

ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA CRÍTICA DE FERRAJOLI A KELSEN

Juan Ruiz Manero.

El libro de Luigi Ferrajoli *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*¹ contiene una mirada de conjunto sobre la teoría del derecho de Kelsen desde la atalaya de la teoría jurídica del propio Ferrajoli, teoría que ha alcanzado su formulación que ya podemos llamar clásica en los tres volúmenes de *Principia Iuris*². La pretensión de este libro de Ferrajoli es mostrar cómo su propia teoría permite identificar diez aporías en la teoría del derecho de Hans Kelsen, aporías que están en la raíz de un buen número de déficits de la teoría kelseniana para dar adecuada cuenta de aspectos importantes de la realidad de nuestros sistemas jurídicos. En general, podríamos

¹ Laterza, Roma-Bari, 2016. Las citas a esta obra figuran entre paréntesis en el cuerpo del texto. Hay ya una excelente traducción española de Perfecto Andrés Ibáñez: *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, Trotta, Madrid, 2017.

² Luigi Ferrajoli: *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, tres vols., Laterza, Roma-Bari, 2007.

decir que este libro sobre Kelsen muestra 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.

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 intervención.

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 diferencia, por ejemplo, entre multas e impuestos³. 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

³ Cfr., sobre ello, H.L.A. Hart: “Kelsen Visited” (1963), en H.L.A. Hart: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, pp. 286 ss.

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”⁴. 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. Pero 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

⁴ en L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero: *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, p. 97.

disposición expresa un derecho subjetivo fundamental no pasaría de ser una propuesta prescriptiva de interpretación constitucional (sin duda susceptible de ser apoyada con muy 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” (p.168). 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 que “la verdad jurídica no es otra cosa, en suma, más que la referencia empírica o ‘correspondencia’ de las tesis jurídicas acogidas como verdaderas con lo que dicen las normas de derecho positivo” (p. 201). Pero inmediatamente a continuación añade que “las tesis de las disciplinas jurídicas son, sin

embargo, el producto no de actividades meramente reconocitivas del significado de los textos normativos, sino de decisiones relativas a los significados atribuidos a ellos por los intérpretes en cuanto que juzgados más plausibles, y por tanto de una actividad no sólo cognoscitiva sino también prescriptiva, basada sobre valoraciones y sobre opciones más o menos argumentadas” (p. 202). Pues bien: en mi opinión, los dos textos recién citados –el segundo de los cuales figura 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 posibles 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 interpretativos, 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 tercera observación que cabe formular a Ferrajoli reside en la incompatibilidad de la tesis del carácter a su juicio siempre opinable de los enunciados interpretativos con la afirmación de la posibilidad de la operatividad del principio de “estricta legalidad”. De acuerdo con Ferrajoli, el principio de “estricta legalidad” exige del legislador “el uso de términos claros y unívocos” que posibiliten que la legalidad sea capaz de “desarrollar sus funciones regulativas y garantistas: la subordinación de los jueces a la ley, la máxima certeza del derecho, el carácter cognitivo del juicio como aplicación sustancial de la ley [...]” (p.173). Pero, según insiste Ferrajoli, 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 grado: puede ser “una opinabilidad máxima, como por desgracia ocurre cuando el lenguaje legal es vago y oscuro y los enunciados normativos admiten una gran pluralidad de significados distintos” (p. 153); en tales casos, “la indeterminación semántica del lenguaje legal llega al extremo de volver arbitraria, y no simplemente opinable” (p.175) cualquier tesis interpretativa referida a él. Pero el carácter siempre opinable de los enunciados interpretativos hace que el principio de estricta legalidad venga a ser un modelo, o una idea regulativa, límite, nunca realizable por completo. Como esto viene a ser reconocido (aunque algo a regañadientes) por Ferrajoli, esta observación no constituye propiamente una crítica.

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, pero sí es, sin embargo, avalorativa e ideológicamente neutral . La teoría del derecho no es puramente descriptiva 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”. Pues los

conceptos de la teoría del derecho se forman, “no en base a definiciones lexicográficas o redefiniciones de los usos lingüísticos del legislador, sino sobre la base de asunciones estipulativas” (pp.192-193). Sin embargo, añade Ferrajoli, “ el carácter estipulativo, y por ello no descriptivo, de las asunciones teóricas no afecta, sin embargo, a su carácter avalorativo e ideológicamente neutral, que es cosa distinta de la descriptividad, hecha imposible por las opciones inherentes a sus estipulaciones” (p.194); “la teoría del derecho es avalorativa y precisamente por esto es capaz de valer para cualquier ordenamiento independientemente de los principios que lo informan, sean estos liberales o autoritarios, sociales o antisociales, democráticos o autocráticos” (p.195). La segunda razón por la que la teoría del derecho no es, de acuerdo con Ferrajoli, puramente descriptiva, 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” (p.196). De todo ello resulta que la teoría del derecho no es puramente descriptiva, sino normativa, pero sólo en el sentido 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*” (p. 236). Para poder afirmar todo ello sería preciso que la teoría del derecho asumiera contenidos normativos ya no puramente formales, sino sustantivos, y los entendiera como racionalmente fundamentables. Y esta asunción de contenidos 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 avaloratividad sustantiva y de neutralidad ideológica.