a la que el propio Ferrajoli se refiere. Forma y sustancia son dos caras de la misma moneda, “*due dimensioni dell’intera fenomenologia del diritto positivo*” (130).

² FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione*, Laterza, Bari, 1990, pp. 347 y ss.

4.- Constitucionalismo y jueces

Otro de los puntos en los que se centra la crítica ferrajoliana al modelo kelseniano tiene que ver con la posición del juez. En este sentido, Ferrajoli incluye a Kelsen en un saco acompañado por algunos con los que pienso que Kelsen posiblemente no se reconocería: un saco en el que, junto al modelo paleo-positivista kelseniano, se incluyen “*neo-giusnaturalisti principialisti, difensori realisti di quanto accade e apologeti neopandettisti del potere creativo dei giudici*” (176). El punto de unión entre todos radica precisamente en la afirmación de que la jurisprudencia es fuente del Derecho, lo cual supone la crisis del principio de legalidad y de la separación de poderes; en definitiva, “*una dichiarazione di bancarotta dello stato di diritto*” (177).

El modelo de Ferrajoli propugna una nítida distinción y división de competencias entre legislación y jurisdicción. Mientras que la primera tiene el cometido de colmar lagunas, a la jurisdicción le corresponde eliminar antinomias aplicando el principio de no contradicción y el principio de implicación (149). En ambos principios consiste la lógica de la jurisdicción. Esta caracterización descansa –como hemos señalado– en una rígida división del trabajo y de las funciones de la legislación y la jurisdicción. Por cierto, aquí surge la duda sobre si esta división del trabajo y de las funciones se sigue manteniendo cuando el juez, aplicando analógicamente las normas, colma lagunas mediante un ejercicio de autointegración del Derecho. Sospecho que la respuesta de Ferrajoli tendrá que ver con el alargamiento indebido del concepto de norma que lleva a cabo Kelsen, al incluir, junto a las normas generales, también a las normas individuales y a las sentencias.

Creo que la distinción radical entre legislación y jurisdicción está vinculada en Ferrajoli a una teoría de la legislación y a una reivindicación de la claridad de la ley. Una legalidad clara, “*assolutamente precisa ed univoca*” (174) hace necesaria la argumentación y reduce la motivación a lo elemental. De esta manera, se eliminan las posibilidades de creatividad por parte de la jurisdicción.

Aquí cabe plantear si, por una parte, esa precisión y univocidad es posible; y si, por otra, es conveniente. Ferrajoli reivindica “*l'imposizione costituzionale al legislatore (...) della tassatività, dell'univocità, della precisione e della chiarezza quali rigide regole semantiche di formazione del linguaggio legale*” (178). Si bien no conocemos las

consecuencias de la violación de esa imposición constitucional, podemos preguntarnos si es posible pensar en una imposición de ese tipo, eficaz. ¿Realmente la Constitución puede imponer tal obligación? Me parece que sería lo mismo que obligar a todos los escritores a escribir sus novelas con un lenguaje claro y preciso.... Tengo dudas sobre la viabilidad de una imposición constitucional de este tipo, dirigida al legislador, de superar los problemas de ambigüedad, vaguedad y emotividad que presenta el lenguaje natural, que es el lenguaje con el que el legislador trabaja.

Pero, por otra parte, esta imposición constitucional, ¿sería conveniente? Posiblemente, la claridad y la univocidad tengan que ver más con sociedades unidireccionales y homogéneas desde el punto de vista ideológico, cultural y moral que con sociedades diversas, plurales y heterogéneas, como las sociedades actuales en las que el constitucionalismo pretende ser operativo. La “amplitud” social parece exigir una amplitud semántica en el lenguaje del Derecho. De lo contrario, se va a generar una tensión entre el lenguaje del Derecho y la realidad social, en la que la estabilidad y permanencia de la Constitución tiene muchas posibilidades de fracasar.

Pero, regresando a la distinción entre legislación y jurisdicción, en la obra de Ferrajoli parece existir una cierta desconfianza frente a la “*crescente espansione del ruolo delle giurisdizioni*” (175), hacia el papel de los jueces, en un intento de someterlos a límites. Es decir, su teoría de alguna manera es crítica con el protagonismo que los jueces tienen en el Ordenamiento del Constitucionalismo. En este sentido, parece haber una contradicción entre la teoría de Ferrajoli y el sentido del constitucionalismo, en el que los jueces, y no sólo los jueces constitucionales, han asumido – o se les ha atribuido – un papel relevante en la defensa de la Constitución. Y eso es precisamente lo que Ferrajoli reprocha a Kelsen: la teoría de Kelsen no es válida para explicar el funcionamiento del Estado constitucional.

Conviene recordar que la desconfianza hacia el juez ni es desconfianza hacia el control de constitucionalidad. Aquí no está en juego el principio de legalidad y la separación de poderes como ocurre cuando Kelsen considera que las normas individuales y las sentencias, junto a las normas generales, forman parte del concepto de norma, pues el juez constitucional interviene en la esfera ilegítima del poder político. Aún siendo así, lo cierto es que el juez constitucional se encuentra también expuesto a los “peligros” de la falta de nitidez y claridad del lenguaje jurídico, en este caso del lenguaje de la Constitución, ámbito éste en el que la nitidez y la claridad tienden a disminuir.

5.- La tensión entre lo formal y lo sustancial

Por otra parte, me parece que la tensión entre lo formal y lo sustancial o material atraviesa de forma horizontal la mayor parte del libro de Ferrajoli. O, mejor dicho, la crítica que consiste en poner de relieve que en el pensamiento de Kelsen la primacía de las dimensiones formales difuminan la relevancia de las dimensiones sustanciales en el modelo jurídico-político. La “sublimación” de lo formal se percibe, como ya he señalado, en una teoría simplificada de la validez jurídica, como la que defiende Kelsen, con la consiguiente dificultad a la hora de teorizar el Derecho ilegítimo. Pero también en la consideración del Derecho como un sistema dinámico (aquí estoy de acuerdo con la relevancia que Ferrajoli atribuye al problema del significado -47-); o en la irrelevancia del concepto de derecho fundamental; o en la concepción formal de la democracia.

Pero lo interesante es ver cómo Ferrajoli, en la reivindicación de las dimensiones sustanciales, no siempre sigue la misma estrategia. Pensemos, por ejemplo, en los derechos fundamentales. Para Ferrajoli, en Kelsen se produce una vanificación de aquello que es en realidad el mayor rasgo distintivo del constitucionalismo moderno: la existencia de unos derechos fundamentales plenamente normativos. Dicha vanificación es en realidad una consecuencia, afirma Ferrajoli, de la consideración kelseniana de la norma jurídica. La inexistencia de una sanción impide hablar de norma jurídica. Las normas téticas, o categóricas, no caben en el universo conceptual kelseniano. Un derecho subjetivo “no protegido” es inexistente. Ferrajoli extrae consecuencias que tienen que ver con un perfil “antipositivista” de Kelsen: la teoría según la cual las normas sin sanción no son auténticas normas jurídicas es una tesis antipositivista en tanto que niega que las normas jurídicas son todas las establecidas por el Poder.

Creo que puede ser útil detenerme por un momento en esta cuestión. En primer lugar, para Ferrajoli la afirmación positivista es aquella según la cual las normas jurídicas son todas las establecidas por el Poder. Pero si la afirmación positivista puede entenderse en el sentido de que el origen de las normas radica en una decisión del Poder (una especie de reformulación de la tesis del origen social de las fuentes del Derecho hartiana), posiblemente no fuera necesario extraer consecuencias antipositivistas de la concepción kelseniana de la norma jurídica. En segundo lugar, Ferrajoli señala que de la concepción kelseniana de la norma jurídica se deriva una negación de la normatividad de los derechos

fundamentales, ya que en realidad no existen en ausencia de deberes y sanciones, en definitiva en ausencia de garantías. En este punto puede ser relevante preguntarnos hasta qué punto la misma naturaleza constitucional de las normas (téticas) que reconocen derechos no es importante. Es decir, el hecho de que una norma de derecho fundamental tenga naturaleza constitucional –con independencia de que esté acompañada o no de sanciones en el sentido kelseniano- parece relevante desde el momento en que su presencia en la Constitución debería asegurar que, a partir de ese momento, la consecuencia de un desarrollo legislativo contrario a la Constitución es inconstitucional. Es decir, más allá de la teoría de la norma que se defiende y de la presencia o ausencia de sanciones, parece que la misma naturaleza constitucional en los sistemas en los que la Constitución está protegida, impediría hablar de derechos “desprotegidos”. Creo que esta reflexión puede ser relevante en relación con los derechos sociales pero no sólo.

Por otra parte, es cierto que Ferrajoli reivindica determinados aspectos del formalismo ¿kelseniano?. Reconoce la importancia del *“carattere formale del paradigma teorico del gius-positivismo come quello del gius-costituzionalismo espresso dal principio di legalità, sia ordinaria che costituzionale: che non designa nessun contenuto, ma solo una tecnica di garanzia dei contenuti che nello stampo della legalità, soprattutto costituzionale, vengono positivizzati ed imposti come condizioni di validità del diritto e di legittimità della politica”* (190). Pero lo importante aquí es saber cuáles son las razones de esa técnica de garantía. ¿La garantía es una razón en sí misma? Posiblemente no. La garantía tiene su razón de ser en la relevancia de aquello que se garantiza. Esta es la dimensión sustancial del constitucionalismo, sin la cual, es difícil comprender su significado en el discurso de las libertades que reivindica la función limitativa de los derechos, cuando actúan como límite frente al Poder. Pero lo cierto es que el propio Ferrajoli reconoce que los contenidos no son relevantes: *“il costituzionalismo, non meno del positivismo giuridico, proprio perché al pari di questo è un paradigma teorico e quindi formale, è essenzialmente una tecnica garantista di limitazione o comunque di regolazione del potere, quali che siano i suoi contenuti regolativi...”* (196). Es decir, Ferrajoli reivindica el formalismo, pero al mismo tiempo es el formalismo el que impide que el modelo de Kelsen sirva para explicar el modelo constitucionalista.

Pero, en realidad, no es cierto que los contenidos no sean relevantes para Ferrajoli: *“... è necessario difendere e sviluppare, accanto alla dimensione politica e formale della democrazia, la dimensione sostanziale in essa innestata e ad essa imposta, quale sistema*

di limiti e vincoli di contenuto, dal costituzionalismo rigido delle odierne democrazie e ignorata da Kelsen non meno della dimensione sostanziale della validità delle norme” (226). Al final del libro, cuando se alude a la tensión entre Antígona e Creonte, se caracteriza el constitucionalismo actual como la victoria de la razón de Antígona frente a la voluntad de Creonte en un triple sentido: los principios constitucionales son principios de la razón; su garantía es la razón de ser del edificio jurídico y político; y los límites impuestos al poder son límites y vínculos de razón (236-237). Es decir, en definitiva, la garantía es la razón de ser del modelo, pero no por el valor en sí de la misma garantía, sino por el valor de aquello que se garantiza: la razón y la justicia de Antígona.