

APORÍAS Y PARADIGMAS EN KELSEN: LA INTERPRETACIÓN DE FERRAJOLI

Apories and Paradigms in Kelsen: Ferrajoli's interpretation *

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG **

Fecha de recepción: 30/06/2021
Fecha de aceptación: 12/10/2021

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN: 0008-7750, núm. 56 (2022), 55-69
<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v56i0.21656>

RESUMEN En este trabajo se analizan algunas de las tesis que Luigi Ferrajoli desarrolla en su libro *La lógica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*. Se discute hasta qué punto las aporías que el autor italiano identifica en el pensamiento de Kelsen pueden ser consideradas auténticas aporías. Al mismo tiempo, 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.

ABSTRACT This article analyzes some of the theses that Luigi Ferrajoli develops in his book *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*. It is discussed in what sense the aporias that the italian author identifies in Kelsen's thought can be considered authentic aporias. At the same time, it is pointed out that the general meaning of Ferrajoli's criticism has more to do with the comparison of two models of consideration of the Law, in which fundamental rights and the work of the judge, among other things, are understood in a diverse way.

Key words: logics, apories, norm, constitutionalism, jurisdiction.

* Para citar/citation: Ansuátegui Roig, F. J. (2022). Aporías y paradigmas en Kelsen: la interpretación de Ferrajoli. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 56, pp. 55-69.

** Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba /Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid (España). E-mail: javofil@der-pu.uc3m.es. ORCID: 0000-0002-6899-2857. Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto 'Nuevos desafíos del Derecho'. Acción financiada por la Comunidad de Madrid a través de la línea de "Excelencia del Profesorado Universitario" del Convenio Plurianual con la UC3M (EPUC3M06), en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica).

1. UNA INTERPRETACIÓN DE KELSEN

Creo que se puede afirmar sin demasiada vacilación que Kelsen es uno de los autores de referencia para Luigi Ferrajoli. Ello se puede deducir de una lectura de la obra del autor italiano, en donde observamos que la reconstrucción del modelo positivista en clave de constitucionalismo garantista implica, entre otras cosas, un prolijo manejo de elementos y propuestas kelsenianas, hasta el extremo de poder afirmarse que “Ferrajoli, como toda la teoría del derecho postkelseniana, se encuentra montado sobre los hombros de Kelsen” (Ruiz Manero 2015, p. 199). Por ello es especialmente interesante analizar la crítica que Ferrajoli dirige a Kelsen en su libro *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*¹ en donde, en realidad, no sólo se lleva a cabo un análisis crítico de la teoría del Derecho de Kelsen. En efecto, Ferrajoli, respaldado por un importante armazón bibliográfico, presenta una magnífica introducción a determinadas dimensiones del autor austriaco. Es cierto que Mauro Barberis ha señalado que éste es el libro “più spettacolare” de Ferrajoli (Barberis, 2017, p. 225). Aunque también lo es que la espectacularidad de *Diritto e ragione*, primero, y *Principia Iuris*, después, no es despreciable. En todo caso, estamos frente a una profunda reflexión y completa exposición de los aspectos básicos de la teoría del Derecho kelseniana. No obstante, la afirmación anterior debería acompañarse de una prevención: no estamos delante de una mera introducción al pensamiento kelseniano. La dimensión introductoria al pensamiento kelseniano que se puede encontrar en la propuesta de Ferrajoli no exime de leer a Kelsen, como por otra parte no podría ser de otra manera. Lo que quiero decir con tan obvia afirmación es que, en realidad, Ferrajoli lleva a cabo una interpretación de la obra kelseniana, y no una estricta presentación de la misma. Esto merece ser tenido en cuenta ya desde el inicio, puesto que de la lectura de *Diritto e logica* puede llegarse a la conclusión de que la obra de Kelsen es, en cierto modo, una obra “fallida” a juzgar por lo numeroso y evidente de las contradicciones, o aporías, que en su interior se contendrían y que Ferrajoli se encargaría de sacar a la luz; conclusión que sería incorrecta en opinión del propio Ferrajoli, que se considera “más kelseniano que la mayor parte de los teóricos actuales del derecho” (Ferrajoli, 2019, p. 16).

Precisamente de aquí surge una cuestión, de las primeras que se derivan de un análisis general y que puede resumir parte importante de las reflexio-

1. Laterza, Roma-Bari, 2016. En octubre de 2018 se publica en Trotta una traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, *La lógica del Derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*. En esta ocasión, las referencias a la obra de Ferrajoli lo serán a su versión original italiana.

nes que provoca la propuesta de Luigi Ferrajoli: posiblemente no estamos tanto frente a contradicciones internas, aporías, de un pensamiento —el de Kelsen—, como frente a contradicciones que surgen de la comparación de paradigmas teóricos —los del Kelsen y Ferrajoli—, y que por tanto no son tales contradicciones internas sino contradicciones respectivas que nacen de esa comparación. Hablar de comparaciones de paradigmas y no estrictamente de aporías (en el sentido que se indicará más adelante) es importante porque ofrece, en mi opinión, una clave de lectura (y a su vez de interpretación) de la propuesta que se contiene en el libro de Ferrajoli. Y es que, en efecto, estamos frente a dos monumentales teorías del Derecho, pero que toman como referencia no el mismo modelo de Derecho, sino modelos diferentes. En la tensión entre lo general y lo particular que caracteriza el esfuerzo de la teoría del Derecho en su elaboración de un concepto de Derecho, el modelo que Ferrajoli contribuye a elaborar, y que es por tanto el que él tiene en mente cuando diseña su propuesta, es el del constitucionalismo garantista con el trasfondo del escenario jurídico y político constituido por las democracias constitucionales occidentales articuladas tras la Segunda Guerra Mundial: es decir, la realidad jurídica de nuestros días (Ruiz Manero, 2015, p. 205); y, más allá de que se compartan o no sus conceptualizaciones y propuestas, ese modelo no es exactamente el de Kelsen. Si bien el constitucionalismo de nuestros días es impensable sin Kelsen y sin tener en cuenta la posición, características y funciones que atribuye a la Constitución en el entramado del sistema jurídico, lo cierto es que —y más allá de la comparación con Ferrajoli— el modelo kelseniano es otro. Mauro Barberis ha señalado que el de Kelsen es un modelo perfectamente identificable con el del Estado legislativo de Derecho (Barberis, 2017, p. 226). No obstante, en algunas dimensiones como por ejemplo la referida a la creación judicial del Derecho puede parecer difícilmente adscribible a un modelo de predominio de la ley como fuente última del Derecho con la consiguiente posición de primacía del legislador en el sistema de fuentes; pero en todo caso creo que Kelsen no considera —posiblemente hacerlo hubiera implicado atribuirle la capacidad de imaginar el futuro— todos los posteriores desarrollos que ha implicado el modelo constitucional. Este es precisamente uno de los reproches de Ferrajoli: no haber desarrollado las implicaciones teóricas y valorado las consecuencias institucionales y garantistas derivadas del “profundo mutamiento di paradigma” del Derecho y de la democracia al que asistimos en Europa. Evidentemente, los contextos históricos y políticos condicionan las propuestas teóricas; y la lectura conjunta, en clave de comparación, de Kelsen y Ferrajoli es buena muestra de ello.

2. APORÍAS VERSUS COMPARACIÓN DE PARADIGMAS

Antes de continuar procede señalar, aunque sea de modo sintético, los puntos de la teoría kelseniana en donde Ferrajoli detecta aporías “consistenti in proposizioni ellittiche, o in tesi inconsistenti, o in contraddizioni, o in incongruenze, o in difetti di analisi concettuale, oppure in tesi inadeguate rispetto alle finalità esplicative della teoria” (Ferrajoli, 2016a, p. VI). Serían los siguientes: la consideración del “deber ser” (*Sollen*) de la sanción, a partir del principio de imputación jurídica, como categoría explicativa de toda la fenomenología del Derecho; la centralidad de la sanción en su teoría de la norma y en su concepción imperativista del Derecho; la tesis según la cual los derechos subjetivos son reflejos y presupuestos de los correspondientes deberes y de las consiguientes sanciones, y por lo tanto no existen en su ausencia: es decir, la reducción de los derechos a sus garantías; la confusión entre la validez y la existencia de las normas, y por tanto la imposibilidad de manejar la idea de Derecho inválido; la remoción de la dimensión estática del Derecho en favor de la dinámica; la confusa relación entre la validez y la eficacia de las normas; la inaplicabilidad de la lógica al Derecho; el carácter descriptivo de la ciencia jurídica; la afirmación del carácter creativo de la jurisdicción, en detrimento de la capacidad regulativa del legislador; en fin, una concepción formal de la democracia. En realidad, las aporías, que afectan en su mayoría a la teoría del Derecho, pero también a la teoría de la democracia, se reconducen a dos principales, que son las que tienen que ver con la consideración del nexo de “deber ser” (*Sollen*) entre un antecedente y una consecuencia como categoría explicativa de la fenomenología jurídica, de un lado, y con la identificación entre validez y existencia de las normas, de otro.

Como el mismo Ferrajoli reconoce, ya había adelantando estas aporías, si bien de manera incidental, en *Principia Iuris*. Su tratamiento es importante desde el momento en que han tenido gran influencia en una interpretación reductiva del constitucionalismo, que implicaría un desconocimiento del papel que tiene la lógica en el razonamiento jurídico. Esta interpretación sería una consecuencia de la influencia del pensamiento kelseniano, importante tanto en el paleopositivismo, inmune al reconocimiento de las consecuencias que se derivan de la presencia de constituciones rígidas, como en las corrientes neo-iusnaturalistas o principialistas que heredan de Kelsen la concepción de las normas como imperativos hipotéticos, de difícil aplicación a los principios (Ferrajoli, 2011).

Pues bien, si la estrategia que sigue Ferrajoli como hilo conductor de su discurso es la que consiste en identificar determinadas aporías en la teoría kelseniana, que certificarían la invalidez de alguna de sus propuestas más representativas, lo primero que deberíamos determinar es si, en realidad,

estamos frente a auténticas aporías. Y es que, posiblemente, Ferrajoli no nos presenta tanto aporías, en el sentido que el término tiene en el pensamiento filosófico —contradicción, argumentación sin sentido o sin salida (Ferrater Mora, 2002, pp. 205-207)—, sino más bien la comparación de dos teorías del Derecho, la de Kelsen y la suya. 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 propuestos y las relaciones entre los elementos de las mismas. La conocida distinción entre validez y vigencia que propone Ferrajoli es un buen ejemplo de lo anterior.

En este sentido, me parece que el de Luigi Ferrajoli es 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 y sintetizado últimamente en *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale* (Ferrajoli, 2021). Tanto Kelsen como Ferrajoli han diseñado un universo conceptual con determinados significados estipulados. En el marco de un proyecto teórico desarrollado desde hace más de cincuenta años (Ferrajoli, 1970), Ferrajoli ha reconocido el carácter convencional de los axiomas de su teoría, ni verdaderos ni falsos, sino más o menos adecuados a las finalidades explicativas de la teoría (Ferrajoli, 2016b, p. 51; Ferrajoli, 2016c, p. 102). En este sentido, como ya he señalado, lo importante es plantear si las aporías a las que se refiere Ferrajoli son auténticas aporías internas del pensamiento kelseniano (contradicciones internas) o, más bien, 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. Por eso habla de “contradicciones”, “incongruencias”, o “defectos de análisis conceptual”. 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*” (Ferrajoli, 2016a, p. 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 también.

3. 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, y que creo que son de aplicación general cuando nos aproximamos a una propuesta filosófica. En efecto, en un escrito de 1997 (recuperado en la Introducción a las *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*) señala que cuando disertaba sobre autores como Locke, Hobbes, Rousseau, Kant, Mill, siempre trataba 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” (Rawls, 2007, p. 21). 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, si no 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. En términos de Barberis, se trata de una estrategia metodológica que bien puede ser considerada como “*carità interpretativa*” (Barberis, 2017, p. 227). 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. Si bien he de aclarar que 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, interesa hacer una observación. La propuesta de Ferrajoli puede ser entendida como una crítica a la totalidad del modelo kelseniano. La afirmación de la insuficiencia de la teoría 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” (Ferrajoli, 2016a, p. 181; Ferrajoli, 2019, p. 17), ofreciendo una idea del Ordenamiento jurídico basada en la unidad, la coherencia y la integridad 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: “*Si tratta di innestare nello stufenbau kelseniano le relative garanzie, la cui introduzione e la cui effettività sono imposte, logicamente e giuridicamente, dal modello teorico del costituzionalismo multilivello e garantista*” (Ferrajoli, 2016a, p. 247). Y todo ello siendo Kelsen, al mismo tiempo, “*il massimo teorico della democrazia rappresentativa*” (Ferrajoli, 2016a, p. 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 (Ferrajoli, 2016a, p. 247), en el que existe una contextualización histórica y política del pensamiento kelseniano por parte de Ferrajoli.

4. DOS MODELOS EN CONTRASTE

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 proponer 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 (Ferrajoli, 2016a, p. 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 entonces 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 —y, en particular, el del constitucionalismo garantista—, 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 (Ferrajoli, 2016a, p. 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 (Ferrajoli, 2015; Ferrajoli, 2014, p. 28); y, de otro, una base filosófica a la consideración de las normas no hipotéticas (las normas de derechos fundamentales) como normas morales (Ferrajoli, 2016a, pp. 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 de 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 (Ferrajoli, 2016a, p. 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 de filosofía moral. Trabajar con un concepto no formal de derecho fundamental permite 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 (Jori, 2001, pp. 105-137; Zolo, 2001, pp. 75-104; Ansuátegui Roig, 2013, pp. 35-55).

En todo caso, la posición de Luigi Ferrajoli en relación con el lugar que ocupan los derechos fundamentales en su propuesta no deja de ser problemática. Como es sabido, por una parte, tienen un lugar esencial en lo que él denomina en *Diritto e Ragione*, “la estructura normativa del Estado de Derecho” (Ferrajoli, 1990, pp. 347 ss.); 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; en la constitución del núcleo de la dimensión sustancial de la democracia, junto a otros principios como el principio de igualdad y la dignidad de la persona (Ferrajoli, 2026c, p. 26); 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 fundamenta-

les 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 las razones constitucionales son razones sólo formales?). 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 (Ferrajoli, 2016a, p. 62).

Al mismo tiempo, Ferrajoli está reivindicando la relevancia de la dimensión estática y sustancial del ordenamiento. El desconocimiento de dicha dimensión constituiría una de las aporías kelsenianas a las que se refiere. Forma y sustancia son dos caras de la misma moneda, “*due dimensioni dell’intera fenomenologia del diritto positivo*” (Ferrajoli, 2016a, p. 130).

5. 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*” (Ferrajoli, 2016a, p. 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*” (Ferrajoli, 2016a, p. 177). Si se lee con atención el libro de Ferrajoli, y también su anterior conversación con Mauro Barberis, se puede diferenciar el discurso descriptivo del discurso prescriptivo en este punto. Ferrajoli reconoce que los jueces, de hecho, crean Derecho, pero un hecho no puede considerarse legítimo sólo porque se corresponda a cuanto sucede en la realidad (Ferrajoli, 2016b, p. 38). Por ello la legitimidad del poder judicial es siempre imperfecta.

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 (Ferrajoli, 2016a, p. 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.

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. Ferrajoli está preocupado por la crisis de la capacidad de regulación de la ley y por la anarquía legislativa no solo desde el punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo (Ferrajoli, 2016b, p. 19). Una legalidad clara, “*assolutamente precisa ed univoca*” (Ferrajoli, 2016a, p. 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. Conocemos su propuesta en relación con la reserva de código (Ferrajoli, 2007, 388-391; Ferrajoli, 2016b, p. 20). Existe una relación directamente proporcional entre la vaguedad del lenguaje de la ley y la discrecionalidad judicial. Ferrajoli ha reconocido que para toda cuestión jurídica normalmente existen por lo menos dos soluciones opuestas, y que el juez asume aquella que puede argumentar de manera más plausible. Y por esto la argumentación tiene un papel decisivo a la hora de fundamentar la legitimidad, también externa, política, de las sentencias (Ferrajoli, 2016b, p. 49).

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*” (Ferrajoli, 2016a, p. 178). Si bien no conocemos las consecuencias de la violación de esa imposición constitucional, que actúa como una metarregla, podemos preguntarnos si es posible pensar en una imposición de ese tipo, eficaz. ¿Realmente la Constitución puede imponer tal obligación? Posiblemente sería lo mismo que obligar a todos los escritores a escribir sus novelas con un lenguaje claro y preciso. Es posible tener 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? Seguramente, 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. El carácter abstracto de los términos es la consecuencia de la pluralidad social que se expresa a través de plurales posibilidades interpretativas. 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. No parece fácilmente compatible la univocidad que reclama Ferrajoli y la existencia de diversas interpretaciones del texto constitucional exigida por el tipo de sociedad en la que vivimos. En todo caso, “el carácter siempre opinable de los enunciados interpretativos hace que el principio de estricta legalidad no sea nunca realizable por completo” (Ruiz Manero, 2015, p. 208).

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*” (Ferrajoli, 2016a, 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, que por otra parte es expresión del desarrollo de las garantías constitucionales secundarias (Ferrajoli, 2016c, p. 53). En este sentido, habría 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 no 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.

6. RAZONES FORMALES O SUSTANCIALES

Por otra parte, la tensión entre lo formal y lo sustancial o material atraviesa de forma horizontal la mayor parte de la propuesta 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 se ha señalado, en una teoría simplificada de la validez jurídica, como la que defiende Kelsen —en opinión de Ferrajoli—, con la consiguiente dificultad a la hora de teorizar el Derecho ilegítimo. Pero también en la consideración del Derecho como un sistema dinámico; 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 banalización de aquello que es en realidad el mayor rasgo distintivo del constitucionalismo moderno: la existencia de unos derechos fundamentales plenamente normativos. Dicha banalización 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 detenernos 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. Es verdad que Kelsen no asumió la importancia de las normas téticas, pero quizás esto no significa que de ello se pueda desprender una tesis antipositivista, siendo como mucho una tesis parcialmente correcta. 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 en sí 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. Estamos frente a una laguna de la ley pero no frente a una laguna de la Constitución. Y si se reivindica la normatividad “fuerte” de la Constitución, como hace Ferrajoli, esto parecería importante. 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”* (Ferrajoli, 2016a, p. 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...”* (Ferrajoli, 2016a, p. 196; Ferrajoli, Ruiz Manero, 2012, p. 59). 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. Parece por tanto que estamos ante dos tipos de formalismo; o ante un formalismo que despliega diferentes efectos en diferentes contextos.

Si bien, 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” (Ferrajoli, 2016a, p. 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 (Ferrajoli, 2016a, pp. 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.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ansuátegui Roig, F. J. (2013). Los derechos fundamentales en *Principia Iuris* (o los límites de la teoría del Derecho). *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX.
- Barberis, M. (2017). Ferrajoli sucesore di Kelsen o Kelsen precursore di Ferrajoli?. *Ragion Pratica*, 48.
- Ferrajoli, L. (1970). *Teoria assiomaticizzata del diritto*. Milán: Giuffrè.
- Ferrajoli, L. (1990). *Diritto e Ragione*. Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia Iuris. Teoría del derecho e della democrazia*, vol. 2: Teoría della democrazia. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa*, 34.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*, trad. de P. Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2015). Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy. *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1.
- Ferrajoli, L. (2016a). *La lógica del derecho. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrajoli, L. (2016b). *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, trad. de J. M. Revuelta. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2016c). *La democrazia costituzionale*. Bolonia: Il Mulino.
- Ferrajoli, L. (2019). Lógica del Derecho, método axiomático y garantismo. *Doxa*, 42.
- Ferrajoli I, L. (2021). *La costruzione della democrazia. Teoría del garantismo costituzionale*. Roma-Bari: Laterza.

- Ferrajoli, L., Ruiz Manero, J. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid: Trotta.
- Ferrater Mora, J. (2002), *Diccionario de Filosofía* (vol. 1). Madrid: Círculo de Lectores.
- Jori, M. (2001). Ferrajoli sobre los derechos. En Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Rawls, J. (2007). *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, trad. de A. de Francisco. Barcelona: Paidós.
- Ruiz Manero, J. (2015). Sobre el Kelsen de Ferrajoli. *Isonomía*, 43.
- Zolo, D. (2001). Libertad, propiedad e igualdad en LA teoría de los «derechos fundamentales». A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli. En Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

