LUIGI FERRAJOLI

UN DEBATE SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO

Monográfico revista *Doxa*, núm. 34

Autores

Josep Aguiló Regla
Manuel Atienza
Mauro Barberis
Paolo Comanducci
Pierluigi Chiassoni
Luigi Ferrajoli
Alfonso García Figueroa
Andrea Greppi
Liborio L. Hierro
Francisco Laporta
José Juan Moreso
Giorgio Pino
Luis Prieto Sanchís
María Cristina Redondo
Ángeles Ródenas
Juan Ruiz Manero
Alfonso Ruiz Miguel
Pedro Salazar Ugarte

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

ÍNDICE

Pág.

PRESENTACIÓN 9

CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA, por Luigi Ferrajoli..... 11

EL CONSTITUCIONALISMO IMPOSIBLE DE LUIGI FERRAJOLI, por Josep Aguiló Regla..... 51

DOS VERSIONES DEL CONSTITUCIONALISMO, por Manuel Atienza..... 69

FERRAJOLI, O EL NEOCONSTITUCIONALISMO NO TOMADO EN SERIO, por Mauro Barberis..... 85

«CONSTITUCIONALISMO»: PROBLEMAS DE DEFINICIÓN Y TIPOLOGÍA, por Paolo Comanducci..... 91

UN BALUARTE DE LA MODERNIDAD. NOTAS DEFENSIVAS SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA, por Pierluigi Chiassoni..... 97

NEOCONSTITUCIONALISMO: DOS (O TRES) PERROS PARA UN SOLO COLLAR. NOTAS A PROPÓSITO DEL CONSTITUCIONALISMO JUSPOSITIVISTA DE LUIGI FERRAJOLI, por Alfonso García Figueroa..... 117

SEMÁNTICA, PRAGMÁTICA Y DEMOCRACIA, por Andrea Greppi..... 135

SOBRE LA ODISEA CONSTITUCIONALISTA DE LUIGI FERRAJOLI, por Liborio L. Hierro 149

SOBRE LUIGI FERRAJOLI Y EL CONSTITUCIONALISMO, por Francisco Laporta..... 163

ANTÍGONA COMO *DEFEATER*. SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA DE FERRAJOLI, por José Juan Moreso..... 179

Pág.

PRINCIPIOS, PONDERACIÓN, Y LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL. SOBRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SUS CRÍTICOS, por Giorgio Pino 197

FERRAJOLI Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA. ENSAYO DE INTERPRETACIÓN DE ALGUNAS DIVERGENCIAS, por Luis Prieto Sanchís 227

EL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA DE LA AUTORIDAD JURÍDICA, por María Cristina Redondo 243

VALIDEZ MATERIAL Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA, por Ángeles Ródenas 263

LAS CUENTAS QUE NO CUADRAN EN EL CONSTITUCIONALISMO DE FERRAJOLI, por Alfonso Ruiz Miguel 273

GARANTISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO FRENTE A FRENTE: ALGUNAS CLAVES PARA SU DISTINCIÓN, por Pedro Salazar Ugarte 287

EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. ENTRE PALEO-IUSPOSITIVISMO Y NEO-IUSNATURALISMO, por Luigi Ferrajoli 309

UN DIÁLOGO SOBRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES, por Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero 361

PRESENTACIÓN

UN DEBATE SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO. A PROPÓSITO DE UN ESCRITO DE LUIGI FERRAJOLI

El contenido de este libro reproduce íntegramente el del número 34 de la revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. A este número de *Doxa* le dimos una estructura distinta a la de todos los anteriores, porque estaba dedicado a un solo tema, el del constitucionalismo. Se trata, sin duda, de uno de los problemas más discutidos en los últimos tiempos (al menos, entre los filósofos del Derecho del mundo latino) y eso explica, en cierto modo, que en *Doxa* lo presentásemos bajo la forma de un debate en el que hasta el nombre —«constitucionalismo»— resulta polémico. El número —y este libro que lo reproduce fielmente— se inicia con un escrito de FERRAJOLI, al que siguen 17 comentarios por parte de iusfilósofos de distintas orientaciones (pero todas o casi todas cabrían bajo el rótulo de «iusfilosofía analítica»), una contestación a los mismos por parte de FERRAJOLI y una entrevista que a este último le hace Juan RUIZ MANERO.

En *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista,* Luigi FERRAJOLI contrapone dos tipos de «constitucionalismo jurídico», entendida esta expresión (esta ambigua expresión) en el sentido de una teoría o filosofía del Derecho. El primero, el principialista o argumentativo, sería, en su opinión, al menos «tendencialmente», iusnaturalista y se caracterizaría por sostener la tesis de la conexión (intrínseca o necesaria) entre el Derecho y la moral; por la contraposición fuerte entre principios y reglas; y por atribuir un papel central a la ponderación en el ejercicio de la jurisdicción. Mientras que el constitucionalismo que él defiende, el normativo o garantista, niega esas tres tesis y, a diferencia del primero, sería una concepción positivista del Derecho; mejor aún, según FERRAJOLI, su concepción del Derecho —cuya completa exposición se encuentra en su monumental *Principia juris*— supone algo así como la culminación o el perfeccionamiento del positivismo jurídico. FERRAJOLI considera, por otro lado, que la primera de esas dos concepciones (comúnmente denominada «neoconstitucionalista») es la más difundida, y de ahí su empeño por poner de manifiesto sus debilidades teóricas y sus peligros prácticos. Por positivismo jurídico, por otro lado, entiende «una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozcan como Derecho a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia».

Quienes comentan el trabajo de FERRAJOLI se centran, como es lógico, en la manera cómo el autor de *Principia iuris* entiende esos tres grandes pro-

blemas de la teoría del Derecho contemporánea; repitámoslos una vez más: la relación entre el Derecho y la moral, la contraposición entre principios y reglas, y la ponderación. Algunos de esos autores suscriben una concepción próxima a la de FERRAJOLI y efectúan ciertas críticas a su planteamiento que, por tanto, vienen a ser críticas «internas» en relación con el constitucionalismo o positivismo garantista. Pero la mayoría de los comentarios contienen críticas «externas» que tienden a situarse (con diversos grados de aproximación) en torno a dos polos, a los dos extremos, en relación con los cuales la teoría de FERRAJOLI podría considerarse como el centro: el positivismo jurídico, digamos, clásico, calificado por FERRAJOLI como «paleopositivismo»; y el postpositivismo, al que el iusfilósofo italiano presenta más bien como una forma de iusnaturalismo.

En la contestación final a los críticos (titulada, de manera muy expresiva, *El constitucionalismo garantista entre el paleo-positivismo y el neo-iusnaturalismo*), FERRAJOLI no modifica ninguna de sus tesis teóricas, pero quizás sí que sea posible encontrar en ese texto un cambio de actitud, en cuanto su autor parece reconocer que, al menos en relación con algunos de sus críticos, las diferencias teóricas podrían ser menos radicales de lo que pudiera parecer a primera vista y que, en todo caso, esas diferencias (en realidad, teóricas y metateóricas, pues muchas de ellas conciernen a la forma de entender la teoría del Derecho) son compatibles con un considerable grado de acuerdo en el plano político. Dicho de otra manera, no descarta que todos (o muchos de) los que participan en la polémica quieran lo mismo (o aproximadamente lo mismo: un Derecho comprometido con los valores del Estado de Derecho o, si se quiere, un liberalismo político con más o menos tintes sociales) y que la diferencia estribe más bien en la determinación de cuáles serían las herramientas teóricas y conceptuales más adecuadas para lograrlo.

La entrevista final ayudará sin duda al lector a hacerse una idea más cabal de los planteamientos de FERRAJOLI y puede arrojar también alguna luz sobre diversas cuestiones que aparecen en el debate. Y, en fin, aunque quienes participen en la polémica sean casi sin excepción filósofos del Derecho, los responsables de *Doxa* pensamos que se trata de una discusión que ha de interesar a un público amplio de juristas.

CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA*

Luigi Ferrajoli
Universidad de Roma III

RESUMEN. En este artículo, el autor presenta las diferencias más relevantes entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo garantista. En primer lugar, afirma que el constitucionalismo puede ser concebido de dos formas opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista o como su expansión o perfeccionamiento, realizando para llevar a cabo esta labor una revisión terminológica. En segundo lugar, el autor considera que si las constituciones incorporan principios de justicia de carácter ético-político desaparece el principal rasgo distintivo del positivismo jurídico: la separación entre Derecho y moral o entre validez y justicia. A continuación, considera al constitucionalismo garantista como un iuspositivismo reforzado, completando al Estado de Derecho porque comporta el sometimiento al Derecho y al control de constitucionalidad. En cuarto lugar, el autor afirma que la tesis de que todo ordenamiento jurídico satisface objetivamente algún «mínimo ético» no es más que la vieja tesis iusnaturalista, que termina por convertirse en la actual versión del legalismo ético que es el constitucionalismo ético, en virtud del cual los principios constitucionales se pretenden objetivamente justos. En quinto lugar, el autor realiza una crítica a la contraposición entre principios y reglas, en los que se basa una concepción de la constitución y del constitucionalismo opuesta a la concepción positivista y garantista. En sexto lugar, el autor afirma que la idea de que los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación genera un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política. Finalmente, el autor considera que el constitucionalismo conlleva un debilitamiento y virtualmente un colapso de la normatividad de los principios constitucionales, así como una degradación de los derechos fundamentales establecidos en ellas a meras recomendaciones genéricas de carácter ético-político.

1. EL CONSTITUCIONALISMO ENTRE IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. UNA PROPUESTA DE REVISIÓN TERMINOLÓGICA

Existen diversas concepciones de la constitución y del constitucionalismo jurídico. Un rasgo común a todas ellas puede encontrarse en la idea de la subordinación de los poderes públicos —incluido el legislativo— a una serie de normas superiores, que son las que en las actuales constituciones establecen derechos fundamentales. En este sentido, el constitucionalismo, como *sistema jurídico*, equivale a un conjunto de límites y vínculos, no sólo for-

* Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación 29 de noviembre de 2010.

males sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y, como *teoría del Derecho*, a una concepción de la validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos.

Por otro lado, más allá de este tratamiento común, el constitucionalismo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. La primera concepción, etiquetada comúnmente de «neoconstitucionalista», es, con toda seguridad, la más difundida. La finalidad de esta intervención es sostener, por el contrario, una concepción del constitucionalismo estrictamente «iuspositivista» [1], entendiendo por «positivismo jurídico» una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozcan como «derecho» a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia [2].

---

[1] Luis Prieto Sanchís ha señalado las diferencias más relevantes entre estas dos concepciones del constitucionalismo en «La teoría del derecho de Principia Iuris», en G. Marcilla Córdoba (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 15-42, y en *Id.,* «Principia iuris: una teoría del derecho no neo-constitucionalista para el Estado constitucional», en T. Mazzarese (ed.), *Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre* Principia iuris *de Luigi Ferrajoli*, en *Doxa,* núm. 31, 2008, 325-353. A estas intervenciones de Prieto —como así también a la invitación de Luis Streck a desarrollar una intervención sobre el constitucionalismo en el Congreso brasileño de Derecho constitucional, llevado a cabo en Curitiba los días 20-22 de mayo de 2010— debo el estímulo para escribir este ensayo. Agradezco a Tecla Mazzarese sus penetrantes críticas y sus valiosos consejos, algunos de los cuales me indujeron a realizar relevantes precisiones, mientras que otros quedaron al margen porque son expresión de verdaderos disensos.

[2] Así, H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), tr. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1959, parte primera, X, B, a, 115 (trad. cast. de E. García Máynez, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1949): la «positividad» del Derecho «reside en el hecho de que es creado y anulado por actos de seres humanos»; *Id., Reine Rechtslehre* (1960), tr. it. de M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, cap. V, § 34, *i*, 247 (trad. cast. de R. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979): «No se puede negar la validez de un ordenamiento jurídico positivo a causa del contenido de sus normas. Éste es un elemento esencial del positivismo jurídico»; H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), tr. it. de M. A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, cap. IX, § 1, 217 (trad. cast. de G. R. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968): «Entenderemos por positivismo jurídico la simple tesis según la cual no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproduzcan y satisfagan ciertas exigencias de la moral, aunque en la realidad hayan hecho esto»; *Id., Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), tr. it., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958), en *Contributi all'analisi del diritto*, ed. de V. Frosini, Milano, Giuffrè, 1964, § 2, 119-120, nota, donde el segundo de los cinco posibles significados de positivismo se descubre como la «afirmación de que no existe conexión necesaria entre Derecho y moral». Recuérdese también la máxima hobbesiana, citada *infra* en la nota 37, «*authoritas non veritas*» —que equivale a decir la *forma* de producción y no el *contenido* producido— «*facit legem*», en oposición a la máxima iusnaturalista «*veritas, non authoritas facit legem*». En cambio, la noción aquí formulada corresponde sólo en parte al primero y al segundo significado, y no corresponde en absoluto al tercer significado de «positivismo jurídico», de los que distingue N. Bobbio en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, cap. V, 103-114. Precisamente: *a)* corresponde sólo en parte a la noción del positivismo como «aproximación al estudio del Derecho», con la cual tiene en común la tesis de que el jurista debe ocuparse sólo del «Derecho tal como es», y no del «Derecho tal como debe ser» moral o políticamente, pero se aleja de ella porque requiere también el estudio del «Derecho tal como debe ser» jurídicamente, que, en los

Antes, sin embargo, me parece oportuno proponer una revisión terminológica. En los dos sentidos que acabo de distinguir, el constitucionalismo «jurídico» o, si se prefiere, el «ius-constitucionalismo», designa un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho, ambos ligados a la experiencia histórica del constitucionalismo del siglo XX, tal como se afirmó con las constituciones rígidas de la segunda posguerra. Algo completamente distinto es el constitucionalismo «político» —moderno pero también antiguo— como práctica y como concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación, en garantía de determinados ámbitos de libertad [3]: en este sentido, tanto los límites a los poderes como las garantías de las libertades, son límites y garantías reivindicados y acaso realizados como límites y garantías *políticas externas* a los sistemas jurídicos, y no, ciertamente, como límites y garantías *jurídicas internas* de los mismos. Sin embargo, es en oposición a esta noción política de constitucionalismo como se ha venido afirmando, en el léxico y en el debate filosófico-jurídico, la expresión «neoconstitucionalismo», referida a la experiencia jurídica de las actuales democracias constitucionales.

---

actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas, forma parte del «Derecho tal cual es»; *b)* no corresponde enteramente a la noción del «positivismo jurídico» como «teoría», que describe el «Derecho como hecho», es decir, como el conjunto de las reglas «puestas directa o indirectamente por órganos del Estado», de la que se aleja, al no poderse admitir hoy, con el fin del monopolio estatal de la producción jurídica, su «común identificación [...] con la teoría estatalista del Derecho»; *c)* finalmente, no corresponde en absoluto al tercer significado atribuido por BOBBIO, el del positivismo como «ideología», según el cual el Derecho existente, sólo por esto, es también «justo»: concepción que, en realidad, no es en absoluto iuspositivista, está en contraste con las dos primeras y no ha sido sostenida nunca sino que, por el contrario, ha sido firmemente rechazada por todos los clásicos del positivismo jurídico: desde BENTHAM hasta AUSTIN, KELSEN, HART y el mismo BOBBIO.

[3] Es el sentido de, por ejemplo, Maurizio FIORAVANTI, quien identifica el constitucionalismo con un «movimiento de pensamiento» que «se afirma en el contexto del proceso de formación del estado moderno» y, al mismo tiempo, con «la segunda cara», el «segundo lado del Estado moderno europeo», junto con la «concentración del poder de *imperium* sobre el territorio» [M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 5, 90, 149; *vid.* también *Id.*, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999 (trad. cast. de M. MARTÍNEZ NEIRA, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001)]. Análoga es la caracterización del constitucionalismo ofrecida por G. REBUFFA, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, Giappichelli, 1990, y la ofrecida por M. TROPER, «Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica,* XVIII, 1, 1988, 61-62, y retomada por T. MAZZARESE, «Diritti fondamentali e neocostituzionalimo», en *Id.* (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 11. Todavía más difundida es la noción de constitucionalismo propuesta por Mario Dogliani, quien subraya la continuidad del constitucionalismo moderno con «un conjunto de institutos [...] diseminados en el curso de los siglos en experiencias políticas muy diversas», tanto que es legítimo «ligar al constitucionalismo antiguo con el moderno, como diversas formas históricas [...] de una tradición milenaria que nunca cesó de reelaborar y experimentar su núcleo normativo» (M. DOGLIANI, «I diritti fondamentali», en M. FIORAVANTI (ed.), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 42). Véase también, de M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, donde se analizan los diversos significados de «constitución» y se reconstruyen las raíces antiguas y los itinerarios históricos del «constitucionalismo» político. Dicho brevemente, se trata, del «constitucionalismo» como conjunto de principios políticos que se remontan al pensamiento griego y a la experiencia romana, afirmados luego en el medioevo y, en particular, en el Derecho inglés: recuérdese el clásico ensayo sobre aquéllos de C. H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), tr. it., *Costituzionalismo antico e moderno*, con introducción de Nicola Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1990 (trad. cast. de J. J. SOLOZÁBAL, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991).