

LAS CUENTAS QUE NO CUADRAN EN EL CONSTITUCIONALISMO DE FERRAJOLI*

Alfonso Ruiz Miguel

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. El artículo analiza tres puntos del escrito de FERRAJOLI «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» en los que existen tensiones no resueltas: el primero, relativo al objetivismo moral, el segundo al positivismo jurídico, sea como enfoque metodológico sea como ideología sobre el Derecho, y, en fin, el último al problema de la interpretación jurídica.

Palabras clave: Constitucionalismo, objetivismo moral, positivismo metodológico e ideológico, positivismo excluyente e incluyente, teoría positivista de la interpretación.

ABSTRACT. The paper analyzes three points in the FERRAJOLI's essay, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», in which there are tensions not resolved: the first one related to moral objectivism, the second to legal positivism, understood either as a methodological approach or as an ideology about Law, and, the last one related to the problem of legal interpretation.

Keywords: Constitutionalism, moral objectivism, methodological and ideological positivism, exclusive and inclusive positivism, positivist theory of interpretation.

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

1. UNA RECAPITULACIÓN OPORTUNA

El último escrito de Luigi FERRAJOLI «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», por lo que yo pueda alcanzar a ver, no contiene especiales novedades en el fondo. Se añaden, sí, algunas referencias a autores y obras contemporáneos antes no tan detalladamente considerados, pero los distintos temas ya habían sido tratados en su extensa obra. Sin embargo, el presente escrito tiene la virtud de reunir materias que no habían sido tratadas por FERRAJOLI de manera conjunta e interrelacionada. Podría decirse, así pues, que este escrito es una recapitulación muy oportuna que por fin echa las sumas de categorías y conceptos relativamente dispersos.

Ahora bien, que la recapitulación sea oportuna no significa necesariamente que las sumas echadas terminen cuadrando la cuenta. En realidad, esta recapitulación puede permitir apreciar más claramente que antes algunas tensiones latentes en las propuestas metaéticas, filosófico-políticas y teórico-jurídicas de la obra de FERRAJOLI. En lo que sigue voy a intentar analizar tres puntos en los que me parece que existen tensiones no resueltas en ella que precisamente este último escrito permite poner de relieve: uno relativo al objetivismo moral, otro al positivismo jurídico sea como enfoque metodológico sea como ideología sobre el Derecho y el último al problema de la interpretación jurídica.

2. SOBRE EL OBJETIVISMO MORAL

La distancia que FERRAJOLI ha mantenido siempre respecto del objetivismo moral es uno de los aspectos transversales de su contribución a la filosofía jurídica, tanto en el plano filosófico-político, como en el teórico-jurídico. Su permanente defensa de una metaética no cognoscitivista, siempre teñida de un cierto relativismo historicista, ha estado acompañada en él de una franca adscripción ética al ideal de los derechos individuales. En el plano filosófico-político, tales derechos han sido interpretados por FERRAJOLI conforme a una exigente versión que, por un lado, pretende aunar las libertades civiles y políticas con la mayor igualdad posible garantizable mediante los derechos sociales y, por otro lado, propugna su máxima extensión a través de la paulatina construcción un modelo jurídico-político cosmopolita. En el plano teórico-jurídico, es la protección de tales derechos la que explica su constante justificación del Estado liberal y democrático de Derecho y, dentro de él, su consideración del Estado constitucional de Derecho como un cambio de paradigma que mejora sustancialmente al decimonónico Estado de Derecho meramente legislativo y «paleo-positivista». Esta combinación de una metaética no cognoscitivista y de la defensa ética de los derechos humanos sitúa a FERRAJOLI en una posición similar a la de Hans KELSEN (pero también Alf ROSS o Norberto BOBBIO), para quien el relativismo ético era lógicamente compatible con defender la democracia liberal como mejor sistema de gobierno.

He debatido sobre este punto con FERRAJOLI en dos escritos anteriores, el segundo en réplica a una respuesta suya ¹, lo que hace oportuno ahora recapitular y sintetizar el núcleo del debate. Mi crítica inicial era, en lo esencial, que la citada defensa del constitucionalismo y de los derechos fundamentales supone mantener la «aceptabilidad moral universal» de ciertos criterios morales, en un doble sentido: por un lado, en la pretensión de quien afirma tales criterios, que los ha de postular como «suficientemente fundados» y, por tanto, como exigibles a cualquier persona incluso jurídicamente; y, por otro lado, en su contenido, pues se han de postular necesariamente como aplicables a todos los seres humanos.

La respuesta de FERRAJOLI fue doble. Ante todo, volvió a afirmar que no consideraba que sus «tesis morales [...] sean “verdaderas”, ni que sean o deban ser universalmente compartidas», alegando como razón que, precisamente porque la diversidad de creencias morales debe ser respetada, «resulta necesaria para la convivencia pacífica la convención jurídica de la igualdad en un cierto número de derechos básicos» ². Junto a ello, argumentó que la idea de «aceptabilidad moral universal» es ambigua porque puede referirse tanto a la tesis «meramente trivial», plenamente suscribible por él mismo, de que consideramos que «*pueden* ser aceptados moralmente por todos, en el sentido de que *creemos poder argumentar* con todos en torno a su aceptabilidad», cuanto a la tesis que justifica la imposición jurídica de la *adhesión* interna a algún criterio moral, para él incompatible con el justificable criterio liberal de separación entre Derecho y moral ³.

En mi ulterior réplica apunté tres observaciones. En primer lugar, que defender, como hace FERRAJOLI, la «necesidad» de garantizar algunos derechos básicos, que implica considerar necesaria su imposición coactiva, es precisamente adoptar el punto de vista mínimamente «objetivista» que considera tales criterios morales como universalmente aceptables y, por tanto, como «suficientemente fundados» o correctos (no literalmente «verdaderos», como si fueran científicos, pero volveré enseguida sobre esto). En segundo lugar, que yo no he pretendido nunca que tal «aceptabilidad moral universal» deba llevarse hasta la imposición jurídica de la adhesión interna o en conciencia de tales criterios, pues lo que únicamente ha de afirmar quien defiende tales criterios es que son exigibles a todos, en el límite del modo como el Derecho exige el respeto a tales derechos: mediante la imposición de deberes de conducta incluso penalmente sancionables. Y, en tercer lugar, que la ambigüedad de la expresión «aceptabilidad moral universal» va más lejos todavía de lo advertido por FERRAJOLI, pues entre el debilísimo y trivial sentido de que los propios valores se consideran meramente argumentables para que *puedan* ser aceptados por otros y el fortísimo sentido de que esté justificado imponer su adhesión interna o en conciencia, está el sentido intermedio, que ha sido el defendido por mí y en el que FERRAJOLI parece no haber reparado, de que si consideramos justificado imponer jurídicamente nuestros valores de justicia frente a quienes actúan desconociéndolos es porque creemos que deberían

¹ Vid. A. RUIZ MIGUEL, «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, esp. 357-361; L. FERRAJOLI, «*Principia iuris*. Una discusión teórica», *ibid.*, 416-418; y, en fin, A. RUIZ MIGUEL, *Democracia y relativismo* (Lección Ernesto Garzón Valdés 2010), México, Fontamara, 2011, especialmente 66-70.

² L. FERRAJOLI, «*Principia iuris*. Una discusión teórica», cit., 417.

³ Cfr. *ibid.*, 418 (cursivas mías).

ser reconocidos también por ellos: por eso no podemos limitarnos a considerar que *pueden* ser aceptados moralmente por todos, sino que tenemos que asumir también que *deberían* serlo.

En el escrito que aquí estoy comentando FERRAJOLI vuelve a defender su posición metaética no cognoscitivista y antiobjetivista frente al constitucionalismo principialista, que al menos en las versiones de ALEXY, DWORKIN, ZAGREBELSKY, MORESO o ATIENZA pretendería que existe una conexión entre los sistemas jurídicos constitucionales actuales y una moral objetiva. Antes de considerar los argumentos aducidos me parece importante aclarar el amplio significado que FERRAJOLI otorga al no cognoscitivismo, identificado con las concepciones objetivistas de la moral⁴, por lo que entiendo cualquier concepción según la cual los valores y criterios morales son «*en algún sentido* “objetivos”, “verdaderos” o “reales”» (cursiva mía)⁵. FERRAJOLI aclara más adelante que no pretende defender el emotivismo ético, sino alguna suerte de fundamentación en la argumentación racional que «no debemos confundir [con] el objetivismo y el cognoscitivismo». Sin embargo, inmediatamente deja ver que estamos de nuevo ante la tesis meramente trivial de que los valores morales así argumentados *pueden* ser aceptados de hecho, pero que no tienen la pretensión de *tener* que serlo, ya que «la solución de una cuestión ética o política que argumentamos como racional no es más “verdadera” que la solución opuesta» y que, por tanto, defender racionalmente los principios liberal-democráticos como justos no supone pretender «que sean considerados y aceptados por todos como “justos” por ser “objetivos” o “verdaderos”».

Ahora bien, más allá de la insistencia en términos como «objetividad» o «verdad» —que literalmente sólo impugnan una (para mí también indefendible) concepción estrictamente cognoscitivista de los enunciados morales que los identifique con los enunciados lógicos o con los científicos de carácter empírico—, lo que sigue permaneciendo firme es la clara negativa de FERRAJOLI a considerar que los criterios de justicia que «racionalmente» defendemos y compartimos sobre la libertad, la igualdad o la dignidad de las personas tengan una pretensión de corrección conforme a la cual tales criterios deben ser considerados y aceptados por todos como racionales (o como los más racionales), es decir, como correctos, y, si se quiere, incluso como objetivos o verdaderos, si estas palabras se usan en un sentido muy amplio, no identificable con la pretensión de objetividad de las verdades empíricas o lógicas.

Junto a la anterior y permanente reluctancia de FERRAJOLI a la pretensión de corrección, en este escrito defiende su posición con dos argumentos ya anteriormente

⁴ Es claro que en el escrito de FERRAJOLI «cognoscitivismo» y «objetivismo» morales son conceptos convergentes, si no incluso superpuestos. Aparte de las numerosas ocasiones en que ambos términos aparecen emparejados, valga como prueba la siguiente afirmación: «una concepción objetivista de la moral remite a una concepción cognoscitivista de la misma. En pocas palabras, supone el cognoscitivismo ético» («Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», § 4, texto correspondiente a la nota 35). Es verdad que en la nota correspondiente a este texto se remite a bibliografía que identifica corrientes morales objetivistas y no cognoscitivistas, pero queda claro que esa categoría no termina de encajar en la concepción de FERRAJOLI, pues al final de la nota las caracteriza como corrientes que «parecen proponer justificaciones de los juicios morales más racionales que *estrictamente* objetivistas», donde la cursiva, que es mía, denuncia cómo el objetivismo propiamente dicho no puede ser para el más que cognoscitivista.

⁵ Hasta nueva mención, esta cita y las sucesivas se encuentran en el § 4 de «Constitucionalismo principialista...», cit., en los textos anteriores a la llamada a las notas 38 y 41 (advierto que, habiendo trabajado con el manuscrito en italiano, mi traducción puede no coincidir exactamente con la aquí publicada).

utilizados, a mi modo el primero claramente equivocado y el segundo a fin de cuentas autocontradictorio.

El primer argumento aduce que los juicios de valor no pueden ser objetivos o verdaderos porque «el resultado final del cognoscitismo ético es, de modo inevitable, el absolutismo moral y, consiguientemente, la intolerancia ante las opiniones morales disidentes»⁶. Más allá de las presuposiciones metaéticas del argumento, se trata de una objeción de naturaleza ética, que alega una supuesta consecuencia indeseable del objetivismo ético. Pero creo que la objeción es claramente infundada, al menos por dos razones. La primera y más obvia es que no existe nada en la esencia de las éticas cognoscitivistas que les impida aceptar el criterio de tolerancia ante las opiniones disidentes: por citar dos nombres notorios de la historia del pensamiento, ni John LOCKE ni John Stuart MILL fueron incoherentes por defender la tolerancia religiosa o la más amplia libertad de expresión desde presupuestos éticos claramente cognoscitivistas. La segunda —dicho sea una vez más— es que si la persecución de las opiniones morales disidentes es moralmente indeseable, como yo también lo creo, el criterio que prohíbe tal persecución deberá ser considerado «en algún sentido “objetivo”, etc.», es decir, lo suficientemente correcto como para que tenga la pretensión de imponerse a todos⁷.

El otro argumento en favor del no cognoscitismo de FERRAJOLI, aducido como prueba de que toda ética objetivista es no sólo éticamente sino también metaéticamente absolutista, es que ninguna ética cognoscitivistista está en condiciones de refutar otras éticas objetivistas. Inmediatamente, pone el ejemplo de la ética católica, que no podría ser refutada por una ética objetivista laica, sino únicamente, según FERRAJOLI, «refutando el propio cognoscitismo y el propio objetivismo ético, por carecer de referencias empíricas y por ser incompatibles, en el plano metaético, con una concepción laica no sólo del Derecho sino también de la moral». La razón de ello sería que «una ética objetiva es en realidad, inevitablemente, una ética heterónoma, asimilable más bien al Derecho —no es casual que la ética católica se autorrepresente como “Derecho natural”—, mientras que la autenticidad del comportamiento moral, para una ética laica, reside en su carácter espontáneo y autónomo, como fin en sí mismo»⁸.

En la anterior argumentación hay dos afirmaciones sorprendentes y muy discutibles. La más llamativa es la identificación conclusiva entre objetivismo y heteronomía, que en las interpretaciones más extendidas, incluso de sus propios proponentes, viene desmentida claramente por concepciones como la utilitarista o, muy especialmente, la kantiana, que, con independencia de su solidez última, pretende basar la objetividad de la moral precisamente en la autonomía racional de todo ser humano. La otra afirmación sorprendente y discutible es que sólo el no cognoscitismo es capaz de refutar

⁶ «Constitucionalismo principalista...», cit., § 4, texto correspondiente a la llamada a nota 38. Para afirmaciones anteriores en esta misma línea, cfr. *Diritto e ragione*, § 2.2 y 2.4, y *Principia iuris*, § 15.2.

⁷ Como FERRAJOLI ha evitado esta conclusión en varias ocasiones con la apelación a la tolerancia de las opiniones morales ajenas, quiero insistir aquí en que ese «objetivismo» mínimo o básico no tiene por qué abocar a ser intolerantes con las opiniones de quienes disienten de él, sino simplemente a no tolerar, incluso mediante sanciones penales, las conductas de quienes persigan coactivamente las opiniones morales disidentes, del mismo que nuestra pretensión de corrección a propósito de la justicia de los derechos humanos básicos nos obliga a no tolerar las conductas que los violan.

⁸ Todas las citas de este párrafo en «Constitucionalismo principalista...», cit., § 4, texto anterior y posterior a la llamada a la nota 38. Cfr. también, en similar sentido, *Principia iuris*, § 15.2.

a las éticas objetivistas. Excusando el insistir en la dificultad de que nadie se sienta refutado de hecho por argumento alguno —de lo que me temo que algunas de nuestras discusiones podrían ser una ilustración—, lo único que FERRAJOLI muestra es su plena confianza en su propia posición metaética y ética, confianza indistinguible, me parece, de la que católicos y «laicos objetivistas» sienten por la suya. No seré yo quien salga de paladín de la ética o la metaética católicas, como tampoco es cuestión de abrir aquí una discusión sobre el alcance refutatorio de la carencia de referencias empíricas en los juicios morales, que me parece muy limitado salvo ante formas especialmente burdas de falacia naturalista y de muy escaso vuelo ante construcciones conceptualmente elaboradas y complejas como las de los actuales «realistas morales», cuya peculiar metaética estoy sin embargo lejos de compartir. Pero sí me parece importante subrayar que la confianza de FERRAJOLI en la capacidad refutatoria de su propia metaética laica es autocontradictoria porque muestra una pretensión de objetividad que no sólo se traslada a su ética normativa, sino que parece difícilmente distinguible de ella. Porque, en efecto, ¿la «autenticidad» del comportamiento moral y su carácter de «fin en sí mismo» no son a la vez rasgos metaéticos, mediante los que definimos conceptualmente la moral, y también éticos, mediante los que atribuimos valor moral a ciertas conductas?

En todo caso, y esto es lo que me importa más subrayar, la pretensión de objetividad de FERRAJOLI es evidente tanto en sus propuestas metaéticas como éticas y el problema es que su negación del objetivismo ético es pragmáticamente contradictoria con ella. Porque si tal antiobjetivismo fuera asumible, no sólo se desmoronaría, «por carecer de referencias empíricas», su propia crítica a un amplísimo concepto de cognoscitividad, que dada su excesiva genericidad bien podríamos dar por perdida, sino todo su edificio conceptual, basado en una ética laica que, al defender ciertos derechos y bienes como fundamentales y la separación liberal entre Derecho y moral, él mismo ha de considerar como razonablemente aceptable y suficientemente «objetiva» (o, si se quiere, «racional»). Dando por establecida la pretensión de objetividad de ese edificio conceptual, podemos pasar ahora a analizar hasta qué punto es adecuado considerarlo, como pretende FERRAJOLI, una construcción positivista.

3. SOBRE EL POSITIVISMO COMO ENFOQUE METODOLÓGICO Y COMO IDEOLOGÍA

Si algo ha quedado claro como efecto del constitucionalismo contemporáneo es la nueva oscuridad de la vieja distinción entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. El síntoma más llamativo de ello, del que FERRAJOLI se hace eco, es que muchos de los defensores de un constitucionalismo no positivista o antipositivista tampoco se consideran a sí mismos como iusnaturalistas. Consideraré la posición de FERRAJOLI distinguiendo por ahora entre dos sentidos de positivismo: uno, que recupera la discusión sobre el que BOBBIO denominó modo de aproximación al estudio del Derecho, o positivismo metodológico; y otro, que coincide con parte de lo que también BOBBIO consideró el positivismo jurídico como teoría, según la cual la interpretación y aplicación del Derecho debe ser eminentemente deductiva, para lo que también se propugna que el Derecho sea coherente, completo y lo más taxativo posible. Dejo para el siguiente y último apartado el comentario sobre la falta de relación necesaria entre

estos dos significados de positivismo, para centrarme en este apartado en el primero de esos significados.

Una manera clásica de caracterizar el positivismo jurídico como enfoque metodológico es remitirse a la máxima hobbesiana *authoritas non veritas facit legem*, como FERRAJOLI recuerda en el escrito aquí comentado⁹: el Derecho existe y es válido por el hecho de proceder de una fuente social que lo aprueba o lo reconoce y no porque, además, deba concordar también con criterio moral alguno. Ahora bien, esta caracterización no deja de ser ambigua, porque la desvinculación entre Derecho y moral puede entenderse bien de manera rigurosa o bien de manera débil: en la versión rigurosa, la separación se predica de todo ordenamiento jurídico, incluso de aquel que remite a criterios morales, remisión que, al igual que la remisión a una norma extranjera o a una especificación técnica, no convierte a tales reglas en normas jurídicas del sistema que las invoca; en la versión débil, la separación se predica del Derecho tomado como categoría universal y respecto del que se afirma que no tiene una conexión necesaria con la moral pero aceptando la interpretación de que, de forma contingente, mediante remisión explícita o implícita, un determinado Derecho pueda ser identificado e interpretado como necesariamente conectado con algunos criterios morales. Esta última comprensión del Derecho, denominada por sus partidarios «positivismo incluyente» (*inclusive positivism*), en contraste con el «positivismo excluyente» de la versión rigurosa, es seguramente la explicación más extendida de la naturaleza de los Estados constitucionales de Derecho, que además de incorporar a sus normas básicas criterios sustantivos de origen moral (principios democráticos, derechos básicos, etc.), han establecido mecanismos que tienden a asegurar su normatividad, como la rigidez de las constituciones y el control judicial de constitucionalidad.

La anterior distinción se puede relacionar con el tercer sentido o plano que BOBBIO distinguió en el positivismo: el positivismo como ideología, entendido como la doctrina que aprueba moralmente el Derecho existente con independencia del contenido de sus reglas y que, en consecuencia, sustenta un deber moral de obediencia al Derecho. Ahora bien, este positivismo ideológico también puede ser interpretado en un sentido fuerte y uno débil, como lo hizo el propio BOBBIO. En sentido fuerte, que es el único considerado por FERRAJOLI¹⁰, el positivismo ideológico propone una justificación moral incondicionada de cualquier sistema jurídico, lo que constituye el perfecto reverso de la versión fuerte del positivismo metodológico. Pero para BOBBIO existía también un sentido débil o moderado del positivismo ideológico conforme al cual se propone sólo una justificación limitada al Derecho que cumple ciertos criterios morales y, en consecuencia, un deber de obediencia condicionado a ese cumplimiento, lo que viene a admitir la posibilidad de un positivismo ideológico limitado al sistema político democrático¹¹. Así entendido, al contrario que el anterior, este significado es

⁹ Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., notas 2 y 37.

¹⁰ Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., nota 2, *in fine*, cuando FERRAJOLI afirma que el positivismo por él defendido «no corresponde en absoluto al tercer significado individualizado por Bobbio...».

¹¹ Sobre este punto, cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra, Torino, Cooperativa, Libreria Torinese, 1961, 296-298, 303-308 y 316 (en la 2.ª ed., 1979, 268-270, 273-277 y 285; así como *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, 116. Sobre el tema del positivismo ideológico, que admite una ulterior distinción con la ideología positivista (como aquella que defiende como criterios para la legislación y la interpretación jurídica los de legalidad, certe-

perfectamente compatible y convergente con el positivismo metodológico en sentido débil, esto es, con el positivismo incluyente.

¿Qué posición adopta FERRAJOLI ante la anterior divisoria entre el positivismo incluyente y el excluyente? No resulta en absoluto claro, porque para resolverlo tendrían que cuadrar las cuentas tanto del positivismo metodológico como del positivismo ideológico por él sostenidos, lo que me parece que no ocurre. La síntesis de esa oscilación la ofrece él mismo en un texto contextualmente oscuro en el que afirma que su propia concepción positivista corresponde sólo en parte con la noción bobbiana del positivismo metodológico, «con la cual tiene en común la tesis de que el jurista debe ocuparse sólo del “Derecho como es”, y no del “Derecho como debe ser” moral o políticamente, pero se aleja de ella porque requiere también el estudio del “Derecho como debe ser” jurídicamente, que en los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas, forma parte del “Derecho como es”»¹².

Ahora bien, el positivismo metodológico, al menos en la caracterización de BOBBIO, incluye patentemente no sólo a las concepciones jurídicas realistas, que ven al Derecho como hecho y a las normas como regularidades, sino también, y eminentemente, a las concepciones normativistas, como la de Kelsen o la de Hart, para las que Derecho y sus normas incorporan una dimensión de deber ser (el «sollen» kelseniano o el punto de vista interno hartiano) de carácter jurídico y no moral. ¿Qué sentido tiene, entonces, que FERRAJOLI, que ha sido siempre un normativista, diga que acepta el positivismo metodológico sólo en parte y que precise que su positivismo requiere el estudio del «“Derecho como debe ser” jurídicamente»? El estudio del «deber ser» jurídico, con constituciones rígidas o sin ellas, ha sido siempre la tarea de los juristas, «deber ser» que el positivismo (metodológico) normativista ha propuesto independizar de la moral. ¿No será que lo que FERRAJOLI quiere decir, aunque no termine de decirlo, es que en los ordenamientos con constituciones rígidas, esto es, en el modelo constitucionalista, el «Derecho como debe ser» moralmente forma parte del «Derecho como es»? Únicamente si se interpreta así podría entenderse la afirmación de FERRAJOLI de que acepta sólo en parte el positivismo metodológico, porque el estudio del mero «deber ser jurídico» entra de lleno y no parcialmente en el positivismo metodológico.

La anterior ambigüedad, que puede poner de manifiesto la indecisión de la posición de FERRAJOLI entre el positivismo excluyente y el incluyente, resulta confirmada en distintos puntos de su escrito, que oscila entre la aceptación moral de los sistemas jurídicos constitucionalistas y la resistencia a reconocer tal conexión justificatoria entre Derecho y moral.

En efecto, por una parte, el constitucionalismo como sistema jurídico es para FERRAJOLI la culminación histórica de un proceso histórico progresivo, francamente positivo, por el que las modernas constituciones rígidas, convergiendo con una forma de democracia no meramente formal, han positivado no sólo el «ser» sino también el «deber ser» del Derecho, llegando a suprimir «la última forma de gobierno

za, claridad, etc., que, por cierto, es la ideología jurídica defendida FERRAJOLI en el último epígrafe del escrito que aquí comento), remito a A. RUIZ MIGUEL, «Positivismo ideológico e ideología positivista», en J. A. RAMOS PASCUA y M. A. RODILLA GONZÁLEZ (comps.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, 457-479.

¹² Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., nota 2.

de los hombres» y a superar el antiguo contraste entre razón y voluntad «a través de la positivación de la “ley de la razón”»¹³. Aparentemente, esta perspectiva viene a suscribir una teoría jurídica de positivismo incluyente. Según ella, es la autoridad la que obliga a que el Derecho sea conforme a la verdad o a la razón, de modo que en los sistemas constitucionales, al menos en el plano del deber jurídico y en términos generales, no cabe ya el contraste entre Derecho y moral siempre aceptado por el positivismo: en tales sistemas la máxima de JUVENAL, *stat pro ratione voluntas*, típica del positivismo, deja de tener sentido porque en ellos, como viene a aceptar el propio FERRAJOLI, la razón se impone a la voluntad¹⁴. Hasta aquí estamos ante una clara manifestación del positivismo ideológico limitado y condicionado del que hablaba BOBBIO.

Sin embargo, por otra parte, FERRAJOLI pone especial interés en contradecir esta posible implicación (y hasta la afirmación que la fundamenta) mediante dos tesis, en las que se mezclan significados distintos de la relación entre Derecho y moral. La primera tesis afirma que incluso las mejores constituciones no son para él más que «conquistas históricamente determinadas [...] susceptibles de ulteriores desarrollos y expansiones»¹⁵ que, por añadidura, pueden contener «normas constitucionales (que algunos de nosotros consideramos) injustas», como el derecho a portar armas reconocido por la Constitución estadounidense o el sistema concordatario con la Iglesia católica establecido en la italiana¹⁶. Y la segunda tesis añade que el constitucionalismo, en todos y cada uno de los tres significados que FERRAJOLI identifica en él, se caracteriza por propugnar la separación entre Derecho y moral: en los dos primeros significados, como sistema y como teoría, porque el principio de legalidad obliga a los jueces (y así lo debe reconocer la teoría) a decidir conforme al Derecho positivo y no conforme al Derecho justo; y, en el tercer significado, como filosofía política, porque «el liberalismo político [...], en garantía de las libertades fundamentales en todo aquello que no produce daño a otros, impide la utilización del Derecho como instrumento de imposición de la (o sea de una determinada) moral»¹⁷.

¹³ Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., § 3, texto entre las llamadas a notas 23 y 24. Algo más adelante remacha la misma idea con estas otras palabras: «Gracias [al constitucionalismo], los principios ético-políticos mediante los que se expresaban los viejos “derechos naturales” han sido positivados, convirtiéndose en principios jurídicos vinculantes para todos los titulares de funciones normativas» (§ 3, poco antes de la llamada a nota 28).

Debe hacerse aquí la doble precisión de que esta valoración positiva de los sistemas jurídicos constitucionalistas por parte de FERRAJOLI no tiene por qué abarcar a todos los desarrollos legales, aplicaciones y eventuales corrupciones de las constituciones, así como puede ser sólo una generalización compatible con diversas plasmaciones nacionales, algunas de las cuales pueden ser insuficientes o deficientes en materia de derechos a ojos de nuestro autor, como luego habrá ocasión de advertir.

¹⁴ Para citar el texto completo de FERRAJOLI al que remite la nota anterior: «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 atraviesa toda la filosofía jurídica y política desde la antigüedad hasta el siglo XX, y que corresponde al antiguo e igualmente recurrente dilema y contraste entre el *gobierno de las leyes* y el *gobierno de los hombres*, ha sido así resuelto por las actuales constituciones rígidas a través de la positivación de la “ley de la razón”, aunque sea históricamente determinada y contingente, bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales en ellas estipulados como límites y vínculos a la “ley de la voluntad”, que en democracia es la ley del número expresada por el principio de mayoría».

¹⁵ «Constitucionalismo principialista...», cit., § 3, texto anterior a la llamada a nota 26.

¹⁶ Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., § 4, texto sucesivo a la llamada a nota 40.

¹⁷ «Constitucionalismo principialista...», cit., § 3, texto anterior a la llamada a nota 27.

Aunque la primera tesis podría ser reformulada para hacerla coherente con la valoración moralmente positiva que hace FERRAJOLI del constitucionalismo¹⁸, me parece de mayor interés detenerme en la segunda tesis, cuyas ambigüedades no permiten afirmar que nuestro autor tome un partido claro entre el positivismo excluyente y el incluyente. Esa segunda tesis tiene dos partes, una que afirma que los sistemas constitucionales (y la teoría así lo debe reconocer) imponen la separación entre Derecho y moral al establecer la obligación de juzgar conforme al Derecho positivo, y otra que afirma que la filosofía política del constitucionalismo defiende tal separación al no justificar la imposición jurídica de ninguna moral salvo en garantía de los derechos fundamentales, esto es, que los sistemas jurídicos constitucionales no deben imponer la moral. Ahora bien, estos dos cánones ético-políticos resultan muy fáciles de compartir debido a su ambigüedad, que es la razón por la que no pueden servir para decidir nada a propósito de la divisoria entre positivismo incluyente y excluyente.

Porque el primer canon, conforme al cual los jueces deben decidir conforme al Derecho positivo y no conforme a la moral, no nos dice qué hacer cuando la constitución, como es tan habitual, incorpora o remite a criterios de justicia, como igualdad, libertad, dignidad, etc., a los que se atribuye algún grado de normatividad, como mínimo para la interpretación de los casos difíciles. Y en cuanto al segundo canon, que el Derecho no deba imponer la moral salvo para garantizar los derechos fundamentales, una vez que tales derechos han sido constitucionalmente reconocidos deja pendiente la interesante discusión sobre cómo determinar qué contenido esencial debe respetar tanto el legislador en su labor de desarrollo como el intérprete ante los posibles conflictos entre distintos derechos (sobre lo que se volverá en el siguiente apartado).

En resumen, no resulta claro qué concluir sobre el alcance del positivismo jurídico de FERRAJOLI como actitud metodológica, porque las tensiones existentes en su construcción teórica —las cuentas que no cuadran— impiden decidir si la coherencia puede restablecerse por el lado del positivismo incluyente o por el del excluyente. Para lo primero, debería reconocer que la conexión entre Derecho y moral en los sistemas de democracia constitucional no afecta sólo a la fundamentación sino también a contenidos esenciales que trascienden la concreta y limitada presencia de algunas esporádicas normas constitucionales injustas. Para lo segundo tendría que renunciar a la idea de que el constitucionalismo es, por ahora y dadas las circunstancias, el cumplimiento histórico más acabado de los ideales éticos ilustrados de libertad e igualdad, que en lo esencial han sido incorporados a los sistemas jurídicos positivos, convirtiendo esa

¹⁸ En efecto, la tesis contiene en realidad dos subtesis entrelazadas que podrían replicarse fácilmente, y con el mismo tipo de consideración. Que el actual paradigma constitucionalista no sea más que un modelo estatalista que, como propone FERRAJOLI, debería ser desarrollado y en el límite superado por un modelo cosmopolita, esto es, un ideal moral *in fieri* y por tanto incompleto y hasta insuficiente, no tiene por qué negar ni desmentir que, dadas nuestras circunstancias históricas concretas, merece adhesión moral como modelo intermedio que avanza los rasgos del ideal más exigente. De modo semejante, que en algunas constituciones se puedan encontrar concretas normas injustas es en realidad una manifestación del fenómeno perfectamente familiar según el cual incluso el sistema político más justo exige la utilización de procedimientos que, por más razonables que a su vez sean, pueden producir decisiones concretas injustas, sin que por ello se deba poner en cuestión la justicia del sistema en su conjunto. En síntesis, ni el modelo ideal que remitimos al futuro ni las injusticias morales limitadas y concretas que aparecen en las presentes constituciones tiene por qué invalidar el punto de vista de que las democracias constitucionales son una plasmación razonable de ese conjunto de criterios morales transmitidos por la tradición ilustrada y que sin duda compartimos todos cuantos participamos en un debate como éste.

moral en deber ser jurídico. El presente debate puede ser una oportunidad para pronunciarse sobre esa alternativa.

4. SOBRE LA TEORÍA POSITIVISTA DE LA INTERPRETACIÓN

Con independencia de la naturaleza del positivismo de FERRAJOLI como aproximación metodológica al Derecho, una aportación que me parece nueva en el escrito que debatimos es su claro y expreso distanciamiento del judicialismo, distanciamiento que fundamenta en una clásica teoría positivista de la interpretación jurídica. Aunque esta forma de positivismo, que puede denominarse «positivismo interpretativo», no deja de conectarse con el positivismo metodológico en el tema de los principios, una y otra doctrina responden sin embargo a preguntas distintas: el positivismo metodológico, a la cuestión de si los principios normativizados en las constituciones tienen o no conexión con la moral, y el positivismo interpretativo a la cuestión de si tales principios son estructuralmente distintos de las reglas (como aclaración terminológica, en lo que sigue utilizaré el término «norma» para referirme genérica e indistintamente tanto a los principios como a las reglas, lo que no pretende prejuzgar la cuestión de la relación entre estas dos nociones, que también asumo, con FERRAJOLI, que es una mera distinción de grado y no categórica). Esta segunda cuestión abre la discusión de distintos problemas de teoría de la interpretación, como los relativos al papel que corresponde a legisladores y jueces en el desenvolvimiento de las normas constitucionales o a las relaciones entre ponderación y subsunción. Por lo demás, como los dos anteriores sentidos del positivismo se refieren no sólo a temas distintos, sino que en lo esencial también operan en planos distintos, el metodológico en un plano eminentemente conceptual (o descriptivo en sentido amplio) y el interpretativo en uno normativo, resulta perfectamente posible ser positivista en el primer sentido pero no en el segundo y a la inversa.

Creo que lo más llamativo y hasta novedoso del escrito de FERRAJOLI reside en su rotundo distanciamiento del «principlismo» que en el plano teórico acepta una «excesiva ampliación» del papel de la ponderación en el desarrollo legislativo y en la interpretación judicial de las normas constitucionales y que, en consonancia con ello, en el plano valorativo favorece e incluso ensalza la «inventiva jurisprudencial puesta de manifiesto en la creación de principios que no tienen ningún fundamento en la letra de la Constitución»¹⁹. Lo llamativo de esta propuesta, con cuyos motivos simpatizo francamente, reside en su intuitivo contraste con la insistente y nada nueva tesis de FERRAJOLI de que la incorporación en la constitución de los valores y derechos democráticos impone un deber ser jurídico perfectamente normativo u obligatorio, una conclusión de la que, precisamente por su positivismo antiprinciplista, un Hans KELSEN se había distanciado de forma expresa y tajante por el «papel extremadamente peligroso» que las fórmulas ideales de equidad, justicia, libertad o igualdad podrían jugar en el ámbito de la justicia constitucional²⁰. Lo novedoso de la propuesta de FERRAJOLI, si se

¹⁹ Cfr. «Constitucionalismo principlista...», cit., § 6, en el párrafo siguiente a la llamada a nota 76; y § 5, en el párrafo correspondiente a la llamada a nota 73, respectivamente.

²⁰ Cfr. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (1928), que cito por la trad. cast. de Juan RUIZ MANERO, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988, 141-143 (la cita textual en 142). Según KELSEN, tales fórmulas ideales

me permite la ironía, está en que el reconocimiento de este riesgo le conduce a rescatar —en este caso frente a KELSEN— la vieja teoría positivista de la interpretación jurídica como subsunción. Sin embargo, me temo que al final del recuento tampoco en este punto las cuentas terminan por cuadrar.

Lo esencial es que FERRAJOLI, más allá de la propuesta de deber ser de que el constituyente y el legislador no hagan formulaciones principialistas sino reglas lo más claras y taxativas que sea posible, defiende ahora el ideal regulativo del cognoscitivismo judicial como general y suficientemente practicado y practicable no ya no sólo en el ámbito penal —que era un aspecto explícito en *Diritto e ragione*—, sino también en el constitucional. De lo contrario su ferviente defensa tanto del constitucionalismo y su razonable incorporación de los criterios de justicia propios de la cultura ilustrada como de la justicia constitucional sería una mera propuesta ideal carente de todo apoyo empírico y al fin y al cabo de sentido práctico. Porque, al menos en términos generales, el constitucionalismo vigente, al menos en países como los nuestros, no puede ser considerado por FERRAJOLI como excesivamente principialista de hecho cuando para defender el cognoscitivismo judicial recurre a la doctrina de HAMILTON de que el poder judicial «no puede influir ni en la espada ni en la bolsa» y es por eso “sin parangón alguno el más débil de los tres poderes del Estado”, dado que “nunca podrá atacar con algún éxito a ninguno de los otros dos”²¹, esto es, a una doctrina que reproduce las razones que pocos años antes habían justificado la famosa tesis de MONTESQUIEU sobre el poder de juzgar como «en cierto modo nulo» y del juez como «boca que pronuncia las palabras de la ley» que junto a la teoría del silogismo subsuntivo de BECCARIA daría curso al logicismo interpretativo característico del positivismo jurídico del siglo XIX.

Ciertamente, como lo ha hecho tradicionalmente, FERRAJOLI continúa reconociendo como inevitable un cierto margen de discrecionalidad en toda interpretación jurídica, pero siempre dentro del marco del modelo del «carácter lo más cognoscitivo posible de la subsunción y de la aplicación de la ley» por parte de los jueces. Este modelo tiene en la obra de FERRAJOLI una doble faz: por una parte, de manera expresa, es un ideal regulativo que, junto a la crítica de la ilegitimidad de la discrecionalidad judicial, propugna el ideal ilustrado de la «ciencia de la legislación», que ahora reclama un lenguaje constitucional y legislativo «lo más simple, claro y preciso posible»²²; pero por otra parte, aunque de manera más implícita, se ha de considerar un modelo no sólo realizable sino incluso ya de hecho razonablemente realizado en sus rasgos generales, de manera que en los sistemas constitucionales de referencia la discrecionalidad judi-

o bien son jurídicas pero superfluas si ya pueden deducirse de normas jurídicas en las que se han plasmado detalladamente, o bien, incluso aunque estén plasmados en la constitución, son meros postulados no obligatorios jurídicamente que, dada su inevitable plurivocidad, pueden ser interpretados discrecionalmente por legisladores, jueces y funcionarios, lo que no excluye el riesgo de que la justicia constitucional las tome como criterio: «en ese caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable», por lo que «la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible» (*ibid.*, 143). Como se verá enseguida, esta última es una conclusión ahora expresamente asumida por FERRAJOLI, quien aun siendo tan «relativista» como KELSEN en materia valorativa, no acepta sin embargo el resto de la argumentación kelseniana.

²¹ Cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., nota 91.

²² Para las citas anteriores, cfr. «Constitucionalismo principialista...», cit., § 6, texto anterior a la llamada a nota 91 y sucesivo a la de nota 94.

cial existente ha de considerarse meramente fisiológica, es decir, esporádica y marginal, y no una manifestación patológica que haya verificado los temores de KELSEN.

La presuposición de FERRAJOLI de que el sistema constitucionalista, de hecho y a grandes rasgos al menos, no adolece de una discrecionalidad patológica, que me parece necesaria para el sostenimiento de su construcción, viene avalada y reforzada en sus últimos escritos por la tesis teórico-descriptiva de que los conflictos entre los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos son mucho más limitados en cantidad y en calidad de lo que suele reconocerse. En cantidad, porque para él los diversos derechos tienen estructuras distintas que excluyen la posibilidad de que entren en conflicto entre sí (por ejemplo, dice, los derechos de libertad que consisten en inmunidades o en meras facultades son límites inderogables para los derechos de autonomía negocial). Y en calidad porque en los casos restantes, relacionados con la vaguedad ocasional de algunas previsiones normativas sobre los límites de los derechos, según él la ponderación no afecta en realidad a los principios sino a las circunstancias de hecho que pueden justificar o no su aplicación, lo que, concluye, no es esencialmente diferente a la labor de interpretación y ulterior subsunción de las reglas.

Las dos anteriores afirmaciones me parecen profundamente problemáticas y no es necesario un largo comentario para concluir que están lejos de poder explicar y justificar el diagnóstico de FERRAJOLI sobre el carácter meramente fisiológico de la discrecionalidad abierta por las normas constitucionales. Ante todo, la tesis de que los derechos constitucionales no son conflictivos entre sí salvo marginalmente, es una propuesta normativa, hecha como tal desde un determinado punto de vista teórico o dogmático-jurídico —y, por cierto, siempre bajo la inevitable y nada «extraña» pretensión implícita de que sólo hay una respuesta o solución correcta²³—, pero en absoluto una afirmación que pueda describir adecuadamente la práctica de nuestros sistemas constitucionales. Salvo en la teoría propuesta por FERRAJOLI (o en la de cualquier otra teoría que diseñe un esquema de soluciones unívoco y coherente, aunque sea de signo ideológico distinto), los enunciados constitucionales, y en mayor medida cuando establecen derechos, tienden de hecho a entrar en conflicto entre sí por la sencilla razón de que siempre pueden ser interpretados a la luz de valores o principios con distinto alcance, y ello es así tanto si esos valores o principios están reconocidos expresamente en la constitución de que se trate, lo que es bastante usual, como si se le pueden atribuir como criterios implícitos, lo que viene alentado por la cultura del constitucionalismo. Esa es la razón de la dominante extensión y expansión de la ponderación, que no es otra cosa que esa forma particular de interpretación por la que, cuando el intérprete considera que existen varios principios en tensión que gravitan sobre el caso, se sopesa la mayor relevancia de alguno de ellos.

Tampoco la segunda tesis de FERRAJOLI es en absoluto convincente. En efecto, su afirmación de que en la mayoría de los casos difíciles la ponderación se refiere a las circunstancias de hecho y no a los principios, de modo que se trataría de casos ordinarios de interpretación meramente aplicativa, parece que viene a proponer una

²³ Que es siempre la propia del punto de vista interno, es decir, la de quien propone la respuesta o solución y no, como FERRAJOLI reprocha indebidamente a DWORKIN, «la más constatada y difundida en la práctica jurisprudencial» (cfr. «Constitucionalismo principalista...», cit., § 4, en el párrafo anterior a la llamada a nota 41).

doble distinción que en realidad no distingue nada: la doble distinción interrelacionada entre, de un lado, principios (que se ponderan) y circunstancias de hecho (que se interpretan y subsumen) y, de otro lado, entre ponderación (en sentido fuerte) e interpretación subsuntiva. Si, como yo lo pienso, las circunstancias de hecho, sean más o menos amplias y más o menos explícitas, no son más que la condición de aplicación de la norma aplicable, la interpretación sobre si un caso está cubierto por una norma comportará ponderación en sentido fuerte en la medida en que el intérprete considere que existen principios relevantes que apuntan a distintas soluciones. Por lo demás, la relación entre ponderación y subsunción no es de distinción alternativa, tipo *aut aut*, sino que se trata de categorías no necesariamente incompatibles en la medida en que la subsunción no es más que la operación que concluye y permite presentar como lógico el más o menos complejo proceso de interpretación y, en su caso, ponderación, previamente realizado por el aplicador.

Para ir concluyendo: frente a una cultura interpretativa como la del constitucionalismo, de la que, para bien y para mal, participa el criterio de FERRAJOLI de la aplicabilidad normativa de los enunciados de principios y derechos contenidos en las constituciones, me parece francamente insuficiente apelar desiderativamente al «desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, así como también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible»²⁴.

Compartiendo la desconfianza de Luigi FERRAJOLI hacia la creatividad judicial y su visión de los principios no como criterios esencialmente distintos de las reglas sino como normas más generales y abstractas, no comparto sin embargo su ilustrada y decimonónica confianza en el legalismo. La solución a los excesos interpretativos del principialismo, si es que existe tal solución y en la limitada medida en que pueda existir, no está tanto en elaborar normas constitucionales más detalladas y prolijas como en dar peso a criterios como el de la integridad, en propiciar un mayor respeto a los precedentes del que existe en la cultura jurídica continental y, en fin, en exigir de los jueces y juristas argumentaciones rigurosas, ricas y profundas sobre los asuntos en juego. En lo esencial, reconocer el valor normativo de las constituciones, con sus principios, reglas y derechos bajo la protección del control judicial, y pretender mantener a la vez una doctrina subsuntiva de la interpretación es como buscar la cuadratura del círculo. Y aunque en nuestro caso el imposible no sea matemático sino sólo jurídico, también aquí la cuenta sigue sin cuadrar.

²⁴ «Constitucionalismo principialista...», cit., § 6, texto sucesivo a la llamada a nota 94.