

DOS VERSIONES DEL CONSTITUCIONALISMO*

Manuel Atienza

Universidad de Alicante

RESUMEN. El trabajo se divide en tres partes. En la primera se muestra por qué es equivocada la caracterización que FERRAJOLI hace del constitucionalismo al que llama «principalista» o «argumentativo». En la segunda se aclara qué es lo que esa concepción del Derecho (a la que el autor prefiere denominar «postpositivismo») realmente sostiene. Y en la tercera se señalan cuáles son las tesis que FERRAJOLI (el constitucionalismo «normativista») debería abandonar para poder cumplir con los objetivos que él mismo plantea para la teoría del Derecho.

Palabras clave: FERRAJOLI, constitucionalismo, postpositivismo.

ABSTRACT. This work is divided in three parts. In the first, the author shows why the characterization that FERRAJOLI presents of the kind of constitutionalism that he calls «principalist» or «argumentative» is wrong. In the second, the nature of this last conception (that the author prefers to denominate as «postpositivist») is clarified. Lastly, the author identifies the thesis that FERRAJOLI's «normativist» constitutionalism should abandon in order to achieve the aims that FERRAJOLI himself attributes to a theory of law.

Keywords: FERRAJOLI, constitutionalism, postpositivism.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

1.

Quienes tienen alguna experiencia en participar en disputas doctrinales saben muy bien que una parte —que no suele ser irrelevante— del esfuerzo argumentativo hay que dedicarla a tratar de deshacer las interpretaciones erróneas que el otro ha hecho de la postura de uno. Se trata probablemente de un fenómeno inevitable y que conviene tomarse con espíritu «deportivo». Lo que hay detrás de ello no es —o no tiene por qué ser— un propósito de hacer trampas, de querer ganar a toda costa la discusión... sino, simplemente, la dificultad que todos tenemos para entender bien lo que el otro ha dicho (o escrito) y que se debe a una pluralidad de factores (psicológicos, contextuales, etc.) en los que no merece la pena entrar aquí. Baste con constatar el hecho —yo diría que notorio— de que la comunicación de las ideas es una empresa azarosa, en el sentido de que el riesgo de fracaso es siempre muy alto. Eso no quiere decir, por cierto, que la discusión teórica sea inútil. Sirve por lo menos para aclarar y entender mejor las ideas propias. Además, los debates pueden tener un público (unos lectores) que están situados en una posición más favorable que los contendientes para resultar persuadidos por los argumentos de una u otra parte. Y tampoco hay por qué excluir, al menos del todo, la posibilidad de persuadir al contrincante. Ciertamente, no es ésta la primera vez que discuto (y sobre estos temas) con Luigi FERRAJOLI y veo difícil que en esta ocasión vaya a poder convencerle cuando no lo logré en las anteriores, pues mis argumentos vienen a ser básicamente los mismos de entonces. Pero nunca se sabe... Y, en todo caso, discutir con él supone siempre un gran placer intelectual.

En su escrito, FERRAJOLI muestra, en varias ocasiones, su extrañeza ante el hecho de que varias de sus tesis teóricas se hayan podido entender en una forma que él juzga claramente errónea. Es posible, por ello, que no le suponga mucha sorpresa que yo arranque mi comentario con esta afirmación: algunas de las ideas que él expresa acerca de lo que sostiene el constitucionalismo «principalista o argumentativo» (rótulo al que él me adscribe) son equivocadas, fruto de una interpretación errónea por su parte. Dividiré, por ello, mi comentario en tres partes. En la primera señalaré qué es lo que el tipo de constitucionalismo que él critica *no* defiende, de manera que tampoco puede radicar en ello la diferencia con el otro constitucionalismo, el «normativo o garantista» que FERRAJOLI reivindica. En la segunda indicaré qué es lo que *sí* defiende y, por tanto, en donde estriba, en mi opinión, la diferencia entre ambos tipos de constitucionalismo. Y dedicaré la tercera y última parte a mostrar que la posición de FERRAJOLI presenta diversos flancos débiles y que debería ser abandonada en beneficio de la que él combate, precisamente para poder cumplir con el objetivo central que FERRAJOLI persigue: construir una teoría que pueda contribuir al cumplimiento de las promesas que incorporan nuestras constituciones, a la satisfacción efectiva de los derechos fundamentales de los individuos.

2.

Antes de entrar a tratar los «errores interpretativos» de FERRAJOLI, quisiera dejar constancia de dos acuerdos previos. El primero consiste en que a mí también me pa-

rece equívoco y desaconsejable el uso del término «neo-constitucionalismo». No estoy muy seguro de que «constitucionalismo» sea una expresión del todo afortunada pues es también notablemente ambigua pero, en todo caso, me parece preferible a la otra. El segundo acuerdo se refiere a la necesidad de hacer una distinción dentro de las teorías constitucionalistas (previamente diferenciadas del constitucionalismo como hecho histórico). Los rótulos que él utiliza me parecen más o menos aceptables, al igual que la adscripción de autores a uno u otro de esos dos grupos; yo había hecho, precisamente en un trabajo de hace algunos años dedicado también a polemizar con FERRAJOLI, una clasificación parecida. En lo que no estoy de acuerdo es en la caracterización que presenta de uno de esos dos grupos de autores: el del constitucionalismo principialista, argumentativo o (como me parece que es mejor denominarlo) no positivista o post-positivista.

Mi desacuerdo, por lo demás, no se refiere tanto a los rasgos comunes que él identifica, si éstos se consideran —digamos— en abstracto; como el lector recordará, son los tres siguientes: 1) la conexión entre el Derecho y la moral y, con ello, la crítica al positivismo jurídico, 2) la contraposición entre principios y reglas, y 3) el papel central de la ponderación en la jurisdicción. Se refiere más bien a la manera en como FERRAJOLI los interpreta. Creo que la manera en como FERRAJOLI presenta esos rasgos no se ajusta a lo que realmente piensan al respecto autores como DWORKIN, ALEXY o NINO (los principales adalides de esa teoría), pero en lo que sigue me limitaré a señalar por qué (o en qué aspectos) FERRAJOLI caracteriza mal lo que es mi postura al respecto, la cual, por lo demás, es esencialmente afín a la de los tres autores mencionados.

2.1.

En relación con la primera de las características señaladas (y es obvio que las tres están conectadas entre sí), FERRAJOLI atribuye a los constitucionalistas no positivistas (esa estrategia argumentativa la utiliza también en relación con las otras dos características) dos tipos de tesis: unas son tesis directas, sostenidas conscientemente por esos autores; y otras indirectas, consecuencias inevitables —según FERRAJOLI— de lo que esos autores defienden, con independencia de que sean o no conscientes de ello. Entre las tesis directas estarían, entre otras, las siguientes: los derechos constitucionalmente establecidos «no son reglas sino, antes bien, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción»; el Derecho es «una “práctica social” confiada, sobre todo, a la actividad de los jueces»; el Derecho «es en realidad lo que hacen los tribunales y, más en general, los operadores jurídicos y consiste, en última instancia, en sus prácticas interpretativas y argumentativas»; lo anterior significa considerar el Derecho como hecho e ignorar «su posible contraste con el [D]erecho como norma», de manera que «la efectividad se confunde con la validez». Y en relación con las tesis indirectas (con los «riesgos» del constitucionalismo no positivista), FERRAJOLI entiende que el objetivismo moral es indistinguible del absolutismo moral y conduce inevitablemente a la intolerancia; que la postura de objetivismo moral más coherente es la de la Iglesia católica; que la prueba de que cualquier concepción objetivista de la moral supone, desde el punto de vista meta-ético, el absolutismo moral «está dada por el hecho de que ninguna ética de tipo objetivista y/o cognoscitivo se halla en

condiciones de refutar ninguna otra ética diversa que se pretenda, también ella, objetivista y cognoscitivista»; y que el constitucionalismo no positivista (o antipositivista) «termina por convertirse en la actual versión del legalismo ético que es el constitucionalismo ético», según el cual la validez constitucional de una norma equivaldría a su justicia, de manera que, según los constitucionalistas no positivistas, no podría haber normas constitucionales injustas.

Pues bien, las que he llamado «tesis directas» son manifiestamente falsas; quiero decir, yo nunca he sostenido ninguna de esas tesis. No creo que los derechos debamos verlos (simplemente) como reglas o como principios y, naturalmente, es absurda la idea de que en las argumentaciones que tienen lugar a propósito de los derechos, la subsunción no juega ningún papel, como lo es también pensar que la identificación de un derecho supone siempre la resolución —por vía ponderativa— de un conflicto entre principios. Lo que yo he defendido es que los derechos tienen una dimensión normativa (y que para dar cuenta de la misma necesitamos —o podemos necesitar— contar tanto con reglas como con principios), pero también poseen una dimensión axiológica o valorativa, sin la cual la noción de derecho fundamental resulta incomprendible. Y, naturalmente, no necesito llevar a cabo ninguna ponderación para saber que tengo derecho a escribir un artículo criticando las tesis de FERRAJOLI o a votar en las próximas elecciones locales y autonómicas en España. Tampoco he sostenido que el Derecho sea una «práctica social»¹ confiada esencialmente a los jueces, sino algo bastante distinto: que el Derecho debemos verlo no *sólo* como un sistema de normas, sino *también* como una práctica social; que esa práctica es sumamente compleja y heterogénea y que no puede reducirse en absoluto a la judicial (de esa práctica forma parte también la de los abogados, los legisladores, la administración, los particulares o incluso las «prácticas teóricas» de dogmáticos o filósofos del Derecho); y que, no obstante lo anterior, la práctica judicial tiene una especial importancia, entre otras cosas porque la evolución de nuestros derechos está llevando a un aumento —en términos relativos— del poder de los jueces. Y nunca se me ha ocurrido identificar el Derecho con lo que hacen los tribunales o reducir el Derecho a su dimensión interpretativa o argumentativa. Creo que hay más de un aspecto valioso en el realismo jurídico, pero una buena razón para no ser realista (lo he escrito en alguna ocasión)² es que esa concepción del Derecho no permite dar cuenta (o no lo permite cabalmente) del razonamiento jurídico justificativo. Y, en fin, no es la primera vez que soy acusado de reducir el Derecho a argumentación, pero yo nunca he sostenido semejante tesis; de lo que quizás sea culpable es de haber puesto a uno de mis libros el título, que al parecer resulta equívoco, de *El Derecho como argumentación*. Lo que yo defiende es la idea de que la dimensión argumentativa del Derecho (que, naturalmente, no es la única; el Derecho consiste también, entre otras cosas, en coerción y en burocracia y, por supuesto, en normas) tiene particular importancia desde el punto de vista teórico y práctico; ver el Derecho desde esa perspectiva permite, por ejemplo, volver operativas, dar sentido práctico, a muchas construcciones teóricas elaboradas por autores iuspositivistas.

¹ Es posible que FERRAJOLI no entienda exactamente por «práctica social» lo mismo que los autores post-positivistas; la razón es que, para estos últimos, la perspectiva interna, el punto de vista del aceptante de la práctica, resulta fundamental. De todas formas, dejo de lado aquí este aspecto.

² Vid. M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

También me parecen falsas las «tesis indirectas», por lo siguiente. Es posible que yo pudiese haber sido suficientemente ingenuo como para no darme cuenta de que el objetivismo moral (un objetivismo moral «mínimo», como a veces lo he calificado) es indistinguible del absolutismo moral y de que, en consecuencia, mi manera de razonar moralmente me aproxima a la de la Iglesia católica y me conduce inevitablemente a la intolerancia. Pero si FERRAJOLI tuviese razón en lo que dice, su crítica no me afectaría únicamente a mí, sino a autores «constructivistas» como RAWLS, HABERMAS o NINO, a prescriptivistas como HARE, a utilitaristas como Peter SINGER, etc. ¿Es razonable pensar que todos ellos, al apartarse del (superar el) relativismo moral, han sido tan ingenuos como FERRAJOLI parece suponer? ¿No será quizás que, al afirmar lo que afirma, FERRAJOLI está en realidad desconociendo lo que ha sido la filosofía moral de los últimos cuarenta o cincuenta años? Por lo demás, desde una concepción objetivista de la ética, yo he escrito más de un trabajo (y participado en varias polémicas) en el (en las) que he defendido puntos de vista antagónicos a los de la Iglesia católica (sobre temas como el aborto, la eutanasia, la reproducción asistida, etc.) y nunca he tenido la impresión de que los lectores o los que defendían las posturas opuestas consideraran que mi manera de razonar moralmente fuera en algún sentido afín a la de los absolutistas católicos. Y, en fin, a propósito del «constitucionalismo ético», he defendido con insistencia la posibilidad de que puedan darse normas constitucionalmente válidas pero injustas. En el caso de la Constitución española, dos ejemplos que me han parecido de particular importancia son: el tratamiento dado a la religión católica, que supone una discriminación en relación con los creyentes de otras religiones y, sobre todo, en relación con los ateos; y el principio de igualdad ante la ley que, al estar referido a «los españoles» implica que, en relación con ciertos derechos, los extranjeros estén peor tratados que los nacionales. La última vez que tuve ocasión de ocuparme de esto último fue precisamente en el contexto de un debate con Pierluigi CHIASSONI, a propósito de una mesa redonda sobre constitucionalismo, positivismo jurídico y iusnaturalismo.

2.2.

Sobre la contraposición entre principios y reglas (prescindiendo —como en relación con la tercera característica— de la distinción entre tesis directas e indirectas) FERRAJOLI considera que yo he sostenido (junto con Juan RUIZ MANERO) que se trata de «una “distinción fuerte”, de tipo exclusivo y exhaustivo, fundada en diferencias de naturaleza ontológica, estructural o cualitativa»; que, como consecuencia en cierto modo de lo anterior, «degrada[mos] los principios y los derechos estipulados en ellos a *objetivos colectivos* cuya persecución se encomienda a los “poderes políticos”, o bien a “*directrices o normas programáticas*” de las que se deriva para el legislador no “el deber, como piensa FERRAJOLI (lo que aparece entre comillas simples está tomado de trabajos escritos conjuntamente con Juan RUIZ MANERO) de instituir sus garantías primarias y secundarias”, sino, simplemente, el deber de “trazar políticas (también políticas legislativas) que aseguren la consecución de ese objetivo”»; que no asumimos la constitución «como un conjunto de normas vinculantes, sino más bien como principios morales, cuyo respeto, cuando entran en conflicto con otros, queda librado a la discrecionalidad argumentativa del intérprete»; y que contribuimos al desarrollo de

una «inventiva jurisprudencial» puesta de manifiesto en «la creación de principios que no tienen ningún fundamento en la letra de la Constitución».

Bueno, lo que nosotros (RUIZ MANERO y yo) decíamos sobre la distinción entre reglas y principios (en *Las piezas del Derecho*) es que la misma podía —debía— trazarse desde el punto de vista de su estructura, de cómo operan en cuanto razones para la acción en el razonamiento práctico y de su conexión con los poderes e intereses sociales; dábamos una especial importancia a la subdistinción, dentro de la categoría de los principios, entre los principios en sentido estricto y las directrices; señalábamos que, desde un punto de vista estructural, la diferencia entre los principios en sentido estricto y las reglas consistía en que los principios configuraban el caso en forma abierta, mientras que las reglas lo hacían de forma «cerrada» (en el sentido de que las propiedades constituían —en las reglas— un conjunto finito y cerrado); y precisábamos que aunque las reglas pudieran también padecer de vaguedad, su indeterminación no era tan radical como la de los principios «aunque —advertíamos—, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra»³. No sé si esto significa o no sostener que existe una «distinción fuerte» entre las reglas y los principios, porque no siempre es muy claro qué es lo que quiere decirse con ello⁴. Pero, desde luego, carece de fundamento afirmar que hemos «degradado a los principios y a los derechos estipulados en ellos a objetivos colectivos», como hace FERRAJOLI. Creo que aquí FERRAJOLI comete simplemente un error, que podría explicarse así. En la nota 54 de su trabajo, propone una distinción (que a él le parece «cualitativa y estructural») entre «principios regulativos» y «principios directivos» y afirma que la misma es «en algunos aspectos» análoga a la que Juan RUIZ MANERO y yo habíamos trazado entre «principios en sentido estricto» y «directrices». Pero luego, unas pocas páginas después, es obvio que se olvida de ello, pues al acusarnos de degradar los principios y los derechos estipulados en ellos a directrices o normas programáticas, está dando por sentado que nosotros entendemos los principios (todos los principios) como directrices o normas programáticas; podríamos decir, nos está atribuyendo, más o menos, la tesis de ALEXY de que los principios (y los derechos) son mandatos de optimización, a cuya crítica está destinada una buena parte de nuestro trabajo. No es, por tanto, eso lo que decimos. Nuestra tesis es que, en nuestras constituciones, no todos los derechos tienen una misma estructura y no juegan tampoco el mismo rol en el razonamiento práctico, jurídico: una cosa son los derechos plasmados en principios en sentido estricto (y en reglas que los desarrollan), y otra los que adoptan la forma normativa de directrices, de normas programáticas. El que se trate de una cosa u otra no se debe a cuestiones ontológicas (o no necesariamente), sino a una decisión del constituyente y, por tanto, es contingente. Un ejemplo que he puesto en alguna ocasión⁵ es el del derecho a gozar de una vivienda digna. De acuerdo con la Constitución española (con el Derecho español) es una norma programática, una directriz, pero en Francia (al menos, de acuerdo con el compromiso contraído por el gobierno de ese país en diciembre de 2006) el derecho a una vivienda digna se regula (o se regulará) mediante normas de acción y, por tanto,

³ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, 31.

⁴ En todo caso, en *El Derecho como argumentación* (220-221) soy particularmente explícito en cuanto a la necesidad de «flexibilizar» la distinción entre reglas y principios.

⁵ Vid. M. ATIENZA, «Constitución y argumentación», en J. AGUILÓ, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Madrid, Iustel, nota 16.

pasará a ser un derecho semejante a lo que entre nosotros es el derecho a la educación o el derecho a la salud. Por lo demás, la necesidad de trazar esa distinción (entre principios en sentido estricto y directrices) es, básicamente, una consecuencia de que asumimos la constitución como un conjunto de normas vinculantes, y no como una serie de principios morales interpretables libremente (discrecionalmente) por parte de los jueces. Es cierto que trazamos también una distinción entre principios explícitos e implícitos, pero en relación a esta segunda categoría escribíamos lo siguiente: «En nuestra opinión, dicha cualidad [el que los principios implícitos puedan formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales] no es su justicia intrínseca (esto es, los principios no se extraen sin más de la moral social, como a veces parece dar a entender DWORKIN), ni son simplemente pautas que gozan de arraigo social [...] sino su adecuación o coherencia en relación con las reglas y principios basados en fuentes»⁶.

2.3.

En relación con la tercera característica, el papel central de la ponderación en la jurisdicción, la diferencia entre lo que FERRAJOLI piensa que yo pienso y lo que realmente pienso es incluso mayor que a propósito de los otros dos rasgos. Según FERRAJOLI, los partidarios del constitucionalismo no positivista defenderíamos tesis como las siguientes: «los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación [...] pueden ser ponderados con principios morales inventados por los jueces»; «los jueces no deben limitarse a interpretar las normas de [D]erecho positivo, sino que también están habilitados para crear ellos mismos normas, aunque sólo sea a través de la ponderación de los principios»; la «derrotabilidad de las normas constitucionales» supone justificar «las violaciones y los incumplimientos de algunas de ellas [de las normas constitucionales] en beneficio de la realización de otras»; «los principios y los derechos expresados en ellos se hallan generalmente en conflicto» de manera que la ponderación jurisdiccional juega un papel sustancialmente creativo «en virtud del cual los principios se pesan pero no se aplican a casos concretos subsumibles en ellos, de modo tal que, también en sede judicial, la garantía de uno se daría siempre a expensas de la garantía de otro»; «la solución de las aporías y de los conflictos entre derechos» se confía a la ponderación judicial «debilitando así la normatividad de las constituciones y la fuente de legitimación de la jurisdicción»; etcétera.

Pues bien, lo que yo pienso en realidad sobre la ponderación (y que he expuesto en varios trabajos a lo largo de una serie de años)⁷ viene a ser, aproximadamente, lo siguiente: la ponderación es uno de los tres esquemas básicos (si se quiere, esquemas de justificación interna) de la argumentación jurídica; los otros dos son: la subsunción y la adecuación (el razonamiento finalista). La ponderación es un elemento consustancial del razonamiento legislativo y desempeña un papel determinante en muchos de los casos difíciles que llegan a los tribunales supremos o constitucionales, pero juega (debe jugar) un papel «residual» en relación con los jueces de rango inferior, simplemente

⁶ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, cit., 36.

⁷ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*; M. ATIENZA, «Juridificar la bioética»; M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, cit.; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, y M. ATIENZA, «A vueltas con la ponderación», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010.

porque estos últimos tienen que aceptar las ponderaciones efectuadas por el legislador o por los jueces superiores. O sea, en el funcionamiento conjunto del Derecho, la ponderación no puede jugar un papel muy relevante porque la mayor parte de los casos (casos fáciles o rutinarios) han de ser resueltos recurriendo exclusivamente a reglas. Por supuesto, lo anterior vale también cuando entran en juego derechos: en la mayor parte de las ocasiones, los casos que envuelven derechos son casos fáciles y en los que se aplican exclusivamente reglas. Un juez puede plantearse recurrir a una ponderación cuando no existe una regla que controle el caso que ha de decidir, esto es, cuando hay una laguna normativa o una laguna axiológica y, por tanto, tiene que recurrir a los principios. Lo anterior quiere decir que la ponderación *puede* evitarse al menos cuando se trata de una laguna axiológica (creada en cierto modo por el intérprete); el que *deba o no* hacerse depende de una pluralidad de circunstancias pero, en general, lo que justifica la ponderación es evitar el formalismo jurídico; por eso, la equidad viene a ser una forma de ponderación (entre el principio de certeza y el de justicia sustantiva). Como existen dos tipos de principios, cabe distinguir al menos dos clases de ponderación: la ponderación entre principios en sentido estricto y la ponderación (concreción) a partir de directrices o normas programáticas. Es equivocado presentar la ponderación como un tipo de argumento opuesto a la subsunción; la ponderación es un razonamiento en dos pasos: en el primero se pasa de los principios a las reglas y, una vez obtenida la regla, se procede, en un segundo paso, a subsumir el caso en la regla; o sea, de la ponderación (bien entendida) forma parte también la subsunción. El que las ponderaciones den lugar a reglas hace que no puedan verse como procedimientos «casuísticos» y arbitrarios; la regla creada tiene que aplicarse en el futuro respetando el principio de universalidad, tiene que haberse formulado de manera que sea coherente con el resto del ordenamiento jurídico, etcétera.

3.

La imagen, por tanto, que FERRAJOLI proyecta de lo que supone defender el constitucionalismo no positivista está, en mi opinión, claramente distorsionada. Sintetizando en cierto modo lo que acabamos de ver, podría decirse que FERRAJOLI piensa que los constitucionalistas no positivistas: identifican la justicia, la moral, con las normas constitucionales e incurrir, por tanto, en una especie de «legalismo ético» (o como se le quiera llamar) en el que tradicionalmente ha caído un cierto tipo de iusnaturalismo (y de positivismo jurídico: el ideológico); ven el Derecho no como un conjunto de normas establecidas por una autoridad, sino, esencialmente, como una serie de principios morales que los juristas pueden interpretar de manera más o menos arbitraria (sin sujeción a los textos legales y constitucionales); y defienden, en consecuencia, el activismo judicial, pues promueven la libre creación de Derecho por parte de los jueces (que es a lo que conduce, según él, la sustitución de la subsunción por la ponderación). Naturalmente, si las cosas fueran así, las críticas de FERRAJOLI serían completamente certeras y habría razones poderosísimas (yo diría que irresistibles) para sumarse al tipo de constitucionalismo positivista («normativo y garantista») que él defiende. Pero es que las cosas distan mucho de ser así. Pues lo que los no positivistas (o muchos no positivistas) defendemos es una interpretación muy distinta a la que presenta FERRAJOLI acerca de lo que significa sostener: que existe una conexión intrínseca entre el Derecho

y la moral; que los principios, y la contraposición entre principios y reglas, constituyen un ingrediente fundamental para comprender nuestros Derechos (los del Estado constitucional); y que la jurisdicción juega un papel dinámico (y en parte creativo) en el desarrollo del Derecho. No es, naturalmente, éste el lugar para exponer las anteriores tesis con el detalle que merecerían. Me limitaré a señalar, muy sintéticamente, lo que, en mi opinión, significa cada una de ellas.

La existencia de una conexión intrínseca, conceptual o como se la quiera llamar entre el Derecho (de los Estados constitucionales) y la moral no significa, por supuesto, que sea imposible, en muchos contextos, emitir juicios señalando que N es una norma jurídica injusta, o S un sistema jurídico injusto. Ya antes he puesto algunos ejemplos de normas (constitucionales) e injustas; y a los mismos podría añadir muchos otros de normas de rango legal o infra-legal también injustas (en mayor o en menor medida): la penalización de la eutanasia, la existencia de penas desproporcionadas para muchos delitos, el desarrollo normativo de lo que en las universidades españolas se ha llamado el «proceso de Bolonia», etc. Tampoco he tenido nunca ninguna duda de que en la Alemania nazi o en la España franquista existieron sistemas jurídicos radicalmente injustos, pues vulneraban los derechos humanos más elementales. Al igual que me parece considerablemente injusto mucho de lo que se entiende por «el Derecho de la globalización». Esa conexión quiere decir otra cosa. Supone, por ejemplo, que muchos conceptos básicos de nuestros Derechos, como el de «derechos fundamentales», no pueden comprenderse, como supone FERRAJOLI, en términos puramente formales, sino que poseen —para emplear una expresión de Tecla MAZZARESE recogida por FERRAJOLI— «una intrínseca connotación axiológica». Y que otro tanto ocurre con el razonamiento justificativo de los jueces. Desarrollaré brevemente esta última cuestión.

En los Estados constitucionales (pensemos, por ejemplo, en el caso español), parece que hay buenas razones para sostener que el Derecho en su conjunto es aproximadamente justo, en el sentido de que la mayoría de las normas constitucionales lo son y en el de que los jueces pueden, si no siempre al menos en la mayor parte de las ocasiones, encontrar una respuesta justa (y conforme con el Derecho) a los casos que han de decidir. De aquí se derivan varias consecuencias importantes. Una es que puede configurarse una obligación moral por parte de los jueces de aplicar su sistema jurídico, obligación que puede alcanzar incluso a los supuestos en los que seguir el Derecho puede llevar a algún apartamiento (siempre, claro, que no sea un apartamiento radical) de lo que sería la solución perfectamente justa. Otra es que los jueces pueden justificar en sentido pleno sus decisiones, o la mayor parte de las mismas; pueden hacerlo porque el esquema de justificación judicial (pensemos en el silogismo subsuntivo) presupone necesariamente una premisa, la que establece la obligación de aplicar las normas de su sistema —de obedecer el Derecho—, y acabo de decir que el juez de nuestros sistemas tiene razones —razones morales— para adherirse a ellas. Y una tercera es que cuando, en los casos difíciles, los jueces tienen que interpretar los principios y valores constitucionales (en donde suelen aparecer términos como «libertad», «igualdad», «dignidad humana», etc.) es decir, tienen que optar por alguno de sus posibles significados, inevitablemente tienen que recurrir a alguna teoría moral (o, si se quiere, político-moral) para justificar, pongamos por caso, que el «alquiler de vientre» no supone ningún atentado contra la dignidad ni contra ningún otro principio constitucional, de manera que no hay razón para entender que afecta al «orden público

español» y, en consecuencia, debe aceptarse la inscripción en el registro civil de un niño nacido utilizando ese procedimiento⁸. O sea, hay aquí una dimensión importante del Derecho, desde la cual tiene pleno sentido afirmar la existencia de una conexión intrínseca y conceptual entre el Derecho y la moral. No quiero decir con ello, claro está, que el razonamiento justificativo jurídico (judicial) se identifique sin más con el moral. Quiero decir que hay un fragmento de ese razonamiento que es moral y que, por ello (esa es una de las consecuencias prácticas de la tesis), los jueces necesitan, como cuestión interna a su práctica, tener una formación en teoría moral. La diferencia entonces con lo que sostiene FERRAJOLI, si yo le he entendido bien, es que él piensa que el juez no necesita para nada recurrir a la moral a la hora de argumentar, de motivar sus decisiones.

La importancia de subrayar la contraposición (olvidémonos de si fuerte o débil) entre principios y reglas no supone, naturalmente, pensar que el Derecho no es un fenómeno de autoridad y que los juristas pueden alegremente poner sus opiniones en materia moral por encima de los dictados de la autoridad. Supone algo muy distinto, esto es: afirmar que el Derecho contiene una dimensión autoritativa, pero también una dimensión axiológica, de valor. O, dicho con otra terminología, que las normas no tienen únicamente una vertiente directiva, sino también una de carácter justificativo o axiológico (así es como Juan RUIZ MANERO y yo presentábamos las cosas en *Las piezas del Derecho*). O dicho todavía de otra manera (en la forma en que lo presenta DWORKIN), que el Derecho es una práctica interpretativa y que interpretar el Derecho significa, a partir de los materiales autoritativos que le vienen dados al jurista (al intérprete), esforzarse por encontrar el sentido que suponga un máximo desarrollo de los valores de esa práctica.

Interpretar el Derecho implica en algún sentido desarrollarlo; esto es, hay —o puede haber—, como consecuencia de la interpretación, una producción de normas que antes no existían (o no existían explícitamente); en ese sentido, es obvio que los jueces crean Derecho. Pero interpretar no significa inventar. Lo que sostienen los constitucionalistas no positivistas es que nuestros sistemas jurídicos están atravesados por una tensión que está presente en el propio concepto de Estado de Derecho y que afecta de lleno al problema de la interpretación. Uno de esos polos es el de la autoridad y está representado, esencialmente, por las notas del imperio de la ley y de la división de poderes. Pero hay otro polo, la dimensión de valor o el contenido de justicia, que se plasma en las notas de interdicción de la arbitrariedad y de garantía de los derechos fundamentales. La importancia de la autoridad en el Derecho es lo que hace que la interpretación juegue aquí (a diferencia de lo que ocurre en la moral) un papel esencial. Pero la razón de ser de la interpretación jurídica es la de hacer justicia, lograr el cumplimiento de ciertos valores, respetando lo establecido por la autoridad⁹. FERRAJOLI, sin embargo, ve en el Derecho únicamente una dimensión autoritativa, y de ahí su tendencia a minusvalorar el papel de los principios (a redu-

⁸ Me refiero a un caso resuelto recientemente por la Dirección General del Registro y del Notariado, sobre el que escribí recientemente un comentario: «De nuevo sobre las madres de alquiler», en el núm. 29 de la revista *El notario del siglo XXI* (sep.-oct. 2009).

⁹ Vid. M. ATIENZA, «Estado de Derecho, argumentación e interpretación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1997.

cirlos a reglas), o a amputar —como antes veíamos— el componente valorativo de los derechos fundamentales.

La necesidad de articular esas dos dimensiones (la autoritativa y la valorativa) explica también por qué, y en qué sentido, el constitucionalismo no positivista atribuye a la jurisdicción un papel activo pero, al mismo tiempo, limitado. La contraposición entre reglas y principios es —cabría decir— un antídoto frente al formalismo judicial pues supone, por ejemplo, que los jueces tienen que sentirse vinculados no solamente por el tenor de las normas (si se quiere, por las reglas), sino también por las razones subyacentes a las mismas (por los principios). Muchas veces (normalmente) ambas cosas van unidas, pero no siempre. Y cuando no es así, eso (la necesidad de satisfacer los valores subyacentes a las normas) no debe entenderse como una invitación al activismo judicial, esto es, a que el juez se desentienda del Derecho, de los mandatos de la autoridad (de la autoridad legislativa y de la autoridad constitucional). El juez tiene que esforzarse —como parece obvio— por hacer justicia por medio del Derecho, pero tiene que ser también consciente de que su poder —legítimo— para llevar a cabo esa tarea es limitado. Y de que, en consecuencia, es perfectamente posible que alguna vez se encuentre en situaciones en las que, aunque pudiera estar justificado (digamos, en abstracto) tomar una determinada decisión, no puede hacerlo (en cuanto juez) porque eso supondría prescindir —ir más allá— del Derecho.

Para que se entienda bien lo que quiero decir. El famoso auto del juez Garzón en el que se declaró competente para investigar las desapariciones forzosas de personas ocurridas desde la sublevación franquista de 1936 hasta el año 1951 es, en mi opinión, un claro ejemplo de activismo, de lo que un juez no puede hacer (aunque con esa medida tratara de obtener un fin justo); y no puede hacerlo porque para ello —como se desprende claramente de la lectura del auto— habría que ir mucho más allá de lo que razonablemente puede entenderse por «interpretar» el Derecho¹⁰ (aunque, desde luego, con eso no estoy queriendo decir que Garzón haya cometido delito de prevaricación). Sin embargo, no me parece que el juez del tribunal superior de Madrid que, en el llamado «caso Gürtel», discrepó del parecer de sus colegas, incurriera en ningún tipo de activismo. Lo que ahí se discutía era si cabía o no alguna excepción a la prohibición de interceptación de las conversaciones entre abogados y presos, en un supuesto (relacionado también con el juez Garzón, pues éste había autorizado esas escuchas y su actuación dio lugar posteriormente a que se le acusara de prevaricación) en el que no se trataba de un delito de terrorismo, sino de blanqueo de dinero. El tribunal superior de Madrid aplicó un determinado artículo de la Ley General Penitenciaria (que consideró no planteaba ningún problema de interpretación) y entendió que la prohibición era absoluta; efectuó, pues, una subsunción. El razonamiento del juez discrepante adoptó más bien la forma de una ponderación y concluyó (en su primer tramo) estableciendo que el deber o la finalidad de perseguir los delitos puede prevalecer frente al derecho a la defensa, si se dan una serie de circunstancias como las siguientes: que se trate de un delito de considerable gravedad, que la medida de intervención sea idónea, necesaria y proporcionada, que la medida haya sido autorizada y suficientemente motivada por un juez, etc. Ponderar, como antes veíamos,

¹⁰ Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 005, de la Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 2008.

significa dar lugar a una nueva regla: no inventarse el Derecho, pero sí desarrollarlo coherentemente: llenar lo que razonablemente puede considerarse como una laguna (la interpretación literal que hizo el tribunal para proceder directamente a la subsunción no era en absoluto indiscutible)¹¹. FERRAJOLI, sin embargo, parece pensar que los jueces nunca pueden llevar a cabo una labor creativa, nunca pueden introducir nuevas normas; si lo hacen (si ejercen lo que él llama un «poder de disposición»), estarían actuando de manera ilegítima, puesto que, como repite una y otra vez, la jurisdicción es (al menos tendencialmente) una actividad de tipo cognoscitivo: «*veritas, non auctoritas, facit iudicium*».

4.

De lo dicho hasta aquí no debe extraerse la idea de que yo considero que la postura de FERRAJOLI, su concepción del Derecho, está básicamente equivocada. Al contrario, me parece certera en muchos aspectos a los que concedo la máxima importancia. Ya lo he subrayado en las otras ocasiones en las que he polemizado con él, y no es cuestión de repetirlo¹². Sí me interesa aclarar, no obstante, circunscribiéndome al texto que estoy comentando, que (algunos de) los riesgos que él ve en el constitucionalismo no positivista son riesgos reales y que deben ser tomados muy en serio por parte de quienes tratan (tratamos) de desarrollar esa concepción del Derecho. Pues, efectivamente, es importante no idealizar el Derecho de los sistemas constitucionales y mantener —como FERRAJOLI con toda razón subraya— la primacía axiológica del punto de vista externo; o sea, que no necesariamente van unidas la moralidad interna al Derecho y la moralidad externa; no vivimos, en definitiva, en el mejor de los mundos jurídicos posibles. También lo es no exagerar la existencia de conflictos entre derechos; esos conflictos, yo creo, se producen con alguna frecuencia, pero quizás no con tanta como los «entusiastas» de la ponderación suponen. En particular, me parece que FERRAJOLI tiene razón en subrayar que los derechos sociales no entran necesariamente en conflicto con los otros derechos, los de libertad; no tienen por qué verse tampoco simplemente como normas programáticas (aunque algunos de ellos —pero no todos— están así recogidos en nuestras constituciones); y una función importante de la dogmática jurídica es, sin duda, la de denunciar las lagunas y las contradicciones en las que incurre el legislador. Igualmente, conviene ser muy conscientes de que la crítica al formalismo jurídico no debe hacernos caer en el activismo judicial, en la defensa del gobierno de los hombres frente al de las leyes. Aunque, en este caso, quizás sea oportuno matizar que el nivel de «activismo tolerable» seguramente no pueda ser el mismo en los diversos sistemas jurídicos; quiero decir que puede entenderse que los jueces latinoamericanos sean más activos que los europeos (los italianos o los españoles) a la hora de reconocer (o de «crear») derechos sociales, simplemente porque si ellos no lo hacen, no cabe esperar que alguna otra instancia

¹¹ Un análisis más detallado de ambas argumentaciones puede verse en M. ATIENZA, «El caso Gürtel y la objetividad del Derecho», en *El notario del siglo XXI*, núm. 34, nov.-dic. 2010.

¹² Me refiero a M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. FERRAJOLI y J. J. MORESO, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, en Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008; y M. ATIENZA, «11 tesis sobre Ferrajoli», en *Doxa*, núm. 31, 2008.

estatal pueda satisfacer la exigencia que se plantea cuando alguien pide que se le reconozca uno de esos derechos: a la subsistencia, a la salud, etc. En definitiva, yo diría que mi acuerdo con FERRAJOLI es prácticamente completo por lo que se refiere a las tesis que podríamos llamar «sustantivas». Y también lo es en cuanto al objetivo que debe cumplir una teoría del Derecho: contribuir al desarrollo de los derechos fundamentales de los individuos, hacer que las «promesas» constitucionales se conviertan en realidades.

Mi discrepancia con él —como también he escrito en alguna otra ocasión— radica en que la teoría del Derecho que nos presenta es, en mi opinión, insuficiente para cumplir del todo con esos objetivos, porque implica una visión excesivamente simple del Derecho. Para la construcción de una teoría adecuada para los Derechos del Estado constitucional hay una parte del recorrido a hacer en la que conviene ir de la mano de FERRAJOLI, pero luego yo diría que no hay más remedio que abandonarle, porque FERRAJOLI se queda a mitad de camino: da el paso del «paleopositivismo» al «positivismo crítico», pero la reducción del Derecho a un fenómeno de autoridad y el relativismo (o no objetivismo) ético hacen que su teoría se quede corta. Como escribía en mi «11 tesis sobre Ferrajoli»: «FERRAJOLI ha interpretado el constitucionalismo de nuestros días en clave positivista y relativista. De lo que se trata es de transformar esa teoría en el sentido de superar los dos anteriores postulados, lo que haría posible integrarla en el contexto de una concepción amplia y unitaria de la razón práctica»¹³.

Si volvemos de nuevo a las tres cuestiones que guían el trabajo de FERRAJOLI que estoy comentando (la relación entre el Derecho y la moral, la contraposición entre principios y reglas, y el papel de la ponderación en la jurisdicción), me parece que podría decirse que cada una de ellas plantea un problema que es advertido por FERRAJOLI, pero que en su concepción del Derecho no encuentra —no puede encontrar— una respuesta adecuada.

Lo que le impide ver la importancia que para la jurisdicción, la dogmática o la teoría del Derecho tiene reconocer la existencia de una conexión interna (en el sentido antes explicado) entre el Derecho y la moral es, por supuesto, su relativismo (o no objetivismo) ético, pero también una concepción sorprendentemente ingenua —y simplificadora— del fenómeno jurídico. FERRAJOLI, en efecto, parece identificar sin más el Derecho con las normas establecidas por el legislador y por el constituyente. No parece ver que, además de eso, el Derecho es también una actividad, una empresa que, con esos materiales, trata de obtener ciertos fines, de hacer progresar ciertos valores sociales. Ésa, me parece, es la razón de que pueda escribir que el Estado constitucional del Derecho, al positivizar no sólo el «ser», sino el «deber ser» del Derecho, viene a terminar con la tradicional contraposición entre razón y voluntad y (aunque esto no lo diga explícitamente) hace posible que el jurista pueda finalmente prescindir en su trabajo de la moral. «De este modo —escribe FERRAJOLI— el antiguo y recurrente contraste entre *razón* y *voluntad*, entre *ley de la razón* y *ley de la voluntad*, entre *Derecho natural* y *Derecho positivo*, entre Antígona y Creonte, que recorre la filosofía jurídica y política en su totalidad, desde la antigüedad hasta el siglo XX, y que corresponde al antiguo y también recurrente dilema y contraste entre el *gobierno de las leyes* y el *gobierno de los*

¹³ M. ATIENZA, «11 tesis sobre Ferrajoli», cit.

bombres, ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la positivización de la “ley de la razón” —aun cuando históricamente determinada y contingente— bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales estipulados en ellas, como límites y vínculos a la “ley de la voluntad”, que en democracia es la ley del número expresada por la voluntad de la mayoría». Entiéndase bien, lo anterior sería aceptable si se interpretara como una forma de expresar la idealidad del constitucionalismo, pero no tiene sentido, en mi opinión, referido a la simple existencia de una constitución rígida.

Por lo que se refiere a la contraposición entre reglas y principios, en FERRAJOLI (como también sostuve en otra ocasión)¹⁴ existe una distinción (esencial en su concepción) que cumple, en cierto modo, una función análoga: la distinción entre vigencia y validez de las normas. La diferencia es que la existencia de una dualidad interna en el Derecho es planteada por FERRAJOLI de una manera más rígida que por los autores no positivistas, precisamente por el positivismo y el relativismo moral de aquél, que le llevan a entender la vigencia y la validez normativa en términos estrictamente autoritativos y no valorativos. Ello va ligado a una concepción empobrecida del Derecho que es lo que explica una afirmación que hace en su texto y que a mí me parece extraña. A propósito de si la prohibición de la tortura (la «inmunidad» contra la tortura, en su terminología) admite o no alguna excepción, escribe lo siguiente: «Pues bien, según el modelo normativo y garantista de las constituciones, la inmunidad contra la tortura no admite excepciones. El principio moral de la seguridad podrá, por ello, operar en el plano moral, pero no sobre el plano jurídico, con la consecuencia de que quien esté convencido de encontrarse ante un terrorista que tiene conocimiento de un futuro y gravísimo atentado, deberá asumir, si pretende violar la prohibición absoluta de la tortura para salvar la vida de innumerables personas, la responsabilidad moral de cometer el crimen de tortura y de sufrir las sanciones respectivas, sin pretender la cobertura del Derecho. Éste es el costo mínimo que debemos pagar a las garantías de los derechos fundamentales contra el arbitrio» (nota 43). O sea que, si yo le he entendido bien, la tortura podría estar en algún caso (digamos hipotéticamente) justificada en términos morales, pero nunca lo estaría jurídicamente. Pues bien, la extrañeza viene de que FERRAJOLI no se plantease que esos supuestos extraordinarios podrían quedar cubiertos por las figuras de la legítima defensa o del estado de necesidad que son, precisamente, mecanismos para impedir que, en ciertos casos, la licitud moral se distancie de la licitud jurídica. Pero, claro, es difícil pensar en la aplicación de esas figuras sin echar mano de juicios axiológicos, morales¹⁵.

¹⁴ M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», cit., 145.

¹⁵ Curiosamente, hace unos pocos meses, Juan RUIZ MANERO y yo escribimos un trabajo («Abuso del derecho y derechos fundamentales», aún inédito), en el que nos planteábamos ese mismo problema. La respuesta que dábamos al mismo (y que puede servir para contrastar el modelo no positivista y el positivista de constitucionalismo) era que está justificado que exista una *regla* pública (jurídica) que prohíba de manera absoluta la tortura (digamos, para evitar los riesgos de «pendiente resbaladiza»), pero que eso era compatible con entender que puede haber, que teóricamente pueden darse, casos de tortura que podrían quedar cubiertos por alguna causa de justificación: por el estado de necesidad o por la legítima defensa.

De todas formas, creo que hay una manera de interpretar lo que dice FERRAJOLI con la que podría estar de acuerdo. O sea, en los supuestos de tortura podríamos encontrarnos frente a un «caso trágico»: el juez podría considerar que el acto estuvo en realidad justificado (integraba, por ejemplo, un caso de estado de necesidad), pero al mismo tiempo, considerar que existen razones institucionales (vinculadas con lo de la «pendiente resbaladiza») de tanto peso que le parece debe emitir una decisión de condena; o sea, opta por el mal menor, pero

Y en cuanto al papel de la ponderación en la jurisdicción, FERRAJOLI no deja de reconocer la existencia de una «dimensión equitativa de todo juicio»; y la equidad, como antes señalaba, no es otra cosa que un esquema ponderativo. Pero FERRAJOLI parece circunscribir la equidad al juicio de hecho; lo que es coherente con su idea —repetida varias veces en su trabajo— de que la ponderación no se refiere en realidad a los principios sino a las circunstancias de hecho, y de que el juez no puede crear la norma en la que basa su decisión. De manera que, en definitiva, el modelo de argumentación judicial que defiende FERRAJOLI pivota en exceso sobre (si no es que se reduce a) la subsunción: se trataría siempre de una subsunción de los hechos bajo normas preestablecidas. Pero eso presupone una idea verdaderamente simplificada —e inadecuada— de la jurisdicción. TARUFFO, por ejemplo, la ha criticado recientemente, aunque para ello hable únicamente de «dudas» o de «perplejidades» que surgen de la posición defendida por FERRAJOLI. En todo caso, según TARUFFO, con cierta frecuencia surgen casos (tanto en el *common law* como en el *civil law*) en los que el juez no se limita a aplicar normas preexistentes: en ocasiones, el juez dispone de un poder «creativo» para establecer o identificar la norma aplicable, sin que ello implique discrecionalidad. Añade además, en relación con el ámbito de los derechos humanos y sociales, que «si se limitase la función de la jurisdicción a declarar sólo lo que ya existe (o sea, si el juez no pudiese crear derechos previamente inexistentes: si nunca fuera aceptable el tópico «*remedies precede rights*»), se cerraría el camino a formas de garantía que podrían asegurar la ejecución de esos derechos, también en casos de inercia culpable de los legisladores»¹⁶. En las últimas páginas de su trabajo —en cierto modo, como un argumento a favor de su concepción cognoscitivista de la jurisdicción—, FERRAJOLI reivindica la necesidad de una «ciencia de la legislación» para que el lenguaje jurídico (constitucional y legislativo) sea «lo más simple, claro y preciso posible». Por supuesto, es una causa a la que cualquier jurista (persona) sensata debería sumarse, aunque esos términos no puedan significar exactamente lo mismo según se trate de textos legislativos o constitucionales. Pero que no resuelve (o no resuelve del todo) el problema. Por perfecto que sea el lenguaje de nuestras constituciones y de nuestras leyes, seguirá resultando inevitable (si deseamos vivir bajo Derechos en los que se respeten los valores constitucionales) que los jueces cumplan cierto papel creativo; siempre habrá cierto número de casos en los que deberá otorgarse al juez el poder —legítimo— de crear la norma en la que basar su decisión.

En la Entrevista que, en este mismo número de *Doxa*, le hace Juan RUIZ MANERO, FERRAJOLI afirma que lo que separa su teoría del Derecho de la de KELSEN o BOBBIO es que estos últimos no tomaron suficientemente en cuenta la importancia que tiene el fenómeno de las constituciones rígidas: el Derecho, para ellos, puede ser criticado, pero sólo desde una instancia externa; su compromiso político no encuentra por ello una conexión interna en sus teorías del Derecho. Pues bien, lo que a mí me separa de FERRAJOLI es que él no parece tener suficientemente en cuenta el fenómeno de la «moralización» de nuestros Derechos; el hecho de que no sólo tenemos constituciones rígidas, sino constituciones que incorporan, en gran medida, una moral justificada. FERRAJOLI advierte, efectivamente, que es posible criticar el Derecho desde dentro, pero no se da cuenta de que esa crítica no puede hacerse (o es insuficiente) si se prescinde de su dimensión moral. Dicho de otra manera, no se trata

es consciente de que con su decisión está vulnerando un valor jurídico (y moral) fundamental. Pero me parece que no es esto lo que quiere decir FERRAJOLI.

¹⁶ M. TARUFFO, «Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción», en *Doxa*, núm. 31, 389.

sólo de que la ciencia del Derecho no puede ser avalorativa (como lo pretendieron KELSEN y BOBBIO), sino de que los valores a los que apela son tanto políticos como morales. O, en fin, para volver a mi XI tesis sobre FERRAJOLI, no sólo se trata de vincular el Derecho con la política, sino también con la moral, o sea, con la razón práctica, en todas sus dimensiones. Pero para eso se necesita, me parece, defender un objetivismo mínimo en ética, lo cual es incompatible con las posiciones de FERRAJOLI en materia de teoría moral: llámense éstas relativistas o no-cognoscitivistas.