

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

Universidad Carlos III de Madrid



PAPELES DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

“La Teoría Jurídica Crítica de Luigi Ferrajoli”

Pietro Sferrazza Taibi

Alumno del Master Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Ferrajoli, positivismo jurídico crítico, neoconstitucionalismo.

Número: 11 Año: 2010

ISSN 2171-8156

LA TEORÍA JURÍDICA CRÍTICA DE LUIGI FERRAJOLI¹

Pietro Sferrazza Taibi²

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA UBICACIÓN DE FERRAJOLI EN LA TRINCHERA POSITIVISTA. 1.1. LEGITIMACIÓN EXTERNA Y LEGITIMACIÓN INTERNA. 1.2. TESIS DE LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL. 1.2.1. Tesis teóricas. 1.2.1.1. La tesis meta-lógica. 1.2.1.2. Tesis científica. 1.2.1.3. Tesis metacientífica. 1.2.2. Tesis axiológicas. 2. LA VIGENCIA COMO NOCIÓN INHERENTE AL PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL. 2.1. LAS APORTACIONES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. 2.2. VIGENCIA, VALIDEZ, EFICACIA. 3. LA TEORÍA JURÍDICA CRÍTICA DE FERRAJOLI. 3.1. LA NUEVA ESTRUCTURA DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. 3.2. REDEFINICIONES DE LAS ANTINOMIAS Y LAGUNAS. 3.3. LA CRÍTICA A TRAVÉS DE LA INTERPRETACIÓN. 4. METACRÍTICA DE LA TEORÍA CRÍTICA DE FERRAJOLI. 4.1. ¿ES PROBLEMÁTICA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MORAL? 4.2. ¿UNA TEORÍA CON POCa VOCACIÓN DE UNIVERSALIDAD? 4.3. ¿DEMASIADA CONFIANZA EN LOS JUECES? 4.4. ¿INTERPRETACIÓN COMO RAZÓN O VOLUNTAD? CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

LUIGI FERRAJOLI es el filósofo del Derecho vivo más importante de Italia. Su aporte al estudio del Derecho es un verdadero universo y sus líneas investigativas más trascendentes se refieren al Derecho penal, a la teoría del Derecho y a los derechos fundamentales. Sin duda, ha generado un gran debate entre los académicos y sus teorías han sido y siguen siendo discutidas. Sus obras más importantes son *Derecho y razón*, *Teoría del garantismo penal* de 1989 y *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia* de 2007.

En este *paper*, intentaré referirme a los pilares fundamentales de su construcción sobre la teoría del Derecho. Para tal efecto me referiré a la manera en que el autor

¹ *Paper* elaborado en el contexto del Taller de Teoría del Derecho Iª edición 2009/2010 (“Concepciones actuales del Derecho”), organizado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del programa Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”.

² Alumno del Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid.

italiano se define como positivista, a su introducción del concepto de vigencia en la teoría del Derecho y al enfoque crítico que infunde a esta disciplina, concluyendo con algunas preguntas sobre las críticas de algunos autores sobre su trabajo.

1. LA UBICACIÓN DE FERRAJOLI EN LA TRINCHERA POSITIVISTA.

1.1. LEGITIMACIÓN EXTERNA Y LEGITIMACIÓN INTERNA.

En la reflexión sobre el Derecho, la clásica distinción entre justicia y validez ha sido considerada de importancia vital, porque permite trazar una frontera, si bien difuminada, entre la filosofía política y la teoría del Derecho. En FERRAJOLI, el tratamiento de esta cuestión se tiñe de un matiz y de una nomenclatura diferente. En efecto él distingue entre *legitimación externa o justificación* y *legitimación interna o legitimación en sentido estricto*. La primera está integrada por criterios de valoración moral o políticos de tipo extra o meta-jurídicos, es decir, *razones externas o del Derecho*, mientras que la segunda se identifica con pautas normativas cristalizadas dentro del marco del ordenamiento jurídico, como criterios jurídicos de valoración, es decir, *razones internas o de Derecho*.

Por lo tanto, la legitimación externa se identifica con lo que tradicionalmente se entiende por justicia, de modo que las normas se consideran legítimas, si se ajustan a ciertos criterios políticos o morales. Por otra parte, la legitimación interna se identifica con lo que tradicionalmente se ha entendido por validez, de modo que lo importante es determinar si las normas pertenecen al ordenamiento, para lo cual deben cumplir las exigencias que éste último establece.

Este enfoque es preferido al tradicional por dos razones: porque utiliza expresiones más genéricas y menos comprometedoras, en cuanto no se refieren a valores sino a puntos de vista normativos y no aluden a una teoría iuspositivista o iusnaturalista sobre la justicia o validez. Especialmente la legitimación externa, no sólo se refiere a motivos éticos o políticos, sino también a criterios de diversa índole, como de oportunidad, prácticos o funcionales³.

³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantero Bandrés, 7ª ed., Madrid: Trotta, 2005, pp. 213-218.

1.2. TESIS DE LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL.

Todo aquel que se considere positivista debe aceptar la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, de acuerdo con la cual no existe una conexión cierta o necesaria entre ellos. El autor italiano asume este postulado y además lo analiza desde una perspectiva teórica y axiológica.

Desde un enfoque teórico, FERRAJOLI sostiene que la separación entre Derecho y moral puede entenderse en un sentido *asertivo* y en un sentido *prescriptivo*. Él sostiene que la referida separación puede ser explicada sobre la base del desglose de seis tesis, de las cuales tres se refieren al sentido asertivo, denominándose *tesis teóricas* y las restantes, al sentido prescriptivo, asumiendo la calificación de *axiológicas*.

El sentido asertivo permite explicar la autonomía de los juicios jurídicos respecto de los juicios morales o políticos. El problema en cuestión es el de la legitimación interna o validez de las normas. El sentido prescriptivo permite plasmar la autonomía de las normas morales de las normas jurídicas. Se trata del problema político de la legitimación externa o de la justicia. A continuación esbozaré brevemente en qué consiste cada una de las tesis enunciadas⁴.

1.2.1. Tesis teóricas.

1.2.1.1. La tesis meta-lógica.

Es una manifestación de la falacia naturalista aplicada en lo jurídico. Según esta tesis, no es posible la derivación lógica del Derecho válido (*Derecho que es*) del Derecho justo (*Derecho que debe ser*) y viceversa. FERRAJOLI señala que es *ideología* toda postura que incurre en la referida falacia, considerando que las normas son válidas en cuanto sean éticamente justas o, viceversa, considerando que las normas son justas en cuanto sean válidas. La primera de estas ideologías coincide con el *iusnaturalismo o moralismo jurídico*, el cual conlleva una confusión del deber ser con el ser de las normas, mientras que la segunda corresponde al *legalismo o estatalismo ético*, el cual confunde el ser con el deber ser de las normas. Por otra parte, la falacia naturalista impide confundir tanto la efectividad de las normas con los valores de justicia

⁴ Ídem., pp. 218-225.

relacionados con la legitimación externa, como la normatividad constitucional propia de la legitimación interna con la efectividad de las leyes ordinarias.

1.2.1.2. Tesis científica.

Esta tesis impide fundamentar la validez de las normas en parámetros de justicia, de modo tal que los criterios para su determinación deben ser esencialmente jurídicos y deducibles del ordenamiento. Es una tesis vinculada con el monopolio estatal de la producción normativa jurídica.

1.2.1.3. Tesis meta-científica.

Es aquella que defiende la recíproca autonomía entre legitimación interna, legitimación externa y enfoque sociológico. Así las cosas, el discurso sobre la validez debe desatender el moralismo jurídico, evitando la contaminación del papel descriptivo de la ciencia jurídica. Asimismo, todo estatalismo ético debe ser rechazado para salvar el carácter convencional de las normas, lo que posibilita su crítica desde la legitimación externa o desde enfoques sociológicos.

La interrelación entre las tres tesis anteriores configura una concepción positivista del Derecho, también denominada *convencionalismo o formalismo jurídico*.

1.2.2. Tesis axiológicas.

De acuerdo a esta tesis, relativa a la dimensión prescriptiva de separación entre Derecho y moral, el Derecho y el Estado se justifican en tanto garanticen los derechos y la seguridad de los ciudadanos. Esta tesis coincide con el *utilitarismo jurídico*, entendido por nuestro autor como un principio meta-jurídico que impone una carga de justificación al Derecho y al Estado. Esta posición se ha manifestado en la evolución del Derecho penal, especialmente, en la configuración de las nociones de delito, proceso y pena. Así las cosas, al tipificar el delito, el *ius puniendi* debe tender a criminalizar ciertas conductas que causen daños a terceros o, expresado técnicamente, que vulneren bienes jurídicos, procurando evitar manifestaciones de Derecho penal de autor en que se penalicen modos de ser de las personas. En consecuencia, en el proceso penal, el objeto de comprobación debe coincidir con hechos tipificados en la ley y no la moralidad o el carácter. Finalmente, la pena no tiene como finalidad la moralización del condenado, ya que “*el Estado no tiene derecho a forzar que los ciudadanos a no ser malvados, sino sólo a impedir que se dañen entre sí. [...] Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico*

de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es”⁵.

2. LA VIGENCIA COMO NOCIÓN INHERENTE AL PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL.

En este apartado me propongo explicar de qué manera el profesor de la Universidad di Roma III explica la estructura del ordenamiento jurídico desde la perspectiva del neoconstitucionalismo.

2.1. LAS APORTACIONES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO.

El objetivo de FERRAJOLI es separar su distinción entre legitimación externa e interna de la distinción entre Derecho positivo como hecho y Derecho natural como valor, básicamente porque conduce a conclusiones erradas, porque se ha entendido equivocadamente que los juicios que se formulan en el contexto de la dimensión de la legitimidad externa son juicios de valor o de deber ser por referirse a criterios morales o políticos, a diferencia de los que se formulan en la dimensión de la legitimidad interna, que son juicios de hecho en cuanto se refieren a la existencia de las normas, es decir, a su pertenencia al derecho positivo.

Este equívoco proviene de una concepción simplificada de la validez, propia del positivismo jurídico tradicional, según la cual una norma válida es la que ha sido dictada por el órgano competente de acuerdo al procedimiento debidamente establecido para su producción. Por lo tanto, la calificación de validez responde a parámetros empíricos formales vinculados con la generación o creación normativa, ajenos a criterios valorativos o de contenido. Derecho válido es Derecho existente.

Sin embargo, esta teoría resulta inadecuada y descontextualizada ante los modernos Estados de Derecho, ya que éstos han asumido una estructura diferente tras el Constitucionalismo o Neoconstitucionalismo. En efecto, las Constituciones posteriores a la segunda guerra mundial, incorporan catálogos de derechos fundamentales en la parte material. De esa forma, el ordenamiento se impregna de contenidos, de

⁵ Ídem., p. 223.

instituciones éticas, políticas o morales, de principios de justicia. Los derechos fundamentales, además, adquieren eficacia jurídica, ya que con la regulación del control de constitucionalidad de la ley que suele radicarse en órganos jurisdiccionales, toda norma o acto que los infrinja puede ser declarado nulo por dicho órgano. Surge así, el Estado Constitucional, cuyo eje central es la supremacía de la Constitución sobre la ley como fuente del Derecho. De esa manera, las Constituciones establecen límites a los poderes públicos, en cuanto no podrán vulnerar los derechos en el ejercicio de sus respectivas funciones⁶.

Este proceso, considerado por muchos como un cambio de paradigma, incide en el test de validez de una norma del ordenamiento. Ahora la norma válida no sólo debe superar el test de formalidad a que me he referido, sino que además debe superar otro test, el de sustancialidad, en virtud del cual el contenido de la norma en análisis no debe ser contradictorio con las normas jerárquicas constitucionales⁷.

2.2. VIGENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA⁸.

FERRAJOLI sostiene que la batería conceptual tradicional que se ha utilizado usualmente para la descripción de la estructura del Derecho positivo, se ha tornado insuficiente para continuar cumpliendo esta función desde que en el ordenamiento se ha implantado un espeso sustrato de sustancialidad, de modo tal que es necesario introducir una nueva noción independiente y autónoma de la validez y la efectividad: la vigencia. La norma vigente es la norma existente, es decir, producida por el órgano competente de acuerdo al procedimiento pertinentemente establecido para ello. La norma válida es aquella cuyo contenido no es contradictorio con el de las normas jerárquicas superiores del ordenamiento, específicamente, las constitucionales. La norma efectiva, en general, es la que goza de un margen relativamente amplio de cumplimiento en la sociedad. Por lo tanto, la legitimidad jurídica o interna puede ser desdoblada en *legitimidad jurídica formal*, relativa a la vigencia, y *legitimidad jurídica sustancial*, relativa a la validez.

Una norma vigente, dependiendo de cada caso, puede ser eficaz o ineficaz, válida o inválida. Debe hacerse presente que de acuerdo a las prohibiciones impuestas por la

⁶ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen*. Salamanca: Aquilafuente, 2006, pp. (339-354) 340 y 341.

⁷ FERRAJOLI, op. et ed. cit., p. 354 y 355.

⁸ Para en análisis minucioso de estas nociones, vid. ídem, pp. 353-365.

falacia naturalista, la validez o eficacia no pueden ser deducidas de la vigencia. Esta última, pertenece al *ser* si se la compara con el *deber ser* propio de la validez, y al *deber ser* si se la compara con el *ser* de la eficacia.

3. LA TEORÍA JURÍDICA CRÍTICA DE FERRAJOLI.

Sobre la base de todo lo explicado, FERRAJOLI defiende una teoría jurídica de carácter crítico. Para la comprensión de la misma es prudente explicar algunas cuestiones previas. En primer lugar, es necesario entender cómo queda estructurado el ordenamiento jurídico tras la constitucionalización de los derechos y a la vista de la introducción de la noción de vigencia. Lo importante es entender las relaciones que se generan entre los diversos niveles normativos del ordenamiento. En segundo lugar, se requiere hacer una referencia a la redefinición que el profesor italiano hace de las antinomias y lagunas jurídicas.

3.1. LA NUEVA ESTRUCTURA DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.

El andamiaje del ordenamiento jurídico se caracteriza por la existencia de diferentes niveles normativos. Pues bien, una norma jurídica insertada en un nivel jerárquico determinado se considera como hecho respecto de las normas superiores que regulan su producción y como Derecho respecto de las normas inferiores cuya producción regula. Así las cosas, en relación a la primera de estas funciones, lo que importa es la determinación de su validez o invalidez respecto de las normas superiores. En cambio, en lo referido a la segunda función, importará su eficacia o ineficacia respecto de las normas inferiores. Por ende, el juicio de validez de una norma inferior coincide con el juicio de eficacia de una norma superior⁹.

La comprensión de este enfoque puede quedar más clara con un ejemplo. Tomaré en consideración tres niveles del ordenamiento: constitucional, legislativo y administrativo. De acuerdo a la teoría ferrajoliana, una norma situada en el nivel legislativo debe ser considerada como hecho respecto de las normas constitucionales que regulan su producción y como norma respecto de un acto de ejecución administrativa cuya producción está regulada por la norma legal anterior.

⁹ Ídem, p. 357.

Ahora bien, hemos señalado que el constitucionalismo implica la incorporación de valores en los niveles superiores del ordenamiento jurídico. Para FERRAJOLI, en cuanto más sean los valores incorporados en tales niveles en forma de imperativos negativos, menos serán los márgenes decisorios abandonados a los arbitrios potestativos de los niveles inferiores, por ejemplo, legislativo respecto del constitucional o jurisdiccional respecto del legislativo. Por ende, “*las leyes, en pocas palabras, son tanto más vinculantes cuanto más vinculadas estén*”¹⁰. Al contrario, en cuanto menos sean tales valores vinculantes en los niveles superiores, mayores serán los márgenes de discrecionalidad en los niveles inferiores. En este caso, las leyes serán “*tanto menos vinculantes en cuanto menos vinculadas estén*”¹¹. Es por eso que FERRAJOLI, caracteriza al modelo garantista por una *incorporación limitativa*, esto es, la introducción de vínculos negativos. Por otra parte, en un modelo autoritario, existe una *incorporación potestativa*, o sea, ausencia de tales vínculos.

3.2. REDEFINICIONES DE LAS ANTINOMIAS Y LAGUNAS¹².

Las divergencias de validez y efectividad que se generen entre los diferentes niveles normativos generan antinomias y lagunas. Nuestro autor adopta una postura distinta a la tradicional en la definición de estas instituciones, ya que para él la antinomia “*es el vicio sustancial producido por la decisión indebida de una norma contradictoria con una norma sustancial sobre la producción, cuya aplicación supone la anulación de la norma en contraste*”¹³ mientras que la laguna “*es el vicio producido por la omisión indebida de la decisión de una norma, requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma que falta*”¹⁴.

En palabras más sencillas, la antinomia implica la existencia de una norma contradictoria con una norma superior constitucional que establece una prohibición sustancial a los poderes públicos. Se trata de la producción indebida de una norma. A su

¹⁰ Ídem, p. 363.

¹¹ Íbidem.

¹² FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vols. Bari-Roma: Laterza, 2007, t. 1, pp. 684 a 691.

¹³ Ídem, p. 685. Como la traducción es mía agrego el texto original: “*é il vizio sostanziale prodotto dall' indebita decisione di una norma in contrasto con una norma sostanziale sulla produzione, la cui applicazione suppone l' annullamento della norma in contrasto*”.

¹⁴ Ídem, p. 686. Por la misma razón expuesta en la nota anterior, agrego el texto original: “*é il vizio prodotto dall' indebita omissione della decisione di una norma richiesta da una norma sulla produzione, la cui applicazione suppone l' introduzione della norma mancante*”.

vez, la laguna conlleva la violación de una norma constitucional que establece obligaciones para tales poderes. Se trata de la omisión indebida de producción normativa. Por lo tanto, la antinomia es producción de una decisión prohibida y la laguna, omisión de una decisión obligatoria. Ejemplo de antinomia, es el contraste que se genera entre la norma constitucional que regula la libertad de prensa y una norma inferior que autoriza la censura. Ejemplo de laguna, es la ausencia de garantías jurisdiccionales que tutelen el derecho al trabajo plasmado en la Constitución.

Tradicionalmente se suele definir la antinomia como incompatibilidad entre normas, siendo imposible la aplicación de ambas. Por lo demás, esta posición entiende que tales incompatibilidades pueden producirse no solo entre normas de diferentes niveles jerárquicos, sino que también entre las que pertenecen a un mismo nivel. A su vez, la laguna se suele definir como ausencia de una norma cualquiera – no necesariamente constitucional – en el proceso de aplicación jurídica del juez en una controversia. Por ende, las antinomias y lagunas se han entendido como problemas de aplicación normativa derivadas de las imperfecciones del ordenamiento, solucionables por el intérprete mediante la aplicación de algunos criterios que, en el caso de las antinomias, serán el cronológico o el de la especialidad, mientras que en el de las lagunas se deberá recurrir a la analogía o los principios generales del Derecho. En ambos casos no existe un vicio, porque la norma inaplicable por ser general o anterior no es inválida, como asimismo la omisión de una norma cualquiera no genera infracción indebida de otra norma.

El lector perspicaz ya habrá inferido que existen diferencias esenciales entre el constructo conceptual de FERRAJOLI y el discurso tradicional. Para FERRAJOLI, las antinomias y lagunas configuran hipertrofias del ordenamiento jurídico sólo solucionables a través de la modificación del ordenamiento jurídico. Se trata de vicios, porque son consecuencia del incumplimiento normativo que consiste en la comisión de un acto normativo prohibido por la norma infringida (antinomia) u la omisión de un acto normativo obligatorio según la norma infringida (laguna). Es por ello que no pueden ser solucionadas por el intérprete, sino que requieren la intervención de un órgano competente que proceda a la anulación de una norma indebida, en el caso de las lagunas, o a la incorporación de la norma que falta, en el caso de las omisiones. Generalmente, en la primera hipótesis el órgano competente es jurisdiccional y en la segunda, legislativo.

Estas serían antinomias o lagunas en *sentido fuerte*, a diferencias de las otras, que según nuestro autor serían antinomias o lagunas en *sentido débil*. Los criterios para la solución de esta última categoría son *meta-normas constitutivas*, porque no pueden ser violadas por el legislador, mientras que los criterios jerárquicos para la solución de los vicios de la categoría anterior, son *meta-normas deónticas o regulativas*, porque tienen por objeto la identificación de infracciones legislativas.

3.3. LA CRÍTICA A TRAVÉS DE LA INTERPRETACIÓN.

Para FERRAJOLI la teoría jurídica ubicada en los recintos del garantismo no debe pecar de actitud contemplativa ante el ordenamiento, sino que debe ser crítica, ya que la nueva estructura del ordenamiento jurídico y la esencia del Estado de Derecho Constitucional así lo demandan.

Los modelos de ciencia jurídica existentes hasta antes del garantismo, se identifican con lo que FERRAJOLI denomina *iuspositivismo dogmático*, porque desatienden la importancia de la noción de vigencia como categoría independiente de la validez y la eficacia. Así, el normativismo tiene una imagen del Derecho legal pero irreal, porque sólo se preocupa de la validez (entendida como vigencia), descuidando la ineffectividad. Por su parte, el realismo tiene una visión del Derecho real pero ilegal, porque centra su estudio en la efectividad (entendida como vigencia), descuidando la invalidez (entendida como no vigencia).

FERRAJOLI, en cambio, intenta construir un *positivismo crítico* cuya tarea principal sea la identificación de antinomias y lagunas, es decir, de aquellos espacios de ilegitimidad del Derecho y de exceso del Poder.

Esta toma de postura requiere derrumbar algunos dogmas. Uno de ellos es la obligatoriedad de aplicación de la ley, porque para la teoría crítica del Derecho, el deber del operador que tiene poder de interpretación es no aplicar la ley cuando es inválida. Otro dogma a derrumbar es la avaloratividad de la teoría jurídica, ya que en los actuales ordenamientos jurídicos constitucionales, tanto los juicios de vigencia como los de validez se realizan dentro del marco de dicho ordenamiento. Sin embargo, los primeros se refieren a hechos de los que es predicable su verdad o falsedad, mientras que los segundos se refieren a valores, respecto de los que no es predicable su verdad o falsedad. Por lo tanto, el juicio sobre la validez es valorativo y, en cierta medida, discrecional.

En definitiva, la crítica del Derecho es la principal tarea cívica de la jurisprudencia y de la ciencia jurídica, porque sólo en virtud del enfoque crítico es posible exigir la reforma del ordenamiento en aquellos sectores en que sea incoherente o carente de plenitud. La coherencia y la plenitud son ideales-límites utópicos del Derecho que debe ser válido, pero no del Derecho vigente. Así las cosas, frente a una ley de dudosa validez, el juez tiene dos caminos. El primero es interpretarla haciéndola cuadrar con la Constitución para evitar una aplicación no coherente con sus normas. El problema de esta solución es legitimar la conservación de la norma inválida y dejar abierta la posibilidad de interpretaciones futuras contrarias al texto Constitucional. La segunda alternativa es resaltar la disconformidad constitucional de la norma inválida con el objeto de que sea suprimida. El problema, ahora, estriba en avalar interpretaciones inconstitucionales mientras la norma no sea anulada. Por cierto, ambos problemas se generan por la imposibilidad del juez de cumplir el papel de Tribunal Constitucional o legislador. Ahora bien, lo que un juez no debe hacer nunca es ocultar las antinomias mediante una actitud acrítica y contemplativa de las normas.

4. “METACRÍTICA” DE LA TEORÍA CRÍTICA DE FERRAJOLI.

Con este epígrafe algo exótico e irónico, quiero referirme a una serie de tensiones que han sido atribuidas a la actitud crítica de la teoría del Derecho del autor italiano. Para que no entendamos, creo que la actitud de FERRAJOLI es loable por una serie de razones. Sin duda, es atractiva su oposición a una teoría jurídica contemplativa del ordenamiento, una teoría demasiado condescendiente con las hipertrofias que –a veces intencionadamente– están presente en todo orden jurídico, una teoría desidiosa dedicada sólo a la descripción vacía y avalorativa, una teoría poco comprometida, una teoría poco propositiva en lo que se refiere a modificaciones o ampliaciones normativas que tiendan a mejorar el ordenamiento, en definitiva, una teoría poco militante. La teoría crítica de FERRAJOLI tiene un sentido de realidad, en cuanto entiende que la plenitud y la coherencia son ideales utópicos normativos no concretados en la realidad de los ordenamientos, todos ellos incoherentes y carentes de plenitud. En ese sentido, intenta superar el usual reproche dirigido contra los filósofos del Derecho, supuestamente culpables de ser demasiado abstractos, de estar demasiado inmersos en sus teoremas y de no tener la lucidez suficiente para darse cuenta de lo que acontece en el mundo

circundante. Por cierto, esta postura causa resquemores entre los teóricos del Derecho, porque la teoría jurídica ferrajoliana maneja una metodología de análisis del Derecho bien distinta a la tradicional. Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que algunas de las fisuras del enfoque saltan a la vista y de ellas me ocuparé a continuación.

4.1. ¿ES PROBLEMÁTICA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MORAL?

La gran novedad del constitucionalismo ha sido la introducción de ciertos patrones morales en niveles jerárquicos supremos del ordenamiento. Como ya he señalado, esto repercute sobre el juicio de validez, en cuanto el contenido de una norma válida no puede contradecir el de una norma superior. El juicio de validez, por tanto, adquiere una faceta de tipo valorativa, cuyo resultado no será susceptible de ser calificado de verdadero o falso. Según GARCÍA FIGUEROA, a la teoría jurídica crítica del autor italiano no le preocupa describir el Derecho, sino que determinar sus degeneraciones. Nada malo hay en ello, pero si es así, nuestro autor deja de ser positivista y hace filosofía política en vez de teoría del Derecho. La única manera que tendría FERRAJOLI para superar la tensión que se le produce entre su vocación positivista y su vocación crítica, continúa GARCÍA FIGUEROA, es renunciar al positivismo y autoproclamarse neoconstitucionalista, ya que esta corriente implica una relativización y pérdida de sentido de la dicotomía positivismo-Derecho natural, lo que deja en una cómoda posición al garantismo¹⁵. La crítica puede ser discutible y quizás cierta, pero con independencia de ello, me tomo la licencia de destacar que FERRAJOLI no sólo es filósofo del Derecho sino que también es penalista. Toda su construcción teórica parte de presupuestos vinculados con el Derecho penal y, evidentemente, el principio de legalidad y la separación entre Derecho y moral son pilares esenciales para la construcción de un *ius puniendi* garantista, de manera que parece muy exigente demandarle al profesor de la Universidad di Roma III, la renuncia a sus principios originarios.

Además, existe otro problema vinculado con la legitimidad interna. En efecto, el neoconstitucionalismo genera una bifurcación de la moral por cuanto ya no tiene

¹⁵ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista”, en VV.AA., Miguel Carbonell y Pedro Salazar eds., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM-Trotta, 2005, pp. (267-284) 276 y 283.

cómoda ubicación fuera del ordenamiento, sino que se ha asentado incómodamente dentro de él. Entonces, señala SASTRE ARIZA, cabe preguntarse cuánta y qué calidad de moral está dentro y cuánta y qué calidad de moral está fuera del ordenamiento, pregunta a la que FERRAJOLI no podría responder de forma exacta y objetiva¹⁶.

4.2. ¿UNA TEORÍA CON POCA VOCACIÓN DE UNIVERSALIDAD?

Por otra parte, tengo la impresión de que la teoría crítica de FERRAJOLI está pensada para operar en un Estado Constitucional de Derecho, por así decirlo, a la manera europea continental, en la que existen una serie de límites a los poderes públicos materializados en derechos fundamentales, con un funcionamiento medianamente regular de las instituciones, con el único gran problema del desbordamiento de tales poderes que se genera respecto de las materias en que el ordenamiento no ha sido lo suficientemente precavido como para limitar el Poder. Cabe preguntarse si una teoría de esta naturaleza es operativa en otros tipos de ordenamientos que no cumplen con los patrones que nuestro autor tiene en consideración al elaborar su teoría. Pensemos en Estados totalitarios o en Estados Constitucionales ficticios en que el Poder sólo tiene una máscara de legitimidad o, para buscar ejemplos menos macabros, en los sistemas anglosajones, que funcionan en base a construcciones del todo distintas en que el precedente cumple un papel protagónico. Por otro lado, no en todos los ordenamientos los jueces tienen la facultad de promover la inconstitucionalidad de las normas, de modo tal que si están desprovistos de este poder, poco pueden hacer ante normas que consideren inválidas, no teniendo otra opción que aplicarlas porque así lo exige el deber de obediencia al Derecho y la seguridad jurídica¹⁷.

Quizás la teoría jurídica pierde su pretendida vocación de universalidad y ductilidad, aunque también es cierto que no es del todo descabellado contextualizar la operatividad de una teoría para objetos predeterminados y previamente definidos.

¹⁶ SASTRE ARIZA, Santiago, “Más allá de una ciencia jurídica contemplativa”, en *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., p. (285-292) 290.

¹⁷ RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista”, en *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., pp. (211-232) 218 y 219.

4.3. ¿DEMASIADA CONFIANZA EN LOS JUECES?

Adicionalmente, parece ser incontestable que un elemento esencial de la teoría de nuestro autor es la ciega confianza a los jueces, quienes tienen el deber de identificar las hipertrofias, interpretándolas conforme a la Constitución o enfatizando su inconstitucionalidad¹⁸. Sin embargo, esto tiene sus problemas. Por un lado, los jueces son hombres y no seres angelicales dotados de sabiduría jurídico-divina. Según RUIZ MIGUEL, nuestro autor peca de optimismo en sus consideraciones hacia los jueces, porque es sabido que entre ellos los hay conservadores y progresistas. Si la teoría llega a ser conocida por los primeros, quienes además se convencen de su coherencia y comienzan a aplicarla, los resultados interpretativos no serán muy felices para el garantismo¹⁹. Además, genera dudas el hecho de que se entregue el control total del funcionamiento del sistema a los jueces. Parece ser que en la construcción de FERRAJOLI, el guardián del sistema es la jurisdicción. Ello se debe básicamente al optimismo hacia la jurisdicción y su desconfianza hacia el poder legislativo y reglamentario, culpable, intencionalmente o no, de la generación de las hipertrofias y de las deslegitimaciones de Poder. Quiero hacer presente que nuestro autor elabora la teoría garantista teniendo siempre de mira al contexto italiano. Actualmente, si no fuera por los jueces, quienes han actuado y siguen actuando como barrera de contención ante los otros poderes, los principios básicos del Estado Constitucional habrían quedado reducidos a cenizas.

4.4. ¿INTERPRETACIÓN COMO RAZÓN O COMO VOLUNTAD?

Si se trata de realizar el ejercicio académico de encasillar a FERRAJOLI en alguna de las dos grandes teorías sobre la interpretación, creo que una respuesta inclinada hacia una de las dos posturas es incorrecta. Cabe aclarar que FERRAJOLI no desarrolla de manera integral y sistemática una verdadera teoría de la interpretación, sino que se ocupa de ésta de manera tangencial, a propósito del análisis de múltiples y diferentes cuestiones, de modo tal que lo señalado en este punto, como anticipé, no pasa

¹⁸ Cabe hacer presente que FERRAJOLI se desempeñó como juez desde 1967 hasta 1975, perteneciendo a una asociación de corte progresista denominada “Magistratura Democrática”, siendo uno de sus principios esenciales, la defensa de la autonomía e independencia de los jueces. Tanto la reseña histórica, como el manifiesto y otra información de variada índole sobre esta organización, puede ser consultada en www.magistraturademocratica.it.

¹⁹ RUIZ MIGUEL, Alfonso, op. cit., pp. 226 y 227.

de ser un ejercicio reflexivo. Creo que FERRAJOLI no es ni voluntarista ni cognoscitivista, sino una suerte de híbrido entre las dos. En efecto, no puede considerarse cognoscitivista porque en ningún punto afirma la posibilidad de la búsqueda de una única respuesta correcta que de soluciones al conflicto interpretativo. Tampoco es un voluntarista, porque no abandona la posibilidad de fundamentar los principios morales y trata de justificarlos con una argumentación que se mantenga dentro del marco del ordenamiento positivo.

En otras palabras, el intérprete que FERRAJOLI imagina, no es absolutamente discrecional, porque los principios morales positivizados fijan una barrera que no se puede sortear, pero tampoco es un “Hércules”, porque tales principios son conceptos indeterminados que admiten múltiples respuestas aceptables²⁰. Ahora bien, dada la

²⁰ En este punto, comparto las mismas dudas que inquietan a LA TORRE, Massimo, *Dopo Hart*, en prensa, cuando afirma que “*Según Ferrajoli, operar con principios implica para el jurista la imposibilidad de un punto de vista descriptivo, avalorativo; sin embargo, no conduce para nada a la asunción del punto de vista moral. Se puede operar con principios sin pisar el terreno del razonamiento moral; simplemente, se trata de reconstruir la lógica interna que se extrae del material normativo positivo. Pero, nos podemos preguntar qué tan verdaderamente distinto y lejano sea este modo de proceder del “paleo-positivismo”, o bien de la epistemología neutral recomendada, por ejemplo, por Norberto Bobbio [...].*

En un cierto sentido la teoría de Luigi Ferrajoli es exactamente opuesta al iusnaturalismo de la escuela de Sheffield. Mientras ésta se propone de reconstruir los institutos jurídicos y el Derecho partiendo de un principio moral sustancial, Ferrajoli cree posible derivar principios morales y, mejor aún, una completa teoría normativa fuerte a partir de la positividad del Estado Constitucional democrático y de sus categorías jurídicas. Si la escuela de Sheffield resulta panmoralista, probablemente, de Ferrajoli podrá decirse que es un panjuridicista, en un sentido bastante más fuerte del aquel que el mismo atributo asume allá donde se lo utiliza para calificar la obra de Hans Kelsen. Este último permanece rigurosamente no cognoscitivista en lo que concierne los valores morales y cuando se empeña a ponerlos en juego y a reivindicarlos, frecuentemente pone las manos adelante, precisando su no fundabilidad y su carácter eminentemente emotivo o subjetivo o, si se quiere, político. Lo mismo, no puede decirse de Ferrajoli, quien, al igual que Kelsen, permanece intransigentemente no cognoscitivista, pero (cosa que Kelsen no hace), argumenta moralmente recabando sus razones de la estructura de los conceptos y relaciones jurídicas. Por ende, Ferrajoli presenta una teoría que, en verdad, es material y moral, con pretensión de plenitud, que no acepta la propia no fundabilidad o precariedad (y en este sentido se mantiene bien lejos de Zagrebelsky), y reivindica con fuerza el fundamento objetivo de la positividad del Derecho históricamente vigente (que por nuestra y su fortuna, es el del Estado Constitucional democrático y de sus principios, pero ¿por cuánto tiempo?).

Como la traducción es mía, agrego la original: “*Secondo Ferrajoli per il giurista operare con principi implica l'impossibilità del punto di vista descrittivo, avalutativo, e tuttavia non comporta affatto l'assunzione del punto di vista morale. Si può operare con principi senza calcare il terreno del ragionamento morale; si tratta semplicemente di ricostruirne la logica interna che si estrae dal materiale normativo positivo [...] Ci si può però chiedere quanto questo modo di procedere sia veramente diverso e lontano da quello praticato dal “paleo-positivismo” oppure dall'epistemologia neutralista raccomandata per esempio da Norberto Bobbio [...]*

In un certo senso la teoria di Luigi Ferrajoli è l'esatto opposto del giusnaturalismo “esclusivo” della Scuola di Sheffield. Mentre questa si propone di ricostruire gli istituti giuridici e il diritto tutto a partire da un principio morale sostanziale, Ferrajoli crede possibile derivare principi morali ed anzi una completa teoria normativa forte a partire dalla positività dello Stato costituzionale democratico e delle sue categorie giuridiche. Se la Scuola di Sheffield risulta panmoralista, di Ferrajoli potrà probabilmente dirsi che è un pangiuridicista, in un senso ben più forte di quello che lo stesso attributo assume là dove lo si impiega per qualificare l'opera di Hans Kelsen. Quest'ultimo rimane rigorosamente noncognitivistica

confianza que FERRAJOLI deposita en los jueces, parece ser que entre las dos grandes teorías de la interpretación, se incline suavemente hacia el cognoscitivismo, pero no lo suficiente para desmentir su eclecticismo en este punto. De todas formas, un análisis pertinente de esta faceta del universo ferrajoliano requiere un análisis mucho menos descuidado y mucho más exhaustivo y matizado.

CONCLUSIONES.

En alguna medida he anticipado las conclusiones en el punto anterior, tratando de exponer sucintamente cómo se ponen a prueba algunos de los elementos que han sido objeto de análisis en este *paper*. Todos los temas expuestos son objeto de debate actual entre los más renombrados filósofos del Derecho. Justamente por esa razón, he colocado signos de pregunta en cada uno de los subapartados del punto anterior. Por lo demás, se trata de dudas que me inquietan en lo personal y sobre los que no poseo repuestas definitivas. Por lo mismo no creo pertinente esbozar conclusiones respecto de cuestiones sobre las que aún pende una reflexión más documentada y convencida. Sólo me queda decir que la propuesta de FERRAJOLI es una propuesta bienintencionada, con miras a la protección de los derechos y al establecimiento de garantías para su tutela, una propuesta que convence y a la vez motiva dudas y es justo que así sea, porque marca un punto de partida desde el que es posible seguir pensando.

per ciò che concerne i valori morali, e là dove s'impegna a metterli in gioco ed a rivendicarli, mette spesso le mani avanti, precisandone la non fondabilità e il carattere eminentemente emotivo o soggettivo o, se si vuole, politico. Lo stesso non può dirsi di Ferrajoli che, come Kelsen, rimane intransigentemente noncognitivistica, ma (cosa che Kelsen non fa) argomenta moralmente ricavando le sue ragioni dalla struttura dei concetti e delle relazioni giuridiche. Ferrajoli dunque presenta una teoria che invero è materiale e morale con pretese di completezza, che non accetta la propria infondabilità o precarietà (ed in questo ancora una volta si tiene ben lontano dal relativista Zagrebelsky), e rivendica con forza il fondamento oggettivo della positività del diritto storicamente vigente (che, per nostra e sua fortuna, è quello dello Stato costituzionale democratico e dei suoi principi; ma per quanto tempo ancora?)".