

“DIEZ APORÍAS EN LA OBRA DE HANS KELSEN”
de Luis Ferrajoli
Homenaje al Prof. Dr. Augusto Durán Martínez.

*Juan Pablo Cajarville Peluffo**

NOTA DE REDACCIÓN:

Ante el fallecimiento del Maestro Juan Carlos Cajarville** el 5 junio 2022, la Revista de Derecho Público rinde sentido homenaje a su incansable labor jurídica que ha enriquecido generaciones de estudiantes, profesores, profesionales y magistrados uruguayos y extranjeros.

Este aporte que fuera remitido por el autor para su publicación en diciembre de 2021, es expresión de su incondicional apoyo a la Revista de Derecho Público de la cual fuera su fundador junto con los Profesores Dres. José Aníbal Cagnoni y Gustavo Rodríguez Villalba en 1992.

El compromiso y la generosidad intelectual del autor con la academia ha permitido enriquecer las páginas de esta Revista que nace en las entrañas de la Facultad de Derecho de la UDELAR, y viene alumbrando la formación de juristas desde hace 30 años.

Por su calidez humana y entrañable amistad, mi abrazo eterno como discípula.

Mariana Blengio Valdés – 5 de junio 2022.

* Profesor Emérito y ex-Catedrático de Derecho Administrativo, en la Facultad de Derecho de la UDELAR.

** <https://udelar.edu.uy/portal/2022/06/udelar-recuerda-al-docente-juan-pablo-cajarville/#:~:text=El%20pasado%20de%20junio,del%20pa%C3%ADs%20y%20del%20exterior>

I. HOMENAJE AL PROF. DR. AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ.

Me ha parecido adecuado concurrir a tan merecido homenaje con este estudio más propio de la Teoría General o de la Filosofía del Derecho que de la especialización que con el homenajeado compartimos, teniendo en cuenta su preocupación manifiesta desde siempre por el análisis y la fundamentación desde esos puntos de vista del Derecho Positivo.

II. EXPLICACIÓN INICIAL.

Es en general conocido que mi especialización académica y profesional no ha sido la Teoría General ni la Filosofía del Derecho, sino una materia específica: el Derecho Administrativo.

Sin embargo, siempre he dedicado una parte no desdeñable de mi esfuerzo y mi tiempo relativamente libres a la lectura, y a veces al estudio, de ambas disciplinas. Pero el interés y el esfuerzo no tenían en tales circunstancias su objetivo en sí mismos; mi propósito era encontrar en esos ámbitos un piso firme y sólido, en tanto estuviera a mi alcance, para el trabajo en mi área de especialización.

Tempranamente creí encontrarlo en Kelsen y su **Teoría pura...**¹. Así fue desde que empecé a conocerle gracias a Eduardo Jiménez de Aréchaga, en su curso de “Introducción al Derecho” en los preparatorios del IAVA, allá por 1955/56. Paulatinamente ese piso se fue enriqueciendo y consolidando durante mis estudios de Abogacía y posteriormente como docente; siempre en la hoy Facultad

1 Los ejemplares de KELSEN, Hans, **Teoría pura del derecho**, que tengo en mi poder y he manejado habitualmente, son: ed. EUDEBA, Buenos Aires, 1969, traducción de la ed. en francés, Neuchatel, 1953, ambas con un subtítulo: “Introducción a la ciencia del derecho”; y ed. UNAM, México, “primera edición en español, 1979”, “Traducción del original en alemán [Wien, 1960] Roberto J. Vernengo”, presentada la de Viena 1960 como “segunda edición completa y ampliada”, “que, según Norberto Bobbio, puede ser considerada como la última expresión del pensamiento de Hans Kelsen”.

Tengo presente que, respecto de ambos célebres autores a tratar, estoy escribiendo sobre traducciones; y reconozco que no estoy comparando con los originales en los respectivos idiomas, sino confiando en ellas, en atención a los traductores y las editoriales.

A propósito de las incertidumbres a que estamos sometidos los hispanohablantes y, al mismo tiempo, como homenaje a mi ilustre maestro, transcribo el siguiente pasaje de CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?*, ‘Rev. D.J.A.’, t. 55, p. 157 y ss.’, incluido en **Derecho Constitucional y Administrativo, Estudios publicados**. Compilados por Carlos Sacchi, Montevideo, 2010, pág. 544 y nota 9, justamente refiriéndose a las traducciones de Kelsen: “... acto jurídico que confiera positividad a la norma... Aquí, ‘positividad’ quiere decir incorporación formal a un orden jurídico, lo que Kelsen llamo ‘Geltung’. El concepto es designado por lo traductores al español de las obras de Kelsen con el vocablo ‘validez’ pero no hemos querido usar esa palabra porque puede confundirse con la validez en sentido técnico. Un acto inválido (no inexistente) es hábil para incorporar formalmente una norma al orden jurídico positivo, en el cual tiene efectos jurídicos ciertos. Algunos autores de lengua alemana usan los vocablos ‘Geltung’ y ‘Gültigkeit’, para aludir a lo que hemos llamado ‘positividad’ y a la validez *stricto sensu*, respectivamente.” Cassinelli no deja de deslumbrarme cada vez que vuelvo a leerlo. Por añadidura, puede verse NINO, Carlos Santiago, *El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen*, en **La validez del derecho**, Buenos Aires, 1985, págs. 7 a 27, ahora no sobre cuestiones de traducción sino conceptuales, de fondo. También este estudio de Nino nos llega en una traducción (pág. 7).

de Derecho (ya no “de Ciencias Sociales”) de la UDELAR.

Así fue hasta que, recientemente, ya en plena pandemia, acumulada a mi interés académico la necesidad personal y familiar de ocupar mis neuronas, cayó en mis manos “La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen”, de Luigi Ferrajoli², libro que obraba en mi biblioteca sin haber sido leído, como tantos otros lamentablemente.

En la exposición del autor, dos aporías son las principales y de ellas “se derivan las restantes”³.

He confesado que “me movió el piso”, porque parecía ser un cuestionamiento desde similares supuestos de pureza metodológica.

III. CONCEPTO DE “APORÍA”. CONVIENE COMENZAR POR EL PRINCIPIO: ¿A QUÉ SE LLAMA “APORÍA”?

En el imprescindible “Diccionario de Filosofía” de José Ferrater Mora⁴ se dice que el término “significa literalmente ‘camino sin salida’; de ahí, ‘dificultad’. En sentido figurado, la aporía es entendida casi siempre como una proposición sin salida lógica, como una dificultad lógica insuperable. La aporía podría, pues, ser también llamada –y así efectivamente lo ha sido– antinomia o paradoja”⁵. Entre nosotros, el eminente Juan Llambías de Azevedo recuerda también el origen griego de la palabra, donde quiere decir “literalmente ‘falta de camino’ o ‘sin camino’”; agregando que “consiste en el examen de dos tesis opuestas y de sus respectivas razones, derivadas de una misma cuestión”⁶.

En este último sentido, pero no en el originario griego, puede aceptarse el uso del término por Ferrajoli en esta obra, según se verá.

IV. PRIMERA APORÍA. 1.

La primera aporía denunciada por Ferrajoli se refiere a la que invoca como “la concepción kelseniana del Sollen”; vale decir, la distinción entre deber ser y ser, como categorías que “expresan, respectivamente, el nexo de imputación ju-

2 FERRAJOLI, Luigi, *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, Madrid, 2017, 265 págs., traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. En esta traducción al español no es posible aclarar si, a su vez, Ferrajoli trabajó sobre originales en alemán o sobre traducciones.

3 Dice el autor literalmente: “Las dos principales aporías, de las que se derivan las restantes, son sobre todo dos: ...” (sic, op. cit., pág.9).

4 FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, T. 1, Ed. Alianza, Madrid, 1980, pág. 190, voz “aporía”.

5 Luego el autor distingue prolijamente entre “antinomia”, “paradoja” y “aporía” (loc. cit.), pero el punto no interesa ahora a estos efectos.

6 LLAMBÍAS DE AZEVEDO, Juan, *Eidética y aporética del Derecho*, Buenos Aires, 1940, pág. 22.

rídica y el de causalidad natural que presiden uno el mundo del derecho, objeto de la ciencia jurídica, y el otro el mundo de la naturaleza, objeto de las ciencias naturales”⁷. El nexo de causalidad –sigue explicando Ferrajoli la posición de Kelsen- es un nexo de ser, pero el nexo de imputación jurídica “es para Kelsen un nexo de deber ser [...]. Kelsen asume este «deber ser» como una suerte de forma a priori del pensamiento jurídico”⁸.

Como queda dicho, esta es una de las dos principales aporías atribuidas a Kelsen, “de las que se derivan las restantes”. Sobre la relación entre las diez aporías que señala, ha dicho antes Ferrajoli: “las diez aporías -las ocho primeras en la teoría del derecho, las dos últimas en la teoría de la democracia- están todas conectadas entre sí de distintas maneras y, además, en ocasiones, también con otras, implicadas como sus especificaciones o corolarios”⁹.

Los cuestionamientos de Ferrajoli arrancan pues nada menos que del punto de partida imprescindible de cualquier razonamiento jurídico: las normas no exponen como es la realidad, sino como debería ser, según ciertos criterios a considerar, algunos de los cuales resultarán de la propia norma, pero los hay que deberán buscarse en otras fuentes, normativas también o no¹⁰.

2.- Para cuestionar a Kelsen, Ferrajoli juega –confunde, o se confunde- con la

7 FERRAJOLI, L., op. cit., pág.15, destacados del autor.

8 FERRAJOLI, L., op. cit., págs.15 a 18.

9 FERRAJOLI, L., op. cit., pág. 9.

10 Recojo aquí porque me parecen relevantes para lo que sigue, algunos conceptos de KELSEN, tomados de la traducción de Vernengo citada supra, nota 1:

“Lo que hace de ese acontecimiento [que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible... en cuanto tal, determinado por leyes causales] un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural [...], sino el sentido objetivo ligado al mismo [...] a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho [...]. La norma funciona como un esquema de explicitación. [...] La norma, que otorga al acto el significado de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma. [...] Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. [...] designaremos con “deber” el sentido normativo de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro. [...] “Norma” es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento. [...] la norma, como sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser. De ahí que la circunstancia de hecho que se presenta en el caso de un acto semejante, tendrá que ser descrita mediante el enunciado: alguien quiere que otro se deba comportar de determinada manera. La primera parte del enunciado se refiere a un ente existente, el hecho real del acto de voluntad; la segunda parte, a un deber, a la norma como sentido del acto. [...] La distinción entre ser y deber no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia. Nadie puede negar que la afirmación de que “algo es” –esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real-, es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse que algo sea.” (Op, cit., seleccionado de pág. 17 a pág. 20).

cuestión filosófica de la relación “ser-deber ser”¹¹.

Ahora bien, al menos cuando se refieren a los fenómenos jurídicos, es claro que ambas categorías pueden superponerse, teórica y realmente.

Si se trata del derecho positivo, el “deber ser” de una norma como vínculo jurídico entre hipótesis de hecho y consecuencia imputada, “es” cuando a su respecto se han cumplido determinados requisitos formales que el propio derecho positivo establece para su perfeccionamiento. Jueces, fiscales y administradores competentes deberán actuar de manera que ese “deber ser” existente como tal “sea” en la realidad; y todos los mortales a los que ese “deber ser” les “es” aplicable procurarán que sea en la realidad, o se atenderán a las consecuencias.

Esa diferencia entre “deber ser” contenido e impuesto por la norma, y “ser”, tanto de la norma como de la hipótesis fáctica a que se refiere, parece en verdad evidente; y en cuanto ambos sean reales, “deberá ser” la consecuencia imputada.

3.- Pero -objeta Ferrajoli- para traducir en términos teóricos el nexo deber ser “habrá que descomponerlo analíticamente en dos tesis [o ‘nexos’, o ‘implicaciones’], conexas entre sí”¹².

Distingue entonces “eficacia” y “actuabilidad”; “el primero, es decir, la eficacia¹³, se da entre el acto decisorial y la situación que es su efecto y que consiste en una obligación, una prohibición, una facultad, una función o una expectativa; mientras que el segundo, esto es la relación de actuabilidad, se da entre tal situación y la virtual ejecución del acto del que es actuación, o sea, observancia, violación, ejercicio o satisfacción”¹⁴.

Para aclarar tan exhaustiva descripción, vale evocar uno de los ejemplos de que está precedida: “en el caso del ilícito, uno primero que se da entre el acto

11 Puede verse: FERRATER MORA, J., Diccionario de Filosofía, T. 1, cit., págs. 718/719, voz: “Deber ser”: “Por ‘ser’ se entiende algo existente, o el hecho de que algo tenga tal o cual propiedad, que se halle en tal o cual condición, etc. [...] Por ‘deber ser’ se entiende que algo que no es (sea una entidad, una propiedad, etc.) «haya de ser», no porque sea necesario que llegue a ser en virtud de algún encadenamiento causal, sino porque es deseable que sea por ser mejor, por cumplir con requisitos de alguna ley moral, etcétera. El deber ser expresa algún imperativo [...]. [...] la ontología del deber ser tiene su paralelo lingüístico en el llamado «lenguaje prescriptivo». En efecto, este lenguaje no indica lo que es ni describe ninguna especie de realidad, sino que señala lo que conviene hacer o con vistas a un fin determinado o de acuerdo con la ley moral universal. Ahora bien, [...] el reino del deber ser no puede concebirse como enteramente separado del reino del ser.”

12 FERRAJOLI, L., op. cit., pág. 20.

13 FERRAJOLI define su concepto de “eficacia”: “Uso ‘eficacia’ en el sentido de «causalidad jurídica», es decir, para designar la productividad de ‘efectos’ jurídicos por parte de un ‘acto’ en virtud de una regla que lo prevé [...] independiente de la noción de ‘eficacia’ de la que habla Kelsen, que yo he preferido denominar con el término ‘efectividad’...” (op. cit., pág. 21 nota 7).

No parece conceptualmente adecuado emplear el término “causalidad”, aunque se agregue el calificativo “jurídica”, cuando se está explicando la diferencia entre el “nexo” (“tesis” o “implicación”) jurídico y la causalidad, real o imaginaria.

14 FERRAJOLI, op. cit., pág. 21.

ilícito y la obligación de infligir la sanción al responsable del mismo; y un segundo nexo que discurre entre la obligación de infligir la sanción y la virtual irrogación obligatoria de la sanción misma”¹⁵.

En este punto ubica el autor la primera aporía de Kelsen, porque “al no haber tenido en cuenta la mediación interpuesta por la figura deóntica de la obligación, entre el antecedente y el consecuente, está constreñido a asociar la dimensión deóntica del fenómeno jurídico a la relación de implicación misma (“A->B”) entre acto antecedente y acto consecuente, interpretada, por lo demás, restrictivamente, como relación de implicación entre el acto ilícito y la irrogación de la sanción”¹⁶.

Oponiendo a la de Kelsen su propia concepción -sigue explicando Ferrajoli- “el nexo de implicación entre acto y efecto en que consiste la ‘eficacia’, esto es, la ‘causalidad jurídica’, se revela no como un nexo de deber ser, sino de ser, expresado por una tesis no normativa, sino asertiva, no de tipo deóntico y por eso no formalizable, sino de tipo vero-funcional: dado un ilícito, por ejemplo, un delito, este produce y al mismo tiempo implica lógicamente (no ya el deber ser, sino) el ser de su efecto, es decir, la existencia de la obligación de irrogar la sanción; [...] dado un precepto [...] el mismo produce, o sea, implica como efecto (no ya el deber ser, sino) el ser de su efecto, esto es, la existencia de las obligaciones, prohibiciones, facultades, expectativas o normas jurídicas que son sus significados”¹⁷. Agrega en nota al pie: “Porque el efecto previsto por la norma como consecuencia del acto por ella hipotizado se produce siempre, y, cuando tal efecto consista en una figura deóntica, implicará siempre la posibilidad de su actuación o de su inactuación”¹⁸.

4.- Naturalmente, cuando se interpreta una norma, se lo hace tanto del supuesto como de la consecuencia de deber ser; vale decir, como si la norma se estuviera aplicando porque el supuesto ha sido de hecho y la consecuencia deberá ser. Puede que así sea de hecho la realidad, pero seguramente con mayor frecuencia se tratará de supuestos imaginados, por cualquier razón; al respecto difícilmente alguien se engañe.

Pero cuando Ferrajoli en su obra supone “dado un ilícito” y afirma que “supone y al mismo implica lógicamente (no ya el deber ser sino) el ser de su

15 FERRAJOLI, op. cit., pág. 20.

16 FERRAJOLI, op. cit., pág. 20.

17 FERRAJOLI, op. cit., pág. 22.

18 FERRAJOLI, op. cit., pág. 22, nota 9, último párrafo.

efecto”, induce al lector a incluir en el razonamiento que le propone la realidad fáctica de su ejemplo: deberá considerar que el hecho realmente ha ocurrido y la obligación de sancionarlo realmente existe y recae sobre algún funcionario con nombre y apellido que está entendiendo en un caso. Sólo así se explica que el autor afirme que dado el supuesto normativo se da “no ya el deber ser sino el ser” de la consecuencia imputada por la norma; a la cual por añadidura denomina “su efecto”, propiciando la confusión entre imputación y causa eficiente, de la cual debe prioritariamente distinguirse.

Sobre tal hipótesis de realidad fáctica del supuesto, efectivamente la obligación de sancionarlo será real, pero con la realidad ficticiamente impuesta por el autor a su lector. Claro que así estamos en el ámbito del “deber ser” que “es” (supra, 2); en el ámbito del “ser” que nos hace suponer Ferrajoli como autor a quienes queremos entenderlo; pero seguirá siéndolo como ejemplo de “deber ser”.

Claro que también sucederá sin duda que el ejemplo planteado por el autor ocurra en la realidad, y entonces la obligación -más precisamente según la terminología generalmente aceptada en la materia, el “deber”- de aplicar la sanción “será” en el ámbito del “ser”.

5.- En sustitución del esquema de las normas postulado por Kelsen, que considera aporético, Ferrajoli postula que para “traducir en términos teóricos este nexo, básico con toda seguridad en la fenomenología del derecho, habrá que descomponerlo analíticamente en dos tesis, conexas entre sí”. Expone inicialmente su planteo con un ejemplo: “en el caso del ilícito, uno primero que se da entre el acto ilícito y la obligación de infligir la sanción al responsable del mismo; y un segundo nexo que discurre entre la obligación de infligir la sanción y la virtual irrogación obligatoria de la sanción misma”¹⁹.

Se trata ahora, entonces, de esclarecer cuál esquema, el de Kelsen o el sustitutivo de Ferrajoli, explica mejor, más claramente la estructura conceptual de las normas jurídicas positivas, todas y cualquiera de ellas.

6.- Un esquema sólo recoge o debe contener los caracteres más significativos de la realidad sobre la que recae. La diferencia entre los esquemas de la norma jurídica postulados por Kelsen y por Ferrajoli, consiste en la introducción por este último de una obligación (u otra “situación que es su efecto” de las que enumera) a cargo de un sujeto de aplicar la consecuencia que se imputa al supuesto antes definido, resultante de la eficacia de la norma que se está suponiendo. Así entendido, el esquema de una norma resulta contener “dos tesis [o también

19 FERRAJOLI, op. cit., pág. 20.

‘nexos’ o ‘implicaciones’], conexas entre sí”: a) primer nexo: dado A (supuesto), surge una obligación (u otra “situación que es su efecto”) a cargo de un sujeto (“eficacia” de la norma) de aplicar una consecuencia B; y b) segundo nexo: entre la obligación de aplicar una consecuencia B (efecto del primer nexo), y la “irrogación obligatoria de la sanción misma”²⁰, que Ferrajoli califica expresamente de “virtual”²¹.

7.- La descripción por Ferrajoli del segundo nexo “que discurre entre la obligación de infligir la sanción y la virtual irrogación obligatoria de la sanción misma”, plantea alguna dificultad. La caracterización de la “irrogación” de la sanción acumulativamente como “virtual” y “obligatoria”, significaría que la irrogación (mejor sería decir en español “aplicación”) de la sanción es a un tiempo obligatoria, porque ha surgido la obligación de aplicarla por el primer nexo, pero puede producirse aunque al presente no se ha producido por ser virtual.

¿Deberá entonces introducirse otro “nexo” [“tesis” o “implicación”], para llegar a que aunque no se haya producido, la sanción debería haberse producido porque hay una norma que así lo dispone? Esto es precisamente lo que falta en el esquema de Ferrajoli: el “deber ser” como situación jurídica. Se podría seguir incluyendo en el esquema otro nexo que vincule el carácter eventual de la sanción con la promoción de una acción ante la jurisdicción que subsane la inexistencia de la sanción, y así hasta el infinito, en este esquema que parece volverse tartamudo. Que no es un esquema de una y cualquier norma, sino de una fracción de “una compleja red de relaciones jurídicas intersubjetivas”.

20 Para evitar equívocos, transcribo literalmente el fragmento de FERRAJOLI, op. cit., pág., 20: “Por tanto, si se quiere traducir en términos teóricos este nexo, básico con toda seguridad en la fenomenología del derecho, habrá que descomponerlo analíticamente en dos tesis, conexas entre sí. En efecto, el nexo no se da entre dos actos, al no tener sentido (y no ser ciertamente formalizable) la implicación, ya sea teórica o de deber ser, de un acto por parte de otro acto. En realidad, el mismo se articula en dos nexos: por ejemplo, en el caso del ilícito, uno primero que se da entre el acto ilícito y la obligación de infligir la sanción al responsable del mismo; y un segundo nexo que discurre entre la obligación de infligir la sanción y la virtual irrogación obligatoria de la sanción misma.”

La palabra “irrogación” no es de uso frecuente en este contexto, al menos en nuestro medio, y literalmente no parece el término más adecuado. Dic. RAE, (T. II, 21ª ed., Madrid, 1992) voces: “irrogación”, “acción y efecto de irrogar o irrogarse”; “irrogar”, “tratándose de perjuicios o daños, causar, ocasionar”. El mismo Diccionario, Edición del Tricentenario [23ª ed., 2014]: “Del lat. irrogāre 1. tr. Causar, ocasionar perjuicios o daños.”

21 FERRAJOLI, op. cit., sic, pág.20. Este calificativo requiere aclaración; tiene en español al menos tres significados. El Dic. RAE, (T. II, cit.), voz: “virtual” dice: “adj. Que tiene virtud para producir un efecto, aunque no lo produce de presente. Ú. frecuentemente en oposición a efectivo o real. //2. Implícito, tácito. //3. Fis. Que tiene existencia aparente y no real.”. El mismo Diccionario, Edición del Tricentenario [23ª ed., 2014] reitera los tres significados y agrega un cuarto en atención a nuevas tecnologías: “4. adj. Inform. Que está ubicado o tiene lugar en línea, generalmente a través de internet”; ídem, Actualización 2020. (En lo pertinente, consulta Internet <https://dle.rae.es/>, de 12/IV/2021).

En el texto de FERRAJOLI considerado, sólo cabe entender el término en el primer sentido; no lo tendría leerlo haciendo referencia a que la “irrogación obligatoria de la sanción misma” fuera implícita o tácita, o tuviera existencia aparente y no real, o tuviera lugar en línea a través de internet.

8.- Si en el esquema de Ferrajoli existe una obligación, es porque antes una norma imputó a un supuesto esa consecuencia.

Ostensiblemente, el esquema propuesto por Ferrajoli no lo es de una norma, sino al menos de dos, “en la compleja red de actos y de efectos, de signos y de significados, de formas y de contenidos, de fuentes y de normas, en la que se articula [...] toda la sintaxis del derecho positivo. [...] De este modo, todo el derecho positivo se configura como una compleja red de relaciones jurídicas intersubjetivas y, correlativamente, como una red igualmente compleja de expectativas y de garantías”²².

Entonces, ¿todo eso ingresa en este esquema, que empezó proponiéndose como de una y cualquier norma?

IV. Conclusiones. a) Como esquemas, basta observarlos para concluir que es preferible el de Kelsen: el suyo describe adecuada y suficientemente la imputación jurídica y su diferencia con la causalidad, como nexos descritos sintéticamente, sin “cortocircuito” alguno²³. Por supuesto, si se sale del esquema y se ingresa en el análisis de la casuística real, aparecerán sin duda otros factores jurídicamente relevantes, de hecho o de derecho, que serán los que configuren las singularidades de cada caso concreto.

b) El esquema propuesto por Ferrajoli contiene un agregado que conceptualmente puede ser acertado, que probablemente enriquezca algún examen profundizado de un fenómeno jurídico estudiado, como parte de esa “compleja red”; pero no cumple con el requisito de esencialidad para ser incluido en una descripción esquemática de toda y cualquier norma jurídica.

Si el objeto de la investigación de que se trate fuera examinar el deber ser ante el caso en que: a) siendo el supuesto de una norma, b) sin embargo no fue su consecuencia imputada, seguramente valdrá acudir al esquema de razonamiento de Ferrajoli; porque entonces será necesario abordar el análisis de la norma cuyo supuesto consista precisamente en que, siendo que se configuró el supuesto de la primera norma, sin embargo no fue la consecuencia imputada por esa primera norma; al incorporar a su esquema la obligación (u otra “figura deóntica”) introduce con ella “la posibilidad de su actuación o de su inactuación”. Pero véase que así se sale del análisis de aquella primera norma, saltando a interpretar otra con un supuesto diferente, incluso opuesto, al de la norma

22 FERRAJOLI, op. cit., págs. 23/24.

23 FERRAJOLI escribe que “en sede teórica, para evitar este cortocircuito, se hace necesario descomponer el Sollen kelseniano en las dos implicaciones antes indicadas...”, sic, loc. cit., pág. 20.

inicial.

c) Partiendo de la dependencia que Ferrajoli ha declarado explícitamente de las restantes aporías que sostiene existen en la obra de Kelsen, respecto a esta primera (supra, III.1), este análisis puede concluir aquí con el rechazo de las otras nueve.

Queda para otros análisis la consideración detallada de ese tema, que podrán abordar quienes sí estén especializados en Teoría General o en Filosofía del Derecho, si lo estimaran de interés.

Juan Pablo Cajarville
Ocupando la cabeza en pandemia, abril 2021.