



ENTREVISTA A LUIGI FERRAJOLI

Por Alfonso García Figueroa

www.cienciaspenales.net

[www.cienciaspenales.net]

Entrevista a Luigi Ferrajoli

Por Alfonso García Figueroa

El profesor italiano Luigi Ferrajoli (Florencia, 1940) apenas requiere presentación entre los juristas latinos de uno y otro lado del Atlántico. La vasta obra del profesor de la Universidad de Roma III recorre amplios campos de la ciencia del Derecho, pero en todos ellos nuestro autor se compromete invariablemente con una noción central, prácticamente una consigna: el “garantismo”. Expuesta en su magna obra Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal (Ferrajoli 1995), esta doctrina omnicomprensiva se proyecta sobre la filosofía jurídica y política, pero también sobre la dogmática constitucional, penal y procesal.

Derechos y Garantías se complace, pues, en recoger entre las páginas de su primer número las reflexiones de uno de los juristas más influyentes de las últimas décadas. Este homenaje se añade a otra muestra de empatía apenas disimulada: el propio nombre de nuestra revista rinde tributo al objeto de estudio predilecto de nuestro autor e incluso coincide sustancialmente con el título de una de sus últimas publicaciones en español, la recopilación Derechos y garantías. La ley del más débil (Ferrajoli 1999).

Sólo una acotación previa a la que nos obliga el transcurso del tiempo. Las respuestas definitivas de Ferrajoli fueron recibidas el 28 de agosto de 2004. Como el lector comprobará, muchas de las advertencias que Ferrajoli formula sobre la situación internacional están adquiriendo con el tiempo un aire absolutamente actual y cada día que pasa, por desgracia, un carácter premonitorio.

La era de los jueces

Alfonso García Figueroa (AGF): *Tu carrera es la de un académico, pero también ha sido la de un juez (1967-1975). ¿Qué recuerdos conservas de esta experiencia con el Derecho vivo? ¿En qué aspectos y en qué medida consideras que esta circunstancia ha influido sobre tu concepción general del Derecho?*

Luigi Ferrajoli (LF): Se trató de una experiencia decisiva en mi formación. Comencé mi labor de juez cuando llevaba algún año ocupado en los estudios de teoría del Derecho, de lógica y de metodología de la ciencia, con una fuerte inclinación a la abstracción (fue en aquellos años cuando puse en marcha, bajo la dirección de Norberto Bobbio, el proyecto de una teoría axiomatizada del Derecho, de la que publiqué un fragmento rudimentario en 1965 y uno más extenso en el 1970). La labor de juez –como juez de primera instancia, tanto civil como penal- me puso rápidamente con los pies en el suelo. Ante todo, como es obvio, por la experiencia práctica de la aplicación de la ley, con todos los problemas y las decisiones que ella comporta. En segundo lugar porque tuve la fortuna de tener aquella experiencia en los años de la contestación *sesentayochesca*, que fueron también, en Italia, años de profunda transformación de la cultura de los jueces. Participé, precisamente en los años sesenta, en la fundación de “Magistratura Democratica”, una asociación de jóvenes jueces dedicados a la reflexión crítica sobre su papel, a partir de cuyo ejemplo se constituyó en España en los años setenta, por mérito de Perfecto Andrés Ibáñez entre otros, “Justicia democrática”, convertida más tarde en “Jueces para la democracia”. Nuestra empresa se dirigió principalmente al análisis y a la crítica de las injusticias cotidianas en perjuicio sobre todo de los sujetos más débiles, así como de los aspectos de inconstitucionalidad en

nuestro ordenamiento, en el que convivían la Constitución de 1948 –una de las más avanzadas de su tiempo- y una legislación todavía en gran parte fascista. Fue esta la base sobre la que impugnamos entonces el tradicional modelo del juez como “boca de la ley”, impracticable por la divergencia y contradicción entre Constitución y ley ordinaria, y teorizamos el papel de la jurisdicción como función de garantía de los derechos fundamentales establecidos en el texto constitucional.

AGF: En las últimas décadas se advierte un reforzamiento institucional de los órganos jurisdiccionales en las culturas jurídicas europea continental e iberoamericana. Da la impresión de que el fenómeno tiene que ver con el nuevo papel que asume el aplicador del Derecho en los Estados constitucionales. ¿En qué medida y bajo qué justificación se resiente el principio democrático ante esta transformación? ¿qué deberíamos hacer para aliviar la tensión entre democracia y derechos fundamentales?

LF: La expansión del papel y de los ámbitos de la jurisdicción es un efecto de la expansión del Derecho (y de los derechos) como técnica de regulación y de limitación de los poderes. Cuanto más se extienden los límites y los vínculos jurídicos, tanto más se amplía el espectro de las posibles violaciones –de los actos virtualmente ilícitos o inválidos- y con ello el papel de la intervención judicial dirigido a detectarlas y a sancionarlas o repararlas. El crecimiento de este papel es, pues, un componente inevitable de la extensión del Estado de Derecho, esto es, de la sujeción de los poderes al Derecho, y conjuntamente el signo de la efectividad que he llamado “secundaria” de sus normas (frente a la efectividad “primaria”, que consiste en su observancia). La única especificidad del Estado constitucional de Derecho es que con él la regulación y la limitación del poder se han extendido a la función legislativa y, más en general, a los poderes representativos en los cuales se expresa la democracia política.

Sin embargo la dimensión política es a mi juicio sólo una de las dimensiones de la democracia –la dimensión formal, relativa a las formas representativas (del quién) y mayoritarias (del cómo) de la producción normativa –al que el constitucionalismo rígido ha añadido una dimensión sustancial: precisamente la de los límites y los vínculos dictados por derechos fundamentales, en relación con los contenidos de las normas producidas, esto es lo que no debe y lo que debe ser decidido por cualquier mayoría. Bajo este aspecto los derechos fundamentales –“universales” en el sentido de conferidos a todos en cuanto personas y/o ciudadanos capaces de obrar– son ciertamente un límite a la democracia política y a la soberanía popular: el límite de lo indecible (qué y qué no). Pero bajo otro aspecto, ellos diseñan sus formas y dimensiones como fragmentos igualmente de la soberanía popular por encima de todos y cada uno: no sólo la dimensión liberal, generada por los derechos de libertad, y la social, generada por los derechos sociales, sino también la política, generada precisamente por la universalidad de los derechos políticos. Sin la inviolabilidad de los derechos fundamentales por parte de las mayorías no existiría democracia: ni siquiera la democracia política, que no sólo consiste en el ejercicio de la clase específica de derechos que son los derechos políticos, sino que bien puede ser suprimida junto con todo el resto de los derechos fundamentales, tal como han mostrado las experiencias fascistas de principios del siglo XX en Italia y en Alemania, por las contingentes mayorías políticas.

Entre democracia y derechos fundamentales existe, en breves palabras, mucho más que tensión, un nexo biunívoco: la democracia se define y se declina en sus diversas dimensiones a través de otras tantas clases de derechos fundamentales. Y el mismo nexo existe entre jurisdicción y democracia. Por un lado la jurisdicción, ordinaria y

constitucional, no es otra cosa que la aplicación de la ley, es decir, de la voluntad popular como se ha expresado democráticamente en las leyes ordinarias y en las constitucionales. Por otro lado, precisamente por ser aplicación de la ley, es una función de garantía de la legalidad democrática, y en particular de los derechos fundamentales, interviniendo no ya en los ámbitos legítimos de la política, sino sobre sus ámbitos ilegítimos, que son el resultado de actos ilícitos o inválidos por parte de los titulares de los poderes públicos.

AGF: Figuras como Di Pietro e Ilda Boccassini en Italia; Marino Barbero y Baltasar Garzón en España o Juana Méndez y Gertrudis Arias en Nicaragua son exponentes diversos de un fenómeno de creciente protagonismo de los jueces en la sociedad. ¿Cuál es su interpretación de las causas de esta tendencia y qué valoración le merece la situación actual?

LF: El proceder de estos jueces es por encima de todo un signo de efectividad secundaria, cuando no primaria, del Estado de Derecho: de sus normas secundarias o procesales, cuya aplicación está prevista en el caso de inefectividad de sus normas primarias o sustanciales. Se comprenden las reacciones de intolerancia de los representantes políticos, habituados a una larga tradición de impunidad. No se comprenden en cambio sus argumentos, comenzando por la acusación de politización. Esta acusación no se sostiene. Los jueces han dejado de hacer política desde el momento en que han comenzado a aplicar la ley también a los poderosos, es decir, a tomar en serio el principio de igualdad y su función de aplicación y sujeción exclusiva a la ley.

Un discurso completamente distinto exigen el protagonismo de los jueces en el sentido deteriorado de exhibicionismo, que obviamente contrasta con elementales principios de deontología judicial, y sobre todo el juicio sobre el desarrollo de algunos procesos contra representantes del mundo de la política y de la economía. En estos procesos hemos asistido a veces a graves y múltiples violaciones de las garantías procesales. Y el hecho de que estas violaciones sean ampliamente inferiores a las cometidas comúnmente en todos los demás procesos no representa en absoluto una justificación. Siempre, y más que nunca en estos procesos, aunque sólo fuera por la atención reservada a ellos por los *media*, cada quiebra de garantía, cada condena de un inocente es también una condena de la jurisdicción, que tiene el efecto de desacreditar y deslegitimar. Y ha sido una muestra de miopía y de regresión de las asociaciones de magistrados no haberlas estigmatizado severamente en cada caso.

Concepciones del Derecho y metodología jurídica

AGF: En uno de tus trabajos hablas de una “extraña jerarquía de nobleza” que algunos juristas asumen:

“Primero, el derecho civil, luego, el derecho público, después, el penal, y sólo al final el derecho y la práctica judiciales. Como si, cuanto más contaminado de violencia esté el derecho e incierta sea su legitimación, tanto menos estudio y reflexión teórica y axiológica merezca...” (Ferrajoli 2000, 109-110)

Dada la perspectiva profundamente conceptual que adoptan la teoría y la filosofía del Derecho en general, ¿cómo cabría interpretar sus palabras en relación con estas dos nobles disciplinas?

LF: Me temo que nuestras dos nobles disciplinas se colocan en el vértice de la jerarquía de las noblezas disciplinarias y precisamente por esto se inclinan a menudo a ignorar la legalidad violenta y las prácticas ilegales de las que hablé en el artículo recordado por ti.

AGF: Tu teoría del Derecho se compromete con la tradición positivista y la tradición analítica, pero al mismo tiempo se mantiene atenta a una nueva forma de contemplar el Derecho, una nueva visión in fieri, a la que tú mismo te refieres como “paradigma del constitucionalismo” (Ferrajoli 1999, 22).

¿Qué queda de la tradición positivista y de la filosofía de orientación analítica en el actual panorama iusfilosófico particularmente en Italia? Por otra parte, ¿dónde se sitúa tu teoría en relación a las de autores neoconstitucionalistas como Alexy, Dworkin o Nino?

LF: El paradigma constitucional teorizado por mí no es otro que el paradigma de las actuales democracias constitucionales, estructuralmente diverso del paleojuspositivista del Estado legislativo de Derecho, mas no por ello menos, sino antes bien aún más anclado al principio juspositivista de legalidad. Ello equivale, como he escrito en otras ocasiones, a un complemento tanto del Estado de Derecho como del positivismo jurídico, comportando de un lado la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, que en regímenes desprovistos de constituciones rígidas es un poder absoluto, y de otro la positivización también del “deber ser” del Derecho, es decir, de las determinaciones sustanciales a las que el legislador ordinario debe atenerse bajo pena de invalidez, estipuladas como normas positivas en esos pactos de convivencia que son las constituciones.

Distinguiría entre los tres autores por ti citados. El jusnaturalismo tendencial verificable en sus tesis tiene explicaciones diversas. En Dworkin se explica con el hecho de que escribe teniendo como principal referente sistemas de *common Law*, dentro de los cuales el principio de legalidad es menos exclusivo que en nuestros ordenamientos e inevitablemente es más amplio el papel normativo e innovador de la jurisprudencia. En Nino y sobre todo en Alexy tengo la impresión de que se pueda advertir una especie de cognitivismo ético o, cuando menos, la sustancial negación de la separación entre Derecho y moral que representa un corolario del positivismo jurídico.

AGF: A propósito de la tradición analítica, en Ferrajoli 2000 (pág. 51) leemos: “...desde sus inicios la filosofía jurídico-analítica italiana ha estado tan avanzada en el plano filosófico y metodológico como rezagada en el plano teórico-jurídico”. Supongo que desearías que estos iusfilósofos fueran más “juristas-filósofos” que “filósofos-juristas”, por usar la expresión de Bobbio (1990, 95). ¿En qué medida la filosofía del Derecho de orientación analítica es responsable de la distancia que separa a los estudiosos de teoría del Derecho y dogmática jurídica?

LF: En el texto que refieres lamentaba la distancia entre la teoría del Derecho y las disciplinas jurídicas positivas, debida principalmente a dos factores. El primero es la formación cultural de la mayor parte de nuestros teóricos del Derecho, usualmente

desprovistos de una adecuada cultura jurídica especializada. Con algunas importantes excepciones –estoy pensando por ejemplo, en Italia, en Giovanni Tarello y en Riccardo Guastini- nuestros teóricos tienen escasos y tan sólo ocasionales encuentros con la literatura dogmática y aún menos con la práctica del Derecho. El segundo factor, ligado al primero, es una cierta involución escolástica y autorreferencial de nuestra filosofía jusanalítica, dedicada sobre todo a cuestiones metateóricas o sobre temas de lógica deóntica que no consiguen concitar el interés de los juristas positivos.

AGF: La historia del pensamiento jurídico ocupa un lugar importante en tus planteamientos (por ejemplo, Ferrajoli 1996a). Sin embargo, la filosofía del Derecho analítica suele exhibir una cierta indiferencia hacia esta dimensión. ¿Qué opinión te merece esta situación?

LF: También en este terreno no desmerecen las numerosas excepciones: me limito a recordar en Italia las contribuciones de Giovanni Tarello, de Paolo Comanducci, de Mauro Barberis y, antes aún, de Norberto Bobbio. Piénsese además en los muchos escritos histórico-políticos de Ernesto Garzón Valdés. Comparto sin embargo tu juicio sobre el escaso interés mostrado por los estudios de teoría y de filosofía analítica del Derecho por la historia del pensamiento jurídico y sobre todo del Derecho y de las instituciones. Es un desinterés, me parece, que se explica con el mismo *déficit* de empirismo que está en la base del escaso interés por la dogmática y la práctica jurídica.

AGF: Tampoco la cuestión de la ideología en el Derecho parece gozar de mucho éxito entre estos autores... Eso no significa que no le confieran importancia como se desprende de los trabajos de Scarpelli, Tarello o Wróblewski... Sin embargo, muy a menudo parece que el reconocimiento de tal relevancia suele estar desprovisto de un ulterior compromiso. Se enuncia el problema sin entrar a tratarlo...

LF: Estoy de acuerdo. Las ideologías y los juicios de valor suelen ponerse de manifiesto sólo para exorcizarlos. Existe en nuestra filosofía jusanalítica, y más en general en nuestra cultura jurídica, una especie de temor pánico a las “ideologías”, entendidas además en el sentido más lato que incluye cualquier valoración crítica del Derecho positivo identificada en todo caso como un signo de no “cientificidad”. Es el legado –a mi juicio “ideológico”, en la medida en que impide reconocer cuando menos el carácter convencional, fruto por ello de decisiones, de nuestras asunciones y definiciones teóricas- de una triple tradición: la teoría pura de Hans Kelsen, el radicalismo verificacionista del primer neopositivismo lógico y la concepción pandectística de la doctrina jurídica como ciencia autónoma, inmune a las contaminaciones sociológicas o politológicas. Esta rígida epistemología a menudo ha llevado nuestros estudios a ignorar la dimensión pragmática de la teoría del Derecho: una dimensión que es común a todas las teorías empíricas, y que es tanto más relevante en la teoría del derecho, la cual no se ocupa del movimiento de los astros sino de ese artificio construido por los hombres –y por sus mismas teorías- que es el Derecho positivo. Es asimismo resultado de ello en muchos casos una falta de compromiso civil y político de nuestros estudios en torno a los nexos entre democracia y Derecho, en contraste, entre otras cosas, con las enseñanzas de nuestros maestros, desde el mismo Kelsen hasta Norberto Bobbio.

AGF: Antes hablábamos de lo que queda de la orientación analítica del Derecho. En un sentido semejante, ¿qué nos queda del marxismo? En la cultura jurídica italiana la tradición crítica ha transitado desde el uso alternativo de los años 60-70 al garantismo de los 80-90...

LF: La relación de muchos de nosotros con el marxismo ha sido y es todavía ambivalente. Pienso, por un lado, que el pensamiento democrático tiene una gran deuda con los planteamientos de Carlos Marx: por su lección de realismo, por su análisis de la explotación del trabajo y de las desigualdades y de los conflictos de clase, por habernos enseñado a asumir el punto de vista de los sujetos más débiles que bien podemos identificar con el punto de vista de los sujetos de derechos fundamentales insatisfechos. Siempre recuerdo el bello pasaje de Bobbio en *Politica e cultura*, de hace casi medio siglo: “Si no hubiésemos aprendido del marxismo a ver la historia desde el punto de vista de los oprimidos, obteniendo una nueva e inmensa perspectiva sobre el mundo humano, no nos habríamos salvados. Habríamos buscado refugio en la isla de nuestra interioridad privada, o bien nos habríamos puesto al servicio de los viejos patrones”¹

Por otra parte debemos reconocer que la contribución teórica del marxismo al Derecho ha sido poco más que nula. No sólo eso. Esta carencia teórica ha terminado por avalar –a la sombra de fórmulas vacías como la idea del Derecho como superestructura, la dictadura del proletariado y la predicción de la extinción del Estado- la devaluación, o peor, el desprecio por el Derecho que han representado, creo, una de las razones principales del fracaso histórico de aquella esperanza del siglo que fué el comunismo. Aquella devaluación y aquel desprecio han embestido de hecho el legado más precioso de la tradición liberal: el principio de legalidad, es decir, la idea del Derecho y de los derechos como conjunto de reglas, de límites y controles sobre el poder político, sustituida por la confianza en un poder tenido por bueno por ser “revolucionario”. Ha sido una enésima y lamentablemente trágica versión de la idea del gobierno de los hombres en lugar del gobierno de las leyes.

En cuanto a la fórmula del “uso alternativo del Derecho”, fué poco más que el título de un congreso de juristas democráticos de extracción y formación diversas, desarrollado en Catania en mayo de 1972. Con ella entendemos esencialmente –más allá de los múltiples significados que en los años sucesivos se le asociaron- un uso del Derecho que tomase en serio las constituciones: esto es, aquel “deber ser” jurídico-constitucional del Derecho, entonces ampliamente ignorado en Italia por la doctrina y por la jurisprudencia dominantes, como alternativa a su “ser” constitucionalmente ilegítimo. Al menos para mí, aquella divergencia entre el “Derecho que es” y el “Derecho que debe ser” sobre la base del Derecho mismo expresado por las constituciones –brevemente, el *Derecho inválido* o *ilegítimo*: un inaceptable *oximoron* según la ortodoxia kelseniana- ha sido siempre un tema central de reflexión teórica.

¹ "Se non avessimo imparato dal marxismo a vedere la storia dal punto di vista degli oppressi, guadagnando una nuova, immensa prospettiva sul mondo umano, non ci saremmo salvati. O avremmo cercato riparo nell'isola della nostra interiorità privata, o ci saremmo messi al servizio dei vecchi padroni".

AGF: La actitud de las corrientes críticas ante el Estado y los derechos humanos ha sido tradicionalmente ambigua, vacilante entre la sublimación y la satanización. Desearía conocer tu opinión sobre el siguiente argumento de Robert Alexy (2000, 32):

“Cuando hay un derecho moral, por tanto, un derecho fundamentable frente a todos, como el derecho a la vida por ejemplo, entonces debe haber también un derecho fundamentable frente a todos a la creación de una instancia común para hacer cumplir aquel derecho (...) La instancia común que ha de establecerse para el cumplimiento de los derechos humanos es el Estado. Por lo tanto, existe *un derecho humano al Estado*”.

Personalmente, el sintagma “derecho humano al Estado” me causa una cierta extrañeza, ¿podrías ayudarme a descubrir por qué y a saber si se trata de una sensación justificada?

LF: La tesis de Alexy quiere decir, me parece, que son necesarias instituciones jurídicas de garantía. La referencia al Estado me parece sin embargo excesivamente genérica. Ciertamente, si por “Estado” se entiende el artificio jurídico, en el sentido hobbesiano, es obvio que la garantía de los derechos pasa por la construcción de tal artificio. Pero evitaría hablar genéricamente de Estado, aunque sólo fuera para no avalar una legitimación ético-política del Estado, sea cual fuere. He distinguido en otras ocasiones entre instituciones (y funciones) de gobierno e instituciones (y funciones) de garantía. Diría entonces que tener un derecho equivale a tener un derecho a las correspondientes garantías, aseguradas por las funciones e instituciones de garantía. Tengo la impresión de que sea ésta una tesis poco más que tautológica, dado que es objeto del derecho precisamente la omisión de la lesión que lo viola o la comisión de la prestación que lo satisface, las cuales son simultáneamente objeto de la prohibición correlativa o de la obligación correlativa en la que consiste su garantía. Pero la suscribo de buen grado, si vale para reforzar una tesis que comparto.

AGF: A propósito de Alexy, en su reciente epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales (Alexy 2002), el profesor de Kiel ha vuelto a defender su concepción de los derechos fundamentales como principios. Aparentemente la teoría ferrajoliana no parece particularmente interesada por esta categoría normativa. ¿Tiene algo que ver con ello tu “spinozismo jurídico”, como lo ha llamado Ermanno Vitale (2001, 68), un racionalismo quizá más proclive en teoría del Derecho a la conceptualización del sistema jurídico a través de reglas?

LF: Que los derechos fundamentales expresen principios no está en modo alguno en contradicción con la tesis de que constituyen asimismo normas. La distinción entre principios y normas, a la que tú mismo has dedicado el buen libro *Principios y positivismo jurídico* del 1998 (García Figueroa 1998), es seguramente una distinción fecunda en muchos aspectos. Sin embargo tienes razón al decir que no la he tematizado nunca como distinción teórica. No me convence, de hecho, la contraposición entre principios y normas, precisamente porque ésta, en ordenamientos como los nuestros, dotados de constituciones rígidas, corre el riesgo de oscurecer el hecho de que los principios constitucionales –como la igualdad, la prohibición de la guerra, los derechos fundamentales– son *también* normas de Derecho positivo. En otras palabras, temo que pueda ser confundente, y debilitar el paradigma constitucional, la idea de que tales

principios, en los juicios por ejemplo de los Tribunales Constitucionales, no sean puestos de relieve también como reglas, aplicadas a las leyes inválidas, ni más ni menos que cualquier otra norma en cualquier otro juicio. Ciertamente, los principios “implícitos” o peor “extrasistemáticos”, como los llamas en tu libro, y más en general todos aquellos creados por la jurisprudencia tienen una diversa fuerza vinculante y desarrollan un papel diverso de las normas consistentes simplemente en reglas, y merecen por ello, por su relevancia en la argumentación jurídica, ser tematizados como categoría autónoma. Pero no veo una diferencia sustancial entre principios y reglas en cuanto que los primeros sean enunciados expresamente por normas de Derecho positivo. También los principios en tal caso, incluso con la discrecionalidad judicial siempre ligada a la interpretación de las normas, son “aplicados” a sus violaciones. Una ley que introduce una discriminación personal, o un delito de opinión, o una indebida limitación del derecho de huelga, por ejemplo, es contemplada como inválida (o como incoherente, o como violación) bajo el principio de igualdad, o la libertad de manifestación del pensamiento o el derecho de huelga constitucionalmente establecidos, de forma no distinta a como un contrato viciado por causa ilícita o por violencia o amenaza, es contemplado como inválido bajo las normas del Código civil que prevén tales vicios como razones de nulidad.

AGF: La importancia que adquiere la argumentación jurídica en los Estados constitucionales a causa de la jurisprudencia constitucional, parece sugerir que una teoría de la argumentación habría de ser una pieza clave en el sistema de legitimidad del Estado constitucional ¿Qué opinión te merece el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica particularmente a partir de los trabajos de autores como Alexy, MacCormick, Peczenik o Aarnio?

LF: Estoy absolutamente de acuerdo sobre la enorme relevancia de la teoría de la argumentación jurídica y sobre la gran importancia de las contribuciones de Alexy, de MacCormick, de Peczenik y de Aarnio. No enfatizaría, sin embargo, la discrecionalidad de los jueces constitucionales, que no es necesariamente mayor que la de cualquier juez. El grado de discrecionalidad en la interpretación y en la aplicación de la ley siempre depende, esencialmente, de la taxatividad del lenguaje legal, esto es, de su univocidad y precisión. También es cierto que los textos constitucionales son formulados a menudo con un lenguaje retórico y vago. Pero no menos vagas y polisémicas son muchas normas penales, sobre todo aquellas producidas por las actuales legislaciones de emergencia en tema de seguridad. La oscuridad, la inflación y la imprecisión del lenguaje legal son, en fin, vicios comunes y crecientes en todas las legislaciones y en todos los niveles del ordenamiento. Y deberían requerir, por un lado una ciencia de la legislación (en el sentido de Gaetano Filangieri y de Jeremy Bentham) y por otro lado una ciencia de la Constitución, dedicadas ambas a la promoción de un lenguaje legal y constitucional lo más riguroso posible. Añado una tesis que puede parecer singular. La Constitución, a mi juicio, restringe, más que amplía, los espacios de discrecionalidad de los jueces: frente a una norma que en sede de interpretación admita varios significados diversos, de hecho, vale para excluir como inadmisibles los significados que contrasten con normas constitucionales y para admitir sólo los significados coherentes con ellas.

AGF: La impronta ilustrada de tu proyecto teórico es particularmente rotunda. También Habermas se proclama como un defensor del legado de la Ilustración. Sin embargo, las vías de acceso a ese propósito común difieren sensiblemente. El

consensualismo de la teoría de la verdad y de la teoría ética habermasianas se proyecta sobre la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación de Alexy. En este sentido, ¿cuál es tu posición ante esta traslación de la filosofía habermasiana al Derecho? Pido perdón por la insistencia sobre estos autores, pero me interesa confrontar tu posición con las dominantes posiciones kantianas (ilustradas) adaptadas al neoconstitucionalismo...

LF: Tengo un gran respeto por Jürgen Habermas y por su extraordinario papel en la formación y en el desarrollo de un pensamiento jurídico y político democrático. Pero no comparto su concepción consensualista de la verdad, que confunde entre criterios y significados de verdad y puede quebrar, como han mostrado algunas de sus aplicaciones en materia procesal penal, la garantía de la prueba como razonamiento basado sobre lógica inductiva antes que sobre la persuasión. En cuanto a la teoría ética habermasiana, ciertamente compartible en el plano ético-político, no comparto de ella la tendencial integración y superposición en el paradigma constitucional. También el constitucionalismo ético, en no menor medida que el legalismo ético, contradice de hecho aquel postulado del iuspositivismo y de la modernidad jurídica, y en conjunto de la ética liberal, que es la recíproca separación entre Derecho y moral.

Derechos fundamentales y garantías

AGF: No sé si estarías de acuerdo en considerarlo como el núcleo de tu teoría, pero en todo caso parece evidente que uno de los elementos más estimables de tu obra consiste en la separación conceptual de derechos y garantías, frente a su integración kelseniana. Tu planteamiento permite salvar la validez de un derecho a pesar de su deficiente garantía. Pero tu teoría va más allá: cuando un derecho se halla mal garantizado, entonces nos encontramos ante una laguna. Sin embargo, tengo la impresión de que algunos podrían considerar este concepto de laguna excesivamente amplio y sobre todo excesivamente iusnaturalista. La razón consiste en que tal concepto de laguna parece ser el resultado de la diferencia entre el Derecho que es y el que debe ser, un concepto al que quizá se opondrían autores como Kelsen, Alchourrón o Bulygin por sus reminiscencias iusnaturalistas. ¿Qué opinas a este respecto?

LF: Tienes seguramente razón al considerar la separación conceptual entre derechos y garantía como central en mi teoría de los derechos fundamentales y consecuentemente de la democracia constitucional. En cambio pienso que la acusación de derogación de los postulados del positivismo jurídico debe decaer por parte de quienes, comenzando por Kelsen, consideran que no existe derecho si no existe una obligación correspondiente, o incluso si no está prevista una sanción en la hipótesis de su violación. Si, sobre la base de una definición mínima, asumimos que “positivismo jurídico” designa una concepción y un modelo de Derecho en base a los cuales una norma existe si y sólo si es “puesta” o producida por una autoridad legitimada para la producción jurídica, entonces me parece muy poco positivista la tesis que niega la existencia de un derecho incluso formulado en un texto normativo vigente positivamente, por ejemplo constitucional, sólo porque falten otras normas, esto es, las normas que establecen las que he llamado “garantías primarias” (bien las obligaciones, bien las prohibiciones correspondientes) y/o las “garantías secundarias” (bien la previsión de la sanción, bien de la anulación de sus violaciones). Sostener una tesis semejante equivale a la pretensión metateórica y claramente antipositivista de que la

teoría tenga funciones legislativas, incluso en el sentido negativo del poder de decretar la no existencia de normas positivamente emanadas sólo porque éstas no corresponden a nuestras construcciones teóricas. Obviamente, en un sistema nomodinámico, la falta de normas cuya existencia es requerida por otras normas bien puede ser recurrente, no menos que las antinomias, siendo la lógica propia de la teoría y no del Derecho. Pero se trata, precisamente, de “lagunas” en sentido técnico-jurídico, antes que axiológico: entendida la laguna como la ausencia de una norma que cancela la aplicación de otra norma.

En esta noción de laguna no hay nada de iusnaturalista, como se me ha objetado por parte de alguno. Las lagunas en el sentido arriba indicado, de forma no distinta del resto de las antinomias, son seguramente, como tú dices, un reflejo de la divergencia entre “deber ser” y “ser” del Derecho. Pero esta divergencia, a su vez, no tiene nada de iusnaturalista, no discurrendo entre un “deber ser” moral, o político o en todo caso no-jurídico y un “ser” jurídico, sino entre dos niveles normativos del mismo ordenamiento: en breve, entre el “deber ser jurídico” de las normas, es decir, entre las condiciones de validez sustancial establecidas por las metanormas, por ejemplo constitucionales sobre su producción, y su “ser jurídico”, es decir, su existencia o vigor aunque sea viciada. Y es una divergencia en cierta medida inevitable y dentro de ciertos límites fisiológica, porque está ligada, banalmente, a la normatividad del Derecho incluso en relación consigo mismo.

AGF: Tu célebre caracterización estructural de los fundamentales como derechos universales e indisponibles ha sido ampliamente discutida (cfr. Ferrajoli 2001, 30). Permíteme que me extienda en atención a nuestros lectores menos familiarizados con la teoría del Derecho: se ha criticado que hayas considerado la universalidad como un rasgo lógico distintivo de los derechos fundamentales, pues toda norma (iusfundamental o no) podría ser reformulada con un cuantificador universal (todas las personas tenemos derecho a la intimidad, pero también todos los que paguen el precio por la cosa según un contrato de compraventa, tendrán su propiedad) (Guastini 2001 y Jori 2001, 126; en contra Ferrajoli 2001, 159 ss.). Ambas se acogerían al esquema:

$$(x) Fx \rightarrow OGx.$$

Sin embargo, hoy en día muchos piensan que el rasgo estructural distintivo más destacable de los derechos fundamentales consiste en su derrotabilidad (defeseability) y esta propiedad entra en contradicción tanto con la universalidad como con la indisponibilidad. Bajo este punto de vista, la regla R1 “todo el que pague el precio por la cosa será su propietario” se parece a “todos los hombres son mortales”, mientras que el principio P1 “todos tienen derecho a la intimidad” se parece a “todos los pájaros vuelan” porque a veces encontramos pájaros que no vuelan (un pingüino, el canario herido del vecino, etc.) sin que podamos prever todo el conjunto de excepciones ex ante. A diferencia de lo que sucede con R1, P1 (“Todos tienen derecho a la intimidad”) a veces ve quebrar su universalidad (queda derrotada), porque, por ejemplo, Pepa no tiene derecho a la intimidad en el caso A, en que prima el derecho a la información invocado por otros, por ejemplo.

En suma, “todos los hombres son mortales” (y las reglas) permite hacer silogismos del tipo modus ponens (Sócrates es hombre, luego es mortal). “Todos los pájaros vuelan” (y los principios iusfundamentales) no siempre permite hacer silogismos del tipo modus ponens, porque no sabemos cuántas excepciones surgirán en el futuro que

invaliden el cuantificador universal “todos tienen derecho a la intimidad”. ¿Qué opinión te merece la concepción de los derechos fundamentales como principios desde este punto de vista y cómo podemos mantener la idea de universalidad ante el carácter derrotable de los principios iusfundamentales?

LF: He sostenido en varias ocasiones que la expresión “derecho de propiedad” en los usos teóricos corrientes –comenzando por los de los clásicos, de Locke a Marshall- es una expresión ambigua, que no designa una sola clase de derechos, sino dos clases de derechos diversos: a) el derecho de propiedad como derecho fundamental, y precisamente como derecho civil de autonomía privada, universal e indisponible por corresponder igualmente a todos en cuanto personas capaces de obrar; b) el derecho de propiedad como derecho patrimonial, y precisamente como derecho real sobre bienes determinados, singulares y disponibles por corresponder a cada uno con exclusión de los demás. Los dos derechos están ligados, el primero como presupuesto del segundo, pero estructuralmente son del todo diversos. Es por ello claro en qué sentido “todas las personas que pagan el precio de una cosa estipulado en un contrato de compraventa se convierten en propietarios”: en el sentido de que se convierten en propietarios de la cosa objeto del contrato de compraventa, esto es titulares exclusivos sobre ella del derecho real de propiedad, gracias al derecho civil de propiedad, esto es al derecho de llevar a término compraventas, y por ello de adquirir propiedad, conferido a todos en cuanto capaces de obrar.

Es, así pues, esencial distinguir analíticamente no sólo entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, sino también entre derechos civiles y derechos reales de propiedad. La enunciación normativa del derecho de propiedad en las Cartas constitucionales se refiere evidentemente al derecho civil de propiedad, que al igual que todos los demás derechos fundamentales se expresa por una “norma” en el sentido de regla general y abstracta, y no ciertamente los derechos reales de propiedad, que no son normas en el sentido de reglas, sino situaciones singulares predispuestas por las normas del Código civil como efectos de los actos negociales previstos por ellas como su título o causa. Es una cuestión de gramática jurídica. Ninguna norma, constitucional o menor, confiere directamente derechos reales de propiedad, que son siempre y únicamente el efecto de actos singulares, normalmente negociales, consumados en el ejercicio del derecho civil de propiedad. Por esto se puede decir, elípticamente, que los derechos de autonomía, de autonomía privada como el derecho civil de propiedad, o de autonomía política como el derecho político de voto- son derechos-poderes en relación no ya de conflicto sino de subordinación con los otros derechos fundamentales: he dicho “elípticamente” porque son en realidad los actos singulares que ejercen tales derechos que están subordinados a la ley, ordinaria o constitucional, siendo ellos de grado o nivel inferior, en la jerarquía de fuentes, a las normas legislativas o constitucionales y por ello a los derechos fundamentales, incluidos obviamente los mismos derechos de autonomía establecidos por ellas.

Por esto, añado –porque los derechos fundamentales son estructuralmente universales e indisponibles y son por tanto un vínculo ya sea para la política o para el mercado- no comparto en absoluto la tesis de su derogabilidad avanzada en la segunda parte de tu pregunta. Ciertamente los derechos fundamentales son normas complejas, fruto de la interpretación de varios enunciados normativos, de tal modo que su formulación doctrinaria queda siempre integrada por las precisiones que resultan del conjunto de las normas del mismo nivel que concurren a su identificación. En tu ejemplo, el derecho de todos a la intimidad está no ya derogado, sino integrado, si y sólo si se lo considera sobre la base de la interpretación de nuestro entero universo normativo, por la precisión

de que éste no discurre donde prevalega el derecho de otros a la información. Pero esta precisión o integración, más allá de la opinabilidad de las interpretaciones adoptadas, es normativa *ex ante*, y no ya operada arbitrariamente *ex post*: tiene su fundamento en normas del mismo grado o nivel de la del derecho a la intimidad, aunque no sepamos, a causa de las divergencias interpretativas que inevitablemente marcan la aplicación de la ley, en cuáles casos el derecho a la información (y a qué informaciones) será de hecho considerado prevalente sobre el derecho a la privacidad. Análogamente, la tesis “todos los pájaros vuelan” queda integrada de hecho con la precisión “siempre que no sean pingüinos ni estén sus alas amputadas” (mejor sería decir “todos los volátiles vuelan”): pero ésta, de nuevo, es una precisión de tipo general y abstracto, más allá de incertidumbres que podamos tener sobre la gravedad de hecho de las heridas en las alas de los pájaros de los que hablamos, que bien permite, al igual que la norma completa sobre el derecho a la privacidad, el silogismo por *modus ponens*. En ambos casos, así pues, no se trata de “excepciones” que ignoramos, hasta el punto de “invalidar en el futuro el cuantificador universal ‘todos’”, sino de precisiones (del campo de denotación) de las tesis universales, aunque sean remitidas, como todas las tesis lingüísticas, a la discrecionalidad y a las valoraciones del intérprete.

AGF: Según Paolo Comanducci, tu tesis según la cual los que llamas “derechos secundarios de autonomía” son poderes, en cuanto están sometidos en el Estado de Derecho a límites y vínculos legales, instituirían una jerarquía entre derechos fundamentales de tipo normativo antes que descriptivo, contradiciendo con ello la gran división entre ser y deber ser. Por su parte, Riccardo Guastini encuentra no “persuasiva” tres tesis sobre cuya base sostienes “que, bajo el régimen de constitución rígida, la ciencia jurídica (es) una ciencia normativa”: a) la tesis según la cual el reconocimiento de la invalidez sustancial, esto es de “una contradicción entre dos normas”, “sería, en (tu) opinión, un juicio de valor”; b) la tesis según la cual la detección de una “laguna técnica”, como es la que Guastini reconoce en la falta de ejecución por parte del legislador de derechos sociales constitucionalmente establecidos, “sería una directiva, una propuesta, una recomendación –en definitiva, una prescripción, entendida en sentido lato- dirigida al legislador (la prescripción, obviamente, de colmar la laguna en cuestión)” c) la tesis según la cual “el fenómeno de la invalidez sustancial” sería “una peculiaridad de los ordenamientos jurídicos bajo constitución rígida”, allí donde “incluso en un régimen de constitución flexible es inválido por razones sustanciales el reglamento del ejecutivo en conflicto con la ley”, así como “todo acto jurisdiccional o administrativo en conflicto con la ley”. ¿Cómo respondes a estas críticas?

*LF: Conozco estas críticas, ya publicadas en *Analisi e diritto*. 2002-2003, Giappichelli, Turín, 2004, pp. 325-326 y pp. 413-416 y te agradezco la pregunta que me permite aclarar dos cuestiones de gran relevancia, tanto teórica como metateórica.*

A Paolo Comanducci le respondo que no soy yo, sino las constituciones rígidas, que contengan entre sus normas sustanciales derechos fundamentales, las que establecen la jerarquía: la cual es no ya, según la formulación elíptica presentada por Comanducci, entre derechos primarios (sean de libertad o sociales) y derechos secundarios (o de autonomía), sino entre las normas constitucionales por las cuales unos y otros derechos son establecidos y las normas, de nivel inferior, producidas por el ejercicio de derechos secundarios. El desnivel y la diferencia de grado entre estas dos

clases de normas –las constitucionales que establecen derechos fundamentales, sean primarios o secundarios, y las legislativas o negociales, producidas las unas por el ejercicio de los derechos políticos mediado por las instituciones representativas y las otras directamente por el ejercicio de los derechos civiles –se debe en definitiva al hecho de que las primeras son normas sobre la producción de las segundas.

No está claro, por otro lado, por qué el desarrollo de una teoría en vista de la finalidad explicativa “de una específica realidad jurídica, el Estado constitucional de Derecho” (ibid. p. 324), contradiría la gran división, que obviamente también yo comparto. Comanducci afirma que, habiendo yo sostenido que “los derechos secundarios, bien civiles o políticos, siendo ejecutados por actos prescriptivos de efectos jurídicos, son asimismo poderes, en cuanto sometidos, en el Estado de Derecho, a límites y vínculos legales” (ibid. pp. 323-324), mi teoría se habría vuelto “normativa, no sólo en sentido metodológico, como lo era hasta ahora, sino también ético-político” (ibid., p. 324). Nos hallamos ahora ante dos casos: o mi tesis como ha sido arriba referida es (aceptada por Comanducci como) verdadera o bien es (rechazada por él como) falsa. Sólo en este segundo caso, esto es, si se considerara y se argumentara –cosa que no hace y que creo no piensa Comanducci- que en el Estado constitucional de Derecho los poderes (o más exactamente su ejercicio) no están sujetos a la ley, sea ésta constitucional u ordinaria, mi tesis sería en efecto normativa. Si por el contrario la tesis arriba mencionada se comparte, entonces no hay en ella nada de normativo sino la explicación de la estructura normativa del Estado constitucional de Derecho.

En cuanto a las críticas dirigidas a mí por Riccardo Guastini, prometo que nunca he dicho que el reconocimiento de una contradicción entre normas de grado diverso, la una legislativa y la otra constitucional, sea un “juicio de valor”, sino a lo sumo que ello equivale a la “prescripción” de resolverla dirigida al juez encargado de la constitucionalidad de las leyes: que eso equivale, brevemente, a la tesis que Guastini me pone en cuestión en la crítica sub b). Pero a su vez yo no encuentro por mi parte persuasiva la tesis de Guastini según la cual “el reconocimiento de una laguna técnica” – y por otro lado, por tanto, de una antinomia- “es evidentemente algo distinto de la recomendación de colmarla, dirigida al legislador; es una constatación, no una prescripción” (ibid. p. 415). Si es cierto de hecho que en los ordenamientos dotados de constitución rígida existe la obligación del juez constitucional de anular la norma sustancialmente inválida (lo que he llamado “garantía secundaria”) y que a las expectativas positivas, como son los derechos sociales, corresponde la obligación de satisfacerlas mediante leyes adecuadas de ejecución (lo que he llamado “garantía primaria”), la “constatación” de una laguna o de una antinomia –operada evidentemente en el nivel dogmático- equivale a la “prescripción” de resolverlas. Dejemos a un lado la vieja cuestión, tan atormentada como equívoca, de la normatividad de la ciencia jurídica. Guastini convendrá cuanto menos en la tesis de que la dimensión pragmática de los asertos de la teoría que hacen uso de modalidades deónticas –por ejemplo, “a un derecho corresponde la prohibición de violarlo o la obligación de satisfacerlo”, o bien “si existe el permiso de algo, entonces no existe su prohibición” –consiste en el hecho de que ellos, permitiendo “constatar” antinomias y lagunas, sugieren o requieren su crítica, así como la solución por vía legislativa o judicial.

La tercera crítica de Guastini finalmente –aquella según la cual “el fenómeno de la invalidez sustancial no tiene lugar sólo en las relaciones entre fuentes (y por tanto entre normas): tiene lugar asimismo en las relaciones entre normas y actos de aplicación” (ibid. p. 414)- se dirige en parte a una tesis que yo no he sostenido nunca y en parte se basa en un argumento irrelevante. Es innegable, y no sólo no la he negado nunca, sino que siempre la he afirmado, incluso cuando era compartida por todos la

tesis kelseniana de la equivalencia entre “existencia” y “validez”, la existencia en cualquier ordenamiento nomodinámico, aunque esté dotado de constitución flexible, de “actos de aplicación” inválidos sustancialmente por contraste con la ley. Se trata precisamente, como en el caso de las leyes en conflicto con la constitución, de actos destinados también a ser invalidados, cuando se impugne su invalidez, por obra de órganos jurisdiccionales que tienen la *obligación* de anularlas. La verdadera novedad de las constituciones rígidas, extrañamente ignorada incluso cuando sobre ella se basa el entero edificio de la democracia constitucional, consiste en haber generado “el fenómeno de la invalidez sustancial” incluso en relación con las (fuentes de las) leyes, condicionando también su validez a límites y vínculos de carácter sustancial como son, por ejemplo, el principio de igualdad y los derechos fundamentales. Por lo demás el resto de fenómenos de invalidez sustancial, excepción hecha de los reglamentos, se refieren a actos preceptivos singulares –negocios privados, sentencias, disposiciones administrativas- no destinados a ser “aplicados” por ulteriores actos preceptivos y por tanto incomparablemente menos relevantes. Son en definitiva las enormes implicaciones –lo que he llamado “cambio de paradigma”- conexas con el fenómeno de la invalidez sustancial de las leyes en la estructura del ordenamiento y, consecuentemente, de la democracia, lo que Guastini parece inexplicablemente reacio a reconocer.

AGF: Luis Prieto me encarga que te transmita una inquietud a través de una cuestión que me permito reformularte así: Te manifiestas partidario de la promoción y protección de los fines y derechos sociales y al mismo tiempo eres defensor de un Derecho penal mínimo. Sin embargo, últimamente algunas corrientes están defendiendo la expansión del Derecho penal con fines sociales (obligación de tutela penal mínima). ¿Cuál es su posición al respecto?

LF: No veo la aporía planteada por Luis Prieto, al que le agradezco la ocasión que me ofrece para esta aclaración. Desconfío en general de tesis genéricas como la que aludes del uso del Derecho penal con finalidad social. Sin embargo, el paradigma del Derecho penal mínimo no impide, sino que antes bien requiere una refundación de la escala de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal: por ejemplo que se introduzca el delito de tortura (que falta, de manera vergonzosa, en el ordenamiento italiano), o que sean castigadas como delitos agresiones al medio ambiente capaces de amenazar la salud, o que se agraven las sanciones por las violaciones de las medidas previstas contra los accidentes laborales. Ese paradigma, de hecho, exige por un lado la minimización de los hechos previstos como delitos sobre la base de los límites expresados por las garantías penales, comenzando por el principio de ofensividad de bienes o derechos fundamentales; por el otro la minimización de las penas y de la arbitrariedad judicial, sobre la base de los límites y de los vínculos expresados por las garantías procesales.

Algunas cuestiones generales

AGF: Lo sucedido en Iraq ha mostrado un nuevo desorden internacional que nos está sorprendiendo con situaciones imprevisibles tan sólo hace unos años. ¿Qué papel le corresponde jugar a Europa en la escena internacional actual?

LF: Lo que está sucediendo en Iraq está confirmando lamentablemente las más pesimistas previsiones de cuantos se opusieron a la guerra. La guerra no es sólo un crimen de Derecho internacional, sino que es siempre, inevitablemente, criminógena. Agrava y convierte en insoluble todos los problemas que pretende resolver. No sólo no está en condiciones de hacer frente al terrorismo, sino que sólo puede secundarlo, profundizando el odio en las relaciones de Occidente y alimentando con ello su caldo de cultivo. No sólo la ocupación militar –por lo demás acompañada de violencia y torturas sádicas y mortificantes- no está en condiciones no digamos ya de introducir la democracia sino ni siquiera, simplemente, de reestablecer el orden. Ella es asimismo un factor endémico de desorden y de guerra civil.

En cuanto a Europa, lamentablemente brilla por su ausencia, también a causa de sus divisiones. Hoy, si tan sólo se liberase de la subordinación a los Estados Unidos, la Unión Europea podría desarrollar un papel decisivo en la solución de la crisis iraquí y de la palestina y, sobre todo, en el relanzamiento de la ONU como garante de la paz y del orden internacional. Bajo este planteamiento, la primera cosa que debería hacerse, siguiendo el ejemplo de Zapatero, es apostar por la retirada de Iraq de las tropas de ocupación- al menos de las europeas –y por su sustitución con fuerzas de la ONU dependientes y bajo la dirección del Consejo de Seguridad, de acuerdo con lo exigido por el art. 47 de la Carta de las Naciones Unidas. Debería entonces promover inversiones masivas en Iraq para resarcir los daños de la guerra, preparar la recuperación económica, dar un vuelco a los ojos de la población iraquí, si ello es posible, a la horrenda imagen que Occidente ha dado de sí mismo, desactivar o cuando menos aislar la bomba terrorista. Pero todo esto, por más que sea banalmente racional y, en un planteamiento realista, en el interés del propio Occidente, tiene todavía hoy el sabor de una utopía. Parece de hecho que Occidente haya perdido la voz del Derecho, de la política y de la razón y sólo conozca la de las armas.

AGF: ¿Qué está pasando en Italia? ¿cómo sería posible contrarrestar esta “anomalía del todo italiana” del “partido-empresa televisivo” (Ferrajoli 2000, 146; Ferrajoli 1996b)?

LF: El caso italiano es a mi juicio un caso de degeneración de la democracia que debería alarmar a la opinión pública de todos los países democráticos, por el nexo entre dinero y política que exhibe de forma extrema, pero que está contaminando en diversa medida, en casi todos los ordenamientos, la democracia representativa. En un momento de crisis de nuestro sistema político, provocada por el colapso de representatividad y de legitimación de casi todos los viejos partidos, un empresario televisivo, tras haberse enriquecido y haber construido con su apoyo un imperio mediático, organizó en pocos meses una fuerza política que, gracias al control de la información y a las técnicas de la publicidad comercial, ha conquistado el entero electorado de la derecha ganando las elecciones políticas en dos ocasiones. Resultado de ello –a causa de las dimensiones, de la cantidad y de la calidad de las empresas controladas desde esta hacienda-partido-gobierno (en el campo de las televisiones, de los periódicos, de las editoriales, de la cinematografía, de los bancos, de las aseguradoras)- ha sido un gigantesco conflicto de intereses, que se ha resuelto inmediatamente en la primacía total de los intereses privados de su titular sobre los intereses públicos, como lo atestiguan las innumerables leyes *ad personam* que él hizo aprobar para eludir los procesos penales a su cargo y para consolidar su imperio televisivo.

Ahora es claro que un conflicto semejante, o mejor una primacía semejante de los intereses privados sobre los intereses públicos, no es sólo un factor de distorsión de la acción de gobierno en perjuicio de los ciudadanos. Es asimismo un factor de disolución, más incluso que del Estado de Derecho, de aquella separación entre política y economía, entre esfera pública y esfera privada, entre poderes de gobierno y poderes económicos, que se produjo con la superación del Estado patrimonial y que forma parte del constitucionalismo profundo del Estado moderno. Resultan minadas de raíz, más allá del consenso prestado, la representación política, que es representación de los intereses públicos y generales y que supone precisamente esa separación, así como la propia representación jurídica de las instituciones públicas que está precluida por los principios generales y por normas explícitas del Código civil, incluso en las sociedades comerciales, por el conflicto de intereses entre administradores y sociedad.

Una anomalía tal contradice en consecuencia todos los principios, también de Derecho positivo, del Estado de Derecho: constituye, por ejemplo, una violación evidente de la norma, contenida en una ley de 1957, que dispone la inelegibilidad de los beneficiarios de “concesiones o autorizaciones administrativas de notable entidad económica” como son las requeridas a las empresas televisivas. Es por tanto un caso macroscópico de quiebra del Derecho y de sus garantías. Afortunadamente parece que el consenso en torno a esta aventura, a causa de la voracidad y de la incompetencia demostrada por su protagonista, esté reduciéndose progresivamente, y que de este modo se profile, en las próximas elecciones, un cambio de gobierno. Pero esta triste experiencia debería advertirnos de la fragilidad de nuestras instituciones y de la necesidad de apprestare/preparar garantías mucho más eficaces.

AGF: ¿Podrías hablarnos de sus proyectos más inmediatos?

LF: Estoy llevando finalmente a término una teoría general del Derecho y de la democracia, elaborada con el auxilio de la lógica y el empleo del método axiomático, según el viejo proyecto concebido en los años sesenta: la formalización del lenguaje teórico, a través de la definición de todos sus términos a partir de un número limitado de primitivos y la demostración de todas sus tesis a partir de un número limitado de postulados y de definiciones. Se trata de un trabajo mucho más extenso de lo que jamás habría previsto, en el que he intentado elaborar –con las dificultades ligadas al carácter fuertemente vinculante del método adoptado- un modelo al tiempo explicativo y normativo de la democracia constitucional en sus diversas dimensiones (política, civil, liberal y social) y en sus diversos niveles (estatales y supranacionales), sobre la base de la identificación de las funciones correspondientes y las instituciones de garantía. Confío en publicarlo el próximo año (por el año 2005). Posteriormente, si tengo el tiempo y la fuerza, desearía ocuparme sobre todo de los problemas del Derecho y de las relaciones internacionales.

AGF: Para finalizar: no sé si está al corriente de que en estos momentos Miguel Carbonell y Pedro Salazar están preparando desde México una amplia recopilación de ensayos sobre los diversos aspectos de su teoría. El éxito de Ferrajoli entre los juristas de Iberoamérica es impresionante. Dado que el iberoamericano es precisamente el auditorio al que se dirige nuestro postgrado en la Facultad de Toledo en cuya II edición ha participado (enero de 2002) y en su calidad de consejero de esta recién

nacida revista hispano-peruana, ¿qué recomendación nos daría para conseguir interesar a los juristas de nuestros países hermanos en los números sucesivos?

LF: Son muchas y muy diversas las indicaciones programáticas para una revista dirigida a incitar el debate entre teóricos europeos y teóricos latinoamericanos sobre los problemas, diversos y sin embargo cada vez más comunes, que conciernen al futuro de la democracia: desarrollar el trabajo teórico siendo conscientes de su inevitable dimensión pragmática, esto es, de la relevancia que siempre tienen nuestras construcciones en la elaboración de los modelos de Derecho y en la formación del propio imaginario jurídico y político; promover el análisis, lo más realista posible, de la crisis de hecho de la democracia constitucional en nuestros países y de los peligros que amenazan, en el plano internacional, la supervivencia de millones de personas y la pacífica convivencia; criticar a tal fin el Derecho vigente, evidenciando sus aspectos de invalidez e ilegitimidad generados por antinomias, lagunas y violaciones de tantas promesas expresadas por tantas cartas constitucionales, estatales y supranacionales; prefigurar técnicas e instituciones de garantía idóneas para asegurar la paz y la satisfacción de los derechos fundamentales de todos los seres humanos; mostrar, en fin, que en el Estado actual de las relaciones humanas en el mundo no hay nada necesario ni natural, y que por tanto, según un feliz slogan, “otro mundo es (teóricamente) posible”, si es verdad que la economía, el Derecho, la política, la cultura y el propio sentido común son construcciones sociales, de las que todos tenemos una parte de responsabilidad.

AGF: Muchas gracias en nombre de los que hacemos Derechos y Garantías.

(trad. del italiano a cargo del entrevistador)

Obras de Luigi Ferrajoli referidas durante la entrevista

Ferrajoli 1995: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez & al., Trotta, Madrid.

Ferrajoli 1996a: *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Bari (la traducción de la parte segunda de esta obra es el cap. 1 de Ferrajoli 2000).

Ferrajoli 1996b: “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Ibáñez, P.A. (comp.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid.

Ferrajoli 1999: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.

Ferrajoli 2000: *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. de Gerardo Pisarello & al., Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

Ferrajoli 2001: *Los fundamentos de los derechos fundamentales, Debate con Luca Bacelli & al.*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid.

Otras obras citadas

Alexy 2000: Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, trad. de María Cecilia Añaños Meza, en *Derechos y Libertades*, núm. 8, págs. 21-41.

Alexy 2002: Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, págs. 13-64. Ahora en Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004 con presentación de Francisco Rubio Llorente.

Bobbio 1955): Bobbio, Norberto, *Politica e cultura*, introducción a cargo de F. Sbarberi, Einaudi, Turín, 2005.

Bobbio 1990: Bobbio, Norberto, “Naturaleza y función de la filosofía del Derecho”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, págs. 91-101.

García Figueroa 1998: García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista de El no positivismo principialista. Las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Guastini 2001: Guastini, Riccardo, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en Ferrajoli 2001, págs. 57-62.

Jori 2001: Jori, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en Ferrajoli, 2001, págs. 105-137.

Vitale 2001: Vitale, Ermanno, “¿Teoría general del Derecho o fundación de una república óptima?”, en Ferrajoli 2001, págs. 63-73.