

RODOLFO L. VIGO

**EL NEOCONSTITUCIONALISMO
IUSPOSITIVISTA-CRÍTICO
DE LUIGI FERRAJOLI**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	9
CAPÍTULO I. DEL ESTADO DE DERECHO LEGAL AL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL	13
1. PROPÓSITO	13
2. NOTAS DISTINTIVAS CARACTERÍSTICAS	14
2.1. Una antropología individualista y abstracta	14
2.2. Sociedades uniformes	15
2.3. Sinonimia entre derecho y ley	16
2.4. Definición del Estado desde la ley	17
2.5. La ley como fruto de la voluntad general	17
2.6. El derecho en las normas o reglas	18
2.7. La teoría de las fuentes del derecho	19
2.8. La soberanía estatal	19
2.9. La seguridad jurídica	20
2.10. El sistema jurídico	21
2.11. Los derechos humanos	22
2.12. Democracia procedimental	23
2.13. La Constitución como programa político	24
2.14. La relevancia del derecho civil	24
2.15. Currícula de la licenciatura en Derecho	25
2.16. El saber jurídico como científico	26
2.17. Una metodología de la enseñanza dogmática del derecho ..	27

	<u>Pág.</u>
2.18. La interpretación como «desentrañamiento»	27
2.19. Los métodos interpretativos	28
2.20. Lógica formal	29
2.21. Para ser juez, idoneidad científica	30
2.22. El «insularismo» jurídico	30
2.23. Una concepción «mágica» del lenguaje	31
2.24. La irrelevancia de los hechos	32
2.25. Un sistema de justicia formalista y rígido	32
2.26. La responsabilidad civil	33
2.27. Un Derecho penal inquisitivo	34
2.28. Una teoría positivista	35
3. PROSPECTIVA Y CONCLUSIONES	35
CAPÍTULO II. LOS NEOCONSTITUCIONALISMOS	37
1. PROPÓSITO	37
2. EL RÓTULO «NEOCONSTITUCIONALISTA»	37
3. LAS VARIANTES NEOCONSTITUCIONALISTAS	40
3.1. ¿Positivismo o no positivismo?	40
3.2. ¿Los principios jurídicos?	42
3.3. ¿Razón práctica?	43
3.4. ¿Argumentación?	44
3.5. ¿Derechos humanos?	46
3.6. ¿Los saberes jurídicos?	47
3.7. ¿La función judicial?	48
3.8. ¿Sistema jurídico?	49
3.9. ¿Juridicismo?	50
3.10. ¿Validez?	52
3.11. ¿Desobediencia al derecho?	54
3.12. ¿Seguridad jurídica y equidad?	55

	<u>Pág.</u>
3.13. ¿Ética judicial?	57
4. CONCLUSIÓN	59
CAPÍTULO III. LOS NEOCONSTITUCIONALISMOS:	
CUATRO VERSIONES	61
1. PROPÓSITO	61
2. EL RÓTULO «NEOCONSTITUCIONALISTA»	61
3. LAS VARIANTES NEOCONSTITUCIONALISTAS	64
3.1. Fuentes filosóficas	65
3.2. ¿Positivismo o no positivismo?	69
3.3. ¿Los principios jurídicos?	73
3.4. ¿Razón práctica?	75
3.5. ¿Argumentación?	77
3.6. ¿Derechos humanos?	79
3.7. ¿Los saberes jurídicos?	81
3.8. ¿La función judicial?	83
3.9. ¿Sistema jurídico?	86
3.10. ¿Juridicismo?	90
3.11. ¿Validez jurídica?	93
3.12. ¿Objeción de conciencia?	96
3.13. ¿Ética judicial?	99
3.14. ¿Política y democracia?	103
4. CONCLUSIÓN	108
CAPÍTULO 4. EL NEOCONSTITUCIONALISMO	
IUSPOSITIVISTA-CRÍTICO DE LUIGI FERRAJOLI	111
1. LAS TEORÍAS NEOCONSTITUCIONALISTAS	111
2. PROPÓSITO	113
3. ALGUNOS RASGOS EXTERNOS O DE ESTILO	
DE LA TEORÍA FERRAJOLIANA	114

	<u>Pág.</u>
3.1. La descomunal e inusual obra emprendida	115
3.2. El humanismo	115
3.3. Los conceptos blindados	116
3.4. La originalidad y coherencia	117
3.5. La retórica	117
3.6. El compromiso cívico	118
3.7. La capacidad dialógica	119
3.8. El spinozismo <i>more geometrico</i>	119
3.9. El éxito y la difusión en Iberoamérica	120
4. LAS TESIS CENTRALES FERRAJOLIANAS	120
4.1. El iuspositivismo crítico	121
4.2. Los distintos tipos de conocimiento jurídico	123
4.3. Los derechos fundamentales (sus tipos) y los derechos patrimoniales	126
4.4. Las garantías y el garantismo	127
4.5. El «ser» y el «deber ser» jurídico: lagunas y antinomias (el derecho ilegítimo)	129
4.6. La tarea de la ciencia y los juristas	131
4.7. La función jurisdiccional	133
4.8. La democracia constitucional	135
4.9. La democracia cosmopolita	138
4.10. La concepción de la moral	141
4.11. La separación entre moral y derecho	143
4.12. «Normatividad fuerte» (reglas o principios)	146
4.13. La axiología de los derechos fundamentales.....	148
4.14. El Estado y sus funciones	150
4.15. El constitucionalismo del futuro	152
5. CRÍTICAS A LAS TESIS FERRAJOLIANAS	153
5.1. ¿Es viable el iuspositivismo crítico?	153
5.2. Iuspositivismo ideológico-constitucional	160

	Pág.
5.3. El normativismo	165
5.4. La ausencia de una teoría de la argumentación	170
5.5. Los derechos fundamentales y una definición formal o estructural	175
5.6. Una teoría moral individualista	181
5.7. Una antropología pesimista y un optimismo jurídico paradojal	188
5.8. Un juez demasiado decimonónico	191
5.9. La teoría del derecho	195
5.10. Derechos y deberes	200
5.11. ¿Un planteo internacional utópico?	202
5.12. El reductivismo gnoseológico y el rechazo de la razón práctica	204
5.13. ¿Casos fáciles?	210
5.14. ¿Un sistema jurídico «fuerte»?	213
5.15. ¿Una ética (deontología) objetiva para jueces?	218
5.16. Panjuridicismo o hiperjuridicismo	223
5.17. Política y democracia	227
5.18. ¿Derechos fundamentales o derechos humanos?	234
6. CONCLUSIÓN	242
BIBLIOGRAFÍA	247

PRÓLOGO

El propósito central de la presente obra es estudiar, valorar y difundir la teoría o iusfilosofía de Luigi FERRAJOLI, en tanto exponente de una de las actuales teorías «neoconstitucionalistas». Incluso —podemos agregar—, una teoría muy exitosa en Latinoamérica y, especialmente, entre los penalistas.

Satisfacer aquella finalidad requirió introductoriamente analizar aquel conflictivo rótulo de autores contemporáneos llamados «neoconstitucionalistas». En particular, necesario porque el mismo FERRAJOLI lo rechaza, dado que lo identifica con «iusnaturalismo» o «cuasiiusnaturalismo», mientras que se reconoce inequívocamente como iuspositivista. Por nuestra parte, nos parece que es apropiado seguir insistiendo con el término, más allá de que, en definitiva, se trata de algo convencional, pero que, sin embargo, no sólo resulta ajustado a las tesis características en las que coinciden todos esos autores que se han abocado en las últimas décadas a explicar, avalar y promover el Estado de Derecho Constitucional, sino que el rótulo «neoconstitucionalista» ha alcanzado un nivel de difusión y respaldo en nuestro continente que favorece los diálogos en torno a los temas incorporados en la actual agenda de la filosofía y teoría del derecho. Dada esa precisión, a los fines de conocer el objeto de estudio de los «neoconstitucionalistas», se tornó necesario afrontar la identificación de las notas distintivas del Estado de Derecho Constitucional y su confrontación con el Estado de Derecho Legal, con sus respectivas proyecciones a las diferentes áreas del derecho vigente y válido. Ése es el objeto del capítulo I.

Aclarado aquel punto, dedicamos los capítulos II y III a estudiar los «neoconstitucionalismos». Al respecto, nuestra posición originaria (contenida en el capítulo II) era que podían distinguirse tres versiones «neoconstitucionalistas»: I) la no positivista, kantiana o constructivista, en relación con la cual se reconocen autores como Robert ALEXY, Ronald DWORKIN, Carlos NINO, Manuel ATIENZA o Alfonso GARCÍA FIGUEROA; II) la no positivista, aristotélica o realista, cuyos ejemplos pueden ser Andrés OLLERO, Francesco VIOLA, Juan CIANCIARDO, Renato RABBI BALDI CABANILLAS, etcétera; III) la positivista-crítica, hobbesiana o pragmática, cuya figura dominante es Luigi

FERRAJOLI. Sin embargo, hace relativamente muy poco, hemos modificado de modo parcial aquella lectura de los neoconstitucionalismos y hemos llegado a la conclusión de que habría una cuarta versión neoconstitucionalista a la que cabe adjetivar como «crítica o populista»; en ésta podrían incluirse autores como Duncan KENNEDY, François OST, Diego LÓPEZ, César RODRÍGUEZ, Carlos CÁRCOVA, etcétera. Precisamente, el capítulo III está abocado a explicar sucintamente ese cuarto tipo de neoconstitucionalismo presente en la actual teoría y filosofía jurídica, y en tribunales de nuestro continente. Ese objetivo se procura confrontando a los críticos con las otras tres perspectivas neoconstitucionalistas en torno a catorce cuestiones o temas importantes para la teoría y práctica jurídica. Hemos decidido conservar el capítulo II, no obstante que el III sería superador, porque nos parece que contribuye a precisar y a ampliar explicaciones referidas a los neoconstitucionalismos.

Identificadas las teorías neoconstitucionalistas, el corazón de la obra está en el extenso capítulo IV, o sea, en el estudio del pensamiento teórico o iusfilosófico de FERRAJOLI. Nuestro análisis pretende ser descriptivo, pero también crítico, apelando no sólo a nuestras propias convicciones, sino también a autores con una mirada cercana a la ferrajoliana o no tan lejana como la nuestra. Nos alienta prioritariamente el propósito de que se conozca mejor la obra de FERRAJOLI, atento a que observamos habitualmente que le atribuyen tesis que se han difundido de manera profusa como si estuvieran suscriptas por el profesor italiano, pero que, sin embargo, no corresponden estrictamente a su punto de vista. Un ejemplo frecuente de ello es que se supone —al menos, en Latinoamérica— que un juez ferrajoliano es decididamente activista o creativo, y que la función judicial y la jurisprudencia constituyen una fuente del derecho privilegiada. Otro ejemplo puede ser la visión que se le atribuye a FERRAJOLI en materia de los derechos humanos, dado que se piensa que no estaría dispuesto a reconocerle calidad de derecho a un derecho «extremadamente injusto». Asimismo, se escucha que FERRAJOLI avala el compromiso político partidario de los jueces o que el constituyente está obligado a incluir ciertos derechos fundamentales. Ellos son algunos ejemplos de tesis vulgarizadas como ferrajolianas, aunque están lejos de su pensamiento y convicciones, y que, en realidad, remiten habitualmente a otro neoconstitucionalismo que no es positivista, pero que sí es crítico o populista. Quizás, y arriesgando una opinión no acreditada, puede llegar a pensarse que esa última versión neoconstitucionalista poco preocupada por las normas ha sido una derivación —sobre todo, en tribunales latinoamericanos— de la teoría ferrajoliana.

No tenemos duda de la originalidad y atracción que generan los trabajos ferrajolianos, como así también el coherente y militante compromiso personal con el que ha asumido la vida FERRAJOLI. Más aún, hemos dicho

públicamente que nuestra primera lectura de *Derecho y Razón* nos generó cierto desconcierto porque teníamos la impresión de estar dispuestos a avalar muchas tesis defendidas en ese libro, pero al mismo tiempo veíamos fundamentos débiles o directamente inadecuados. Nunca dudamos de que estuviéramos ante un autor creativo, original y seductor, pero fue necesario adentrarnos con detenimiento y atención en toda su enorme obra doctrinaria para estar en condición de juzgarla mejor o de forma correcta. Por supuesto, la juzgamos desde nuestra propia iusfilosofía y también desde otras iusfilosofías contemporáneas, aunque procurando siempre mantener una actitud respetuosa y dialógica. Como cualquier otro trabajo iusfilosófico, el presente es una invitación al diálogo en ese terreno, sin renunciar a las propias convicciones, pero apostando a la razón y a la confrontación argumentativa respetuosa como un camino adecuado para ratificar, rectificar o cambiar posiciones.

Otro beneficio —quizás, indirecto o no buscado deliberadamente— que puede proporcionar la lectura de este libro es que el lector puede tomar conocimiento de los temas que hoy se discuten y polemizan en los ámbitos iusfilosóficos y, al mismo tiempo, de las posiciones que al respecto asumen los principales autores, en especial aquellos que han sido incluidos dentro de los «neoconstitucionalistas». Advirtamos que en la actualidad esas definiciones se proyectan sobre la concepción de los juristas y, por ende, se hacen presentes también en las diferentes ramas y en su operatividad, de manera que trascienden el campo específico de la filosofía jurídica.

Rodolfo L. VIGO

CAPÍTULO I

DEL ESTADO DE DERECHO LEGAL AL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL¹

Sumario: 1. Propósito. –2. Notas distintivas características. 2.1. Una antropología individualista y abstracta. 2.2. Sociedades uniformes. 2.3. Sinonimia entre derecho y ley. 2.4. Definición del Estado desde la ley. 2.5. La ley como fruto de la voluntad general. 2.6. El derecho en las normas o reglas. 2.7. La teoría de las fuentes del derecho. 2.8. La soberanía estatal. 2.9. La seguridad jurídica. 2.10. El sistema jurídico. 2.11. Los derechos humanos. 2.12. Democracia procedimental. 2.13. La Constitución como programa político. 2.14. La relevancia del derecho civil. 2.15. Currícula de la licenciatura en Derecho. 2.16. El saber jurídico como científico. 2.17. Una metodología de la enseñanza dogmática del derecho. 2.18. La interpretación como «desentrañamiento». 2.19. Los métodos interpretativos. 2.20. Lógica formal. 2.21. Para ser juez, idoneidad científica. 2.22. El «insularismo» jurídico. 2.23. Una concepción «mágica» del lenguaje. 2.24. La irrelevancia de los hechos. 2.25. Un sistema de justicia formalista y rígido. 2.26. La responsabilidad civil. 2.27. Un Derecho penal inquisitivo. 2.28. Una teoría positivista. –3. Prospectiva y conclusiones.

1. PROPÓSITO

Una metodología de análisis que nos parece apropiada y que han impulsado autores como Luigi FERRAJOLI es la de recurrir a la distinción de tres grandes paradigmas en la historia jurídica y política de Occidente: Estado de Derecho Premoderno, Estado de Derecho Legal (EDL) y Estado de Derecho Constitucional (EDC). De algún modo, en ellos se formulan diferentes concepciones acerca del derecho, del Estado y del perfil del jurista funcional a ellos; y ese carácter abarcativo habilita para que resulte útil contrastar cualquier tema de teoría jurídica con aquellas tres matrices. En el presente artículo, nos proponemos básicamente analizar el EDL en contraposición al EDC, no con relación a algún tema particular, sino subrayando las grandes diferencias entre esos modelos.

Recordemos que el EDL fue generado en la Revolución francesa, pero desde ahí logra proyectarse al resto de la Europa continental y también exportarse a las tierras latinoamericanas. Se trata de un modelo exitoso que impera casi pacíficamente desde comienzos del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial, pero que comienza su crisis y sustitución —especialmente,

¹ Publicado en *La Ley*, Suplemento Constitucional, Buenos Aires, 11 de febrero de 2010.

en la práctica jurídica— después de los tribunales de Núremberg. Insistimos en que ese desmoronamiento en la segunda mitad del siglo XX se observa básicamente en el derecho que transita por los tribunales o bufetes de abogados, pero que, sin embargo, no termina de afectar significativamente los ámbitos académicos o universitarios dedicados a formar abogados o licenciados en Derecho. Efectivamente, pocos cambios se advierten en la formación de grado en nuestras Facultades de Derecho, las que casi inalterablemente siguen repitiendo los esquemas trazados por aquellas decimonónicas universidades francesas de inspiración napoleónica, que fueron funcionales al Estado que se había creado bajo los influjos de la filosofía iluminista y liberal de los siglos XVII y XVIII. De todas maneras, el impacto del totalitarismo nazi y su desenlace fueron tan decisivos que la historia institucional de Europa marca una nueva etapa a partir de ese momento. Testimonios como los de Gustav RADBRUCH en Alemania sirven para mostrar biográficamente todo lo que cambió después de la experiencia del «mal radical»; en los escritos radbruchianos posteriores a su retorno a Alemania caído el nazismo, pueden leerse las acusaciones al positivismo jurídico de haber insensibilizado la conciencia de los juristas y la necesidad de incluir en el análisis de validez jurídica la dimensión ética, de manera que frente a la «injusticia extrema» ya no había derecho (*extremes Unrecht kein Recht*).

2. NOTAS DISTINTIVAS CARACTERÍSTICAS

Pero vayamos al propósito del presente artículo indicando notas características del EDL y los cambios que al respecto se introdujeron con la aparición del EDC.

2.1. UNA ANTROPOLOGÍA INDIVIDUALISTA Y ABSTRACTA

Arthur KAUFMANN ha insistido en una idea que se remonta al pensamiento clásico: «Detrás de una teoría del derecho hay una idea del hombre que la explica». Fácilmente, esta tesis se puede comprobar en el EDL, pues en el art. 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, se definen «los derechos naturales e imprescriptibles del hombre[:] [...] la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión». La visión del hombre es la propia del individualismo, en tanto se reivindica y potencia aquello que lo define, que es su libertad, una libertad en abstracto que no se interesa por contextos o condicionamientos sociales, y que ve como amenazas a todas las asociaciones intermedias que se interpongan entre el individuo y el Estado. Es esa libertad la que guiará a feliz término la «mano invisible del mercado» y el Estado como guardián de aquélla, pero limitado a

sus mínimas funciones. La razón ilustrada se desliga del ser y construye los objetos por conocer, y el camino para viabilizarla será la ciencia ocupada de «verdades claras y distintas» conforme el mandato cartesiano.

2.1.1. Una antropología social e histórica

El hombre contemporáneo apela a grupos sociales que hacen aportes a su identidad y a su desarrollo integral. La economía de mercado libre muestra sus excesos, frutos de un deseo de lucro ilimitado, y justifica la intervención del Estado para rectificar abusos y redistribuir riquezas. El hambre de los excluidos se visibiliza dramáticamente y necesariamente se incorpora a la agenda de la humanidad. A las necesidades humanas derivadas exclusivamente de la libertad, se les suman no sólo aquellas necesidades económicas y sociales urgentes, sino también las que tienen que ver con reclamos de índole espiritual o cultural, cuyo objeto es cierta calidad de vida. La cuestión religiosa se incorpora a la agenda jurídica y política nacional e internacional, aunque su tratamiento oscila desde su rechazo o confinamiento al ámbito privado hasta la asunción fanática e invasivamente rectora de todas las dimensiones de la vida social. El hombre se torna un problema complejo y misterioso que reclama una atención contextualizada, comunitaria e integral; buenos ejemplos de esta perspectiva son los deberes intergeneracionales o la degradación del medio ambiente.

2.2. SOCIEDADES UNIFORMES

La sociedad del EDL era la suma de los individuos, y, por ende, el bienestar social coincidía con los bienes individuales gestados desde la libertad. Ella lucía axiológicamente uniforme y, desde esa moral en común, regían premios y castigos que alentaban o condenaban conductas o modelos para todos. El sello nacional y su respectiva cultura, lenguaje y símbolos resultaban indiscutibles; y no se toleraban apartamientos o cuestionamientos algunos. La autoridad estatal legitimaba automáticamente a quien la ejercía y gozaba de un evidente prestigio social. Lo único que el ciudadano estaba obligado a hacer era lo que le mandaba la ley, y así la ética o moral quedaba confinada al ámbito de la autonomía y la unilateralidad.

2.2.1. Sociedades plurales

Las sociedades del EDC lucen fragmentadas e irreconocibles en términos de las tradiciones nacionales. Importan los bienes comunes procurados entre los más próximos o semejantes, que no son los nacionales, sino los

que comparten nuestras tradiciones y valores. Hay conciencia de los bienes comunes en cuanto logrados y usufructuados por un «nosotros», aunque ellos no sean los estrictamente políticos. El Estado no se corresponde con la organización política de su población; y ésta, de manera fragmentada, llega a estructurar regímenes regulatorios de conductas e instituciones y autoridades particularizadas que no se corresponden con la propiamente estatal. Más aún, resulta visible una crisis profunda y extendida de toda autoridad. La moral social en cuanto débitos para con los otros que comparten nuestra cosmovisión no sólo existe, sino que también llega a tener más eficacia que el derecho.

2.3. SINONIMA ENTRE DERECHO Y LEY

Por supuesto, el signo distintivo y revolucionario del derecho propio del EDL es aquel establecido en la ley; por ende, el derecho se configura raigalmente en un momento determinado de la historia y se promulga con el propósito de sepultar el anterior derecho y de poder regir universalmente. Un derecho fruto de la razón ilustrada a la que el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII había cultivado deductivamente y expandido en su contenido. No hay derecho antes de la ley ni superior a ella; por eso, el profesor Jean BUGNET podía orgullosamente afirmar en la Sorbona que él no enseñaba Derecho civil, sino Código de Napoleón. La ley de la que centralmente se habla es de los códigos, en cuanto ellos sistematizan a todo el Derecho que regirá para una rama especial de éste, y así se asegura su anhelada autonomía científica.

2.3.1. Ruptura de la identificación entre derecho y ley

Un símbolo de los cambios que introducirá el EDC es la Ley Fundamental de Bonn, del 49, cuando, precisamente, habla de forma diferenciada del derecho y de la ley; por ende, rompe así la decimonónica sinonimia y abre el significativo problema de la posible armonía o discordancia entre esas dos realidades. Precisamente, la condena jurídica de Núremberg se justificó en razón de que los jefes nazis habían cumplido la ley, pero violado el derecho; y, de ese modo, al que hace la ley o la cumple se le está exigiendo que confronte su contenido con el derecho, dado que, en caso de contradicción, prevalecerá éste. Un ejemplo de esta tesis puede ser el fallo de la Corte Suprema argentina en la causa «Priebke», en la que la mayoría decidió ampliar los tipos penales sobre la base del *ius cogens*, o sea, un derecho de valor racional intrínseco, pero que no estaba escrito ni publicado.